

IGUALDAD Y LIBERTAD (1)

ALESSANDRO PACE

SUMARIO: 1. LA CONCILIABILIDAD DE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD EN SEDE FILOSÓFICA.— 2. LA CONCILIABILIDAD DE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD POR REFERENCIA A UN CONCRETO ORDENAMIENTO. EL SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD.— 3. EL SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD.— 4. LA CONCILIABILIDAD DE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FORMA DE ESTADO: a) *En abstracto*.— 5. LA CONCILIABILIDAD DE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FORMA DE ESTADO: a) *En concreto*. *Cinco hipótesis de colisión:* 1) *colisión de la igualdad sustancial con la libertad de propaganda política;* 2) *colisión de la igualdad sustancial con la libertad de los medios de comunicación;* 3) *colisión de la igualdad sustancial con la libertad de domicilio;* 4) *colisión de la igualdad formal con la libertad de empresa;* 5) *colisión de la igualdad formal con la libertad de asociación.*

1. LA CONCILIABILIDAD DE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD EN SEDE FILOSÓFICA

En la voz «Igualdad» («Eguaglianza») de la *Enciclopedia delle Scienze sociali* Ronald Dworkin afronta el problema de si los valores de igualdad y de libertad se hallan en una situación de irremediable conflicto entre ellos o si, por el contrario, existe la posibilidad de conciliar ambos de tal suerte que puedan extraerse sólo las respectivas ventajas. Y la respuesta que da el estudioso —tras someter a análisis la igualdad y la libertad, primero en materia económica y, después, en materia política— se decanta por este segundo sentido, pero a costa de numerosos «distingos», como por ejemplo asumiendo como

(1) Traducción del italiano de Luis Jimena Quesada, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia.

criterio de la igualdad económica la distribución del bienestar antes que la distribución de los recursos y como criterio de la igualdad política el del impacto antes que el de la influencia, o bien reconduciendo el problema de la igualdad política al de la naturaleza del procedimiento político (2).

De manera análoga Ian Carter, en su introducción al recién aparecido volumen colectivo sobre *L'idea di eguaglianza*, se pregunta: «¿Existe un conflicto necesario entre igualdad y libertad?». Tras lo cual afirma: «La respuesta, obviamente, no sólo depende de lo que quiera decir ser libres, sino también de la naturaleza exacta del ideal igualitario» (3). Idéntica es la respuesta que a la misma cuestión dio Norberto Bobbio muchos años antes. La conciliación entre los dos valores depende —para el ilustre filósofo y teórico del Derecho— del significado que se dé al vocablo «libertad», y siempre que se especifique preliminarmente cuáles sean los entes para los que se plantea el problema de la igualdad y se identifique en qué deberían ser iguales estos entes (4).

Luego, es evidente que la misma cuestión, en tanto que siempre bastante ardua, resulta (siquiera relativamente) de más fácil solución cuando se afronta, no bajo el ángulo filosófico o de la teoría política o económica, sino desde un punto de vista jurídico.

2. LA CONCILIABILIDAD DE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD POR REFERENCIA A UN CONCRETO ORDENAMIENTO. EL SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD

A decir verdad, si se parte del prisma de un concreto ordenamiento, los conceptos de igualdad y libertad deben ser ambos asumidos como relativos respecto de aquél.

Consiguientemente, en lo que se refiere al ordenamiento italiano, ante todo no podrá hablarse de igualdad en general, sino de igualdad tal como aparece proclamada en el artículo 3 de la Constitución italiana (en adelante, CI). Significativa, a este respecto, es la *no universalidad* de su proclamación relativa (5),

(2) R. DWORKIN: Voz «Eguaglianza», en *Enc. sc. soc.*, vol. III, Roma, 1993, págs. 478 y sigs.

(3) I. CARTER: *Introduzione a AA.VV., L'idea di eguaglianza*, Milano, 2001, 7.

(4) N. BOBBIO: Voz «Eguaglianza», en *Enc. novecento*, vol. II, Roma, 1977, págs. 355 y sigs. El ensayo ha sido publicado de nuevo en ID.: *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995, 3.

(5) En sentido favorable a la universalidad de la proclamación de la igualdad en la Constitución italiana véase, entre otros muchos, A. CASSESE: «Art. 10», en *Commentario della Costituzione* a cargo de GIUS. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, 513; A. MOSCARINI: «Principio costituzio-

la cual refiere el imperativo de la igualdad únicamente a los ciudadanos, mientras la condición jurídica del extranjero viene disciplinada, *ex* artículo 10, párrafo 2 CI, «por la ley de conformidad con las normas y con los tratados internacionales» (que, por su parte, tratan paritariamente ciudadanos y extranjeros, puesto que «mis» ciudadanos son «tus» extranjeros y viceversa...) (6). Por el contrario, el principio de racionalidad/razonabilidad (*razionalità/ragionevo-*

nale d'eguaglianza e diritti fondamentali», en *Annali 1998-1999 (Quaderni dell'Istituto giuridico della Facoltà di economia dell'Università della Tuscia, n. 5)*, Viterbo, 2000, 273 e 290. Sin embargo, debe ponerse de relieve que la pretendida universalidad de la proclamación de la igualdad constituye la consecuencia errónea de la identificación del principio de igualdad (subjetiva) con el principio de racionalidad/razonabilidad. Éste, a diferencia de aquél, se refiere a todos los enunciados normativos y prescinde, por ello, de la circunstancia de si éstos afectan a ciudadanos o extranjeros. Sobre este punto véase, *infra*, en el cuerpo del texto.

(6) Sobre este punto me permito remitir a *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, 39 y sigs., y a la *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1990, 144 y sigs., para la ilustración de la tesis según la cual los derechos constitucionalmente reconocidos corresponden ante todo, *prima facie*, únicamente a los ciudadanos italianos (véase la rúbrica de la Parte primera de la Constitución italiana), de conformidad con la misma función (política) de la Constitución del Estado; pero dichos derechos (incluidos los de carácter político) pueden ser extendidos a los extranjeros y a los apátridas con leyes ordinarias (en este sentido véase, por ejemplo, el artículo 1 del texto único núm. 286, de 25 de julio de 1998, que extiende a los no ciudadanos los no mejor identificados «derechos fundamentales de la persona previstos por las normas de Derecho interno», así como lo hacían ya con anterioridad la generalidad de las leyes civiles, penales y administrativas italianas). Efectivamente, si es compatible la afirmación según la cual han sufrido «desde hace tiempo mutaciones las condiciones histórico-políticas que justificaban la total exclusión de los extranjeros del goce de los derechos políticos» (F. CERRONE: «Identità civica e diritti degli stranieri», en *Pol. dir.*, 1995, 452), no es dado, por ello mismo, concluir que, sólo por efecto de la modificación de tales condiciones, los extranjeros puedan, sin intervención legislativa, convertirse en titulares de algunos o de todos los derechos políticos, a título de mera interpretación. Ahora bien, la necesidad de mediación de la ley ordinaria deriva asimismo de otra consideración. Escapa a cuantos —movidos por la sin duda apreciable preocupación de la tutela de los extranjeros en Italia— sostienen la inconstitucionalidad de la denominada cláusula de reciprocidad... escapa, a éstos, que la estipulación, por parte del Estado italiano, de acuerdos bilaterales o multilaterales sobre «la condición jurídica del extranjero» (artículo 10, párrafo 2 CI) constituye, para que permanezca en vigor tal cláusula (artículo 16) el único instrumento jurídico para la tutela del ciudadano italiano en el extranjero. De aquí la conclusión según la cual, incluso admitiendo que «el discurso sobre los derechos de los ciudadanos es tendencialmente reaccionario» (G. U. RESCIGNO: «Note sulla cittadinanza», en *Dir. pubbl.*, 2000, 765), tal parecer es ciertamente inapropiado cuando la preocupación que mueve a la tesis de la no pertenencia de los derechos constitucionales a los extranjeros se basa en la exigencia de tutelar *hoy y en cualquier lugar* a los ciudadanos italianos, que por lo demás es la primera tarea de la Constitución de un Estado, tal como lo concebimos en nuestros días.

lezza) (7), aunque extraído del ámbito del artículo 3, se ha ido poco a poco emancipando de la igualdad en sentido estricto (8), y por tanto concierne a *todos* los enunciados normativos, aunque se trate de la nacionalidad del sujeto implicado en la eventual disciplina.

Por otra parte, debe subrayarse que el artículo 3 CI establece ciertamente un principio dirigido al legislador, pero no atribuye una situación jurídica subjetiva a los particulares (9). Frente a quienes sostienen la tesis de la igualdad como situación jurídica subjetiva, efectivamente se ha observado de modo concluyente que un pretendido «derecho a la igualdad», sin especificación alguna sobre el contenido, sería conceptualmente inadecuado y desprovisto de la necesaria autonomía.

Y, en efecto, un pretendido derecho a la igualdad podrá ser invocado judicialmente en tanto en cuanto se someta a consideración una discriminación respecto al goce de un concreto bien de la vida. En tal hipótesis se tratará, más correctamente, de un «derecho a la igualdad de trato» en relación a ese concreto bien; y no del derecho al respeto del principio general de igualdad. En otras pa-

(7) Aun compartiendo las precisas observaciones sobre el diverso significado de los dos vocablos, es indiscutible el uso promiscuo que se hace de ellos incluso en la misma jurisprudencia constitucional. De ahí la inoportunidad, en esta sede, de efectuar precisiones al respecto.

(8) Sobre el particular, véase A. CERRI: *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976, 59 y sigs. Sobre la progresiva flexibilización, en la jurisprudencia constitucional, del principio de razonabilidad respecto a la disciplina constitucional de la igualdad de los ciudadanos, véase, entre otros, A. MOSCARINI, *Principio costituzionale*, cit., 286 y sigs. Sobre la autonomía de los dos principios véase asimismo mi trabajo «Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore», en *Giur. cost.*, 1983, 2346, publicado nuevamente, con algunas modificaciones, en A. PACE: *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 1997, 162 y sigs. y la nota 40 *bis* allí incluida. Significativa, al respecto, es la Sentencia núm. 165 de 2000 de la Corte Constitucional, en *Giur. cost.*, 2000, 1482, con observación crítica de M. ESPOSITO: *Tutela cautelare e processo tributario*, en la cual la Corte considera ocioso pronunciarse sobre «la falta de razonabilidad de la disciplina en los modelos procesales sometidos a controversia», por cuanto «la duda de constitucionalidad (se) circunscribe a la violación del principio de igualdad».

(9) En este sentido, véanse sentencias de la Corte Constitucional núms. 89 y 386 de 1996, 183 de 1997 y 142 de 1998. En la doctrina, véase C. MORTATI: *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo II, Padova, 1976, 1023; L. PALADIN: *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano 1965, 213 y sigs.; ID.: *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, 574 y sigs.; C. ROSSANO: *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966, 441 y sigs.; A. S. AGRÒ: «Art. 3», en *Commentario della Costituzione italiana*, a cargo de Gius. Branca, Bologna-Roma, 1975, 124 y sigs.; A. MOSCARINI: *Principio costituzionale*, cit., 274 y sigs., 290, 308 y sigs. Favorable, por el contrario, a la tesis sobre la igualdad como situación subjetiva es A. CERRI: *L'eguaglianza nella giurisprudenza*, cit., 72 y sigs.; ID.: «L'eguaglianza giuridica nei rapporti interpretati: spunti e riflessioni a partire dalla giurisprudenza in materia di lavoro», en *Foro it.*, 1992 I, 1531; ID., voz «Uguaglianza (diritto costituzionale)», en *Enc. giur.*, vol. XXXII, Roma, 1994, 7.

labras, dado que para ostentar legitimación activa en un proceso se precisa demostrar la existencia de un interés, si el actor (o el recurrente) no demuestra el perjuicio concretamente sufrido por él, el juez deberá rechazar la demanda, pese a la envergadura que pueda tener la violación denunciada del principio de igualdad.

Ulteriores argumentos a favor de la calificación de la igualdad como derecho fundamental se extraen de otros ordenamientos. Aunque también ellos están lejos de probarlo. Así ocurre, ante todo, cuando acudimos a los ordenamientos constitucionales alemán y español, los cuales, como es sabido, a diferencia del nuestro, califican la igualdad como «derecho fundamental» (10). Y, en efecto, en ambos casos se exige preliminarmente por sus respectivos Tribunales Constitucionales, para la admisibilidad de la relevancia constitucional sobre el juicio de igualdad, la invocación del concreto perjuicio sufrido (11). Esto significa que en los juicios de constitucionalidad *ex* artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn y *ex* artículo 14 de la Constitución española no se sustancia la igualdad en abstracto, sino la igualdad como instrumento para la tutela de otros intereses sustanciales, aunque no estén constitucionalmente protegidos. Y lo mismo debe reiterarse respecto al ordenamiento estadounidense, que también es otro de los invocados de manera inexacta con el referido propósito (12). Pues lo bien cierto es que la conocida decisión *Baker vs. Carr*, relativa a la determinación arbitraria de las circunscripciones electorales y fallada tomando como elemento de contraste la enmienda XIV, fue adoptada por

(10) En esta línea, A. CERRI: *L'eguaglianza giuridica nei rapporti interprivati*, cit., 1532, por referencia, sin embargo, únicamente al Derecho alemán, sobre el cual debe observarse que no parece pertinente la remisión, efectuada por este mismo estudioso, al instituto procesal de la *Unvereinbarkeit*, como confirmación del derecho a la igualdad como autónoma situación jurídica subjetiva. A decir verdad, la decisión de incompatibilidad no tiene, por sí misma, carácter satisfactorio, sino que plantea más bien un «deber de mejora» por parte de la Ley, con la correspondiente previsión de un plazo para el legislador (en el supuesto que nos ocupa: para restablecer la igualdad violada). Sobre este punto, v. K. SCHLAICH: *Das Bundesverfassungsgericht*, München, 1997, 272 y sigs.

(11) Puede verse, por ejemplo, la Sentencia núm. 7 de 1983 del Tribunal Constitucional Español, en AA.VV.: *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, a cargo de F. RUBIO LLORENTE, Barcelona, 1995, 117. Puede verse asimismo, por ser sumamente ilustrativos, J. DE ESTEBAN y P. J. GONZÁLEZ-TREVIJANO: *Curso de Derecho constitucional español*, vol. I, Madrid, 1994, 318 y sigs.; L. LÓPEZ GUERRA, E. ESPÍN, J. GARCÍA MORILLO, P. PÉREZ TREMPES y M. SATRÚSTEGUI: *Derecho constitucional*, vol. I, Valencia, 1994, 162 y sigs. Para la jurisprudencia y doctrina alemanas véanse, en este sentido, P. BADURA: *Staatsrecht*, München, 1996, 126; K. HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, Heidelberg, 1993, 180; H. D. JARASS y B. PIEROTH, *GG. Kommentar*, München, 2000, 100.

(12) A. CERRI: *L'eguaglianza giuridica nei rapporti interprivati*, cit., 1532.

la *Supreme Court* sólo tras haber afrontado y resuelto positivamente el específico problema del interés hecho valer por los apelantes (13).

En fin, en lo que atañe al argumento según el cual, si la igualdad no fuese un derecho fundamental de la persona, no se «comprendería por qué es ella precisamente y no el simple bienestar la que se encuentra en el origen de muchas revoluciones» (14), se impone replicar que, en las proclamaciones revolucionarias, la afirmación de la igualdad apuntaba a la consecución de un objetivo bastante preciso, aunque de alcance general, y por ello político: la abolición de los privilegios de clase (en el siglo XVIII) y de los de censo (en el siglo XIX y en el XX). Pero de ello no se desprende en absoluto que la igualdad, como tal, constituya (o pueda constituir) una situación jurídica subjetiva, como tampoco lo es el bienestar en sí mismo considerado.

3. EL SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD

Paso ahora a abordar el concepto, asimismo en relación al ordenamiento italiano, de libertad. En lo que se refiere a dicho concepto, es evidente que no se puede hablar de la libertad en abstracto como de un espacio reconocido, atribuido o reservado al particular (espacio comprensivo de derechos individuales que poseen una estructura de lo más diversa: derechos de la persona, derechos a una prestación positiva, derechos a una omisión, derechos de disfrute de bienes, derechos de igualdad de trato, derechos potestativos, derechos de participación, etc.) (15). Antes bien, debe hablarse sólo de aquellos derechos cuyo contenido consiste, por definición, en el libre ejercicio de comportamientos materiales y/o de actividades jurídicas, esto es, de los derechos de libertad.

Los derechos de los que trataré aquí a continuación son, por ello, aquéllos cuyo reconocimiento jurídico positivo (no necesariamente «constitucional») se debe a la favorable apreciación, por parte del legislador, de la *libertas agendi* del sujeto privado por referencia a algunas específicas actividades biomecáni-

(13) 369 U.S. 204 (1962): «Have the appellants alleged such a personal stake in the outcome of the controversy as to assure that concrete adverseness which sharpens the presentation of issues upon which the court so largely depends for illumination of difficult constitutional questions? This is the gist of the question of standing. It is, of course, a question of federal law».

(14) A. CERRI: *L'eguaglianza giuridica nei rapporti interprivati*, cit., 1532.

(15) Permitaseme evitar la fastidiosa tarea de citar la lista de estudiosos, incluso autorizados, que con notable superficialidad califican como derechos de libertad el derecho de sufragio, el derecho de huelga, el derecho de defensa, el derecho de propiedad, etcétera, demostrando con ello no tener claro ni el concepto de derecho de libertad, ni haber meditado suficientemente sobre la estructura de los derechos de voto, de propiedad, de defensa, de propiedad, etcétera.

cas (moverse, hablar, reunirse, etc.) o a algunas actividades jurídicas (contraer matrimonio, constituir una empresa, etc.) que aparecen conectadas con las correspondientes actividades biomecánicas. Actividades materiales y/o jurídicas respecto de las cuales la abstención del Estado y de terceros (*rectius*, el no impedimento por parte de éstos) representa la «consecuencia» del respeto debido, por parte de aquéllos, de ese derecho individual reconocido positivamente; en cambio, dicha abstención no representa el «contenido» mismo de la situación jurídica subjetiva protegida, tal como fuera originariamente presentado en la tesis —claramente estatocéntrica, aunque liberal— del sistema de los derechos públicos subjetivos de Georg Jellinek (según la cual el fundamento de los derechos de libertad queda precisamente individualizado en una autolimitación del Estado).

Por lo demás, subrayar que los derechos de libertad, a diferencia de los derechos sociales, no reclaman, en línea de principio, prestaciones positivas por parte de los poderes públicos para ser ejercidos, no excluye sin embargo que también en el caso de los derechos de libertad se revele a veces necesaria la intervención de los poderes públicos (16).

Esta precisión es importante. En efecto, con ella se confirma, una vez más y bajo otro perfil, el carácter erróneo de las manidas y persistentes distinciones entre libertades *positivas* y *negativas* y entre libertades *de* y libertades *frente a*. Omitiendo cualquier otro apunte crítico sobre la posibilidad de calificar los derechos de libertad como *libertades negativas* y como *libertades frente a*, tales derechos no presentan, a fin de cuentas, un contenido tan... negativo (ni tan solamente... «*frente a*») como se quiso hacer creer. En efecto, incluso partiendo de la tesis de que su «contenido» consiste —como yo sostengo— en el desarrollo positivo de facultades materiales y/o jurídicas, no debe nunca olvidarse que también los derechos de libertad, para ser efectivos, presuponen la existencia de estructuras públicas de garantía (17). En otros términos, también ellos

(16) En este sentido véanse, entre otros, F. E. OPPENHEIM: *Dimensioni della libertà* (*Dimensions of Freedom*, 1961), trad. it. A. Pasquinelli y R. Rossini, Milano, 1964, 179 y sigs.; M. MAZZIOTTI, voz «Diritti sociali», en *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 806, y M. LUCIANI: «Sui diritti sociali», en *Studi in onore di M. Mazzotti di Celso*, vol. II, Padova, 1995, 121 (no puede, sin embargo, suscribirse lo que sostiene este último estudioso cuando afirma que la consideración de una situación jurídica subjetiva como derecho de libertad o como derecho social depende de la historia y no de la estructura de aquélla). Problemas que me he encargado de afrontar ampliamente en *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei*, en AA.VV.: *Ventidue saggi su un grande maestro*, a cargo de P. Barile, Milano, 1990, 311 y sigs.

(17) Este aspecto del problema, como es notorio, lo tuvieron bien presente los autores de las Constituciones de las *ex* colonias norteamericanas. Véase, por ejemplo, artículo VIII Const. Pennsylvania (1776), artículo IX Const. Vermont (1776), artículo X Const. Massachussets (1780), artículo XII Const. New Hampshire (1784), etcétera.

requieren la presencia de los poderes públicos, ya sea con objeto de asegurar su respeto (a través de mecanismos sancionadores, cuando no incluso preventivos) contra eventuales violaciones, ya sea en aquellas hipótesis en las que el ejercicio del derecho de libertad viene condicionado por la previa y necesaria intervención del legislador (lo que, por ejemplo, sucede con la disciplina de los medios de difusión del pensamiento que conllevan utilización de recursos públicos, como el éter o espacio radioeléctrico terrestre).

De ahí la confirmación de la tesis según la cual una cosa es hablar de derechos fundamentales en tanto que proclamados en *magnae chartae libertatum*, en *déclarations de droits*, en *bill of rights* etcétera —o sea, en acuerdos o, a lo sumo, en actos normativos independientes—, y otra cosa es discutir de esos mismos derechos como reconocidos y garantizados por una Constitución, que como tal atiende esencialmente a la organización de los poderes públicos.

La inclusión de derechos fundamentales en una Constitución escrita implica, en efecto, no sólo que ellos participan de las garantías derivadas de la eventual rigidez de tal Constitución, sino que comporta también que dichos derechos se colocan en posición de recíproca interdependencia respecto de las estructuras organizativas públicas previstas y disciplinadas por ella. Lo cual, mientras resulta intuitivo para los derechos sociales (cuya eficacia viene intuitivamente condicionada por la calidad y las características del deudor de la denominada prestación positiva) (18), no es menos cierto para las demás categorías de derechos, entre los que se encuentran los mismos derechos de libertad, según se acaba de poner de relieve anteriormente.

De lo anterior se desprende que la efectiva consistencia de la relación entre igualdad y libertad en un determinado ordenamiento no puede prescindir de la consideración de la forma de Estado que en concreto acoge la respectiva Constitución: forma de Estado que, en lo que concierne a los italianos, se establece en los artículos 2 y 3 CI y en el subsiguiente catálogo de derechos (civiles, ético-sociales, económicos y políticos) consagrados en la primera parte del texto constitucional italiano.

(18) No puede compartirse la tesis de A. BALDASSARRE: VOZ «Diritti sociali», en *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989, 38 y sigs., que distingue los derechos sociales en condicionados e incondicionados, pues incluye entre estos últimos derechos que, a simple vista, «sociales» (en sentido tradicional) no son, como algunos derechos de libertad y algunas potestades familiares.

4. LA CONCILIABILIDAD DE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FORMA DE ESTADO

a) *En abstracto*

En realidad, la Constitución italiana, sobre adherirse ostensiblemente a un modelo de compromiso (liberal y, al tiempo, democrático) (19), prevé una equilibrada coexistencia del principio de igualdad con los específicos derechos de libertad. Efectivamente, el artículo 3, párrafo 1 CI vincula el respeto de la igualdad formal de los *ciudadanos* directamente con el legislador, e indirectamente (*ex* artículo 97 CI) con la administración pública, pero no vincula a los sujetos privados (20). Además, el artículo 3, párrafo 2 CI impone, eso sí, a la República, el remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los *ciudadanos*, impiden el pleno desarrollo de la personalidad —y consiguientemente faculta al legislador ordinario para establecer (siquiera sea en vía excepcional) derogaciones incluso a los derechos constitucionales de libertad—, si bien ello sólo cuando no exista otra vía para remover los obstáculos de hecho que, en esa concreta hipótesis, de otro modo impedirían el pleno desarrollo de la personalidad (21). Y todo ello siempre que sea respetada esa ulterior condición, deducida del principio general de racionalidad/razonabilidad antes recordado, según la cual la «acción positiva» debe ser congruente respecto al fin, o sea respetuosa con los principios de razonabilidad y de proporcionalidad (22).

(19) La observación es absolutamente obvia. Véase, sin embargo, sobre el particular N. BOBBIO: «Eguaglianza e diseguaglianza» y «Libertà e autorità», en *ID.*, *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, Roma, 1994, 99 y sigs., 115 y sigs.

(20) Todavía siguen siendo actuales, a este respecto, C. ESPOSITO: *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 31 nota 29, 39 y sigs.; M. MAZZIOTTI: *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, 107 y sigs.; C. MORTATI: *Istituzioni*, cit., 1018 y sigs.; L. PALADIN: *Il principio*, cit., 151 y sigs., 164 y sigs., 238 y sigs. Por último, en este sentido, véase A. MOSCARINI: *Principio costituzionale*, cit., 274.

(21) Sobre el particular, véase M. AINIS: «Azioni positive e principio d'eguaglianza», en *Giur. cost.*, 1992, 582 y sigs., especialmente 595 y sigs. Con referencia a ejemplos concretos piénsese, por ahora [pero más ampliamente v. *infra* § 5 sub c)], en el derecho de reunión de los trabajadores susceptible de ser ejercido en el lugar de trabajo (e incluso durante algunas horas de trabajo), que podrá considerarse legítimo constitucionalmente (aunque restrictivo de la libertad de domicilio ajena) en cuanto se ponga en conexión con el artículo 3, párrafo 2 CI.

(22) Sobre la proporcionalidad como criterio general de congruencia de los instrumentos legislativos respecto de las finalidades perseguidas y como medida y paradigma de la limitación de los derechos fundamentales (y, en particular, sobre la ponderación de la idoneidad y de la necesidad de los instrumentos legislativos al efecto empleados), véase G. SCACCIA: «*Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*», Milano, 2000, 294 y sigs., especialmente 301 y 303, y las interesantes referencias jurisprudenciales que allí se contienen.

Al asumir la forma de Estado como una de las coordenadas del discurso resulta insoslayable, sin embargo, advertir del peligro inherente a semejante postura. En la medida en que la problemática de la forma de Estado es diversa, al menos bajo el ángulo de la relación autoridad-libertad, respecto de la problemática de la forma de Gobierno (tendencialmente prescriptiva la primera noción, meramente descriptiva la segunda) (23), efectivamente entiendo que pese a todo debe evitarse el riesgo de caer en el holismo, en el cual frecuentemente se condesciende cuando se atribuye al «todo» —en el caso que nos ocupa, a la forma de Estado— un alcance superior respecto al conjunto de las normas en las que aquélla se asienta. (Piénsese, por ejemplo, en lo que en no pocas ocasiones ocurre con la noción de «Constitución», o con los poderes y las garantías de los órganos constitucionales, que no poseen su fundamento en disposiciones sino que se encuentran «implicados» en la «posición» constitucional de dichos órganos).

De aquí deriva la oportunidad de efectuar un puntual análisis de una serie de hipótesis en las que la igualdad y los derechos de libertad se hallan en colisión, para verificar, de manera concreta en el supuesto de hecho de que se trate, «sí» y «en qué modo» el ordenamiento italiano llega concretamente a realizar el principio —en el que tienen su base estas reflexiones— según el cual *la igual reconocimiento formal a todos los ciudadanos* de los derechos de libertad debe ser conjugado, bajo el prisma fáctico, con *la máxima expansión subjetiva de tales derechos*, de suerte que todos puedan ejercer *de modo igual y efectivo* el derecho de libertad proclamado (24), con la condición no obstante de

(23) Acerca de la diferencia de las dos partes de la Constitución italiana, bajo el ángulo de la incidencia que pueden jugar las *fuentes-hecho* sobre sus respectivas normas, puede acudirse ya a A. PACE: «Disegno costituzionale e mutamenti della forma di governo», en *Giur. cost.*, 1975, 1138. Lo que no significa en absoluto que, al menos para quien escribe, la parte organizativa de la Constitución italiana sea menos importante y menos... «constitucional» que la otra (véase sobre el particular las observaciones críticas de M. LUCIANI: «La “costituzione dei diritti” e la “costituzione dei poteri”». Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente», en *Scritti in onore di V. Crisafulli*, vol. II, Cedam, Padova, 1985, 498 y sigs.). Efectivamente, he sostenido en más de una ocasión —y lo hago también en este estudio, en la parte final del § 3— que, en todo caso, es la parte organizativa la esencial en una Constitución (como lo demuestran el *Instrument of Government* de 1653, la *Reichsverfassung* alemana de 1871 y la Constitución francesa de la III República de 1875), en donde la garantía de los derechos y las separación de los poderes, según el modelo ideológico del artículo 16 de la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 podría incluso faltar, pudiendo pese a todo continuar hablándose de Constitución.

(24) En este sentido, véase C. ROSSANO: *L'eguaglianza giuridica*, 258 y sigs.; A. MOSCARINI: *Principio costituzionale*, cit., 275. Sobre el desarrollo gradual de la igualdad de las condiciones, aunque en el ámbito de una concepción liberal de la democracia, merecen una atenta reflexión las palabras, todavía actuales, de un gran pensador como A. DE TOCQUEVILLE, en la

que esta expansión subjetiva y objetiva («de modo igual») *no restrinja hasta tal punto el contenido del derecho* como para hacerle perder su razón de ser.

5. LA CONCILIABILIDAD DE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FORMA DE ESTADO

a) *En concreto. Cinco hipótesis de colisión*

En la medida en que este ensayo aborda el «si» y el «cómo» pueden conciliarse la igualdad y la libertad cuando, en hipótesis concretas, se coloquen en situación de antítesis, la disquisición posterior se referirá a las siguientes cinco hipótesis ilustrándolas con ejemplos: *a)* colisión de la igualdad sustancial con la libertad de propaganda política; *b)* colisión de la igualdad sustancial con la libertad de medios de comunicación; *c)* colisión de la igualdad sustancial con la libertad de domicilio; *d)* colisión de la igualdad formal con la libertad de empresa; *e)* colisión de la igualdad formal con la libertad de asociación.

No afrontaré, en cambio, las hipótesis de utilización del artículo 3, párrafo 1 CI para afirmar el igual reconocimiento de los derechos de libertad (25), por cuanto en dichas hipótesis la igualdad está en función de la libertad. Con idéntico proceder, no trataré el problema de las denominadas «cuotas rosas» en las elecciones políticas y administrativas, puesto que aquí no entran en colisión la igualdad y la libertad, sino la igualdad y el derecho del electorado pasivo (que es un derecho de participación política, y no un derecho de libertad) (26). Por lo demás, tampoco se afrontará el problema de la igualdad de trato de las universidades privadas respecto a las públicas, aunque se diferencien entre ellas por su diversa postura en relación con la libertad de conciencia del docente (en tal caso el enfoque absorbente es, como bien se percibirá, el de la prevalencia de la libertad de la universidad privada sobre la libertad de enseñanza ejercida en el ámbito de la misma; y, por ende, más que de un conflicto entre la igual-

«Introducción» a *De la democracia en América (De la démocratie en Amérique, 1835)*, trad. it. (bajo el título *La democrazia in America*) a cargo de N. Matteucci, Torino, 1968, 15 y sigs., especialmente 19.

(25) Sobre el particular, para una ilustración con ejemplos, véase. A. MOSCARINI: *Principio costituzionale*, cit., 342 y sigs.

(26) Véase sobre este problema, la Sentencia núm. 422 de 1995 de la Corte Constitucional, en la que al declarar la inconstitucionalidad del artículo 5, párrafo 2, inciso final, de la Ley núm. 81 de 25 de marzo de 1993, se refirió, precisamente, a los artículos 3 y 51 CI. En cuanto a la inconstitucionalidad de las denominadas cuotas rosas (esto es, de la «reserva» de cuotas electorales a favor de las mujeres), véase ya con anterioridad M. AINIS: *Azioni positive*, cit., 607.

dad y la libertad, se manifiesta aquí un conflicto entre libertades (27), análogo, aunque no idéntico, al que se produce en el ámbito de la libertad de prensa entre los derechos de libertad que ostentan con igual título el editor de un diario privado, el director responsable y los periodistas) (28). Y no abordaré siquiera —y lo lamento— el problema, tratado por Augusto Cerri en un excelente ensayo, en el que se ven implicados, al mismo tiempo, los derechos de libertad (individuales y de grupo), la igualdad y el pluralismo, desde la específica óptica de la tutela de las minorías (29); y no lo haré tanto por razones de espacio, como porque afecta asimismo a problemas político-institucionales (y, por tanto, derechos de participación) que escapan al tema tal como lo he venido enfocando en las páginas precedentes.

1) *Colisión de la igualdad sustancial con la libertad de propaganda política*

Esta hipótesis ha constituido el objeto de una de las más citadas decisiones de la Corte Constitucional italiana, la Sentencia núm. 48, de 1964. En efecto, con ella se rechazó la cuestión de legitimidad constitucional de los artículos 1 y 8, párrafo 4 de la Ley núm. 212, de 4 de abril de 1956, por supuesta violación del artículo 21, párrafos 1 y 2 CI, en la cual se invocaba que el legislador, limitando («temporal y excepcionalmente») en período electoral la libertad de pegar carteles, violaría la libertad de manifestación del propio pensamiento con cualquier medio de difusión. En la decisión, que ha constituido el constante punto de referencia de los defensores de la denominada *par condicio* en período electoral, puede leerse: «... precisamente durante la campaña electoral, la concurrente y más intensa participación de partidos y de ciudadanos en la propaganda política, determina una situación que justifica la intervención del legislador ordinario tendente a regular su concurso. La Ley de 4 de abril de 1956

(27) Véase sobre este problema, la Sentencia núm. 195 de 1972 de la Corte Constitucional, y en ella la observación según la cual «el docente es libre de adherirse prestando su acuerdo a la llamada, a las particulares finalidades de la escuela, y libre es de abandonar, a su elección, la relación con ésta cuando ya no comparta tales finalidades».

(28) De este problema ya me ocupé en *Stampa, giornalismo, radiotelevisione. Problemi costituzionali e indirizzi di giurisprudenza*, Padova, 1983. Más recientemente, véase la voz «Comunicazioni di massa (diritto)», en *Enc. sc. soc.*, vol. II, Roma, 1992, 184, y el ensayo «La televisión pública en Italia», en J. J. GONZÁLEZ ENCINAR (ed.): *La televisión pública en la Unión Europea*, Madrid, 1996, 168 y sigs.

(29) A. CERRI: «Libertà, eguaglianza, pluralismo nella problematica della garanzia delle minoranze», en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, 289 y sigs.

ha establecido una disciplina que se mantiene dentro de estos límites, con normas que no están inspiradas, como sostiene la Abogacía del Estado, en la tutela de la propiedad (y basta a este respecto poner de relieve que ni siquiera con el acuerdo del propietario del muro, del edificio, etc., sería lícito proceder a fijar carteles fuera de los espacios pertinentes), sino que tienden a colocar a todos en condiciones de igualdad: esto es, a asegurar, que en uno de los momentos esenciales para el desarrollo de la vida democrática, ésta no se vea de hecho obstaculizada por situaciones económicas de desventaja o políticas de minoría».

Resulta difícil disentir de esta última afirmación, tanto más si se tienen en mente las normas denunciadas, que no afectaban, como en dicha ocasión apuntó críticamente Sergio Fois, a la prensa en general, sino únicamente «a la fijación de impresos, periódicos murales u otros y carteles, inherentes directa o indirectamente a la campaña electoral». La preocupación de Fois, empero, era evidentemente otra, y derivaba de la consideración de la entonces vigente dirección jurisprudencial de la Corte Constitucional relativa al artículo 21 CI, que no distinguía la garantía del contenido de la manifestación del pensamiento de aquella relativa al uso de los medios de comunicación, y que reconducía al solo límite, puesto al legislador, de no «desnaturalizar» el derecho disciplinado (Fois citaba al efecto las Sentencias núm. 1, de 1956; 120 y 121, de 1957, y 19, de 1962). Consecuentemente, él evocaba las peligrosas consecuencias que se podrían haber producido en caso de que la tesis considerada constitucional por la Corte hubiera sido utilizada por el legislador para restringir, aunque sólo fuera en sus modalidades, la prensa, incluida la periódica (30).

Sin embargo, el supuesto de hecho normativo sometido a la consideración de la Corte era, como se ha visto, bien diverso y afectaba solamente a la fijación en murales, de suerte que se podía (y se puede) sostener que dicho supuesto, al menos en parte, hallaba su justificación constitucional no ya, como había sugerido el mismo Fois, en el artículo 17, párrafo 3 CI (que disciplina las *reuniones* en lugar público y no, como mantenía ese ilustre estudioso (31), la sujeción de los lugares públicos a las leyes de policía, según preveía el artículo 32 del Estatuto Albertino de 1848), sino más bien en el artículo 42 CI y en la consiguiente (obvia) potestad pública para disciplinar el uso de la propiedad pública.

En lo que atañe a los espacios de propiedad privada (a los que también aludía la Corte en esa misma sentencia) el problema se planteaba en cambio de manera diversa. Respecto de la propiedad privada, como es de todos conocido,

(30) S. Fois: «Propaganda elettorale e mezzi di diffusione del pensiero», en *Giur. cost.*, 1964, 954 y sigs.

(31) S. Fois: *Propaganda*, cit., 965 y sigs.

el legislador puede así determinar «los modos de adquisición, de goce y los límites con objeto de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos» (artículo 42, párrafo 2 CI). Ello no obstante, es seriamente discutible que la consecución de la función social de la propiedad pueda ser ubicada en el ámbito de la restricción de la libertad de manifestación del pensamiento del propietario (32). De igual modo, resulta seriamente discutible que una *affirmative action*, en el sentido del artículo 3, párrafo 2 CI, pueda ser adoptada por el legislador, no para remover los obstáculos de hecho y por tanto para favorecer una más amplia posibilidad de propaganda política, sino para restringir la posibilidad de propagar las propias ideas con los medios de que se disponga legítimamente. Esto, sin embargo, no significa, en lo que afecta a las fijaciones en murales, que cada propietario privado pueda transformar la fachada de su establecimiento en un gigantesco mensaje icónico. Esta hipótesis, que en los tiempos que corren no puede decirse desgraciadamente que esté desprovista de fundamento, no es en cambio (afortunadamente) en el estadio actual realizable sin la intervención de la autoridad pública; al contrario, lo es por ende sólo tras una evaluación de los intereses públicos en juego. Efectivamente, el artículo 33, párrafo 1, núm. 8 de la Ley núm. 1150, de 17 de agosto de 1942, de actividad urbanística —de conformidad, *ante litteram*, con el artículo 9 CI— atribuye a las ordenanzas municipales la disciplina del «aspecto de las edificaciones», y por lo tanto legitima la imposición de límites publicitarios al uso —que en otro caso podría ser excesivo— de los espacios de propiedad privada.

2) *Colisión de la igualdad sustancial con la libertad de los medios de comunicación*

Como es sabido, la problemática de la disciplina constitucional de los medios de comunicación fue abordada por vez primera por la Corte Constitucional a través de la sentencia núm. 59 de 1960 (la primera de las *sentencias* relativas a la constitucionalidad del monopolio estatal radiotelevisivo). La Corte, pese a reconocer en línea de principio el derecho de todos a difundir el pensamiento propio con cualquier medio, lo subordina, en aquella decisión, a la condición de que aquél no se transforme en un privilegio de unos pocos. Pero la construcción teórica de la disciplina constitucional de los medios de comunicación sólo vendrá de la mano de las sentencias núm. 105 de 1972 y 94 de 1977,

(32) En este sentido, puede acudirse ya a A. PACE: «Propaganda politica e disciplina della proprietà pubblica e privata», en *Giur. cost.*, 1968, 140.

siendo ponente de ambas Vezio Crisafulli. En la primera de ellas puede leerse: «Naturalmente, el que «todos» tengan derecho a manifestar el propio pensamiento «con cualquier medio», no puede significar que todos deban tener, de hecho, la disponibilidad material de todos los posibles medios de difusión, sino que quiere decir, de manera más realista, que la ley debe garantizar a todos la posibilidad jurídica de usarlos o de acceder a ellos, con las modalidades y dentro de los límites eventualmente convertidos en necesarios por las peculiares características de cada uno de los medios o por la exigencia de asegurar la coexistencia armoniosa del derecho igual de cada uno o por la tutela de otros intereses constitucionalmente relevantes, justamente los criterios que esta Corte ha venido aplicando en diversas ocasiones (Sentencias núm. 59 de 1960, núm. 48 de 1964, núm. 11 de 1968)».

Esta postura, que no ha sido nunca desmentida por la Corte, de un lado niega la existencia de un derecho constitucional al medio («La esencia de esta libertad —había observado Carlo Esposito muchos años antes— no es que el particular tenga la posibilidad de uso de los medios de difusión del pensamiento, sino que pueda manifestar libremente lo que piensa, con los medios a su disposición») (33); de otro lado, subraya la necesidad de distinguir los diversos medios, según las peculiares características de ellos; finalmente, impone que la (potencial) libre utilización de éstos se produzca en condiciones de igualdad (34).

Sobre la base de estas premisas, que afectan a todos los *mass media*, conviene no obstante efectuar una distinción. Si no se le puede quitar la razón a Fois cuando excluye que en nombre de la *par condicio* electoral puedan imponerse restricciones, siquiera sea en sus diversas modalidades, a la libertad de prensa periódica —la cual, por razones históricas, técnicas y sociológicas está sometida a disciplina privada, aunque sólo sea de manera tendencial (y no porque ello venga constitucionalmente impuesto) (35)—, bien distinto es el discurso cuando nos encontramos ante la radiotelevisión.

No es ahora el caso de lamentarse de los vicios de origen del actual sistema radiotelevisivo italiano, en el que todavía hoy se siguen proyectando todas las consecuencias negativas pasadas (aludo a las evidentes desigualdades de trato entre los concesionarios en lo que se refiere a la diversa «iluminación» televi-

(33) C. ESPOSITO: *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 27, nota 58.

(34) En esta línea, véase ya con anterioridad V. CRISAFULLI: «Problematica della libertà d'informazione», en *Il politico*, 1064, 296 y sigs.

(35) Sobre este punto remito a A. PACE: voz «Comunicazioni di massa (diritto)», *cit.*, 177 y sigs.

siva del territorio nacional, así como a la persistente falta de respeto de lo decidido por la Corte Constitucional en la conocidísima sentencia núm. 420 de 1994 sobre la inconstitucionalidad del artículo 15, párrafo 4, de la Ley núm. 223 de 6 de agosto de 1990, que permitía a cualquier sujeto —pero prácticamente a uno solo [el grupo Berlusconi—Fininvest]— ser titular incluso de tres concesiones para la radiodifusión televisiva). La perspectiva en la que voy a moverme es otra diferente. Resulta pacífico que el sector radiotelevisivo que utiliza radiofrecuencias terrestres es todavía en la actualidad, por definición, un mercado «cerrado» para cuya entrada se precisa la obtención de una concesión previa. De ahí la obvia constatación de que, faltando libertad para el acceso a dicho sector, aquéllos que consiguen entrar en él ejercen un «privilegio legal». Consecuentemente, precisamente porque no «todos» pueden operar en el sector, sino sólo unos pocos «privilegiados», de un lado debería jugar, antes que nada, el imperativo de la igualdad en las condiciones de acceso y de operatividad (pero no es así) y, de otro, se impone entender que los operadores del sector, en tanto que «privilegiados», no pueden comportarse como si ejercitasen un derecho de libertad. Tampoco puede dejar de decirse que no tenga sentido, en tal mercado «cerrado», la apelación, a menudo efectuada por empresarios, políticos y juristas, a la libertad de manifestación del pensamiento y a la libertad de iniciativa económica privada.

Lo cierto es, sin embargo, que tales libertades entran en consideración, en tal ámbito, no en su dimensión de situaciones jurídicas subjetivas, sino como principios (o valores) constitucionales derivados del artículo 21, párrafo 1 y del artículo 41, párrafos 1 y 2 de la Constitución italiana, según una doble vertiente de tales normas (atributivas de situaciones jurídicas subjetivas y, al mismo tiempo, manifestación de principios generales informadores del ordenamiento en su conjunto) bien conocida en los Tribunales Constitucionales de los ordenamientos liberal-democráticos occidentales. Y la confirmación de ello deriva de que las garantías evocadas por los Tribunales no son aquéllas, más rígidas, que las Constituciones reconocen a «todos» cuando se trata de derechos de libertad, sino las garantías de carácter más dúctil a favor del «pluralismo» («interno» o «externo» de que se trate). Una noción que es notoriamente diferente respecto de la de «derecho de libertad» y, en cualquier caso, bastante más elástica, y por tanto funcional, tanto en los juicios de relevancia constitucional como en los de ponderación de valores (36).

Pero incluso partiendo de un principio dúctil como el pluralismo, es evi-

(36) Sobre todos estos problemas me remito, con carácter reciente, a A. PACE: «Autorità e libertà nel settore delle telecomunicazioni e della televisione», en *Dir. radiodiff. telecom.*, 1999, n. 3, 18 y sigs.

dente la diferencia, a los ojos de todos, entre los principios constitucionales, de un lado, y la práctica legislativa y administrativa, de otro; diferencia que viene atestiguada, entre otras cosas, además de por la enorme desigualdad existente entre los operadores, ya recordada antes, por la absurda equiparación, también a nivel nacional (donde es más difícil la igual cobertura del territorio), de las emisoras de televenta con las emisoras «generalistas».

Con todo, precisamente porque los concesionarios radiotelevisivos privados no son titulares de un derecho de libertad, en tanto que no es incompatible con su situación de privilegio legal que el legislador prevea a su cargo —como justamente prevé— obligaciones de programación de algunas obras (por ejemplo, las obras cinematográficas europeas), obligaciones de información periódica y cuotas obligatorias de autoproducción, tampoco sería incompatible con tal situación de privilegio legal que el legislador además impusiese formas de acceso a los espacios radiotelevisivos incluso privados (37) y previese la obligación de los concesionarios privados de difundir, cuando se lo pidiesen, *spots* publicitarios políticos gratuitos en período electoral.

Si lo que caracteriza la forma de Estado liberal-democrática es el constante intento de hallar un equilibrio entre la libertad y la igualdad, es efectivamente evidente, a este último respecto, que el *slogan* «prohibido prohibir» (con el que desde un sector político-empresarial vino precedida y después acogida con satisfacción la controvertida sentencia de la Corte Constitucional núm. 161 de 1995 sobre la inconstitucionalidad de la prohibición de *spots* con motivo de referendos), podrá ser compartido respecto a su aplicación a una situación de privilegio legal como la que ostentan los concesionarios televisivos, en tanto que ello se vea acompañado de una disciplina de los espacios televisivos que,

(37) Si acaso, a este último respecto, sería oportuno —para evitar inevitables y costosos contenciosos ante la autoridad judicial (a menudo inútiles, como lo demuestra la experiencia vivida sobre el acceso a las transmisiones del servicio público radiotelevisivo *ex* artículo 6 de la Ley núm. 103 de 14 de abril de 1975)— no calificar legislativamente el acceso a la radiotelevisión privada como derecho subjetivo (lo cual es posible desde el momento en que, constitucionalmente, no existe un derecho al medio: véase, *supra*, en el cuerpo del texto, así como A. PACE: *Stampa, giornalismo, radiotelevisione*, cit., 311 y sigs.). Consecuentemente, se podrían no prever, en la hipótesis de denegación de acceso, las en otro caso obligatorias garantías jurisdiccionales que derivan del artículo 24 CI, aunque el acceso fuese configurado como derecho subjetivo. En cambio, podrían preverse y disciplinarse, para reaccionar contra las decisiones inmotivadas de exclusión del acceso, eventuales remedios parajurisdiccionales ante un órgano que se instituyera *ad hoc* en el seno de la misma empresa privada concesionaria, si bien con la participación de técnicos externos. En efecto, es evidente que si dichos poderes parajurisdiccionales fuesen, al contrario, atribuidos a una autoridad administrativa, incluso independiente, con tal proceder se estaría admitiendo la obligatoria tutela, *ex* artículos 24 y 113 CI, de la situación subjetiva perjudicada (en tal caso, interés legítimo) ante el juez contencioso-administrativo.

permitiendo la propaganda y la publicidad de todos (38), no se resuelva en una ulterior ventaja a favor de quien ya goza de una situación legal de privilegio.

De lo anterior se desprende la peculiaridad de la hipótesis hasta aquí examinada —relativa a la difusión televisiva nacional—, en la cual, como es fácilmente observable, a la igualdad de hecho no se contraponen una libertad en sentido propio, sino un privilegio legal utilizado... como si fuese un derecho de libertad. En consecuencia, el problema que tal conflicto plantea es más cultural y político, que jurídico-constitucional. Lo cual, dados los tiempos y la situación italiana actual, significa que todavía se revela más difícilmente resoluble.

3) *Colisión de la igualdad sustancial con la libertad de domicilio*

Según el artículo 20, párrafo 1, de la Ley núm. 300, de 20 de mayo de 1970 (el Estatuto de los Trabajadores), «Los trabajadores tienen derecho a reunirse, en la unidad productiva en la que prestan sus servicios, fuera del horario de trabajo, así como durante el horario de trabajo, con el límite de diez horas anuales, las cuales se pagarán con la retribución normal. Mediante la contratación colectiva podrán ser establecidas condiciones más favorables». Es a todas luces evidente que este derecho —que el legislador ha denominado, y que comúnmente es conocido, como derecho de asamblea— no constituye la aplicación, en los lugares de trabajo, de la libertad de reunión constitucionalmente garantizada. Y ello por la simple razón de que el artículo 17 CI (de la misma manera que los artículos 14, 15 y 16 CI) no establece también, implícitamente, las normas pertinentes relativas a los presupuestos subjetivos y objetivos para el ejercicio del contenido del derecho constitucionalmente garantizado. Consecuentemente, en lo que afecta a la disponibilidad del lugar (público o privado) en el que reunirse —esto es, en cuanto al *presupuesto objetivo*—, el artículo 17 CI remite a las correspondientes normas constitucionales y legislativas y, por tanto, entre otras cosas, reenvía a los artículos 14 y 42 CI, de los que se desprende claramente que en los lugares privados (aunque «abiertos al público») no cabrá la reunión sin el previo acuerdo del legitimado para ello, o sea, del empresario (39).

(38) En este sentido, véanse los comentarios críticos a tal decisión de O. GRANDINETTI: «La Corte sui conflitti tra i poteri dello Stato», en *Giorn. dir. amm.*, 1995, 713, y de C. PINELLI: «Può la pari opportunità di voci convertirsi nell'imposizione del silenzio?», en *Giur. cost.*, 1995, 1365 y 1370 y sigs.

(39) Es pacífico que la tutela de la libertad de domicilio, por referencia al establecimiento productivo, corresponde al empresario, y no a los trabajadores subordinados. Véase, como ejemplo, Sala Social de la Corte de Casación (Cass., sez. lav.), Sentencia núm. 4874 de 13 de septiembre de 1982, en *Foro it.*, 1983, I, 2526 y sigs.

Y bien, el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores deroga precisamente las disposiciones mencionadas, al facultar a los trabajadores para reunirse en los lugares de trabajo no sólo fuera del horario de trabajo, sino incluso durante dicho horario (siquiera sea dentro de un cierto número de horas anuales legislativa y colectivamente determinado), lo que incide en la disciplina de los *presupuestos subjetivos* (es decir, en la relación laboral y, por tanto, en el artículo 41, párrafos 1 y 2 CI) además de en los presupuestos objetivos.

Pero precisamente porque no se trata del «genérico» derecho a la libertad de reunión disciplinado por el artículo 17 CI, los trabajadores no pueden reunirse en los lugares de trabajo para los fines más diversos, sino sólo y únicamente respecto de «materias de interés sindical y laboral, y según el orden de precedencia de las convocatorias, comunicadas al empleador» (artículo 20 cit., párrafo 2). De ahí la conclusión según la cual el mencionado derecho de asamblea, a diferencia de la genérica libertad de reunión, que posee naturaleza «individual», puede calificarse como un «derecho funcional» previsto y disciplinado por el legislador como ocasión de «participación democrática» en los problemas de la empresa, y parece por ello moverse en el ámbito del artículo 3, párrafo 2, última parte, CI (40).

Sin embargo, son diversos los problemas que plantean las normas (aparentemente análogas a las precedentes) previstas en los artículos 42 y siguientes del Decreto del Presidente de la República núm. 416 de 31 de mayo de 1974 y en los artículos 7, 18 y 19 de la Ley núm. 382, de 11 de julio de 1978, las cuales disciplinan, respectivamente, el derecho de asamblea, en los locales escolares, de los estudiantes y de los padres, así como, en los locales de servicio, de las representaciones militares. Y la diferencia radica en que estas últimas normas, relativas a las escuelas estatales y a las fuerzas armadas, y por tanto a los locales escolares y a los locales de servicio, provienen del mismo sujeto que posee la propiedad de tales lugares y en cuyo nombre se ejercita la gestión y,

(40) No suscribe esta tesis M. MAZZIOTTI: *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Milano, 1993, 291, quien, partiendo de la tesis según la cual el párrafo segundo del artículo 3 CI no permitiría al legislador ordinario derogar las demás normas constitucionales, intenta hallar en la misma «general» disciplina constitucional el fundamento del derecho de reunión de los trabajadores, y efectivamente la halla en el artículo 41, párrafo 2 CI, en donde se dispone que «La iniciativa económica privada (...) no puede desarrollarse (...) de modo que cause perjuicio (...) a la libertad». En cambio, si esto fuese cierto, en primer lugar no habría sido necesaria una disposición con fuerza de ley para reconocer una libertad (o sea, el denominado derecho de asamblea) que la misma Constitución proclamaría; en segundo lugar, el derecho de asamblea de los trabajadores no debería quedar limitado por el contenido a las materias de interés sindical y laboral.

por ende, no se colocan, como las precedentes, en situación de antítesis con la libertad de domicilio nadie (41).

4) *Colisión de la igualdad formal con la libertad de empresa*

En la sentencia núm. 103 de 1989 la Corte Constitucional, tras rechazar «por los motivos expuestos» la cuestión de legitimidad constitucional de los artículos 2086, 2087, 2096, 2099 y 2103 del Código Civil, relativo al denominado *jus variandi* del empresario, subrayó que tales normas deben ser interpretadas a la luz, bien de las normas constitucionales (y remitía a tal efecto a los artículos 3, 35 y 37 de la Constitución), bien de las normas legislativas ordinarias que se han dictado en desarrollo de aquéllas (y en este caso reenviaba a los artículos 13, 15 y 16 del Estatuto de los Trabajadores). Consecuentemente, concluyó que «resulta notablemente limitado el *jus variandi* del empleador mientras que, precisamente en virtud del precepto constitucional contemplado en el artículo 41 CI, el poder de iniciativa del empresario no puede entenderse en términos de pura discrecionalidad o incluso de arbitrariedad, sino que debe ir acompañado de una causa coherente con los principios fundamentales del ordenamiento, y en autos no puede desenvolverse de manera contraria a la utilidad social o de forma que provoque perjuicio a la seguridad, la libertad o la libertad humana».

Tras lo anterior, y a mayor abundamiento, se recogían en la motivación una serie de declaraciones, convenciones y pactos internacionales de los que se desprendería que las «normas hasta aquí tomadas en consideración» (presuntamente los artículos 13, 15 y 16 del Estatuto de los Trabajadores) constituyen desarrollo no sólo de los principios constitucionales, sino (¡como si lo anterior no fuera suficiente!) también «de los principios contenidos en varios actos y convenciones internacionales».

Pues bien, de la remisión efectuada, en esa masa de disposiciones, también al artículo 3 CI, se entendía posible afirmar, como lo ha hecho un autorizado estudioso, que la Corte Constitucional, con tal proceder, habría decidido dar entrada al denominado derecho a la igualdad en el Derecho privado (42). En realidad, incluso compartiendo las críticas relativas a la controvertida claridad de la motivación (43), de ésta no puede derivarse en modo alguno tal conse-

(41) Con ello modifico, siquiera parcialmente, lo que en su día sostuve en la *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992, 327.

(42) A. CERRI: *L'eguaglianza giuridica nei rapporti interprivati*, cit., 1531 y sigs.

(43) Así se pronuncia, justamente, E. GHERA: «Parità di trattamento e principio di correttezza nel rapporto di lavoro: un nuovo orientamento della Corte costituzionale?», en *Giur. cost.*, 1989, 551.

cuencia. Por lo demás, semejante interpretación sería, en primer lugar, contraria a la jurisprudencia precedente (44) (... ¡y a la posterior!); en segundo lugar, expondría dicha sentencia a todas las observaciones críticas vertidas hasta el presente contra la configuración de la igualdad como situación jurídica subjetiva.

A lo cual cabe añadir que la Corte, en tal decisión, no afirma en absoluto la obligación, a cargo del empresario, de tratar de manera igual (*ex* artículo 3, párrafo 1 CI) a los trabajadores que de él dependan sino que, precisamente al remitirse a los artículos 13, 15 y 16 del Estatuto de los Trabajadores, se limita a interpretar las normas legislativas sometidas a examen de la Corte a la luz de los vínculos que derivan para el empresario de tales normas, ya sea en punto al debido respeto a las normas organizativas por él mismo establecidas (45), ya sea bajo el ángulo de la prohibición de infligir tratos discriminatorios. En consecuencia, la Corte pone ante todo el acento conclusivo en el artículo 41, párrafo 2 CI (46), pero sólo para decidir que no existe un *jus variandi* ilimitado del empleador, a la vista de los límites que dicha norma constitucional permite establecer al legislador (en el supuesto enjuiciado, los artículos 13, 15 y 16 del Estatuto de los Trabajadores) en relación a la autonomía del empresario.

La precisión acerca de que los límites a la autonomía negocial que aquí se están tratando son los constitucionalmente permitidos por el artículo 41, párrafos 1 y 2 CI, es importante. Justamente porque la autonomía negocial no está constitucionalmente tutelada como tal, sino en su faceta instrumental respecto a las puntuales situaciones subjetivas constitucionalmente protegidas (derechos atinentes al matrimonio, a la familia, al trabajo autónomo o por cuenta ajena, a la propiedad, a la empresa, etcétera), es por ello que los eventuales límites a dicha autonomía siempre aparecen caso por caso encuadrados en la disciplina constitucional de la situación sustantiva «final», y no ya en una apriorística e inexacta afirmación del principio de igualdad en el campo del Derecho privado (47).

(44) Véase, *supra* la nota 8.

(45) En esta línea, E. GHERA: *Parità di trattamento e principio di correttezza*, cit., 555.

(46) Lo subraya también M. PERSIANI: «Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro», en *Dir. lav.*, 1995, II, 144, nota 50, criticando a A. CERRI: *L'egualianza*, cit., 1529 y sigs.

(47) Para acercarse a una postura, como siempre equilibrada, del problema, véase L. PALADIN: *Il principio costituzionale*, cit., 238 y sigs.

5) *Colisión de la igualdad formal con la libertad de asociación*

¿Es ilícita, por contravenir normas imperativas (artículo 1418 del Código Civil), la cláusula de un estatuto de un círculo privado que prevea que los socios efectivos del círculo sólo pueden pertenecer al sexo masculino? Y, en caso negativo, ¿sería constitucionalmente legítima una *affirmative action* con la que el legislador impusiese la inscripción en tal círculo también de las mujeres?

Semejante hipótesis no cuenta tras de sí, como las precedentes, con el respaldo de una ley o una sentencia. Sin embargo, se conecta con una pregunta parlamentaria y con la respuesta correspondiente del Ministro sobre la Igualdad de oportunidades, de lo que he dado cuenta en una «crónica» aparecida, en 1999, en «*Giurisprudenza costituzionale*» (48). Salvando los detalles —que aquí poco interesan—, en mi opinión la respuesta a ambas preguntas es negativa.

La respuesta a la primera cuestión sólo puede efectuarse —tratándose de una asociación privada (49)— desde la valoración de los límites específicos a la autonomía negocial, según cuanto ha quedado expuesto al final de la hipótesis sub *d*). Límites específicos que, en lo que nos afecta, deben conectarse con el artículo 18 CI, según el cual con tal libertad no pueden perseguirse con carácter asociativo fines que estén prohibidos al particular en virtud de la ley penal. Lo que implica que ya en línea de principio deberían entenderse prohibidas las asociaciones que prediquen el odio racial y étnico o que prediquen la discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, o bien hagan apología e instigación del delito de genocidio (50), como por lo demás ha sido considerado por la jurisprudencia con una significativa conexión de los supuestos de hecho en cuestión con los supuestos de hecho relativos a la incriminación de las manifestaciones fascistas, respecto de las cuales aquéllas tienen un carácter subsidiario (51).

(48) «I circoli privati tra libertà di associazione e principio di eguaglianza», en *Giur. cost.*, 1999, 3293 y sigs.

(49) Efectivamente, es obvio que, si se tratase de un ente público con estructura asociativa, el problema ni siquiera se plantearía, por cuanto a los entes públicos no se aplica el artículo 18 CI.

(50) Véase la Ley núm. 654, de 13 de octubre de 1975; la Ley núm. 962, de 9 de octubre de 1967, y el Decreto-Ley núm. 122, de 26 de abril de 1993, convertido mediante Ley núm. 205, de 25 de junio de 1993. En cambio, el artículo 42 de la Ley núm. 40, de 6 de marzo de 1998, contempla una tutela meramente en el orden civil, contra la discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos (tanto si tales actos discriminatorios proceden de un particular como de un órgano de la administración pública).

(51) Sala Penal de la Corte de Casación (Cass., sez. I pen.), Sentencia núm. 7812, de 7 de mayo de 1999, ric. Crasti, en *Cass. pen.*, 2000, 1045.

Ahora bien —y aquí se presenta la primera duda—, ¿es realmente cierto que diversificar equivale siempre a discriminar? Sé bien que, en el lenguaje hablado, los vocablos «diversificación» y «discriminación» tienden a superponerse. Ello no obstante, los dos conceptos no se identifican en absoluto. Como ha subrayado con precisión Norberto Bobbio a propósito del racismo, éste «nace cuando el otro es considerado no sólo diverso sino que, en tanto que diverso, por el solo hecho de ser diverso, es considerado asimismo inferior y, por el hecho de ser inferior, debe ser objeto de dominación» (52). Lo que, a mi parecer, debe ser reiterado respecto de las diversidades de sexo, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales.

En segundo lugar, la identificación de los dos términos conduciría a una consecuencia paradójica. Si diversificar equivaliese a discriminar, debería consiguientemente ser considerado ilícito asumir la pertenencia a un sexo determinado (a una raza determinada, a una lengua determinada, etcétera) como presupuesto para la afiliación a una asociación. Lo cual, empero, no únicamente implicaría la ilicitud de las asociaciones lingüísticas, étnicas, de ciegos, de enfermos de SIDA, etcétera, sino que conllevaría asimismo la ilicitud de los mismos partidos políticos o de las asociaciones religiosas. Éstas y aquéllas presuponen, en efecto, desde que el mundo es mundo, precisamente esa diversificación subjetiva de opiniones políticas y religiosas que, bajo una óptica extensiva de la prohibición *ex artículo 3 CI*, parecería de por sí discriminatoria.

Para poder afirmar que un determinado partido o un determinado movimiento religioso persigue verdaderamente «discriminar» a los otros partidos y a los otros movimientos, es antes que nada necesaria su diversificación subjetiva, si bien ésta no es suficiente. Y no lo es por el simple hecho de que las asociaciones —como ocurre con los individuos, con cuya subjetividad jurídica intentan identificarse— «construyen» su propia identidad no sólo por *emulación*, sino también (si no sobre todo) por *diferenciación*. Y, por tanto, intentar eliminar las diferenciaciones subjetivas en las asociaciones equivale a tanto como a pretender eliminar las propias identidades, ya sean asociativas ya sean personales, que constituyen el mismo presupuesto del artículo 2 CI.

Retomando la acertada observación de Bobbio, vale la pena subrayar una vez más qué es el odio: es el desprecio por lo diverso, por el otro sexo, por un determinado color de la piel, por quien no comparte las mismas ideas políticas o la misma fe religiosa, lo que caracteriza la discriminación.

De aquí deriva la primera conclusión. Como acertadamente subrayó la Ministra de la Igualdad de oportunidades Balbo en su respuesta al parlamentario

(52) N. BOBBIO: «Eguali e diversi», en *ID.: Elogio della mitezza*, Milano, 1994, 160.

que formuló la pregunta, el Senador Russo Spina, el problema de los círculos exclusivamente masculinos (pero la propia Laura Balbo recordó la existencia asimismo de círculos femeninos y de asociaciones feministas...) sólo podrá ser resuelto culturalmente, y consiguientemente de manera gradual. Por otra parte, no es casualidad que los estatutos de los nuevos círculos ya no prevean las mencionadas limitaciones subjetivas, como tampoco es casualidad que los «círculos de nobles», durante tanto tiempo tan difundidos, están poco a poco desapareciendo, y no ciertamente por mérito del artículo 3, párrafo 1 y de la Disposición XIV transitoria y final de la Constitución italiana.

Y descendiendo ahora a la segunda cuestión: ¿Sería constitucionalmente legítima una *affirmative action* mediante la que el legislador impusiere a un círculo, cuyo estatuto prevea sólo socios del sexo masculino, la admisión asimismo de socios del sexo femenino?

Dejando al margen los aspectos sobre la admisibilidad constitucional de *affirmative actions* para imponer una «discriminación inversa» a favor del sexo femenino (la óptica en la que se mueven los artículos 3, párrafo 2, y 37 CI es, efectivamente, bien diversa de la que aquí se toma en consideración (53); y, por lo demás tampoco es casualidad que, tras la intervención de la Corte Constitucional (54), se haya pensado poner remedio a las denominadas «cuotas rosas» introduciendo una referencia «legitimante», para futuras leyes electorales, en la Ley constitucional núm. 2 de 31 de enero de 2001, en el marco de la modificación de los cinco Estatutos de las regiones con autonomía especial)... y bien, a parte de eso, debe tenerse presente que las acciones positivas para la eliminación de eventuales discriminaciones han de respetar pese a todo los principios de razonabilidad y proporcionalidad y, por ende, antes de imponer la presencia femenina en un círculo exclusivamente masculino, se requeriría previamente verificar que no haya en ese ámbito círculos en los que las mujeres puedan adquirir la calidad de socio.

En segundo lugar, habría de ser considerado atentamente el perjuicio que la admisión *ope legis* de nuevos socios (y aquí el discurso se prolonga a la admisión *ope legis* contra las otras discriminaciones que contempla el artículo 3, párrafo 1 CI) provocaría, sobre todo en los círculos con una restringida base personal, en relación con el denominado «vínculo ideal» que liga entre ellos a los socios antiguos, con las consiguientes tensiones no sólo entre antiguos y nuevos socios, sino también entre los antiguos respecto de las nuevas admisiones.

Y de aquí se colige también la segunda conclusión. La pretendida acción

(53) Véase una vez más sobre el particular M. AINIS: *Azioni positive*, cit., 595. Pero véase asimismo A. CERRI: *Libertà. eguaglianza*, cit., 302 y sigs.

(54) Véase, *supra*, la nota 25.

positiva —sobre la que la Ministra de la Igualdad de oportunidades, en la citada respuesta, había anunciado la inminente aprobación— no debería, por las susodichas razones, obligar, y todavía menos introducir la coacción en las dinámicas asociativas internas. Al contrario, sería preferible que la pretendida acción positiva del legislador se limitase a incentivar la constitución de nuevas asociaciones esencialmente caracterizadas (estatutaria y prácticamente) por el principio de la plena igualdad de trato de todas las personas, sin distinción por razón de condiciones subjetivas. De manera análoga debería ser ponderada la legitimidad, si no incluso la oportunidad, de eventuales contribuciones públicas a favor de las asociaciones privadas (55).

En conclusión, un ejemplo a fin de cuentas frívolo como el de la inserción de las mujeres en los círculos masculinos nos confirma lo difícil que resulta compatibilizar, sobre todo en el caso concreto (56), la igualdad y la libertad, y cómo la solución de los conflictos entre esos dos grandes valores es difícilmente alcanzable a través de la intransigencia jurídica. En cambio, dicha compatibilidad sólo es perseguible a costa de renunciaciones recíprocas, por más que éstas puedan ser desagradables e incluso dolorosas.

Lo cual tal vez sea lo que los revolucionarios franceses de 1789 habían concebido al evocar la fraternidad, como trámite entre la libertad y la igualdad (57), y que los Constituyentes italianos habían advertido asimismo haciendo un llamamiento a todos para adecuarse a los inderogables deberes de solidaridad.

(55) En efecto, una vez aclarado que diferenciar no significa en sí discriminar, no puede sostenerse la tesis que considere ilegítima apriorísticamente cualquier contribución a favor de asociaciones privadas que en su estatuto prevean diferenciaciones subjetivas. El problema de la legitimidad (y también de la oportunidad) de semejante contribución se plantea por ello de manera diversa, e implica una valoración acerca de si los fines sociales perseguidos por la asociación beneficiaria hacen a ésta merecedora positivamente de aquélla, así como de la racionalidad, por referencia al fin social perseguido, de los requisitos subjetivos estatutariamente establecidos para convertirse en socio.

(56) Véase el muy interesante ensayo de G. FERRARA: «Dell'eguaglianza», en AA.VV.: *La democrazia alla fine del secolo* a cargo de M. Luciani, Bari, 1994, 29 y sigs.

(57) Sobre el particular, véase la exaltación de la fraternidad como elemento de equilibrio de los excesos de la libertad y de la igualdad hecha por RENOUVIER, en su *Manuel des droits de l'homme et du citoyen*, citado (por lo demás críticamente, en cuanto la fraternidad en él asumiría un significado únicamente moral) por M. MAZZIOTTI: «Lo spirito del diritto sociale nelle costituzioni e nelle leggi della Francia rivoluzionaria», en *Arch. giur.*, 1954, vol. CXLVII, 64. La importancia, también moral, de los deberes inderogables de solidaridad, he tenido ocasión de subrayarla yo mismo en la *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1990, 16; respecto a la responsabilidad moral en el ejercicio de los derechos, me he ocupado en cambio en «Diritti "fondamentali" al di là della Costituzione?», en *Pol. dir.*, 1993, 9.

