

RESEÑA

Uguali nella sostanza, differenti per territorio?

La tutela costituzionale dei diritti social in Italia e in Spagna

Sara Cocchi

Edizioni ETS, Pisa, 2016, 278 pp.

FÁCIL EN LA SUSTANCIA, ¿DIFERENTE POR EL TERRITORIO? LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES EN ITALIA Y ESPAÑA.

INGLÉS: EASY IN THE SUBSTANCE, DIFFERENT BY TERRITORY? THE CONSTITUTIONAL PROTECTION OF SOCIAL RIGHTS IN ITALY AND SPAIN.

Josep María Castellá Andreu*

La relación entre derechos sociales y Estados políticamente compuestos no es un tema nuevo para la doctrina constitucionalista italiana ni tampoco para la española.

Pero en los últimos años se ha incrementado el interés por la materia, en paralelo al ejercicio por las regiones italianas y comunidades autónomas españolas de competencias normativas y administrativas relevantes en educación, sanidad o asistencia social. Ello ha coincidido en el tiempo

* Profesor Titular de Derecho Constitucional y Catedrático Acreditado de la Universidad de Barcelona.

con la grave crisis económica que padecen ambos Estados, la cual ha frenado la potencial expansión de dichas competencias y, en este contexto, ha puesto sobre la mesa un debate, más amplio, y antes poco tratado: el de los costes y beneficios de la descentralización política.

Entre las aproximaciones recientes, cabe destacar las de varios profesores e investigadores –sobre todo italianos–, desde perspectivas concretas y novedosas, como el estudio del impacto económico de la crisis sobre los derechos sociales, o de concretos derechos o de categorías de titulares de los mismos como, por ejemplo, los extranjeros residentes en situación regular o irregular, o el modelo de *Welfare* desarrollado por una región concreta, sin faltar en muchos de estas líneas de investigación una vertiente comparada relevante, por otra parte hoy ineludible en el estudio del derecho. Elisabetta Catelani se ha preguntado recientemente hasta qué punto se puede hablar hoy de unidad de tutela y de garantía de los derechos sociales en un Estado regional (*I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti*, 2015), cuestión extensible a otros Estados descentralizados, como el español.

La monografía de Sara Cocchi aborda cómo se conjugan derechos sociales y autonomía territorial en Italia y en España, con especial atención en el derecho a la salud. La obra de la investigadora florentina trata de responder a una pregunta fundamental: qué grado de diferencia entre entidades autónomas resulta admisible en materia de derechos sociales dentro de un mismo ordenamiento constitucional y correlativamente de qué instrumentos dispone el Estado para evitar la desigualdad entre los ciudadanos que habitan en entes territoriales distintos. La respuesta dista de ser evidente a pesar de que a primera vista –la que ofrece un acercamiento al tema más clásico– pudiera parecer que sí que lo es. De ahí la oportunidad del libro y el máximo interés de su lectura.

La autora reconstruye, por un lado, los fundamentos teórico-históricos y el tratamiento constitucional de los derechos sociales, basados en los principios de libertad positiva, igualdad sustancial y dignidad de la persona, y por el otro, las relaciones entre unidad y autonomía –de tipo dinámico–, que llevan a un modelo policéntrico fundado más en una visión cooperativa que jerárquica entre el centro y la periferia. El libro

sostiene, con argumentos sólidos, que tanto en Italia como en España, la lógica vertical sigue imponiéndose en la práctica sobre la cooperativa y que el Estado mantiene una posición prevalente en la protección de los derechos sociales. Se trata de una conclusión que Sara Cocchi reconoce como no definitiva, dado el carácter *in progress* de este tipo de relaciones, en donde el factor temporal es tan relevante.

Por ello resulta oportuno que, citando a Miguel Azpitarte, la autora subraye que el carácter programático de las normas constitucionales de índole social, significa que permite organizar el pluralismo en el tiempo. Y, añadimos ahora nosotros, a la luz de lo que se observa en esta obra, también afecta a la dimensión espacial del pluralismo, ya que la autonomía política significará la posibilidad de desarrollar modelos, o al menos espacios sociales propios, en las distintas entidades regionales. O por decirlo con palabras de la autora, no se trata de que haya contraposición en la tutela de los derechos sociales por la pertenencia a comunidades territoriales diversas, sino “especificaciones” distintas; el que éstas vayan más allá de lo que han ido hasta ahora, dependerá en buena medida de las respuestas que den ambos ordenamientos una vez que la crisis haya remitido, porque la crisis llegó justo en el momento en que los entes territoriales empezaban a desarrollar espacios sociales.

Esto ocurre en ambos países básicamente a partir de la década del 2000, tras la reforma de la constitución italiana de 2001 y la asunción por todas las comunidades autónomas españolas, de amplias competencias en los Estatutos de autonomía en educación o sanidad, lo que se materializa a finales de los años 90's.

En un contexto de crisis económica tan profunda, la salida centralizadora a la cuestión social no es nueva ni, por tanto, extraña. Esto no quiere decir, no obstante, que sea la única posible. En todo caso, parece indubitado que, desde finales de la década anterior, las instituciones centrales han recuperado protagonismo a la hora de crear instrumentos, diseñar políticas y aportar recursos para hacer frente a los efectos sociales más devastadores de la crisis, y en particular lo han hecho los gobiernos con el uso continuado de instrumentos normativos especiales a su alcance (caso del decreto ley o de la delegación legislativa en Italia). Todo ello

está siendo avalado, aunque con matices no insignificantes, por sendos tribunales constitucionales (aunque en el caso español falte aún dictar sentencia sobre normas tan relevantes como por ejemplo el Decreto Ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud).

A eso se suma el hecho que también los gobiernos centrales han visto cómo se reforzaban los instrumentos de control sobre el gasto público territorial, incluso a nivel constitucional, tras las controvertidas reformas de 2011 y 2012 en ambos países. En cambio, las técnicas de colaboración intergubernamental no han desplegado todas sus posibilidades, lo que se suma a la hasta ahora ausencia de segundas cámaras verdaderamente territoriales en ambos países, esto es, de un foro político de debate sobre las políticas a adoptar de forma participada y consensuada con los entes subnacionales. En definitiva, la respuesta dada a la crisis parece que acentúa y por tanto confirma plenamente, la tesis de la autora sobre la verticalización de las relaciones intergubernamentales frente a una idea más cooperativa de las mismas. O, dicho de otra manera, de la crisis las regiones –y el resto de poderes territoriales– han salido más débiles y con menor capacidad para hora de hacer frente a sus efectos sobre la sociedad y sus sectores más débiles.

Ahora bien, esa corrección de rumbo de tipo centralista en los planos de la realidad política y jurídica de los últimos años, debido a la crisis que se acaba de mencionar –la cual se reencuentra con una inercia histórica muy asentada en ciertas mentalidades políticas, académicas y burocráticas–, choca con una cada vez más intensa corriente doctrinal, en la que se adscribe la obra de Sara Cocchi, así como por cierta práctica administrativa y jurisprudencial que ha ido reconociendo y asumiendo la participación de las entidades territoriales en la concreción del Estado social.

En efecto, poco a poco se va dejando atrás, al menos como marco de referencia teórico, una idea que ha sido dominante durante mucho tiempo en la doctrina constitucionalista y en la acción de gobierno de ambos Estados, con una fuerte tradición centralista –liberal o fascista-franquista–, como bien resume Sara Cocchi en el primer capítulo, que difiere de los orígenes de Estados federales clásicos como el norteameri-

cano. Esto es, la protección de los derechos sociales y la solidaridad como campos de actuación propios del poder central y manifestaciones típicas de las funciones estatales. La autonomía se reservaba o se justificaba para la preservación de lo propio: la cultura y la lengua, por un lado, o bien a la gestión de lo más cercano: la ordenación del territorio y aquello de interés y alcance local, por el otro. Así, a lo sumo, los derechos sociales –y la sanidad de forma particular– podían ser gestionados desde las administraciones cercanas (poderes de organización y administración), pero la regulación de su contenido y la determinación de las prestaciones correspondían al Estado central, el único dotado de la capacidad distribuidora necesaria. El Estado era visto como espacio exclusivo de solidaridad e integración social. Así se explican, en parte, tendencias convergentes en Europa y América del Norte de ideologías diversas –el denominado a este lado del Atlántico consenso social y cristiano demócrata– en los procesos constituyentes de la segunda postguerra o, cuando la Constitución es previa, en momentos constituyentes posteriores ligados a la Gran crisis de 1929 y a la consolidación del *Welfare State*.

En las últimas décadas, coincidiendo con la crisis del Estado social, parece que ha cambiado la situación o se ha roto el consenso ideológico precedente, al menos en parte. Lo común tiende a identificarse más con el núcleo de los derechos y libertades civiles y políticas, y la protección de los derechos sociales se deja en una medida notable a la actuación de los poderes territoriales, y de forma creciente a los poderes supranacionales en el contexto europeo. El Estado ha acabado por aceptar compartir las decisiones sobre el modelo social con otros poderes, a veces reservándose un mínimo común o creando técnicas de colaboración y participación entre las distintas instancias de poder. El Estado, sin embargo, sigue siendo el espacio predominante para el ejercicio de la ciudadanía política y el que determina el perímetro de actuación de los derechos de libertad. Al mismo tiempo, es una realidad que los derechos sociales forman parte del corazón de la solidaridad interterritorial e interpersonal, y por tanto, son garantía ineludible de la unidad entendida como integración de una comunidad política. Otra cosa es que este espacio de solidaridad tienda a ensanchar su radio de acción, al menos en la Unión Europea, aunque las dificultades de su sostenimiento y otras ligadas a aspectos

como la identidad nacional u occidental, lleven a cuestionar dicho espacio común en varios países, y desde varias posiciones ideológicas que de forma simplista solemos denominar populistas, para evitar entrar en otros análisis más rigurosos y comprometidos de sus causas y diferencias de manifestaciones.

Con este contexto de fondo, Sara Cocchi reconstruye las etapas principales y los hitos más destacados de la relación entre derechos sociales y organización territorial del poder en Italia y en España, hasta alcanzar su posibilidad de realización efectiva en la democracia pluralista, en la que la descentralización territorial es una manifestación relevante del pluralismo, y lo social no ahoga la democracia ni el Estado de derecho, como ya advirtiera García-Pelayo. En la reconstrucción de esta trayectoria se advierte cómo en la tensión centro-periferia en materia social, el polo de la descentralización no se situará en Italia hasta la reforma de 2001 en un plano similar al polo homogeneizador o uniformista, predominante al inicio de la actual república constitucional. Factores políticos como la aparición de partidos territoriales o la creación de una nueva clase política, también en el plano local, van a influir en este reposicionamiento.

En España, en cambio, desde el comienzo del periodo constitucional vigente, va a coexistir un impulso contradictorio simultáneo. Por un lado, la consolidación del Estado social y la protección de los derechos sociales desde bases democrático-constitucionales, a lo largo de los años 80's, y por el otro, la descentralización del poder político, con fuertes demandas de autogobierno en algunos territorios –las llamadas nacionalidades–, los cuales primero y, a partir de las reformas estatutarias de los años 90's, el resto de comunidades autónomas, van a luchar (políticamente y ante el Tribunal Constitucional) por obtener ámbitos de competencia en los que llevar a cabo un espacio social propio, distinto del de otras comunidades autónomas.

El libro que se presenta no es estrictamente de derecho comparado, aunque la comparación entre Italia y España esté latente a lo largo de toda la obra. La autora invita a una comparación dinámica, en la que la modulación temporal de las instituciones estudiadas es decisiva. Da la impresión, viendo lo sucedido en ambos países mediterráneos, que los

debates doctrinales o jurisprudenciales habidos en Italia se repiten en España, donde se condensan en un menor tiempo e intensidad, seguramente porque la respuesta ha madurado ya en el entorno italiano (es lo que ocurrió en sede constituyente con el debate sobre la inclusión de derechos sociales o con la discusión sobre el alcance normativo de las normas programáticas en la doctrina y la jurisprudencia ordinaria en España).

De entrada, el Estado social llega a Italia y España en dos momentos distintos, aunque como resultado de un pacto político de base semejante (en el contenido): mientras Italia forma parte de los primeros Estados que en la segunda postguerra introducen derechos sociales y económicos en la Constitución, la española es probablemente la última constitución del Estado social anterior al cambio que inaugura la victoria de Ms. Thatcher en el Reino Unido en 1979, y se hace en un momento en que el Estado social padece ya la crisis fiscal del Estado (resulta ilustrativa la diferencia de paradigmas en que se insertan la Constitución española de 1978 y la chilena de 1980 en relación con la cuestión social, dejando de lado otras consideraciones políticas ahora). Ello hará aflorar, tanto en la experiencia italiana como en la española de los últimos años, y en general en el constitucionalismo social del momento presente, el principio de subsidiariedad en su vertiente horizontal, además de la vertical, o tipos de regulación negociada y de cooperación público-privada-tercer sector en la gestión. Últimamente José Esteve Pardo ha explicado la nueva posición del Estado, visto como “garante” de la prestación de derechos sociales, no como directo responsable de la misma (*La nueva relación Estado y sociedad*, 2013). Asimismo, el análisis de la jurisprudencia de sendos tribunales constitucionales, muestra distintos intentos de realizar más vigorosamente el Estado social desde sus sentencias, con los problemas que ello conlleva con el Estado-legislador y con la priorización del presupuesto, y que bien resume Sara Cocchi.

La comparación entre ambos sistemas creo que tiene todo el sentido. Por una parte, los derechos sociales asumen una base constitucional, aunque difieran tanto las técnicas utilizadas por ambos documentos como los efectos que de ello se derivan: derechos constitucionales propia-

mente dichos en el caso italiano; principios rectores en buena parte de los derechos sociales en el supuesto español. Esto es, la cuestión sobre el tipo de normas que son los derechos sociales (que no se pueden reducir a su dimensión prestacional, por importante que sea, como bien señala la autora) y sobre la existencia o no de un contenido mínimo constitucional de los mismos. En la práctica, la actuación concreta de tales derechos no es tan distinta, pues en ellos suele primar la dimensión objetiva sobre la subjetiva, la llamada al legislador competente es requerida en ambos casos, y en el caso español, en ausencia de contenido esencial de dichos principios, opera la técnica de la garantía institucional, como bien resalta Sara Cocchi. Las distintas técnicas de regulación conllevan también diferencias en la tutela, agravadas por los distintos tipos de procesos constitucionales habitualmente empleados: el juicio en vía incidental en el caso italiano, el recurso de amparo frente a actos de violación particulares en el español. Dicho recurso de amparo se erige como un instrumento privilegiado de protección jurisdiccional de los derechos y, por esto mismo, la exclusión de los principios rectores ubicados en el capítulo tercero del título I (y de los derechos de la sección II del capítulo II del título I de la Constitución) del amparo ante el Tribunal Constitucional lleva a buscar modos de superación, ya sea a través de formas ensayadas por el propio Tribunal Constitucional, como conectar los principios rectores con los derechos fundamentales protegidos por amparo (caso del derecho a la vida o la intimidad, siguiendo en esto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), o con el principio de igualdad.

O bien, como han sugerido algunos constitucionalistas, considerando como derechos propiamente dichos algunos de los principios rectores incluidos en el capítulo III por su vinculación con la dignidad (Guillermo Escobar en *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, 2012).

Por otra parte, la organización territorial de ambos Estados incide no sólo sobre la organización o administración de los derechos (lo que ha dado lugar en Italia, más que en España, a diferentes modelos regionales de *Welfare*, señaladamente el lombardo y el toscano) sino también en la misma regulación de ellos. De este modo, los problemas que surgen de la distribución vertical de poderes en este ámbito tienen que ver con el re-

parto competencial –básicamente a través de competencias sectoriales de tipo concurrente y de la presencia de una cláusula transversal de tipo general, como la del art. 117.2. m CI y la del art. 149.1.1 CE, que se deben armonizar con competencias exclusivas de regiones y comunidades–, con las técnicas de colaboración interterritorial horizontal y vertical, y de participación de los territorios en la determinación de los elementos esenciales de la política fijados por el Estado, o con la financiación de las políticas públicas y derechos implicados.

La autora presta especial atención a la operatividad de las cláusulas competenciales transversales. Los últimos aspectos citados han sido tratados con gran detenimiento por Pietro Masala (*La tutela dei diritti sociali negli ordinamenti di tipo composto, tra uniformità e differenziazione: Decentramento e diritti sociali in Italia, Germania e Spagna*, 2015).

Una atención particular presenta en el estudio de Sara Cocchi uno de los últimos debates, suscitados sobre el tema que estamos considerando tanto en España como en Italia, y que, al mismo tiempo, al menos por ahora, ha perdido fuerza. Nos referimos a la incorporación de derechos y principios de contenido social en los estatutos reformados o elaborados en la última década en ambos países. Y como, con diferentes técnicas, sendos Tribunales constitucionales han diluido la fuerza normativa de dichas disposiciones hasta convertirlas en irrelevantes en la práctica. De este modo, la ampliación del espacio social regional se ha hecho ligándolo más a mayores competencias atribuidas por las normas constitucionales o estatutarias que a la inclusión de normas sobre derechos en los estatutos.

Por último, la cuestión sobre la relación entre derechos sociales y organización descentralizada del Estado, se ha solapado en los últimos años en España por la aparición de las demandas secesionistas en Cataluña, cuestión a la que Sara Cocchi también hace referencia en su obra, para destacar precisamente el carácter dinámico de la relación, y como la secesión es una salida –extrema– a la tensión entre unidad y autonomía.

Sin negar el apoyo social que ha ganado la causa independentista como consecuencia de un descontento económico y político con el tipo de

relación entre Cataluña y el Estado, dicho movimiento secesionista revisite caracteres populistas y sirve como cortina de humo para esconder la discusión sobre el concreto ejercicio que han efectuado las instituciones catalanas de las competencias propias. De este modo, la crisis catalana muestra la tensión, cuyo desenlace sólo el paso del tiempo permitirá descubrir, entre dos corrientes antagónicas presentes en el seno de la sociedad catalana: por un lado, la apuesta por una renovada participación de Cataluña en el Estado social y democrático de derecho diseñado por la Constitución y la consiguiente solidaridad con los territorios vecino, y por el otro, la voluntad de los nacionalistas de llevar a cabo un modelo social propio, distinto del español, que sólo se considera factible a través de la secesión, discurso este último que ha bebido ideológicamente de la posición de ciertos grupos políticos del Norte de Italia, y otro ejemplo del “diálogo” constante entre uno y otro país).