

**LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO: EL CONTENIDO
ESENCIAL Y LA PROTECCIÓN DE AMPARO**

Por D. JUAN RODRÍGUEZ CALERO
Universidad de La Laguna

SUMARIO

1. EL CARÁCTER NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA
2. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO
3. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL RECURSO DE AMPARO EN EL DERECHO ITALIANO

La protección de los derechos inviolables o fundamentales¹ tiene en el ordenamiento jurídico italiano fórmulas diferentes de las previstas en el derecho español. Ciertas tutelas que definen incluso cuáles son los derechos fundamentales en nuestro derecho, la protección de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo y la garantía del contenido esencial, no aparecen en el sistema jurídico italiano. Estas ausencias, siguiendo coherentemente el criterio de identificación de los derechos fundamentales que utiliza nuestro Tribunal Constitucional, nos llevaría a la conclusión que en el derecho italiano no existen derechos fundamentales². Esta afirmación que parece, desde luego, contraintuitiva determina que tengamos que estudiar la protección jurídica de los derechos fun-

¹ La Constitución italiana utiliza la fórmula «derechos inviolables» y no la de «derechos fundamentales». Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha venido identificando los derechos inviolables y los derechos fundamentales. Así, la ponencia presentada por la Corte constitucional italiana en «La Conferencia de las Cortes Constitucionales europeas» de Ankara de 1990 señala que «la jurisprudencia constitucional italiana no ha sostenido que entre los derechos cualificados como ‘fundamentales’ y los derechos cualificados como ‘inviolables’ exista un distinto estatus». *L'indice penale*, 1990, págs. 233-251, pág. 235. Véanse también en este sentido SS.C.C. 319/1989, de 6 de junio, *Giur. Cost.*, 1989, primera parte, II, págs. 1442-1452; 132/1985, de 6 de mayo, *Giur. Cost.*, 1985, primera parte, II, págs. 934-951; 122/1970, de 9 de julio, *Giur. Cost.*, 1970, II, págs. 1529-1544; 269/1989, de 18 de mayo, *Giur. Cost.*, 1989, primera parte, II, págs. 1267-1269; 571/1989, de 22 de diciembre, *Giur. Cost.*, 1989, parte primera, II, págs. 2635-2642. También la doctrina ha identificado ambas expresiones y así Zagrebelsky dice que «se puede considerar los ‘derechos inviolables’ equivalentes a los que se denominan ‘fundamentales’...» G. Zagrebelsky, «Objet et portée de la protection des droits fondamentaux», en AA.VV., *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux* bajo la dirección de Louis Favoreu, Edit., París, P.U.F., 1982, págs. 303-334, pág. 306; véase también A. Pace, «El legislador de los derechos fundamentales», en AA.VV., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, edición dirigida por Antonio López Pina, Madrid, Edit. Civitas, 1991, págs. 76-98, pág. 76; publicado en Italia como «La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici», en AA.VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, Padova, Edit. C.E.D.A.M., 1990, págs. 109-126, pág. 110.

² A esta conclusión llega también Francisco Rubio Llorente en el voto particular, al que se adhiere Eugenio Díaz Emil, a la Sentencia n.º 26/1987, de 27 de febrero, en la que critica el criterio de identificación de los derechos fundamentales que utiliza el Tribunal Constitucional en esta sentencia. «No comparto en modo alguno la restringida concepción de los derechos fundamentales que se recoge en el fundamento 4.º, apartado a), y que reduce al conjunto de tales derechos al de aquellos que están protegidos por el recurso de amparo. Esta concepción, que se aparta del uso habitual en la doctrina, obligaría a negar la existencia de derechos fundamentales en todos aquellos sistemas jurídico-constitucionales (la mayoría de los que existen en Europa occidental, por ejemplo) en los que no existe esa vía procesal...» (B.J.C. n.º 71, págs. 223-247). Desde la doctrina se ha querido ampliar el número de derechos fundamentales a aquellos que gozan de la protección de contenido esencial «si existe hoy día algunos elementos o datos que hagan reconocible a los derechos fundamentales como categoría, éstos son la tutela judicial y el respeto de su contenido esencial por el legislador». P. Cruz Villalón, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en AA.VV., *X Jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid, Edit. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 1988, vol. I, págs. 157-184, pág. 161.

damentales en el derecho italiano y las implicaciones que las señaladas omisiones pueden tener para dilucidar si en el ordenamiento jurídico italiano se pueden configurar auténticos derechos fundamentales.

Para abordar este tema es necesario, en primer lugar, dilucidar si la Constitución italiana tiene carácter normativo, es decir, si todos los enunciados normativos iusfundamentales constituyen auténticas normas jurídicas. A continuación, estudiaremos las concretas garantías jurídicas que establece el derecho italiano con relación a los derechos fundamentales. Y, por último, analizaremos las consecuencias que se desprenden de la no inclusión de la cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales y del recurso de amparo en el derecho italiano. Sin embargo, antes de examinar estas cuestiones es preciso referirse a dos problemas hermenéuticos relativos al catálogo de derechos que recoge el texto constitucional italiano, la justificación de su carácter fundamental o inviolable y la ausencia en él de derechos que vienen siendo considerados, desde el punto de vista de derecho comparado, como derechos fundamentales.

En primer lugar, y por cuanto se refiere al catálogo de derechos que contiene la Constitución italiana, no podemos obviar que la identificación entre los derechos fundamentales y los reconocidos en la Parte primera de la Carta italiana es el resultado de la interpretación sistemática llevada a cabo por la doctrina y la jurisprudencia que han venido vinculando el art. 2, donde se reconocen los derechos inviolables del hombre, con los derechos enumerados en el texto constitucional los arts. 13 y ss. En efecto, no se trata en caso alguno de un interpretación literal. La Constitución italiana, al titular la Parte primera, «Derechos y deberes de los ciudadanos», no se refiere a que los derechos que se incorporan en esta Parte sean derechos fundamentales o inviolables. A su vez, los cuatro Títulos en los que se subdivide la Parte primera de la Constitución tampoco hacen alusión al carácter inviolable o fundamental de los derechos que se recogen en ellos, así, el Título primero tiene como epígrafe «Relaciones civiles», el segundo, «Relaciones ético-sociales», el tercero, «Relaciones económicas» y el cuarto, «Relaciones políticas». En contraposición, pues, con la Constitución española, en la que existe no sólo una mención explícita a los derechos fundamentales sino la evidente intención en el texto de identificarlos en sus Títulos, Capítulos y Secciones³, en la Carta italiana no aparece una vinculación entre los

³ Es evidente que el texto constitucional español intenta determinar cuáles son los derechos fundamentales, ahora bien, como indica Prieto, «padece tan grave vacilación en la rúbrica de sus distintas secciones y capítulos que un observador que se guiase por este único elemento bien podría poner en duda la racionalidad y coherencia interna del legislador constituyente». L. Prieto Sanchis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Edit. Debate, 1990, págs. 75 y 76. Igualmente De Castro Cid indica que «la primordial característica del sistema de los derechos fundamentales establecido por la actual Constitución española es precisamente la de su carencia absoluta de sistematización». B. De Castro Cid, «Derechos humanos y Constitución. Reflexiones sobre el Título I de la Constitución española», *Revista de estudios políticos*, 1980, págs. 121-151, pág. 132. Véase también G. Peces Barba Martínez, «Génesis de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución española de 1978», en *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, Edit. Centro de Estudios Constitucionales,

derechos enumerados en el texto constitucional y su carácter fundamental o inviolable que sí se reconoce en el art. 2.

Por otro lado, es evidente la ausencia en el texto constitucional de derechos fundamentales que son reputados como tales desde el punto de vista del derecho comparado. Derechos que aparecen reconocidos en constituciones o tratados internacionales contemporáneos carecen de una específica referencia textual en la norma fundamental italiana. El derecho a la objeción de conciencia, el derecho a la intimidad, el derecho a propia imagen, a la información, los derechos de autor, al libre desarrollo de la personalidad, o, incluso, los clásicos derechos a la vida o a la integridad física, son claros ejemplos de derechos admitidos en los textos de derecho comparado como derechos fundamentales y que, sin embargo, no son específicamente mencionados en la Constitución italiana⁴. Esto no significa que tales derechos no existan en el ordenamiento italiano; unas veces acudiendo a una interpretación del art. 2 como cláusula abierta al reconocimiento de nuevos derechos fundamentales, o no expresamente reconocidos en el texto constitucional, y otras interpretando en sentido amplio los preceptos iusfundamentales incluyendo los derechos omitidos por el constituyente, lo cierto es que estos derechos han sido incorporados al sistema jurídico italiano⁵.

1993, págs. 177-200, pág. 194; artículo recogido también en AA.VV., *X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales, op. cit.*, págs. 289-309.

⁴ Así, por ejemplo, la Declaración de los derechos del hombre de 10 de diciembre de 1948 recoge en su art. 3 el derecho a la vida, el art. 8 el derecho a la intimidad o el 18 la libertad de conciencia; la Convención europea de salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, de 3 de septiembre de 1953, establece en su art. 2 el derecho a la vida, el art. 3 la imposibilidad de ser sometido a penas y tratos inhumanos o degradantes, el art. 8 el derecho a la intimidad, el art. 9 la libertad de conciencia o el art. 10 el derecho a la información. El pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966 recoge, por su parte, en el art. 18 la libertad de conciencia.

⁵ Así, Alessandro Pizzorusso, al examinar el fundamento constitucional del derecho a la intimidad, reconoce que en definitiva existen distintos argumentos para defender la constitucionalidad de este derecho: el carácter abierto del art. 2, la incorporación del derecho internacional en virtud del art. 10, la interpretación conjunta de los arts. 13, 14 y 15 que recogen respectivamente los derechos de libertad personal, la libertad de circulación y el secreto de correspondencia, o de los arts. 21, que reconoce la libertad de manifestación, 27, párrafo 2, que introduce el principio de inocencia, y 41 en cuanto establece como límite de la libertad de empresa la prohibición de que se pueda dañar la dignidad humana. Pero en todo caso detrás de todas estas argumentaciones «aparece la evidencia de que el derecho a la intimidad está comprendido en el compendio de los derechos de libertad reconocidos por la mayor parte de los ordenamientos contemporáneos que se inspiran en los mismos principios ético-políticos». Esta forma de argumentar, continúa el autor, no es siempre aceptada por el juez italiano acostumbrado a trabajar normalmente con un referente semántico en forma de disposición jurídica, pero en el ordenamiento italiano «existen procesos evolutivos de los cuales se tendrá que derivar, y ya hoy se deriva, una conspicua evolución en el modo de concebir el sistema de las fuentes del derecho. Las consecuencias de esta evolución pueden identificarse con una revalorización de fuentes como el precedente o la costumbre y en la valorización de instrumentos interpretativos como la 'tradicional cultura'». A. Pizzorusso, «Sul diritto alla riservatezza nella Costituzione italiana», *Prassi e teoria*, 1976/1, págs. 29-43, pág. cit. 40.

1. EL CARÁCTER NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA

El carácter normativo del texto constitucional ha venido siendo reivindicado por la mayor parte de la doctrina italiana, «todas las disposiciones contenidas en la Constitución tienen un carácter preceptivo, en cuanto crean o concurren a crear verdaderas y auténticas normas obligatorias»⁶. Sin embargo, parte de la doctrina ha llamado la atención acerca de la existencia de determinados enunciados constitucionales que carecen de juridicidad. En concreto, Guastini ha señalado que «las disposiciones constitucionales, que confieren derechos sociales, expresan normas programáticas o teleológicas dirigidas al legislador», pero que no le obligan, y aun en los casos en que tuvieran un contenido preciso, el legislador podría no desarrollarlas⁷.

La clasificación teórica, no obstante, entre derechos de libertad y derechos sociales no parece que pueda servir para determinar los derechos que tienen carácter jurídico. Es preciso tener presente cuanto dice Zagrebelsky en el sentido de que la diferencia entre los derechos clásicos y sociales no puede fundamentarse en que éstos sean meras aspiraciones políticas y aquéllos auténticos derechos. Existen derechos sociales con protección jurídica y derechos que se

⁶ C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Edit. U.T.E.T., 1979, pág. 216; P. Merola Chierchia, *L'interpretazione sistematica della Costituzione*, Padova, Edit. C.E.D.A.M., 1978, pág. 145; E. Spagna Musso, *Diritto costituzionale*, Padova, Edit. C.E.D.A.M., 1990, págs. 256 y ss. Zagrebelsky vincula el carácter normativo de los textos constitucionales con las revoluciones francesa y americana; cuando se puede establecer una garantía a través de la Constitución, esta «se concibe por primera vez como norma jurídica capaz de conformar en sí misma la vida constitucional» G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Edit. Il Mulino, 1988, pág. 16

⁷ R. Guastini, «Derechos»: Una contribución analítica, artículo traducido por A. Greppi, en AA.VV., *Problemas actuales de los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pág. 137. Bognetti con relación a los derechos sociales dice que en muchos casos representan declaraciones genéricas de contenido y no concretan «situaciones jurídicas precisas que se han de atribuir necesariamente a los sujetos: de modo que, desde un punto de vista riguroso, no se puede hablar en tales casos de verdaderos 'derechos', en sentido técnico, que sean garantizados...». G. Bognetti, «Diritti fondamentali nell'esperienza costituzionale», *Quaderni di iustitia*, n.º 27, Milano, Edit. Giuffrè, 1977, págs. 24-65, pág. 39. G. Corso, por su parte, prefiere hablar de intereses y no de verdaderos derechos subjetivos, se refiere específicamente al derecho al trabajo del art. 4. Este autor va a distinguir dentro de los derechos sociales los siguientes casos: a) el prototipo de un derecho que no da lugar a una situación jurídica subjetiva accionable y se concreta en una pretensión hacia los poderes públicos, es el caso del derecho al trabajo (que no puede ser determinado); análoga estructura tendrían derechos de carácter promocional para los que la Constitución utiliza fórmulas indicativas de fines y objetivos; b) una serie de derechos que se dirigen no al Estado-legislador sino al Estado-administración como serían la educación o la sanidad; en estos casos el derecho nace después del momento organizativo; c) en el tercer caso son los sujetos privados la contraparte (art. 36 y 37), éstos son inmediatamente tutelables sin necesidad de la *interpositio legislatoris*; d) existe otro grupo de situaciones que son oponibles frente a los poderes públicos y a los particulares (el derecho a la salud, al medio ambiente, la libertad sindical...) G. Corso, «I diritti sociali nella Costituzione italiana», *Giur. Cost.*, 1981, primera parte, págs. 755-784, pág. 756 y ss. Incluso también se ha expresado la imposibilidad de establecer una vinculación jurídica en relación a un derecho de libertad como es la iniciativa económica. E. Cheli, «Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina», *Rassegna di diritto pubblico*, 1960, págs. 260-304, pág. 303 y 304.

denominan clásicos que necesitan de una actividad del Estado⁸. Para el autor las diferencias son más complejas y es preciso examinar la naturaleza del sujeto obligado. Con relación a los derechos sociales es necesario partir de la idea que es el Estado quien ha de ordenar una actividad concreta y fijar sus compromisos. Así, en la medida en la que exista una concreta obligación, establecida por ley o por la propia Constitución, ligada a un derecho de prestación, frente a los particulares o a los poderes públicos, existirá un auténtico derecho. Es para Zagrebelsky evidente que el sentido de los derechos fundamentales no sólo depende de la naturaleza de los derechos sino de la naturaleza del sujeto obligado⁹.

Nos parece, sin embargo, que el dato que ha de elucidar realmente la existencia de un derecho y, por lo tanto, su carácter jurídico, como indica Silvestri, en la Constitución está en relación con el «uso diferente de las palabras y de las expresiones, según su relación con el universo semántico de la misma Carta constitucional»¹⁰. Así, para este autor, mientras el principio de legalidad y el de irretroactividad se refieren al término 'ley' que es fácilmente determinable desde la propia Constitución, otros, como el de salud, se vinculan con el de 'derecho' que no es definible desde el texto constitucional.

Esto implica que la intervención de la Corte Constitucional tenga una importancia más decisiva, pues ha de perfilar el alcance jurídico de cada uno de los derechos, teniendo en cuenta el grado de concreción de los enunciados constitucionales. En este sentido, por ejemplo, al interpretar el art. 4 que reconoce el derecho al trabajo, derecho que puede ser comprendido como un derecho de prestación, la Corte no ha considerado que este enunciado implique que las personas privadas de ocupación puedan demandar un trabajo, ni la garantía de su conservación¹¹. Sin embargo, al interpretar este artículo, la Corte va a configurar un derecho a la elección del trabajo, considerando su ejercicio como un medio de actuación del desarrollo de la personalidad, derecho que estaría preterido por la prohibición de crear y dejar subsistir en el ordenamiento normas que establezcan o consientan límites a tal libertad o que la nieguen directa o indirectamente¹².

⁸ G. Zagrebelsky, *Objet et portée de la protection des droits fondamentaux...*, *op. cit.*, pág. 324.

⁹ «Así, el derecho a la salud es un verdadero derecho frente a los particulares, pero no es más que una aspiración política, y –por otro lado– una obligación política frente al legislador». G. Zagrebelsky, *Objet et portée de la protection des droits fondamentaux...*, *op. cit.*, pág. 325.

¹⁰ G. Silvestri, «Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso», *Quaderni costituzionali*, 1989, págs. 229-255, págs. 245 y 246.

¹¹ La Sentencia n.º 238/1988, de 3 de marzo, *Giur. Cost.*, 1988, II, págs. 1027-1034 va a considerar que no existe un derecho general a demandar un trabajo; las Sentencias n.º 45/1965, de 9 de junio, *Giur. Cost.*, 1965, págs. 655-667; n.º 81/1969, de 14 de abril, *Giur. Cost.*, 1969, I, págs. 1150-1165; 15/1983, de 1 de febrero, *Giur. Cost.*, 1983, primera parte, págs. 53-62; n.º 300/1985, de 22 de noviembre, *Giur. Cost.*, 1985, primera parte, II, págs. 2271-2279; n.º 2/1986, de 14 de enero, *Giur. Cost.*, 1986, primera parte, I, págs. 9-29; n.º 176/1986, de 7 de julio, *Giur. Cost.*, 1986, primera parte, I, págs. 1090-1092 se refieren a que no existe el derecho a conservar el trabajo.

¹² Sentencias n.ºs 61/1965, de 6 de julio, *Giur. Cost.*, 1965, págs. 765-769; 7/1966, de 8 de febrero, *Giur. Cost.* 1966, I, págs. 92-98; 103/1977, de 2 de junio, *Giur. Cost.*, 1977, primera parte, págs.

Ahora bien, en los derechos en los que es necesaria una concreta actividad positiva del Estado es el Parlamento quien ha de determinar qué garantías tiene un derecho, porque se está ante «un programa dirigido a la voluntad del legislador ordinario y al desarrollo de nuestro sistema económico»¹³. Estos derechos, como indica la propia Corte, han de ser realizados en la medida que definen los recursos de la colectividad, y el encargado de fijar qué objetivos han de ser alcanzados es el legislador a través del examen de las disponibilidades reales¹⁴.

Por lo tanto, las concretas garantías jurídicas de los derechos fundamentales vienen delimitadas desde una doble perspectiva; por un lado, a través de la interpretación que lleva a cabo la Corte Constitucional, como intérprete supremo del texto constitucional, de la que se desprenderán concretas garantías con relación a los derechos fundamentales; por otro, a través del desarrollo por parte del legislador de los derechos inviolables en el que se establezcan las tutelas concretas¹⁵.

Podemos afirmar, por tanto, el carácter preceptivo de todo el articulado de la Constitución italiana¹⁶, aunque, como indica Crisafulli, algunas normas des-

777-805. Véase también en relación a la efectividad de los principios constitucionales S. Bartole, «Elasticità dei principi e verifiché di fatto sulla loro applicazione», *Giur. Cost.*, 1983, primera parte, págs. 573-577.

¹³ E. Spagna Musso, *Diritto costituzionale...*, op cit., pág. 363.

¹⁴ *I diritti fondamentali in Italia...*, op. cit., pág. 250.

¹⁵ Es preciso señalar en relación con los derechos sociales que, en general, la interpretación de la Corte no puede hacer surgir obligaciones pecuniarias para el Estado que es en definitiva quien establece aquellos derechos. Esto, no obstante, hay que destacar que en la jurisprudencia constitucional italiana existe una tendencia más audaz y que llega a establecer 'mínimos' en relación con las actuaciones concretas de los derechos sociales, de manera que cuando el legislador da actuación a éstos se ve obligado a mantener para el futuro esas prestaciones (S.C.C. 106/1992, de 18 de marzo). Como escribe Raffaello Belli en un comentario a esta decisión, «una vez que estas leyes son establecidas, su abrogación es ilegítima si no están acompañadas de normas que, aunque sea a través de una diferente regulación, consientan en la obtención del mismo objetivo». No obstante esta sentencia, es necesario dejar claro que en la mayoría de las decisiones de la Corte los derechos sociales siempre quedan a expensas de las posibilidades presupuestarias. R. Belli, «La sentenza della Corte Costituzionale n.º 1065 del 1992 e il "pieno sviluppo della persona nonostante la disabilità"», *Giur. Cost.*, 1992, I, págs. 2399-2413, cit. pág. 2409.

¹⁶ Este carácter normativo viene cualificado de manera notable al ocupar la norma constitucional el vértice jerárquico del ordenamiento jurídico y por tener la Constitución una aplicación directa. Es preciso señalar, no obstante, que la jurisprudencia constitucional en relación a la aplicación directa de la Constitución no es pacífica; así ya en las primeras sentencias se van a mantener posturas opuestas: la Sentencia n.º 1, de 5 de junio de 1956, o la n.º 2, de 23 de junio del mismo año, se refieren al carácter exclusivo de la competencia de la Corte en relación a las leyes preconstitucionales (véase S.C.C. 1/1956, de 14 de junio de 1956, *Giur. Cost.*, 1956, págs. 1-10, y S.C.C. 2/1956 de 23 de junio, *Giur. Cost.*, 1957, págs. 561-575), la sentencia n.º 11, de 3 de julio de 1956, sin embargo, declaraba la aplicabilidad directa del art. 13 de la Constitución al menos en el punto en el que sustrae a la autoridad administrativa las competencias que dicho artículo atribuye a los jueces en relación al derecho a la libertad (sentencia n.º 11, de 3 de julio de 1956, *Giur. Cost.*, 1956, págs. 612-618). Estas dos corrientes doctrinales se mantienen a lo largo del tiempo: véanse las sentencias 49/1958, de 14 de julio, *Giur. Cost.*, 1958, págs. 577-586; 12/1960 de 23 de marzo, *Giur. Cost.*, 1960, págs. 113-123, y 2/1957, de 2 de enero, *Giur. Cost.*, 1957, págs. 5-11; S.C.C. 13/1974, de 23 enero, *Giur. Cost.*, 1974, II, págs. 47-52, o S.C.C. 54/1979, de 21 de junio, *Giur. Cost.*, 1979, primera parte, págs. 413-427

pliegan tal carácter frente a todos los sujetos del ordenamiento jurídico estatal en cuanto regulan directamente las materias, mientras que otras, las normas programáticas, sólo lo son con relación a los órganos estatales o, por lo menos, frente al legislador, en la medida en que prescriben ciertos comportamientos con respecto a la regulación de ciertas materias que forman su objeto mediato o indirecto¹⁷.

2. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO

Una vez determinado el carácter normativo de la Constitución, hemos de examinar la protección jurídica de la que gozan los derechos fundamentales. Y lo haremos refiriéndonos, con Guastini, a cada uno de los tradicionales poderes del Estado¹⁸ aunque es precisamente en la propia separación de poderes donde radica su primera y fundamental garantía¹⁹.

Por lo que se refiere al poder legislativo, tenemos tres tipos de protección: En primer lugar el carácter rígido de la Constitución, al preverse un procedimiento agravado para la revisión del texto constitucional en el art. 138 Constitución italiana²⁰; para modificar los derechos constitucionales sería necesario formalmente un procedimiento especial más gravoso que el previsto para la modificación de la ley²¹. En segundo lugar, existe un control de la legitimidad constitucional de las leyes (art. 134 de la Constitución italiana), siendo este control *a posteriori* y concentrado, con un juez especial para realizar este juicio con eficacia *erga omnes*²². La tercera garantía es el referéndum popular abrogativo de

¹⁷ V. Crisafulli, «Le norme programmatiche della Costituzione», en AA.VV., *Studi in diritto costituzionale in memoria di L. Rossi*, Milano, Edit. Giuffrè, 1952, pág. 64.

¹⁸ R. Guastini, *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, Torino, Edit. Giappichelli, 1992, pág. 171.

¹⁹ Montesquieu es claro a este respecto: «Cuando todo el poder está vinculado a la misma persona o al mismo cuerpo de jueces no existe libertad alguna». Con relación a «el único magistrado» señala que «tal magistrado sólo puede darse en un gobierno despótico». C. Montesquieu, *De l'esprit des Lois*, libro IV, cap. VIII, Paris, Edit. Frères Granière, 1871, pág. 78; J. Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Edit. Aguilar, 1990, traducido por A. Lázaro Ros, capítulo XII, págs. 184 y ss.

²⁰ Art. 138 de la Constitución italiana: «Las leyes de revisión de la Constitución y otras leyes constitucionales serán adoptadas por cada una de las Cámaras con dos deliberaciones sucesivas en un plazo no inferior a tres meses, y serán aprobadas por mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras. Las mismas serán sometidas a referéndum popular cuando, dentro de los tres meses desde su publicación, lo soliciten un quinto de los miembros de una Cámara, cincuenta mil electores o cinco Gobiernos regionales. La ley sometida a referéndum no será promulgada si no es aprobada por la mayoría de los votos válidos. No tendrá lugar el referéndum si la ley ha sido aprobada en segunda votación en cada una de las Cámaras por una mayoría de dos tercios de sus miembros».

²¹ Dejamos para más adelante el estudio de la posibilidad de que exista un límite de intangibilidad implícito de los derechos fundamentales que impida en todo caso al legislador entrar en ellos como ha planteado parte de la doctrina.

²² Art. 134 de la Constitución italiana: «La Corte Constitucional juzga: las controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos, con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones...». Esto supone concebir toda Constitución como auténtica norma jurídica, si bien con

las leyes ordinarias y de los actos con fuerza de ley previsto en el art. 75 de la Constitución italiana, con el que se puede expulsar una norma del ordenamiento jurídico²³; esta previsión, sin embargo, no afecta a una serie de leyes como las tributarias, de presupuestos, de amnistía e indulto o de autorización a ratificar tratados internacionales²⁴.

En relación con el poder ejecutivo las garantías son esencialmente cuatro. La primera es la preeminencia del poder legislativo sobre el poder ejecutivo, que se manifiesta de tres maneras: a) el ejecutivo debe actuar dentro de los límites fijados por la ley, no estando autorizado a hacer cosa alguna sin habilitación legal; este principio, a juicio de Guastini, estaría implícito en el art. 100 de la Constitución o sería un principio consustancial al Estado liberal²⁵; b) los actos normativos típicos del poder ejecutivo, los reglamentos, están subordinados a la ley en la jerarquía de las fuentes del derecho, principio éste implícito en el conjunto del articulado constitucional; c) la legitimidad de todo acto político del gobierno está condicionada por el respaldo parlamentario²⁶. La segunda garantía que tienen los derechos fundamentales es la reserva de ciertas materias a la ley, como puede ser la legislación penal²⁷ o la relativa a la libertad personal²⁸. La tercera sería la posibilidad de acudir a la protección judicial de sus derechos²⁹.

sus propias especificidades. R. Nania, *Il valore della Costituzione*, Milano, Edit. Giuffrè, 1986, págs. 87-95; S. Labriola, «Le garanzie istituzionali per la protezione della costituzionalità», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1990, págs. 26-39, pág. 33; V. Crisafulli, *Le norme «programmatiche» della Costituzione...», op. cit.*, págs. 59-96. El carácter normativo y superior de las disposiciones constitucionales ha servido para que se haya intentado configurar las sentencias de «acoglimiento», aquellas que admiten la cuestión de constitucionalidad como auténticas fuentes de derecho. A. Pizzorusso, «Ancora sulle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale e sulla metodologia dello studio delle fonti del diritto», en AA.VV. *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano, Edit. Giuffrè, 1988, págs. 547-555. Este carácter normativo también supondrá que las normas ordinarias se hayan de interpretar de acuerdo con la Constitución. G. Leone, «Aspetti costituzionali dell'interpretazione della legge», *Rassegna di diritto pubblico*, 1958, págs. 493-510, pág. 509.

²³ Art. 75 de la Constitución italiana: «Se convocará referéndum popular para deliberar la abrogación, total o parcial, de una ley o de un acto que tenga valor de ley cuando lo pidan cincuenta mil electores o cinco Consejos Regionales...».

²⁴ Para Guastini también estarían fuera del alcance de la garantía del referéndum abrogativo las leyes constitucionales, interpretando a contrario el art. 138. R. Guastini, *Quindici lezioni di diritto costituzionale...», op. cit.*, pág. 175.

²⁵ *Ibidem*, pág. 177.

²⁶ Art. 94 de la Constitución italiana: «El Gobierno ha de tener la confianza de las dos Cámaras. Cada una de ellas acuerda o revoca la confianza mediante una moción motivada y votada por llamamiento nominal».

²⁷ Art. 25. 2 de la Constitución italiana: «Nadie puede ser penado si no es por ley que haya entrado en vigor antes del hecho cometido».

²⁸ Art. 13.2 de la Constitución italiana: «No se admite forma alguna de detención, inspección o registro personal, ni cualquier otra restricción de la libertad personal, si no es por acto motivado de la autoridad judicial y sólo en los casos y modos previstos por la ley».

²⁹ Art. 24 de la Constitución italiana: «Todos pueden actuar en juicio en tutela de sus derechos e intereses legítimos...» Art. 113 de la Constitución italiana: «Contra los actos de la administración pública, se admite siempre la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria o administrativa».

Y, en cuarto lugar, la reserva de jurisdicción, en virtud de la cual algunos actos que pueden incidir sobre determinados derechos de libertad son admisibles si son previamente autorizados a través de un acto motivado de un órgano jurisdiccional: la libertad personal, el secreto de la correspondencia o la libertad de prensa³⁰.

Los derechos fundamentales tendrían también una triple garantía frente al poder judicial: la obligación de motivar toda decisión judicial³¹, la sujeción del juez a la ley³², y la posibilidad de acudir en recurso de casación cuando la decisión sea contraria a la ley³³, de manera que las decisiones de cada juez son controladas por otros jueces de mayor rango.

Se ha planteado en la doctrina italiana la no modificabilidad de los derechos fundamentales como garantía frente a los tres poderes, aunque afectando específicamente al legislativo. Esta hipótesis de trabajo no encuentra una expresa referencia textual en la Constitución, en ella sólo se hace una clara apostilla al carácter inmutable de la forma de gobierno, la republicana, como límite de la revisión constitucional³⁴.

Sin embargo, para algunos autores la inviolabilidad sólo es concebible en clave de inmutabilidad, esto es, asimilando como perfectos sinónimos inviolabilidad e inmutabilidad. Para éstos, la auténtica traducción de la inviolabilidad no puede ser otra que la interdicción de la transformación de los derechos fundamentales. En este sentido podemos analizar lo dicho por Grossi en su *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili sulla Costituzione italiana* en la que se plan-

³⁰ En efecto, el art. 13 de la Constitución italiana prohíbe toda forma de detención salvo que sea autorizada por el juez; el art. 15 admite la limitación del secreto de la correspondencia y cualquier otro tipo de comunicación sólo a través de un acto motivado del juez; y el art. 21 proscribiera al secuestro de la prensa exceptuando los casos en que existe una autorización judicial. En todos los casos además se exige una autorización legal que habilite al juez para limitar estas libertades.

³¹ Art. 111 de la Constitución italiana: «Todos los procedimientos jurisdiccionales han de ser motivados».

³² Art. 101.2 de la Constitución italiana: «Los jueces están sujetos únicamente a las leyes». Para Riccardo Guastini esta garantía supone una serie de consecuencias. En primer lugar, los jueces deben aplicar las leyes en el sentido que no están autorizados a crear otras nuevas. Además, deben aplicarlas al tener la obligación de conocerlas. Cuando un ciudadano invoca una ley ante el juez no está obligado a demostrar su existencia o a informarle de su contenido. Los jueces tienen también el deber de aplicarlas en la medida en que no están autorizados a no aplicarlas. Para el filósofo genovés, los jueces tienen la obligación de aplicar sólo las leyes y no la Constitución o los reglamentos administrativos. Por un lado es objeto de la Corte Constitucional, y no de los jueces comunes, aplicar la Constitución, o sea, concretamente, declarar la eventual ilegitimidad constitucional de las leyes. Por otro, los jueces no están siempre obligados a aplicar los reglamentos administrativos, deben aplicarlos sólo si están de acuerdo con la ley. Y, por último, cada juez está vinculado sólo por las leyes en el sentido de que goza de total autonomía de juicio: no está sujeto a órdenes o directrices políticas. R. Guastini, *Quindici lezioni di diritto costituzionale...*, *op. cit.*, págs. 179 y 180.

³³ Art. 111.2 de la Constitución italiana: «Contra las sentencias y contra los procedimientos sobre la libertad personal, pronunciados por órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales, se admitirá siempre el recurso en Casación por violación de la ley...»

³⁴ Art. 139 de la Constitución italiana: «La forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional».

tean justamente los distintos sentidos de la inviolabilidad, concluyendo que la sustracción de estos derechos al poder de revisión constitucional «es el significado primario de las declaraciones de inviolabilidad contenidas en nuestra Carta constitucional»³⁵. Este autor considera que el primer motivo que vendría a sostener esta tesis es la existencia de una «*Constitución material*» que define como «la elección jurídico-política fundamental de la organización de la vida en común»³⁶.

Para Baldassarre, que defiende también la inmutabilidad de la Constitución en materia de derechos fundamentales, esta inmodificabilidad no podría colisionar en caso alguno con el principio democrático, con «la idea de una ‘democracia pluralista’, en la cual el principio de mayorías está sometido a una serie de límites, de contrapesos y de controles, que tienen como principal finalidad evitar que la voluntad de la mayoría pueda reprimir más allá de lo razonable los derechos y las libertades de los individuos y de los grupos sociales. Entre éstos, la no modificabilidad del núcleo de valores de los derechos inviolables es, por los motivos que acabamos de mencionar, el límite más inherente y más evidente, porque es justamente de la forma de Estado (republicana) de la que estos derechos constituyen el fundamento más inmediato o, según la definición utilizada anteriormente, los principios o las categorías *a priori*»³⁷.

Entre los autores que mantienen la imposibilidad de modificar los derechos inviolables existen posturas que limitan tal impedimento a los que expresamente recogen la fórmula *inviables*. Así, para Grossi los derechos que únicamente estarían protegidos de una forma real contra la revisión constitucional serían los establecidos en los arts. 13, 14, 15 y 24 porque sólo estas disposiciones incorporan explícitamente el carácter inviolable. Con relación a los derechos que no vienen calificados por la Constitución como tales no operaría la garantía de inmutabilidad sino de una manera indirecta, «para ellos el límite en cuestión no está establecido directamente, sino que se extiende siempre y cuando subsista su pertenencia a esta categoría: en pocas palabras, puede decirse que está implícito en

³⁵ P. F. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, Edit. C.E.D.A.M., 1972, pág. 74. Habla de las declaraciones de inviolabilidad para referirse, como veremos más adelante, a todas las ocasiones en que la Constitución italiana menciona explícitamente el término ‘inviable’, constituyendo una garantía más intensa para estos derechos que no podrían ser revisados en caso alguno. Véase también A. Corasaniti, «Note in tema di diritti fondamentali», *Diritto e società*, 1990, págs. 189-214, págs. de 202 a 205. P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali...*, *op. cit.*, pág. 53; C. Mortati, «Concetto, limiti, procedimento, della revisione costituzionale», en AA.VV., *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano, Edit. Giuffrè, págs. 3-40; publicado también en *Raccolta di scritti, II*, Milano, Edit. Giuffrè, 1972; A. Barbera, «Comentario al art. 2 de la Constitución», *Commentari della Costituzione*, edición preparada por G. Branca, Bologna, Edit. Zanichelli, 1975, pág. 117.

³⁶ P. F. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana...*, *op. cit.*, pág. 75.

³⁷ A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, Enciclopedia giuridica Treccani, 1989, pág. 30. Para el autor la inviolabilidad de los derechos fundamentales estaría también íntimamente ligada con el art. 139 de la Constitución por lo que su revisión provocaría inmediatamente la mutación del régimen.

su pertenencia (a los derechos inviolables). Para los derechos de libertad personal, de libertad de circulación, el secreto de la correspondencia y de toda otra forma de comunicación, y el derecho a la tutela judicial, debería hablarse más propiamente de un límite expreso, en tanto que está directamente formulado en las particulares disposiciones que les conciernen y es deducible inmediatamente sin la intermediación de otros conceptos a través de la interpretación»³⁸.

Esta identificación entre inviolabilidad expresa y prohibición de revisión sugiere, nos parece, una interpretación excesivamente literal del texto constitucional. Así, Pace señala que la inviolabilidad referida «a la libertad personal, a la libertad de circulación, a la libertad de comunicación y al derecho a una tutela judicial es sólo una fórmula más enfática que otras, con la que, no de forma diferente, en la sustancia, a análogas proposiciones (‘Todo ciudadano puede...’), la Constitución afirma, en referencia a los bienes que protege, que existe una situación subjetiva jurídicamente tutelada»³⁹. Costantino Mortati, en el mismo sentido, sostiene que del expreso reconocimiento de inviolabilidad «no se puede argumentar que el mismo grado de protección constitucional no corresponda también a otros derechos»⁴⁰.

También se ha criticado la configuración de una prohibición general de revisar la Constitución en materia de derechos fundamentales basada en la existencia de una Constitución material a la que remitiría el carácter inviolable de los derechos fundamentales declarado en el art. 2. Alessandro Pace, en concreto, entiende que una cosa es la *inviolabilidad* y otra la *inmodificabilidad*⁴¹. «Especificar un límite al poder de revisión constitucional constituye, sobre todo, un grave error de planteamiento del problema»⁴². Establecer un límite a la revisión constitucional supondría un mal servicio a los derechos constitucionales, querría decir «exponer la pervivencia (de unos determinados derechos) como fruto de una imposición jurídica y no de una libre elección y de un consciente ejercicio

³⁸ P. F. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana...*, op. cit., pág. 78; «Significato, valore e garanzia dei diritti inviolabili nel sistema della Costituzione italiana», en AA.VV., *Studio in memoria di C. Esposito*, Padova, Edit. C.E.D.A.M., 1973, págs. 2097-2138. Carlo Esposito identifica los derechos inmodificables no con aquellos que podemos reconocer por una doble inviolabilidad, sino que limita la inmutabilidad a la forma de Estado republicana, al art. 5, donde se recoge la unidad de la República, y al art. 2 de la Constitución italiana. C. Esposito, «Costituzione, legge di revisione della Costituzione e ‘altre’ leggi costituzionali», en AA.VV., *Raccolta di scritti in onore di A. C. Jemolo*, Milano, Edit. Giuffrè, 1963, págs. 189-219, nota. 35 pág. 208.

³⁹ A. Pace, «La garanzia dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici “comuni”», en AA.VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, Padova, Edit. C.E.D.A.M., 1990, pág. 111; en *Problematica delle libertà costituzionali* abunda en este mismo sentido diciendo que desde esta perspectiva quedan muchos derechos fundamentales fuera y que en caso de suspensión son precisamente estos derechos los que van a sufrirla. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, Edit. C.E.D.A.M., 1985, pág. 10.

⁴⁰ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Edit. C.E.D.A.M., 1976, vol. II, pág. 1039. Véase también A. Baldassarre, *Diritti inviolabili...*, op. cit., pág. 23.

⁴¹ A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali...*, op. cit., pág. 8.

⁴² *Ibidem*, pág. 10. Véase también S. Cicconetti, *La revisione della Costituzione*, Padova, Edit. C.E.D.A.M., 1972, págs. 273 y ss.

por parte de los ciudadanos». En la Constitución italiana, a su juicio, no parece que se pueda apelar a un límite de revisión que se base en un contenido material de la Constitución; ésta, al reconocer derechos como la libertad de manifestación o el ejercicio de la soberanía popular sin límites salvo la forma republicana, establece «un límite a la competencia del Parlamento, más que un límite a la voluntad popular propiamente dicha»⁴³.

En esta controversia nos situamos ante una aparente colisión entre el principio democrático y el de vigencia de los derechos fundamentales; si se da prioridad al primero, el principio democrático, se mantendrá la posibilidad de revisión de los preceptos relativos a los derechos fundamentales; si, por contra, se anteponen los derechos inviolables, coherentemente, se sustentará la no revisión de los preceptos constitucionales iusfundamentales⁴⁴.

Se trata, sin embargo, de una falsa disputa, los derechos fundamentales están íntimamente vinculados con la democracia de manera que una verdadera y auténtica democracia sólo puede advertirse en la medida en que estén reconocidos los derechos fundamentales por un ordenamiento jurídico y éstos, a su vez, dependen de aquélla. Como ha indicado Zanfarino «entre la noción moderna de los derechos humanos y la teoría democrática de la soberanía popular subsiste no sólo compatibilidad, sino también consustancialidad y recíproca inmanencia»⁴⁵.

Es necesario también estudiar si desde la doctrina que permite la modificación de los derechos fundamentales es admisible todo tipo de intervención, no sólo la que suponga una interpretación expansiva sino también la que pretenda restringir algún derecho inviolable o fundamental.

En esta materia la literatura jurídica es más unánime y niega cualquier modificación de los derechos fundamentales que signifique su menoscabo. Barile mantiene que la inviolabilidad supone que «la Constitución no acepta enmiendas

⁴³ En la Constitución italiana, por lo tanto, no parece que se pueda apelar a un límite de revisión que se base en un contenido material de la Constitución. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali...*, *op. cit.*, pág. 11. Hay que señalar que, pese a esta específica referencia a la prohibición de modificar la forma de Estado, existe una doctrina que discute incluso la posibilidad de introducir límites a la revisión constitucional de cualquier tipo, de manera que ni siquiera el art. 139 que proclama la imposibilidad de revisar la forma de Estado republicana expresaría un límite a la modificación constitucional. Véase P. Biscaretti Di Ruffia, «Sui limiti della revisione costituzionale», *Anales del Seminario jurídico de la Universidad de Catania*, Napoli, Edit. Jovene, 1959, vol. III, págs. 122-172, págs. 122 y ss.

⁴⁴ P. F. Grossi, *Significato, valore e garanzia dei diritti inviolabili nel sistema della Costituzione italiana...*, *op. cit.*, pág. 2105.

⁴⁵ A. Zanfarino, «Diritti umani e società moderna», en AA.VV., *Costituzione e realtà attuale 1948-1988*, edición preparada por L. Lippolis, Milano, Edit. Giuffrè, 1990, págs. 65-74, pág. cit. 66. «Respecto a este núcleo irrenunciable y a este orden sistemático de valores, el reconocimiento (y las garantías) de los derechos inviolables no es sólo una parte necesaria sino que representa el primer principio o el fundamento interno, así como la 'libertad (positiva) igual' es el fundamento mismo de la democracia, al menos en su acepción de democracia pluralista». A. Baldassarre, *Diritti inviolabili...*, *op. cit.*, pág. 18.

reductoras y esenciales en los artículos que se refieren a estos derechos»⁴⁶. Baldassarre, en este sentido, no sólo sostiene esta tesis sino que observa que incluso podría ser deseable un cambio por lo que se refiere a su forma siempre que no se afecte al valor; así dice que «el valor en sí, que prescinde tanto de la relación con otros valores constitucionales (y, por tanto, de eventuales relativizaciones del propio contenido), como de eventuales actualizaciones de determinados *istituti* (como supondría la ‘garantía de *istituto*’) o de determinadas instituciones (como conllevaría la ‘garantía institucional’), es el contenido a proteger»⁴⁷. Por lo tanto, la sola modificación de los derechos inviolables no significa un perjuicio, sino que éste se derivaría de la modificación o supresión del contenido de valor. Es más, incluso una modificación es aconsejable siempre que se quiera proteger este «contenido de valor». También Mortati se manifiesta en el mismo sentido señalando que no se podrá tocar nunca la esencia de los derechos⁴⁸.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha tratado abundantemente la posibilidad de que se dieran modificaciones en materia de derechos fundamentales. Sin embargo, en su decisión n.º 1146/1988, declara que «la Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser invertidos o modificados en su contenido esencial por leyes de revisión constitucional u otras leyes constitucionales», añadiendo a continuación que estos «son tanto los principios que la misma Constitución explícitamente prevé como límites absolutos al poder de revisión constitucional, como la forma republicana (art. 139), o los principios que, aun no estando expresamente mencionados entre los no sujetos a procedimiento de revisión constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana»⁴⁹.

⁴⁶ P. Barile, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Edit. C.E.D.A.M., 1987, pág. 554. En el mismo sentido Martines indica que «si alguno de estos principios tuviera que ser abrogado... parece que se menospreciaría aquella parte del ordenamiento que se funda en éste. Pero, es más, el cambio habría de considerarse como la consecuencia de un nuevo modo de entender las relaciones sociales, de una nueva organización y de la afirmación de nuevos fines políticos en el seno de la sociedad estatal. De tal guisa que no estaremos ya ante una Constitución modificada, sino ante una nueva Constitución, que se corresponde... con el nuevo cambio de orientación política del grupo social organizado en Estado». T. Martines, *Diritto costituzionale*, Milano, Edit. Giuffrè, 1978, pág. 324.

⁴⁷ A. Baldassarre, *Diritti inviolabili...*, *op. cit.*, pág. 37. Esto encontraría su fundamento en que los derechos inviolables son entidades ideales que radican en la historia de la civilización y cambian con ella.

⁴⁸ C. Mortati, *Concetto, limiti, procedimento, della revisione costituzionale...*, *op. cit.*, pág. 6. Véase también, por ejemplo, A. Barbera, *Comentario al art. 2 de la Constitución...*, *op. cit.*, pág. 117; P. F. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana...*, *op. cit.*, págs. 158 y 159.

⁴⁹ S.C.C. 1146/1988, de 29 de diciembre, *Giur. Cost.*, 1988, primera parte, III, págs. 5565-5570, pág. cit. 5569. Véase también F. Modugno, «Il problema dei limiti alla revisione costituzionale», *Giur. Cost.*, 1992, I, págs. 1649-1703. Para Modugno la imposibilidad de revisión del art. 139 hace referencia a los valores fundamentales del ordenamiento italiano que no es posible identificar en disposiciones concretas (pág. 1679); M. Dogliani, «La sindacabilità delle leggi costituzionali, ovvero la ‘dramatizzazione’ del diritto costituzionale», *Le regioni*, 1990, págs. 774-787; M. Mazziotti Di Celso, «Principi supremi dell’ordinamento costituzionale e forma di Stato», *Diritto e società*, 1996, págs. 303-323; M. Luciani, «I diritti fondamentali come limiti alla revisione della Costituzione», en AA.VV.,

Podemos, pues, concluir aceptando la inadmisibilidad de la revisión constitucional en materia de derechos fundamentales cuando no se trate de una modificación *in bonam parte*. Esta imposibilidad de modificación recaería, como señala la Grossi, en la norma y no en el precepto constitucional⁵⁰. Esto no quiere decir que exista una remisión a un derecho natural como parece sustentar Morelli⁵¹, sino que la modificación de determinadas normas del sistema constitucional italiano, como son las relativas a los derechos inviolables, en sentido restrictivo significaría tal contradicción con la evidente orientación liberal-social de la norma que esta perdería su identidad. Podríamos hablar en el caso de que esto se diera de una nueva Constitución, de una Constitución distinta, pero no de una modificación constitucional.

3. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL RECURSO DE AMPARO EN EL DERECHO ITALIANO

Del examen comparativo de la protección de los derechos fundamentales en la Constitución española e italiana podemos destacar las siguientes diferencias: en la Constitución española existe una distinta protección dependiendo de donde se ubique el concreto derecho⁵², mientras en la Constitución italiana no se prevén protecciones especiales⁵³; la inexistencia en el sistema jurídico italiano del recurso de amparo directo ante la Corte Constitucional por violación de dere-

Libertà e giurisprudenza costituzionale, edición preparada por V. Angiolini, Torino, Edit. Giappichelli, 1992, págs. 121-129.

⁵⁰ P. F. Grossi, *Significato, valore e garanzia dei diritti inviolabili nel sistema della Costituzione italiana...*, *op. cit.*, pág. 2135.

⁵¹ Efectivamente, el autor parte de la idea de que la letra del texto constitucional no tiene relación alguna con la modificabilidad de la Constitución. Para él, incluso en los casos en los que el pueblo no siguiera los procedimientos previstos para la modificación de la Constitución, es decir, cuando se produzca una verdadera revolución, ésta no es de por sí ilegítima (puede ser ilegal de acuerdo con un procedimiento), pero es legítima siempre que respete unos principios que el propio autor define como derecho natural. Para Morelli el pueblo tiene una facultad de soberanía que está reconocida por la Constitución pero que es anterior a ella, y el pueblo puede reconquistarla en su totalidad y ejercerla fuera de la Constitución «no poniéndose por encima del derecho (aunque se sitúe por encima de un concreto ordenamiento), esta titularidad está limitada por los enunciados anteriores. En este caso se trataría no de un poder de hecho, sino de un poder jurídico, que, sin embargo, no es ilimitado (si fuera ilimitado se terminaría por equiparar el derecho y la fuerza)». G. Morelli, *Il diritto naturale nelle costituzioni moderne. Dalla 'dottrina pura del diritto' al 'sistema dell'ordinamento democratico positivo'*, Edit. Servizio de Pubblicaciones de la Università Cattolica Sacro Cuore di Milano, 1974, pág. 278.

⁵² Los derechos de la Sección Primera del Capítulo II, la igualdad jurídica del art. 14 y la objeción de conciencia al servicio militar gozan de una protección reforzada: recurso de amparo constitucional y recurso ordinario preferente y sumario ante la jurisdicción ordinaria; asimismo los derechos de la Sección I exigen que su legislación de desarrollo sea a través de ley orgánica.

⁵³ Grossi justifica, no obstante, la imposibilidad de revisar los artículos en los que exista una concreta referencia a la inviolabilidad, estos son, los arts. 13, 14, 15 y 24. P. F. Grossi, *Significato, valore e garanzia dei diritti inviolabili nel sistema della Costituzione italiana...*, *op. cit.*, pág. 78. No obstante, como veíamos, esta expresa alusión a la inviolabilidad sólo tiene un carácter retórico. A. Pace, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano...*, *op. cit.*, pág. 111.

chos fundamentales, su protección se sustancia siempre por el cauce ordinario de la cuestión de constitucionalidad del art. 134; la ausencia en el ordenamiento italiano de una cláusula «formal» de contenido esencial; y, por último, la previsión en la Constitución italiana de un referéndum abrogativo en su art. 75.

De estas garantías es conveniente que aludamos a dos protecciones que en la Constitución española resultan de basilar importancia para estipular cuáles son los derechos fundamentales y que, sin embargo, no aparecen de forma explícita en la Constitución italiana: la cláusula del contenido esencial del art. 53.1 y el recurso de amparo constitucional (art. 53.2).

En efecto, el recurso de amparo ha servido a la doctrina mayoritaria del Tribunal Constitucional para delimitar cuáles son los derechos fundamentales⁵⁴, y el contenido esencial ha sido asumido por cierta doctrina de la jurisprudencia constitucional y parte de la doctrina científica como propuesta de identificación sistemática de los derechos fundamentales en nuestra Constitución⁵⁵.

En la Constitución italiana no hay una referencia expresa al «contenido esencial», ello no quiere decir que no exista o que no se tutele este contenido⁵⁶; la

⁵⁴ La S.T.C. 18/1981, de 8 de junio, es muy clara en este sentido: «los denominados derechos fundamentales y libertades públicas (son) los regulados en los arts. 15 al 29 de la Constitución española, cuyo desarrollo está reservado a la ley orgánica y cuya tutela específica se realiza ante los tribunales ordinarios, junto con la relativa al principio de igualdad del art. 14 y la objeción de conciencia del art. 30 por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante este Tribunal». S.T.C. 18/1981, de 8 de junio de 1981, fto. jco. 4, B.J.C. n.º 3, págs. 209-215. En el mismo sentido, véase la S.T.C. 76/1983, de 5 de agosto, fto. jco. 2 y 51, B.J.C. n.º 30, págs. 1121-1179; o S.T.C. 161/1987, de 27 de octubre, fto. jco. 2, B.J.C. n.º 79, págs. 1466-1474. Esta posición es aceptada por e Balaguer Callejón que distingue entre: «derechos acogidos a la democracia constitucional, que constituyen el núcleo esencial de la Constitución», «los derechos acogidos a la democracia constitucional» y «los derechos sometidos a la democracia de la mayoría». Entre los primeros estarían los derechos de la Sección Primera, lo que justifica enunciando las garantías que los protegen. «Encontramos así que este primer grupo de derechos, símbolo del pacto constituyente y de la voluntad de todo el pueblo, están protegidos contra cualquier actuación de cualquiera de los poderes públicos, de algún sector del pueblo, a través de la intervención del Tribunal Constitucional, en cuanto éste representa al poder constituyente en el momento constitucional. Son el fundamento mismo de la democracia constitucional, a la que la democracia de la mayoría debe respetar y amoldarse». F. Balaguer Callejón, «Derechos fundamentales y Constitución normativa», en AA.VV., *X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pág. 221.

⁵⁵ Esta no ha recibido aplicación por el Tribunal Constitucional de forma general, sin embargo, en algunas sentencias parece admitirse al considerar que existen derechos fundamentales no protegidos a través del recurso de amparo; así la S.T.C. 46/1983, en su fto. jco 6, dispone que «el art. 38 de la Constitución española es ciertamente un derecho fundamental, pero no goza de la protección de recurso de amparo al sobrepasar los concretos límites a que se contrae el art. 53.2.» (S.T.C. 46/1983, de 27 de mayo, B.J.C. n.º 26, págs. 688-703). La S.T.C. 67/1988, de 27 de mayo, en su fto. jco. 4, con relación al derecho de propiedad dice que la ausencia de recurso de amparo «no supone, sin embargo, la desprotección de tales derechos, sino sólo que el constituyente no ha estimado necesario incluir este derecho y sus garantías en el ámbito de protección reforzada que el art. 53.2 de la Constitución confiere a determinados derechos y libertades fundamentales» (S.T.C. 67/1988, de 27 de mayo, B.J.C. n.º 85, págs. 684-696). En nuestra doctrina han adoptado esta tesis Cruz Villalón. Véase pié de pág. n.º 2

⁵⁶ En este sentido resulta muy elocuente la referencia de Alejandro Pace a la falta de mención en el texto constitucional de las fórmulas 'contenido esencial' y 'derechos fundamentales'. Para éste

Corte Constitucional lo ha incorporado. Así, en el razonamiento de determinadas decisiones la Corte hace mención a la existencia de un contenido esencial de los derechos fundamentales.

La primera ocasión en que la Corte hace expresamente referencia al contenido esencial de un derecho fundamental es la decisión n.º 6/1966 en la que se trata el derecho de propiedad. En concreto, la Corte va a indicar que tendrá carácter expropiatorio «el acto que, aunque no disponga de una traslación total o parcial de derechos, imponga limitaciones de tal entidad que vacíen de contenido el derecho de propiedad incidiendo muy acentuadamente en el goce del bien»⁵⁷. La sentencia n.º 56/1968 también se refiere a este contenido del derecho de propiedad cuando dice que «existe expropiación también en todos los casos en que la merma del derecho sea efecto del ejercicio de la potestad administrativa, reduciendo el uso de un bien del que se tenía originariamente un goce íntegro, cuando se restringe el *contenido esencial*, además de los casos en que se de una transferencia a la administración de la disponibilidad de un bien para lograr un interés público»⁵⁸.

La creación jurisprudencial de la cláusula de contenido esencial ha supuesto que la doctrina italiana haya recogido la elaboración teórica que se había lle-

existen en ordenamiento italiano dos particularidades: «en primer lugar no existen derechos constitucionales 'fundamentales'. La segunda particularidad de nuestro ordenamiento –del ordenamiento jurídico italiano– es que ninguna disposición constitucional impone el respeto del 'contenido esencial' de los derechos recogidos en la Constitución. El reconocimiento constitucional de un determinado derecho 'absorbe', por así decirlo, la tutela del contenido esencial del mismo» (pág. 109). «Esto no quiere decir, obviamente, que en Italia no existan derechos fundamentales o que no se tutele el contenido esencial. Se quiere, sin embargo, subrayar que si se quisiera introducir con valor jurídico, la locución 'derechos fundamentales' en nuestro ordenamiento, todos los derechos constitucionales tendrían que ser considerados igualmente fundamentales». A. Pace, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano...*, *op. cit.*, págs. 109 y 110.

⁵⁷ Sentencia n.º 6/1966, de 20 de enero, *Giur. Cost.*, 1966, I, págs. 72-92, pág. cit. 91. En esta decisión se declara la inconstitucionalidad del art. 3, párrafo 2, de la ley n.º 1849, de 20 de diciembre de 1932, sobre las servidumbres militares, en referencia al art. 42, párrafo 3, de la Constitución, en la medida en que no preveía indemnizaciones por limitaciones de la propiedad privada con carácter expropiatorio. Para la Corte en esta legislación no se encuentran limitaciones de tipo general y objetivo de la propiedad, éstas se desprenden de la actividad discrecional de la Administración.

⁵⁸ Sentencia n.º 56/1968, de 29 de mayo, *Giur. Cost.*, 1968, I, págs. 884-897, pág. cit. 895. Esta decisión declara no fundada la cuestión de constitucionalidad planteada en relación al art. 15, párrafo 2, de la ley de la Provincia de Bolzano n.º 8, de 24 de julio de 1957, sobre la tutela del paisaje, en la que se deroga el derecho general a indemnización por los límites a la propiedad privada; aunque la Corte precisa que, no obstante esto, en los casos de prohibición absoluta de construcción sobre áreas consideradas como edificables podrá concederse un especial aumento en los límites de las cantidades previstas en la legislación presupuestaria de la Provincia. También se refieren al contenido esencial las S.S.C.C. n.º 55/1968, de 29 de mayo de 1968, *Giur. Cost.*, 1968, I, págs. 838-884, en la que la Corte señala en relación con la expropiación que la garantía de la propiedad «está disminuida en cuanto los específicos derechos, que están ligados a esta institución... estén comprendidos o suprimidos sin indemnización, mediante actos de imposición que, independientemente de su forma, conduzcan tanto a una traslación total o parcial del derecho, en cuanto se vacía de manera relevante e incisiva su *contenido*», la n.º 133/1971, de 22 de junio, *Giur. Cost.*, 1971, II, págs. 1519-1548, o la n.º 5/1980, de 30 de enero, *Giur. Cost.* 1980, primera parte, págs. 21-47.

vado a cabo en Alemania con relación a la interpretación del art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, que establece la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. En este sentido Baldassarre va a aludir a las distintas interpretaciones que de la cláusula de contenido esencial se han hecho en la doctrina alemana, estas son, las que interpretan esta cláusula como una fórmula absoluta y las que la que le atribuyen un carácter relativo. Las primeras consideran en sí, independientemente, el contenido esencial de los derechos, las segundas lo definen en relación con otros derechos o valores⁵⁹.

Sin embargo, lo cierto es que esta cláusula no estaba prevista en el ordenamiento positivo italiano por lo que ha sido criticada abiertamente. Pace observa que la cláusula del contenido esencial no deja de ser «una traslación de categorías jurídicas ajenas a nuestro ordenamiento»⁶⁰. Giannini va más allá e indica que esta cláusula podría operar sólo «si se la concibe como descripción económica de aproximación; presentada con pretensiones de explicación jurídica no es preciso detenerse mucho para admitir que es una figura retórica, consistente en la aplicación de la geometría a los conceptos jurídicos; los ingredientes son un círculo (núcleo esencial interno), su circunferencia (el límite del núcleo esencial), un círculo que lo contiene de mayor radio (la materia que no es núcleo esencial) una recta secante del segundo círculo, externa a/o tangente del primero (una mera limitación, admitida), una secante también del primer círculo (que produce la minoración). Es superfluo en este momento recordar que con

⁵⁹ A. Baldassarre, *Diritti inviolabili...*, *op. cit.*, pág. 33. «Las teorías absolutas, con independencia de cuál sea el objeto con que identifican el contenido esencial, consideran que éste es una medida fija que tiene un carácter constitutivo en el sentido de que cada norma de derecho fundamental contiene, necesariamente, un mínimo de manera estable e inafectable, con la consecuencia de que, en caso de ser infringido dicho mínimo por una decisión legislativa de desarrollo normativo, se produce una declaración de inconstitucionalidad de dicha decisión. Este núcleo está constituido por elementos típicos que configuran el derecho fundamental, lo cual implica recurrir a argumentaciones extracontextuales para su determinación». Para estas teorías el contenido esencial está excluido de la intervención del legislador por lo que «no puede ser determinado el contenido esencial con certeza y seguridad jurídica, en un momento anterior a la intervención del Tribunal Constitucional, puesto que es la última instancia de decisión». Las teorías relativas del contenido esencial, por su parte, «tienen como punto de partida común el hecho de que no se basan en establecer el contenido esencial de un derecho fundamental como una medida preestablecida y fija. Para las teorías relativas sería admisible constitucionalmente que en un caso concreto se pudiera realizar una intervención que suponga una inaplicación del derecho fundamental en una situación concreta, siempre que se pudiera justificar constitucionalmente... Para las teorías relativas, el contenido esencial tiene un valor declarativo en el sentido de que no es un elemento estable, una parte autónoma del derecho fundamental, siendo determinable exclusivamente a partir de la propia norma del derecho fundamental en conexión con la justificación constitucional de la intervención o limitación del derecho fundamental». J. C. Gavara De Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, 1994, págs. 271 y 272. Para un análisis más detenido de las distintas teorías absolutas y relativas en la doctrina alemana véase J. C. Gavara De Cara, *ibidem*, págs. 226-335.

⁶⁰ A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali...*, *op. cit.*, pág. 48. La doctrina del contenido esencial «puede ser configurada como una tentativa de rehuir del dato formal, extremadamente sintético, de la Ley Fundamental de Bonn y de individualizar una sustancia... fuera de la prescripción jurídico positiva». S. Mangiameli, *La proprietà privata nella Costituzione*, Milano, Edit. Giuffrè, 1986, pág. 55.

las figuras geométricas se puede ilustrar cualquier institución y fenómeno jurídico: para que la explicación sea jurídicamente válida, es preciso que al símbolo geométrico le corresponda una noción jurídica (la lógica jurídica que se corresponde con la lógica euclídea); pero si al símbolo geométrico no se le hace corresponder nociones no dice sino que existe un punto, el ser secante, el estar dentro, el estar fuera, el invadir, el no invadir, etc., y la explicación jurídica quiebra: es una representación enunciada con palabras inadecuadas, una metáfora enunciada con modos más lúcidos»⁶¹.

Esto, no obstante, no implica una menor protección de los derechos fundamentales en Italia porque, como ha señalado Gavara de Cara, «la garantía del contenido es una cláusula que fue pensada para controlar la actividad del legislador en sistemas en los que no existía un control de constitucionalidad de las leyes»⁶², cumpliendo este control la misma finalidad.

Desde nuestro punto de vista es intrascendente que la Constitución o la jurisprudencia hagan expresa alusión a la cláusula de «contenido esencial». Coincidimos con cuando atribuye a la expresión *contenido esencial* un valor exclusivamente geométrico; lo importante es, como ha señalado el autor, que exista detrás una verdadera noción jurídica. En la Constitución española el contenido esencial sirve como elemento sistemático configurador de una serie de derechos a los que el constituyente atribuye una efectiva protección jurídica. En el sistema italiano únicamente viene a colación esta cláusula para razonar de una manera, si se quiere, más gráfica en materia de derechos fundamentales, pero no tiene una virtualidad jurídica consistente con relación a la determinación de los derechos fundamentales⁶³.

Si a esto añadimos que la comparecencia de la cláusula de contenido esencial es numéricamente poco relevante en la jurisprudencia constitucional, utili-

⁶¹ M. S. Giannini, «Basi costituzionali della proprietà privata», en AA.VV., *Lecture di diritto civile*, edición preparada por G. Alpa y P. Zatti, Padova, Edit. C.E.D.A.M., 1990, págs. 351-377, pág. 367; Véase también *Diritto amministrativo*, II, Milano, Edit. Giuffrè, 1970, pág. 1211; G. Morbidelli, «Contenuto "essenziale" del diritto di proprietà sul suolo, fasce di rispetto», *Giur. Cost.*, 1971, II, págs. 1521-1548. En el fondo esta opinión no deja de ser la misma que sostiene Häberle cuando señala que «independientemente de la cuestión de si las cláusulas del contenido esencial estén codificadas, reconocidas 'sólo' en vía jurisprudencial o en sede puramente doctrinal, o independientemente de la pregunta de si valgan las meras garantías de los derechos fundamentales, la concepción de los derechos fundamentales interna al Estado subyace en todo caso en sus efectos». P. Häberle, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, edición preparada por P. Ridola, traducida al italiano por A. Fuiillo y R. W. Rossi, Roma, Edit. La Nuova Italia scientifica, 1993, pág. 243. Häberle, aun constatando la utilización de la cláusula del contenido esencial por la Corte de Justicia de la Comunidad europea o por la Corte europea de los derechos del hombre, observa que esta cláusula no añade nada que no estuviera ya constitucionalizado.

⁶² J. C. Gavara De Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, op. cit., pág. 326.

⁶³ Para Mangiameli la distinción entre la doctrina del contenido esencial en el ordenamiento italiano y alemán es que este último hace referencia a aquella cláusula, y en el sistema italiano no se hace referencia alguna al contenido esencial. S. Mangiameli, *La proprietà privata nella Costituzione...*, op. cit., pág. 51 y 52.

zándose en contadas ocasiones, podemos concluir señalando su escasa relevancia en el sistema jurídico italiano.

Por cuanto se refiere a la protección de amparo es preciso decir que la posibilidad de introducir este mecanismo de protección tal y como se establecía en la Constitución alemana fue propuesta en Italia por Cappelletti en su obra *La Giurisdizione della libertà*⁶⁴. Sin embargo, el mismo autor en un artículo de 1990 rechaza esta necesidad basándose en los siguientes argumentos: 1.º «porque me he convencido que el sistema ‘incidental’ consigue un control de constitucionalidad ausente de lagunas sustanciales»; 2.º puesto que Italia forma parte de la Convención europea de derechos humanos a la que la persona puede acudir cuando se produzca una violación por el Estado de los derechos humanos, tratándose de «un recurso muy similar al *Verfassungsbeschwerde*, con la diferencia de que aquel está basado en un *bill of rights* transnacional»; y 3.º por la constatación del hecho de que en la justicia constitucional italiana se ha producido un afianzamiento y desarrollo de los vínculos entre la jurisdicción ordinaria y la Corte Constitucional, en el que, si bien (el control de constitucionalidad) continúa siendo un sistema concentrado en el sentido que es la Corte Constitucional quien se encarga de dilucidar la constitucionalidad, se ha acentuado la idea de cooperación; el recurso de *Verfassungsbeschwerde* «representaría un tipo de recurso *directo*, y no incidental» donde no intervendría la jurisdicción ordinaria⁶⁵.

Para el autor la inexistencia del recurso de amparo tendría incluso consecuencias favorables para la protección de los derechos fundamentales en la medida en que la Constitución no va a ser una norma ajena a la jurisdicción ordinaria. El prejuicio constitucional del juez *a quo* y el control que de este hace la Corte Constitucional son una manifestación en cierta manera de la implantación de una jurisdicción difusa. «Hoy la Constitución no es ya un documento extraño, por así decirlo, a la actividad cotidiana de los tribunales de justicia; una ‘conciencia constitucional’ (y ‘comunitaria’) se ha ido afirmando... en todos los campos del derecho»⁶⁶.

Independientemente de que esto sea así o no, lo cierto es que el hecho de que no se incorpore la protección de amparo con relación al catálogo de dere-

⁶⁴ M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale della libertà*, Milano, Edit. Giuffrè, 1954, pág. 82 y ss.; también del mismo autor «La giustizia costituzionale», *Anales de la Universidad de Macerata*, 1960, págs. 117-146, pág. 127 y ss.

⁶⁵ M. Cappelletti, «Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale», *Giur. Cost.*, 1990, I, págs. 857-864, pág. cit. 858 y 859.

⁶⁶ M. Cappelletti, «Questioni nuove (e vecchie)...», *op. cit.*, pág. 859. En el mismo sentido Pizzorusso entiende que el juicio incidental previsto en la Constitución italiana permite la protección de los derechos fundamentales a través de la declaración de inconstitucionalidad. A. Pizzorusso, «Giurisdizione costituzionale e diritti fondamentali», *Rivista di diritto processuale civile*, 1981, págs. 340-348, pág. 344. Gustavo Zagrebelsky va más allá y mantiene que a través de la aplicación directa de las disposiciones constitucionales en virtud del art. 700 del Código de procedimiento civil puede obtenerse una protección inmediata de los derechos constitucionales. G. Zagrebelsky, «La tutela d’urgenza», en AA.VV., *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, edición preparada por L. Carlassare, Padova, Edit. C.E.D.A.M., 1988, págs. 27-41, pág. 41.

chos establecido por el texto constitucional italiano no significa que no se recojan derechos fundamentales. Desde un punto de vista teórico estamos ante un derecho fundamental en la medida en que exista una protección jurídica de un derecho humano⁶⁷, no es necesaria la presencia de unas garantías concretas, o de tutelas más reforzadas, para que pueda ser calificado un derecho como fundamental. Una cosa es el derecho y otra su protección, un derecho existe en la medida en que tenga una protección jurídica, no porque las garantías sean mayores.

La protección en el ordenamiento italiano, como hemos visto, viene en algunos casos enunciada directamente por la propia Constitución utilizando un lenguaje concreto que permite configurar auténticos derechos y en otros se deja a la interpretación de la Corte Constitucional o al desarrollo por parte de legislador de la Constitución, por lo que la inexistencia de una protección de amparo o que no se consagre la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales no prejuzga la configuración de los derechos fundamentales. Estos existen en la medida en que, como hemos visto, cuentan con una protección jurídica que los conforma como auténticos derechos.

⁶⁷ En efecto el profesor Pérez Luño al diferenciar los derechos fundamentales de los derechos humanos señala que los primeros serían «aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada». A. E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Edit. Tecnos, 1988, pág. 46.