

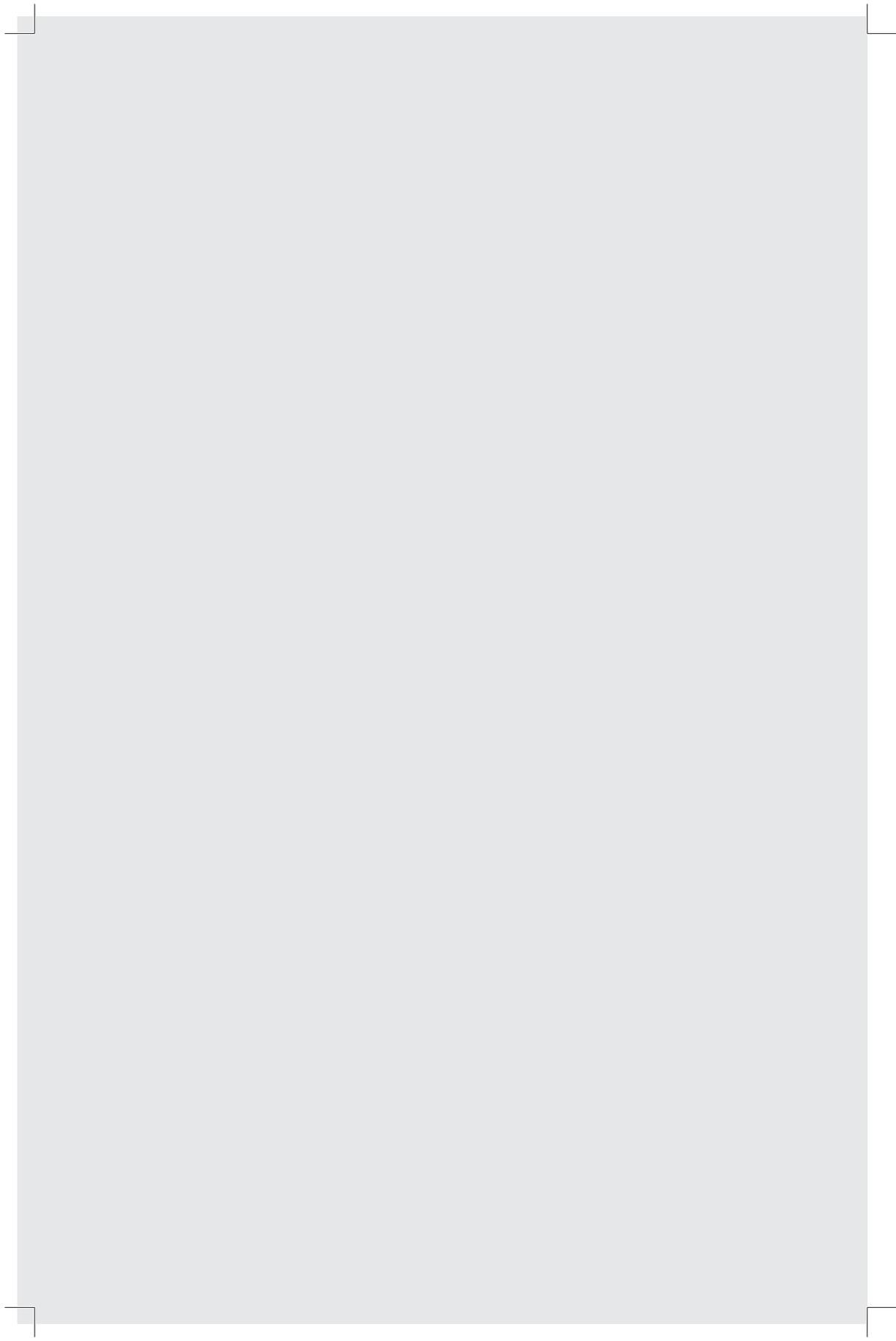
Esquemas constitucionales y legales: posibilidades de protección y limitación a la garantía de los derechos sociales por parte del Estado y de las regiones en situación de crisis económica: fines legislativos y jurisprudenciales de garantía de los derechos sociales¹

Elisabetta Catelani

SUMARIO

1. Introducción: objetivos de la investigación.
2. Nacimiento de los derechos sociales en Italia.
3. El papel de las regiones en la evolución de los derechos sociales: la reforma del título v de la Constitución entre competencias estatales y regionales.
4. Los estatutos regionales: formulación en los principios generales de los Estatutos de los objetivos de protección de los derechos sociales.
5. Protección de los derechos sociales por parte de las Regiones.
6. Protección de la salud: algunas cuestiones regionales.
7. La crisis económica y su impacto en la protección de los derechos sociales en un contexto europeo.
8. Conclusiones.
9. Bibliografía.

¹ Cuarta investigación conjunta Escuela Libre de Derecho de México-Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa.



I. INTRODUCCIÓN: OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Los análisis sobre los derechos fundamentales normalmente distinguen los derechos clásicos de libertad, que son reconocidos por el sistema y no implican una actividad positiva por parte del Estado, y los derechos sociales, que por el contrario requieren estructuras, actividades, costos para el Estado.

De hecho, sobre la base de una visión más general de la importancia económica de la actividad pública, ya se establece que asegurar cada derecho implica un costo (desde la creación de la policía, los tribunales y el sistema penitenciario para garantizar la libertad personal, creación de carreteras, ferrocarriles y aeropuertos para garantizar la libertad de movimiento) y una de las maneras para llegar a la llamada *revisión de los gastos* y reducir el costo del Estado, es también intervenir en la misma organización de la Administración Pública y sobre las formas mediante las cuales se garantizan los derechos civiles. Por supuesto, la manera más simple y más directa para reducir el gasto público es el de intervenir de una determinada manera en el conjunto de estructuras que protegen los derechos sociales y la reducción de su financiación puede determinar una reducción consecuencia de su reconocimiento.

El propósito de esta investigación es reconstruir las intervenciones estatales y regionales sobre la cuestión de los derechos sociales y, en particular, para determinar si, en una situación de crisis económica como la actual que ha durado más de ocho años, la protección de los derechos sociales haya sufrido una contracción en términos generales o en algunos sectores específicos. Esta investigación no puede prescindir, sino más bien debe primero tener en cuenta la posible diferenciación de protección resultante de la competencia legislativa y administrativa de las Regiones en relación con muchos de los derechos sociales. Diferenciación que, sin embargo, no podrá exceder aquellos que se definen niveles básicos de las prestaciones que, por el contrario, se deben asegurar de manera uniforme en todo el territorio del Estado.

Para este fin, es necesario recordar, al menos brevemente, como nacieron los derechos sociales en Italia y su reconocimiento en la Constitución (§1). Aunque el reconocimiento de los derechos sociales se presenta en la primera parte de la Constitución de 1948 (que se mantuvo sin cambios en casi todas las partes), la organización de las estructuras que garantizan su eficacia ha sido objeto de una enmienda constitucional introducida en 2001, que ha cambiado significativamente el papel del Estado en la protección de estos derechos, ampliando (o hasta confiando integralmente) la competencia de las Regiones sobre la cuestión (§2). De ahí la necesidad de aclarar que no existen niveles mínimos de prestaciones en términos de derechos sociales que el Estado debe garantizar, ya sea a través de una competencia legislativa exclusiva, que se le atribuye en la Constitución, ya sea a través de recursos económicos, que deben ser sostenibles, y que de todas formas deben estar garantizados a las Regiones. A esto hay que añadir que justamente esta parte de la Constitución es objeto de proyectos de reforma constitucional, que van a modificar y completar la actual distribución de competencias entre Estado y Regiones. La dirección que está emergiendo, de hecho, es hacia una nueva centralización de competencias en favor del Estado en muchas áreas, entre ellas sin duda las relativas a los derechos sociales. De ahí la utilidad, por un lado, de conocer con más detalle la experiencia extranjera para abordar mejor la evolución de la reforma actual, y por el otro de entender las razones de las propuestas para una nueva centralización de competencias en favor del Estado, con la consiguiente reducción de las competencias de las Regiones. En particular, se plantea la pregunta: ¿en qué medida el Estado debe proteger y hacer efectivos los derechos sociales y cuando deben intervenir las Regiones (en Italia), como también sucede en los Estados federados? (Alemania, México etc.) (§3).

Por tanto, es útil dirigir el análisis sobre la atención que las Regiones han mostrado por los derechos sociales en sus Estatutos, es decir sobre los instrumentos normativos que más y mejor permitan a la Región determinar sus metas y objetivos generales. La lista de estos objetivos no constituye un contenido obligatorio del Estatuto prescrito por la Constitución, y sin embargo, todas las regiones que hayan aprobado los nuevos Estatutos después de la reforma de 1999-2001, han considerado esencial mencionar estos objetivos con el fin de determinar de manera prioritaria las posibles opciones normativas de la Región.² Por supuesto, estas

² Esto no significa que luego la Región no pueda, en las diferentes legislaturas y con diferentes fuerzas políticas que puedan alternarse en el gobierno de la Región, cambiar los objetivos que se desean perseguir, pero en realidad y supuestamente elegirá los objetivos entre los enumerados en el mismo Estatuto (véase mejor lo que se explicará en el §4).

declaraciones de principios no pueden ser representativas de una voluntad política para lograr estos objetivos, por lo que luego se deberá verificar, al menos de forma general, cuál es la orientación normativa que las Regiones han adoptado (y si la han adoptado) con el fin de garantizar y proteger los derechos sociales. Ya se puede anticipar que la materia más ampliamente legislada es la del derecho a la salud, que sin duda representa el derecho social primario, que absorbe la mayor parte de los recursos financieros, de modo que los costos de atención de la salud constituyen el 80% del presupuesto regional. Pero esto no excluye tener en cuenta la protección de otros derechos sociales igualmente importantes, como los derechos que deben ser reconocidos para las personas mayores o las minorías. Estos sectores serán cada vez más un problema para Italia, que alcanzó una tasa de natalidad de 1,4%. Como muchos economistas han afirmado (Edward Hugh, Nico Voigtländer y Hans-Joachim Voth), uno de los problemas de la crisis económica en muchos países de Europa también está representado por el envejecimiento de la población y por la consiguiente reducción de la capacidad de trabajo, inversión y crecimiento de los Estados. Al mismo tiempo, sin embargo, los jóvenes, los «pocos jóvenes», deben proteger y garantizar los derechos de los ancianos en mayor medida de lo que se podía imaginar en 1948 cuando se aprobó la Constitución italiana (tanto que no prevé expresamente una protección directa de los derechos de los ancianos, a diferencia de lo que sucede con otras Constituciones). (§ 4-6).

La experiencia italiana, sin embargo, no puede separarse del contexto europeo, más aún después de la aprobación del Tratado de Lisboa³ que, por un lado, ha actualizado los objetivos y competencias de la Unión Europea y, por otro, ha dado pleno efecto a la llamada Carta de los Derechos Fundamentales, aprobada en Niza en 2000, pero sólo ahora implementada con el art. 6 TUE. En lo que respecta a la Unión Europea se presentan, en particular, dos problemas: 1) el aumento de las competencias europeas con el consiguiente control de la protección efectiva de los derechos sociales por parte de los Estados, 2) la necesidad de fomentar, incluso desde un punto de vista financiero, dicha eficacia, no tanto con sanciones, sino más bien con beneficios también económicos para los Estados, con el fin de hacer que tales derechos sean más fácilmente accesibles. La crisis económica, que constituye el «hilo rojo» de esta investigación, no ha facilitado el reconocimiento de estos derechos sino que los ha reducido sustancialmente. Por tanto es necesario preguntarse si y en qué medida esta reducción es admisible y

³ Tratado de la Unión Europea, firmado en Lisboa en 2007 que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 (TUE).

cuándo y cómo la Unión Europea puede intervenir en caso de falta de protección de estos derechos.

Además de la función y las competencias de la Unión, se debe recordar también la importancia y la influencia de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (denominado Tribunal de Estrasburgo), que, aunque no forme parte de la Unión Europea, el nuevo Tratado de Lisboa ha proporcionado la suscripción por parte de la UE a la Carta Europea de los Derechos Humanos (CEDH) y por lo tanto no se podrá prescindir de las decisiones de dicha Corte a la que se exige garantizar su eficacia y aplicación. (§ 7).

La reconstrucción racional del derecho constitucional y regional sobre el tema, junto al análisis de la jurisprudencia nos permitirá identificar los caminos en este momento de crisis deberían ser perseguidos para el equilibrio adecuado entre la protección de los derechos sociales y los compromisos financieros derivados de la obligación del equilibrio presupuestario impuesta a los países de la zona Euro.

2. NACIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES EN ITALIA

El tema de los derechos sociales es relativamente «nuevo» para el Derecho Público europeo. Tanto es así que, en Europa, la primera constitución que reconoció explícitamente los derechos sociales fue la Constitución de Weimar de 1919, en la que fue diseñado, más que creado, un modelo de Estado llamado «socialdemócrata», precedido, en el mundo, sólo por la Constitución mexicana de 1917.

Por tanto, el tema objeto de nuestra investigación es un objeto de estudio y, más que nada, un reconocimiento legal sólo desde hace un siglo.⁴

No en vano, la Constitución de la República Federal de Alemania (*Grundgesetz*) fue una de las primeras en definir el Estado como «Social»⁵ y en la misma línea

⁴ También las intervenciones de la Iglesia sobre el tema son, de hecho, bastante recientes, si se refiere en particular a las acciones formales que ha asumido. La primera encíclica que abordó el problema de una manera estructurada es la *Rerum Novarum* de León XIII del 15 de mayo de 1891. Luego se debe esperar el año 1967 (26 de marzo) para tener la encíclica más importante *Populorum Progressio* durante el pontificado de Pablo VI y, a menudo referida como «legislación de aplicación» (para usar un término legal, tal vez poco idóneo a una intervención papal) del Concilio Ecuménico Vaticano II, que había terminado el 8 de diciembre de 1965. En el vigésimo aniversario de la «*Populorum Progressio*» Juan Pablo II presentó la encíclica *Sollicitudo rei socialis*, donde se aborda el tema de los derechos sociales, teniendo en cuenta los problemas económicos que les subyacen. En el mismo pontificado se debe entonces citar también la encíclica *Centesimus Annus*, adoptada en el centésimo aniversario de la *Rerum Novarum* y, por último, durante el pontificado de Benedicto XVI también hay que recordar la encíclica *Caritas in Veritate*.

⁵ Caracterizar la forma de Estado como «Estado Social» ha determinado en Alemania una reflexión sobre las consecuencias y las implicaciones de dicha designación y sobre la estructura

también estuvo la Constitución española, que define a España como «Estado Social y de Derecho».

A diferencia de éstas, la Constitución italiana, que se puede definir como «inspirada» en los principios del Estado Social, pero sin duda no se define como tal, ni habla en sentido técnico de «derechos sociales» en la formulación de 1948⁶ y sólo con la reforma del título V en 2001 se introdujo el *nomen* «derecho social», justo donde se atribuye a la competencia exclusiva del Estado la determinación de los «niveles esenciales de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales que deben ser garantizados en todo el territorio nacional».

La ausencia en la formulación de 1948 de una referencia al Estado social o a los derechos sociales no excluye que la Constitución italiana siempre haya reconocido y protegido los derechos sociales, en primer lugar gracias a las dos reglas generales relativas a la protección de los derechos representados por el art. 2 y el art. 3 de la Constitución. Al «reconocer» los derechos inviolables del hombre (art. 2) la Constitución se coloca en una posición secundaria, y, por decirlo así, de subordinación con respecto a los derechos pre-existentes e inherentes a la existencia misma del hombre «como un individuo y en grupos sociales» y en el art. 3, párrafo 2, mediante la introducción del principio de igualdad sustancial, plantea las bases fundamentales de todo derecho social, es decir, la necesidad de proteger la igualdad de los «puntos de partida».

El reconocimiento de los derechos sociales se encuentra en detalle en la sección II de la primera parte de la Constitución («relaciones ético-sociales»), donde se garantizan los derechos de la familia, de los hijos, de la infancia y la juventud (art. 29-30), el derecho a la asistencia sanitaria, al menos para los indigentes (art. 32); el derecho a la educación (art. 34); asimismo en la sección III el reconocimiento del derecho de los trabajadores a salarios justos, descanso semanal y vacaciones anuales (art. 36); los derechos de las trabajadoras y del trabajo infantil (art. 37); la asistencia y la seguridad social (art. 38).

Por otro lado, no se puede señalar que la posición constitucional de tales derechos en una sección posterior a la que contiene los derechos de libertad clásicos es sin duda significativa e indicativa de una preeminencia sustancial de aquellos, con respecto a los derechos sociales, como si el Estado de Derecho prevaleciera

misma de los derechos sociales. W. SCHMIDT, *I diritti fondamentali sociali nella repubblica federale tedesca*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 784 e E. EICHENHOFER, *Costituzione e diritto sociale*, in *Dir. Pubblico*, 1997, 459.

⁶ De hecho, se habla de dignidad social, relaciones sociales, función social y utilidad social de la propiedad, de asistencia social, pero no específicamente de derechos sociales.

sobre el Estado Social. De hecho, la doctrina italiana, desde hace algún tiempo, comparte la opinión de que no hay ninguna contradicción entre los dos términos, sino más bien el reconocimiento de la libertad (asunción del imperio de la ley) tiene su propia base y fundamento en la igualdad (Estado Social).⁷ Esto no excluye que el reconocimiento de los derechos a la libertad desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el posterior nacimiento del concepto del Estado de Derecho, haya asignado a los derechos de libertad una posición privilegiada en relación con los derechos sociales, que luego fueron considerados como derechos «menores».⁸

Esto se ve confirmado por el hecho de que las primeras acciones públicas para la protección de los derechos sociales operaban en favor de categorías bien definidas de sujetos a los cuales se reconocía una ayuda y una intervención sólo porque eran parte de esas categorías específicas: indigentes, situaciones de necesidad, ciudadanos que no pueden trabajar y que carecen de los medios para vivir (art. 38 de la Constitución) y por tanto no como «individuo» en general.

Por otro lado, es muy reciente la reconstrucción de la doctrina sobre el reconocimiento de la «igual dignidad» de los derechos sociales en relación con los derechos de libertad y la teoría de la base de los derechos sociales como una síntesis entre libertad e igualdad.⁹ El valor de la persona y sus derechos establecidos y enunciados en los artículos 2 y 3, párrafo 1 de la Constitución preceden, pero están estrechamente relacionados con los modelos pluralistas y solidarios, con el fin de poder afirmar que los derechos sociales son un instrumento de igualdad, pero al mismo tiempo un medio para aplicar las libertades fundamentales y la herramienta de garantía de la dignidad de la persona.

Esto ha dado lugar a la superación de la idea de que el reconocimiento constitucional de la protección de los derechos sociales sólo tendría sentido si va acompañado por una legislación que permitiera su aplicabilidad efectiva. Es decir que se consideró simplificadora la distinción entre las normas constitucionales que protegen los derechos de libertades consideradas de inmediato prescriptivas (y, en cualquier caso implican sobre todo un comportamiento de *non-facere* por parte del Estado), con respecto a aquellas normas que protegen los derechos sociales que imponen y requieren un comportamiento activo del Estado o de los sujetos delegados para ello.

⁷ M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lo spirito del diritto sociale nelle costituzioni e nelle leggi della Francia rivoluzionaria*, in *Arch. Giur. F. Serafini*, vol. CXLVII, 1954.

⁸ Cfr. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, vol. II, Cedam, Padova, 1995, p. 103.

⁹ A. BALDASSARRE, *voce Diritti sociali*, en *Enc. Giur.*, vol. XI, Roma 1989, p. 6 ss.

En realidad, no todos los derechos sociales pueden ser igualados en cuanto a su protección, por lo que se destacaron como «incondicionales», que no plantean problemas particulares en cuanto a su disfrute y que pueden ser invocados directamente por los beneficiarios, por parte de aquellos que en cambio presuponen «la subsistencia de estructuras organizadoras esenciales para proporcionar prestaciones garantizadas o para el cumplimiento de las conductas de las cuales consta el contenido del derecho considerado».¹⁰ Pero en cualquier caso, ambos son derechos constitucionales inviolables, inalienables, irrenunciables, indisponibles.

Con los años, a través de una interpretación evolutiva de la Constitución, los derechos sociales se expandieron gradualmente, dando lugar a los que se pueden considerar como «nuevos» derechos sociales, inferibles y derivables de las normas constitucionales y que en 1948 no parecían tan obvios, tales como el derecho al medio ambiente (*ex* art. 9, párrafo 2 de la Constitución), el derecho a la vivienda (artículos 42, párrafo 2, 47 párrafo 2 de la Constitución), los derechos de los ancianos (implícitos en muchas de las disposiciones constitucionales, pero no designados como tales),¹¹ los derechos de los inmigrantes (*ex* artículos 2 y 10 de la Constitución) y más en general, el derecho a la igualdad de oportunidades para todos los sujetos vulnerables¹². Además de estos, sin embargo, los estatutos regionales y una parte de la doctrina atribuyen valor social también a otras situaciones que las propias Regiones sin duda pueden proteger, pero que ciertamente no pueden configurarse como derechos sociales en el sentido estricto, es decir garantizados por la Constitución, como el reconocimiento del derecho al deporte, los derechos de los animales, los derechos del consumidor y así sucesivamente.

Por ello, nuestro objetivo es verificar los criterios para la asignación de competencias entre Estado y Regiones en el ámbito de los derechos sociales, cómo las Regiones han ejercido sus poderes, tanto en el ejercicio de su autonomía legal como legislativa y, finalmente, tratar de entender cuáles son las limitaciones y ventajas de una intervención local, inevitablemente diferenciada, sobre la protección efectiva de estos derechos, y por último, cuáles son las razones que justifican las propuestas de reforma a nivel constitucional sobre la asignación de competencias.

¹⁰ A. BALDASSARRE, *cit.*, p. 31.

¹¹ La organización de la familia en 1948 era tal que no se especulaba con problemas de gestión del anciano o de la protección de derechos distintos de los de cualquier otro individuo.

¹² Como se verá mejor en el análisis de los Estatutos regionales se consideran dignos de una intervención positiva de la Región sujetos que se encuentran en situaciones personales muy distantes unos de otros, para los cuales se necesita una intervención positiva (acciones positivas) de parte de sujetos públicos: discapacitados, homosexuales, drogadictos, y por supuesto las mujeres, situación de hecho directamente protegida por los artículos 37, 51 y ahora 117, párrafo 7 de la Constitución.

3. EL PAPEL DE LAS REGIONES EN LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES: LA REFORMA DE LA SECCIÓN V DE LA CONSTITUCIÓN ENTRE COMPETENCIAS ESTATALES Y REGIONALES

A pesar del contenido constitucional, la garantía real de los derechos sociales se ha llevado a cabo en pequeños pasos y con una gran diferenciación entre los diferentes tipos,¹³ ya sea por la historia que cada uno de ellos tenía, o por las formas de protección que se habían realizado en el tiempo, o también porque algunas de las competencias han sido transferidos gradualmente a nivel local (y en algunos casos siempre se han garantizado sólo a través de estructuras descentralizadas).

En las Regiones se ha comenzado a hablar sobre el tema de los derechos sociales, en parte con la formulación de los primeros Estatutos regionales en los años 70, pero en particular con los decretos de transferencia de 1977 (Decreto Legislativo n.º 616 de 1977) donde se hacía referencia a las competencias regionales en el campo de la caridad pública, asistencia escolar, policía urbana y rural, atención sanitaria y hospitalaria, educación artesanal y profesional. Se trataba, sin embargo, de una competencia aún reducida y una tendencia hacia la centralización de los poderes administrativos en el Estado, ya que se creía generalmente que una centralización de los poderes permitía lograr más fácilmente la protección efectiva de esos derechos, y un *estándar* uniforme, desde un punto de vista territorial, de la satisfacción de las necesidades sociales de todos los ciudadanos.

Las reformas de los años 90 (véase la reforma sanitaria introducida por la ley 421/1992; ley 285/1997 «Disposiciones para la promoción de los derechos y oportunidades de los niños y adolescentes», los decretos de transferencia de las funciones administrativas, y, finalmente, la última ley marco sobre servicios sociales no. 328/2000) han cambiado radicalmente las competencias y las formas de protección de varios derechos sociales, a fin de permitir hablar de «regionalización del bienestar social».¹⁴

Una posterior y más radical transformación ha tenido lugar después de la reforma constitucional de 2001 (primera y, hasta ahora, única grande reforma constitucional introducida en Italia desde 1948)¹⁵ que, al distribuir las competencias

¹³ A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 76 ss.

¹⁴ P. CARROZZA, *Il welfare regionale tra uniformità e differenziazione: la salute delle regioni*, en E. Catelani-E. Cheli (a cura di), *I principi negli Statuti regionali*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 26.

¹⁵ Cabe recordar que en Italia sólo se aprobaron 38 leyes constitucionales desde 1948, incluyendo 15 rectificativas de normas de la Constitución, 14 para aprobar o modificar los Estatutos de regiones especiales y sólo 9 leyes constitucionales de otros contenidos.

entre Estado y Regiones confirmó y reiteró la tendencia que surgió en la legislación de los años 90 para reducir la intervención estatal en la vida social y reservó a la competencia exclusiva del Estado sólo determinar los «niveles esenciales de prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales» (letra m), las normas generales sobre la educación (letra n) y la seguridad social (letra o), mientras que todos los demás derechos sociales fueron asignados a la competencia complementaria o residual de las Regiones.¹⁶

Por otra parte no se puede decir que las Regiones hayan adoptado una actitud de autocontrol o por lo menos de desapego de estas áreas, sino que más bien han percibido la intervención en estos asuntos como algo innato a sus funciones y a la necesidad de que las intervenciones posteriores se realicen mediante las instituciones más cercanas al beneficiario de las prestaciones sociales.

La asignación de competencias normativas a las Regiones en asuntos sociales determina, sin embargo, una serie de consecuencias ineludibles: primero, se acepta, en general, la hipótesis de una diferenciación de la disciplina a nivel regional, que se abandone, es decir, el principio de uniformidad de tratamiento y que se conjeture una diferenciación, tanto desde el punto de vista de la organización y el procedimiento,¹⁷ como con respecto a los objetivos que se pueden lograr.

En segundo lugar, hay que señalar que la atribución a la competencia residual de las Regiones para legislar en ciertas áreas (tales como los servicios sociales) modifica de manera significativa la posibilidad y las formas de disciplina de la materia, ya que da lugar a la no aplicabilidad del límite de los principios generales contenidos en la legislación estatal sobre el tema, por lo que el único límite se debe buscar dentro del sistema delineado por las normas constitucionales. Esto no descarta que, a fin de garantizar «requisitos uniformes», estos asuntos no interfieran

¹⁶ Esta diferenciación entre temas de competencia exclusiva del Estado y asuntos de competencia complementaria establecidos en la Constitución es una característica de Italia (Estado regional) y de otros países europeos también federales, como Alemania (arts. 73 y 74 Ley Fundamental). El modelo español es en parte diferente: en España no es la Constitución la que determina la asignación de competencias legislativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sino que son estas últimas las que, a través de sus respectivos estatutos de autonomía, asumen las competencias que ambicionan y, así, marcan bien el alcance de la potestad reglamentaria del Estado, a excepción de un núcleo intangible garantizado por la Constitución (art. 148 y 149 C.E.). La forma de estado a nivel territorial es, por lo tanto, el resultado global de la combinación de las disposiciones contenidas en la Constitución y en cada uno de los Estatutos de Autonomía.

¹⁷ E. BALBONI, *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'eguaglianza? Evoluzione dei diritti sociali, sussidiarietà e società del benessere*, en P. Bianchi (a cura di), *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatori e Corte costituzionale*, Plus, Pisa, 2006, p. 227.

luego con las normas del Estado en áreas relacionadas (Tribunal Constitucional, sent. n.º 124 de 2009).

En ambos casos sólo hay un vínculo que no puede ser superado, es decir el nivel esencial de la prestación, que es el único límite constitucional introducido por la reforma de la Sección V

El art. 117, párrafo 2, letra *m*) de la Constitución establece que se encomienda a la competencia exclusiva del Estado la «*determinación de los niveles básico de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales que debe ser garantizados en todo el territorio nacional*». La interpretación de la extensión de esta norma y de los efectos resultantes no son fáciles de resolver, tanto por el número de intervenciones por parte del Tribunal Constitucional, que intervino en algunas áreas, pero cuyas pronunciaciones se utilizan y re-interpretan en relación con otros derechos sociales, tanto a causa de los retrasos en la determinación del estado, por ley, de los niveles básicos de las prestaciones en ciertas áreas (por ejemplo, aún no se han determinado los niveles básicos de la asistencia social, denominada LIVEAS).

La interpretación de la eficacia y las consecuencias normativas que resulten de esta disposición han de tomarse, entonces, a través de una serie de sentencias del Tribunal Constitucional adoptadas en relación con el campo de la salud, en las que se declaró que la competencia estatal en la determinación de los niveles básicos es de tipo «transversal», que es una «materia/ no-materia», o mejor, que es una competencia del legislador estatal idónea para afrontar todos los temas, respecto de los cuales el mismo legislador debe ser capaz de aplicar las normas necesarias para garantizar que todos, en todo el país, gocen de las prestaciones garantizadas, sin que la legislación regional puede restringirlas o condicionarlas («sent. no. 282/2002). Sin dejar de respetar la diversidad territorial, el Estado debe garantizar la igualdad sustancial que encomienda al Estado el deber de actuar con políticas positivas que permitan el pleno desarrollo de la persona humana y el ejercicio efectivo de los derechos.

Sin embargo, se ha cuestionado en el pasado si estos niveles de garantía, necesarios para asegurar condiciones de vida iguales en todo el país, podrían ser considerados satisfechos con los niveles de logro de niveles «mínimos» o si era necesario hacer referencia a un nivel más alto y si para determinarlos también pudieran participar también las Regiones a través de un proceso de consulta. En este aspecto, el Tribunal Constitucional ha dejado claro en lo que respecta a la cuestión de la salud (pero se puede extender a otros sectores) que para la determinación de los niveles básicos es necesaria una intervención legislativa del Estado, que debe «establecer procedimientos apropiados y acciones formales

precisas para proceder a las especificaciones y otras articulaciones que puedan ser necesarias en diversos sectores» (sent. 88/2003). Por tanto, será deber del Estado junto con las Regiones también revisar gradualmente los niveles básicos teniendo en cuenta las necesidades cambiantes de los ciudadanos, la innovación científica y tecnológica, los nuevos y diferentes recursos financieros que pueden tener un efecto positivo o negativo sobre dicha determinación, pero nunca tanto como para hacer que la ley sea irrazonable.

Incluso antes de lidiar con los problemas que presenta este marco constitucional y sobre todo aquellos derivados de la diferencia de trato de los ciudadanos que determina la ley regional de autonomía, por lo menos se debe mencionar cuales son las propuestas de enmienda constitucional que durante esta legislatura se han propuesto y ahora están en fase de discusión.

El proyecto de ley constitucional, ahora aprobado en la primera lectura del Senado (8 de agosto de 2014) y luego enviado a la Cámara, prevé una transformación de los criterios para la distribución de competencias entre el Estado y las Regiones, y en particular, se espera una centralización de poderes en favor del Estado y la posterior reducción del papel de las Regiones. Es probable, de hecho, que haya una extensión de las competencias exclusivas del Estado en lo que respecta a las cuestiones de interés general. En particular, en relación directa con nuestro tema, se desea asignar a la competencia exclusiva del Estado también la fijación de las «disposiciones generales y comunes» para la protección de la salud, la seguridad alimentaria y la protección y seguridad en el trabajo (letra *m* del párrafo 2 del nuevo art. 117 C.), sobre la educación (escolástica, universitaria e investigación científica y tecnológica: letra *n*), la seguridad social en general (letra *o*), medio ambiente y ecosistema (letra *s*).

Se trata de una terminología, la cual que promete ser reformada, en realidad no del todo clara y por lo tanto susceptible a una variedad de interpretaciones, ya que no está claro cuál debe ser el alcance de las disposiciones generales y comunes, es decir si debe ser igualado a las leyes marco actuales o en cambio superar esta determinación.¹⁸

¹⁸ Hay que tener en cuenta que la terminología utilizada es variada en relación con los temas, porque a veces se habla de «normas de procedimiento», en otras de «disposiciones de principio», y en las demás, al igual que en el caso de las «disposiciones generales y comunes». Si se mantuviera en el texto final esta variedad de terminología utilizada, podría ser el papel del Tribunal Constitucional el de determinar los límites de la intervención estatal o uniformar su alcance, como sería deseable, es decir distinguiendo según el tipo de competencia. Si el Tribunal mantuviera los criterios interpretativos utilizados en la interpretación de la reforma del 199/2001 no sería difícil

Si el texto se mantiene sin cambios, corresponderá en cambio a las Regiones la competencia legislativa en cuanto a la planificación y organización de los servicios sanitarios y sociales; de educación y formación profesional, de promoción del derecho a la educación, incluida la universitaria; de la promoción de los bienes medio ambientales, culturales y paisajísticos, en la medida del interés regional.

A pesar de que las normas detalladas sobre la asignación de competencias estatales y regionales, el proyecto de reforma inserta la denominada «cláusula de salvaguardia» a favor del Estado, lo que resulta en la capacidad de reclamar para sí, a partir de la propuesta del Gobierno, todas las materias, incluyendo aquellas no asignadas a su jurisdicción «cuando sea necesario para la protección de la unidad jurídica o económica de la República» es decir, se introduce un muy amplio poder que incluso la Corte tendrá dificultades para delimitar a nivel de jurisprudencia, ya que podría interferir con la política de discreción y la dirección política del poder legislativo. Esto no significa, sin embargo, que se puede suponer en un futuro la atracción a la competencia estatal de una disciplina general y más amplia en ámbito de derechos sociales, dado que una legislación común luego impone al Estado encontrar los recursos para financiar sus actividades, pero tal vez una mayor uniformidad de protección y garantía de los derechos sociales podría ser deseable.

4. LOS ESTATUTOS REGIONALES: FORMULACIÓN EN LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LOS ESTATUTOS DE LOS OBJETIVOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Las perspectivas de una reforma constitucional no excluyen, sin embargo, que con el fin de entender los objetivos políticos que surgen en Italia en términos de derechos sociales, deba referirse primero a la legislación regional: a los Estatutos en primer lugar y a las leyes regionales de implementación, en segundo.

El art. 123 de la Constitución establece (y no debería ser reformado) que «*cada Región tiene un estatuto que, de conformidad con la Constitución, determina la forma de gobierno y los principios fundamentales de organización y funcionamiento. El estatuto regulará el ejercicio del derecho de iniciativa y referéndum sobre leyes y medidas administrativas de la Región y la publicación de las leyes y reglamentos regionales*». ¹⁹ El art. 123 luego identifica lo que podría definirse el contenido de-

imaginar una equivalencia de las diversas terminologías utilizadas en la legislación vigente de principio.

¹⁹ Por tanto, el estatuto regional es la norma fundamental de organización de la región que se plantea también desde el punto de vista de la jerarquía de las fuentes en una posición de primacía

nominado «obligatorio» del estatuto, a saber, el que no puede faltar, pero eso no quiere decir que, de hecho, las regiones hayan regulado con una herramienta de este tipo una serie de otros perfiles denominados «no necesarios» y de todas formas accesorios que pueden completar el contenido. Para todas las regiones, la nueva temporada de estatutos ha sido una oportunidad para enriquecer y mejorar las normas de principio que ya estaban presentes en los Estatutos aprobados en los años 70.

Esto ha determinado una especial atención por parte de las regiones hacia una pluralidad de «sectores» y/o de derechos sobre todo de carácter social, a veces confirmando y reafirmando las normas constitucionales, en otros casos mediante objetivos de protección de intereses que han surgido con el tiempo y están protegidos a través de una interpretación evolutiva de la Constitución.

Además de las declaraciones generales relativas a la protección del trabajo, la salud, el medio ambiente, la familia, la maternidad y la infancia, la región tiene como objetivos a alcanzar, la protección de los derechos de los niños, los adolescentes, los ancianos, los discapacitados, el goce de los derechos sociales de los inmigrantes (Abruzo), de los extranjeros y los refugiados apátridas refugiados (Emilia-Romaña), de acuerdo con los principios del pluralismo cultural, el respeto mutuo y la inclusión social» (Toscana, art. 4 letra t. O, de nuevo, nos referimos a lo que hemos llamado «nuevos derechos» (cfr. § 1), es decir que las regiones tienen como objetivo la protección o promoción de posiciones jurídicas subjetivas previamente no tratadas a ese nivel (a veces ni siquiera a nivel constitucional), pero que se consideran dignos de protección equiparables a aquellos específicamente contemplados en la Constitución. En particular, se hace referencia a la protección de los consumidores (Estatuto Emilia-Romaña, Lombardía, Lacio, Marcas, Piamonte y Umbría), el derecho al deporte (Emilia-Romaña, Lacio, Marcas, Apulia y Umbría) derechos de los animales (Piamonte) y el reconocimiento de la seguridad y la educación nutricional como objetivo regional (Emilia-Romaña, Marcas, Piamonte, Apulia), la promoción del pluralismo de la información (Piamonte y Toscana), el desarrollo de nuevas tecnologías, protección de los niños, adolescentes y mayores (Abruzo, Lacio, Apulia, Piamonte, Marcas), en apoyo de la cultura, el arte, la música, potenciando el papel de los residentes extranjeros (Emilia-Romaña, Toscana) y, finalmente, a la adopción de políticas para dar valor a la meritocracia (Campania).

en relación con la legislación regional que debe respetar no sólo el derecho constitucional, sino los principios y reglas del Estatuto.

Se sitúan, en otras palabras, en el mismo nivel de derechos constitucionalmente garantizados y encomendados a la competencia complementaria o propia de las regiones, junto con posiciones jurídicas subjetivas, sin duda dignas de protección, pero con diferentes formas y con garantías que no siempre pueden ser reconocidas oficialmente. Tanto es así que algunos estatutos debidamente distinguen, incluso desde un punto de vista terminológico, la necesidad de proteger los derechos a la salud, con respecto a la capacidad de asegurar «un sistema eficaz de protección social» (art. 2 Liguria), es decir «se protege el medio ambiente» y al mismo tiempo «se preservan los recursos naturales», «se protege la biodiversidad» «se promueve el respeto por los animales» (art. 2 Lombardía).²⁰

Aún más especiales son aquellos estatutos que, además de la protección de la familia, al mismo tiempo, reconocen «otras formas de convivencia» (Art. 4 Toscana y Art. 9 Umbría), mientras que otras regiones (Lacio), por otro lado, limitan la protección a la familia fundada en el matrimonio, inevitablemente poniendo en evidencia los diferentes factores políticos y culturales que subyacen a la elaboración del estatuto.

Justamente la formulación un poco «extravagante» de algunos estatutos llevó a la intervención del Tribunal Constitucional sobre la eficacia y el valor de estas normas de principio.

En primer lugar se debe comenzar diciendo que después de la reforma de la Sección V, durante la redacción de los Estatutos, no había habido mucho debate en cuanto a la legalidad, así como la oportunidad de contener un catálogo de principios y derechos en los estatutos ordinarios, tanto que una parte de la doctrina²¹ había considerado como innecesario, inadecuado y, en cualquier caso, valorable sólo en un plano cultural la inclusión en el estatuto de la protección de los derechos individuales.

El problema que se ponía de relieve y que aún permanece es el hecho de que la disposición para la protección de los derechos es constitucional, que los Estatutos pueden limitarse a repetir, pero que ciertamente no pueden reducir o incluso ampliar. De hecho, de la extensión de un derecho se deriva casi siempre la comprensión de otro, colocado en una posición contraria y opuesta (al derecho al aborto se opone el derecho del no nacido, al derecho a la vivienda se opone al derecho a la

²⁰ También el art. 5 de los Estatutos de las Marcas se refiere a la necesidad de promover «la cultura del respeto a los animales, estableciendo el principio de una convivencia correcta con los seres humanos».

²¹ P.CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, en *Le Regioni*, 2005, 27 ss.

propiedad, etc.) y por lo tanto es deber del Estado y, posiblemente, del Tribunal Constitucional para determinar los márgenes de la extensión de una nueva ley, teniendo en cuenta los perfiles de razonabilidad y equilibrio de los derechos.

Si por un lado, su posición al comienzo del Estatuto y el hecho de que no es un contenido obligatorio ha permitido a una parte de la doctrina describir estas normas como programáticas, que requieren una acción legislativa posterior para que puedan explicitar su eficacia, por otro lado se encontró que en todos los casos estas declaraciones de principios son significativas y comprometen la dirección política de la región.

El Tribunal Constitucional, de hecho, en una serie de sentencias, ha demostrado que se trata de declaraciones a las que «no puede reconocerse ningún efecto jurídico», pero que se sitúan «en el nivel de expresión de las creencias de las distintas sensibilidades políticas en el comunidad regional en el momento de la aprobación del Estatuto».²² Se trata de declaraciones extremadamente rigurosas que han planteado dudas en la doctrina y que, en cualquier caso, no indujeron a las regiones, que han aprobado sus estatutos en una fecha posterior a las distintas intervenciones del Tribunal Constitucional, a limitarse en la formulación de dichas normas de principio, pero que de hecho han reafirmado y confirmado la utilidad de una indicación de los objetivos generales y de los principios que rigen la región. De modo que si se desea asignar un valor a estas disposiciones que no sea meramente de naturaleza político-cultural, se podría distinguir, dentro del contenido del estatuto, las normas que tienen un valor prescriptivo de las que, por su naturaleza, no lo tienen. Me explico: con esto no se desea reafirmar la distinción entre el carácter programático y preceptivo de las normas que la misma Constitución ha excluido también con respecto a las normas estatutarias de las regiones, pero no se puede negar que hay una formulación diferente dentro del contenido estatutario y que esta diferencia se podría inferir un valor y eficacia diferentes. Los métodos de formulación y los propósitos del legislador estatutario vinculados a las normas pueden entonces permitir una diferenciación de efectividad.

Los derechos sociales (de hecho, también llamados «derechos a la prestación») permiten un marco también estatutario que especifique y permita una intervención útil y diferente de las regiones individuales, pero siempre es necesario que la diferenciación sea compatible con la garantía unitaria del derecho y por tanto depende de cómo y dónde se coloca «el travesaño» de los «niveles básicos» y si

²² Principio afirmado por el Tribunal Constitucional en su sentencia no. 40 de 1972 y luego reafirmada en la sent. no. 2 de 2004 y, finalmente, con claridad y precisión en la sent. no.72 (Estatuto de la Toscana); 378 (Estatuto Umbría) y 379 (Estatuto de Emilia-Romaña) de 2004.

estos niveles están regulados por la ley. Si el nivel mínimo establecido por la ley estatal, que impone una intervención económica significativa de la región, aún a través de los fondos estatales, es particularmente alto, se reconoce poco espacio a la región para diferenciar la aplicación y protección, por lo que las previsiones de la Región para asegurar niveles «más altos» se reduce significativamente.

Un aspecto que definitivamente vale la pena mencionar es el hecho de que en los Estatutos no se hace referencia a la necesidad de garantizar el nivel básico de prestaciones, ya que se trataría de una declaración inútil, *ad abundantiam*, porque ya prevista en caso de norma constitucional.

Parece extraño, sin embargo, que en esas áreas, que están precisamente relacionados con los aspectos sociales sobre los cuales ponen mayor atención los estatutos, por un lado sea larga la lista de objetivos sociales que la región establece (a pesar de la falta de necesidad de una disposición en el Estatuto), por el otro carece, en cambio, de una referencia a esa actividad de cooperación con el Estado para la aplicación de los niveles mínimos básicos de los distintos servicios públicos encomendados a la competencia regional.

5. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES POR PARTE DE LAS REGIONES

Habiendo constatado que todas las regiones tienden a proteger los derechos sociales a través de los principios generales, ahora es necesario identificar, en general, cuáles son las áreas en las que las regiones han tenido lugar para poner en práctica esos principios contenidos en los estatutos y cuáles son las líneas de intervención regional en sus respectivos campos.

El derecho invocado en todos los estatutos y regulado en muchas leyes de aplicación es sin duda el derecho a la salud, cuya protección desde siempre se encomienda a la competencia complementaria de las regiones y de hecho la reforma de la Sección V extendió la autonomía con respecto a los perfiles organizacionales confiados exclusivamente a las regiones.²³

La acción de cumplimiento de las Regiones sobre el tema del cuidado de la salud, por tanto, se extiende desde la regulación del servicio sanitario regional (con las consiguientes normas para la autorización y acreditación de las estructuras de

²³ En el proyecto de reforma constitucional, como se ha especificado con más detalle en el § 3, se prevé que, en concreto, corresponda a las regiones la competencia legislativa en términos de «planificación y organización de los servicios sanitarios y sociales», vinculando estrechamente el perfil puramente sanitario con el perfil social y por tanto de atención, que la región debe tomar en cuenta. En la base de la ley de salud se ubica no sólo y no tanto la salud, como la salud como un concepto más amplio, que incluye también los aspectos de bienestar.

salud pública y privada que se encargan de prestar servicios de salud al público sólo después de un reconocimiento formal de la adecuación de las instalaciones y la organización a los objetivos establecidos), a la provisión de directrices para la preparación de planes de salud, hasta aspectos mucho más específicos, tales como la constitución de una garantía para la salud (Calabria ley no. 22/2008). El tema de la salud, más que cualquier otro, requiere un análisis detallado de los problemas relacionados con la diversidad de la protección del derecho previsto en las diferentes regiones, debido a una gran brecha en la organización del servicio regional de salud y al que volveremos más adelante. Cabe destacar, sin embargo, a partir de ahora, que la legislación estatal que estableció los niveles esenciales en materia de salud, y la jurisprudencia constitucional tienden a la aplicación efectiva de la universalidad de la protección de este derecho fundamental.²⁴

²⁴ El Tribunal Constitucional ha subrayado en repetidas ocasiones la necesidad de una protección universal, no sólo en beneficio de los ciudadanos, sino también para todos los extranjeros (incluso ilegales) porque es «un núcleo irreductible del derecho a la salud como un área inviolable de la dignidad humana, la cual requiere evitar la creación de situaciones sin protección, que puedan, de hecho, poner en peligro la aplicación de ese derecho» (Tribunal Constitucional sent. núm. 269 de 2010). El Consejo de Estado había intervenido para juzgar la constitucionalidad de la ley regional toscana en cuanto a los derechos de salud de los extranjeros (ley de la Región Toscana 9 de junio de 2009, núm. 29 *Reglas para la acogida, la integración participativa y la protección de los ciudadanos extranjeros en la Región de Toscana*), y afirmó que hay «un núcleo irreductible del derecho a la salud protegida por la Constitución como ámbito inviolable de la dignidad humana, que exige que se impida la creación de situaciones sin protección, lo que puede, de hecho, poner en peligro la aplicación de la ley». Por consiguiente, este último deberá ser reconocido, «incluso a los extranjeros, independientemente de su posición en relación con las normas que regulan la entrada y residencia en el estado, aun cuando el poder legislativo pudiera proporcionar diferentes modos de ejercicio del mismo» (sentencia núm. 252 de 2001). La legislatura estatal, con el Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, ha adoptado este enfoque, estableciendo, especialmente en el art. 35, párrafo 3, que «a los extranjeros presentes en el país, que no cumplan con las normas de entrada y residencia, se les asegure en los establecimientos públicos acreditados, la atención ambulatoria y hospitalaria urgente o esencial, o incluso continuada, para enfermedades y lesiones, y los programas de medicina preventiva se extienden para proteger la salud individual y colectiva», asegurando también la protección social del embarazo y la maternidad, con igualdad de trato que las ciudadanas italianas, la protección de la salud del niño, la vacunas, la medidas preventivas internacionales, la profilaxis, el diagnóstico y el tratamiento de las enfermedades infecciosas y, posiblemente, remediación de los brotes relacionados.

En este contexto se posiciona la norma regional censurada, que, en la aplicación de los principios básicos establecidos por la legislatura estatal en el campo de la protección de la salud, asegura incluso a los extranjeros ilegales las prestaciones básicas de atención de la salud y asistencia para garantizar el derecho a la salud, en el ejercicio de sus competencias legislativas, en plena conformidad con las disposiciones de la legislatura estatal en materia de entrada y residencia de extranjeros en Italia, también con respecto a los extranjeros de vivienda residentes sin una entrada válida».

Una atención no tan grande se puede encontrar en cambio en los estatutos regionales en el establecimiento de metas de bienestar social, que se citan sólo genéricamente y en su mayor parte sólo cuando se refiere a la aplicación de los principios de subsidiariedad horizontal, más que como principios generales. A veces los estatutos circunscriben su intervención sólo para personas «en condiciones de discapacidad», o ponen en el mismo nivel de protección sujetos que requieren de intervenciones muy diferentes, como los ancianos, los niños y las personas con discapacidad, junto con los inmigrantes, los refugiados y apátridas.

El menor interés por los aspectos socio-asistenciales, en comparación con los de la salud, encuentra su punto de partida en la creación del mismo derecho a la asistencia, percibido no tanto como un derecho de la persona, sino como una intervención que se debía llevar a cabo por razones de orden y seguridad pública, por ejemplo con respecto a vagabundos, alcoholicos, indigentes. Con la aprobación del art. 38 de la Constitución y con la evolución histórica, el derecho a la asistencia se vinculó más a los perfiles económicos, tanto en lo que respecta a la identificación de los destinatarios (no trabajador debido a una discapacidad o de todas formas indigente), como un tipo de intervención que se limitaba a un apoyo o ayuda financiera. La calificación negativa que siempre se le ha dado a esas intervenciones también ha dado lugar a la imposibilidad de lograr un sistema nacional de atención y por lo tanto la falta de una «universalización» de la propia ley.²⁵ Por otra parte, el Estado ha establecido los principios generales de la materia con una ley marco sobre asistencia (Ley núm. 328/2000) sólo el año anterior a la reforma constitucional de la Sección V de la Constitución. Revisión que dio lugar a la atribución a la competencia exclusiva de las regiones de todo el ámbito de la asistencia y, más en general, de los servicios socio-asistenciales, a fin de evitar cualquier tipo de poder de intervención del Estado en la materia. Así que incluso la misma ley marco, que establecía los criterios generales de la materia, prácticamente no fue nunca implementada, porque suponía una competencia compartida entre el Estado y las Regiones no asignada durante la reforma de la Sección V

La misma protección debe ser reconocida también a los ciudadanos europeos que no reciben protección de la salud del propio Estado (como Rumania), que pueden ser equiparados a los extranjeros (Ley reg. Apulia y sent. Tribunal Constitucional núm. 299/2010).

²⁵ A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali*, cit., 30 ss. e più recentemente A. Albanese-C. Marzuoli (a cura di), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Il Mulino, Bologna, 2003; E. MALARET I GARCIA, *Administración pública y servicios públicos: la creación de una red de servicios sociales a los ancianos en la transformación del estado de bienestar*, en *Dir. Pubbl.*, 2002 185 ss.

El interés limitado y la intervención en el ámbito estatal, sin duda no ha permitido un desarrollo a nivel regional, que previamente había delegado en mayor grado a estructuras externas las actividades administrativas vinculadas y que se encontraron de repente responsables de este amplio sector.

Si, como hemos visto, en ocasiones las menciones de los Estatutos sobre la materia eran genéricos y a veces confusos, no tuvieron mejor suerte entonces las intervenciones legislativas regionales, por lo que hay regiones que no han aprobado ninguna ley innovador en dicho sector después de la reforma del estatuto, es decir, en los últimos seis o siete años. Otras Regiones, sin embargo, creían en la posibilidad de realizar una síntesis y una intervención unificadas a nivel regional entre salud pública y asistencia (especialmente la Toscana y Emilia-Romaña), que establecieron como objetivos generales de la Región la persecución de las políticas sociales. Objetivos que luego se transformaron en acciones legislativas sin duda significativas, tales como el establecimiento de un sistema integrado de intervenciones y servicios para la protección de los derechos de «ciudadanía social» (Ley de la Toscana no. 41/2005, Ley 26/2009 Umbría no.; Apulia no. 19/2006).

6. PROTECCIÓN DE LA SALUD: ALGUNAS CUESTIONES REGIONALES

Un ejemplo, sin duda significativo para comprender las dificultades que surgen del logro de una verdadera igualdad en el goce de los derechos sociales puede ser percibido a través de ejemplos concretos y sin duda el más notable es la protección efectiva del derecho a la salud. Este derecho más que ningún otro (entre los derechos sociales) se considera inviolable, inalienable, y es la más alta expresión de la protección de la dignidad humana (más recientemente, incluso el Tribunal Constitucional N. 269/2010 antes citado).²⁶

La reforma constitucional de 2001, la asignación de competencia del Estado para establecer niveles básicos y la competencia complementaria de las regiones, han dado lugar a una estimulación de las relaciones de cooperación y colaboración entre el Estado y las regiones que se producen, en particular, con los llamados «Pactos para la salud», es decir, los acuerdos a los que se reconoce, en general,

²⁶ No obstante, cabe señalar que las constituciones de muchos países europeos no protegen explícitamente el derecho a la salud: además de la Constitución italiana (Art. 32) y de la Constitución Española (Art. 43), Portugal protege explícitamente este derecho (art. 64). Pero por otro lado, una protección explícita se observa en el art. 35 de la Carta de Niza (*Protección de la salud* - «Toda persona tiene el derecho de acceder a la atención preventiva de la salud y beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. En la definición y ejecución de todas las políticas y acciones de la Unión, se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana»).

tanto un valor político, porque son el producto de las actividades de consulta amplia entre el Estado y las regiones, como un valor legal, debido a que los perfiles esenciales se transfieren a los actos legislativos y a menudo mencionados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (ver recientemente sent. núm. 40 de 2010, 94 de 2009; 45, 145 y 203 de 2008).

Esto no excluye que debe reconocerse una amplia autonomía reguladora de las regiones, debido a que la atención de la salud está a cargo de su competencia, mientras que los perfiles relacionados con la organización de los centros de salud deben seguir la competencia propia de estos (residual). Autonomía que inevitablemente conduce a muchas disciplinas diferentes de organización, todas válidas y legítimas, siempre que sean adecuadas para la protección del nivel básico en el campo de la salud.

Algunas regiones, después de la reforma de la Sección V han reglamentado *ex novo* el servicio regional de salud a la luz de los nuevos principios introducidos, mientras que otros tienen una disciplina de atención médica que ha sido aprobada en el período anterior a la reforma de la Sección V de la Constitución.

A partir de estas regulaciones emergen modelos organizativos muy diferenciados entre ellos con resultados, a nivel de *rendimiento* y de carácter económico, no asimilables que inducen a tratar de entender y estudiar las diversas experiencias regionales. Cada región, por supuesto, debido a sus características y diferencias estructurales, necesita diversificar la disciplina de la organización del sector, que absorbe la mayor parte de los recursos financieros de la región, pero al mismo tiempo los modelos positivos, es decir, aquellos que crean un menor *déficit* financiero o los que proporcionan el resultado más eficiente, o incluso aquellos que plantean junto a un sistema de protección encomendado al sector público, también un reconocimiento adecuado de protección sanitaria encomendada a los privados (con el consiguiente reconocimiento de la elección del ciudadano de los medios de protección de la salud que mejor aseguren sus expectativas), estos modelos positivos, decía, podrían servir de ejemplo para otras regiones.

A partir de la investigación que se ha realizado sobre los costes de salud, emergen datos sin duda no homogéneos y, en particular, como se ha señalado, diferencias significativas entre los gastos presentes en las regiones del Norte y del Sur. El análisis muestra que nueve regiones tienen un exceso de gasto per cápita y un grande déficit debido a los costos financieros para la salud. En casi todos los casos, se trata de regiones del sur, además de Lacio. Las regiones con mayor exceso de gasto son, de hecho, Lacio, Campania, Sicilia, Calabria, Abruzzo y Molise. Estas regiones, que tenían una mayor amplitud de déficit financiero, se sometieron entonces al llamado «plan de retorno» con el fin de corregir los gastos de atención

de la salud, mientras que el Piamonte y Apulia fueron sometidas a un plan de pago más ligero, siendo menor, pero en todos los casos el déficit era significativo. Por el contrario, las regiones del Centro-Norte muestran niveles de gasto que no están muy lejos de los niveles estimados como eficientes. Toscana, Véneto, Emilia Romagna, Marcas, Lombardía deberían trabajar para reducciones inferiores al 3%; mientras que Friuli Venecia Giulia y Umbría tienen un balance positivo del gasto en atención de la salud. Esta actividad de control y evaluación también ha dado lugar a mejoras en la economía y a la salida del plan de retorno, con la consecuente mayor libertad en el uso de sus recursos en algunas regiones como Liguria.

También hay que señalar que según los datos recientes sobre la movilidad de los pacientes entre las regiones existe una brecha particularmente significativa. Los ciudadanos (pacientes) en el sur de Italia tienden a ir sobre todo al norte, creando lo que se ha llamado «turismo de salud», con un nuevo aumento en el costo de los presupuestos ya difíciles de esas regiones.

En general, esto confirma la imagen de un país dividido en dos, con las regiones del centro y norte en niveles de eficiencia y calidad del gasto que parecen ser significativamente mayores que en las regiones del sur.

Estas observaciones de carácter financiero y cualitativo llevan a estudiar esos modelos de organización que, mejor que otros, han permitido lograr buenos resultados, modelos que, a pesar de que no pueden ser totalmente exportados integralmente por la necesidad de garantizar y proteger la diversidad presente en las diferentes regiones, pueden ser un buen ejemplo para la adaptación de la normativa regional a las necesidades de aplicación incluso de los «Pactos para la salud», que son aprobados cada año y que deben hacer frente cada vez más a la contención del gasto, incluso a través de una organización más eficiente.

Cuando se analizan los modelos de salud introducidos por los servicios regionales de salud, se suele hacer referencia, contrastándolos, al modelo utilizado en la región de Toscana en comparación con el de Lombardía, destacando en particular el hecho de que en Toscana se tiende a integrar la salud territorial con las actividades de socio-asistenciales, mejorando principalmente las estructuras públicas de atención, mientras que el modelo lombardo, llamado «público de competencia regulada», se recuerda y caracteriza por el hecho de que las estructuras públicas y privadas se colocan en una posición de igualdad y competencia recíproca, dando lugar a la plena competencia entre las estructuras y la libertad de elección de los ciudadanos sobre qué estructura usar.

En la presente investigación no se puede, por supuesto, analizar de forma detallada las diversas formas y características de los diferentes modelos regionales sobre

los que se han hecho estudios muy generales y detallados, especialmente de tipo económico, sino que basta con señalar que, si bien a partir de modelos de protección de la salud muy diferentes (principalmente público en la Toscana, y con una fuerte participación de hospitales privados en Lombardía), se pueden lograr resultados de eficiencia comparables u asimilables, tanto en términos de protección de la salud, como en lo que respecta a los gastos necesarios para alcanzar los objetivos de eficiencia. En el sistema de toscano, sin embargo, es muy limitado el derecho de iniciativa económica privada, por otro lado protegido por el art. 43 de la Constitución.

7. LA CRISIS ECONÓMICA Y SU IMPACTO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN UN CONTEXTO EUROPEO

La crisis económica ha puesto de manifiesto la incapacidad del constitucionalismo para resolver los problemas derivados de la situación económica y financiera que está fuera de las normas legales, pero que al mismo tiempo las condiciona.

Al mismo tiempo, en el mundo se especula y se teoriza la necesidad de empezar a hablar de un constitucionalismo global en fase de formación,²⁷ sobre todo cuando los órganos supranacionales están facultados a generar normas que son eficaces en relación con varios Estados. Justamente la intervención de la UE sobre los perfiles constitucionales ha dado lugar a un aumento de la influencia del constitucionalismo diferente del que surgió en el '900 y la atención de la doctrina se ha centrado, en particular, en esta transformación. Antes, durante el intento de introducir formalmente una Constitución para Europa, firmado por los Jefes de Estado y de Gobierno en Roma en 2004, que no ha logrado sus objetivos por el voto en contra de los holandeses y franceses en un referéndum nacional requerido durante el proceso de ratificación del Tratado. Posteriormente, la crisis económica y financiera y el riesgo de fracaso de algunos países (mediterráneos) en la zona del euro, llevaron a la aprobación de un paquete de instrumentos (pacto fiscal, mecanismo europeo de estabilidad —MEE— y el Fondo Europeo de redención o rescate FER), que de hecho han influido en la legislatura de cada Estado, imponiendo la introducción de una disposición sobre el equilibrio del presupuesto. Esta norma inevitablemente afecta y afectará cada vez más las decisiones políticas, en particular las de las políticas sociales de cada estado.

Junto a esto, siempre en el ámbito europeo, se ha producido la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, lo que demuestra una sensibilidad de los Estados en ma-

²⁷ G. TEUBNER, *Un momento costituzionale?*, trad. it. In *Sociologia e politiche sociali* 2011, II, 14; Id., *Nuovi conflitti costituzionali*, Milano 2012; P. Dobner - M Loughlin, *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford 2010.

teria de derechos fundamentales y de derechos sociales en particular, es sin duda diferente de los Tratados anteriores, tanto como para impulsar la introducción de muchas novedades y amplios reconocimientos de los derechos. Significativo es el hecho de que se hayan utilizado como base de la misma Unión valores comunes, representados por el respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, incluidas las minorías (art. 2 del TUE). Derechos que, aunque no sean competencia directa de la Unión, la caracterizan y dirigen las actividades de cada estado. Se espera que entre sus competencias figure la lucha contra la exclusión social, la discriminación y «promueve la justicia y la protección social, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño» (art. 3 TUE). Pero, en particular, ha dado pleno cumplimiento a la Carta de los Derechos Fundamentales (art. 6 TUE), en la que hay varias normas que introducen una protección específica de los derechos sociales (artículos 27 y siguientes). Estas normas incluidas de forma unificada en la sección IV de la Carta, llamada «solidaridad» como un todo orgánico en el que se reconocen los derechos del trabajador (art. 27 a 33), los derechos a la asistencia social y la seguridad social (art. 34), la protección de la salud (art. 35); la protección del medio ambiente (art. 37) y la protección de los consumidores (art. 38). En comparación con la mayoría de las Constituciones de los Estados miembros, la redacción de la Carta de Derechos tiene, ciertamente, características innovadoras, lo que indica un nuevo impulso que se desea dar a estos derechos.

Junto a esta, sin duda un papel importante en el ámbito europeo lo cumple la Carta Europea de los Derechos Humanos (EDU) y el Tribunal de Estrasburgo, que garantiza la eficacia y la aplicación, la Comisión Europea para la Cohesión Social (CDCS) a cargo de la coordinación de las políticas para la protección de la salud, la condición de los niños y sus familias, el trabajo, la integración de los inmigrantes. Este último organismo no se debe confundir con el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), que, en cambio, tiene la tarea de supervisar el cumplimiento de la legislación y la práctica de los Estados signatarios con la Carta Social Europea que entró en vigor en 1965. Este último es otro instrumento de regulación, junto con el organismo que asegura su aplicación, integra la compleja intervención de Europa para la protección de los derechos.

Hay que recordar que entre otras cosas se está negociando la adhesión directa de la UE a la Carta Europea de los Derechos Humanos, que implica efecto directo de los principios contenidos en ella frente a todos los Estados de la Unión (aspecto que no tiene relevancia directa para Italia dado que es una Carta ya firmada y rati-

ficada), como pueden ser ratificados por la UE directamente otros instrumentos internacionales de derechos humanos, como fue el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²⁸

Por tanto se trata de legislación y organismos que se han creado a nivel europeo para garantizar la protección adecuada de los derechos humanos fundamentales, ya sea supranacional (UE), como internacional (y por lo tanto los actos relativos que los regulan o los instituyen estaban sujetos a ratificación por parte de cada estado), pero que no implican una actividad directa para la protección y el reconocimiento de los derechos por parte de la Unión Europea o el Consejo de Europa, como un control para asegurarse de que los Estados miembros cumplan con dicha protección. Por tanto no es una garantía activa, sino más bien de control. Esto significa que Europa no se siente comprometida, como un organismo unitario, a asegurar la eficacia de la protección si no es a través de préstamos que tengan este propósito y que en cualquier caso pasen a través de cada estado. A partir de ahí, una diferencia sin duda significativa de trato entre los mismos Estados, como resultado de los recursos financieros que cada Estado puede brindar para este propósito, sin ningún tipo de aplicación en general de ese concepto de «solidaridad» al que por otra parte, como hemos dicho, se refiere la sección IV de la Carta de Derechos. Consideremos, por ejemplo, los problemas que Italia enfrenta de modo sustancialmente exclusivo como resultado de la afluencia de inmigrantes procedentes de África que llegan a nuestras costas huyendo de la guerra, el hambre, la persecución política, sin que exista una voluntad de la UE y los demás países miembros para contribuir a la acogida de los inmigrantes, amplificando así los problemas sociales de nuestro entorno.

8. CONCLUSIONES

El primer aspecto que ha surgido de manera significativa a partir de esta reconstrucción, aunque breve para un problema de tan largo espectro, es la brecha significativa del nivel de protección de los derechos sociales en las regiones. El principio de la garantía de los niveles básicos está funcionando, aunque de manera incompleta, en lo que respecta a la protección del derecho a la salud y la educación, o de los derechos sociales que se podrían llamar «clásicos», que tienen una tradición y un reconocimiento de larga data que ha permitido crear todas

²⁸ Es una convención que Italia ya había ratificado por la Ley no. 18 de 2009 y posteriormente ratificada por la UE 05 de enero de 2011. El objeto del presente Convenio tiene un significado especial debido a que el envejecimiento de la población en Europa y en Italia se ha traducido en un fuerte aumento de los problemas de discapacidad.

nuestras estructuras organizativas (escuelas, universidades, hospitales) necesarias para protegerlos.

La situación es diferente, sin embargo, para los «otros» derechos sociales, a partir de aquellos vinculados a la protección de la salud en el sentido más amplio, como el derecho a la asistencia y más en general al reconocimiento de instrumentos sociales para ancianos, discapacitados, drogadictos, etc.

Para estos derechos sociales, la brecha entre las regiones es, sin duda, mayor: en primer lugar, porque no están determinados por la ley estatal los niveles básicos de atención (LIVEAS). Pero éstos no se establecieron porque su garantía pone en juego un compromiso financiero significativo tal, organizativo y de estructuras que no puede ser llevado a cabo por todas las regiones, especialmente aquellas que, como hemos visto, tienen un gran *déficit* financiero.

Entonces es menester preguntarse, dónde y en qué medida, todavía se puede hablar de la unidad de la protección y garantía de los derechos sociales en un Estado regional.

Las tendencias «federalistas» o mejor dicho «regionalismo fuerte» que, sobre todo en los últimos años surgió en algunas medidas legislativas respaldadas por algunas de las fuerzas políticas, también presentes en la mayoría de gobierno (Liga Norte), eran ciertamente peligrosas, no sólo porque ponen y siguen poniendo en duda los principios de unidad de la Constitución italiana, sino también porque la fuerte autonomía puede afectar negativamente la exigibilidad por parte de los ciudadanos de los principios de la igualdad sustancial, y en particular, la posibilidad de obtener la protección concreta y la realización de esos derechos sociales de competencia regional que involucran recursos económicos y una organización administrativa que no siempre las regiones pueden garantizar de manera equitativa.

Esto no significa poner en duda la organización regional del Estado, sino tratar de activar mecanismos de compensación entre las Regiones en caso de que la estructura no permita garantizar los derechos fundamentales en igualdad de condiciones y, en particular, la protección de los derechos de los más vulnerables (ancianos, niños, enfermos, discapacitados, etc.). Es decir que es necesario que de alguna manera el estado centralice determinadas facultades de control, o ejercite ese poder de sustitución de las competencias regionales que el art. 120, párrafo 2 de la Constitución le reconoce como propio, con el fin de garantizar la protección de los niveles básicos de prestaciones relativas a los derechos sociales.

El problema es que a la exigibilidad de los derechos sociales por parte de los ciudadanos se opone un presupuesto cada vez más en crisis y a la disminución

de los recursos financieros se corresponde, a su vez, una demanda creciente de la intervención pública en favor de los más vulnerables.

La crisis económica actual está, en efecto, cambiando e introduciendo un punto de enfoque diferente con respecto a los derechos sociales, en la plena creencia de que estos deberían ser los primeros derechos que deben reducirse en extensión, e incluso ser cuestionados. La igual dignidad de todos los derechos, incluidos los derechos sociales, que se ha descrito desde las primeras páginas de este trabajo, deben alentar a los gobiernos regionales y estatales, pero aún más al gobierno europeo, a poner en el centro de sus opciones de dirección política los objetivos de política social, como expresión de los valores fundamentales compartidos. Las fuerzas centrípetas ya existentes en muchos estados, como en el referéndum sobre la separación de Escocia del Reino Unido, que como sabemos ha tenido un resultado negativo, pero que de todas formas representa un índice de malestar de la población, o al menos de una dificultad de comunicación entre las necesidades del Estado central y las comunidades locales. Y, sin embargo, el referéndum (o más bien, la encuesta, dada la suspensión decidida por el Tribunal Constitucional español el 4 de noviembre de 2014) por la independencia de Cataluña de España, que por el contrario ha logrado un resultado muy positivo tanto en el veredicto como en la participación, así como los intentos de separación de la llamada «Padania» en Italia, sin duda debe hacernos reflexionar sobre la necesidad de que el gobierno central ejerza un papel estabilizador en la igualdad de trato de los ciudadanos tanto en términos de los derechos protegidos como de las obligaciones exigibles.²⁹

Ciertamente, no se puede pensar que los problemas se pueden resolver mediante la reducción de la autonomía legislativo y/o administrativa de las Regiones, porque, en general, el principio de subsidiariedad vertical y, en particular, la posibilidad de una intervención administrativa por parte del sujeto más cercano al ciudadano, ha demostrado siempre el logro de mejores resultados de equidad y eficiencia en la administración. Sin embargo, como hemos visto en Europa, donde se ha ideado el principio de subsidiariedad vertical (Art. 5 TUE), la posibilidad de una intervención del sujeto que tiene la visión de conjunto del problema y la capacidad de alcanzar los objetivos de la manera más apropiada para asegurar al menos una aparente uniformidad de tratamiento. Sin embargo, el riesgo que sigue existiendo, en particular en lo que respecta a la protección de los derechos sociales, es que de este modo la igualdad de protección no se verifique en un nivel

²⁹ En Italia, el principal problema está representado, como se sabe, por la dificultad de reducir la evasión de impuestos en determinadas zonas del país.

superior, sino más bien en un nivel inferior, de modo que el mejor trato que en algunas regiones está garantizado, gracias a una mayor eficiencia, a las opciones de organización efectuadas y también a los costos de los servicios no homogéneos para las mismas prestaciones en el país, ya no sea viable y por lo tanto hay una nivelación hacia abajo que resulte en una protección disminuida.

9. BIBLIOGRAFIA

Una reconstrucción, incluso sólo satisfactoria de lo que se ha escrito en Italia sobre el tema de los derechos sociales y, más recientemente, acerca de los efectos de la crisis económica sobre los derechos sociales es ciertamente imposible, dada la vastedad del tema y el número de disciplinas jurídicas que se emplearon bajo varios aspectos de la investigación del tema. Esto no excluye que se deban mencionar las obras más importantes que se han publicado en el siglo anterior y las publicaciones más generales y más recientes sobre el tema.

BALDASSARRE, *voce Diritti sociali*, en *Enc. Giur.*, vol XI, Roma 1989; P. BARCELLONA, *Dallo Stato sociale allo Stato immaginario*, Giappichelli, Torino 1994; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, en *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, vol II, Cedam, Padova, 1995; F. RIMOLI, *Stato sociale*, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 2004, XX; A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi*, in www.rivistaaic.it, fasc. IV, 2011; T.GROPPI et AL, *The Constitutional Consequences of the Financial Crisis in Italy*, www.astridonline.it, 2012; Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Il Mulino, Bologna 2013; E. Cavasino-G.Scala-G. Verde (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013; A. Morelli-L.Truccho (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino 2014.

En relación con el tema de la asistencia se puede indicar en particular A. Albanese-C. Marzuoli (a cura di), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Il Mulino, Bologna, 2003.

Sobre las consecuencias de la crisis económica sobre el derecho constitucional véase F. Angelini-M. Benvenuti (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Jovene, Napoli 2012; G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in www.forumcostituzionale.it, 2013; P. GRIMAUDDO, *Lo Stato sociale e la tutela dei diritti quesiti alla luce della crisi economica globale: il caso italiano*, en www.federalismi.it, fasc. 22/2013.