

Capítulo II

Panorama de derecho comparado

1. ITALIA*

1.1. CONSTITUCIÓN

El artículo 2 de la Constitución italiana (CI) establece que «La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo singular, ya en las formaciones sociales en las cuales se desarrolla su personalidad, y requiere el cumplimiento de deberes ineludibles de solidaridad política, económica y social». Un pronunciamiento así en el pórtico de la Constitución permite afirmar que estamos ante un Estado que pretende acentuar su dimensión social de un modo intenso.

Los derechos sociales tutelan un interés del ciudadano para obtener determinadas prestaciones de la administración del Estado o, como suele decirse en Italia, de la República, entendida como el conjunto de los poderes públicos. En este sentido, se distinguen de los demás derechos, que esencialmente presuponen una libertad frente al Estado, y además son derechos cuyo diferente tratamiento por las diversas opciones políticas influyen acusadamente en las convocatorias electorales. Precisamente por la particular tutela que se da a estos derechos en el Estado italiano puede hablarse también, en este caso, aunque no se diga expresamente en la Constitución, de Estado Social, aunque con algunas particularidades.

Los derechos sociales se sitúan en un marco de derechos y deberes de la persona armónica y profusamente delineado en la CI¹. Según la doctrina italiana, aquélla contiene una distribución de materias relativas a los derechos sociales más coherente y persuasiva que la de la Carta de Niza, que no

* Por Carlos VIDAL PRADO.

1. RESCIGNO, 2003, p. 682.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

aborda los derechos sociales respetando su propia naturaleza sino que, por ejemplo, en más de una ocasión, los contempla bajo el perfil de los derechos de libertad².

Cuando la CI clasifica las relaciones de la persona en civiles, sociales, económicas y políticas, no pretende dividir la unidad de la persona, o de los grupos a través de los cuales se realiza esa persona. Lo que persigue es reflejar modos de ser y de tener, de avanzar y de ejercitar pretensiones con relevancia específica relativos a diversos momentos de la experiencia del individuo y de las comunidades particulares.

En la CI los derechos sociales se refieren a la familia, la salud y la escuela, pero en sentido amplio: en el ámbito familiar, por ejemplo, no se reducen sólo al ámbito interno, sino que afectan también a las relaciones de la familia con las comunidades que desarrollan tareas que históricamente han correspondido a la familia. Son estas cuestiones muy delicadas, sobre el plano político y económico, si pensamos, por ejemplo, en el terreno de la educación, en la libertad de elección de la familia y en la función general del Estado de asegurar la educación, y del reconocimiento de que la tarea es susceptible de ser asumida por alguien distinto al Estado, aunque sin gastos para el mismo³.

A diferencia de la Constitución alemana, como ya hemos dicho, la italiana no contiene una cláusula general sobre el Estado Social, pero su amplia clasificación de derechos sociales constituye un elemento fuertemente innovador con relación al pasado, por cuanto denota la toma de conciencia de los constituyentes sobre la necesidad de su formalización constitucional junto a los derechos civiles y políticos. Aunque el Estatuto Albertino recogía un elenco de derechos fundamentales, tenían un contenido limitado y se remitían a las sucesivas leyes de desarrollo.

La mayoría de los derechos sociales se sistematizan, fundamentalmente, en los títulos II y III de la Parte I (Derechos y deberes de los ciudadanos), de la CI, que regulan las relaciones ético-sociales y las relaciones económicas respectivamente. Entre otros, algunos derechos sociales previstos en la CI son los siguientes:

- a) Derecho al trabajo (art. 4).
- b) Derecho a la protección de la salud (art. 32).
- c) Derecho a la asistencia social para los discapacitados desprovistos de medios (art. 38.1) y derecho a la Seguridad Social (art. 38).

2. RESCIGNO, 2003, p. 683.

3. RESCIGNO, 2003, p. 684.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

- d) Derecho a la instrucción y a la educación (arts. 33 y 34), además de la educación y el acceso al mercado laboral para los discapacitados.
- e) Los derechos de los trabajadores en caso de accidente, enfermedad, invalidez, vejez y desempleo involuntario (art. 38.2), a los cuales la reforma sanitaria de 1978 vincula el objetivo de la prevención de los accidentes y las enfermedades derivadas del entorno laboral.
- f) Derecho a una retribución suficiente y equitativa (art. 36).
- g) Libertad sindical (artículo 39), derecho a la huelga (art. 40).
- h) Algunos derechos de los menores y mujeres trabajadores (art. 37), como el derecho de la mujer trabajadora a la paridad en el tratamiento con el hombre (art. 37).
- i) El derecho a la asistencia letrada (art. 24).

La CI es una de las constituciones europeas vigentes que contemplan un rico catálogo de derechos sociales, junto a la portuguesa de 1976 y la española de 1978. La configuración de éstos en la CI presenta características del todo originales, no solamente por la amplitud y sistematicidad del catálogo, sino también porque los garantiza como derechos constitucionales y no sólo como derechos de configuración legal⁴. Además, la jurisprudencia constitucional ha considerado, en la práctica, este catálogo como abierto, al sostener que de la forma democrática del Estado es posible deducir una serie de derechos sociales que serían condición trascendental de la propia democracia. En este sentido se encuadrarían algunos derechos, como el derecho a la vivienda, entre los derechos inviolables del hombre de los que habla el artículo 2 CI. Se trataría de garantizar unos niveles mínimos que faciliten una convivencia digna a través de políticas públicas⁵, con relación especialmente a los colectivos más necesitados y a los jóvenes⁶.

Con relación tanto al catálogo expresamente considerado en la Constitución, y más en relación a los posibles derechos reconocidos por vía jurisprudencial, se trata de situaciones jurídicas que no siempre son directamente accionables y no siempre están provistas de facultades similares a las que corresponden a los titulares de derechos subjetivos. Sin embargo, su violación constituye siempre (al menos en el caso de los expresamente reconocidos en la Constitución) motivo de inconstitucionalidad y, de hecho, la *Corte Costituzionale* ha intervenido frecuentemente para declarar inconstitucionales normas legales que entran en conflicto con esos derechos. En todo caso, el

4. PILIA, 2005, p. 96.

5. BALDASSARRE, 1989 (a), pp. 11 y ss.

6. SCC 217/1988.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Estado está vinculado por esos derechos sociales, y debe garantizarlos, de modo que dichos derechos obligan al legislador a respetarlos y, más aún, a frecuentes actuaciones positivas de los poderes públicos.

Esto significa, por tanto, que los derechos sociales, entendidos en su acepción amplia (normas que protegen un bien en relación a los individuos), vinculan a los poderes públicos y exigen su intervención, en el sentido de que, precisamente porque se les considera fundamentales, la mayoría de tales derechos dependen, en la realidad concreta, de la organización del Estado, que es quien debe garantizar las prestaciones a las que dan lugar⁷. Puede decirse que los derechos sociales vienen definidos como aquellos derechos que tienen como objeto preferentemente las pretensiones de prestaciones por parte del Estado en favor del individuo⁸.

Aunque no siempre esa actuación de los poderes públicos es directa, en algunos casos no cabe duda de que es así. Puede decirse, por ejemplo, que en la CI algunos derechos sociales tienen el mismo carácter de «autoaplicabilidad» propio de los derechos de libertad⁹. Son los llamados «derechos sociales de libertad», libertad de elegir una profesión (art. 4), derecho de los padres a elegir la educación a impartir a sus propios hijos (art. 30).

1.2. DOCTRINA

1.2.1. Principios de la protección constitucional de los derechos sociales

La declaración de principio formulada en el artículo 2 CI puede entenderse, según hemos visto, como la proclamación de un Estado social. La doctrina italiana considera los derechos sociales como una generación de derechos posterior a la de los derechos de libertad, que, en el ámbito europeo, algunos llaman segunda¹⁰ y otros tercera generación. Por otra parte, la palabra «social» que acompaña al término Estado y aparece en la fórmula «derechos sociales» es un adjetivo que tanto en el lenguaje común como en el vocabulario de la CI asume significados no constantes, a veces vagos e imprecisos¹¹.

Estos derechos sociales se fundamentan, en el sistema constitucional italiano, en una serie de principios, aunque éstos no siempre se encuentren

7. MAZZIOTTI, 1964, p. 806.

8. DE VERGOTTINI, 2004, p. 288

9. Sobre este carácter autoaplicable, BALDASARRE, 1990.

10. LUCIANI, 2000, p. 512.

11. RESCIGNO, 2003, pp. 679 y ss.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

expresamente reconocidos en la Constitución¹². Así, aunque no encontramos en la CI una proclamación solemne de la «dignidad humana como fundamento de los derechos» o de la actuación de los poderes públicos, sí existen algunos preceptos que la suponen: el artículo 2 habla de que la República reconoce y garantiza «los derechos inviolables del hombre», el artículo 3 habla de promover el pleno desarrollo de la persona humana, el artículo 32, al hablar del derecho a la protección a la salud, establece también como criterio el pleno respeto por la persona humana. No se trata, por tanto, de un principio informador, pero puede entenderse que subyace en muchos de los reconocimientos de derechos previstos en la Constitución¹³.

De modo expreso, sólo se habla de «dignidad humana» en el artículo 41, en el que se afirma que «la iniciativa económica privada es libre», para a continuación advertir que «no puede desarrollarse en contraste con la utilidad social o de modo que cause daño a la seguridad, a la libertad, a la dignidad humana».

Con relación al *principio de igualdad*, el artículo 3 CI reconoce la igualdad formal («todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley»), y la igualdad material («es tarea de la República remover los obstáculos»)¹⁴.

El principio de igualdad se sitúa como fundamento de la dignidad humana, en cuanto que sólo a través de reconocimiento de la igualdad formal y sustancial se puede pensar en considerar a los hombres y mujeres iguales entre sí, y por tanto reconocer una dignidad similar, no sólo ante la ley, sino ante los derechos que se les reconocen. La alusión a la «igual dignidad social» del artículo 3 tiene un valor más moral que jurídico, sostiene CARETTI aludiendo a BARILE¹⁵, puesto que en las sociedades contemporáneas ya no existe una diferencia de dignidad social jurídicamente relevante¹⁶.

La *igualdad formal* se pone en la CI en *directa relación con los derechos*

-
12. Según BALDASARRE (1997, pp. 151 a 159), los principios serían el de la dignidad humana (art. 2 CI) y el de la igualdad (art. 3 CI).
 13. La SCC 559/1989 califica el derecho a la vivienda como inviolable a partir del art. 2 de la Constitución, al considerarlo uno de los «derechos inviolables» de la persona humana. En la reciente y polémica SCC 151/2009, sobre la legislación de reproducción asistida italiana, la Corte basa alguna de sus apreciaciones en el art. 3, y los tribunales ordinarios que habían elevado cuestiones de inconstitucionalidad se basaban repetidamente en el «principio del respeto a la dignidad de la persona humana».
 14. Sobre el principio de igualdad en la Constitución italiana, CARETTI, 2005, pp. 155-193.
 15. BARILE (1984, pp. 73 y ss.) no dice exactamente lo que sostiene CARETTI, aunque dedica un buen número de páginas a desglosar el contenido del art. 3 de la Constitución italiana.
 16. CARETTI, 2005, p. 160.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

sociales, en cuanto se la considera premisa o condición para el efectivo reconocimiento de aquellos derechos como valores constitucionales supremos¹⁷. Cuando en el artículo 3.1 CI se hace referencia a la prohibición de la discriminación, debe traducirse en un inevitable respeto de las diversas situaciones que la ley trata de garantizar, todas de la misma manera, esto es, con los mismos instrumentos.

En este punto debemos considerar también el principio de igualdad sustancial, en el artículo 3.2 CI, estrechamente ligado con el artículo 3.1. Por lo que se refiere a este segundo apartado, el problema es un poco más complejo. Nos encontramos aquí con una obligación de la República de remover los obstáculos de orden económico y social que, de hecho, impiden el pleno desarrollo de la persona humana. Esto comporta que la acción social del Estado tenga como objetivo la igualdad de posibilidades para todos los ciudadanos a la hora de gozar de los derechos fundamentales que la Constitución considera conexos con el pleno desarrollo de la dignidad humana.

Algunos autores italianos subrayan sobre todo la vinculación de los derechos sociales con el *principio de solidaridad*, y no tanto con el de igualdad sustancial¹⁸. No hay duda de que en las experiencias constitucionales contemporáneas ambos principios caminan estrechamente unidos. El caso italiano es un buen ejemplo de esta vinculación, quizá producto de las aportaciones, por un lado, del «solidarismo» católico, y por otro, del igualitarismo de origen socialista (no estatalista) que se manifestaron en el proceso constituyente italiano. De hecho, hay quien ha afirmado que esta conexión entre ambos principios representa la característica distintiva más evidente del actual Estado constitucional¹⁹.

La función específica del principio de solidaridad es la de producir y legitimar deberes, con el objeto de hacer funcionar los mecanismos de integración social. El principio de solidaridad «representa el criterio fundamental destinado a mediar, a través de los deberes según los cuales se manifiesta en el plano constitucional, el mínimo de homogeneidad» indispensable para la existencia de cualquier formación político-social²⁰. En este sentido, es lógico y apropiado que el artículo 2 CI evoque la solidaridad vinculándola a los deberes inderogables que son contenido natural de ese principio y su inmediata consecuencia jurídico-positiva²¹.

17. BALDASARE, 1989, p. 11.

18. PERGOLES, 1953, p. 12; CICALA, 1967, p. 16.

19. BALDASARRE, 1989 (b), p. 16.

20. LOMBARDI, 1967, p. 48.

21. LUCIANI, 1995, p. 130.

1.2.2. Armonización entre igualdad y libertad²²

Para los críticos de la igualdad, entendida como la dimensión dentro de la que las exigencias de homologación prevalecen sobre las de la diferenciación, ésta no se muestra compatible con la dimensión de la libertad, que parece reclamar la máxima expansión de los instrumentos de afirmación de la identidad individual, y por ello de la recíproca separación. Entre el principio de libertad y el de igualdad se fija de este modo una insuperable contradicción, que toma como referencia diversos ideales universales y proyectos políticos radicalmente alternativos²³.

Las dificultades con las que se ha encontrado la igualdad han sido, al mismo tiempo, las que han encontrado los derechos sociales, que han tomado del principio de igualdad históricamente alimento y justificación²⁴. Precisamente la unión entre derechos sociales e igualdad se ha utilizado con frecuencia para negar el carácter de derechos fundamentales a los primeros, en contraste con los derechos de libertad²⁵. Entre los derechos sociales y los de libertad se ha instaurado un modelo de relación de conflicto y desigual, en la cual los que llevan la peor parte son los derechos sociales. «En el reino de los derechos de libertad, los derechos sociales no solamente no han sido venerados, sino que han sido simplemente tolerados»²⁶.

Esta contradicción entre libertad e igualdad viene rechazada por LUCIANI. En democracia, dice, lo que cuenta es que todos puedan participar en la toma de decisiones, con independencia de su posición en la sociedad. Por eso mismo el sufragio universal es consustancial a la democracia. Y el principio de universalidad del sufragio se basa sobre el principio de igualdad, una igualdad irreductible de todos los titulares del sufragio activo. En este sentido, la democracia contemporánea no puede perjudicar los derechos de libertad, porque sin los derechos fundamentales que de ella se derivan, la libertad misma es pura apariencia. Pero tampoco puede, obviamente, disminuir la eficacia del principio de igualdad, porque sin igualdad no habría igualdad de sufragio, presupuesto lógico e histórico de la democracia²⁷. No tiene sentido, por lo tanto, hoy en día, contraponer igualdad y libertad. Lo

22. LUCIANI, 1995, pp. 97 y ss. (pp. 100 y ss.).

23. LUCIANI pone como ejemplo de este planteamiento contradictorio entre ambos principios, en el siglo XX, a SCHMITT (1932, p. 593), FORSTHOFF (1973, pp. 30 y ss.) y LEIBHOLZ (1958, p. 88).

24. Sobre la conexión entre derechos sociales y principio de igualdad, *vid.* BALDASARRE, 1989 (a), p. 6.

25. P. ej., Carl SCHMITT en su *Teoría de la Constitución*.

26. LUCIANI, 1995, p. 101.

27. LUCIANI, 1995, p. 105.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cual no quiere decir que no puedan existir conflictos, como consecuencia de la yuxtaposición de una y otra.

Existe una conexión estrecha, como es evidente, entre igualdad formal y material. Conexión no significa identidad. En Italia se ha dicho que el artículo 3.2 de la Constitución no podría leerse como una norma en sí misma, sino como una mera especificación del modo de ser de la igualdad²⁸. Pero según LUCIANI, esta tesis no es convincente²⁹, sino que resultaría incluso más admisible la contraria, la que dice que existe una contradicción entre los dos tipos de igualdad³⁰. LUCIANI, en cambio, va más allá, y sostiene que, aunque igualdad formal y material son dos conceptos diversos, y la segunda no es un mero desarrollo mecánico de la primera, no puede decirse que sean contradictorios. Puede ser que, en ocasiones, nos encontremos con circunstancias en las que parezcan enfrentarse ambos principios. Pero no será lo habitual. Precisamente la exigencia del sufragio universal es una consecuencia de la aplicación del principio de igualdad material al ámbito de la participación de los ciudadanos en una democracia. No basta con el reconocimiento formal, sino que se requiere el sustancial, el material.

De igual manera que la igualdad sustancial se muestra como un elemento imprescindible en una democracia, los derechos sociales, que suponen una derivación no sólo histórica, sino lógica, del principio de igualdad material, se convierten en una connotación no eliminable de la democracia, en igualdad de condiciones con los derechos de libertad nacidos del tronco de la idea de libertad³¹.

La oposición entre libertad e igualdad no tiene sentido en el universo dominado por el principio democrático, porque la libertad no es tal si no es libertad igual, y si no es libertad imputada a la persona social, más que al individuo.

Uno de los ejemplos más claros y recientes de la relación entre el principio de igualdad y los derechos sociales es la cuestión de la igualdad de oportunidades entre hombre y mujer. Ésta ha sido objeto de estudio por parte de la doctrina italiana, pero ha sido la evolución legislativa la que ha determinado el nacimiento de un nuevo catálogo de derechos sociales³².

La firme conciencia de la igual dignidad de los ciudadanos, también en función de su pertenencia a uno u otro sexo, tiene el pleno reconocimiento

28. MORTATI, 1976, p. 1034.

29. También BALDASSARRE (1989b, pp. 11 y ss.) critica esta posición.

30. AINIS, 1992, pp. 597 y ss. Ver también CARAVITA, 1984, pp. 48 y ss.

31. LUCIANI, 1995, pp. 111 y 112.

32. RUGGERI, 1995, pp. 605 y ss.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

del artículo 3.1 CI. El principio de carácter general encuentra ulteriores especificaciones en lo que concierne a la igualdad de los cónyuges en la familia (art. 29), la igualdad de derechos y de salario entre hombre y mujer en el ámbito laboral (art. 37), la capacidad electoral de la mujer, la plena capacidad de acceder a puestos públicos y a los cargos electos en condiciones de igualdad (art. 51)³³. El Decreto legislativo 532/1999 ha establecido, en línea con la normativa comunitaria, nuevas normas en materia de trabajo nocturno, sin distinguir entre trabajadores/as, y sancionando el principio según el cual «son asignados al trabajo nocturno con prioridad absoluta los trabajadores/as que lo soliciten» (art. 3.1).

1.2.3. Protección y eficacia de los derechos sociales

Con relación a los distintos niveles de protección y garantía de los derechos sociales, pueden destacarse tres cuestiones en la doctrina italiana.

a) *Los derechos sociales originarios y derivados*. No siempre se ha utilizado esta terminología (derechos originarios y derivados) de modo unánime, pero sí se ha referido a ellos en un sentido similar. Diferentes autores (sobre todo los más críticos con la directa accionabilidad de los derechos sociales) han hablado de la posibilidad de pensar los derechos sociales como condicionados³⁴ o relativos. Pero existen, sin duda, otros derechos sociales en la CI que no ofrecen duda sobre su eficacia directa e inmediata. CARETTI habla de dos tipos de derechos sociales, los condicionados y los incondicionados (que serían los derechos sociales de libertad)³⁵. Hay quien llama a estos últimos derechos sociales originarios, son directamente accionables y se referirían a las relaciones que se establecen a iniciativa de las partes, con el fin de determinar el tipo o la cantidad de prestaciones (p. ej., el derecho a un salario proporcionado y suficiente o el derecho al descanso y a las vacaciones).

Los derechos sociales condicionados presuponen una organización necesaria e idónea para el suministro de la prestación (p. ej., el derecho a la asistencia y previsión social, a la instrucción y al acceso a la escuela), por lo que no serían accionables de modo directo.

33. POGGI, 2002, 3, pp. 619 y ss.

34. Sobre esta terminología, entre otros, BALDASARRE, 1997, pp. 208 y ss.

35. Así, CARETTI (2005, p. 402) cita la libertad de elegir una profesión, algunos de los derechos de la familia, la libertad de crear y dirigir centros educativos, el derecho de huelga, el derecho a la integridad psíquica y física. P. ej., la *Corte Costituzionale* siempre ha subrayado la prohibición de introducir cualquier medida dirigida a interferir en la libertad de elección y en las modalidades de ejercicio de la actividad laboral (SCC 258/1986). Sobre el derecho de huelga, *vid.* SSCC 124/1962, 31/969, 222/1986 y 125/1980.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

La existencia o no de intervención de los poderes públicos para convertir los derechos en eficaces no incide sobre la existencia del derecho (constitucionalmente reconocido), sino sobre las modalidades de garantía del mismo. Así, por ejemplo, la *Corte Costituzionale* tiene dicho que debe llevarse a cabo una ponderación entre las exigencias económico-financieras y las exigencias sociales, pero una ponderación desigual, porque el fin (la satisfacción de los derechos) no puede someterse a los medios (la eficiencia económica). No se trata de buscar criterios exclusivamente económicos, sino de garantizar los derechos³⁶. Sin embargo, desde el inicio de los años noventa, la Corte italiana ha mostrado preocupación por las consecuencias económicas de sus sentencias³⁷.

b) *La «reserva» de lo «posible y razonable» en la realización de los derechos derivados.* La distinción entre el reconocimiento de un derecho social y su concreta garantía, como pertenecientes respectivamente a la esfera constitucional y a la legislativa, procede de la jurisprudencia constitucional alemana, que se encuentra frente a una Constitución en la que se enumeran muy pocos derechos sociales. Asimismo, la fórmula de lo posible y razonable ha sido elaborada por la misma jurisprudencia, y posteriormente fue acogida por la *Corte Costituzionale* italiana, como obligación para el legislador de graduar la realización de los derechos sociales, equilibrándolos con los otros valores constitucionales primarios y con las exigencias de los Presupuestos Generales del Estado, así como también medida para valorar las inercias o retrasos legislativos y para controlar el uso del poder legislativo discrecional a la hora de prever los contenidos y desarrollos de los derechos sociales.

Entre los artículos modificados a través de la reforma del Título V de la CI está el artículo 117, en el sentido de incrementar la potestad legislativa de las Regiones. Para evitar que estas nuevas posibilidades de desarrollo legislativo puedan provocar desequilibrios entre unas regiones y otras, en la reforma se reserva a la exclusiva competencia del Estado «la determinación de los niveles esenciales de las prestaciones concernientes a los derechos civiles y sociales que deben ser garantizados en todo el territorio nacional». Se fija, por lo tanto, un nivel mínimo, pero se permite asegurar una tutela mayor de los derechos³⁸, lo que en otros países se ha dado en llamar «contenido adicional».

c) *Los criterios de control de constitucionalidad de las leyes de ejecución de derechos sociales.* Estos criterios pueden concretarse en los siguientes: principio

36. LUCIANI, 1995.

37. CARETTI, 2005, p. 403.

38. CARETTI, 2005, p. 403.

de gradualidad en la ejecución de las reformas legislativas (SCC 173/86): no se exige, por tanto, una ejecución inmediata, sino que se acepta una ejecución condicionada a las posibilidades de la administración, en lo que se refiere a medios económicos y materiales³⁹; principio de constitucionalidad provisional de una determinada disciplina necesitada de desarrollo o de reforma (SCC 826/88, sobre la reforma del servicio de radiotelevisión⁴⁰); y principio de actuación parcial inconstitucional: es el caso de la S. 215/87, que ha declarado inconstitucional una ley en la parte en la cual establecía que debía «facilitarse» la asistencia a la escuela de los discapacitados, y no que debía «asegurarse y concretarse de modo efectivo».

1.3. DESARROLLO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL

1.3.1. Derechos sociales y principio de igualdad

El derecho al trabajo representa el prototipo de los derechos sociales⁴¹, y ocupa un lugar central en la CI, como se pone de relieve en el enunciado del artículo 1 al afirmar solemnemente que Italia es «una República demo-

39. La Sentencia se refiere a la posible inconstitucionalidad de la normativa sobre pensiones de jubilación, en relación con diversos artículos de la CI, alegando una necesidad de homogeneización de las pensiones y un tratamiento similar de las categorías profesionales, y que sin embargo dicha normativa no respetaría el principio de proporcionalidad entre las distintas categorías profesionales. La *Corte Costituzionale* admite que «la ejecución definitiva y completa de la misma [la tendencia a respetar los objetivos previstos en la Constitución, en relación con la homogeneización y asimilación de las diferentes categorías profesionales] se confía a la discrecionalidad del legislador, tratándose de opciones de política social y económica», rechazando la posible violación de los arts. 36 y 38 CI por una hipotética desproporción en relación con la calidad y cantidad del trabajo de los interesados.

40. Se trataba de analizar una legislación que reformaba el sistema de radiotelevisión, pero que lo hacía de un modo en principio provisional, puesto que se estaba tramitando ya una nueva ley a la que se remitía la normativa impugnada ante la Corte. Ésta admite que la legislación «provisional» no es completa y no satisface todos los requisitos constitucionalmente exigidos, pero no la considera inconstitucional: «resulta decisivo considerar que la reciente intervención legislativa tiene naturaleza claramente provisional, puesto que en su complejo planteamiento aparece proyectado hacia la futura reforma del sistema de radio-televisión, a la cual se hace referencia en varias ocasiones, con diversa finalidad. La ley, por lo tanto, se orienta a dictar una disciplina solamente parcial y limitada en el tiempo, destinada en breve tiempo [...] a ser sustituida por la ley de reordenación del sector entero». A continuación, la Corte dice que si esta nueva ley de reforma no se aprobase en un tiempo razonable, se vería obligada a considerar la inconstitucionalidad de la regulación provisional ahora impugnada.

41. MENGONI, 1998, p. 6. BALDASSARRE (1997, p. 163) dice que las primeras y más importantes elaboraciones de los derechos sociales son las que se refieren a los derechos inherentes al mundo del trabajo y, en particular, a propósito del derecho al trabajo.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

crática fundada sobre el trabajo» y por el artículo 4, que reconoce y tutela los derechos del ciudadano trabajador⁴², considerando titulares del derecho al trabajo a todos los ciudadanos.

Los poderes públicos deben, además, promover las condiciones que hagan efectivo el derecho al trabajo. Se trata de un derecho que se dirige, en primer lugar, a todos los niveles del aparato público, al cual se solicita, sustancialmente, que suscite las ocasiones de trabajo, es decir, perseguir una política de pleno empleo o, al menos, del menor paro posible. Estamos ante una manifestación más del principio de igualdad. Y no solamente frente a la ley, sino el principio de igualdad material, enunciado en el artículo 3.2 de la Constitución.

Así entendidos, los derechos sociales son definidos en Italia en un sentido objetivo, como el conjunto de normas a través de las cuales el Estado ejerce su función equilibradora y moderadora de las disparidades sociales; o en sentido subjetivo como los derechos de cada uno de los ciudadanos a participar de los beneficios de la vida en sociedad⁴³.

Se puede concluir, por tanto, que el segundo apartado del artículo 3 CI se pone en relación con los derechos sociales en la medida en que los poderes públicos operan conforme a los fines establecidos⁴⁴. Sin embargo, en lo que se refiere al alcance que puede atribuirse al principio de igualdad en Italia, algunos autores⁴⁵ han subrayado cómo la igualdad no tiene carácter universal, puesto que se refiere solamente a los ciudadanos italianos, dejando la regulación de la condición de extranjero al artículo 10 CI. El artículo 3 establece un principio, pero no atribuye una situación jurídica subjetiva a cualquier individuo.

El ordenamiento italiano se diferencia así del español o el alemán, que consideran la igualdad como derecho fundamental, lo cual no comporta sólo la igualdad en abstracto, sino como instrumento para la tutela de otros intereses sustanciales. Los derechos sociales serían, así, una evolución en sentido material del principio de igualdad⁴⁶.

1.3.2. El derecho al trabajo

Con relación al derecho al trabajo, la doctrina italiana ha discutido bastante sobre la oportunidad o no de utilizar el término «derecho» para refe-

42. CARETTI, 2005, pp. 373-377.

43. MAZZIOTTI, 1964, p. 804.

44. BALDASSARRE, 1989b, p. 12.

45. PACE, 2001, p. 156.

46. MENGONI, 1998, p. 8.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

rirse al trabajo, basándose en que, en la realidad, es más que difícil poder garantizar a todos un puesto de trabajo y todavía sería más complicado poder recurrir a un juez para poder dar satisfacción a la pretensión de lograr un puesto de trabajo. El mismo tenor literal del artículo 4.1 de la Constitución permite entender que debe ser interpretado esencialmente como objetivo a alcanzar por medio del empeño directo de los poderes públicos dirigido a crear las condiciones idóneas para poder lograrlo. Pero esto no quiere decir que la disposición tenga un carácter meramente programático, sino que, al contrario, justifica sobre el plano jurídico todas las intervenciones del Estado dirigidas a favorecer los más altos niveles de ocupación. Se acentúa esta interpretación si conectamos este artículo con el 41.3 CI, que remite a la ley la determinación de los programas y los controles oportunos para que la actividad económica pública y privada se pueda dirigir a fines sociales⁴⁷.

Derivado del derecho al trabajo, la *Corte costituzionale* ha reconocido el derecho a la libertad de elección de una actividad laboral o profesional. Por ejemplo, ha declarado inconstitucionales una serie de normas que exigían, para el acceso a determinados empleos públicos, requisitos como no tener hijos⁴⁸, poseer una «buena calidad moral y de conducta»⁴⁹, por considerarlos una grave injerencia en la esfera privada y familiar de la persona que no se encuentra justificada. En definitiva, la Corte ha considerado inconstitucional cualquier medida que pudiese interferir en la libertad de elección profesional⁵⁰.

No se considera, sin embargo, garantizado el derecho a conservar el puesto de trabajo⁵¹, aunque no hay duda tampoco de que nadie puede despedido arbitrariamente⁵². Otros derechos del trabajador están reconocidos en el artículo 36.1 de la Constitución: el derecho a una retribución suficiente, el establecimiento de una duración máxima de la jornada laboral, el derecho al descanso y a las fiestas retribuidas y el derecho al ahorro.

1.3.3. El derecho a la Seguridad Social

La Seguridad Social está en directa relación con varios de los derechos anteriormente citados, singularmente el derecho a la salud y el de la atención de los trabajadores en caso de necesidad. Es el artículo 38 CI el que regula

47. CARETTI, 2005, pp. 404 y 405.

48. P. ej., para empleos militares, SCC 332/2000.

49. En relación con el acceso a la Policía, SSCC 108/1994 y 391/2000.

50. SCC 248/1986.

51. SCC 45/1965.

52. Como se regula expresamente en la Ley 604/1966, integrada posteriormente en la Ley 300/1970, que establece la ilegitimidad del despido individual sin justa causa.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

el sistema de Seguridad Social, y como ya hemos dicho, debemos ponerlo en directa relación con el 32, fundamento del derecho a la protección de la salud. Estos artículos están en estrecha conexión con el artículo 35 («La República tutela el trabajo en todas sus formas y aplicaciones») y con algunos principios fundamentales determinados en los arts. 2 y 3 CI, en concreto los llamados principios «intervencionista», «personalista» y «solidarista»⁵³.

Ésta es la vía que nos permite encontrar el fundamento constitucional de un sistema de Seguridad Social. La tutela de quien, viviendo del propio trabajo, llega a encontrarse en condiciones de necesidad, corresponde a un interés que afecta a la entera colectividad nacional, y constituye así una expresión necesaria de la solidaridad de toda la colectividad organizada en el Estado. Se comprende entonces lo dispuesto por el artículo 38.1, al decir que «todo ciudadano incapaz para trabajar o desprovisto de medios necesarios para vivir tiene derecho a ser mantenido y a la asistencia social» y el 38.2: los trabajadores tienen derecho a que sean previstos y asegurados los medios adecuados a sus exigencias vitales en caso de accidente, enfermedad, invalidez y vejez, desempleo involuntario.

Estamos ante dos tipos de tutela diferentes: mientras que para los ciudadanos el empeño de la comunidad debe ser el de proporcionar los medios necesarios para vivir, para los que, como «trabajadores», han contribuido al bienestar de toda la colectividad, está previsto un trato preferencial, en lo que se refiere a las prestaciones económicas a las que tienen derecho, en función del artículo 38.2.

La *Corte Costituzionale* ha reafirmado en múltiples ocasiones que la opción del legislador, en desarrollo de lo constitucionalmente dispuesto (arts. 2, 3, 32, 38 y 53), está orientada a configurar un sistema de previsión definible como «solidario», caracterizado por la no correspondencia entre riesgo y contribución, y por la irrelevancia de la proporcionalidad entre contribuciones y prestaciones de previsión. Por el contrario, se caracteriza por el relieve que asume la «capacidad contributiva», globalmente entendida, de los miembros individuales de la categoría profesional. En lo que se refiere a la protección de la salud, la *Corte Costituzionale* sostiene la existencia de «una tutela privilegiada de los trabajadores, que se desarrolla tanto en el ámbito sanitario como en el económico» (SCC 559/87), y que tiene también su reflejo en la legislación que garantiza la seguridad y la higiene en el trabajo.

1.3.4. El derecho a la salud

El artículo 32 prevé el derecho a la protección de la salud, entendido

53. AMATO-BARBERA, 1997, p. 170.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

como uno de los más cualificados derechos de la persona y, por tanto, en relación directa con el artículo 2 CI. Tradicionalmente se le ha considerado como uno de los más importantes derechos sociales, en el sentido de que confiere al ciudadano la expectativa jurídica de que la República se ponga en grado de hacer razonablemente posible la defensa o la recuperación del estado de salud de todos los ciudadanos. El derecho a la salud muestra aspectos típicos de estos derechos (la pretensión que tiene como objeto una prestación) cuando se presenta como derecho a la curación de una enfermedad (gratuitamente o bajo pago de un precio), y aspectos típicos de los derechos de libertad (la pretensión que tiene por objeto una abstención) cuando se presenta como derecho a no ser curado. La misma expresión («derecho a la salud») connota una variada pluralidad de situaciones subjetivas y valores objetivos a ellas vinculados. Lo mismo ocurre con los derechos de libertad, que pueden ser contemplados desde distintos puntos de vista y pueden tener distintas manifestaciones que lo presenten en uno u otro grupo de derechos. Basándose en esta argumentación, LUCIANI llega a decir que el hecho de que un derecho sea considerado social o de libertad depende de su propia historia, o como máximo de cuál de sus distintos aspectos haya prevalecido en su desarrollo histórico como derecho⁵⁴.

En la tutela de la salud concurren los intereses del individuo y de la colectividad. Se trata de una consecuencia del principio de solidaridad, de manera que cada uno aporta algo a la comunidad, y de esos recursos públicos se emplea una parte en la protección de la salud de los individuos singulares.

La evolución de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud ha ido consolidando a éste como un derecho de amplio significado, y con una importante y efectiva esfera de protección. En este sentido, algunos hablan del «nuevo» derecho a la salud, o de las nuevas manifestaciones del mismo⁵⁵. Esta evolución ha puesto también de relieve que resulta difícil, en algunos casos, distinguir de un modo radical entre derechos individuales y derechos sociales. La *Corte Costituzionale*, en la primera de sus intervenciones sobre la prevención y lucha contra el SIDA, afirmó que la salud «constituye un valor que, protegido por la Constitución como derecho fundamental del individuo y como interés de la colectividad (art. 32) ha sido reconocido constantemente por esta Corte como primario, por ser inherente a la persona humana, y por su categoría de derecho social, que caracteriza la forma de Estado social diseñada por la Constitución» (SCC 37/1991, citando las SSCC 455/1990, 324/1989, 1011/1988 y 177/1986).

54. LUCIANI, 1995, p. 121.

55. MODUGNO, 1995, p. 40.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En esta misma línea, en las Sentencias 218/1994 y 258/1994 la Corte sostiene que «la tutela de la salud comprende la pretensión común y general del individuo a condiciones de vida, de ambiente y de trabajo que no pongan en riesgo su bien esencial», y esta protección «no se agota en estas situaciones activas de pretensión. Implica y comprende el deber del individuo de no lesionar y no poner en riesgo con el propio comportamiento la salud de otros».

Otra dimensión social del derecho a la salud se puso de relieve en la Sentencia 180/1994, que rechazó la pretensión de inconstitucionalidad de la ley que obligaba a llevar el casco al conducir las motocicletas. La Corte habla de los «costes sociales» que tendría una conducta que pondría en peligro la salud del ciudadano.

Entre las diversas situaciones subjetivas que pueden entenderse incluidas en el «derecho a la salud»⁵⁶ no cabe duda que, ante todo, la principal es la que concibe tal derecho como el «derecho a la integridad psico-física», que se trata de un verdadero derecho subjetivo. Bajo el perfil de la «defensa de la integridad psicofísica de la persona humana» frente a la agresión o a las conductas lesivas de terceros (y en este punto entra en conexión el art. 32 con el 13 CI), nos encontramos con un derecho *erga omnes*, inmediatamente garantizado por la Constitución y, como tal, directamente tutelable y accionable frente a los autores de comportamientos ilícitos⁵⁷.

El bien protegido por la norma constitucional (la salud) ya es propio del beneficiario del mismo, y no necesita la intervención del legislador como única condición de tutela. Del artículo 32 nacen derechos subjetivos perfectos que tienen como objeto el bien «salud», directamente accionables ante la autoridad judicial⁵⁸. Estrechamente conectada al derecho a la integridad psico-física está la regulación de los trasplantes de órganos, que en Italia se ha ido definiendo a través de una detallada legislación, diversa en función de que la extracción de órganos se produzca de seres vivos o de cadáveres⁵⁹.

Recientes tendencias jurisprudenciales han enriquecido el derecho a la salud con una nueva acepción: el derecho a participar en las decisiones relativas a la elección del tratamiento sanitario. Éste se sustancia en el derecho al consentimiento informado⁶⁰. Del artículo 32.1 CI se deriva asimismo un

56. Sigo en estas líneas las ideas aportadas por CARETTI, 2005, pp. 426 y ss.

57. SSCC 88/1979, 184/1986 y 559/1987.

58. BALDASSARRE, 1989b. Así lo ha entendido la jurisprudencia de la *Corte costituzionale*: *vid.*, en particular, SSCC 247/1974 y 88/1979.

59. Sobre la cuestión puede verse ROMBOLI, 1982.

60. Se afirma en el art. 33.1 de la Ley 833/1978 («Los controles y tratamientos sanitarios son normalmente voluntarios») e incluso antes, en el art. 1 de la Ley 180/1978, de idéntico tenor. Sobre esto ha habido numerosa jurisprudencia ordinaria. *Vid.* CARETTI, 2005, p. 429.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

«derecho a las prestaciones sanitarias» y, por tanto, un derecho a recibir tratamientos curativos. Todos los sujetos públicos que conjuntamente componen la República (Estado, Regiones, Provincias, Ayuntamientos) están obligados a hacer efectivo este derecho, interviniendo bien directamente (a través de las correspondientes infraestructuras asistenciales), bien indirectamente, disponiendo las cosas de manera que sean sujetos privados los que desempeñen esta tarea. Esta obligación se concreta por tanto en la necesidad de garantizar las condiciones mínimas de salud y bienestar psicofísico del individuo, con independencia de sus condiciones económicas⁶¹.

Bajo el perfil del derecho a tratamiento sanitario, el derecho a la salud está sujeto, sin embargo, a la «determinación de los instrumentos, de los tiempos y de los modos de actuación» de la relativa tutela por parte del legislador ordinario⁶². Esto comporta que, según la *Corte costituzionale* italiana, de igual manera que todo derecho a prestaciones positivas, al estar basado sobre normas constitucionales de carácter programático que imponen la consecución de un determinado objetivo, está garantizado a cada persona como un derecho constitucional condicionado por el grado de eficacia que el legislador le otorga a través del balance del interés tutelado por ese derecho con los otros intereses constitucionalmente protegidos⁶³. Pero, continúa la Corte, «este principio, que es común a cualquier otro derecho constitucional a prestaciones positivas, no implica ciertamente una degradación de la tutela primaria asegurada por la Constitución hacia una puramente legislativa, sino que comporta que la realización de la tutela, constitucionalmente obligatoria, de un determinado bien (la salud) se produzca gradualmente, como consecuencia de un equilibrio razonable con los otros intereses o bienes que gozan de similar tutela constitucional y con la posibilidad real y objetiva de disponer de los recursos necesarios para la misma realización: equilibrio que está siempre sometido al control por parte de esta Corte en las formas y modos propios al uso de la discrecionalidad legislativa»⁶⁴.

La última parte del artículo 32.1 prevé que la República «garantiza las curas gratuitas a los indigentes». En principio parece que se trata de un derecho no inmediatamente accionable, y que necesita una actuación legislativa sobre la base de los recursos financieros disponibles. No puede excluirse,

61. Así se ha reconocido por la *Corte Costituzionale*, en las SSCC 992/1988 y 445/1990. Más recientemente, SSCC 185/1998, 309/1999 y 509/2000.

62. SSCC 81/1966, 112/1975, 104/1982, 142/1982, 75/1982, 212/1983, 226/1983, 342/1985 y 1011/1988.

63. SCC 455/1990.

64. Además de la Sentencia que se cita textualmente (455/1990), la Corte ya había sostenido esta tesis en las SSCC 27/1975, 226 y 559/1987, 992/1988, 319/1989, 127 y 298/1990.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

en este sentido, un posible control de la *Corte Costituzionale* sobre la utilización de los recursos financieros en este sector. La puesta en práctica de la disposición que estamos examinando se ha concretado a través del artículo 1.3 del Decreto Legislativo 502/1992 (modificado por el art. 1 del Decreto legislativo 229/1999), que garantiza la gratuidad a nivel nacional de las prestaciones sanitarias comprendidas en los niveles esenciales.

Al derecho a la salud, entendido como interés de la colectividad, se vinculan las numerosas intervenciones de los poderes públicos dirigidas a la tutela del medio ambiente. Las disposiciones dirigidas a proteger a los ciudadanos frente a los distintos tipos de contaminación, a conservar y desarrollar los recursos naturales, a tutelar las áreas territoriales de particular valor natural, a asegurar las condiciones ambientales de modo que se mejore la calidad de vida, tienden a configurar un verdadero y propio derecho a un medio ambiente saludable, como premisa de una efectiva realización del derecho a la salud⁶⁵.

El medio ambiente viene considerado en la CI como un valor primario o fundamental, que se concreta tanto en un derecho subjetivo de los individuos (derecho a un medio ambiente sano) como en una defensa de los intereses de la colectividad. Esto se deriva también de la jurisprudencia constitucional⁶⁶. El derecho a un medio ambiente sano podría también entenderse como implícito en el mismo derecho a la salud, si restringimos (como decía GIANNINI) el significado de «ambiente» al que se refiere al «hecho de mutua agresión entre hombre y naturaleza», y limitando el significado de salud a la simple integridad física⁶⁷. El derecho a la salud no se agota en la conservación de la integridad física, sino que comprende también la necesidad de desarrollar la vida en unas condiciones de salubridad e higiene adecuadas, y es la defensa de esta esfera vital la que resulta objeto de protección en función de lo previsto en el artículo 9 CI, que debe entenderse no sólo como la tutela del paisaje, sino del sistema ecológico.

No solamente se trata de un principio constitucional que prevé el interés colectivo de la defensa medioambiental («interés difuso» o valor constitucio-

65. CARETTI, 2005, p. 432.

66. SSCC 94/1985, 359/1985, 39/1986, 151/1986, 167/1987 y 191/1987. Resulta especialmente relevante la SCC 210/1987, en la que la Corte habla de «finalidad de protección de los valores constitucionales primarios (arts. 9 y 32 de la Constitución)», es decir, «el ambiente y la salud», entendidos como valores «que en sustancia la Constitución prevé y garantiza». En el mismo sentido, la SCC 617/1987. Más adelante, la SCC 1029/1988.

67. También LUCIANI subraya que cualquier lesión del medio ambiente supone una lesión de la integridad física de aquellos que están en contacto con ese entorno ambiental.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

nal son términos utilizados por la *Corte costituzionale*⁶⁸), sino que existe un derecho subjetivo individual que requiere entender la salud de cada uno como una situación general de bienestar que se deriva también del disfrute de un medio ambiente sano. Así se recogía, por ejemplo, en la Sentencia de la Sección primera del Tribunal de Casación, n° 5172/79, relativa a la instalación de una depuradora de aguas, cuyos humos y ruidos habían supuestamente provocado daños a los residentes en la zona.

En este sentido, la Sentencia CC 210/1987 entendió legítimo el poder atribuido al Ministro de Medio Ambiente para valorar el impacto sobre el medio ambiente por parte de algunos proyectos de obras y de ordenar, si es el caso, su suspensión. Entre los argumentos que utiliza la *Corte* está el de las finalidades sustanciales del instituto, «que son las de proteger los valores constitucionales primarios» (arts. 9 y 32 CI) y que, como ha afirmado repetidamente la *Corte Costituzionale* (SSCC 151/1986 y 153/1986), «justifican ampliamente la importancia de los poderes atribuidos al Estado, que son también funciones de dirección y coordinación». En sustancia, la Corte aprecia el esfuerzo del legislador «por dar un reconocimiento específico a la salvaguardia del medio ambiente como derecho fundamental de la persona e interés fundamental de la colectividad y de crear instituciones específicas para su protección», en el contexto de «una concepción unitaria del bien ambiental que comprende todos los recursos naturales y culturales»⁶⁹.

El derecho individual a la salubridad del medio ambiente se trata, por tanto, de uno de los derechos sociales emergentes en Italia. Mientras que para los derechos sociales enumerados, la Constitución garantiza determinados derechos a los ciudadanos en razón de su particular status social, es decir, como consecuencia de su inserción en formaciones sociales, en determinados ámbitos de la vida (familia, escuela, lugar de trabajo), la Constitución reconoce también, por lo demás implícitamente, otros derechos a la persona humana como tal, calificándolos también como derechos sociales, en cuanto que su contenido viene determinado por una particular estructura del ámbito vital. Se dan, en suma, además del derecho a la salud, derechos personales/sociales, derechos encaminados a satisfacer las condiciones de vida materiales con el fin de hacer posible que la vida de esas personas sea digna. Éstos se pueden concretar en el derecho a una vivienda digna, el derecho a un medio ambiente sano o digno de la persona humana, y en general el derecho de acceso o de participación, como el derecho a los alimentos, al vestido, a

68. CARETTI, 2005, p. 437.

69. Puede verse también la SCC 641/1987 que, considerando el medio ambiente como «bien material unitario», no excluye que sus variados componentes puedan constituir, aislada y separadamente, objeto de tutela.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

las curas médicas, al tiempo libre, al descanso, a la calidad de vida, a la participación en el progreso de la sociedad, etc.

Del derecho a un medio ambiente sano se derivan manifestaciones concretas como el derecho al resarcimiento por daño ambiental⁷⁰, o la posibilidad de que pueda limitarse legítimamente la propiedad privada como consecuencia de las medidas necesarias para salvaguardar el medio ambiente.

1.3.5. El derecho a la vivienda

Según la doctrina italiana, en el caso del derecho a la vivienda debería distinguirse un significado fuerte (derecho a recibir en propiedad, en alquiler o en asignación un alojamiento) de un significado intermedio (afirmado a fines de los setenta por la jurisprudencia ordinaria como «derecho subjetivo perfecto del arrendatario a la estabilidad del goce del propio alojamiento»), y de un significado débil (que se firma poco a poco en la jurisprudencia constitucional, como derecho instrumental respecto a otras situaciones subjetivas cuya necesidad se reconoce)⁷¹. En los dos primeros significados, este derecho no sería compatible con el ordenamiento constitucional italiano, puesto que entraría en conflicto con la garantía del derecho a la propiedad privada, al presuponer que existiría un monopolio público del mercado de la vivienda. No ocurre lo mismo con el llamado significado débil.

La CI no recoge de modo expreso el derecho a la vivienda, pero a la vista de la jurisprudencia constitucional y la doctrina italianas, puede sostenerse que, entendiéndolo en el sentido «débil», encuentra su fundamento constitucional en el artículo 42.2 CI, que compromete al legislador a hacer accesible a todos la propiedad privada, en relación también con el 47.2, donde se afirma que la República favorece el acceso del ahorro de los ciudadanos a la propiedad de una vivienda, y en el propio artículo 14, en materia de libertad de domicilio (que no tendría sentido si no se tuviese alojamiento para desarrollarla)⁷². Podemos, además, poner en relación estas normas constitucionales con otros derechos sociales, como el derecho fundamental a la cohabitación propio de cualquier familia, también las familias de hecho⁷³.

70. ALPA (1999) habla del derecho al resarcimiento del daño a la salud provocado por fenómenos de contaminación.

71. MODUGNO, 1995, p. 58. Pueden encontrarse en dicho texto más referencias a la jurisprudencia constitucional, si bien ha de tenerse en cuenta que el libro es de 1995.

72. SSCC 49/1987, 399/1989, 599/1989, 142/1991, 419/1991 y 169/1994. *Vid.* también MODUGNO, 1995, p. 59.

73. SCC 404/1988, en la que se reconoce el derecho a la vivienda del conviviente *more uxorio*, reconducido expresamente a la categoría de derechos inviolables, en cuanto dirigido a garantizar una vida digna para sí y para los eventuales hijos.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

Según la jurisprudencia constitucional, de la forma democrática del Estado es posible deducir una serie de derechos sociales que serían condición trascendental de la propia democracia. En este sentido se encuadraría el derecho a la vivienda entre los derechos inviolables del hombre de los que habla el artículo 2 CI. Se trataría de garantizar unos niveles mínimos que faciliten una convivencia digna a través de políticas públicas⁷⁴, con relación especialmente a los colectivos más necesitados y a los jóvenes⁷⁵. En este sentido, el derecho estaría condicionado a los recursos de la colectividad⁷⁶.

1.3.6. Otros derechos sociales

La CI reconoce otros derechos sociales, como ya dijimos al inicio de estas líneas, como el *derecho a la instrucción*, o el *derecho al estudio*. En el ámbito de este derecho social pueden singularizarse distintas situaciones subjetivas, como son, por un lado, el propio derecho a la instrucción (art. 33 CI) y el derecho a ser instruido (art. 34). El primero se divide en la libertad de instruir (*libertà di insegnamento*) y la libertad de creación de escuelas e institutos educativos. El segundo, en la libertad de elegir escuela y el derecho a recibir educación. Es este último derecho el que, específicamente, se trataría de un derecho social (el derecho al estudio), que debe ser garantizado por el Estado a través de la financiación directa de los centros estatales, y de la financiación indirecta por medio de becas y ayudas al estudio. Las demás situaciones subjetivas reseñadas se enmarcarían dentro de los derechos de libertad.

Del derecho al estudio se deducen concretas manifestaciones, como la libertad de acceso al sistema educativo y la gratuidad de la educación obligatoria. El artículo 34 de la CI dice que «la escuela está abierta a todos», lo cual debe ser garantizado por el Estado a través de diversos mecanismos, alguno de los cuales se recoge en la misma Constitución: el artículo 33.2 CI establece que la República «instituye escuelas estatales en todos los órdenes y grados». Esta libertad de acceso al sistema educativo puede verse limitada por requisitos que los centros de enseñanza superior exigen a quienes desean ingresar en ellos, de acuerdo con los criterios fijados a su vez por el Ministerio de la Universidad y la investigación científica (art. 9.4 de la Ley 341/1990). La *Corte costituzionale* ha rechazado la posible inconstitucionalidad de tales criterios, por lo que se refiere al ámbito universitario⁷⁷.

El artículo 34.2 de la CI dispone, además, que «la instrucción inferior, impartida por al menos ocho años, es obligatoria y gratuita». En desarrollo

74. BALDASSARRE, 1989b.

75. SCC 217/1988.

76. CARETTI, 2005, p. 425. *Vid.* también SCC 252/1989.

77. SCC 282/1998.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

y aplicación de tal disposición, se han ido sucediendo diversas leyes educativas⁷⁸. El derecho a la gratuidad de la educación no incluye, sin embargo, según la *Corte costituzionale*, el de la gratuidad de actividades que faciliten el acceso a la misma, como la de los medios de transporte o la provisión de materiales educativos⁷⁹.

Por otro lado, los intereses sociales (y ya hemos comentado algo a lo largo de estas páginas) podrían justificar algunos límites a las libertades económicas, como por ejemplo al derecho de propiedad. Éstos estarían constitucionalmente basados en la función social de la propiedad (proclamada en el art. 42.2 CI, que establece la necesidad de hacerla accesible a todos, como ya hemos señalado), y en la posibilidad de llevar a cabo expropiaciones por causa de utilidad pública (art. 42.3 CI), causas que, por cierto, deben ser bien concretas y actuales, no genéricas e hipotéticas⁸⁰.

También en el ámbito económico, podrían existir límites a la libertad de iniciativa económica, por cuanto el artículo 41.2 CI establece que ésta no puede llevarse a cabo «en contraste con la utilidad social o en modo que provoque daños a la seguridad, a la libertad o a la dignidad humana». La propia CI dispone que podrían darse orientaciones y controles que garantizaran el cumplimiento de fines sociales (art. 41.3 CI). En relación con ello, el artículo 43 CI prevé la posibilidad de que la ley reserve al Estado determinadas categorías de empresas, con fines de utilidad general, y siempre que se traten de servicios públicos esenciales de preeminente interés general.

1.3.7. Los derechos sociales como derechos fundamentales e inviolables

A. Igualdad

A pesar del imperativo igualitario entre hombre y mujer que se deriva del artículo 3.1 de la Constitución, las situaciones concretas que pueden darse son muy diversas, e incluso en algunos momentos podrían estar justificadas las diferencias. Piénsese, por ejemplo, en el caso del padre trabajador y la madre trabajadora. La jurisprudencia constitucional italiana ha ido asimilando de modo progresivo el tratamiento de las dos categorías de sujetos⁸¹. Pero esta asimilación no puede olvidar algunos límites claramente fijados por la diversidad biológica: piénsese en el ejemplo obvio del régimen de abstención laboral obligatoria posterior al parto. El ámbito laboral es un ejemplo de todo ello, y la misma jurisprudencia constitucional ha reflejado esta reali-

78. Sobre la evolución reciente de estas leyes, puede verse CARETTI, 2005, pp. 444-446.

79. SSCC 7/1967, 106/1968, 125/1975 y 36/1982.

80. SCC 96/1996.

81. SSCC 1/1987 y 179/1993.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

dad⁸². No cambia esta situación el reconocimiento del derecho a la identidad sexual, reconocido también por la jurisprudencia constitucional⁸³. La clasificación como hombre o mujer requerirá, a partir de este punto, la consideración también de aspectos psicológicos y no sólo biológicos de la persona, o los cambios físicos producidos después del nacimiento y fruto de una libre determinación del sujeto.

En la jurisprudencia constitucional italiana los derechos sociales han servido, en alguna ocasión, para reforzar el principio de igualdad. Situaciones que, en abstracto, parecían compatibles con este principio, no lo eran con los derechos sociales. Un ejemplo de ello lo tenemos en la SCC 39/1993. Se juzgaba el diverso tratamiento de algunas categorías de pensionistas, con relación a la devolución de sumas de dinero asignadas a ellos erróneamente por las instituciones asistenciales, y percibidas de buena fe. La declaración de inconstitucionalidad de estas previsiones legales se justificaba no sobre la base de lo dispuesto en el artículo 3 de la Constitución y el principio conexo de confianza de los ciudadanos en la seguridad jurídica, sino sobre la constatación de que habrían sido afectados por esta medida jubilados con rentas bajas, que habían destinado las sumas percibidas (y que teóricamente debían ser restituidas) a la satisfacción de necesidades alimenticias propias y de su familia. De ahí se derivaba, según la Corte, la violación del artículo 38.

B. Los derechos como derechos inviolables

Aún hoy en día, hay quien sostiene que la diversidad entre derechos de libertad y derechos sociales no es sólo histórica, sino que perdura una cierta precedencia lógica de los primeros con relación a los segundos. Los derechos de libertad constituirían «un *prius* lógico (si no axiológico) respecto a los otros derechos inviolables»⁸⁴, y condicionarían de tal manera la democracia que sin ellos ésta no podría ser concebida. Los derechos sociales, por su parte, no se concebirían como fundamentos esenciales de la democracia, sino que constituirían simplemente manifestaciones de las distintas experiencias constitucionales. Pero, según LUCIANI, esta idea no es compatible con la concepción que identifica el sujeto titular de los derechos fundamentales no con el individuo en abstracto, sino con la concreta «persona social», con las especificidades de sus determinaciones histórico-sociales. Si se parte de esta idea fundamental, LUCIANI considera insostenible el intento de identificar un criterio distintivo entre unos derechos que serían inherentes a la persona y otros que no. «Si es cierto que la gran novedad de las experiencias sociales

82. SCC 78/1993.

83. SSCC 161/1985 y 561/1987.

84. BALDASARRE, 1989a, p. 23.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

contemporáneas es la conexión entre Estado social y democracia emancipadora, se convierte en algo difícil afirmar que sólo los derechos de libertad, y sin embargo no los derechos sociales, forman parte de las "estructuras basilares" que surgen de la idea misma de "persona" [...] Incluso muchos derechos inicialmente destinados a tutelar intereses esenciales solamente para determinadas categorías de sujetos tienden hoy a hacerse patrimonio de todos». Y como ejemplo de ello pone la difícil situación ante la que se encontró la *Corte Costituzionale* italiana en un supuesto que afectaba al derecho a la asistencia social posterior al parto de las trabajadoras autónomas⁸⁵, que reivindicaban la extensión, más allá de los límites iniciales, de los beneficios derivados de estas prestaciones.

De igual modo que sostiene que no hay distinciones entre derechos sociales y derechos de libertad, LUCIANI dice que no se diferencian tampoco desde el punto de vista estructural, aun cuando distintos sectores doctrinales insistan en esta distinción⁸⁶. LUCIANI, siguiendo la doctrina alemana, sostiene la existencia, al menos, de cuatro grupos de derechos fundamentales: los derechos de defensa (*Abwehrrechte*), los derechos de prestación (*Leistung-srechte*), los derechos de participación (*Teilhaberechte*) y los derechos a tener, a percibir parte de un bien social (*Teilnahmerechte*)⁸⁷. Y puede ocurrir que un mismo derecho pueda ser contemplado desde distintos puntos de vista y, como consecuencia, integrarlo en uno o más grupos. Como ejemplo pone el derecho a la salud.

Como ya hemos visto al hablar del derecho a la vivienda (y lo mismo se dice en la doctrina italiana del derecho al trabajo⁸⁸), junto a los derechos fundamentales individuales, también los derechos sociales (y con mayor razón los derechos sociales a prestaciones positivas que necesitan de la intervención legislativa) pueden alcanzar el rango de derechos inviolables e irrenunciables de la persona, en cuanto que expresiones de valores o principios constitucionales supremos (y según lo dispuesto en el citado art. 2 CI).

La consideración de los derechos sociales y a las prestaciones positivas por parte de los poderes públicos como derechos inviolables puede derivarse de la SCC 455/1990, que aborda los diferentes aspectos del derecho a la salud. La calificación de los derechos como inviolables es muy importante en Italia, pues supone un grado de protección máximo. El concepto de inviolabilidad que se utiliza en el artículo 2 CI equivale al de intangibilidad. No

85. SCC 181/1993.

86. LUCIANI, 1995, pp. 118 y ss.

87. LUCIANI, 1985, p. 71.

88. MODUGNO, 1995, pp. 65 y ss.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

pueden ser lesionados ni por el Estado ni por otros individuos. Es un derecho ejecutable frente a todos.

1.4. GARANTÍAS

1.4.1. Garantías judiciales y no judiciales

Teniendo en cuenta un concepto amplio de garantías (el aportado por MORTATI, al identificarla como «todo mecanismo de protección de determinados intereses contra la eventualidad de violaciones»⁸⁹), suelen distinguirse dos grandes tipos de garantías, las jurisdiccionales y las no jurisdiccionales⁹⁰. Las primeras presuponen un procedimiento jurisdiccional, y actúan exclusivamente en el marco de esos procedimientos⁹¹. Las segundas pueden realizarse también a través de un procedimiento jurisdiccional, pero no lo presuponen o requieren de modo necesario.

Las garantías jurisdiccionales, a su vez, podrían dividirse en directas e indirectas. Las primeras son las que implican el ejercicio de facultades y poderes sometidos en el ámbito del derecho constitucional a tutela jurisdiccional, singularmente el derecho de acción y de defensa y el respeto del principio del «proceso justo» (arts. 24, 11 y 113 CI)⁹²; las segundas presuponen la institución y el funcionamiento de adecuadas estructuras juzgadoras, como por ejemplo, los requisitos de que dichas estructuras sean imparciales e independientes, sin que en ningún caso tengan relación con el supuesto concreto que se juzga (lo que en italiano se denomina *terzieta*⁹³). Derivados de estos requisitos encontramos otros como el de la «naturalidad» y «preconstitución» del juez (art. 25.1), y la prohibición de instituir jueces «extraordinarios» y «especiales» (art. 102.2).

En cuanto a las garantías no jurisdiccionales, podrían distinguirse, por ejemplo, los recursos administrativos; la institución del *Difensore civico*; el defensor («garante») del contribuyente; la participación de las personas jurídicas privadas en el procedimiento administrativo; la creación de autoridades independientes (que pretenden acentuar la imparcialidad y competencia técnica de determinadas estructuras públicas); el principio de responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos por violación de derechos (art. 28 CI), la responsabilidad «directa» del Estado y de los entes públicos (art.

89. MORTATI, 1976, p. 1223.

90. Así, PACE, 2003, pp. 177 y ss., especialmente pp. 185 y ss. *Vid.* También SORRENTINO, 1998.

91. SORRENTINO, 1998, p. 18.

92. PACE, 2003, pp. 217 y ss.

93. PACE, 2003, pp. 203-205.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

2043 CC italiano⁹⁴); la responsabilidad civil del Estado en el ejercicio de las funciones jurisdiccional y legislativa, y por actos no legislativos de las Cámaras. No obstante, si nos referimos específicamente a las técnicas de garantía de los derechos, en cuanto a garantía de situaciones jurídicas subjetivas, habría que señalar que, según la doctrina italiana, no está claro que la figura del *Difensore civico* pueda considerarse como una de ellas⁹⁵.

En Italia existen Defensores «cívicos» en algunas regiones y en provincias autónomas, que ejercen funciones de investigación, propuesta, requerimiento e información que les reconocen los respectivos ordenamientos⁹⁶. Si tenemos en cuenta que, con relación por ejemplo a los recursos administrativos, la ley reconoce al interesado un derecho jurídicamente protegido a que la autoridad requerida se pronuncie, hemos de constatar, por el contrario, que la tutela de los derechos y los intereses legítimos por parte del *Difensore civico* es puramente eventual e indirecta, de modo que ha de sostenerse que «tal órgano no puede ser obligado a investigar necesariamente sobre todos los hechos denunciados», sino que debe más bien procurar, con su presencia y actividad, que en las dependencias públicas (estatales, regionales o municipales) sometidas a su control, se aseguren «el buen proceder y la imparcialidad de la administración» (art. 97 CI)⁹⁷. No ocurre lo mismo, por ejemplo, con el *garante del contribuente*, instituido a nivel regional⁹⁸, puesto que éste puede llegar a activar los procedimientos de autotutela en relación con actos administrativos de verificación o de cobro notificados al contribuyente. Incluso, según PACE, las «autoridades independientes» sí configurarían una técnica de garantía de los derechos, a diferencia del caso del *Difensore civico*⁹⁹.

En todo caso, parece que el *Difensore civico* sí puede entenderse, en sentido amplio, como un «medio no jurisdiccional de protección de los derechos humanos», aunque la institución no se haya creado a nivel estatal, sino solamente en algunos estatutos regionales, en el sentido de que puede controlar el correcto funcionamiento de las instituciones públicas¹⁰⁰.

94. Que dice: «El deudor responde del cumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. No se admiten las limitaciones de la responsabilidad, salvo en los casos previstos en la ley».

95. PACE, 2003, pp. 248-249.

96. Art. 16 de la Ley 127/1997. No existe un Defensor del Pueblo a nivel nacional, pero los defensores regionales están coordinados por uno de ellos. En el momento de escribir estas líneas, el coordinador es el *Difensore civico* de la región de Lombardía (<http://www.consiglio.regione.lombardia.it/difensore/>).

97. PACE, 2003, p. 249.

98. Art. 13 de la Ley 212/2000.

99. PACE, 2003, pp. 260-261.

100. A pesar de ello, BARILE decía, en 1984 (p. 49) que «la institución hoy carece de alguna utilidad práctica».

1.4.2. Pretensión de una prestación positiva dirigida al legislador

La garantía de los derechos sociales prevista en la Constitución, ya sea para los expresamente enumerados o simplemente implícitos o transversalmente reconstruidos, no es una garantía de tipo simplemente legal o legislativo, sino que es la garantía propia de los derechos constitucionales (con frecuencia de los derechos inviolables) y de los valores constitucionales (frecuentemente los primarios o supremos).

El fundamento de la pretensión, por tanto, no está en la ley que la hace gradualmente posible en concreto, sino en la Constitución. La ley actúa como *condicio sine qua non*, y no de *condicio per quam*, pues ésta está ya en la Constitución.

Los derechos sociales no pueden, en definitiva, construirse según el viejo esquema genérico del derecho del ciudadano a una prestación positiva por parte del Estado, sino como la pretensión de una prestación positiva dirigida al mismo legislador.

La objeción que espontáneamente surge, repetida muchas veces (a partir de SCHMITT), es que una pretensión frente a un sujeto libre de determinarse (como el legislador) representaría una contradicción lógica, antes incluso que jurídica. En realidad, en la concepción actual del Estado constitucional, ya no es posible contraponer los derechos sociales como meros derechos de prestación a los derechos de libertad, que no requerirían prestaciones positivas sino un simple deber de abstención. Por un lado, también estos últimos dependen de la organización del Estado (MAZZIOTTI). Por otro, existen derechos sociales que, también por su estructura (*agere licere*), son asimilables a los derechos de libertad y se realizan, por tanto, *ex se*, independientemente de cualquier mediación (legislativa). Se trata de aquellos derechos sociales que pueden ser considerados como verdaderas y propias libertades sociales: tal es la libertad de elección de una profesión (*ex art. 4*), la libertad de contraer matrimonio y de procrear (*ex art. 29*), de elegir el tipo de educación para los propios hijos (art. 30), el derecho a la salud (art. 32), la libertad de enseñanza (art. 33), de crear y gestionar escuelas (art. 33.2), la de elegir escuela (art. 34), de emigración (art. 35), la libertad sindical (art. 39), el derecho a la huelga (art. 40). Son, como se ve, en general, derechos enumerados en la CI o, todo lo más, derechos implícitos.

El derecho a la salud presenta la misma estructura del derecho de libertad personal: el bien protegido es el mismo, la persona humana en su integridad psicofísica; diversas son las conductas o actividades perjudiciales o peligrosas, actuales y directas, en el caso de la libertad personal, potenciales o

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

indirectas (incidentes que afectan, por ejemplo, al entorno ambiental de vida personal o colectiva) en el caso del derecho a la salud.

1.4.3. Actuales perspectivas

En la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale* se subraya cómo a los derechos sociales se les debe asegurar una protección constitucional plenamente comparable a la de otros derechos fundamentales. También los derechos sociales, en cuanto tales, son irrenunciables, inalienables, indisponibles, intransmisibles e inviolables. Esto no impide, sin embargo que la inmediata operatividad de tales derechos, como derechos de pretensión a prestaciones públicas, pueda y deba ser verificada caso por caso, sin confundir lo que es posible en virtud de la sola eficacia de la Constitución con lo que es históricamente posible (PACE), a consecuencia de leyes que hayan asegurado una determinada disciplina de la materia.

Las conclusiones que se pueden obtener de la evolución jurisprudencial de la *Corte Costituzionale*, a la hora de asegurar la efectividad de los derechos sociales, nos llevan, sin embargo, a observar cómo las técnicas jurisdiccionales utilizadas por parte de los jueces constitucionales permiten considerar de alguna manera mutable el grado de efectividad asegurado por tales derechos. Las técnicas de ponderación entre intereses igualmente merecedores de tutela llevan, efectivamente, al juez constitucional a llevar a cabo una comparación continua entre diversos principios y valores constitucionales, y ello sobre la base de asumir que el principio de ponderación o equilibrio entre bienes constitucionales representa el parámetro con base en el cual se deben determinar los límites y el contenido de los derechos fundamentales y a través del cual se resuelven los conflictos que pueden surgir entre bienes constitucionalmente colindantes. Una perspectiva, esta última, que lleva a considerar a la *Corte Costituzionale* como verdadero y propio legislador positivo, cuya ambigüedad preocupa todavía a la doctrina italiana e incluso a la europea, cuando se pone el interrogante sobre el *quis custodiet custodes*.

En los últimos quince años, las autoridades gubernamentales han manifestado la voluntad de reforzar y renovar los sistemas de garantía de los derechos sociales, a través de intervenciones más sistemáticas y de mayor amplitud, aunque faltan iniciativas concretas, al menos visibles, que mantienen este ámbito en una situación, en última instancia, confusa. Muchas promesas, pero pocas realizaciones concretas, en definitiva.

Son varias e inciertas las causas y los análisis de este renacimiento de la conciencia política: las contingencias económicas desfavorables y el desempleo de larga duración han reclamado una mayor atención sobre el tema de

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

los derechos sociales, también en sede europea, donde se toman desde hace ya tiempo la mayor parte de las decisiones fundamentales sobre política económica y financiera de los países europeos.

La escasez de los recursos reclama, además, una rigurosa racionalización de su empleo. La cultura de la autonomía y la subsidiariedad ha pretendido la apertura de los sistemas de protección de los derechos sociales también a los entes territoriales (que, para ciertos aspectos, habían adquirido ya un firme control sobre la materia no inferior al del Estado) y a los sujetos privados (cuya contribución a la ejecución de los sistemas de protección era y es contemplado por parte de las mismas normas constitucionales).

2. ALEMANIA*

2.1. CONSTITUCIÓN

Es frecuente leer en la doctrina alemana que la Constitución alemana vigente no reconoce expresamente los derechos sociales como fundamentales. En contraste con la situación actual, la Constitución imperial de Weimar, texto concebido por el Secretario de Estado Preuß, y que tenía mayor unidad sistemática que la Constitución imperial de 1871, contenía un apartado muy extenso relativo a derechos fundamentales, que incluía derechos fundamentales de carácter social¹⁰¹.

Sin duda, fue precisamente una raíz histórica la que llevó a los constituyentes alemanes a evitar la inclusión de los derechos sociales en la Ley Fundamental de Bonn (LFB): no se querían repetir los errores de Weimar y, en este caso, se entendía que la excesiva atención a la política social, entendiéndola como generadora de derechos de prestación de los ciudadanos frente al Estado, debía evitarse¹⁰². Este punto de partida ha influido también notablemente, como veremos, en la doctrina alemana y, en parte, en la jurisprudencia constitucional.

Como ocurre en otros países, los derechos sociales se encuentran íntimamente unidos al Estado social de derecho, aunque en un sentido unidireccional: donde existen derechos sociales es evidente que existe Estado social. Sin embargo, no siempre puede decirse lo contrario, es decir, que la afirmación del principio del Estado social puede no comportar necesariamente la existencia de los derechos sociales, como demuestra la LFB, en la cual se encuen-

* POR CARLOS VIDAL PRADO.

101. SCHNEIDER, 2003, § 5, número marginal 32 y ss.

102. STERN, 2004, p. 38, número marginal 72.