



## Crisis económica y protección de los derechos sociales en Europa. Reflexiones desde el ordenamiento italiano<sup>1</sup>

*Economic crisis and protection of social right in Europe.  
Reflections from the Italian perspective*

Gianluca Gardini  
Universidad de Ferrara  
gianluca.gardini@unife.it

### NOTA BIOGRÁFICA

Gianluca Gardini enseña Derecho administrativo y Derecho público de la información en la Universidad de Ferrara y es actualmente: Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ferrara; Profesor estable de Derecho Administrativo en la Escuela de Postgrado en Estudios de Administración Pública (SP.I.S.A.) de la Universidad de Bolonia; Director Científico de la Revista *Le Istituzioni del Federalismo*; Defensor del pueblo de la región de Emilia Romagna. Fue Presidente de 2008 a 2013 del Comitato Regionale delle Comunicazioni (CORECOM) dell'Emilia Romagna.

### RESUMEN

La idea de fondo que se pretende presentar en este artículo es que el Estado Social puede favorecer una mejor convivencia entre las personas y, en virtud de la cohesión e integración civil que las prestaciones que el mismo puede garantizar, representa un importante factor de pacificación social en tiempo de crisis. Esta tesis se desarrolla a partir de la experiencia italiana frente a la crisis económica.

### PALABRAS CLAVE

Derechos sociales; Europa; Italia.

### ABSTRACT

The basic idea of this article is that the welfare state can favor a better coexistence among people and, through the cohesion and civil integration that the welfare state can guarantee, represents a fundamental factor of peace in times of crisis. This idea is developed moving from the Italian experience facing the economical crisis.

### KEYWORDS

Social Rights; Europe; Italy.

### SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES SOBRE LOS CUALES SE FUNDAMENTA EL ESTADO SOCIAL EN ITALIA. 3. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS SOCIALES. 4. INTEGRACIÓN EUROPEA Y DERECHOS SOCIALES. 5. EL IMPACTO DE LA CRISIS ECONÓMICA SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES. 6. BREVES CONSIDERACIONES FINALES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

<sup>1</sup> Una versión más reducida y antigua de este artículo va a ser publicada en *Libro Homenaje al Profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor*.

## 1. INTRODUCCIÓN

La idea de fondo que se pretende presentar en este artículo es que el Estado Social puede favorecer una mejor convivencia entre las personas y, en virtud de la cohesión e integración civil que las prestaciones que el mismo puede garantizar, representa un importante factor de pacificación social.

Una equitativa distribución de los recursos y de las oportunidades dentro de la comunidad, unida a la satisfacción de las exigencias fundamentales de los individuos que la componen, puede contribuir eficazmente a rebajar las tensiones sociales, reducir la violencia y el crimen y contener la exclusión y la marginación.

Sin embargo, la crisis económica ha demostrado cómo la protección de los derechos sociales no es absoluta, sino que está ligada a las necesidades expresadas por la sociedad en un determinado momento histórico. Por un lado, las limitaciones económicas debidas a la crisis han producido una evidente disminución en el nivel de protección de ciertos derechos sociales, que en esta recesión demuestran más que nunca su verdadera naturaleza de derechos condicionados por los recursos disponibles y su consiguiente debilidad; por otro lado, la crisis ha producido, como consecuencia, un aumento significativo del contencioso derivado de la (presunta) violación de los derechos constitucionales de los ciudadanos.

La perspectiva del ordenamiento italiano se revela idónea para examinar la evolución de los derechos sociales en época de crisis económica. Por lo tanto, la primera parte del análisis se centrará en el caso italiano, con especial referencia a la protección de los derechos sociales y a los principios constitucionales sobre los cuales se fundamenta el Estado Social en Italia.

De manera particular, la tesis de que el fortalecimiento del Estado Social puede favorecer una mejor convivencia entra las personas, especialmente en las épocas de crisis, va a ser articulada en cuatro puntos fundamentales:

1. Los principios constitucionales sobre los cuales se fundamenta el Estado Social en Italia.
2. El rol de la jurisprudencia constitucional en la implementación de los derechos sociales.
3. La integración europea y los derechos sociales.
4. El impacto de la crisis económica sobre los derechos sociales.

## 2. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES SOBRE LOS CUALES SE FUNDAMENTA EL ESTADO SOCIAL EN ITALIA

La Constitución Italiana carece de una afirmación explícita, análoga a la de la *Grundgesetz* alemana, que califique la forma de Estado como social.

El Constituyente se contentó, por lo tanto, con la proclamación del principio democrático, evitando introducir referencias respecto de su dimensión «social». En los años 70, Massimo Severo Giannini llegó incluso a negar cualquier utilidad definitoria de la noción de Estado Social, que consideraba una mera indicación política o morfológica de la forma de Estado<sup>2</sup>. No obstante, ha sido ampliamente debatido que la Constitución del 1948 ha dado vida a una forma de Estado radicalmente diferente al Estado liberal precedente al fascismo y que el adjetivo «social» tiene actualmente una connotación jurídica e, incluso, política<sup>3</sup>.

Pero ¿qué debe entenderse exactamente por «derechos sociales»?

Los derechos sociales han sido tradicionalmente considerados como «derechos de segunda generación» respecto de los derechos de libertad. La clave se encuentra en que los derechos humanos, al ser concebidos como derechos naturales, terminan por relacionarse con aquello que representa la regla esencial: la evolución. Los derechos humanos son entonces una categoría en expansión, la cual, por lo tanto, no es estática ni se encuentra congelada en el tiempo. Su protección, en particular, no es absoluta, sino que está ligada a las necesidades expresadas por la sociedad en un determinado momento histórico.

Por lo tanto, lo que parece crucial en una determinada época no tiene por qué serlo en una ulterior; así, resulta problemático consagrar en términos absolutos derechos que, desde un punto de vista histórico, pueden ser relativizados<sup>4</sup>: por ejemplo, el derecho de propiedad, considerado imprescindible en las declaraciones del siglo XVIII, sufrió posteriormente una serie de limitaciones a favor de otros derechos.

<sup>2</sup> Cfr. GIANNINI, M. S., "Stato sociale: una nozione inutile", in *Scritti in onore di C. Mortati*, I, Milán, 1977, pág. 141.

<sup>3</sup> FOIS, S., "Analisi delle problematiche fondamentali dello «Stato sociale»", *Diritto e Società*, 1999, pág. 163; RIMOLI, F., "Stato sociale", en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 2004, XX.

<sup>4</sup> BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, Turín, 1990, pág. 13.

Sobre esta base, la doctrina ha identificado varias «generaciones» de derechos fundamentales, en función de las diversas épocas históricas. La primera generación de derechos humanos es aquella de los derechos tradicionales, consagrados en las Constituciones liberal-democráticas. Estos derechos son reconocidos en forma de libertades predominantemente negativas, especialmente reclamados frente al Estado: «libertad de» (*freedom from*), con base en la cual un sujeto tiene la capacidad de actuar o de no actuar sin verse compelido en un sentido u otro por otros sujetos, en particular por las autoridades públicas.

La segunda generación de derechos humanos está representada por los derechos sociales, políticos y económicos. Estos consisten en peticiones específicas dirigidas al Estado, y ya no en una simple ausencia de limitaciones por parte de este último. Con la transformación de los Estados modernos y el desarrollo constante de sus funciones, a las denominadas libertades negativas se les unieron una serie de reclamaciones respecto del poder público, con el fin de obtener prestaciones que contribuyeran a reequilibrar las posiciones de los particulares dentro de la sociedad. Se trata de las llamadas libertades positivas, las cuales presuponen un mayor compromiso estatal, ya que para su realización ya no es suficiente la simple proclamación o reconocimiento del derecho en un texto constitucional, sino que requieren de un «hacer positivo» por parte del Estado. Frente a estas libertades, algunos incluso hablan de «libertad en el» Estado, en el sentido de referirse a los derechos que permiten la participación dentro del poder político, tales como el derecho al voto, de asociación en partidos políticos, etc.; o de «libertad mediante» (*freedom through*) el Estado, por cuanto están dirigidas a compensar las diferencias sustanciales entre los ciudadanos, por parte de los poderes públicos<sup>5</sup>. Respecto de los derechos sociales, o de segunda generación, sin embargo, el horizonte sigue siendo el institucional, donde el Estado es un parámetro y un punto de referencia de las diversas tipologías de derechos.

El advenimiento de los derechos de tercera generación rompe con esta configuración, e introduce una categoría de situaciones subjetivas que prescinden del Estado y de la autoridad nacional, dirigiéndose a la protección de los valores absolutos y globales, incluyendo el derecho a la paz, el derecho al desarrollo de los pueblos, el derecho al medio ambiente, y el derecho al patrimonio común de la humanidad y su conservación. Mientras algunos niegan la autonomía conceptual de estos nuevos derechos, creyendo que simplemente representan la expansión y la evolución de los derechos de las generaciones precedentes, otros ya han comenzado a teorizar sobre una cuarta generación de derechos, relacionados con recientes desarrollos tecnológicos, tales como el derecho a la reducción de la brecha digital, los derechos sobre el uso y las aplicaciones de la investigación biogenética, etc.

Volviendo a los derechos sociales, la presencia de estos últimos junto con los tradicionales derechos de libertad representa una novedad de gran importancia con respecto al pasado constitucional italiano: gracias a estos nace el esquema de una nueva idea de sociedad, en la cual las intervenciones a favor de los sujetos en condiciones de desventaja buscan reducir las diferencias sociales, sobre la base del principio de solidaridad que inspira la Constitución; al mismo tiempo, los derechos sociales constituyen el fundamento de una nueva idea de *persona* y las posibilidades de realización de su potencial.

El fundamento del modelo de Estado Social está contenido en el art. 3, inciso 2 de la Constitución italiana, considerada, justo por esta disposición, la piedra angular de nuestro sistema constitucional. Tal norma confía a la República la tarea de «*suprimir 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 persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país*».

A esta disposición de carácter general se asocian las normas constitucionales que prevén derechos sociales directamente relacionados con el desarrollo de la persona: obsérvese el art. 32 Const., que consagra el derecho a la salud; el art. 34 Const., referente al derecho a la instrucción; el art. 36 Const., relativo al derecho a una existencia libre y decorosa; el art. 38 Const., concerniente al derecho de los incapaces al mantenimiento y a la asistencia social, etcétera.

La particularidad en comparación con el modelo alemán es que todos los derechos sociales codificados por la Constitución italiana se refieren a sus titulares, las personas, mientras que en el ordenamiento alemán se hace especial referencia al nivel institucional competente para garantizar estos derechos. En otras palabras, en la Constitución italiana los derechos sociales se construyen como *derechos subjetivos*, centrados en la persona titular de los mismos; mientras que en la *Grundgesetz* alemana, en cambio, los derechos

<sup>5</sup> BARBERA, A.; COCOZZA, F.; CORSO, G., «Le situazioni soggettive», en AMATO, G.; BARBERA, A., *Manuale di diritto pubblico*, il Mulino, Bologna, 1997.

sociales se consagran en función de su dimensión objetiva, como títulos competenciales para el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Respecto de esta formulación «objetiva», sin embargo, en el ordenamiento alemán no ha habido un verdadero debate sobre la naturaleza individual o subjetiva de los derechos sociales, puesto que estos siempre han sido considerados derechos de la persona, a pesar de su reglamentación constitucional; en Italia, en cambio, ha sido ampliamente controvertida la existencia de un auténtico derecho a las prestaciones sociales y de una acción efectiva frente a una autoridad judicial ejercitable por sus titulares, a pesar de la caracterización subjetiva que tales derechos reciben en nuestra Carta Constitucional<sup>6</sup>.

Otro punto problemático se refiere a la relación entre el artículo 3, párrafo 2.º, y el artículo 2 Const., es decir, entre los derechos sociales y las libertades individuales. En particular, el art. 2 Const. reconoce y codifica los derechos humanos fundamentales, basando el funcionamiento del Estado en su realización:

*«La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, sea en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social».*

Con esta redacción, el artículo 2 representa una de las disposiciones más innovadoras y, al mismo tiempo, más controvertidas de toda la Constitución italiana. La principal aportación de esta norma viene representada por el uso del verbo «reconocer», que se refiere a la idea de un conjunto de derechos precedente o, incluso, de índole iusnaturalista y fundamental respecto del Estado y del poder político. Sin embargo, esta formulación responde a un componente católico presente en la Asamblea Constituyente, incluyendo así la referencia implícita a sistemas normativos extra y pre-jurídicos, es decir, sistemas de normas morales sobre los que se sustentan los derechos humanos. Para el componente laico y positivista, por el contrario, dicha referencia sólo se acepta como énfasis de la importancia de los derechos humanos dentro de nuestro ordenamiento.

Además de reconocerlos, el artículo 2 de la Constitución también dispone la obligación del Estado de «garantizar» estos derechos, revelando que a menudo los derechos humanos consisten en posiciones subjetivas no autosuficientes, que requieren de una intervención activa (libertades positivas) por parte del poder político para su plena realización. Los derechos sociales existen gracias al apoyo del Estado y, por lo tanto, requieren de recursos para ser realizados y garantizados. Al mismo tiempo, la idea de garantía se refiere a la necesidad de protección judicial, por medio de un aparato sancionatorio idóneo, en caso de violación de dichos derechos.

La inviolabilidad, a su vez, limita la posibilidad de incidir en el contenido y en la efectividad de estos derechos, válida tanto frente a los otros asociados, como frente a las autoridades públicas, e incluso frente al mismo titular: los derechos «naturales» del hombre pueden ser ejercidos frente a todos (absolutos), no pueden cederse por la voluntad de su titular (inalienables), no pueden ser objeto de disposición mediante actos de voluntad (indisponibles e irrenunciables) y no se pueden extinguir por falta de ejercicio por parte de su titular (imprescriptibles).

Pero el aspecto más interesante del debate sobre la interpretación del artículo 2 de la Constitución se refiere al alcance de su contenido: la doctrina positivista propuso una lectura, en un primer momento prevalente, que consideraba la disposición como taxativa, pues la misma incluía, a su juicio, anticipaciones y síntesis de los derechos sucesivamente codificados por los artículos 13 y siguientes. Según esta visión, el artículo 2 no añade nada nuevo a los derechos individuales expresamente previstos en la primera Parte de la Constitución, sino que simplemente cumple con una función «sinóptica» respecto de los derechos consagrados por las otras normas constitucionales. Una segunda tesis, que ha encontrado pleno reconocimiento por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, considera, en cambio, que el artículo 2 Const. introduce una norma abierta, dotada de una función enunciativa. Así, la disposición actúa como una especie de válvula de entrada que permite la inserción y la integración en nuestra Carta Política de los nuevos valores que, en el curso del tiempo, son expresados por la sociedad y por la conciencia colectiva.

De acuerdo con la tesis historicista, referida previamente, el nacimiento y la protección de los derechos están estrechamente ligados con las necesidades que la sociedad manifiesta en un determinado momento histórico y con los avances de la técnica y de las Ciencias Sociales (Filosofía, Ética, Política, etc.), de modo

<sup>6</sup> ALBANESE, A., *Il modello sociale italiano e la sua attuazione*, Relazione svolta al dottorato di Dottorato Scienze Giuridiche, Università di Bologna, 19 de febrero de 2015.

que los valores y los derechos que en una época no fueron reconocidos, en períodos posteriores son pacíficamente aprobados y protegidos.

Tradicionalmente, los derechos de libertad se han considerado contrarios a los derechos sociales: mientras que frente a los derechos de libertad, la soberanía del Estado se retrae espontáneamente para darle espacio al disfrute de las libertades personales, protegiendo así su satisfacción y garantía, de cara a las exigencias prestacionales, la soberanía estatal no debe contenerse dentro de un perímetro, sino que debe actuar mediante actividades administrativas o materiales que permitan la producción de las prestaciones esperadas y efectivamente exigidas. De lo anterior se desprende que, sobre la base de una (polémica) reconstrucción teórica, los derechos subjetivos se caracterizan por su capacidad de resistir la acción de los poderes públicos (las libertades) o de provocar eficazmente su actuación (los derechos sociales)<sup>7</sup>.

La relación entre el artículo 2 de la Constitución italiana (en particular, en la medida en que reconoce y protege los derechos de libertad, incluidos los de naturaleza económica) y el artículo 3 II c. ha sido considerada durante mucho tiempo como antagónica, en razón del valor redistributivo intrínseco al principio de igualdad sustancial y de su capacidad limitativa de la esfera jurídica de unos a favor de otros. En los años inmediatamente posteriores a la promulgación de la Constitución, la tesis de la tensión irresoluble entre los derechos de la libertad y los derechos sociales ha sido apoyada tanto por autores liberales como por autores movidos por una lógica diametralmente opuesta. Se cree que «mediante los derechos de libertad, de hecho, el individuo esencialmente le pide al Estado abstenerse y con la abstención del Estado (y, por supuesto, también de terceros, individuales y colectivos) la libertad resulta protegida, pues el titular de la misma puede elegir libremente cómo utilizar el espacio que queda libre (a su favor) por el derecho». Por lo tanto, el «individuo tiene entonces a su disposición la posibilidad de elegir respecto del ejercicio (positivo o negativo) de la libertad». Por el contrario, frente al derecho social, «el particular puede exigir del Estado una intervención tendente a garantizar una prestación o prestar un servicio, que puede ser asistencia sanitaria, educación, vivienda, etc.»<sup>8</sup>.

La Corte Constitucional, por el contrario, ha afirmado durante mucho tiempo el carácter meramente programático de los derechos sociales, cuya puesta en práctica y garantía depende de la iniciativa de los poderes públicos. Por lo tanto, según la Corte, no existiría un derecho absoluto a las prestaciones sociales, sino un derecho condicionado a la disponibilidad económica y a las evaluaciones discrecionales de los gobiernos pro-tempore. En este sentido, las libertades civiles y los derechos sociales estarían divididos por la misma diferencia que separa a los derechos absolutos y a los derechos de crédito: las libertades están dotadas de garantía constitucional inmediata y de protección plena, mientras que los derechos sociales están respaldados por una garantía mediata sometida a las determinaciones legislativas de las prestaciones y se encuentran protegidos de acuerdo con el método práctico preseleccionado por la administración pública<sup>9</sup>.

Según parte de la doctrina ni siquiera podría hablarse de «situaciones subjetivas de derecho social», existiendo, a su juicio, «situaciones que la Constitución califica expresamente como derechos, respecto de los cuales, sin embargo, las interpretaciones actuales (doctrinales y jurisprudenciales, en particular de la jurisprudencia constitucional) niegan el carácter de derecho subjetivo porque serían situaciones jurídicas subjetivas distintas o, incluso en ciertos casos, no corresponderían a situaciones jurídicas subjetivas»<sup>10</sup>.

Esta reconstrucción en términos antagónicos es bastante simplista, y no parece capaz de admitir alternativas entre la forma de Estado liberal y la socialista. En realidad, no existe oposición ontológica alguna entre la libertad y la igualdad, si suponemos una relación sinérgica de colaboración entre estos valores: el desarrollo de la sociedad esbozado por el principio de igualdad sustancial no puede separarse de la emancipación de los individuos que la componen. La realización de la igualdad sustancial a través de la garantía de los derechos sociales favorece el «desarrollo de la persona» y le permite dar fuerza a su protección judicial. Así, la lectura de las disposiciones constitucionales que consagran a favor de los particulares los derechos sociales, analizadas a la luz de los principios del personalismo y el solidarismo del artículo 2 Const., lenta pero progresivamente, ha hecho evidente la dimensión subjetiva de estos derechos, y esto ha dado frutos no sólo en relación con la selección de una determinada política social, sino también y especialmente a nivel de protección judicial.

<sup>7</sup> PERFETTI, L., "I diritti sociali sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità", *Diritto pubblico*, 2, 2013, pág. 61 y ss.

<sup>8</sup> Respecto de la contraposición entre derechos sociales y libertades v. GROSSI, P., *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Turín, 1991, pág. 274.

<sup>9</sup> PERFETTI, L., *cit.*

<sup>10</sup> CORSO, G., "I diritti sociali nella Costituzione italiana", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1975, pág. 755.

Por otra parte, la reforma Constitucional de 2001, que dio lugar a la modificación del Título V, introdujo una norma que reserva a la competencia de la ley estatal la «determinación de los niveles básicos de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales que deben ser garantizados en todo el territorio nacional» (art. 117, párr. 2, letra. *m* Const.). Dicha norma no define los derechos sociales, pero dispone que se trata de derechos que, para poder disfrutarse, necesitan (también) de «prestaciones». Además, aclara que los «niveles esenciales» de tales prestaciones deberán ser fijados mediante la ley del Estado, pues estos, de conformidad con el principio de igualdad, «deben garantizarse en todo el territorio nacional». Esto demuestra que el disfrute de los derechos sociales es, en cierta medida, indefectible, y, al igual que los derechos civiles, constituye una prerrogativa del *status* de ciudadano. Para garantizar el funcionamiento de este nuevo sistema, a continuación, el art. 120 Const. introduce un poder sustitutivo del Estado respecto de las autoridades locales incumplidoras, si dicho poder resulta necesario para la «salvaguardia de los niveles básicos de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales».

La reconstrucción en términos de derechos subjetivos, sin embargo, no elimina el hecho de que la satisfacción de los derechos sociales requiere de prestaciones –considérese, por ejemplo, a la salud o a la asistencia–, y por lo tanto implica, además de un esfuerzo organizativo, de una disponibilidad económica y financiera de los poderes públicos. De lo anterior se desprende la necesidad de equilibrio con respecto de otros derechos o intereses de relevancia constitucional, debido a la limitación de los recursos disponibles.

La dependencia de los derechos sociales de la disponibilidad económica es la base de la bien conocida teoría, desarrollada en los años 90, según la cual los derechos sociales serían «derechos financieramente condicionados». Tal característica nuevamente los tornaría intrínsecamente diferentes frente a los derechos civiles o los derechos de libertad, pues estos últimos deben ser garantizados de forma absoluta, independientemente de los recursos disponibles.

De hecho, como se ha observado oportunamente<sup>11</sup>, el problema del «coste de los derechos» no es exclusivo del ámbito social, sino que se refiere en mayor o menor medida a todos los derechos que requieren de prestaciones y esta cuestión no es una prerrogativa de los derechos sociales. Del mismo modo, garantizar el derecho a la seguridad o el derecho de defensa tiene un coste preciso, tanto a nivel económico, como organizativo. Para estos derechos, entonces, la incidencia de los costes plantea un problema de equilibrio con otros derechos que deben tutelarse, así como con otros intereses/valores constitucionales.

A pesar del arduo debate respecto de los fundamentos teóricos, la tensión entre las libertades económicas y los derechos sociales se ha reavivado recientemente debido a la crisis económica internacional y al proceso de la integración europea. Sin embargo, sobre este aspecto se profundizará en las páginas siguientes.

### 3. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS SOCIALES

Hasta los años 90, como se ha indicado, la Corte Constitucional italiana ha sostenido la tesis del valor meramente programático de las disposiciones constitucionales relativas a los derechos sociales, delegando a la iniciativa legislativa la eventual realización de estas posiciones «financieramente condicionadas».

En este sentido, es emblemática la decisión de la Corte Constitucional, que establece, con referencia a la vivienda de interés social (*social housing*), que el derecho a la vivienda tiende a garantizarse en proporción a la disponibilidad de recursos colectivos; sólo el legislador puede establecer oportunamente la forma de combinar medios y fines e introducir reglas de asignación atinentes a este derecho fundamental (sent. 252/1989).

Desde principios de los años 90, la Corte comenzó a utilizar la técnica de las sentencias «aditivas», con el fin de declarar la invalidez de las leyes que «no contemplaban» medidas adecuadas para la proteger las necesidades sociales. Para garantizar el derecho a la educación, en particular, la Corte incluso dictó sentencias «manipulativas», mediante las cuales –sin dejarle al legislador espacio alguno para su discrecionalidad– completó o modificó el texto de las leyes consideradas incompatibles con el objetivo de protección de los derechos impuesto por la Constitución<sup>12</sup>.

Considérese, por ejemplo, con respecto al derecho a la educación, la sentencia núm. 251/1987, que declaró inconstitucional una ley que establecía que la asistencia de niños con discapacidad en las escuelas

<sup>11</sup> ALBANESE, A., *cit.*

<sup>12</sup> ALBANESE, A., *cit.*

secundarias «se verá facilitada» en lugar de «está garantizada», por considerar que la formulación legal resultaba inadecuada para garantizar el derecho a la educación de conformidad con el art. 34 Const. y contraria a los principios contenidos en los arts. 2 y 3 Const. A partir de esta decisión surgió, unos años más tarde, la ley sobre la discapacidad (Ley 104/1992), la cual contiene una serie de disposiciones específicas sobre el apoyo educativo para las personas minusválidas<sup>13</sup>.

Asimismo, puede tomarse como ejemplo el pronunciamiento 509/2000, relativo al derecho a la salud: aquí la Corte declaró inconstitucional una ley regional lombarda por considerarla «demasiado rígida», pues esta no preveía excepciones a la imposibilidad de reembolso de los gastos médicos pagados en el extranjero sin autorización previa. De acuerdo con el juez constitucional, la ley no permitía hacer una excepción con el fin de tutelar el «núcleo irreductible del derecho a la salud protegido por la Constitución como ámbito inviolable de la dignidad humana», pues no permitía reembolsar a un enfermo las cantidades desembolsadas para garantizar su curación en una situación de urgencia o peligro para su supervivencia, sin la autorización previa de la autoridad administrativa.

Más recientemente, la sentencia 80/2010 garantizó el derecho de los estudiantes minusválidos a disfrutar del soporte de un profesor auxiliar en una medida «cuantitativamente adecuada y proporcional a la gravedad de su discapacidad». El fallo declaró inconstitucional una disposición –no por casualidad, introducida por una ley de presupuestos– que modificaba la normativa citada en materia de escolarización de los menores discapacitados, estableciendo un techo máximo infranqueable en el número de profesores auxiliares o de apoyo que podría ser empleado por cada institución educativa, con base en la relación maestro-alumno. La disposición excluía la posibilidad, que la normativa anterior preveía, de excepcionar la aplicación de tal limitación, recurriendo a contratos temporales, cuando se hiciera necesario brindar apoyo a los estudiantes en condiciones de discapacidad especialmente graves. La Corte declaró ilegítima dicha disposición, ya que su rigidez podría dar lugar a excluir totalmente a los estudiantes gravemente minusválidos del disfrute de la educación y la asistencia, derechos consagrados en las normas constitucionales.

Otro caso interesante es el que surgió a raíz del recurso interpuesto por parte de las Regiones de Piemonte, Emilia-Romaña y Liguria en contra de lo dispuesto por el Decreto-Ley núm. 112/2008, el cual instituyó un «fondo especial» destinado a financiar el otorgamiento de una medida extraordinaria de asistencia –conocida como «tarjeta de compras»– para la compra de bienes y servicios a favor de los ciudadanos italianos que se encontrasen en «condiciones de mayor dificultad económica». En esta sentencia, la Corte se pronunció sobre la legalidad «sustancial» de esta medida establecida por el Gobierno mediante un instrumento que denotaba su urgencia (Decreto-Ley) respecto de una materia formalmente de competencia regional (sent. 10/2010). Estableciendo que las disposiciones impugnadas estaban dirigidas a aliviar una situación de necesidad extrema de dificultad en la que se encuentran ciertas personas, mediante la concesión de una prestación que no está incluida entre aquellas aseguradas por los sistemas de seguridad social y de salud, y aun reconociendo que la disposición impugnada daba pie a una intervención de la política social relativa al ámbito material de la asistencia y de los servicios sociales, objeto de una competencia regional residual, la Corte consideró que «la finalidad de las disposiciones impugnadas y el ámbito sobre el que estas inciden, no vulneran los principios constitucionales invocados por los recurrentes y van en contra de la negación del poder legislativo estatal a implementar la intervención consagrada». La finalidad de la medida, en otras palabras, sana el vicio formal ligado a la competencia, si se pretende proteger un derecho social con prestaciones que abarcan todo el territorio nacional. En otras palabras, tal intervención por parte del Estado debe considerarse como admisible en el caso en el que esta resulte necesaria para garantizar la efectiva protección de las personas que se encuentran en condiciones de extrema necesidad, a favor de las cuales se reconoce un derecho fundamental que, al estar estrechamente ligado con la protección del núcleo esencial de la dignidad humana, particularmente en presencia de situaciones especiales mencionadas previamente, debe poder ser garantizado en todo el territorio nacional de manera uniforme, apropiada y oportuna, a través de una regulación coherente y adecuada dirigida a tal fin (sentencias núm. 166 de 2008 y núm. 94 de 2007, en referencia al caso de la determinación de los niveles mínimos de necesidad de vivienda y de la protección de los grupos especialmente desfavorecidos).

En referencia a otro caso, la Corte afirma que la creación de un fondo excepcional por parte del Estado para satisfacer las necesidades alimentarias, sanitarias y energéticas de las personas más necesitadas o para ayudar a las parejas jóvenes y a las familias mononucleares en la compra de una casa, aunque viole

<sup>13</sup> ALBANESE, A., *cit.*

la competencia legislativa regional en materia de asistencia social, no es por ello ilegítima en consideración a las «imperativas necesidades sociales, también inducidas por la grave crisis económica actual, nacional e internacional» (sent. 121/2010).

En conclusión, respecto de la dependencia financiera de los derechos sociales, con el paso del tiempo, la Corte muestra haber cambiado radicalmente su postura frente a sus decisiones expresadas a finales de los años 80 (piénsese en la decisión sobre el derecho a la vivienda, referida previamente). La Corte incluso llegó a afirmar, en referencia al derecho a la salud, que la necesidad de asegurar la universalidad y la integridad del derecho a la asistencia sanitaria a nivel nacional estaba y está en conflicto con la cantidad de recursos destinados anualmente a la salud pública nacional (sent. 248/2011). En una perspectiva similar, por último, un reciente fallo de la Corte declaró que las medidas de emergencia que han dado lugar a la congelación durante dos años de las pensiones tres veces más altas que las pensiones mínimas legales (alrededor de 1.217 euros mensuales) viola el derecho a una existencia libre y digna, garantizado por el art. 36 de la Constitución (sent. 70/2015).

#### 4. INTEGRACIÓN EUROPEA Y DERECHOS SOCIALES

Como se decía al principio de esta análisis, la experiencia italiana es significativa para ilustrar la turbulenta relación que hay entre los derechos sociales y los derechos de libertad, especialmente en épocas de crisis económica. Tras esta breve referencia al ordenamiento jurídico italiano, resulta de interés analizar la protección de los derechos sociales a escala europea.

La solidaridad social, por cuanto representa un valor que tiende a ser universal y se encuentra inspirado en el principio de igualdad sustancial, ha sido objeto de una construcción esencialmente local en el espacio europeo, limitada por la pertenencia territorial y por la esfera de operación nacional de las instituciones del Estado de bienestar<sup>14</sup>.

Una vez examinadas las normas en materia de libre circulación y, en particular, las normas sobre los tratamientos médicos en el extranjero, la seguridad de los trabajadores migrantes y las declaraciones de la Agenda Social, se llega a la conclusión de que los derechos sociales «han tenido durante mucho tiempo una posición absolutamente marginal en el fenómeno de la integración europea», así como en la elaboración de la jurisprudencia comunitaria (que «se ocupó solo marginalmente» del tema), y en la afirmación de los derechos fundamentales en la Carta de Niza<sup>15</sup>.

El proceso de integración europea, sin embargo, está dirigido inexorablemente hacia una progresiva des-territorialización de los sistemas nacionales de Estado de bienestar, lo que lleva a la pérdida parcial del control territorial de los Estados miembros sobre las normas que rigen la atribución de derechos sociales (y la producción de los servicios correspondientes). Por esta razón, el establecimiento de la Unión Europea, y la correspondiente retirada del dogma de la soberanía nacional, se considera, al mismo tiempo, como una fuente de riesgo y como una oportunidad para los sistemas de protección social de los Estados miembros de la Unión<sup>16</sup>.

La creación del mercado común es considerada inicialmente como un potencial refuerzo de la «capacidad de efectiva garantía de tales derechos por parte de los Estados miembros, sin perjuicio del nivel de protección autónomamente asegurado en el interior de los respectivos sistemas». Sin embargo, con la crisis del Estado de bienestar nacional comienza a agravarse la problemática de la relación entre el mercado europeo y los servicios sociales.

Desde el Tratado de Ámsterdam (1997), la jurisprudencia comunitaria comienza a dar paso al fortalecimiento comunitario del Estado de bienestar, ocupándose de la cuestión de forma directa a partir del caso *Albany International BV*<sup>17</sup>. Obsérvese que, en referencia a los servicios de seguridad social o servicios sani-

<sup>14</sup> Cfr. BÉLAND, D., LECOURS, A., *Nationalism and Social Policy. The Politics of Territorial Solidarity*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

<sup>15</sup> GIUBBONI, S., "I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza", *Diritto unione europea*, 2003, pág. 325.

<sup>16</sup> GIUBBONI, S., "Confini della solidarietà. Modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo", *Politica del diritto*, XLII, núm. 3, 2011, pág. 400.

<sup>17</sup> A partir del caso *Albany*, el Tribunal de Justicia considera servicios sociales y asistenciales de naturaleza económica aquellos que, siendo definidos como integrativos o facultativos, proporcionados en aplicación del principio de capitalización, caracterizados por una relación directa entre la entidad de las prestaciones erogadas y el importe de las contribuciones pagadas o los resultados

tarios nacionales, el Tribunal de Justicia ha excluido por mucho tiempo la naturaleza *económica* de las actividades organizadas conforme con el principio de solidaridad, debido al origen legal y al carácter obligatorio del régimen o debido a la universalidad de la cobertura o a la solidaridad entre los contribuyentes o entre los fondos que contribuyen a su financiación<sup>18</sup>, afirmando que los servicios económicos son compatibles únicamente con limitados elementos solidarios<sup>19</sup>.

Más recientemente, sin embargo, la jurisprudencia comunitaria ha contribuido de manera significativa al proceso de des-territorialización de los servicios del Estado de bienestar, así como a su progresiva liberalización y apertura al mercado, calificando como servicios (sujetos a los principios de libre circulación establecidos en el art. 56 TFUE) a las prestaciones suministradas por los sistemas nacionales de salud y, en definitiva, por el mismo seguro social obligatorio administrado por las instituciones públicas de seguridad social<sup>20</sup>. Debido a que los servicios del Estado de bienestar son competencia del Estado, se concluye que «un mercado europeo de servicios del Estado de bienestar podría justificar un marco comunitario en el seno de la propia organización nacional», siempre que el Estado miembro haya elegido un modo de organización que dé como resultado un servicio de interés social general con gestión económica<sup>21</sup>.

A partir de la sentencia *Martínez Sala* (C-85/96), sin embargo, los artículos 18 y 21 del TFUE se convirtieron en un canal prioritario de acceso transnacional a las prestaciones sociales (especialmente, las asistenciales) de los Estados miembros para los ciudadanos de la Unión económicamente inactivos. El Tribunal de Justicia ha buscado progresivamente la ampliación de esta base constitucional de acceso a los derechos sociales, los cuales están explícitamente vinculados al *status* fundamental de la ciudadanía europea y a la obligación de solidaridad financiera impuesta a los Estados miembros de la Unión.

En este sentido, «en la jurisprudencia de la última década, el acceso a los servicios del Estado de bienestar está vinculado no sólo a la libertad de circulación y a la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, sino que ha encontrado un fundamento más sólido en el *status* de la ciudadanía europea»<sup>22</sup>.

A partir de este enfoque, los ciudadanos europeos en estado de necesidad tienen incluso el derecho a acceder, en condiciones de igualdad de trato, al sistema de protección social del Estado en el que residan legalmente, en los casos en que hayan establecido una relación orgánica con el mismo que implique un grado significativo de integración en la sociedad de dicho país, que se fortalece (especial, mas no exclusivamente) a medida que se prolonga la duración de la residencia.

Además, la prohibición de barreras discriminatorias a la libertad de circulación de los ciudadanos europeos (art. 21 TFUE) establece, en favor del ciudadano de la Unión, una nueva garantía a la exportación de las prestaciones sociales pagadas por el país de origen, con la consecuente carga, impuesta al Estado de origen, de justificar, dado el caso, su negativa a exportar una prestación social fuera de sus fronteras. Así, se amplió considerablemente el círculo de los beneficiarios del derecho de acceso a las prestaciones sociales más allá de los límites tradicionales de la población económicamente activa (y, por lo tanto, autosuficiente). Deviene entonces recesivo el enfoque tradicional seguido por el derecho derivado de la UE, según el cual los beneficios proporcionados fuera de las fronteras nacionales están justificados solo con el respaldo de las cláusulas de residencia nacionales que prevén el disfrute de las prestaciones sociales en otro Estado miembro.

A este respecto, se resalta el valor de la Carta de Niza con la «afirmación del principio de indivisibilidad de los derechos civiles económicos y sociales, de modo que la solidaridad actúa como un principio fundamental del orden constitucional comunitario y coadyuva en la determinación de las líneas de interpretación generales de la Carta misma»<sup>23</sup>.

---

financieros de las inversiones y, finalmente, por la libertad de determinar las prestaciones suministradas, caracterizan a su vez a los prestadores de servicios como participantes del mercado, en otras palabras, agentes económicos (Tribunal de Justicia, 21/10/ 1999, C-67/96, *Albany*; Tribunal de Justicia, 21-9-1999; Tribunal de Justicia, C-155, 116 y 118/97, *Brentjens*). Léase sobre el tema la rica cita de jurisprudencia de PERFETTI, L., *I diritti sociali sui diritti fondamentali*, cit.

<sup>18</sup> Cfr. Tribunal de Justicia, 17 de febrero de 1993 C-159 y 161/91, *Poucet e Pistre*, Tribunal de Justicia, 22 de enero de 2002, C-218/00, *Cisal*, y el Tribunal de Justicia, 11 de julio de 2006, C-205/03 P, *Fenin y Trib. I grado*, 4 de mayo de 2003, T-319/99 *Fenin*, Tribunal de Justicia, 16 de marzo de 2004, C-264/01, C-306/01 y C-355/01, *AOK Bundesverband*, relativa al régimen de seguro de salud de los trabajadores dependientes.

<sup>19</sup> Tribunal de Justicia, 21 de septiembre de 1999, C-155, 116 y 118/97, *Brentjens*, ya citada.

<sup>20</sup> Cfr. en particular Tribunal de Justicia, C-350/07, *Kattner*, Foro italiano, IV, c. 455, 2009.

<sup>21</sup> Citas de Cancilla, *Servizi di Welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, Milán, 2010.

<sup>22</sup> GIUBBONI, S., *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, cit.

<sup>23</sup> DE BURCA, G. - DE WITTE, B. (coord.), *Social rights in Europe*, Oxford, 2005, y, específicamente, Fabre, *Social Rights in European Constitutions*, pág. 15; DE WITTE, B., *The Trajectory of Fundamental Social Rights in the European Union*, pág. 153, Smismans;

En cualquier caso, la cuestión de la des-territorialización de los derechos sociales, señalada en la introducción, conduce a una progresiva expansión de tales derechos más allá de las fronteras nacionales y trae consigo una serie de implicaciones que no pueden ser totalmente delegadas en manos del Tribunal de Justicia, sino que requieren de un claro compromiso de la política comunitaria (y, por tanto, de los gobiernos europeos) con respecto a la solidaridad social en Europa.

## 5. EL IMPACTO DE LA CRISIS ECONÓMICA SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES

Las políticas sociales han experimentado un período de crecimiento entre los años 70 y finales de los años 90: el crecimiento ha afectado a todas las áreas de intervención, desde la salud hasta la educación, pasando por las políticas de vivienda o las de naturaleza asistencial. Únicamente en el sector de seguridad social comenzó a mediados de los años 90, con la reforma Dini, una fase de contracción.

Esta tendencia hacia el crecimiento siguió, durante estos años, dos líneas principales de desarrollo:

1. se pasó de otorgar beneficios esencialmente económicos, consistentes en la adjudicación directa de dinero a las personas que lo necesitaban, a la asistencia directa de estos individuos, a través de la provisión de prestaciones socio-asistenciales por parte de los poderes públicos.
2. se pasó de las prestaciones dirigidas en favor de los grupos desfavorecidos, de acuerdo con un esquema seguido hasta finales de los años 60, al acceso universal a las prestaciones, en aras de la idea de que los derechos sociales son «derechos de la persona», y como tales deben estar a disposición de cada individuo, independientemente de sus condiciones de vida<sup>24</sup>.

El problema es que la intención de excluir del mercado y de sus iniquidades la prestación de estos servicios ha causado un fuerte impacto en los presupuestos públicos, ya que la eficiencia de las administraciones públicas es a menudo inferior a aquella proporcionada por las empresas que compiten en el mercado. Por lo tanto, movidas por el fin de recuperar la eficiencia económica, las administraciones se han transformado progresivamente de centros de prestación directa a compradores y reguladores de los servicios prestados de forma indirecta a través de la celebración de contratos con o de la adjudicación concesiones a sujetos privados.

El fenómeno del cuasi-mercado se refiere principalmente a los servicios sanitarios, socio-asistenciales y, en parte, a la vivienda de interés social. Los poderes públicos, utilizando el lema de la «Tercera Vía» de Tony Blair, de remeros se han convertido en timoneles, o en proveedores de servicios.

Como se ha expuesto, incluso la Unión Europea, desde hace al menos una década, ha abandonado la idea de que los servicios sociales son «ontológicamente» extraños al mercado único y que los mismos carecen de relevancia económica. La progresiva des-territorialización ligada al fenómeno de la integración supranacional ha expuesto cada vez más los servicios sociales a la regulación económica europea: así, se genera el sometimiento de los servicios sociales, en particular de las formas de organización y de las actividades prestacionales, a la lógica de la competencia, con una correspondiente sustracción a la visión local que, hasta ese entonces, había caracterizado el tratamiento de la materia.

Un factor importante de cambio para los sistemas de welfare, tanto a nivel nacional, como a escala europea, se deriva entonces de la crisis económica<sup>25</sup>. Los periodos de crisis suelen generar una disminución de los niveles salariales, un aumento del desempleo y un uso más frecuente de los amortiguadores sociales. Por esto, muchos gobiernos europeos han buscado reducir las posibles tensiones sociales derivadas de la crisis mediante el aumento del gasto en protección social<sup>26</sup>. Un aumento que se torna aún más evidente cuando la producción de un país está por debajo de su nivel natural.

De acuerdo con la clasificación internacional del gasto público por funciones (*Classification of the Function of Government* – COFOG) adoptada por las principales instituciones internacionales, el gasto público en protección social comprende el gasto por enfermedad e invalidez, vejez, sobrevivientes, familia y

*How to Be Fundamental with Soft Procedures? The Open Method of Coordination and Fundamental Social Rights*, pág. 217.

<sup>24</sup> ALBANESE, A., *cit.*

<sup>25</sup> Sobre la cuestión, PIÑAR MAÑAS, J. L. (coord.), *Crisis económica y crisis del Estado del bienestar. El papel del Derecho administrativo*, Reus, Madrid, 2013.

<sup>26</sup> GAMBINO, S. (coord.), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Giappichelli, Turín, 2015.

niños, desempleo, *housing* y exclusión social. A su vez, estas funciones se articulan en una serie de prestaciones específicas, puntualmente detalladas por la COFOG.

En los 27 países de la UE, la Protección Social resulta el capítulo más importante: en 2014 representó el 19,6 por ciento del PIB y el 40,2 por ciento del gasto público total en Europa, sobre un total de 2.644 millones de euros. El aumento que se evidencia en esta partida del gasto en el período que va desde 2002 hasta 2011 está, sin duda, vinculado a la necesidad de dar respuesta a la crisis económica y social, ya que los sistemas de *welfare* nacionales han tenido éxito, al menos en parte, en la mitigación del impacto negativo de la recesión en términos de crecimiento, desempleo y pobreza. Como evidencia Eurostat, los niveles más altos de este gasto, en 2012, se registraron en Dinamarca y Francia (34,2 por ciento del PIB), en los países de la región mediterránea el gasto en protección social ascendió a 25-30 por ciento, mientras que en los países de Europa del Este (Polonia, Lituania, Rumania, Estonia, Letonia) se ha estancado en torno al 20 por ciento del gasto público nacional.

El alcance de los servicios personales es muy extenso y presenta diferentes tipologías de destinatarios, que se encuentran, sin embargo, siempre unidos por el hecho de presentar una situación de «debilidad» que los obliga a requerir una particular atención y protección.

Muchos de los servicios proporcionados se dirigen a niños, discapacitados y ancianos: a menudo los servicios ofrecidos por el sector público se conjugan con los proporcionados por las asociaciones de voluntarios, organizaciones sin ánimo de lucro o estructuras privadas acreditadas por el sector público. La ampliación de dicho fenómeno es cada vez más relevante para el ámbito del denominado tercer sector, que comprende a las cooperativas sociales, a las asociaciones de promoción social, a las fundaciones y al resto de sujetos de promoción social, como, por ejemplo, las asociaciones no reconocidas y las organizaciones voluntarias.

Históricamente, la elección hecha por el legislador italiano ha sido asignar a los municipios, es decir, a las autoridades locales más cercanas a los ciudadanos, la gestión de los servicios personales, que actualmente se proporcionan ya sea directa o indirectamente, a través de la actividad privada. El sistema de acreditación, introducido desde 1992, permite al Estado controlar que los servicios prestados al ciudadano por parte de las estructuras privadas cumplan con ciertos límites cualitativos esenciales. Dicho control constituye una herramienta fundamental para relacionar al sector público con el sector privado, así como para fomentar el *welfare* social.

En Italia, en 2013, el gasto en protección social –en constante crecimiento en el período comprendido entre 1995-2001– superó el 20 por ciento del PIB, y su cantidad per cápita era de alrededor de 8.000 euros al año: en concreto, estos recursos se destinaron, en gran parte, a las personas de la tercera edad (es decir, a los planes de pensiones, que absorbieron el 14 por ciento del PIB), por lo tanto, los gastos destinados a otros beneficios sociales se redujeron proporcionalmente, resultando los más bajos de Europa. En Italia, en los últimos veinte años, el número de población con más de ochenta años se incrementó en un 150% y actualmente hay 12,3 millones de personas con más de sesenta y cinco años, de entre los que 2 millones no son autosuficientes y 300.000 se ven obligados a alojarse en centros residenciales socio-sanitarios y socio-asistenciales. Un dato relevante es el relacionado con las personas de más de sesenta y cinco años que aún trabajan, que de acuerdo a las estadísticas Istat son 375.000.

En general, en todos los países de la Unión Europea el capítulo más importante del gasto está relacionado con la vejez (*old age*), es decir, con los planes de pensiones: en 2011 representó aproximadamente el 40 por ciento del gasto para la Protección Social de la UE-28 y en 2013 representó el 10,4 por ciento del PIB europeo, pasando del 15,5 en Grecia al 7,3 por ciento en Irlanda. Este dato evidencia el problema del envejecimiento progresivo de la población europea, ligado al descenso de la natalidad y al aumento de la longevidad, lo cual conlleva la correspondiente disminución de las personas en edad de trabajar.

La crisis económica puede definirse como «sistémica» y no meramente «cíclica»; en consecuencia, dicha situación comporta que la protección de los derechos sociales entre también en una profunda crisis, superior incluso a la relacionada con la protección de otros derechos. Las limitaciones presupuestarias y las políticas de austeridad impuestas por la Unión Europea en los últimos años han obligado a algunos Estados, condicionados por una importante deuda pública, a tomar fuertes medidas para reducir el gasto público, lo cual ha traído consigo un general redimensionamiento del Estado de bienestar europeo. Así, muchos países de la UE, con el fin de obtener el apoyo financiero de Europa, tuvieron que reducir drásticamente el nivel de protección de muchos derechos sociales.

Debe tenerse en cuenta que, según algunas informaciones aparecidas en la prensa, tres millones de personas en Grecia actualmente no tienen acceso al sistema de salud, el gasto público en salud es inferior

al de todos los demás países de la UE, el presupuesto de los hospitales públicos se redujo en un 26 por ciento entre 2009 y 2011, el gasto farmacéutico se redujo a la mitad entre 2010 y 2014 (de 4 a 2 millones), de manera que algunos medicamentos han devenido inaccesibles, la drástica reducción del presupuesto municipal ha llevado al corte de actividades tales como el control de plagas, lo cual favorece la generación de enfermedades actualmente extintas como la malaria.

El estallido de la crisis ha determinado, en general, una gran disminución del gasto dirigido a la protección social en Europa, agravando así el desempleo, la vulnerabilidad y la exclusión social, con un empeoramiento de las condiciones de vida, especialmente en países con un alto nivel de deuda pública donde las medidas de *spending review* impuestas por las instituciones europeas han dado lugar a una redimensionamiento, o incluso a un verdadero replanteamiento, del modelo de Estado social que se estableció después de la segunda guerra mundial, causando grietas profundas en el tejido social, y riesgos para la cohesión social y para los derechos.

La adopción de medidas sustancialmente «impuestas desde arriba» ha generado fuertes críticas y reacciones de la opinión pública de los países en los cuales estas han incidido en mayor medida, especialmente cuando fue necesario intervenir en el sentido de disminuir el nivel de garantía de ciertos derechos.

Desde estos países arrancaron también varias iniciativas judiciales ante el Tribunal de Justicia de la UE que tenían como objetivo la protección de los derechos sociales mediante la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE a las medidas nacionales para aplicar las solicitudes contenidas en los Memorandos de Entendimiento (MoU) y en general recibidos en los Planes de Asistencia, pero han demostrado ser en larga medida insatisfactorias<sup>27</sup>.

En el punto álgido de la crisis, se sacrificaron principal (pero no exclusivamente) los derechos sociales, que en este período de recesión han demostrado mejor que nunca su verdadera naturaleza de derechos condicionados por los recursos disponibles y su consiguiente debilidad<sup>28</sup>. Por otra parte, la disminución en el nivel de protección de ciertos derechos sociales ha producido, como consecuencia, un aumento significativo de la litigiosidad constitucional derivada de la (presunta) violación de los derechos constitucionales. En este contexto, con el fin de resolver las interpretaciones potencialmente conflictivas de la Constitución, el examen de la jurisprudencia constitucional de los ordenamientos más afectados por la crisis (Italia, Portugal, Grecia) muestra un recurso frecuente en el *constitutional reasoning* a los principios básicos de la ponderación, como el principio de proporcionalidad, el de razonabilidad y, en cierta medida, el principio de confianza<sup>29</sup>. La crisis impone, en esencia, una ponderación entre la protección de los derechos sociales, las exigencias de contener el gasto público y las limitaciones financieras europeas<sup>30</sup>.

Si la UE ha podido realizar una gran redistribución «territorial» de la ayuda financiera (las políticas de cohesión social), más o menos bien gestionada por los Estados y las Regiones, aún no ha logrado construir un verdadero sistema de atribución «individual» de los derechos sociales<sup>31</sup>. La UE ha reaccionado a la crisis económica mediante medidas de reforma fiscal y económica, el uso de ayuda estatal [temporal], un intento de revitalización del mercado único, junto con la modernización de la contratación pública, así como la modernización de aspectos de la otro aspecto de la intervención estatal en los mercados. En definitiva, la crisis ha reforzado la necesidad de volver a evaluar y recalibrar el papel de la intervención estatal: frente a este desafío, como destacan los observadores más atentos, la UE no ha asumido un fuerte compromiso para mantener un enfoque intervencionista estatal en el mercado o el status quo de un estado de bienestar en Europa<sup>32</sup>. Como las elecciones en febrero de 2015 del nuevo gobierno en Grecia han demostrado dramáti-

<sup>27</sup> Sobre esta cuestión, IANNELLA, M., “La CGUE e la tutela dei diritti sociali nei Piani di Assistenza: limiti e prospettive”, en *Federalismi.it*, 3/2018, que recuerda las acciones propuestas por un sindicato de funcionarios griegos en el caso *Adedy* (T-541/10 e T-215/11) y, por los titulares de depósitos bancarios en las instituciones chipriotas, en los casos *Ledra Adv.* (Joined Cases C-8/15 P to C-10/15 P) y *Mallis* (Joined Cases C-105/15 P to C-109/15 P).

<sup>28</sup> En sentido crítico con referencia a esta estrategia, POULOU, A., “Financial Assistance Conditionality and Human Rights Protection: What is the Role of the EU Charter of Fundamental Rights?”, en *Common Market Law Review*, núm. 54, 2017, págs. 992-996.

<sup>29</sup> DRIGO, C., “La protezione dei diritti sociali attraverso il prisma della crisi. Riflessioni sul caso portoghese e spunti di comparazione con quello italiano”, en RAFFIOTTA, E. C., PÉREZ MIRAS, A., TERUEL LOZANO, G. (a cura di), *Desafíos del constitucionalismo ante la integración Europea*, Editum-Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Murcia, Murcia 2015.

<sup>30</sup> Destaca los límites del orden de la UE frente a la crisis de la deuda pública KILPATRICK, C., “The EU and its sovereign debt programmes: The challenges of liminal legality”, *EUI Working Paper LAW*, núm. 14, 2017, págs. 1-2.

<sup>31</sup> SPADARO, A., “La crisi, i diritti sociali, le risposte dell'Europa”, en CARUSO, B.; FONTANA, G. (coord.), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto tra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, Il Mulino, 2015, pág. 17.

<sup>32</sup> SZYSZCZAK, E., “Europe isn't working in Europe: reform and modernisation of the European welfare state in the wake of the economic crisis”, en *Fordham Journal of International Law*, 2015, 38 (4), pág. 1.196.

camente, en muchos países la respuesta de la Unión Europea («UE» o la «Unión») a la crisis económica no es de ninguna manera aceptada como «correcta».

La pregunta que surge ahora es muy concreta: ¿cómo conciliar una adecuada protección social de los ciudadanos europeos, por una parte, y aplicar las medidas para frenar el gasto público, por otra? La misma jurisprudencia constitucional de los diferentes países miembros parece admitir una especie de «graduación» en la protección de los derechos sociales, permitiendo restricciones, en razón de las necesidades económico-financieras contingentes.

Algunos argumentan que es necesario volver al Estado del bienestar más selectivo, centrándose en las medidas de protección social realmente indispensables para la población. El problema sigue siendo que, en caso de tomar dicha iniciativa, resulta imposible hacer una selección entre las diversas intervenciones que, en un contexto de recesión, parecen todas igualmente indispensables. Otra respuesta es aquella que se basa en las políticas de empleo, y por lo tanto, en la creación de la nuevos puestos de trabajo para la reactivación de la productividad y el desarrollo económico. El problema es que estas políticas se ven fuertemente afectadas por la situación económica de una Nación, y deberían siempre estar asociadas con un ingreso mínimo de la ciudadanía. Incluso las políticas de vivienda (*hosting*) parecen esenciales en tiempos de crisis: la carencia de la vivienda aumenta con el desempleo, y afecta a las nuevas categorías de personas vulnerables, como los sujetos con bajos ingresos, los jóvenes trabajadores y los inmigrantes. Sin duda, el gasto en la vejez es excesivo en la mayor parte de Europa y se debe tender a una racionalización en este sector, combinada con eficaces políticas de compensación entre las prestaciones de jubilación sobre una base europea.

La crisis ha agravado la situación económica de las familias, especialmente las más desfavorecidas, cuestionando un modelo social que ha sido la base del Estado democrático en Europa a lo largo de todo el siglo xx. Las políticas de ahorro puestas en marcha por las instituciones europeas no solo han empeorado las condiciones de vida de las categorías tradicionalmente frágiles y más expuestas, sino que han llevado a crear nuevas categorías de personas necesitadas, como los jóvenes, que de repente se han encontrado en una situación de pobreza debido a los altos niveles de desempleo y a las dificultades para insertarse en el mundo del trabajo. Por otra parte, las propuestas para implementar un *welfare* selectivo parecen contradictorias con el principio universal, que se encuentra en la base del Estado social, o peor aún, pueden conducir al favorecimiento de un «*welfare* basado en el mercado», es decir, fundado en la compra de los diversos servicios sociales por parte de los necesitados.

De esta manera, sin lugar a dudas, se contradiría la función redistributiva del mismo Estado de bienestar, además del principio de solidaridad, que constituye su fundamento.

El problema se traduce, en el fondo, en un conflicto entre eficiencia y justicia que, respondiendo respectivamente a una lógica cuantitativa y cualitativa, demuestran ser valores difíciles de armonizar<sup>33</sup>.

## 6. BREVES CONSIDERACIONES FINALES

La relación entre los derechos sociales y los derechos de libertad ha sido considerada durante mucho tiempo como antagónica, debido a la capacidad restrictiva que los primeros ejercen sobre los segundos: redistribuir, proporcionar asistencia, dar prestaciones, todo ello comporta un inevitable coste económico, y puede dar lugar a la compresión de la esfera jurídica de los particulares, que de este modo perderían ese espacio de acción libre de la injerencia de los poderes públicos, típico de las libertades negativas. En particular, de acuerdo con esta interpretación «conflictual», la limitación de la esfera jurídica de los particulares, debido a la aplicación de los principios de solidaridad y redistribución, actuaría de forma unidireccional, afectando en mayor medida a algunos ciudadanos (los más pudientes) que se ven obligados a contribuir forzosamente al bienestar de otros (la más necesitados).

Si se realiza un análisis más profundo del tema, la reconstrucción en términos antagónicos es reductiva: no hay oposición ontológica alguna entre la libertad y la igualdad, si se supone una relación de colaboración

---

<sup>33</sup> En este sentido. CARUSO, G. M., "Diritti sociali, risorse e istituzioni: automatismi economici e determinismo politico di un sistema complesso", en *Federalismi.it*, 4, 2016. Desde esta perspectiva, cfr. también SALAZAR, C., "Crisi economica e diritti fondamentali", en *www.rivistaaic.it*, 4, 2013, para quien «la insaciabilidad de los derechos» está relacionada con los recursos limitados. De acuerdo con esta lectura CALIFANO, L., "Relazione di sintesi al XXVIII Convegno dell'Associazione Italiana costituzionalisti: in tema di crisi economica e diritti fondamentali", en *www.rivistaaic.it*, 4, 2013, que resume los términos del conflicto en la «aparente infinidad de las reclamaciones del derecho contra la finitud de los recursos».

entre estos valores. El desarrollo de la sociedad en el sentido solidario, a través del principio de igualdad sustancial, debe ser comprendido como un factor de emancipación de todos los individuos que la componen. La realización de la igualdad sustancial a través de la garantía de los derechos sociales favorece el «desarrollo de la persona» y de sus libertades, dando vida a un círculo virtuoso que conduce a la ampliación de los derechos individuales de todos gracias a la intervención del Estado en favor de algunos. Especialmente porque, con el transcurso del tiempo, se pasó de un modelo Estado de bienestar que preveía prestaciones solo en favor de los grupos desfavorecidos, a un modelo que preveía el acceso universal a los servicios sociales, con base en la idea de que los derechos sociales son «derechos de la persona», y como tales han de ser garantizados a todo individuo, independientemente de sus condiciones de vida. En este contexto, por lo tanto, las libertades negativas (*freedom from*) y las libertades positivas (*freedom through*) se integran con el objetivo final de un desarrollo de la sociedad a través del crecimiento y la emancipación de los individuos, realizada gracias a la intervención de los poderes públicos.

Aun así, la dependencia de los derechos sociales de una disponibilidad económica ha llevado inicialmente a una construcción de los mismos como «derechos financieramente condicionados». Esta característica, se ha dicho, los haría intrínsecamente diferentes de los derechos civiles o los derechos de libertad, que, en cambio, se garantizan de forma absoluta, independientemente de los recursos disponibles. En realidad, la evolución de la jurisprudencia constitucional en Italia ha demostrado que estos derechos no pueden depender únicamente de la disponibilidad económica del Estado, pues existen algunos niveles esenciales de prestaciones que deben ser garantizados a todos, en todo el territorio nacional, independientemente de las fases que atraviese la economía y del poder adquisitivo de la administración, en virtud del principio de la igualdad sustancial.

En todo caso, la experiencia de la reciente crisis fiscal ha demostrado que muchos gobiernos europeos han tratado de reducir las posibles tensiones sociales, destinando un nivel adecuado del gasto público a la protección social. Esta elección fue aún más evidente cuando la producción de un país se redujo por debajo de su nivel natural, debido a la incidencia de la recesión económica, como en el caso de Grecia, Italia, Portugal y España.

Sin embargo, es innegable que las limitaciones presupuestarias y las políticas de austeridad impuestas por la Unión Europea en los últimos años han obligado a algunos Estados, condicionados por una importante deuda pública, a tomar fuertes medidas para reducir el gasto público, lo cual condujo a una drástica reducción del nivel de protección de muchos derechos sociales.

La mayor parte de los servicios sociales en Europa se dirigen a ciertas categorías «débiles», como los niños, los ancianos y los discapacitados. A menudo los servicios ofrecidos por el sector público se conjugan con aquellos proporcionados por las asociaciones de voluntarios, organizaciones sin ánimo de lucro o estructuras privadas dirigidas a la satisfacción de los servicios públicos.

La progresiva des-territorialización ligada al fenómeno de la integración europea ha expuesto cada vez más los servicios sociales a la regulación económica de la UE: así, se ha generado el sometimiento de los servicios sociales, en particular de las formas de organización y de las actividades prestacionales, a la lógica de la competencia, con una correspondiente sustracción al enfoque local que, hasta ese entonces, había caracterizado la totalidad de la materia. Esto, además de una intervención directa del Tribunal de Justicia con respecto a estas actividades, ha dado lugar a una gradual expansión de los servicios sociales más allá de las fronteras nacionales, con la consiguiente carga, impuesta al Estado de origen, de justificar, en cada caso, su negativa a exportar una prestación social fuera de sus fronteras, mediante el sistema de reembolso.

En Italia, las políticas sociales han experimentado un período de crecimiento entre los años 70 y finales de los años 90: el crecimiento ha afectado a todas las áreas de intervención, desde la salud hasta la educación, pasando por las políticas de vivienda o las de naturaleza socio-asistencial. Únicamente el sector de seguridad social comenzó a mediados de los años 90, con la reforma Dini, una fase de contracción. Se pasó de otorgar beneficios esencialmente económicos, consistentes en la adjudicación directa de dinero a las personas que lo necesitaban, a la asistencia directa de estos individuos, a través de la provisión de prestaciones socio-asistenciales por parte de los poderes públicos. Sin embargo, la intención de sustraer al mercado la realización de las prestaciones sociales ha traído consigo un fuerte impacto en los presupuestos públicos, ya que la eficiencia de las administraciones públicas es a menudo inferior a la proporcionada por las empresas que compiten en mercado. En ese sentido, movidas por el fin de recuperar la eficiencia económica, las administraciones se han transformado progresivamente de centros de prestación directa a compradores y reguladores de los servicios prestados de forma indirecta a través de la celebración de contratos con y de la adjudicación de concesiones a sujetos privados.

Por otra parte, como se ha dicho, se ha progresado hacia un sistema de «acceso universal» a las prestaciones sociales, ya no limitado a los grupos desfavorecidos, debido al hecho de que los derechos sociales se consideran cada vez más como «derechos de la persona», y como tales pertenecen a cada individuo, independientemente de sus condiciones de vida.

En última instancia, los derechos sociales parecen haberse erigido actualmente en auténticos derechos de la persona, instrumentales y no contrapuestos a la realización de las libertades individuales. A través de la afirmación y la protección judicial de los derechos sociales se busca garantizar la efectiva realización del núcleo esencial de la dignidad humana, en un marco en el que la solidaridad y la libertad son valores complementarios. La introducción de mecanismos de protección social contribuye a aliviar las tensiones y conflictos que, desde siempre, han caracterizado las fases de las crisis económicas, las cuales se han convertido en sistémicas en el mundo contemporáneo.

En esencia, los derechos sociales que han surgido con el advenimiento del Estado de bienestar en todos los países europeos han ayudado a construir una sociedad mejor, más cohesionada y pacífica, donde las personas alcanzan su propia felicidad, viendo mejorar la felicidad de los demás.

## 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBANESE, A., *Il modello sociale italiano e la sua attuazione*, Ponencia al Doctorado de ciencias jurídicas, Università di Bologna, 19 de febrero de 2015;
- BÉLAND, D., LECOURS, A., *Nationalism and Social Policy. The Politics of Territorial Solidarity*, Oxford, Oxford University Press, 2008;
- BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, Turín, 1990, pág. 13;
- BARBERA, A.; COCOZZA, F.; CORSO, G., “Le situazioni soggettive”, en AMATO, G.; BARBERA, A., *Manuale di diritto pubblico*, il Mulino, Bologna, 1997;
- CALIFANO, L., “Relazione di sintesi al XXVIII Convegno dell'Associazione Italiana costituzionalisti: in tema di crisi economica e diritti fondamentali”, en *www.rivistaaic.it*, 4, 2013;
- CARUSO, G. M., “Diritti sociali, risorse e istituzioni: automatismi economici e determinismo político di un sistema complesso”, en *Federalismi.it*, 4, 2016.
- CORSO, G., “I diritti sociali nella Costituzione italiana”, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1975, pág. 755.
- DE BURCA, G. - DE WITTE, B. (coord.), *Social rights in Europe*, Oxford, 2005. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199287994.001.0001>.
- DRIGO, C., “La protezione dei diritti sociali attraverso il prisma della crisi. Riflessioni sul caso portoghese e spunti di comparazione con quello italiano”, en RAFFIOTTA, E. C.; PÉREZ MIRAS, A.; TERUEL LOZANO, G. (a cura di), *Desafíos del constitucionalismo ante la integración Europea*, Editum-Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Murcia, Murcia 2015;
- FOIS, S., “Analisi delle problematiche fondamentali dello «Stato sociale»”, en *Diritto e Società*, 1999, 163;
- GAMBINO, S. (coord.), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Giappichelli, Turín, 2015.
- GIANNINI, M. S., “Stato sociale: una nozione inutile”, en *Scritti in onore di C. Mortati*, I, Milán, 1977, 141.
- GIUBBONI, S., “I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza”, en *Diritto unione europea*, 2003, pág. 325;
- GIUBBONI, S., “Confini della solidarietà. Modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo”, *Politica del diritto*, XLII, núm. 3, 2011, pág. 400;
- GROSSI, P., *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Turín, 1991, pág. 274;
- IANNELLA, M., “La CGUE e la tutela dei diritti sociali nei Piani di Assistenza: limiti e prospettive”, en *Federalismi.it*, 3, 2018.
- KILPATRICK, C., “The EU and its sovereign debt programmes: The challenges of liminal legality”, *EUI Working Paper LAW*, núm. 14, 2017, págs. 1-2.
- PERFETTI, L., “I diritti sociali sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità”, en *Diritto pubblico*, 2, 2013, pág. 61 y ss.;
- PIÑAR MAÑAS, J. L. (coord.), *Crisis económica y crisis del Estado del bienestar. El papel del Derecho administrativo*, Reus, Madrid, 2013;
- POULOU, A., “Financial Assistance Conditionality and Human Rights Protection: What is the Role of the EU Charter of Fundamental Rights?”, en *Common Market Law Review*, núm. 54, 2017, págs. 992-996.
- RIMOLI, F., *Stato sociale*, en Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma, 2004, XX.
- SALAZAR, C., “Crisi económica e diritti fondamentali”, en *www.rivistaaic.it*, 4, 2013.
- SPADARO, A., “La crisi, i diritti sociali, le risposte dell'Europa”, en CARUSO, B.; FONTANA, G. (coord.), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto tra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, Il Mulino, 2015, pág. 17.
- SZYSZCZAK, E., “Europe isn't working in Europe: reform and modernisation of the European welfare state in the wake of the economic crisis”, en *Fordham Journal of International Law*, 2015, 38 (4). págs. 1.193-1.217.