

El Estado social y democrático de derecho: desarrollo histórico y conceptual*

Silvio Gambino

(Catedrático de Derecho constitucional y comparado de la Universidad de la Calabria - Italia)

SUMARIO: 1. Derechos fundamentales y forma de Estado. – 1.1. Los derechos sociales en las Constituciones europeas contemporáneas. – 1.2. Los derechos sociales en el ordenamiento italiano (Constitución, leyes y Juez constitucional). – 1.3. El Estado social y democrático, entre actuación y crisis. – 2. Derechos sociales y derechos económicos en las constituciones nacionales y en el derecho de la Unión. – 2.1. Algunas reflexiones finales

1. Derechos fundamentales y forma de Estado

Aunque sea con fórmulaciones diferentes y de diversa intensidad y extensión en el reconocimiento y en la extensión de las singulares y específicas situaciones jurídicas se puede afirmar que en el constitucionalismo europeo de la segunda mitad de siglo XX (tras las dos guerras mundiales) resulta ya positivizada una estrecha relación entre concepción avanzada (‘progresiva’) de la democracia, modelo de Estado y derechos fundamentales. De forma distinta a cuanto había sido afirmado en el constitucionalismo liberal originario, tal relación se fundamenta en la ampliación de las situaciones jurídicas constitucionalmente protegidas y sobre una nueva concepción de la idea de libertad, ahora estrechamente integrado con aquel de igualdad¹: no sólo la igualdad que proviene de la tradición clásica, que considera intolerables las discriminaciones fundadas sobre diferencias de sexo, de religión y de raza, sino más bien un concepto de igualdad que considera inaceptables las discriminaciones fundadas sobre relaciones económicas o sociales, juzgando inaceptable la discriminación por motivos de capacidad de renta. Junto a aquellos derechos clásicos de libertad, en tal concepto, los derechos sociales son asumidos como condiciones constitutivas, indefectibles, del principio constitucional de igualdad y, al mismo tiempo, del valor de la persona, de su dignidad².

Sobre los derechos sociales, la doctrina constitucionalista habla inicialmente de normas dirigidas a destinatarios especiales, en particular de derechos condicionados o imperfectos (en cuanto fundados sobre normas que presuponen un ejercicio de discrecionalidad legislativa), de ‘principios rectores’, de cláusulas constitucionales generales. Una parte de la doctrina, sin embargo, ha asumido que tal discrecionalidad no concierne tanto al «quid», es decir, el contenido sustancial del derecho, sino más bien sólo al «quomodo» y, como quiera que sea, como ha sido subrayado por calificada doctrina italiana, «de tal forma que no se comprima el contenido mínimo necesario a no rendir ilusoria la satisfacción del interés protegido»³.

Sobre la base de tal aproximación doctrinal, que revaloriza el perfil programático de las disposiciones

* Para el II Congreso Internacional (auspiciado por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana) “*Los derechos económicos y sociales y su exigibilidad en el Estado social y democrático de derecho*” (República Dominicana, 26, 27, 28 y 29 de noviembre de 2014).

¹ Entre la amplia bibliografía sobre este punto cfr., ver al menos, A. Cerri, “Uguaglianza (principio costituzionale di)”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, A. Cerri, *L’eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milán, 1976; AA.VV., Corte costituzionale e principio di eguaglianza, Pádua, 2002; R. Greco, “Diritti sociali, logiche di mercato e ruolo della Corte costituzionale”, en *Questioni Giustizia*, nn. 2-3, 1994; E. Cheli, “Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana”, en *Scritti in onore di L. Mengoni. Le ragioni del diritto*, Milán, 1995; P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Turín, 2002; B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali*, Milán, 2002; C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Turín, 2000; S. Bartole, “In tema di rapporti fra legislazione regionale e principio di eguaglianza”, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1967; A. Saccomanno, “Eguaglianza sostanziale e diritti sociali nel rapporto fra ordinamento interno e ordinamento comunitario”, en S. Gambino, *Costituzione italiana e ordinamento comunitario*, Milano, 2002.

² Cfr. J. Iliopoulos Strangas (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l’Union européenne*, Athènes-Bruselas, Baden-Baden, 2000; F.-F. Flauss, J.F. Flauss (dir.), *Droits sociaux et droit européen. Bilan et perspectives de la protection normative*, Bruselas, 2002; AAVV, *La protection des droits sociaux fondamentaux en Europe par la Charte sociale européenne*, Strasbourg, 2001; I.J. Baquero Cruz, “La protección de los derechos sociales en la Comunidad europea tras el Tratado de Ámsterdam”, en *Revista de derecho comunitario europeo*, n. 4, 1998; S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell’integrazione europea*, Bolonia, 2003; S. Sciarra, “La costituzionalizzazione dell’Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law”, IWP (Universidad de Catania), n° 16, 2003; C. Salazar, “I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell’U.E.: un ‘viaggio al termine della notte’?”, en G. Ferrari (ed.), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milán, 2001; G. Zagrebelsky, *Diritti e Costituzione nell’U.E.*, Roma-Bari, 2003.

³ Cfr. C. Mortati “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, en *Foro italiano*, 1970.

constitucionales en materia de derechos sociales y la naturaleza – más que constitucional – ‘legal’ que las regula, a partir de los años setenta, la doctrina constitucional europea propone lecturas y tipologías más articuladas, entre las cuales nos resulta relevante, en particular, aquella que distingue entre derechos sociales ‘condicionados’ (artt. 4; 38; 34; 32.1; 38.3; 46 CI) y derechos sociales ‘incondicionados’ (entre otros, art. 36; 32.2; 37; 29; 30 CI). Los primeros presuponen una intervención del legislador, del poder político, sobre el «quando» y sobre el «quomodo»; los otros, en cambio, tienen una estructura y una naturaleza tal que no necesitan de ulteriores intervenciones para su realización⁴.

Sea como sea, en la experiencia constitucional de los Estados europeos, no siempre es correcto asumir una positivización de los derechos sociales fundamentales como situaciones jurídicas constitucionalmente reconocidas y protegidas en modo comparable a la libertad, que se encuentra, según las categorías de la doctrina alemana, entre las “situaciones jurídicas pasivas”. Los derechos civiles y políticos, en tal sentido, son reconocidos en todas las Constituciones europeas, siendo también asumidos como base común de acción por gran parte de los Estados miembros democráticos modernos.

Sólo con la evolución contemporánea de la forma estatal, sobre todo en el constitucionalismo sucesivo a la segunda guerra mundial, así, se afirman nuevas tipologías de derechos fundamentales fundados en la estrecha integración entre las nociones de libertad y de igualdad, individualizando una nueva familia de derechos – aquellos sociales – basados en la naturaleza o los efectos jurídicos de tales derechos, de forma similar en trascendencia constitucional a aquellos de las tradicionales libertades civiles.

Desde tal óptica, los principios en los que se inspiran las Constituciones contemporáneas – que son también principios de desarrollo democrático y de justicia social – dilatan el catálogo liberal de los derechos de libertad, insertando una ‘libertad de la necesidad’⁵; en tal modo materializan el derecho de exigir al Estado de las prestaciones adecuadas para asegurar a la persona y al ciudadano al menos un mínimo de seguridad y de justicia social, así como una distribución material equitativa que haga a los hombres “libres e iguales en dignidad y derechos”⁶.

Así, las Constituciones de las que la Constitución de Weimar (1919) ha sido la desventurada pionera, calcando sus huellas, enriquecen – superándolo – el patrimonio liberal a través de aquellos derechos (sociales) que, obligando al Estado en la búsqueda de nuevos equilibrios económicos y sociales y de siempre más amplios horizontes de justicia, representan las raíces de su dinamismo y ofrecen a la democracia de la postguerra la premisa de su solidez.

Justamente en esta soldadura de los derechos civiles y políticos con aquellos sociales reside uno de los aspectos más profundos del constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX, que inaugura – con aquella “moralización del derecho” destinada a encontrar en Europa una afirmación convencida con ocasión de las más tardías conquistas constitucionales de la Grecia después la experiencia de los militares (1974), del Portugal pos-solazarían (1976), de la España pos-franquista (1978) – un nuevo estadio de los derechos humanos, que inicia justamente desde su tutela, o sea, desde la colocación de los mismos sobre un fundamento de respeto más sólido a aquel representado en la ley del Estado⁷.

Si en el ordenamiento del Estado liberal los derechos existen a través de la ley, en el Estado social (del constitucionalismo del segundo posguerra) existen a través de la Constitución, que representa algo más y distinto respecto a la ley. Los principios fundamentales, los valores y los derechos fundamentales que la Constitución contempla y que la sociedad comparte representan por ello mismo un patrimonio que debe salvaguardarse del dinamismo de intereses que por definición refleja la ley. Pero ello es sólo posible en la medida en que tal patrimonio se entienda como una ‘dotación jurídica’ de sus titulares, superior a la ley y protegido de sus contingencias⁸.

⁴ Entre otros, cfr. A. Baldassarre, “Diritti sociali”, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XII, 1989; G.A. López Daza, “Los derechos sociales en Alemania, Italia, España y Francia”, in *Criterio Jurídico*, 2012, 2.

⁵ Sobre la «libertà dal bisogno», cfr. N. Bobbio, *Sui diritti sociali*, en *Cinquant’anni di Repubblica italiana* (a cura di G. Neppi Modona), Turín, 1997; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Turín, 1992, p. 124 y en el mismo sentido M. Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, Milán, 1982, p. 316.

⁶ Art. 1 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre.

⁷ En la amplia bibliografía, al menos, Cfr., A. Cassese, *I diritti umani, oggi*; Roma-Bari, 2005; M. Patrono, *I diritti dell’uomo nel Paese d’Europa. Conquiste e nuove minacce nel passaggio da un millennio all’altro*, Padua, 2000; S. Panunzio (ed.), *I costituzionalisti e l’Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d’integrazione europea*, Milán, 2002.

⁸ En este sentido G. Zagrebelsky, *Il diritto mite ... cit.*, p. 63.

Con ello se explica la concepción normativa de la Constitución y su colocación – en la segunda mitad del siglo XX – en la esfera más alta del derecho donde el «*ius*» deja de ser «*lex*» y donde los derechos dejan de ser una regla dada por el legislador para convertirse en pretensiones subjetivas absolutas (correspondientes a la evolución cultural y política del '900) y que más bien preceden al propio Estado, limitando el concreto ejercicio de su poder en su obligado respeto⁹. Así, el constitucionalismo contemporáneo realiza una sustitución hacia la soberanía de la Constitución desde la soberanía de la ley, que transforma los derechos fundamentales en derechos inviolables.

Si la Constitución crea un espacio para los derechos humanos, su soberanía garantiza la certeza de estos derechos que se transforman – después (y a causa de) Auschwitz – en el fundamento universal de la convivencia civil y en el desarrollo de la democracia. Además de representar las directrices de la actuación del Estado constitucional y del derecho internacional así como el fundamento de la organización plural de la sociedad, estos definen también los contornos de un derecho más amplio que los asume como ineludible presupuesto de convivencia pacífica entre los Estados. El Estatuto de la ONU (1945), la Declaración universal de derechos del hombre (1948) y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales (1950) confirman y dilatan la acción de cada uno de los Estados europeos en materia de tutela de los derechos fundamentales a partir de la dignidad humana, contribuyendo así a marcar los caracteres de esta nueva época solemnemente celebrada por Bobbio como “la edad de los derechos”¹⁰.

Así, en el renacimiento de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo pasado, es posible reencontrar las raíces culturales (y aún antropológicas) de una edad que trata de librarse para siempre de los fantasmas del pasado atribuyendo (a través de las Constituciones y los actos del derecho internacional) validez jurídica a los principios que desde hace más de un siglo han estado flotando de forma autónoma en la conciencia de los pueblos.

Si las Constituciones sancionadas al término de los totalitarismos de los primeros años cincuenta del siglo XX representan el punto de llegada de una evolución constitucional, las mismas representan también la meta de una experiencia constitucional madura que se dispone a prestar una más adecuada tutela al modelo del “nuevo” ordenamiento jurídico-constitucional. Situándose en la esfera más alta del derecho, de este modo, las Constituciones de la última mitad del siglo pasado se convierten, según una compartida visión kelseniana, en “reglas de procedimiento pero también en reglas sustanciales”, que atienden “no ya sólo a la forma sino también al contenido de las normas”¹¹.

Y justamente en esta tapa la Constitución como norma directriz y límite de los actos legislativos toma forma la supremacía de la misma que confiriéndole una vinculación inmediata a los principios y a las normas fundamentales, lo que constituye sin duda el aspecto más innovador y original del constitucionalismo contemporáneo. Más allá de marcar el desprendimiento de la tradición constitucional del siglo XVIII basada en la ley general y abstracta como instrumento de garantía de los derechos y de las relaciones jurídicas, a empezar desde el principio de igualdad, ésta marca también el desprendimiento del constitucionalismo racionalizado del siglo pasado, el cual no siempre consigue ser una garantía para la libertad y un auxilio para la democracia. En suma, en el principio de la superioridad de la Constitución se refleja la histórica exigencia de no dejar el sistema de protección de los derechos y libertades a la mera protección del principio de legalidad y de hacer de la misma un instrumento de garantía, de dirección, de protección y de promoción.

De aquí surge la afirmación en la segunda mitad de siglo pasado del ‘principio de constitucionalidad’ que, poniendo en crisis la fuerza absoluta de la ley, su intangibilidad, su naturaleza casi “sagrada”, dispone aquellas nuevas formas de tutela de la Constitución entre las cuales se encuentra el principio de la supremacía que haría que aquella afirmación quedase privada de contenido. Sobre la estela de la Constitución austriaca de los años veinte del siglo pasado, las Constituciones contemporáneas asignan el cometido de controlar la legitimidad constitucional de la ley a un órgano específico¹² formalmente judicial así como el control en cada momento de la adecuación del sistema legislativo a la Norma superior (*higher*

⁹ Entre otros, cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Turín, 1992; P. Barile, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951; M. Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982.

¹⁰ Cfr. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Turín, 1990.

¹¹ Cfr. H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milán, 1981.

¹² En el caso dominicano, al Tribunal Constitucional, en el artículo 184 de la Constitución.

law)¹³.

1.1. Los derechos sociales en las Constituciones europeas contemporáneas

Una vez expuesta, de forma muy general, la teoría y evolución registrada por el constitucionalismo moderno y contemporáneo, podemos ahora avanzar algunas consideraciones sobre el panorama de los derechos sociales reconocidos en gran parte de las constituciones europeas contemporáneas. En un análisis comparado y en razón a la existencia o no, en su interior, de previsiones de reconocimiento y de protección de las prevalentes tipologías de derechos sociales (entre otros: el derecho al trabajo, derecho a la educación y a la formación, derecho a la vivienda, derecho a la salud, derecho a la seguridad social, derecho a la cultura, derecho a un medio ambiente adecuado), tales Constituciones evidencian solo un fondo común de reconocimiento de los derechos sociales mediante su positivización constitucional.

Hacia arriba y hacia abajo de tal fondo común podemos individualizar modelos constitucionales propios de reconocimiento y protección de tales tipologías. Una posterior diferenciación se encuentra en las peculiares modalidades seguidas en la garantía de tales derechos: en algunos casos ésta se realiza mediante la mera previsión de cláusulas generales de protección del “Estado social”¹⁴, en otros mediante una positivización de los derechos sociales fundamentales acompañada de la previsión de principios constitucionales fundamentales. Excepto el ordenamiento jurídico del Reino Unido (que no dispone de un texto constitucional formalizado como tal), en vía general, puede decirse que las constituciones, por lo general, no reconocen el conjunto de derechos sociales (en el sentido de que falta un modelo de Constitución que pueda acogerse como el ideal típico), limitándose a su reconocimiento constitucional según «standards» medios, bajos o bien elevados dependiendo de las diversas tradiciones político- culturales de cada país.

Tales articulaciones sobre la intensidad de su reconocimiento responden también a un criterio de tipo geográfico, que evidencia al mismo tiempo el tipo de consolidación democrática alcanzada por el constitucionalismo de cada país. Sin embargo, tales valoraciones no pueden conducir a la conclusión de que en las experiencias constitucionales en las que falta tal positivización, estaremos en presencia de una falta de garantía de tales derechos. Bajo tal perfil, por ejemplo, el caso británico resulta especialmente ilustrativo, cuando consideramos las políticas acogidas desde el «Plan Beveridge» (en materia de salud y de servicios sociales) y la influencia ejercida por el mismo en el desarrollo de los derechos a la salud y a la asistencia social en el ámbito del «*Welfare State*» europeo posbélico.

De forma diferente a lo que se prevé para las ‘libertades negativas’, la exigibilidad inmediata bajo el perfil de su justiciabilidad para los derechos sociales (y bien visto también para los derechos políticos)¹⁵ es indispensable la acción integradora/normativa del legislador ordinario y, conjuntamente, de la administración pública, que no es una mera potestad de los poderes públicos sino una deber jurídico.

Con específica referencia a la intensidad de reconocimiento constitucional de los derechos sociales, tres modelos principales parecen emerger en la investigación constitucional. En un primer modelo – que llamaremos de corte liberal clásico, prevalente (en cuanto a localización geográfica) en los países del norte de Europa – encontramos la Constitución de Dinamarca¹⁶, Irlanda¹⁷ y el sistema constitucional del Reino Unido¹⁸. A ellos podemos también añadir Escandinavia, Austria¹⁹ y Alemania²⁰. Principalmente la

¹³ Mediante el control difuso, para el sistema dominicano, establecido en el artículo 188.

¹⁴ En República Dominicana el Estado Social de Derecho se proclama por primera vez en el artículo 7 de la Constitución del 2010, vigente.

¹⁵ La Constitución Dominicana establece como fundamentales los derechos civiles y políticos, a partir del artículo 37 y los derechos económicos y sociales a partir del artículo 50.

¹⁶ En la Constitución danesa tres artículos concretos (arts. 74-76) destinados al reconocimiento y a la protección de los derechos sociales, en particular derecho al trabajo, derecho a la educación y condiciones mínimas de existencia. Cfr. R. Nielsen, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique du Danemark”, en J. Iliopoulos Strangas (ed.), *La protection des droits sociaux ... cit.*

¹⁷ La Constitución irlandesa resulta más generosa en el reconocimiento de los derechos sociales: se recuerdan en tal sentido los artículos 45 (principios directrices de la política social), 41.1 (familia), 40.3 (derecho a la vida del *nasciturus*), 42.4 (educación), 40.6 (derecho sindical). Cfr. J.L. Murray –D. Rossa Phelan, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de l’Irlande”, en J. Iliopoulos Strangas (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux ... op. cit.*

¹⁸ Cfr. D.A.O. Edward – W. Robinson – A. Mc Colgan, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique du Royaume Uni”, en J. Iliopoulos Strangas (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux ... cit.*

¹⁹ Remontándonos a un texto constitucional de 1867, no nos sorprenderíamos demasiado que el derecho constitucional austriaco no discipline derechos sociales si no reconociésemos como tales la libertad científica (art. 17), la artística (17a), o la libertad de elección de la profesión (art. 18).

Constitución austriaca y la británica han renunciado completamente a positivizar los derechos sociales, pero ello no significa, como se ha recordado a propósito de Gran Bretaña, que carezcan de un sistema igualmente eficaz de la protección de estos derechos. Al contrario, bajo el perfil que estamos considerando, podríamos afirmar una orientación de la doctrina (que, todavía, no compartimos) sobre la no esencialidad de las previsiones constitucionales con la finalidad de garantizar esta familia de derechos (conocidos como derechos de segunda generación). En estos ordenamientos aún prevalece una orientación doctrinal y jurisprudencial según la cual la Constitución no debería considerarse directamente aplicable en la cuestión de los derechos fundamentales, correspondiendo sólo a la ley disciplinar las situaciones jurídicas concretas y específicas de protección. Como se desprende de la primera jurisprudencia constitucional, en el transcurso de los años cincuenta, los derechos sociales vienen esencialmente recogidos como directrices dirigidas a los poderes públicos, carentes de valor obligatorio, en una palabra, como meras ‘disposiciones programáticas’.

Así, mientras algunos ordenamientos europeos disciplinan la materia mediante cláusulas generales (arts. 20, I co. y 28, I co. LFB) o mediante “Principios rectores de la política social y económica” (Cap. III del Tit. I y Cap. III de la Constitución española)²¹, la Constitución italiana tutela los derechos sociales mediante principios fundamentales y, con disposiciones constitucionales de detalle; incluso si se tiene la impresión de que “la categoría de derecho social es inadecuada para expresar la riqueza de las indicaciones plasmadas en los Títulos I y II de la Constitución”²², relativos a las relaciones ético- sociales y las relaciones económicas²³.

Acerca de la eficacia jurídica de las disposiciones constitucionales “programáticas” parece oportuno evocar el *iter* argumentativo observado por la Corte constitucional italiana para superar su diferenciación con las normas preceptivas²⁴. Para el Juez constitucional italiano, así, “*la distinción entre normas preceptivas y normas programáticas puede ser asimismo determinante para decidir la abrogación o menos de una ley, pero no es decisiva en los juicios de legitimidad constitucional, pudiendo la ilegitimidad constitucional de una ley derivar, en determinados casos, también por su inconciliabilidad con normas que se definen programáticas*, tanto que en esta categoría quieren ser incluidas normas constitucionales con un contenido distinto: de aquellas que se limitan a indicar programas genéricos de futura e incierta actuación, porque subordinada al concretarse de situaciones que la permitan, a normas en las que el programa, si así podemos definirlo, tiene una concreción que no puede vincular inmediatamente el legislador, repercutiéndose sobre la interpretación de la legislación precedente y sobre la permanente eficacia de unas partes de ésta; existen también normas capaces de fijar principios fundamentales, que también se reverberan sobre la entera legislación” (Corte constitucional, sent. n. 1 de 1956)²⁵. A nosotros nos parece que el *iter* pueda ser observado en todos aquellos ordenamientos que dispongan de cláusulas constitucionales (democráticas y sociales) de garantía de derechos, es decir, de disposiciones constitucionales en materia de igualdad (formal y sustancial) y de dignidad de la persona.

Cfr. Th. Oehlinger - M. Stelzer, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de l’Autriche”, en J. Iliopoulos Strangas (ed.), *La protection des droits sociaux ...* cit.

²⁰ La LFB disciplina la materia de los derechos sociales mediante cláusulas generales (art. 20, párrafo I) de protección del Estado social destinado a vincular a los poderes públicos en cada una de sus intervenciones: “La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social”; en ella se prevén, por otro lado el art. 1 a la protección de la dignidad de la persona, el art. 6 (protección del patrimonio y de la familia), el art. 9.3 (la libertad sindical), el art. 12 (la libertad profesional), el art. 20 (la protección del medio ambiente). Sobre este punto, entre otros, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de l’Allemagne”, en J. Iliopoulos Strangas (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux ...* cit.; D. Schefold, “Lo Stato sociale e la costituzione economica”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, «ad vocem»; E. Eichenhofer, “Costituzione e diritto sociale”, en *Diritto pubblico*, 1997, n. 2; C. Amirante, “Diritti fondamentali e diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale”, en *AAVV, Diritti di libertà e diritti sociali tra giudice costituzionale e giudice comune*, Nápoles, 1999; G.A. López Daza, “Los derechos sociales en Alemania, Italia, España y Francia”, in *Criterio Jurídico*, 2012, 2; R. Arango, “Los derechos sociales en iberoamérica: estado de la cuestión y perspectivas de futuro”, in *Cuadernos electrónicos*, 2005; J.L. Cascajo Castro, “Los derechos sociales, hoy”, in *Rev. catalana de dret públic*, 2009, n. 38; A. Noguera Fernández, “Derechos económicos, sociales y culturales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano: indivisibilidad de las obligaciones y justicia equitativa”, en *Revista general de derecho público comparado*, n. 9, 2011.

²¹ Cfr. J.L. Prada Fernández de Sanmamed, “Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad juridico-constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, 2003, n. 122; E. Carmona Cuenca, “La normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica”, en *Revista de Estudios Políticos*, 1992, n. 76.

²² Cfr. G. Corso, “I diritti sociali nella Costituzione italiana”, en *Riv. trim. dir. pub.*, 1981, p. 757.

²³ Cfr., al menos, U. Allegretti, “Globalizzazione e sovranità nazionale”, en *Democrazia e diritto*, 1998; G. Zagrebelsky, “I diritti fondamentali oggi”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1992, 1; L. Carlassare, “Forma di Stato e diritti fondamentali”, en *Quaderni costituzionali*, n. 1, 1995.

²⁴ Dicha tipificación había sido propuesta por la misma Corte de Cassación italiana, en una de sus primeras decisiones de la vida democrática en Italia, del 7 febbraio 1948 (Cass. Sec. un., 7 febrero 1948, en *Fóro italiano*, 1948, II, 1957. En la doctrina italiana, para todos, cfr. V. Crisafulli, “Le norme programmatiche della Costituzione”, en Id., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 51 ss.

²⁵ La famosa decisión ha sido evocada por el mismo TC en la STC 4/1981, FJ 2.d.

En este sentido, con respecto a la debatida cuestión de interpretación constitucional (por parte del TC y de la doctrina española), así, podría entenderse, por ejemplo, una evolución (en el futuro) de la jurisprudencia del Tribunal constitucional español sobre la base de una interpretación sistemática (y evolutiva) en la que encontrara específica recepción una articulada reconstrucción del parámetro constitucional tendiente a asegurar la plena efectividad del principio de igualdad sustancial y con éste el de los derechos prestacionales.

En el ordenamiento constitucional español, los derechos prestacionales (socio-económicos) se presentan como derechos (material y formalmente) condicionados por la concreta actuación que los poderes públicos harán de los mismos, para que su inmediata exigibilidad en seno a los jueces ordinarios resulte limitada por la previsión del art. 53.3 CE. La disposición – según el TC – constituye una excepción a la preceptividad de la norma constitucional. De hecho, en una de las primeras decisiones del mismo Tribunal ha sido afirmado textualmente que “*los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos*” (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos (*cursivos nuestros*); el hecho mismo de que nuestra norma fundamental en su art. 53.2 prevea un sistema especial de tutela a través del recurso de amparo, que se extiende a la objeción de conciencia, no es sino una confirmación del principio de su aplicabilidad inmediata. Este principio general no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución [es decir los principios del Capítulo III] o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable” STC 15/1982, de 23 de abril de 1982, FJ 7.

En la misma decisión, aunque en presencia de una posible omisión legislativa, el TC tutela la vulneración del derecho a la objeción de conciencia y lo hace apoyándose en la teoría del contenido esencial del derecho. Como se está ahora deseando, una posible lectura evolutiva de la jurisprudencia constitucional podría comenzar justo desde la tutela del contenido esencial que es, no sólo de los principios, sino también de los derechos sociales, los cuales por el mero hecho de encontrar una positivización en el Capítulo III, carecerían de preceptividad directa. Frente a omisiones (relativas) el TC podría utilizar, conjuntamente al principio de igualdad, las disposiciones relativas a los principios del Capítulo III reconociendo la aplicabilidad inmediata del texto constitucional a través de las así llamadas sentencias aditivas (y pues la tesis crisafulliana de las ‘rimas obligadas’)²⁷. Y ello valdría a mayor razón si se tiene en cuenta la misma jurisprudencia constitucional española que deniega a los derechos sociales contenidos en el Capítulo III la sola capacidad de recurrir en seno al juez por la tutela de los derechos (norma programática), pero no también de vincular (esta vez en cuanto norma preceptiva) los poderes públicos que son llamados (*rectitus* sobre los que recae una carga constitucional puntual) a darle actuación. Siendo el principio norma parámetro en el control de constitucionalidad de la ley, con la jurisprudencia ‘aditiva’ se va a examinar justo la violación por omisión del texto constitucional. De esta forma, el TC puede tutelar todas aquellas situaciones subjetivas a través de una tutela (al menos) esencial del derecho.

No obstante ello, el debate (activo desde hace tiempo) en la doctrina española excluye que a los “principios rectores” (del Cap. III, Tit. I) y con estos a los derechos sociales prestacionales deba reconocerse la mera naturaleza jurídica y la relativa fuerza de las normas programáticas, afirmándose que los mismos pueden constituir parámetros en el juicio de constitucionalidad de las leyes en la misma medida de las otras disposiciones constitucionales²⁸.

En ausencia de expresas disposiciones constitucionales de garantía de dichos derechos prestacionales recogidos en el Capítulo III del Título I CE (que se limita a proclamar el valor normativo de los “principios rectores de la política social y económica”) y en otras disposiciones de la Constitución, y también teniendo en cuenta que los mismos (por expresa previsión del art. 53.3 CE) pueden ser exigidos no sólo en seno a la jurisdicción ordinaria según cuanto disponen las leyes que les dan actuación (por tanto no pueden constituir

²⁶ Así lo establece el artículo 68 de la Constitución Dominicana, así como el artículo 7, principio 13 de la Ley del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales.

²⁷ Según las palabras de Vezio Crisafulli (“La Corte costituzionale ha vent’anni”, en AA. VV., *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N. Occhiocupo, Bologna, 1978).

²⁸ Sobre la cuestión, cfr. al menos E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1983, III ed., p. 68 ss.; E. Cobreros Mendazona, “Reflexión general sobre la eficacia de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado”, en *Rev. vasca de admin. pub.*, 1987, n. 19, p. 251 ss.; J.R. Cossio Diaz, *Estado social y derecho de prestación*, Madrid, 1989, p. 251 ss.; L. Prieto Sanchis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1995, n. 22, p. 53 ss.; J.L. Carro Fernández.-Valmayor, “Derechos fundamentales socio-economicos y prestaciones esenciales”, en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Mertín-Retortillo*, vol. I, Zaragoza, 2008; J.L. Carro Fernández.-Valmayor, L. Miguez Macho, “Servicios sociales y crisis económica: los límites del Estado”, en AA.VV., *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público*, Madrid, 2011.

objeto de recurso de amparo frente al TC) – si seguimos el *iter* argumentativo del Juez constitucional italiano, en virtud de supuestos constitucionales similares en tema de relación entre derechos sociales y principio de igualdad (formal y sustancial) – dicho parámetro podría ser constituido por el Preámbulo, por el art. 1.1. del Título preliminar, por “los principios rectores” del Cap. III del Tít. I, por el art. 9.2, por el art. 14, leídos en una óptica interpretativa sistemática y evolutiva del mismo art. 53 de la Constitución española (con abertura del *amparo*²⁹ más allá de la misma previsión restrictiva del art. 53.3 CE).

Un camino interpretativo parecido es aquello mismo puesto en marcha con convicción por la doctrina española: “... cabe aceptar que los derechos prestacionales o, en general, los derechos sociales ostentan un mayor peso objetivo que subjetivo, o, si se prefiere, que su dimensión de normas objetivas ofrece unos perfiles mas acusados y mejor definidos que su dimensión de derechos subjetivos; justamente al contrario de lo que sucede con las libertades y con los derechos civiles. Pero tampoco esta diferencia puede ser absoluta, ni llegar al límite de que toda prestación haya de concebirse como un mero reflejo de normas objetivas. De los principios rectores del Capítulo III, tanto si presentan la fisonomía de derechos como si se formulan en términos de principio directriz, cabe obtener un contenido subjetivo prestacional que, *al menos en una pequeña parte, habrá de integrarse en el núcleo intangible, esto es, en aquella esfera en que la conciencia social, interpretada irremediamente por el Tribunal Constitucional, considera que no puede ser objeto de abandono si es que ningún precepto constitucional puede ser concebido como un enunciado superfluo*”³⁰.

Una lectura similar encontraría reconocimiento en el desarrollo de aquella argumentación que, en el fondo, parece ya anticipada por el mismo TC en el momento de calificar la naturaleza de los “principios rectores de la política social y económica”, la cual “hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente, el mandato a los poderes públicos y, en especial, al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta” (STC 45/1989, fj 4).

Las potencialidades evolutivas de tal lectura sistemática de la Constitución parecen todavía disponibles al razonamiento jurisdiccional del TC, según las orientaciones ya concretamente experimentadas por otras Cortes constitucionales europeas y por la doctrina competente³¹. Estas nuevas potencialidades interpretativas, por otra parte, están bien asumidas cuando se hace remarcar que “ello no empece, obviamente, las posibilidades de control que pudieran derivarse de la entrada en juego del principio de igualdad, del derecho a la tutela judicial efectiva o de cualquier garantía objetiva prevista por el ordenamiento constitucional, pero en estos casos serían estos derechos o garantías el parámetro constitucional de control dentro una interpretación sistemática y no, por sí solos, los principios rectores”³². Como bien se ejemplifica, en tal óptica, “por ejemplo, un derecho al “mínimo vital” podría construirse a partir del derecho a la vida (art. 15), del principio del Estado social (art. 1.1.), conectado a la dignidad de la persona (art. 10.1) y, en fin, de algún principio rector, como el derecho a la protección de la salud (art. 43), a una vivienda digna (art. 47), etcétera”³³.

En cuanto a la importancia de los derechos sociales, en el ámbito del constitucionalismo contemporáneo, más que atender a las diversas modalidades acogidas por los ordenamientos constitucionales de los diversos Estados, nos conciernen las formas jurídicas de su protección. Como ya se ha dicho, en particular en Italia, en España y en Alemania se ha conocido una evolución del derecho positivo, de la jurisprudencia y de la doctrina en el sentido del reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales, inalienables e imprescindibles, aunque en el marco de su afirmación gradual como respecto de la discrecionalidad del legislador.

En el ordenamiento italiano y en el español (aunque de forma diferenciada), el catálogo constitucional de los derechos sociales resulta tener una amplitud y sistematicidad inusual; su tutela es propia de los derechos constitucionales y no ya de aquellos ‘legales’, si bien en la doctrina se subraya cómo, bien

²⁹ En el caso dominicano, el amparo, establecido en el artículo 72 de la Constitución, esta reglado, junto a los principios rectores, en la ley del tribunal Constitucional No. 137/11, a partir del artículo 65.

³⁰ En el detalle, Luis Prieto Sanchis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1995, n. 22, p. 63 ss. En la misma dirección, entre los otros, cfr. ya A. Parejo, “Estado social y Administración pública, Madrid, 1983, p. 89 ss.

³¹ Entre otros, cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Turín, 1992.

³² Así F. Balaguer Callejón (coord.), *Manual de derecho constitucional*, Vol. II, Madrid, 2008, p. 308.

³³ Cfr. L. Prieto Sanchis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial ... cit., p. 53.

observado, sus formas de protección jurisdiccional no son aquellas prestadas a los derechos subjetivos (con la fuerza propia de la tutela resarcitoria y de aquella inhibitoria frente a actos lesivos de los mismos) sino aquella de los intereses legítimos, desde el momento en que su concreto ejercicio y su previsión legal opera a través de un «hacer» administrativo, que implica a la administración pública con su supremacía especial³⁴. Una aproximación ésta última destinada a ser radicalmente reconsiderada a la luz de los principios comunitarios, pero sobre todo, a la luz de la sentencia n. 500/1999 de la Corte di Cassazione acerca de la posibilidad de resarcir intereses legítimos, según las mismas modalidades de la protección de los derechos subjetivos³⁵.

Una segunda tipología reagrupa aquellas constituciones europeas que se limitan a reconocer a los derechos sociales una protección según «*standard*» medios, ni muy altos ni muy bajos; entre tales Constituciones encontramos aquellas de la Europa central y en particular la Constitución belga³⁶ y las Constituciones de Luxemburgo³⁷, Suecia³⁸, Finlandia³⁹, Francia⁴⁰ y Grecia⁴¹. Todavía con una intensidad distinta entre las Constituciones de los diferentes países, éstas últimas integran los derechos fundamentales en su interior, si bien no siempre de forma similar respecto a las previsiones constitucionales de protección judicial, ni respecto a la posibilidad del recurso constitucional.

En el último grupo, encontramos las Constituciones que colocan el «*standard*» medio más elevado en lo que concierne a la tipología de los derechos sociales reconocidos y la misma efectividad de su protección. Se trata en gran parte de Constituciones de Europa centro-meridional. Entre ellas encontramos la Constitución italiana⁴², a la cual se dedica a continuación un análisis particular, la española⁴³ y la portuguesa⁴⁴.

³⁴ Acreditadas tesis doctrinales (A. Pace, “La garanzia dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici ‘comuni’”, en *Scritti in onore di P. Barile. Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, Pádua, 1993), subrayan un cierto “énfasis” de los derechos sociales, ahora analizados bajo la perspectiva de su concreta justiciabilidad. El derecho y la justicia administrativa se convierten, en este contexto, en escenario obligatorio de verificación de la efectividad del derecho constitucional y de su propia tutela. Una lectura distinta atiende a la inmediata exigibilidad jurídica de los derechos sociales al interpretar el modificado art. 117, II párrafo, letra *m*, de la Constitución Italiana, según el cual – desde el momento en que “los niveles esenciales de las prestaciones”, allí sancionados, imponen al legislador estatal la individuación de los recursos económicos necesarios para la actuación administrativa – no parece poderse acoger posteriormente la orientación del juez que hablaba de los derechos sociales como derechos financieramente condicionados” (en este último sentido cfr. también S. Gambino, “Normazione regionale e locale e tutela dei diritti fondamentali (fra riforme costituzionali, sussidiarietà e diritti fondamentali)”, en A. Ruggeri - L. D’andrea - A. Saitta - G. Sorrenti (ed.), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Turín, 2007).

³⁵ Sobre este punto cfr., entre otros, F. Siciliano – D. D’alessandro, “L’integrazione comunitaria e la giustiziabilità delle posizioni con particolare riguardo al risarcimento dei danni da lesione di interesse legittimo”, en S. Gambino (ed.), *Costituzione italiana e diritto comunitario ... cit.*

³⁶ Cfr. K. Lenaerts – P. Van Ypersele – J. Van Ypersele, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de la Belgique”, en J. Iliopoulos Strangas (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux ... cit.*

³⁷ Cfr. R. Schintgen, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique du Luxembourg”, en J. Iliopoulos Strangas (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux ... cit.*

³⁸ Cfr. L. Westerhall, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de la Suede”, en J. Iliopoulos Strangas (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux ... cit.*

³⁹ Cfr. K. Tuori – N. Bruun, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de la Finlande”, en J. Iliopoulos Strangas (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux ... cit.*

⁴⁰ Cfr. M.L. Pavia – D. Rousseau, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de la France”, en J. Iliopoulos Strangas (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux ... cit.*; D. Roman, “La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l’édification d’un Etat de droit social”, in D. Roman (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux* (2011); I. Ciolli, “La tutela dei diritti sociali in Francia e in Italia”, en AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005; M. Calamo Specchia, “La protezione dei diritti economici e sociali in Francia tra Costituzione nazionale e diritto europeo”, en S. Prisco (a cura di), *Unione Europea e limiti sociali al mercato*, Torino, 2002; F. Legendre, “Le cout économique des droits sociaux”, in *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Strasburgo, 2003; L. Gay, “Les droits sociaux constitutionnels en France: particularisme ou normalisation?”, en AA.VV., *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruxelles, 2006; M. Borgetto, “Le Conseil constitutionnel, le principe d’égalité et les droits sociaux”, en *Frontières du droit, critique des droits: billets d’umeur en l’honneur de D. Lochak*, Paris, 2007; C.-M. Herrera, “Etat social et droits sociaux fondamentaux”, Paris, 2006.

⁴¹ Cfr. J. Iliopoulos Strangas – G. Leventis, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de la Grèce”, en J. Iliopoulos Strangas (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux ... cit.*

⁴² Cfr. G. De Vergottini, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de l’Italie”, en J. Iliopoulos Strangas (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux ... cit.*; M.P. Elie, “Les droits sociaux constitutionnels en Italie”, en L. Gay (dir.), *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruxelles, 2006; J.-J. Pardini, “Principe de gradualité et droits sociaux de prestation (ou l’effectivité partielle de la norme constitutionnelle en Italie)”, en L. Gay (dir.), *Les droits sociaux fondamentaux ... cit.*

⁴³ Cfr. M. Rodríguez-Piñero, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de l’Espagne”, en J. Iliopoulos Strangas (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux ... op. cit.*; G. Ruiz-Rico Ruiz “Fundamentos sociales y políticos en los derechos sociales de la Constitución española”, en *Revista de Estudios Políticos*, n. 71, 1991, J.J. Solozábal Echevarría, “El Estado social como Estado autonómico”, en *Teoría y realidad constitucional*, n.º 3, 1999, J.J. Solozábal Echevarría, “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, en

De lo expuesto brevemente sobre la experiencia constitucional contemporánea, podemos concluir esta aproximación general afirmando que en la investigación constitucional comparada se observa la ausencia de un concepto compartido en materia de cualificación y de protección de los derechos sociales, diferenciándose las diversas previsiones constitucionales según las distintas soluciones, su cualificación jurídica y la propia capacidad jurídica de tales derechos. La cuestión central observada en tal aproximación está relacionada con el estatuto constitucional, o simplemente legislativo, de los mismos.

En cuanto a esta última cuestión puede afirmarse que en la gran parte de las Constituciones de los Estados europeos, los derechos sociales son catalogados en el propio ámbito de las disposiciones constitucionales destinadas a reconocer y proteger los derechos fundamentales clásicos, mientras sólo en pocos casos los derechos son excluidos del elenco (catalogo) de los derechos fundamentales o son titulados de modo diferente. En estos últimos casos, la asimilación de los derechos sociales con aquellos fundamentales parece implicar efectos jurídicos de relevancia⁴⁵.

En realidad, sólo el ordenamiento constitucional italiano, el español, el portugués, el alemán – en razón de su concepción normativa de la Constitución entendida como norma jurídica superior («*hinner law*») respecto a las leyes – parecen contener una disciplina constitucional (por sus principios y con disposiciones de detalle) adecuada para hacerse cargo de los «*standard*» más elevados de protección de los derechos sociales. En los otros ordenamientos contemporáneos, al contrario, prevalece una discrepancia significativa en cuanto a la importancia de los regímenes de protección de los derechos sociales, que parece atribuir una protección amortiguada a estos últimos respecto a la protección acordada para los derechos subjetivos, las ‘libertades negativas’.

De la definición teórico-constitucional del Estado social y más en particular del encuadramiento de los derechos sociales como derechos inviolables de la persona se pasa a verificar el grado de efectividad de los mismos en el ámbito de los Estados que prevén una protección de los derechos sociales no diferenciada respecto a los demás derechos fundamentales (de primera y segunda generación), no puede no verse el estridente contraste entre sus previsiones como derechos universales y absolutos y el relativo, incluso deprimente, grado de efectividad. El argumento que sostiene una situación similar se da en el hecho de que los derechos sociales (educación, salud, seguridad social, etc.) “cuestan” y el Estado (en Italia como en otros Países europeos) conoce serios problemas de fiscalidad⁴⁶.

En este sentido, la cuestión del coste de los derechos sociales constituye un punto de vista importante pero no resolutivo en el estudio sobre la estructura misma de tales derechos. La lectura que da el derecho, sobre todo la jurisprudencia constitucional, nos lleva, sin embargo, a observar cómo el coste de los derechos sociales no es tal como para poder incidir sobre la estructura de los derechos constitucionalmente garantizados. Por otro lado, la doctrina más autorizada viene desde hace tiempo subrayando que el coste de los derechos sociales constituye un falso problema, desde el momento en que ello es un elemento intrínseco a todos los derechos constitucionales, también de aquellos clásicos de libertad⁴⁷.

1.2. Los derechos sociales en el ordenamiento italiano (Constitución, leyes y Juez constitucional)

Revista de Estudios Políticos, n. 71, 1991, J.L. Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, 1988; J.R. Cossio Diaz, *Estado social y derecho de prestación*, Madrid, 1989.

⁴⁴ Cfr. J.C. Vieira De Andrade, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique du Portugal”, en J. Iliopoulos Strangas (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux ... cit.*

⁴⁵ Como observa, bajo tal perfil, C. Grewe (“Les droits sociaux constitutionnels: propos compratifs à l’aube de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne”, en *RUDH*, 2000; S. Gambino, “Diritti e cittadinanza (sociale) nelle costituzioni nazionali e nell’Unione”, in *La cittadinanza europea*, 2013, n. 2.

⁴⁶ Cfr. entre otros, cfr. al menos A. Baldassarre – A. Cervati (a cura di), *Critica dello Stato sociale*, Bari, 1982; S. Gambino (a cura di), *Il federalismo fiscale in Europa*, Milán, 2014.

⁴⁷ Como bien observa G. Lombardi, de hecho, “... no son las características estructurales lo que diferencia los derechos de libertad de los derechos sociales, sino que son las formas de tutela lo que produce distintos mecanismos de garantía ... ambos son derechos individuales (como ambos pueden ser también, en función de sus relaciones, derechos colectivos), y tanto unos como otros pede reconocerseles un alcance que no sólo afecta a las relaciones con los entes públicos sino que también se localiza en el ámbito de las relaciones interprivatos” (así en “Diritti di libertà e diritti sociali”, *Pol. del dir.*, n. 1, 1999); G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, 2007; J.C. Gavara De Cara, *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Barcelona, 2010; E. Diciotti, “Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica”, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2004.

El tema de los derechos sociales, en la doctrina europea y sobre todo en la italiana que precede la revisión del Tit. V de la Constitución (1999-2001) se limita, sobre todo, a las funciones desarrolladas en tema de garantías y de efectividad de los mismos por parte del juez ordinario y fundamentalmente por parte del constitucional⁴⁸. En el próximo estadio de debate científico, el análisis deberá centrarse (como ya ha empezado a hacerse) sobre las problemáticas constitucionales derivadas de la actuación del nuevo ordenamiento (‘neo-regional’ en tensión concretamente federal), con particular referencia a los contenidos de las recientes disposiciones como los artículos 114, 116, 117 y 119 Const. y en una interpretación de los mismos que asegure el respeto de los principios fundamentales de la Constitución (con particular referencia al principio de igualdad en su vertiente ‘personalista-solidario’)⁴⁹.

Si nos limitamos, a modo de mera ejemplificación, al análisis de la protección de un derecho social concreto, por ejemplo el de la salud, garantizado por el artículo 32 Const. (expresamente definido por la Constitución como derecho fundamental social), podemos observar cómo, respecto a la legislación anteriormente vigente en materia sanitaria, la constitucionalización de los ‘niveles esenciales de las prestaciones’ (operada con la renovada disposición del art. 117, párrafo II, letra *m*) constituye una relevante evolución en el ordenamiento sanitario y de la garantía de efectividad de la protección de la salud.

Para sus destinatarios de hecho en el nuevo marco normativo se evidencian nuevas situaciones jurídicas protegidas con el rango propio de los derechos subjetivos perfectos y no solamente en las tradicionales formas de protección acordadas para los intereses legítimos. En otros términos, si no leemos de forma errada la evolución ordinamental en materia de efectividad del derecho a la salud a la luz de las novedades constitucionales sanitarias, no habrá más espacio para una confirmación de la posición del Juez de la ley que asumía el derecho a la salud como ‘derecho financieramente condicionado’.

Por ejemplo la Corte Costituzionale aún en la sentencia n. 356/1992, donde afirmaba “en consideración a la limitación de los recursos, no podría consentirse un empleo de recursos ilimitado teniendo en cuenta sólo las necesidades; y viceversa en cuanto a los gastos que deberán ser comedidos respecto de la efectiva disponibilidad financiera”. No obstante esta jurisprudencia sería modificada en el fondo por una serie de importantes sentencias de los años ’90 (n. 247/1992, n. 267/1998; n. 309/1999) y recientemente en la sentencia n. 509/2000, en la cual el Juez de las leyes subraya que “el balance de valores constitucionales y la comparación entre objetivos determinados y los recursos existentes no puede dañar el *núcleo irrenunciable del derecho a la salud protegido constitucionalmente como valor inviolable de la dignidad humana*”.

Tal jurisprudencia constitucional hace referencia al control de constitucionalidad de específicas cuestiones traídas a colación por la disciplina contenida en el d.lgs n. 502 de 1992, y en particular por la determinación por parte de este último de los nuevos *standards* prestacionales, en favor de unos de tipo ‘universalista selectivo’, llamado a conformarse a los recursos disponibles, de una parte, y a inspirarse en los nuevos criterios «LEP», como impuestos por la necesidad, la eficacia clínica y por la buena práctica de los usos sanitarios en las intervenciones sanitarias previstas y erogadas. En la lectura que aquí se quiere proponer, por tanto, nos preguntamos si la renovada disciplina constitucional no se deba examinar también en referencia a la justiciabilidad de eventuales comportamientos omisivos de las administraciones sanitarias en cuanto “entes obligados a ofrecer los servicios en las áreas comprendidas en los niveles esenciales”, poniendo de relieve expresamente, de tal forma, la cuestión del impacto de las organizaciones públicas sobre la efectividad de los derechos. Y, aún todavía, si nos preguntamos si el respeto de los “niveles esenciales” no deba tomarse como un vínculo organizativo dentro del cual solamente pueden ejercitarse legítimamente la autonomía funcional de las organizaciones sanitarias.

También a partir de estas reflexiones se debe preguntar cómo el ‘nuevo’ marco constitucional previsto para las regiones y las autonomías locales se relaciona con tales principios debiéndose claramente asumir que la arquitectura constitucional de la ‘República’ tras las recientes reformas constitucionales (1999-2001) resulta sensiblemente modificada respecto al ordenamiento constitucional anterior, en el que el ámbito constitucional de las competencias legislativas regionales poco (o nada) incidían sobre el estatuto de la

⁴⁸ Cfr. M. Benvenuti, “Diritti sociali”, in *DigPub*, Aggiornamento, Torino, 2012, p. 261 ss.; D. Tega, “I diritti sociali nella dimensione multilivello fra tutele giuridiche e crisi economica”, in www.gruppodipisa.it, 2012; L. Trucco, “Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali”, in www.gruppodipisa.it, 2012; G. Razzano, “Lo ‘statuto’ costituzionale dei diritti sociali”, in www.gruppodipisa.it, 2012; S. Gambino, “Forma di Stato e federalismo fiscale. Spunti costituzionali e comparatistici”, in Id. (a cura di), *Il federalismo fiscale in Europa*, Milano, 2013.

⁴⁹ Entre otros, S. Gambino (ed.), *Regionalismo, federalismo, devolution, Competenze e diritti. Confronti europei (Spagna, Germania e Regno Unito)*, Milano, 2003; Id., “Cittadinanza e diritti sociali fra neoregionalismo e integrazione comunitaria”, en *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2003; *Regionalismi e statuti. Le riforme in Spagna e in Italia*, Milano, 2008.

ciudadanía.

Las consideraciones hasta aquí desarrolladas -en tal óptica- nos llevan a observar que las instituciones regionales y las autonomías locales, al menos hasta las recientes reformas constitucionales en materia territorial, no constituían el terreno electivo para la investigación en la temática relativa a la modalidad seguida (y por seguir) para hacer efectivos los derechos sociales, en la medida en que las regiones, y en menor grado las autonomías locales, no tenían atribuida la competencia en materia de derechos que quedaba comprendida en las instituciones estatales siendo protegida por la relativa jurisdicción⁵⁰ Un discurso similar debería valer para España, en relación con la compleja temática de las competencias de las CCAA en materia de derechos fundamentales y de la misma reforma de los Estatutos de Autonomía.

Desde esta perspectiva por tanto, la cuestión de los derechos fundamentales en el Estado regional, no parece ofrecer una visión de particular relevancia teórica si es considerada desde la óptica del ordenamiento anterior; ello es también debido a que el nivel regional no ha permitido evidenciar, al menos en la práctica, el perfil de la actuación de las competencias regionales capaces de influir en la efectividad de los derechos sociales, aquella temática relativa a la relación administrativa – como enervado por nuevos derechos de la más reciente legislación sobre reforma administrativa (derechos de participación en el procedimiento administrativo, derecho de acceso a los actos y documentos administrativos, derecho a la «privacy») – y a la reforma del ordenamiento local.

El tema de los derechos sociales, en el debate doctrinal, así, parece limitarse a las funciones desarrolladas por el juez ordinario y, sobre todo, por aquel constitucional en tema de garantías y efectividad de los mismos.

La intervención del Juez constitucional en materia de derechos sociales, como se sabe, ha sido requerida primordialmente en referencia a la violación del principio de igualdad por comportamientos omisivos por parte del legislador. Tras una prudencia inicial, la orientación del Juez de las leyes se ha afirmado en el sentido de reconocer rango plenamente constitucional a los derechos sociales, afirmándose, por parte del mismo, una serie de criterios guía a través de los cuales el propio juez conforma su propia doctrina⁵¹.

Estos derivan desde un principio de gradualidad de las reformas legislativas relativas a los derechos prestacionales (sentencia n. 173 de 1986 y n.º. 205 de 1995) a un principio de constitucionalidad provisional de una determinada disciplina (sent. n.º 826 de 1988), un principio de actuación parcial inconstitucional de un derecho social (sent. n.º 215 de 1987), hasta la necesidad de apreciación, al fin, de los límites financieros determinados por el balance y la necesaria consideración de la discrecionalidad del legislador sobre la definición del «quantum» de las prestaciones sociales que la Corte debe de todos modos evaluar según un necesario parámetro de racionalidad (sent. 180 de 1982 y 455 de 1990 en el tema de las prestaciones sanitarias

Acompañándose del reconocimiento de la gradualidad de la elección legislativa, el esfuerzo de la Corte Constitucional, dispuesto a dar efectividad a los derechos sociales, nos lleva a asegurar la efectividad de tales derechos, reconociéndolos como “derechos perfectos” y asegurándoles una protección inmediata, también en aquellas situaciones en las que careciesen de una reglamentación y de protección del legislador.

Para el Juez constitucional italiano, por lo tanto, también los derechos sociales, y a «fortiori» aquellos de prestación positiva legislativamente condicionados, asumen – al par de los demás derechos fundamentales – el rango de “derechos inviolables irrenunciables de la persona, en tanto que expresiones de valores o principios constitucionales supremos”⁵². De forma breve, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se subraya cómo los derechos sociales deben ser garantizados con una protección constitucional plenamente comparable a aquella asegurada a los otros derechos fundamentales; en cuanto que tales, también los

⁵⁰ Entre otros, cfr. T. de la Quadra-Salcedo Janini, “El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la Stc 247/2007, de 12 diciembre”, en *Revista general de Derecho constitucional*, 2008, n. 5.

⁵¹ Para un tratamiento orgánico en la materia cfr. C. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Pádua, 1996); A. Baldassarre, “Diritti sociali”, in *Enc. giur.*, XII, 1989; M. Benvenuti, “Diritti sociali”, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche, Aggiornamento*, Turin, 2012. El análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional confirma este asunto (Sentencias C.C. nn. 11 de 1969; 2 de 1972; 243 de 1974; 243 de 1985; 192 de 1987; 31 de 1983; 219 de 1984; 114 de 1985; 165 de 1986; 210 y 433 de 1987; 532, 633, 1000, 1133 de 1988; 234, 447, 623, 829, 924, 1066 de 1988; 372 de 1989; 49 de 1991; 75 de 1992; 3 de 1991). Para referirnos solo a las sentencias más recientes, cfr. las nn. 10/2010, 66/2011, 161/2013, 222/2013”.

⁵² Es el caso, vg. de la tutela de la salud, del derecho a la vivienda, del derecho al trabajo. Cfr. F. Modugno, *I ‘nuovi diritti’ nella giurisprudenza costituzionale*, Turin, 1995.

derechos sociales son irrenunciables, inalienables, indisponibles, intrasmisibles e inviolables. Todo ello no obstante que la operatividad de tales derechos, como derechos de pretensión de prestaciones públicas pueda y deba ser “cerciorada caso por caso, sin confundir que ello sea posible en virtud de la sola eficacia normativa de la Constitución con que ello sea históricamente posible”⁵³, a través de leyes que hayan establecido una determinada disciplina de la materia.

La cuestión objeto de nuestro análisis con específica referencia a las relaciones existentes entre competencias legislativas de las regiones y garantías acordadas por el principio constitucional unitario (art. 3 CI) puede ser útilmente afrontada acudiendo, entre otras, a la orientación del Juez de las leyes italiano en la sentencia n. 109/1993. En ella se prevé que el ejercicio del poder estatal de conceder facilidades a las empresas de prevalente dirección femenina encuentra su justificación en la “necesidad de asegurar condiciones de uniformidad sobre todo el territorio nacional” en aplicación de un valor constitucional primario, como es la realización de la igualdad efectiva de las mujeres y de los hombres en el campo de la empresa. Tratándose de medidas dirigidas a superar condiciones de desigualdad entre sujetos (discriminación en razón de sexo), éstas “*comportan la adopción de disciplinas jurídicas diferenciadas en favor de las categorías sociales desfavorecidas, también derogando el principio general de paridad formal de trato, establecido en el art 3.1 de la Constitución*”. Tales diferenciaciones exigen – según las palabras de la Corte – que “*su actuación no pueda sufrir deformidad o derogaciones en relación a las diversas áreas geográficas y políticas del país*”. De hecho, si se pusiese en peligro la aplicación uniforme en todo el territorio nacional, el riesgo de que las ‘*acciones positivas*’ se transformen en factores creadores de disparidad de trato, no justificados en el imperativo de reequilibrio de las situaciones de desventaja social ligadas a las condiciones personales del ser mujer, sería del todo evidente.

En relación al principio de igualdad (formal y sustancial) y autonomía territorial confirma una trayectoria jurisprudencial constante mediante la cual la Corte excluye o limita las competencias regionales (sea de las regiones ordinarias que especiales) cada vez que estas vengán a incidir sobre intereses o derechos fundamentales⁵⁴. Ello constituye una confirmación del interrogante sobre quién sea, en el ‘Estado regional’, el garante de la efectividad de los derechos sociales.

Problemas similares se desprenden de un modelo de Estado federal o de regionalismo fuerte, como el previsto actualmente en el texto de revisión del Tit. V de la Constitución y en el regionalismo español. De nuevo es el Juez de las leyes el llamado a hacer valer, en el eventual conflicto de competencias o en la protección de los derechos de ciudadanía (pero también de los derechos de la persona), la efectividad de valores y de bienes constitucionalmente protegidos, limitando la autonomía política de las regiones (y de los «*Laender*» y de los Estados en los Estados federales), cada vez que el legislador nacional (o del *Land*), en el ejercicio de su poder y de su responsabilidad, actúe en forma de tutela destinada a afirmar la igualdad y la dignidad uniforme de los sujetos sobre todo el territorio y por tanto tutelando a la ciudadanía prescindiendo de las articulaciones territoriales/regionales del País.

Las conclusiones que se pueden obtener de una remisión similar a la evolución de la jurisprudencia del Juez constitucional en el aseguramiento de la efectividad de los derechos sociales, nos llevan sin embargo a observar cómo las técnicas jurisdiccionales por parte de los jueces constitucionales son tales que provocan inestabilidad y mutabilidad en el grado de efectividad asegurado a tales derechos. Las técnicas de ponderación entre los intereses igualmente merecedores de tutela, de hecho, llevan al Juez constitucional a operar una comparación continua entre diversos principios y valores constitucionales y ello sobre la base del asunto según el cual el principio de ponderación o del balance entre bienes constitucionales representa un parámetro en base al cual deben determinarse los límites y el contenido de los derechos fundamentales y el trámite a través del cual se resuelven los conflictos que pueden surgir entre bienes constitucionalmente conexos.

La técnica del ‘balance’ entre los intereses constitucionalmente protegidos – entre los cuales se releva el mismo límite del equilibrio financiero en virtud del art. 81 Const. – que la Corte utiliza para garantizar una efectividad parecida de los derechos sociales no esta exenta de incertidumbres y de ambigüedades, siendo afectada por las condiciones políticas y económicas del momento. Como ha hecho bien observar la doctrina,

⁵³ Cfr. A. Pace, *op. cit.*, pp. 61 y ss.

⁵⁴ Cfr. sent. C.C. n. 40 de 1993 sobre la relación entre acciones positivas y principio de igualdad. Sobre el tema en general cfr. también G. Grottanelli De’ Santi, “Perequazione, eguaglianza e principi dell’ordinamento”, en *Giur. cost.*, 1978, p. 710.

cuando se aplica a los derechos fundamentales y más en general al derecho constitucional, “*dicha técnica puede comprometer cada significado de la Constitución: en términos de preferencia jerárquica del sistema de las fuentes, en términos de decisión o de acuerdo fundamental político-institucional, en términos de garantía estable para los individuos y bajo cada perfil relacionado con un ordenamiento social que se ha dotado de una ley fundamental escrita*”⁵⁵. Una perspectiva - esta última - que (ha llevado y aún) lleva a considerar el Juez constitucional como verdadero legislador positivo, cuya ambigüedad aún preocupa a la más atenta doctrina italiana, como en general a la doctrina europea y internacional cuando nos hacemos la pregunta de «*quis custodiet custodes*».

1.3. El Estado social y democrático, entre actuación y crisis

Las problemáticas supuestas por la actuación del modelo de Estado social son conocidas⁵⁶. Incluso antes que en la dirección aportada a la orientación política y económica por parte de los gobiernos, estas son debidas esencialmente a la firmeza del presupuesto público y pues a la compatibilidad económica en el gasto público necesario para garantizar el ejercicio de los derechos sociales por parte de los respectivos titulares (que al menos por algunos de ellos corresponden a la entera audiencia de ciudadanos y de los sujetos presentes en el territorio nacional); si, de hecho, el sistema económico entra en crisis y no se producen más rentas en la medida prevista, las finalidades del Estado social (inevitablemente) se convierten en irrealizables bajo el punto de vista de la actuación legislativa⁵⁷, perdiendo las garantías establecidas por la misma protección jurisdiccional.

Las problemáticas creadas por el Estado social reenvían, así, al tema central que en la actualidad está en discusión en el centro del debate europeo (e internacional) acerca de los efectos producidos sobre las políticas públicas por los procesos de globalización de la economía⁵⁸. Se trata en síntesis del tema de la funcionalidad general del Estado respecto a la estructura política y jurídica (en el contexto abierto hace tiempo a procesos siempre más crecientes de integración europea y de mundialización de la economía), sin que el objetivo de garantizar los principios de justicia social venga puesto seriamente en cuestión.

El problema del Estado social, pues, estaba (y está) situado en sus rasgos fundamentales, constituidos – más allá que por la disponibilidad de recursos erariales recaudables mediante la imposición fiscal – por la misma capacidad y calidad representativa de la democracia, de la adecuación de las medidas utilizadas por la tutela de los intereses representados y, al mismo tiempo, por la transparencia apta a asegurar el normal y el eficaz funcionamiento de las instituciones representativas respecto a las presiones de los intereses particulares en campo (tal vez ocultos e ilícitos), en una palabra por la efectividad del principio democrático. Todo ello se traduce en la calidad y en la cantidad de la legislación necesaria para dar actuación a las finalidades del Estado social y más en general a aquellas del Estado constitucional democrático y social.

La concreta evolución registrada en los sistemas políticos e institucionales de los Países europeos permite observar que las intuiciones antes aludidas no parecen haber encontrado gran éxito en el plano político y en la praxis constitucional. Al modelo (tal vez degenerativo) de Estado social a veces perseguido por la praxis legislativa tiende, así, aunque paulatinamente, a flanquear, con la jurisprudencia constitucional sobre los derechos sociales y en el tema de igualdad (formal y sustancial)⁵⁹, un nuevo modelo que se inspira en los principios y en los valores de reequilibrio social y de tutela del pleno desarrollo de la persona humana; un modelo que, bajo otros aspectos, parece corregir los límites del Estado social (y aquellos relacionados con su

⁵⁵ Cfr. R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1992.

⁵⁶ Cfr. C. Mortati, “Nozioni sulle forme di Stato”, en Id., *Le forme di governo*, Pádua, 1973, p. 61 ss.; J. De Esteban, “La función transformadora de las Constituciones occidentales”, in AAVV, *Constitución y Economía. La ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales*, Madrid, 1977; E. Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, 1981.

⁵⁷ Cfr. C. Mortati, *Le forme di governo ... cit.*, pp. 63-64.

⁵⁸ Entre otros, cfr. P. de Vega, “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, in *REP*, n. 100, 1998; C. de Cabo, *La crisis del Estado social*, Madrid, 1986; N. Bobbio, *Crisis de la democracia*, Barcelona, 1985; L. Parejo, *Estado social y administración pública*, Madrid, 1983; A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Bari, 2002.

⁵⁹ Cfr. Cavasino E., Scala G., Verde G. (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Torino, 2014; G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, 2007; J.C. Gavara De Cara, *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Barcelona, 2010; E. Diciotti, “Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofía analítica”, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2004.

misma connotación de Estado administrativo)⁶⁰, devolviendo mayor significado a la fórmula, que no es sólo del Forsthoff, del ‘Estado social de derecho’⁶¹. Un modelo de Estado – éste último – que está condicionado por la economía y por la política en el que, como se hace (recientemente) observar de forma convincente, “el fundamento de los derechos sociales ya no reside más – por lo visto – en la Carta constitucional (y en otros documentos normativos todavía, también de origen externa) sino sólo en los recursos disponibles”⁶². En este modelo de Estado, la crisis la crisis de la ley⁶³ corresponde a una aparente fortalecimiento del poder ejecutivo, que establece un proceso de transformación ya avanzado en el equilibrio de los poderes del Estado constitucional contemporáneo, con la relativa depreciación de las funciones de garantía efectiva de los derechos por parte de los parlamentos en la dirección de una mayor efectividad de las garantías jurisdiccionales llevada a cabo por los jueces ordinarios, constitucionales, europeos⁶⁴.

De ahí se deriva – como ha sido bien puesto en evidencia – que, como en los ordenamientos liberal-democráticos era a la ley que se debía la plena protección de la igualdad de los sujetos y de los derechos previstos en la Constitución, al contrario, “un ordenamiento fundado sobre el equilibrio entre el principio de libertad (positivo) y aquello de igualdad conlleva inevitablemente a fomentar la importancia de la ‘justicia política’ y a reconocer en línea de principio una interpretación ‘activista’ del papel del juez, en cuanto está llamado a menudo a operar equilibrios de valor, en particular, a mediar ‘de forma razonable’ entre instancias de libertad y exigencias sociales, entre derechos individuales y derechos sociales ... Como en el clásico Estado de derecho liberal la cláusula libertad-propiedad funcionaba como principal criterio de repartición de las competencias (entre legislación y administración) y de principio de ordenación en el proceso decisional, así en aquello democrático los ‘derechos sociales’, al igual de aquellos de libertad, juegan un papel importante, no sólo en la repartición de las atribuciones (ej. reserva de ley) sino sobre todo en el reequilibrio de las posiciones de los sujetos implicados en el complejo proceso decisional de nuestros tiempos”⁶⁵.

Como resultado complessivo de esta evolución, se debe tomar conciencia de que las constituciones se han quedado a menudo (al menos de forma parcial) inacabadas sobre todo en los valores de fondo y en los principios de igualdad sustancial que las inspiran.

La compleja arquitectura del constitucionalismo contemporáneo a la cual están relacionadas la gran mayoría de las presentes conquistas en términos de libertad y de justicia social, al principio del nuevo milenio, así, parece deshacerse y alterarse bajo el efecto de una multitud de fuerzas y de tendencias que hacen vacilar aquellas formas y aquellos modos de ser del Estado constitucional (democrático, social y de derecho) que parecían, sólo hace medio siglo, sólidos y definitivos ya adecuados a una a una democracia concebida como patrimonio de cada uno y de todos. El ‘Estado soberano’, el ‘Estado social’, el ‘Estado de los partidos’, manifestaciones históricas de aquella forma de Estado y de aquella democracia que conjuga libertad y equidad, pluralismo social y pluralismo de los poderes, manifiestan en la actualidad los signos de

⁶⁰ Cfr. C. de Cabo, *La crisis del Estado social*, Madrid, 1986; Id., “Democracia y derecho en la crisis del Estado social”, in *Sistema*, nn. 118-119, 1994; C. Offe, *Contraddiciones en el Estado del Bienestar*, Madrid, 1990; J. Corcuera, M. A. García Herrera, *Derecho y Economía en el Estado social*, Madrid, 1988.

⁶¹ Cuyo cfr., al menos, “La Repubblica Federale tedesca come Stato di diritto e Stato sociale”, in *Riv. trim. di dir. pub.*, 1956, nonché (nella traduzione italiana a cura e con introduzione di C. Amirante) *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973; Id., “Concepto y esencia del Estado social de derecho”, in AA.VV., *El Estado social*, Madrid, 1986; Id., *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, 1975; P. De Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1985; W. Schmidt, “I diritti sociali nella Costituzione della R.F.T.”, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1981; Id., “La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social”, in J. Corcuera Atienza, M.A. Gracia Herrera (eds.), *Derecho y economía en el Estado social*, Madrid, 1988.

⁶² En la doctrina italiana A. Ruggeri, “Crisi economica e crisi della Costituzione”, in *Consulta on line*, 2012; C. Salazar, “Crisi economica e diritti fondamentali”, in *rivistaaic.it*, 4; A. Spadaro, “I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)”, in *www.rivistaaic.it*; L. D’Andrea, “Diritto costituzionale e sistema economico: il ruolo della Corte costituzionale”, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Torino, 2011; C. Salazar, “Brevi note sulla giustiziabilità dei diritti sociali nel giudizio incidentale (e una prima conclusione: l’apparenza inganna)”, in *Corte costituzionale e sistema istituzionale ... cit.*; L. Trucco, “Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali”, in *www.gruppodipisa.it* (2012); S. Gambino S., W. Nocito, “Crisi finanziaria e diritti fondamentali fra trasformazioni del costituzionalismo e incertezze sul futuro europeo”, in B. Caruso, F. Fontana, *Lavoro e diritti nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, 2014.

⁶³ Cfr. M. García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977; C. de Cabo, *La crisis del Estado social ... cit.*, p. 41 ss.; M. Bassols, *Constitución y sistema económico*, Madrid, 1985; J. Corcuera, M.A. García Herrera (dir.), *Derecho y economía en el Estado social*, Madrid, 1988; A. Porras Nadales, *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, Barcelona, 1988; G. Ruiz-Rico Ruiz, “Fundamentos sociales y políticos en los derechos sociales de la Constitución española”, in *Revista de Estudios Políticos*, 1991, n. 71.

⁶⁴ En la amplia bibliografía, sobre el tema, cfr. también nuestro “Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell’Unione, convenzioni internazionali, costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti”, in *www.federalismi.it*, n. 13/2014.

⁶⁵ Así A. Baldassarre, “Diritti sociali”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, p. 10.

sus decadencias, implicando en sus crisis aquellos principios y aquellos valores que representan la estructura básica del entero constitucionalismo del segundo posguerra.

La crisis del Estado se revela, en este escenario evolutivo, como una crisis profunda y compleja ya que variegada e poliédrica; una crisis de formas y de sustancia, de instrumentos y de objetivos. La discrasia entre medios y finalidades que erosiona la arquitectura ideal del constitucionalismo democrático resulta particularmente evidente e intensa en el proceso de ‘desestructuración’ del Estado social⁶⁶, en curso desde hace tiempo ya (aunque con intensidad y grados distintos entre un País y el otro), en presencia de la crisis económica que afecta la entera economía europea⁶⁷.

Con la crisis del sistema económico y del mercado laboral, así, el Estado social se manifiesta siempre más como una forma de Estado que proclama los derechos de todos pero sin poder asegurar su efectividad. La crisis económica, en esta óptica, se connota como idónea a atropellar la soberanía de los Estados, erosionando, al mismo tiempo (aunque con gradualidades diferenciadas entre un País y el otro), los mismos derechos fundamentales (sobre todo pero no sólo) sociales, su estatuto inderogable de derechos de la ciudadanía⁶⁸, resultando fuertemente condicionados/limitados los márgenes decisionales de los legisladores nacionales⁶⁹ en virtud de la necesidad de respetar los vínculos constitucionales ahora positivizados al fin de conformarse a las expectativas de la Unión europea⁷⁰ y resultando, en el fondo, afectada la misma protección jurisdiccional⁷¹.

La crisis del Estado social, en esta óptica, no sólo representa el fracaso de un modelo político de la economía que goza del mérito histórico de haber conseguido el equilibrio social en régimen capitalístico (‘la civilización del conflicto’), sino representa también el encubrimiento (si no incluso la tendencial descomposición) de un Estado constitucional que asume la dignidad del hombre como su punto de partida histórico-cultural y que fija una escala de valores irrenunciables (en cuanto inderogables) como base de esta dignidad y como línea guía de su propio desarrollo⁷².

Residiendo en el condicionamiento financiero de las políticas públicas redistributivas finalizadas a dar actuación al proyecto constitucional de la igualdad y de la justicia social y a garantizar la efectividad de los derechos (sociales y no), así, la crisis del Estado social se manifiesta no sólo como ‘crisis fiscal del Estado’⁷³ (por como ya aparecía hace unos décadas) sino como crisis constitucional (en el sentido de crisis de la Constitución como norma jurídica)⁷⁴, como una verdadera y propia crisis democrática.

⁶⁶ Cfr. M. García Pelajo, “El Estado social y sus implicaciones”, en Id., *Obras completas*, II, Madrid, 2009, pp. 1603 ss.; Id., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1997; A. Garrorena Morales, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, 1991; A. Baldassarre, A.A. Cervati, a cura, *Critica dello Stato sociale*, Roma-Bari, 1982.

⁶⁷ Entre los otros, cfr. F. Balaguer Callejón, “El Estado social y democrático de derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social”, in J.L. Monero Pérez, C. Molina Navarrete. M.N. Moreno Vida (dir.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, 2002; Id., “El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del derecho constitucional nacional”, in *Estudios em Homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho*, Coimbra, 2012; G. Guarino, “Análisis y crítica del Eurosistema desde la perspectiva del Tratado de Lisboa”, in *ReDCE*, 2008, n. 9.

⁶⁸ Cfr. M. Luciani, “Costituzione, istituzioni e processi di costruzione dell’Unità nazionale”, en *Scritti in onore di Jorge Miranda* (en curso de publicación); S. Gambino, “Diritti e cittadinanza (sociale) nelle costituzioni nazionali e nell’Unione”, en *La cittadinanza europea*, 2013, n. 2.

⁶⁹ Cfr. I. Ciolli, “I diritti sociali al tempo della crisi economica”, en *www.costituzionalismo.it* (2012, n. 3); D. Tega, “I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica”, en *www.gruppodipisa.it* (8-9 giugno 2012); M. Benvenuti, “Diritti sociali”, en *Digesto delle Discipline Pubblicistiche - Aggiornamento*, Torino, 2012.

⁷⁰ Cfr., recientemente, D. Mone, “La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed il potenziale *vulnus* alla teoria dei controlimiti”, en *rivistaaic*, n. 3/2014.

⁷¹ Cfr. P. Bianchi (a cura di), *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatori e Corte costituzionale*, Pisa, 2006; P. Carnevale - C. Colapietro, *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, Torino, 2008; R. Romboli, “Qualcosa di nuovo ... anzi di antico: la contesa sull’interpretazione conforme della legge”, en P. Carnevale - C. Colapietro, *La giustizia costituzionale ... cit.*

⁷² Cfr. L. Carlassarre, “Forma di Stato e diritti fondamentali”, in *Quad. cost.*, 1995, n. 1; F. Politi, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Torino, 2011; F. Fernandez Segado, “La dignità della persona come valore supremo dell’ordinamento giuridico spagnolo e come fonte di tutti i diritti”, in *www.forumcostituzionale.it*; G. Silvestri, “Considerazioni sul valore costituzionale della persona”, in *www.aic.it*; A. Ruggeri, A. Spadaro, “Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)”, in *Pol. del dir.*, 1991.

⁷³ Cfr. J. O’Connor, *La crisi fiscale dello Stato*, Torino 1977.

⁷⁴ Cfr. R. L. Blanco Valdés, *Il valore della Costituzione. Separazione dei poteri, supremazia della legge e controllo di costituzionalità alle origini dello Stato liberale*, Padova, 1997 (ed. spagn., Madrid, 1994); G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi ... cit.*, pp. 89 ss.; S. Gambino, W. Nocito, “Governance europea dell’economia, crisi degli Stati e diritti fondamentali: notazioni costituzionali”, en *La cittadinanza europea*, 2012, n. 2, *passim*.

Frente a la reducción de los recursos públicos y a la limitación de las prestaciones administrativas erogables por las instituciones estatales y territoriales, resulta comprometida la misma exigibilidad (y por tanto la justiciabilidad) de los derechos fundamentales sociales, caracterizados – estos últimos – como situaciones jurídicas financieramente condicionadas (no siempre resultando evidente, de todas formas, si se trata de un mero condicionamiento material y no también formal⁷⁵ y poniendo sin embargo las Cortes constitucionales frente al vínculo objetivo de los recursos disponibles, con las inevitables problemáticas por el en virtud de los vínculos constitucionales sobre la materia (sobre todo en la hipótesis de la eventual adopción de ‘sentencias adicionales de prestaciones’⁷⁶).

Si la doctrina constitucional no parece expresar incertidumbres acerca de la naturaleza preceptiva de los derechos constitucionales (sobre todo sociales) y, por tanto, acerca de su directa accionabilidad en calidad de situaciones jurídicas constitucionalmente garantizadas⁷⁷ y de la relativa tutelabilidad también frente a vínculos económicos, la jurisprudencia de las cortes constitucionales en los Países europeos (aunque de forma diferenciada de un País al otro) – fundándose sobre una interpretación sistemática de cada disposición constitucional de protección de derechos en armonía con lo dispuesto por el principio de igualdad (formal pero también sustancial) y con el principio de la inderogabilidad de la dignidad humana⁷⁸ – afirma la fundamentalidad de la garantía de los derechos como rasgo indefectible de la forma de Estado, no obstante se deba subrayar en dicha jurisprudencia la aceptación de la necesaria progresividad de la protección, de la discrecionalidad del legislador y, por último, más recientemente, de las exigencias constitucionales (de equilibrio) de las finanzas públicas⁷⁹.

La larga experiencia de las constituciones del ’900, empezada con la reapoderación del económico por parte del político, parece cerrarse, así, en virtud de un Estado siempre menos soberano, siempre más espectador inerte y caja de resonancia de grandes procesos económicos y decisionales, que se desarticulan más allá de sus fronteras geopolíticas y que lo eluden con su dinamismo, poniéndose por encima con su portada rindiendo incertos sus procesos decisionales. Nacido por gobernar la economía, por tanto, el Estado social termina por rendirse a sus exigencias, a sus fuerzas; fuerzas que se suman y se fertilizan, determinando la crisis del Estado soberano y, con ello, también la (el riesgo de) descomposición del mundo democrático, de sus instituciones, de sus leyes.

A la afirmación de la mundialización de los procesos económicos corresponde de hecho una crisis de la soberanía de los Estados sucedánea por la creciente centralidad del mercado y del contrato como categorías paradigmáticas de un nuevo constitucionalismo ‘conservador’, que se presentan como tales aptas a fundar nuevas interpretaciones de las mismas normas constitucionales que habían sido puestas a fundamento de los modelos de Estado social en las constituciones europeas del segundo posguerra.

⁷⁵ Cfr. A. Spadaro, “I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo ‘modello sociale europeo’: più sobrio, solidale e sostenibile), in *Rivista Aic*, 2012, n. 4; C. Salazar, “I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell’U.E.: un ‘viaggio al termine della notte’?”, in G. Ferrari (a cura di), *I diritti fondamentali ... cit.*; C. Panzera, “I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, n. 4; F. Angelini, M. Benvenuti (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Napoli, 2012; D. Bifulco, *L’inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003.

⁷⁶ Cfr. al menos C. Lavagna, “Sulle sentenze additive della Corte costituzionale” in *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984; G. Guarino “Le sentenze costituzionali manipolative”, in *Diritto e giurisprudenza*, 1967; L. Elia, “Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre ‘81-luglio ‘85)”, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985, pp. 299-321; C. Colapietro, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pisa, 1991; F. Politi, “L’applicazione delle additive di principio da parte dei giudici comuni e l’efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità”, E. Lamarque, “Il ‘seguito’ delle sentenze manipolative della Corte costituzionale presso i giudici comuni”, todos en AA.VV., “*Effettività e ‘seguito’ delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 181-197 y pp. 87-106; G.P. Dolso, “Le sentenze additive di principio. Profili ricostruttivi e prospettive”, in *Giur. Cost.*, n. 6, 1999.

⁷⁷ Cfr. A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all’uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999; B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali*, Napoli, 2001.

⁷⁸ Entre otros, cfr. J. Gonzales Pérez, *La dignidad de la persona*, Madrid, 1986; G. Rolla, “Il principio della dignità umana. Dall’art. 10 della Costituzione spagnola al nuovo costituzionalismo iberoamericano”, in F. Fernández Segado (ed.), *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*, Madrid, 2003; L. Sánchez Agesta, *El sistema político de la Constitución Española*, Madrid, 1980; A. Ruggeri – A. Spadaro, “Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)”, in V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino 1992; P. Häberle, “I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la Costituzione del pluralismo”, in M. Luciani (a cura di), *La democrazia alla fine del secolo*, Roma-Bari, 1994.

⁷⁹ Cfr. A. Baldassarre, “Diritti sociali”, in *Enc. giur.*, XII, 1989; C. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996; M. Benvenuti, “Diritti sociali”, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Aggiornamento, Torino, 2012, pp. 261 ss.; C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali ... cit.*, p. 127; A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti ... cit.*, p. 175 ss.; A. Ruggeri, “La Corte costituzionale davanti alla politica (nota minima su una questione controversa, rivista attraverso taluni frammenti della giurisprudenza in tema di fonti)”, in *Percorsi costituzionali*, 2-3/2010; D. Messineo, *Garanzia del contenuto essenziale e tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Macerata, 2010.

La crisis en la que se debate el Estado contemporáneo como Estado constitucional (*social, democrático, de derecho*) conlleva, así, a repensar en los *topoi* clásicos del constitucionalismo, es decir en los límites impuestos constitucionalmente a todos los poderes a tutela de los derechos fundamentales (y en dicha óptica a repensar también en los mismos límites del constitucionalismo separado de sus clásicos lugares, es decir del constitucionalismo despegado de la estatalidad, límites especialmente evidentes en la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Unión Europea en materia de *multilevel constitutionalism*, así como también en materia de niveles de protección de los derechos fundamentales sociales en materia laboral)⁸⁰.

Si la desestructuración de la soberanía y la decadencia del *Welfare State* han alterado profundamente los rasgos originarios del Estado constitucional, dicha menoscabada capacidad de intervención y de control de la economía termina por privar a los partidos y a los parlamentos de los instrumentos y de los objetivos tradicionales de la representación y de la decisión política, acentuando, de esta forma, en el nuevo siglo, aquella crisis de los actores y de las instituciones representativas en los que es posible leer también el declive del Estado contemporáneo como ‘Estado de partidos’ y del modelo de democracia representativa y participativa que lo fundamenta.

Estructuralmente inadecuados a representar y a mediar los nuevos conflictos y nuevos *cleavages* de la sociedad post-industrial, los protagonistas absolutos de la democracia representativa de la última mitad de siglo pasado, paulatinamente, dejan de ser los detentores exclusivos de la función de ajuste entre Estado y sociedad. Dicha función termina, de hecho, por ser a veces adelantada, a veces comprimida, tanto en el plan de las demandas sociales, que a menudo encuentran canales de democracia directa, como en el plan de los procesos de formación de las orientaciones colectivas que, siempre más fundados en las imágenes y en los mensajes directos de una política mediatizada y personalizada, se alejan de las formas y de los instrumentos tradicionales de la comunicación y de la actuación política. Tendencias ‘plebiscitarias’ y tendencias ‘públicas’ de la democracia, pues, que desarticulan el monopolio partidista de la representación de los intereses y solicitan procesos revisionísticos de sus identidad y de sus actuaciones. Dichos procesos, de todas formas, menoscaban, pero sin anular, los espacios de aquellos partidos que de forma más o menos adecuada han representado por más de una mitad de siglo la estructura material del Estado constitucional, abriendo, en el escenario del nuevo milenio, nuevos, cuanto ambiguos, horizontes para la democracia.

La crisis de la soberanía, la decadencia *del Welfare*, la *débaçle* del *Parteienstaat*, en breve, han alterado profundamente los rasgos de esta forma de Estado y de esta democracia con obvias y evidentes consecuencias por el positivo conseguimiento de las finalidades estatales, por el efectivo funcionamiento de las instituciones, por la garantía de las libertades individuales y colectivas, en breve, por la efectividad de las funciones (garantizadoras, reguladoras y redistributivas) del Estado constitucional.

La crisis de la estatalidad contemporánea, así, se presenta como algo más y distinto de un momento de dificultad del Estado análogo a aquello del que hablaba Santi Romano al principio del siglo pasado, en cuanto afecta aspectos de la civilidad y de la cultura considerados por mucho tiempo como un patrimonio definitivamente adquirido, un *acquis* histórico-constitucional asistido incluso por la calificación de una ‘cláusula de eternidad’, según la pertinente calificación de la competente doctrina⁸¹.

La crisis de la estatalidad, en otras palabras, ha violado y (todavía hoy) menoscaba la histórica pretensión de limitar el poder a través del derecho, reabriendo, con la evanescencia de los derechos sociales (pero no sólo), antiguas cuestiones de libertad y nuevos problemas de democracia. Dicho cambio estructural del Estado tiende pues a crear una ‘constitución material’ siempre más lejana de aquella formal y a transformar esta última en un “ordenamiento parcial”, en una red que limita sólo una parte de los poderes y de las tendencias que determinan el efectivo funcionamiento del Estado (y el concreto rendimiento) del sistema democrático.

2. Derechos sociales y derechos económicos en las constituciones nacionales y en el derecho de la Unión

La afirmación de los derechos sociales fundamentales resulta también problemática respecto al relativo

⁸⁰ Cfr. nuestro “Identità costituzionali nazionali e *primauté* eurounitaria”, en *Quaderni costituzionali*, n. 3/2012; B. Guastafarero, “Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e ‘controlimiti europeizzati’”, en *Quaderni costituzionali*, n. 1/2012.

⁸¹ Entre los otros, sobre el tema, cfr. también M. Dogliani, “Clausole di eternità e revisione totale nel pensiero di Peter Häberle”, en S. Gambino - G. D’Ignazio (a cura di), *Le revisione costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 2007; A.A. Cervati, “La revisione costituzionale”, en AA.VV., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997.

grado de reconocimiento y a las formas de tutela en el ordenamiento de la Unión Europea. Los ‘nuevos’ tratados de la Unión Europea (tratados de Lisboa), vigentes desde el 1 de diciembre de 2009, han impulsado con fuerza el progreso de integración europea. Dentro de su tradicional ‘*stop and go*’, el proceso atraviesa un estado crítico debido a la crisis financiera y económica, especialmente virulenta en algunos países miembros de la Unión. En este escenario evolutivo, la integración europea ocurre ahora con un pleno reconocimiento a los derechos (libertades y principios) sancionados en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea del mismo valor jurídico que los tratados (art. 6 TUE). Esta última disposición – seguida de la previsión de adhesión de la Unión al CEDH – rediseña este proceso de integración a través de los derechos y las identidades constitucionales nacionales⁸².

Actualmente, este camino evolutivo experimenta un importante avance en lo que se refiere a la positivización europea de los derechos fundamentales, de la mano de un (importante y complejo) diálogo entre las Cortes constitucionales, el TJUE y la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) que trata de garantizar jurisdiccionalmente los distintos y singulares niveles de garantía desde la óptica de un constitucionalismo multinivel con el que se vienen a confirmar plenamente las identidades constitucionales nacionales⁸³.

La garantía de los derechos fundamentales europeos, de un lado, y de otro, el respeto por parte de la Unión Europea a la identidad nacional de los Estados miembros, inmanente a su estructura fundamental, política y constitucional – en su posición de bisagra entre derecho primario de la Unión y constitucionalismo nacional – replantean los clásicos interrogantes en materia de “*primauté*” de derechos fundamentales entre los niveles constitucionales nacionales y el nivel propio del derecho primario de la Unión⁸⁴. El análisis, ni siquiera en esencia, nos lleva a sumir la vigencia de aquella lectura (más jurisprudencial que doctrinal) que a pesar de la ‘*comunitarización*’ de la Carta de derechos fundamentales de la Unión niega la primacía generalizada de tales derechos fundamentales europeos basándose en las garantías que de ellos predicen las constituciones nacionales.

Esto nos lleva a la cuestión suscitada por la integración europea y la eficacia de los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones nacionales, en el marco de los límites y reservas legislativas y jurisdiccionales constitucionalmente establecidas⁸⁵. Al respecto, surge una vez más la doctrina de los contra límites⁸⁶ acuñada por la Corte constitucional italiana, alemana (al menos hasta *Solange II*⁸⁷) y seguida por otras jurisdicciones constitucionales europeas, que niegan la primacía del derecho primario de la Unión en materia de principios y derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. El art. 4.2 TUE añade ahora el respeto de la Unión a las identidades nacionales, tanto políticas como constitucionales.

Si, por tanto, el derecho derivado de la Unión no plantea cuestiones excesivamente problemáticas, sí quedan en el aire las suscitadas por la jurisprudencia sobre los contra límites, a propósito de la controvertida primacía del derecho de la Unión sobre los principios y derechos fundamentales nacionales. Aunque no sirva para conferir a la Carta europea de derechos fundamentales el mismo valor (siquiera simbólico) de un “*bill of rights*”, el sistema constitucional europeo que resulta después de atribuirle el mismo valor jurídico de los

⁸² Cfr. S. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Nápoles, 2005; M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007; N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Nápoles, 2006; M. Cartabia, B. De Witte, P. Pérez Tremps (a cura di), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Valencia, 2005; V. Onida, “I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona” y T. Groppi, “I diritti fondamentali in Europa e la giurisprudenza “multilivello”, en E. Paciotti (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa*, Roma, 2011; S. Gambino, “Costituzionalismo ‘multilevel’, diritti fondamentali e Unione Europea”, en G. D’ignazio (a cura di), *Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Milán, 2011.

⁸³ A. Ruggeri, “Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e ‘controlimiti’ mobili, a garanzia dei diritti fondamentali”, *Rivista AIC*, 2011, núm. 1; A. Celotto, T. Groppi, “Diritto UE e diritto nazionale: ‘primauté’ vs controlimiti”, *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2004; A. Celotto, “Primauté e controlimiti nel Trattato di Lisbona”, in *Scritti sul processo costituente europeo*, Nápoles, 2009; S. Gambino, “La Carta e le Corti costituzionali. ‘Controlimiti’ e ‘protezione equivalente’”, *Politica del diritto*, 2006, núm. 3; F. Balaguer Callejon, “El derecho constitucional europeo y la Unión Europea”, in Id. (coord.), *Introducción al derecho constitucional*, Madrid, 2011; A. Barbera, “Esiste una ‘costituzione europea?’”, *Quaderni costituzionali*, 1, 2000; R. Toniatti, “Verso la definizione dei ‘valori superiori’ dell’ordinamento comunitario: il contributo della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”, en Id., *Diritto, diritti, giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Pádua, 2002.

⁸⁴ Cfr. G. Morbidelli, “La tutela giurisdizionale dei diritti nell’ordinamento europeo”, (AA.VV.), *Anuario 1999. La Costituzione europea*, Pádua, 2000; P. Bilancia, E. De Marco, *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milán, 2004.

⁸⁵ Cfr. M. Cartabia, *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007.

⁸⁶ Entre otros, cfr. S. Gambino, *Diritti fondamentali e Unione Europea*, Milán, 2009.

⁸⁷ BVerfGE 73, 339, Solange II, 22 de octubre de 1986.

tratados envuelve a tal ordenamiento de los derechos de una finalidad originaria, incluyendo entre sus competencias la de garantizarlos, en unidad con las garantías del mercado interior europeo⁸⁸.

La soberanía nacional y, con ella, las garantías brindadas a los derechos fundamentales no permiten opiniones preocupadas sobre el ulterior proceso de integración desde el momento que el sujeto singular está garantizado, en una lógica de protección multinivel, que asigna a las instituciones europeas y, sobre todo, al Tribunal de Luxemburgo el deber de ofrecer las máximas garantías a tales derechos en sintonía con la vía de interpretación del modo más favorable a los derechos humanos y libertad fundamentales, positivizado con fuerza jurídica en el art. 53 de la Carta europea de derechos fundamentales. Los mismos jueces nacionales, sean ordinarios sean constitucionales, dispondrán ahora de un nuevo parámetro cuando se trate de inaplicar una norma de la Unión a favor de la norma constitucional estimada más favorable al derecho en una aplicación por persona del estándar comunitario o nacional de que se trate⁸⁹.

El nuevo derecho de la Unión permite alcanzar algunas conclusiones ya argumentadas con claridad⁹⁰. En primer lugar, permanece como criterio que deberá guiar al intérprete de las relaciones entre los nuevos tratados y las constitucionales nacionales el de la “subdivisión de los respectivos ámbitos de actuación con base en el principio de competencia, permaneciendo cada ordenamiento fundado y orientado por su propia Carta constitucional”⁹¹. En caso de superposición de regulaciones de los diversos ordenamientos, los tratados gozan sin duda de supremacía y prevalencia sobre las constituciones nacionales. Toda vez que la supremacía afecta al ámbito de los principios y derechos fundamentales tal como son dispuestos en cada uno de los ordenamientos constitucionales nacionales cede a las constituciones nacionales y a sus custodios la última palabra, en una suerte de ‘primacía invertida’⁹². Con esta visión se confirma plenamente la ya mencionada interpretación según la cual los contra límites no constituyen tanto un muro de hormigón entre ordenamientos como un punto de articulación, de bisagra, de las relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros. Se convierten así en un elemento positivo y dinámico de la integración entre los respectivos ordenamientos respecto a los cuales el juez de ambos sistemas podrá reconstruir mejor y con más frecuencia el necesario diálogo entre Cortes, así como podrá nutrir la búsqueda jurisprudencial del más elevado nivel de protección en cada caso “en una aplicación ‘pro persona’ del estándar de protección comunitaria o nacional que corresponda”⁹³.

Los ‘constituyentes europeos’ no establecieron un ‘listón social’ más elevado en el seno de Europa y, como es sabido, se limitaron a combatir “el trato desigual (siempre que fuese) susceptible de obstaculizar el buen funcionamiento del mercado”⁹⁴. El silencio de los tratados originarios acerca de los derechos sociales⁹⁵ fue interrumpido primero por una valiente jurisprudencia pretoriana del Tribunal de Luxemburgo a partir de los primeros años setenta. En este sentido, probablemente, los primeros constituyentes demostraron una confianza excesiva en el papel propulsor del mercado y su relativa capacidad de crear condiciones sociales adecuadas para la cohesión e integración social y económica.

Tomados desde un punto de vista jurídico-constitucional, los derechos sociales contrastan, al menos hasta el Tratado de Lisboa, con su concepción y estatus jurídico constitucional en los ordenamientos contemporáneos de Europa⁹⁶. Con un acercamiento un tanto discutible, algún autor ha llegado a hablar de su

⁸⁸ Cfr. M. Cartabia, *I diritti in azione ... cit.*; U. De Siervo, “I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali nazionali”, G. Zagrebelsky, *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Roma-Bari, 2003.

⁸⁹ Cfr. A. Celotto, “Una nuova ottica dei controlimiti ... cit.”, p. 3.

⁹⁰ Cfr. M. Cartabia, “Unità nella diversità: il rapporto fra la Costituzione europea e le costituzioni nazionali”, en *Il diritto dell’Unione Europea*, núm. 3, 2005.

⁹¹ Cfr. M. Cartabia, “Unità nella diversità ... cit.”.

⁹² Cfr. M. Cartabia, “‘Unità nella diversità’: il rapporto tra la costituzione europea e le costituzioni nazionali”, en *www.giustamm.it*. En el mismo sentido cfr. también M. Cartabia, *I diritti in azione ... cit.*, pp. 57 ss., y A. Barbera, “Nuovi diritti: attenzione ai confini”, en L. Califano (dir.), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Turín, 2004, pp. 19 ss.

⁹³ Cfr. A. Celotto, “Una nuova ottica dei ‘controlimiti’ ... op. cit.”, p. 3.

⁹⁴ Cfr. F. Carinci, A. Pizzolato, “Costituzione europea e diritti sociali fondamentali”, en *Lavoro e Diritto*, 2000, Núm. 2, p. 286; A. D’Aloia, “Diritti sociali e politiche di eguaglianza nel processo costituzionale europeo”, en M. Scudiero (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo*, Nápoles, 2002, p. 852, vol. 1, t. 3.

⁹⁵ Cfr. F. Mancini, “L’incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri”, en *RDE*, Núm. 3, 1989.

⁹⁶ Sobre las relaciones entre Estado social y Unión Europea, cfr. C. De Cabo Martín, “Constitucionalismo del Estado social y Unión europea en contexto globalizador”, en *ReDCE*, n. 11, 2009, pp. 17-48; G. Amato, “Tra Stato sociale e dimensione europea”, en *www.aic.it* (13 maggio 2009); P. Grimaudo, “Integrazione europea e diritti sociali di fronte alle nuove condizioni dello sviluppo del mercato globale”, in *www.koreuropa.eu*.

‘funcionalización’ entorno a las exigencias de desarrollo económico y competitividad del mercado común europeo. El Tratado de Lisboa, evidentemente, supone una positivización de los derechos fundamentales clásicos, tanto por la vía de las previsiones de la Carta de los derechos fundamentales ahora juridificada, como por las garantías de los derechos fundamentales previstas en el Convenio de Roma (CEDH) y que también forman parte del derecho de la Unión en tanto que principios generales, como, por último, por la vía de las garantías los derechos previstos y protegidos por las disposiciones específicas en la materia previstas en los tratados. Se confirma entonces que los derechos, las libertades y los principios de la Carta son interpretables según las disposiciones generales de su Título VII, en el sentido de las explicaciones a las que se refiere la Carta misma. Su artículo 53 constituye la palanca necesaria para la individualización del parámetro de protección más elevado para la persona.

Desde tal perspectiva, queda claro que no puede hacerse una auténtica confrontación entre las garantías establecidas en la Carta de derechos fundamentales de la Unión y aquellas afirmadas en las constituciones nacionales, en conexión con las conferidas por las jurisdicciones constitucionales. Se verá de inmediato al tratar de la relación entre derechos sociales, derechos económicos y mercado. Por ahora se puede decir que con los nuevos tratados se registra una positivización de los derechos fundamentales, pero los catálogos de tales derechos no se corresponden con los previstos en las constituciones nacionales. En relación con estas últimas, faltan en la Carta europea de derechos principios fundamentales que puedan servir como criterio hermenéutico jurisprudencial a seguir en la comparación entre las diversas protecciones previstas en materia de derechos fundamentales europeos. La consecuencia es que estos últimos derechos se consideran todos ellos igualmente fundamentales y se difiere la necesaria valoración al juez de cada caso, según un principio de proporcionalidad que por esta razón se perfila como ‘invertido’, a decir de la más convincente crítica doctrinal⁹⁷.

En resumen, también desde la óptica de las nuevas disposiciones en derechos sociales establecidos en los ‘nuevos’ tratados estamos bastante cerca de las formas más débiles de protección de los derechos sociales, de suerte que el art. 151 TFUE prevé que “la Unión y los Estados miembros, *teniendo presentes* derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones”. Así, el marco normativo europeo permanece anclado a una evolución muy lenta del derecho de la Unión en torno a las políticas de desarrollo y cohesión compatibles con los derechos, en relación con cuya protección procede preguntarse sobre la prevalencia del derecho constitucional nacional o, en su caso, sobre la del derecho primario de la Unión, en el caso de antinómicas o regulaciones asimétricas.

En lo que concierne al rol de la jurisdicción europea y a la garantía de la eficacia de los derechos sociales, la doctrina constitucional y sobre todo la laboral hace tiempo que señalan que al menos los derechos de naturaleza laboral han experimentado ‘infiltraciones’ del derecho de la competencia y del mercado que altera significativamente su consistencia. Los nuevos tratados, en fin, demuestran que todavía estamos en presencia de formas débiles de protección de los derechos sociales y en todo caso poco comparables con la protección de la que gozan las ‘tradiciones constitucionales’ europeas. El marco depende por tanto de la lenta evolución institucional (y política) de la Unión hacia políticas de desarrollo y cohesión compatibles con los derechos.

En este sentido podemos afirmar que el art. 20 de la Carta de derechos en materia de igualdad constituye, en el fondo, un retroceso significativo respecto a las garantías de los estándares más elevados asegurados por las constitucionales sociales europeas contemporáneas. En una similar valoración crítica ha de tenerse en cuenta el importante espacio conferido por la jurisdicción comunitaria y convencional. En desarrollo de esta jurisprudencia, la Corte Europea pero sobre todo el Tribunal de Justicia de la Unión podrán quizá auspiciar una impronta al avance de los derechos fundamentales que parece más plausible a la luz de juridificación de los derechos fundamentales en el primer nivel de la Unión.

El cuadro normativo comunitario de los derechos sociales suscita mucha perplejidad, sea por lo que se refiere a la regulación positiva de tales posiciones jurídicas de naturaleza prestacional, sea por lo que atañe a

⁹⁷ Cfr. G. Azzariti, “Le garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Corte di Giustizia dell’Unione Europea”, en *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Padua, 2012.

la extensión misma del carácter de derechos inviolables y por tanto de principios supremos constitutivos del ordenamiento democrático, sea, en fin, por cuanto concierne a su efectiva justiciabilidad. Pero antes que nada, se suscita la cuestión central de la naturaleza de los correspondientes contenidos normativos de los principios fundamentales en que se inspiran. Surge así la pregunta de si existe un engarce entre el principio de igualdad formal y el principio de igualdad sustancial del estilo del que hay en las tradiciones constitucionales comunes más avanzadas de la Unión europea.

Por traer a colación, ni siquiera en esencia, la cuestión de la eficacia de la tutela judicial de las pretensiones de los sujetos, se observa cómo en la evolución más reciente del proceso de integración (y probablemente por tiempo todavía considerable en el futuro mismo del derecho de la Unión) parece remitir a una ulterior valoración del sistema jurisdiccional, en cuyo seno se podrá asistir, casi inevitablemente, a un nuevo protagonismo tanto del Tribunal de Justicia de la Unión como de los jueces nacionales. Esta relevancia se podrá expresar cuando el juez nacional se adhiere al criterio del comunitario, incluso cuando el juez nacional es el Juez constitucional, a través del instrumento de la cuestión prejudicial. Y también podrá ponerse de manifiesto, sobre todo, en la fase descendente, relativa a la no aplicación del derecho interno por contravenir la normativa de la Unión, que ya abarca tanto a las disposiciones de garantía de los derechos como a las que proclaman principios.

Por lo que se refiere a las relaciones entre el derecho de la Unión y el derecho interno no hay ninguna objeción digna de tener en cuenta, pues contamos con una jurisprudencia más que consolidada. De la sentencia *Van Gend en Loos*⁹⁸ y la sentencia *Costa/Enel*⁹⁹ en adelante, la prevalencia y aplicabilidad directa del derecho de la Unión constituye un principio fundamental plenamente conformado e identificado en el acervo europeo.

Respecto a la vigencia del derecho primario de la Unión sobre la normativa nacional ante una eventual antinomia, la Corte constitucional, en efecto, asume que el juez ordinario tiene el poder de desaplicar las leyes contrarias sin que se le exija que eleve cuestión de inconstitucionalidad por violación del art. 11 Cost.

Hay que mencionar en este orden de ideas el importante ‘considerando’ de la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*¹⁰⁰ y la sentencia *Kreil*¹⁰¹, así como las más recientes *Omega*¹⁰² y *Schmidberger*¹⁰³, en las que la dignidad humana además de la libertad de expresión y de reunión, en tanto valores y bienes jurídicos fundamentales, son asumidos como parámetro para justificar una restricción de una de las libertades proclamadas en los tratados (en concreto, la libertad de establecimiento y de circulación de mercancías). En el caso Omega se plantea la cuestión de si prohibir el ejercicio de una actividad económica basándose en la necesidad de proteger valores fundamentales consagrados en la Constitución nacional como, en aquél supuesto, la dignidad humana era compatible con el derecho de la Unión¹⁰⁴.

Desde nuestra específica óptica de análisis es de recibo profundizar en las relaciones entre las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, con especial atención a sus previsiones de protección de los derechos fundamentales (y, como derechos sociales, sobre todo al derecho de huelga y negociación colectiva) y el derecho y la jurisprudencia de la Unión. Así lo haremos por medio del ejemplo de algunas sentencias recientes del Tribunal de Justicia de la Unión que ponen de manifiesto una evidente asimetría entre las libertades económicas y los derechos sociales tal como están establecidos por los principios y las normas del derecho de la Unión y sus respectivas protecciones constitucionales nacionales.

⁹⁸ Sentencia de 5 de febrero de 1963, causa 26/62, *Racc.*, 1963, p. 3.

⁹⁹ Sentencia de 15 de julio de 1964, causa 6/64, *Racc.*, 1964, p. 1160.

¹⁰⁰ Sentencia de 17 diciembre 1970, C-11/70, § 3.

¹⁰¹ Sentencia de 11 de enero de 2000, C-285/98

¹⁰² Sentencia de 14 de octubre de 2004, C-36/02.

¹⁰³ Sentencia de 12 de junio de 2003, C-112/2000.

¹⁰⁴ El Tribunal de Justicia no vacila en asumir que “el ordenamiento jurídico comunitario tiene, sin duda, el fin de garantizar el respeto de la dignidad humana como principio general del derecho. Por tanto, es indudable que la protección de la dignidad humana es compatible con el derecho comunitario, siendo relevante a estos efectos que, en Alemania, el principio de respeto a la dignidad humana goza de un régimen particular como derecho fundamental autónomo” y, por tanto, “de un lado, la prohibición de explotación comercial de juegos que compartan la simulación de actos de violencia contra las personas, especialmente homicidios, corresponde al nivel de tutela de la dignidad humana que la Constitución nacional pretende asegurar en el territorio de la República federal de Alemania. De otro lado, es preciso constatar que, prohibiendo sólo la variante del juego láser orientada a tirotear humanos y por tanto a asesinar, la decisión controvertida no se ha excedido de lo necesario para conseguir el objetivo propuesto por las autoridades nacionales competentes”.

Toda vez que las tradiciones constitucionales deben ser respetadas con arreglo a lo dispuesto en el art. 4 del nuevo Tratado de la Unión.

En esta misma línea jurisprudencial acuñada en el Tribunal de Justicia de la UE pueden mencionarse algunas sentencias: *Viking*¹⁰⁵, *Laval*¹⁰⁶, *Rüffert*¹⁰⁷ y *Comisión c. República federal de Alemania*¹⁰⁸. A su vez, este elenco de sentencias revela una tendencia en la evolución del constitucionalismo europeo hacia una jurisdiccionalización del derecho constitucional, acercándose al *common law* desde el originario *civil law*. Cobra así sentido la pregunta de si se puede o no reconocer sólo al Juez de la Unión la interpretación de las nociones y garantías previstas en los tratados europeos y en las constituciones nacionales sobre el complejo equilibrio entre derecho (constitucional) al trabajo, derecho (comunitario) de la competencia y libertad de establecimiento. También procede preguntarse si la Carta europea de derechos fundamentales y su empleo como parámetro de legitimidad por el Tribunal de Justicia de la UE no incurre en el riesgo de desprestigiar las constituciones nacionales (o la protección de los derechos, como la negociación colectiva, que aquellas prevén) que desde luego no sería (no debería ser) de recibo a la luz de los arts. 52 y 53 de la Carta y del constitucionalismo multinivel allí previsto como criterio interpretativo de las disposiciones de la Carta. Estas últimas previsiones normativas obligarían (obligan) al Juez constitucional de cada país a aplicar las garantías de los contra límites al igual que la previsión de respeto de la identidad nacional política y constitucional (art. 4.2. TUE).

En relación con todas estas preguntas, la doctrina (constitucional y laboral) insiste en la asimetría entre las tradiciones y garantías constitucionales de los Estados y la cultura y las garantías del derecho primario de la Unión y destaca cómo la asimetría similar entre las garantías de las libertades económicas de los tratados y los derechos sociales se encuentra con un límite (implícito al menos) en la formulación positiva de la Carta de derechos fundamentales de la Unión “con la innovadora calificación de los derechos en categorías de valor” que nos propone¹⁰⁹.

Tal asimetría en el parámetro positivo y en la relativa garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales sociales en los niveles constitucionales nacionales y en el europeo llama inevitablemente la atención de la doctrina constitucional sobre los límites necesarios oponibles a la pretendida primacía plena del derecho de la Unión sobre las libertades y los derechos de los que se ocupan las constituciones nacionales.

Con la indicación al juez de la cuestión prejudicial de que verifique la proporcionalidad de la huelga en relación con su adecuación para aseverar el ejercicio de una libertad comunitaria fundamental (la libertad de establecimiento), el Tribunal de Justicia de la Unión, recurriendo al juicio de proporcionalidad, (especialmente en la sentencia *Viking*), termina por entrar directamente en el fondo de la cuestión. Se abre así a “un control penetrante e inédito del juez natural sobre las estrategias de la lucha sindical” perseguidas por las partes sociales en conflicto¹¹⁰. El riesgo evidente de similar jurisprudencia es, por tanto, que “con la intermediación del principio de proporcionalidad, se impone una reformulación del derecho de huelga en términos del inmenso valor que se concede a la solución de las controversias colectivas en los

¹⁰⁵ CGCE, 11 de diciembre de 2007, C-438/05

¹⁰⁶ CGCE, 18 de diciembre de 2007, C-341/05.

¹⁰⁷ CGCE, 3 de abril de 2008, C-346/06.

¹⁰⁸ CGCE, 15 de julio de 2010, C-271/08.

¹⁰⁹ Cfr. G. Azzariti, “Le garanzie del lavoro tra costituzioni ... cit., p. 8. En sentido parecido, las garantías establecidas en la Carta (en su situar en el mismo plano todos los derechos fundamentales, en ausencia de ponderación entre ellos) constituye sólo ‘un progreso aparente’ en relación con lo dispuesto por tratados precedentes, con la consecuencia (teórica y práctica) de que “no volverá a ser posible sacar del ‘texto constitucional’ o de la ‘esencia constitucional’ (a lo que ambiciona ser la Carta) una gradación de los derechos; no volverá a ser posible individualizar los principios que prevalecen, los que caracterizan el ordenamiento constitucional... todos los derechos situados en el mismo nivel, todos los fundamentos sin distinción, no volverá a ser posible ponderar los derechos... Una vez perdidas las propias bases textuales y el relativo tejido argumentativo, la ponderación podrá ser justificada sólo sobre la base de las diferentes enunciaciones de los derechos alineados uno detrás de otro, todos exactamente igual de fundamentales... Resultará a sí una ponderación ‘libre’ sino una en que los términos serán definidos – y hasta forjados - por el mismo juez” (Idem, p. 5). Con la remisión en este modo a un problemático equilibrio entre valores, conferido sólo al diálogo entre el juez comunitario y los jueces nacionales el derecho comunitario renuncia a dotarse de una ‘ley superior’ y se termina (Idem, p. 9) “por asignar a las Cortes el papel decisivo de determinar los derechos con base en el criterio jurisprudencial de la ‘proporcionalidad’...pero una proporcionalidad invertida porque se puede usar libremente ante la ausencia de prescripciones sistemáticas que puedan orientar al juez” (Idem, pp. 9-10).

¹¹⁰ Cfr. S. Giubboni, “Dopo Viking, Laval e Rüffert: in cerca di un nuovo equilibrio fra i diritti sociali e mercato”, en A. Andreoni, B. Veneziani, *Libertà economiche e diritti sociali nell’Unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Rüffert e Lussemburgo*, Roma, 2009, p. 123.

ordenamientos, como el italiano, en que tal principio no existe (al menos en el sector privado)”¹¹¹. Lo que lleva a una gran parte de la doctrina laboral a hablar de una auténtica y real degradación del derecho constitucional de huelga (garantizado por muchos ordenamientos europeos italiano, y por l’art. 40 CI) a la consideración de ‘mero interés’, que merecería protección “siempre que no exceda de los límites estrechos que a su ejercicio imponen los principios de adecuación y proporcionalidad”¹¹².

En una valoración muy crítica de la orientación jurisprudencial de Luxemburgo por lo que concierne al equilibrio entre las libertades económicas comunitarias y los derechos sociales constitucionalmente protegidos, en la perspectiva de los arts. 6.1 TUE, 28 y 53 de la Carta, argumentos convincentes denuncian el auténtico error lógico en que incurre, al no considerar los derechos sociales al mismo nivel que los derechos humanos, tal como se ha recordado antes con las sentencias *Omega* e *Schmidberger*. Además, es de recibo destacar que lo que revelan las sentencias examinadas (*Viking*, *Laval*, *Ruffert*) no es tanto la falta de reconocimiento del derecho de huelga sino el tipo de equilibrio al que se le somete en relación con el derecho de establecimiento protegido en el derecho de la Unión, y que termina por degradar la efectividad de la garantía constitucional reconocida al derecho de negociación colectiva, protegido en el art. 28 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión.

2.2. Algunas reflexiones finales

Con respecto al ejercicio de las funciones jurisdiccionales del juez nacional en presencia de principios o derechos fundamentales de la Unión Europea, en relación con el derecho vigente de la Unión (arts. 51, 52 y 53 de la Carta), se puede afirmar tanto que los mismos puedan conformar materia propia de la cuestión prejudicial como que puedan erigirse en pauta interpretativa de los actos sometidos a su consideración (‘interpretación conforme al derecho comunitario’). Precisamente en este espacio se discuten significativas cuestiones situadas en la intersección de los derechos y principios fundamentales del derecho de la Unión (entre otros piénsese en el bioderecho o el derecho de familia) con los constitucionales propios de cada país miembro, protegidos en normas que gozan de rigidez constitucional y control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Así, de un lado nos encontramos con el Tribunal de Justicia presidiendo el respeto al derecho en la interpretación y aplicación de los tratados europeos, y de otra a los jueces de los Estados miembros llamados a asegurar una tutela jurisdiccional efectiva en los sectores regulados por el derecho de la Unión Europea.

Siempre en el terreno de las conocidas como ‘cláusulas horizontales’ de la Carta, nos encontramos a la vez con que se establece que ha de tenerse en cuenta tanto la legislación como las prácticas nacionales. Por su parte, resulta decisiva la disposición de la Carta relativa al “*nivel de protección*” de los derechos (art. 53), según la cual “*ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros*”. “*Nulla quaestio*”, por tanto, acerca del nivel de protección de los derechos fundamentales de la Unión. Se protegen de acuerdo con el estándar más elevado y dando preferencia a las garantías constitucionales de cada país y con la preferencia del parámetro comunitario cuando estemos ante nuevos derechos, además de lo dispuesto por el Convenio Europeo de los Derechos de l’Hombre y por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo¹¹³.

¹¹¹ Cfr. G. Orlandini, “Autonomia collettiva e libertà economiche nell’ordinamento europeo: alla ricerca dell’equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza”, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2008, para quien en las dos sentencias (*Viking* y *Laval*) “el reconocimiento del derecho de huelga en la Unión resulta cómica, si puede considerarse así que sea usado para negar su posibilidad de ejercicio mismo” (p. 281).

¹¹² Cfr. S. Giubboni, “Dopo Viking, Laval e Ruffert ... cit., p. 124; B. Caruso, “Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo?”, E. A. Andreoni, B. Veneziani, *Libertà economiche e diritti sociali... cit.*, p. 111.

¹¹³ Cfr. M. Cartabia, “Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di doppia pregiudizialità comunitaria e costituzionale”, en *Foro italiano*, 1997, p. 222; A. Barbera, “Corte costituzionale e giudici di fronte ai ‘vincoli comunitari’: una ridefinizione dei confini?”, en *Quaderni costituzionali*, Núm. 2, 2007; Id., “Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti”, P. Bilancia, E. De Marco (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, Milán, 2005, p. 95; Id., “Corte costituzionale e giudici di fronte ai ‘vincoli comunitari’: una ridefinizione dei confini?”, en *Quaderni costituzionali*, Núm. 2, 2007.

Invocando la doctrina más autorizada que hasta ahora se ha ocupado de estos asuntos, podemos ofrecer alguna conclusión. Con respecto a la fuerza jurídica ligada a las disposiciones generales de la Carta, la cuestión central sigue siendo la de la relación que existe a nivel de la Unión, entre la protección de los derechos fundamentales, las demás disposiciones constitucionales europeas y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, además de la estrictamente relacionada cuestión de si se prevé o no un control de constitucionalidad comunitario sobre los actos normativos ordinarios. De todo lo cual podría concluirse que tal control constituye un síntoma evidente de un proceso de constitucionalización europeo que, si no puede ciertamente considerarse acabado todavía, se encamina indudablemente hacia los contra límites oponibles por los niveles nacionales de protección constitucional de los derechos y principios constitucionales¹¹⁴.

Por tanto, que se coloque al Tribunal de Justicia al frente de una jurisdicción constitucional europea parece una cuestión fuera de duda. Que tal jurisdicción funda en una sola la competencia sobre el mérito y sobre la legitimidad (de los actos de la Unión respecto al propio derecho) es igualmente indudable. Por ahora, más que la determinación del contenido de los derechos, el problema no resuelto (y que podrá suscitar eventuales pronuncias divergentes entre las distintas jurisdicciones que aplican el derecho de la Unión y el convencional) se refiere a la “relación entre las diversas enunciaciones de los mismos derechos entre las diversas jurisdicciones de derechos” y, en particular, a la relación entre el Tribunal de la Unión, tribunales constitucionales y Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En cuanto al control de los jueces nacionales, doctrina autorizada se ha preguntado si el nuevo ordenamiento de los derechos fundamentales de la Unión no les autoriza, en un control que se tornaría en uno de constitucionalidad difuso, a inaplicar el derecho nacional si contrasta con el derecho de la Unión en el ámbito de los derechos fundamentales. En los ordenamientos europeos, se entreabriría una vía inédita a formas de control difuso de la constitucionalidad europea de las leyes “que ciertamente aumentará, a medida que los magistrados y los abogados de varios países completen este proceso de maduración que les llevará a usar mejor estas técnicas hasta ahora poco conocidas”¹¹⁵. En Italia, esta perspectiva se ha reforzado con la reforma del art. 117.1 de la Constitución. Estas tendencias doctrinales abiertas a un nuevo marco europeo – que sigue siendo bajo muchos puntos de vista incierto y ambiguo en lo que se refiere a la relación entre jurisdicciones nacional/UE/convencional y a la protección de los derechos fundamentales – no hacen sino subrayar, aunque sea en modo implícito, el persistente déficit regulador del derecho de la Unión y la insuficiencia de las vías de recurso disponibles para reivindicar los derechos fundamentales. Tras las incertidumbres en la materia de sus predecesores, los nuevos tratados no parecen haber dado grandes saltos hacia delante en este sentido.

Estas consideraciones nos llevan una vez más a la necesidad de positivización de una más adecuada tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales de la Unión, cuya garantía no puede sino traer a la causa el valor de las constituciones nacionales y por tanto de formas más adecuadas de legitimación política de los tratados. Se argumenta, en conclusión, que hablar de los derechos y de la Constitución en el ámbito de la Unión significa preguntarse sobre la naturaleza misma de la integración europea, superando el diseño funcional que desde sus orígenes la ha caracterizado, y pasando a redefinir las fuentes de legitimación y consolidar valores fundacionales (respetando y exprimiendo verdaderamente las tradiciones constitucionales comunes de los Estados y ahora también las ‘identidades nacionales’, políticas y constitucionales).

¹¹⁴ Cfr. V. Onida, “Il problema della giurisdizione”, en E. Paciotti (a cura di), *La Costituzione europea ... cit.*; V. Onida, “I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona ... cit.

¹¹⁵ Cfr. A. Pizzorusso, “Una Costituzione ‘ottriata’”, en E. Paciotti (a cura di), *La Costituzione europea ... cit.*, p. 39

Bibliografía esencial (sobre la naturaleza jurídica y la distinción entre derechos de libertad y derechos sociales)

VV.AA., *La reconnaissance et la mise en oeuvre des droits économiques e sociaux*, Bruxelles, 1972; VV.AA., (Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas), *Derechos sociales y principios rectores*, Valencia, 2012; Abramovich V., Courtis C., *Los derechos sociales como derechos exigibles. Derecho al trabajo, salud, vivienda, educación y seguridad social*, Madrid, 2006; Allegretti U., “Globalizzazione e sovranità nazionale”, en *Democrazia e diritto*, 1998; Allegretti U., *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, 2002; Alonso García E., “Los ‘Welfare Rights’ y la libertad parlamentaria de ordenación del gasto público: la lucha entre dos principios constitucionales de política socio-económica”, en *Revista española de derecho constitucional*, 1982, p. 155 ss.; Amato G., “Libertà (diritto costituzionale)”, in *Enc. dir.*, XXV, p. 272 ss.; Grossi P., *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, II ed. Torino, 1991; Añón M.J., García Añón J. (coords), *Lecciones de derechos sociales*, Valencia, 2003; Antras Abadia J.M., “Los derechos sociales en la Constitución”, en VV.AA., *La empresa en la Constitución española*, Pamplona, 1989, 439-465; Aparicio Pérez M., “El Estado Social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Cámara Villar G., Cano Bues J. (ed.), *Estudios sobre el Estado Social. El Estado Social y la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Madrid, 1993, 47-71; Balaguer Callejón F., “El Estado social y democrático de derecho: significado, alcance y vinculación de la clausula del Estado social”, en VV.AA., *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Madrid, 2002, 89-113; Barbera A., “Le libertà tra ‘diritti’ e ‘istituzioni’”, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Vol. I, Milano, 1977; Barile P., “La nascita della Costituzione: Piero Calamandrei e le libertà”, in AA.VV., *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Bologna, 1980; Bin R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1992; Bobbio N., “Sui diritti sociali”, in G. Neppi Modona (a cura di), *Cinquant’anni di Repubblica italiana*, Torino, 1997; Bobbio N., *L’età dei diritti*, Torino, 1990; Burdeau G., “Constitution, droits de l’homme et ‘changement’”, en *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, p. 124 ss.; Caretti P., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002; Carlassare L., “Forma di Stato e diritti fondamentali”, in *Quaderni costituzionali*, 1995; Carmona Cuenca E., “Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica”, en *Revista de estudios políticos* 76 (1992), 103-125; Cascajo Castro J.L., “La configuración del Estado social en la Constitución española”, en Cámara Villar G., Cano Bues J. (ed.), *Estudios sobre el Estado Social. El Estado Social y la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Madrid, 1993, 41-46; Cascajo Castro J.L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, 1988; Cascajo Castro J.L., voz “Estado Social y Democrático de Derecho: materiales para un léxico constitucional español”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 12 (1992), 9-23; Cascajo Castro J.L., “Derechos sociales”, en AA.VV. (Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas), *Derechos sociales y principios rectores*, Valencia, 2012; Cheli E., “Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana”, in AA.VV., *Scritti in onore di L. Mengoni. Le ragioni del diritto*, Milano, 1995; Cobreros Mendazona E., “Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del estado”, en *Revista vasca de administración pública*, 19, 1987; Coello De Portugal I., Pereira Menaut A.C., “Normatividad constitucional, igualdad y derechos sociales”, en VV.AA., *El Principio de Igualdad en la Constitución Española*, Madrid, 1991, vol. I, 941-974; Gomez Canotilho J.J., “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista del Centro de estudios constitucionales* 1 (1988), 239-260; Contreras Peláez F.J., *Derechos sociales. Teoría e ideología*, Madrid, 1994; Corso G., “I diritti sociali nella Costituzione italiana”, en *Riv. trim. dir. pubb.*, 1981, p. 755 ss.; Cossío Díaz J.R., *Estado Social y derechos de prestación*, Madrid, 1989; Cruz Villalón P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *Revista española de derecho constitucional*, 1989, p. 35 ss; Cruz Villalón P., “Los derechos sociales y el estatuto de autonomía”, en Cámara y Cano (editores), *Estudios ... cit.*, 98-109; De Cabo C., *Contra el consenso. Estudios sobre el constitucionalismo de la crisis del Estado social*, Bogotá, 2006; De Cabo Martín C., *La crisis del Estado social*, Barcelona, 1986; De Contreras Peláez F., *Derechos sociales. Teoría y ideología*, Madrid, 1994; Díaz E., “El Estado social y democrático de derecho”, en VV.AA., *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Madrid, 1988, 575-65; Díaz E., “Estado de derecho: exigencias internas, dimensiones sociales”, en *Sistema* 125 (1995), 5-22; Estévez Araujo J.A., *El revés del derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Bogotá, 2006; Fernando Segado F., *La dogmática de los derechos humanos*, Lima, 1994; García De Enterría E., “La significación de las libertades para el derecho administrativo”, en *Anuario de Derechos Humanos*, I, 1981, p. 115 ss., Flauss F.-F., Flauss J.F. (dir.), *Droits sociaux et droit européen. Bilan et perspectives de la protection normative*, Bruxelles,

2002; É. Grisel, *Le droits sociaux*, Basilea, 1973, p. 17 e ss.; García De Enterría E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1991, III ed.; García Herrera M.A., Maestro Buelga G., “Regulación constitucional y posibilidad del Estado social”, en *Revista vasca de administración pública*, 22, 1988; García Macho R., *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a la vivienda*, Madrid, 1982; García Pelayo M., “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en Ramírez M. (ed.), *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1979, 27-53; García Pelayo M., *Derecho constitucional comparado*, VIII ed., Madrid, 1967, p. 144 ss.; García Pelayo M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977; Garrorena Morales A., *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, 1987 (I ed., 1984); Giménez T.V., *La exigibilidad de los derechos sociales*, Madrid, 2006; Iliopoulos Strangas J. (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l’Union européenne*, Athènes-Bruxelles-Baden-Baden, 2000; Lombardi G., “Diritti di libertà e diritti sociali”, en *Pol. del dir.*, 1999, 1, p. 10; Lucas Verdú P., *Curso de Derecho Político*, III, Madrid, 1976 p. 39 ss.; Luciani M., “Sui diritti sociali”, en *Democrazia e diritto*, 1994, 4 y 1995, 1; Martínez Estay J.I., *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*, Barcelona, 1997; Mazziotti M., “Diritti sociali”, en *Enciclopedia del diritto*, XII, p. 802 e ss.; Baldassarre A., “Diritti sociali”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma; Cicala G., *Diritti sociali e crisi del diritto soggettivo nel sistema costituzionale italiano*, Napoli, 1965; Miranda J., *Manual de direito constitucional*, IV, III ed., Coimbra, 2000, p. 12 ss.; Modugno F., “La tutela dei ‘nuovi diritti’”, en AA.VV., *Nuovi diritti dell’età tecnologica*, Milano 1991; Navarro Muñera A., “El marco constitucional de los derechos sociales en el ordenamiento español”, en *Diritto pubblico*, 1997, 483-512; Pace A., “Derechos de libertad y derechos sociales en el pensamiento de Piero Calamandrei”, en *Revista de estudios políticos* 63 (1989), 35- 63; Pace A., “Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei”, en *Pol. del dir.*, 1988, n. 4, p. 696; Pace A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1985; Peces-Barba G., Fernandez-Garcia E., *Historia de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1998; Pérez Luño A.E., “Las generaciones de derechos humanos”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991, p. 203 e ss.; Pérez Royo J., “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social”, en *Revista española de derecho constitucional*, 1984, 157-181; Pérez Royo J., *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social*, Madrid, 1984, p. 157 ss.; Pezzini B., *La decisione sui diritti sociali*, Milano, 2002; Pisarello G., *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Madrid, 2007; Prada J.L., F. De Sanmamed, “Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional”, en *Revista de estudios políticos*, 122, 203; Prieto Sanchis L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Revista del Centro de estudios constitucionales*, 22, 1995; Ramón Cossío Díaz J., *Estado Social y derechos de prestación*, Madrid, 1989; Rivero J., “Idéologie et technique dans le droit des libertés publiques”, in *Mélanges J.J. Chevalier*, Paris, 1978, p. 247 ss.; Rivero J., “Les droits de l’homme, catégorie juridique?”, en *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, III, p. 31 ss.; Rivero J., *Les libertés publiques*, Paris, 1973, I, p. 33 ss.; Rolla G., “Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali”, en *Quaderni costituzionali*, 1997, p. 417 ss; Ruiz-Rico Ruiz G., “Fundamentos sociales y políticos en los derechos sociales de la Constitución española”, en *Revista de estudios políticos* 71 (1991), 171-195; Salazar C., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, 2000; Sánchez González S., Pereira Menaut A.C., “Los derechos sociales y los principios rectores de la política social y económica”, en *Revista de derecho político*, 36, 1992; Serrano J.L., “Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica”, en *Revista de estudios políticos* 56, 1987, 95-119; Staskou M., “Quelques remarques sur les ‘droits économiques et sociaux’”, in *Essais sur les droits de l’homme en Europe* (deuxieme série), Paris, 1961, p. 45 ss.; Tomas y Valiente F., *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Madrid, 1989; Vilas Nogueira J., “Igualdad jurídica y desigualdad económica en el Estado capitalista: los derechos sociales”, en *Revista de estudios políticos*, 14, 1980, 111-123; VV.AA. (Abendroth W., Forsthoff E., Doehring K.), *El Estado social*, Madrid, 1986; VV.AA., *Diritti economici, sociali e culturali nella prospettiva di un nuovo Stato sociale*, Padua, 1990; VV.AA., *Vers une protection efficace des droits économiques et sociaux?*, Bruxelles, 1973; Zagrebelsky G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.