

**Gian Antonio Benacchio, Michele Cozzio
Michele Nicoletti, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz**
(a cura di)



Diritti sociali fondamentali tra costituzionalismi e mercato

Visioni comparate tra Europa e America Latina

Derechos sociales fundamentales entre constitucionalismos y mercado

Miradas comparadas entre Europa y América Latina

Il volume raccoglie gli Atti del Seminario Internazionale promosso nel 2025 dall'Università di Trento e dall'Università della Coruña, dedicato alle radici, alle trasformazioni e alle prospettive dei diritti sociali fondamentali nel contesto europeo e iberoamericano. Le varie prospettive di analisi (la dimensione sovranazionale, la tutela dei lavoratori, il rapporto con la sostenibilità, il ruolo della pubblica amministrazione, le sfide contemporanee) dimostrano che, pur nella diversità delle tradizioni giuridiche, emerge una comune visione dei diritti sociali quali diritti umani pienamente integrati, inscindibili dai diritti civili e politici e strettamente connessi alla dignità della persona. Gli Atti offrono strumenti utili alla riflessione di studiosi, decisori e cittadini, nella consapevolezza che i diritti sociali fondamentali costituiscono una condizione essenziale per la qualità delle democrazie.

El volumen reúne las Actas del Seminario Internacional promovido en 2025 por la Universidad de Trento y la Universidad de La Coruña, dedicado a las raíces, las transformaciones y las perspectivas de los derechos sociales fundamentales en el contexto europeo e iberoamericano. Las diversas perspectivas de análisis –la dimensión supranacional, la tutela de los trabajadores, la relación con la sostenibilidad, el papel de la administración pública y los desafíos contemporáneos– ponen de manifiesto que, pese a la diversidad de las tradiciones jurídicas, emerge una visión común de los derechos sociales como derechos humanos plenamente integrados, inseparables de los derechos civiles y políticos y estrechamente vinculados a la dignidad de la persona. Las Actas ofrecen instrumentos útiles para la reflexión de académicos, responsables públicos y ciudadanos, desde la convicción de que los derechos sociales fundamentales constituyen una condición esencial para la calidad de las democracias.

GIAN ANTONIO BENACCHIO MICHELE COZZIO
MICHELE NICOLETTI JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ
(a cura di)

**DIRITTI SOCIALI FONDAMENTALI
TRA COSTITUZIONALISMI E MERCATO**
Visioni comparate tra Europa e America Latina

Atti del Seminario Internazionale di Trento
12-13 maggio 2025

* * *

**DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES
ENTRE CONSTITUCIONALISMOS Y MERCADO**
Miradas comparadas entre Europa y América Latina

Actas del Seminario Internacional de Trento
12-13 de mayo de 2025



**UNIVERSITÀ
DI TRENTO**



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

La realizzazione del Seminario è stata possibile col patrocinio di:



REGIONE AUTONOMA TRENINO-ALTO ADIGE/SÜDTIROL
AUTONOME REGION TRENINO-SÜDTIROL
REGION AUTONOMA TRENIN-SÜDTIROL



Open Council of Europe
Academic Networks



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Publicato da

Università degli Studi di Trento
Via Calepina nr. 14, 38122 Trento - IT
casaeditrice@unitn.it - www.unitn.it

Progetto grafico e impaginazione

Lisa Esposito, Grafica Interlinea - Trento
In copertina immagine tratta da stock.adobe.com

© Curatori, Autori e Autrici
1ª edizione, marzo 2026
ISBN 978-88-5541-150-9
DOI 10.15168/11572_481890

L'elaborazione dei testi, anche se curata con attenzione non può comportare responsabilità per involontari errori o inesattezze.

Edizione digitale rilasciata con licenza



Creative Commons Attribuzione - Non Commerciale
Non Opere Derivate 4.0 Internazionale

INDICE

<i>Presentazione degli Atti</i>	Pag. VII
<i>Presentación de las Actas</i>	» XIII
<i>Accordo OCEAN e FIDA: ponte tra Europa e America Latina</i>	» XIX
<i>Convenio OCEAN y FIDA: puente entre Europa y América Latina</i>	» XXIII
<i>Elenco degli Autori Listado de Autores</i>	» XXIX

DIRITTI SOCIALI FONDAMENTALI NELLA PROSPETTIVA EUROPEA E IBEROAMERICANA

*

DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN LA PERSPECTIVA EUROPEA E IBEROAMERICANA

<i>Diritti sociali fondamentali tra tutela internazionale e politiche pubbliche</i>	» 3
Michele Nicoletti	
<i>La Carta sociale europea tra vincoli giuridici e attuazione</i>	» 5
Giuseppe Palmisano	
<i>Sobre la Carta Iberoamericana de los derechos sociales fundamentales</i>	» 19
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz	
<i>Il Pilastro europeo dei diritti sociali: principi, prospettive e sfide attuative</i>	» 31
Andrea Borroni	

DIRITTI SOCIALI E TUTELE DEI LAVORATORI

*

DERECHOS SOCIALES Y TUTELA DE LOS TRABAJADORES

<i>Diritti sociali e lavoro dignitoso</i>	» 49
Matteo Borzaga	
<i>Derechos sociales y trabajadores en México: crisis, reformas y replanteamiento</i>	» 55
Miguel Alejandro López Olvera	
<i>Los derechos sociales en el contexto de los mercados en Argentina</i>	» 61
José Luis Said	

DIRITTI SOCIALI E SOSTENIBILITÀ

*

DERECHOS SOCIALES Y SOSTENIBILIDAD

<i>Sostenibilità, diritti sociali (e doveri)</i>	»	75
Fabrizio Fracchia		
<i>Derechos sociales y sostenibilidad ambiental</i>	»	79
Ximena Angélica Lazo Vitoria		
<i>Derechos sociales, sostenibilidad y papel del Derecho Administrativo en la transición justa</i>	»	91
Jennifer Sánchez González		
<i>Diritti sociali e cooperazione transcontinentale nel diritto europeo. L'esempio della strategia Global Gateway</i>	»	103
Gianmatteo Sabatino		
<i>Il dovere di sostenibilità nella prospettiva del diritto islamico</i>	»	117
Francesco Petrucciano		
<i>Derechos sociales y sostenibilidad</i>	»	127
Cristina Vázquez		

DIRITTI SOCIALI E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

*

DERECHOS SOCIALES Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

<i>El estándar de los derechos sociales y su preservación desde el Derecho Administrativo</i>	»	157
José María Gimeno Feliú		
<i>Diritti sociali fondamentali e pubblica amministrazione nello spazio costituzionale europeo</i>	»	165
Nicoletta Parisi		
<i>Herramientas jurídicas y voluntad política para el Estado social</i>	»	207
María Victoria de Dios Viéitez		

<i>Los servicios públicos en Argentina: protección constitucional, regulación y desafíos</i>	»	217
Jorge Ignacio Muratorio		
<i>Derechos sociales, administración y presupuesto público</i>	»	223
Miriam Mabel Ivanega		
<i>Los derechos sociales en Argentina: desafíos y garantías en el Estado constitucional</i>	»	237
Patricio Marcelo E. Sammartino		
<i>La contratación pública estratégica con dimensión social y su fundamento jurisprudencial</i>	»	265
Gerardo García-Álvarez García		
<i>Trasparenza, anticorruzione e Patti di integrità per i diritti sociali</i>	»	271
Giovanni Colombo		
<i>El componente social en la contratación pública estratégica</i>	»	279
Christian Campos Monge		

**TAVOLA ROTONDA
DIRITTI SOCIALI FONDAMENTALI, PROSPETTIVE COMPARATE
E SFIDE CONTEMPORANEE**

*

**MESA REDONDA
DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES, PERSPECTIVAS
COMPARADAS Y DESAFÍOS CONTEMPORÁNEOS**

<i>Il ruolo della giurisprudenza nella elaborazione e garanzia dei diritti sociali</i>	»	297
<i>El papel de la jurisprudencia en la elaboración y garantía de los derechos sociales</i>		
modera Roberto Toniatti		
interventi di Alejandro Pérez Hualde, José Luis Said, Cristina Vázquez		
Richard J. Martin Tirado, Pierino Stucchi López Raygada		
Jorge Danós Ordóñez, Fabrizio Fracchia		

<i>Le implicazioni economiche e altre resistenze all'applicazione dei diritti sociali</i>	» 308
<i>Las implicaciones económicas y otras resistencias a la actuación de los derechos sociales</i>	
modera Roberto Toniatti	
interventi di Luciana Soledad Falcone, Miriam Mabel Ivanega José Luis Said, Richard J. Martin Tirado, Giuseppe Franco Ferrari Michele Nicoletti	
 <i>Funzione sociale dell'economia, sostenibilità e responsabilità degli attori pubblici e privati</i>	 » 318
<i>Función social de la economía, sostenibilidad y responsabilidad de los actores públicos y privados</i>	
modera Roberto Toniatti	
interventi di Fabrizio Fracchia, Jorge Danós Ordóñez Mirta G. Sotelo De Andreau, Pierino Stucchi López Raygada Andrea Borroni, Richard J. Martin Tirado, Alejandro Pérez Hualde	
 <i>Giurisprudenza delle Corti, riconoscimento dei diritti e opinione pubblica.....</i>	 » 331
<i>Jurisprudencia de los Tribunales, reconocimiento de los derechos y opinión pública</i>	
modera Roberto Toniatti	
interventi di José Luis Said, Alejandro Pérez Hualde José María Gimeno Feliú	

PRESENTAZIONE DEGLI ATTI

Il volume raccoglie gli Atti del Seminario Internazionale *Diritti sociali fondamentali tra costituzionalismi e mercato. Visioni comparate tra Europa e America Latina - Derechos sociales fundamentales entre constitucionalismos y mercado. Miradas comparadas entre Europa y América Latina* svoltosi a Trento (Italia) il 12 e 13 maggio 2025, organizzato dall'Università di Trento (Facoltà di Giurisprudenza e Dipartimento di Lettere e Filosofia) e dall'Università della Coruña (Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público). L'incontro ha riunito giuristi e studiosi di diversi Paesi europei e latinoamericani con l'obiettivo di promuovere un confronto scientifico sui fondamenti, le trasformazioni e le prospettive dei diritti sociali fondamentali nel contesto contemporaneo.

Il Seminario si inserisce in una fase storica segnata da profonde tensioni tra garanzia dei diritti sociali, funzionamento dei mercati e capacità delle Istituzioni pubbliche di incidere sulle condizioni di vita delle persone. Le recenti crisi economiche, sanitarie, ambientali e geopolitiche hanno reso evidente che la tutela dei diritti sociali non può rimanere confinata su piani meramente dichiarativi ma richiede uno *sforzo collettivo* per divenire concreta: politiche pubbliche efficaci, amministrazioni e giudici capaci, operatori economici responsabili, cittadini e organizzazioni della società civile determinati, strumenti giuridici adeguati, tanto a livello nazionale quanto sovranazionale.

Negli ultimi cinquant'anni il riconoscimento dei diritti sociali – dal lavoro dignitoso alla protezione sociale, dalla salute all'istruzione – ha conosciuto sviluppi significativi, tutt'altro che scontati. La loro centralità nell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite ci ricorda che l'accesso universale a beni e servizi essenziali non rappresenta soltanto un corollario importante della democrazia, ma una sua condizione strutturale, un presupposto imprescindibile per il pieno sviluppo della persona, la cui realizzazione diviene responsabilità comune, *intra-* e *inter-* generazionale.

Eppure, nulla di quanto è stato conquistato può dirsi definitivamente acquisito, né garantito per il futuro. In nessun caso, poi, l'effettività dei diritti sociali è frutto di automatismi.

Uno sguardo realistico al contesto globale mostra quanto rimanga da fare e, prima ancora, la fragilità di quel poco che fin qui è stato ottenuto. Turbolenze geopolitiche, competizione per le risorse, trasformazioni dei mercati e, non da ultimo, una transizione tecnologica profondamente asimmetrica delineano scenari ambivalenti: per un verso aperti a nuove opportunità di innovazione sociale, per l'altro verso esposti al rischio concreto di brusche inversioni di tendenza e nuove forme di esclusione.

Il Seminario è impostato sulla base di queste premesse come luogo di riflessione e cooperazione, convinti che incontrarsi per discutere di diritti sociali fondamentali e delle sfide per la loro effettività possa contribuire a mantenere vivo lo sforzo collettivo ed evitare che le crisi attuali producano arretramenti nei livelli di protezione.

Il carattere comparato e transcontinentale rappresenta uno degli elementi qualificanti della lettura a più voci di cui rimane traccia negli Atti. Risulta una riflessione articolata sui diritti sociali fondamentali quali diritti umani pienamente integrati, inscindibili dai diritti civili e politici e strettamente connessi al principio di dignità della persona. Il dialogo tra esperienze europee e latinoamericane consente di superare letture unidirezionali o gerarchiche, valorizzando la pluralità delle tradizioni giuridiche e mettendo in luce come l'America Latina non sia un contesto di recezione di modelli, ma un laboratorio avanzato di elaborazione teorica e di sperimentazione istituzionale in materia di diritti sociali.

* * *

A orientare la discussione sono tre documenti fondamentali che, pur diversi per genesi, natura giuridica e raggio d'azione, condividono una medesima radice: la convinzione che la dignità umana esiga una tutela attiva da parte di tutti gli interlocutori pubblici e privati.

Il primo è la *Carta sociale europea* (1961, riveduta nel 1996), che attraverso un sistema di obblighi giuridicamente vincolanti ha trasformato diritti un tempo considerati prevalentemente programmatici in veri e propri parametri di legittimità dell'azione statale.

Il secondo è la *Carta Iberoamericana dei diritti sociali fondamentali*, approvata in seno all'Organizzazione Iberoamericana della Sicurezza Sociale (OISS) nel corso del Congresso internazionale di Santo Domingo, svoltosi dal 13 al 16 dicembre 2021, che segna l'emergere di una significativa convergenza euro-latinoamericana. Il documento, infatti, supera la tradizionale frattura Nord-Sud, affermando che istruzione, casa, salute e sicu-

rezza sociale costituiscono prerequisiti di una cittadinanza sostanziale, da riconoscere a tutte le persone che vivono nei territori dell'area Ibero-americana. Particolarmente rilevante è l'attenzione che la Carta riserva, accanto ai diritti sociali più consolidati, alla sostenibilità ambientale e alle disuguaglianze di genere, mostrando come il linguaggio dei diritti sociali sia capace di aggiornarsi ai bisogni di una società globale e di assumere una prospettiva di responsabilità intergenerazionale.

Il terzo documento è il *Pilastro europeo dei diritti sociali* (proclamato a Göteborg, 2017), che invita a ripensare il modello sociale europeo alla luce della transizione verde e digitale. Pur privo di immediata cogenza normativa, il Pilastro svolge una funzione propulsiva nell'orientare le politiche dell'Unione europea, dal programma NextGenerationEU fino alla regolazione delle nuove forme di lavoro, inclusa la cosiddetta gig economy. Esso insiste sulla necessità di conciliare competitività e coesione sociale di fronte alle sfide poste dall'intelligenza artificiale, dall'automazione e dalla transizione ecologica, riaffermando che crescita economica e tutela della dignità umana devono procedere insieme.

Letti in sequenza, questi tre documenti delineano un vero e proprio percorso evolutivo: dalla codificazione di standard minimi, alla loro proiezione interregionale, fino alla loro integrazione con le politiche industriali, tecnologiche e ambientali. Ne emerge la natura profondamente dialettica dei diritti sociali, sospesi tra enunciazione di principi e ricerca di meccanismi di attuazione, tra aspirazione universale e radicamento nei contesti istituzionali e territoriali.

Il titolo stesso del Seminario *Diritti sociali fondamentali tra costituzionalismi e mercato* richiama esplicitamente il ruolo ambivalente che i mercati e gli attori economici globali svolgono nel riconoscimento, ma anche nella marginalizzazione, dei diritti sociali. In un'epoca in cui grandi imprese transnazionali tendono a produrre regole proprie, spesso sottratte ai contesti statali e territoriali, il rischio che i diritti sociali vengano compresi in nome dell'innovazione e della competitività non è affatto remoto. Lo dimostrano anche i più recenti dibattiti europei sulla semplificazione normativa e sulla sostenibilità. Anche per questo, mantenere vivo il confronto critico appare quanto mai necessario.

I contributi raccolti sono organizzati attorno a quattro assi tematici principali: (i) i diritti sociali fondamentali nella prospettiva europea e Iberoamericana; (ii) i diritti sociali e la tutela dei lavoratori; (iii) il rapporto tra diritti sociali e sostenibilità; (iv) il ruolo della pubblica amministrazione e degli strumenti giuridici nell'attuazione dei diritti sociali.

A questi si affiancano gli interventi emersi durante la tavola rotonda conclusiva dedicata alle sfide contemporanee dei diritti sociali, nella quale emergono, in chiave interdisciplinare, i nodi della giurisprudenza, delle resistenze economiche, del consenso pubblico e della funzione sociale dell'economia.

Il Seminario ha inoltre costituito l'occasione per la firma dell'accordo di cooperazione tra il *Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo* (FIDA) e l'*Open Council of Europe Academic Networks* (OCEAN), evento di particolare rilievo scientifico e istituzionale, di cui si è ritenuto opportuno lasciare traccia negli Atti. L'accordo rappresenta un passo significativo nel rafforzamento delle reti accademiche transnazionali e nella promozione di una ricerca condivisa sui valori della democrazia, dei diritti umani e dello Stato di diritto.

Nel loro insieme, gli Atti testimoniano la vitalità di un confronto scientifico che intreccia diritti, istituzioni e politiche pubbliche, offrendo chiavi di lettura utili non solo alla riflessione teorica, ma anche al dibattito pubblico, all'azione delle amministrazioni e degli operatori economici.

Il volume si propone dunque come strumento di approfondimento per studiosi, professionisti e decisori pubblici, ma anche cittadini, nella consapevolezza che la tenuta dei diritti sociali fondamentali rappresenti una condizione essenziale per la qualità delle democrazie contemporanee.

* * *

I Curatori desiderano esprimere il loro sincero ringraziamento ai Relatori provenienti da vari Paesi europei e latinoamericani che hanno accolto con entusiasmo l'invito a partecipare al Seminario Internazionale di Trento e a realizzare con i propri scritti questa raccolta degli Atti.

Un sentito ringraziamento va alle Istituzioni che hanno reso possibile con il loro patrocinio e con il loro sostegno finanziario lo svolgimento delle giornate seminariali, in particolare la Regione Autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol, l'Università degli Studi di Trento (segnatamente la Facoltà di Giurisprudenza, il Dipartimento di Lettere e Filosofia, l'Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici), la Universidad de Coruña (segnatamente la Facultad de Derecho e il Departamento de Derecho Público), il Grupo de Investigación de Derecho Público Global, il Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA), la Red Iberoamericana de Contratación Pública (REDICOP),

l'Open Council of Europe Academic Networks (OCEAN) del Consiglio d'Europa.

Un ringraziamento particolare va, infine, al personale dell'Università di Trento per la preziosa collaborazione e la disponibilità riservata per la preparazione, il coordinamento e la cura in ogni dettaglio del Seminario. Non meno sincero è il ringraziamento a Lisa Esposito per lo scrupoloso e paziente lavoro di editing e a Massimiliano Scala per il sostegno riservato all'iniziativa editoriale.

*Gian Antonio Benacchio, Michele Cozzio
Michele Nicoletti, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*

PRESENTACIÓN DE LAS ACTAS

El volumen recoge las Actas del Seminario Internacional *Diritti sociali fondamentali tra costituzionalismi e mercato. Visioni comparate tra Europa e America Latina - Derechos sociales fundamentales entre constitucionalismos y mercado. Miradas comparadas entre Europa y América Latina*, celebrado en Trento (Italia) los días 12 y 13 de mayo de 2025, organizado por la Universidad de Trento (Facultad de Derecho y Departamento de Letras y Filosofía) y por la Universidade da Coruña (Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público). El encuentro reunió a juristas y estudiosos procedentes de diversos países europeos y latinoamericanos con el objetivo de promover un diálogo científico sobre los fundamentos, las transformaciones y las perspectivas de los derechos sociales fundamentales en el contexto contemporáneo.

El Seminario se sitúa en una fase histórica marcada por profundas tensiones entre la garantía de los derechos sociales, el funcionamiento de los mercados y la capacidad de las instituciones públicas para incidir de manera efectiva en las condiciones de vida de las personas. Las recientes crisis económicas, sanitarias, ambientales y geopolíticas han puesto de manifiesto que la protección de los derechos sociales no puede permanecer confinada en planos meramente declarativos, sino que exige un *esfuerzo colectivo* para hacerse efectiva: políticas públicas eficaces, administraciones y jueces capaces, operadores económicos responsables, ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil comprometidos, así como instrumentos jurídicos adecuados, tanto a nivel nacional como supranacional.

En los últimos cincuenta años, el reconocimiento de los derechos sociales –desde el trabajo digno hasta la protección social, desde la salud hasta la educación– ha experimentado avances significativos, en absoluto evidentes ni garantizados. Su centralidad en la Agenda 2030 de las Naciones Unidas recuerda que el acceso universal a bienes y servicios esenciales no constituye únicamente un importante corolario de la democracia, sino una de sus condiciones estructurales, un presupuesto imprescindible para el pleno desarrollo de la persona, cuya realización se convierte en una responsabilidad común, intra e intergeneracional.

Sin embargo, nada de lo alcanzado puede considerarse definitivamente adquirido ni asegurado para el futuro. En ningún caso, además, la efectividad de los derechos sociales es fruto de automatismos.

Una mirada realista al contexto global muestra tanto cuánto queda aún por hacer como la fragilidad de los logros alcanzados hasta ahora. Las turbulencias geopolíticas, la competencia por los recursos, las transformaciones de los mercados y, no en último lugar, una transición tecnológica profundamente asimétrica dibujan escenarios ambivalentes: por un lado, abiertos a nuevas oportunidades de innovación social; por otro, expuestos al riesgo concreto de bruscos retrocesos y de nuevas formas de exclusión.

Sobre estas premisas se configura el Seminario como un espacio de reflexión y cooperación, con la convicción de que el encuentro y el debate en torno a los derechos sociales fundamentales y a los desafíos de su efectividad pueden contribuir a mantener vivo el esfuerzo colectivo orientado a evitar que las crisis actuales se traduzcan en retrocesos en los niveles de protección alcanzados.

El carácter comparado y transcontinental constituye uno de los elementos cualificadores de la reflexión coral que queda plasmada en estas Actas. De ello resulta un análisis articulado de los derechos sociales fundamentales como derechos humanos plenamente integrados, inseparables de los derechos civiles y políticos y estrechamente vinculados al principio de dignidad de la persona. El diálogo entre experiencias europeas y latinoamericanas permite superar lecturas unidireccionales o jerárquicas, poniendo en valor la pluralidad de las tradiciones jurídicas y evidenciando cómo América Latina no es un mero espacio de recepción de modelos, sino un laboratorio avanzado de elaboración teórica y de experimentación institucional en materia de derechos sociales.

* * *

La discusión se articula en torno a tres documentos fundamentales que, aun siendo distintos por su génesis, naturaleza jurídica y ámbito de aplicación, comparten una misma raíz: la convicción de que la dignidad humana exige una tutela activa por parte de todos los actores públicos y privados.

El primero es la *Carta Social Europea* (1961, revisada en 1996), que, a través de un sistema de obligaciones jurídicamente vinculantes, ha trans-

formado derechos tradicionalmente considerados de carácter programático en auténticos parámetros de legitimidad de la acción estatal.

El segundo es la *Carta Iberoamericana de los Derechos Sociales Fundamentales*, aprobada en el seno de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) durante el Congreso Internacional celebrado en Santo Domingo del 13 al 16 de diciembre de 2021, que marca la emergencia de una significativa convergencia euro-latinoamericana. El documento supera la tradicional fractura Norte-Sur al afirmar que la educación, la vivienda, la salud y la seguridad social constituyen requisitos de una ciudadanía sustantiva, que debe ser reconocida a todas las personas que viven en los territorios del espacio iberoamericano. Especialmente relevante resulta la atención que la Carta dedica, junto a los derechos sociales más consolidados, a la sostenibilidad ambiental y a las desigualdades de género, mostrando cómo el lenguaje de los derechos sociales es capaz de actualizarse frente a las necesidades de una sociedad global y de asumir una perspectiva de responsabilidad intergeneracional.

El tercer documento es el *Pilar Europeo de Derechos Sociales* (proclamado en Gotemburgo en 2017), que invita a repensar el modelo social europeo a la luz de la transición verde y digital. Aun careciendo de fuerza jurídica directamente vinculante, el Pilar desempeña una función impulsora en la orientación de las políticas de la Unión Europea, desde el programa NextGenerationEU hasta la regulación de las nuevas formas de trabajo, incluida la denominada gig economy. Insiste en la necesidad de conciliar competitividad y cohesión social frente a los desafíos planteados por la inteligencia artificial, la automatización y la transición ecológica, reafirmando que el crecimiento económico y la protección de la dignidad humana deben avanzar de manera conjunta.

Leídos de forma secuencial, estos tres documentos delinean un auténtico itinerario evolutivo: desde la codificación de estándares mínimos, pasando por su proyección interregional, hasta su integración con las políticas industriales, tecnológicas y ambientales. De ello emerge la naturaleza profundamente dialéctica de los derechos sociales, situados entre la proclamación de principios y la búsqueda de mecanismos de implementación, entre la aspiración universal y su arraigo en contextos institucionales y territoriales concretos.

El propio título del Seminario, *Derechos sociales fundamentales entre constitucionalismos y mercado*, remite explícitamente al papel ambivalente que desempeñan los mercados y los actores económicos globales tanto en el reconocimiento como en la marginación de los derechos sociales. En una épo-

ca en la que grandes empresas transnacionales tienden a producir normas propias, a menudo desvinculadas de los contextos estatales y territoriales, el riesgo de que los derechos sociales se vean comprimidos en nombre de la innovación y la competitividad dista mucho de ser remoto. Así lo ponen de manifiesto también los debates europeos más recientes sobre la simplificación normativa y la sostenibilidad. Por ello, mantener vivo el contraste crítico sobre estas cuestiones resulta hoy más necesario que nunca.

Las contribuciones reunidas se organizan en torno a cuatro ejes temáticos principales: (i) los derechos sociales fundamentales en la perspectiva europea e Iberoamericana; (ii) los derechos sociales y la protección de los trabajadores; (iii) la relación entre derechos sociales y sostenibilidad; (iv) el papel de la administración pública y de los instrumentos jurídicos en la implementación de los derechos sociales.

A estos se suman las aportaciones surgidas en la mesa redonda final, dedicada a los desafíos contemporáneos de los derechos sociales, en la que emergen, desde una perspectiva interdisciplinaria, cuestiones relativas a la jurisprudencia, a las resistencias económicas, al consenso público y a la función social de la economía.

El Seminario constituyó asimismo la ocasión para la firma del acuerdo de cooperación entre el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) y el Open Council of Europe Academic Networks (OCEAN), un acontecimiento de particular relevancia científica e institucional, del que se ha considerado oportuno dejar constancia en estas Actas. Dicho acuerdo representa un paso significativo en el fortalecimiento de las redes académicas transnacionales y en la promoción de una investigación compartida en torno a los valores de la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho.

En su conjunto, las Actas testimonian la vitalidad de un diálogo científico que entrelaza derechos, instituciones y políticas públicas, ofreciendo claves de lectura útiles no solo para la reflexión teórica, sino también para el debate público y para la acción de las administraciones y de los operadores económicos.

El volumen se propone, así, como un instrumento de profundización dirigido a estudiosos, profesionales y responsables públicos, así como a la ciudadanía en general, en la convicción de que la solidez de los derechos sociales fundamentales constituye una condición esencial para la calidad de las democracias contemporáneas.

* * *

Los Coordinadores del volumen desean expresar su más sincero agradecimiento a las ponentes y a los ponentes procedentes de diversos Países europeos y sudamericanos, que acogieron con entusiasmo la invitación a participar en el Seminario Internacional de Trento y a contribuir, con sus trabajos, a la realización de la presente recopilación de Actas.

Un agradecimiento especial se dirige a las Instituciones que, mediante su patrocinio y su apoyo financiero, hicieron posible la celebración de las jornadas del Seminario, en particular la Región Autónoma Trentino-Alto Adige/Südtirol, la Universidad de Trento (en particular la Facultad de Derecho, el Departamento de Letras y Filosofía y el Observatorio de Derecho Comunitario y Nacional sobre Contratación Pública), la Universidade da Coruña (en particular la Facultad de Derecho y el Departamento de Derecho Público), el Grupo de Investigación de Derecho Público Global, el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA), la Red Iberoamericana de Contratación Pública (REDICOP) y el Open Council of Europe Academic Networks (OCEAN) del Consejo de Europa.

Por último, se expresa un agradecimiento particular al personal administrativo y técnico la Universidad de Trento por la valiosa colaboración y la constante disponibilidad prestadas para la preparación, la coordinación y el cuidado de cada detalle del Seminario. No menos sincero es el agradecimiento a Lisa Esposito por el meticuloso y paciente trabajo de edición y a Massimiliano Scala por el apoyo brindado a la iniciativa editorial.

*Gian Antonio Benacchio, Michele Cozzio
Michele Nicoletti, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*

ACCORDO OCEAN E FIDA: PONTE TRA EUROPA E AMERICA LATINA

Il Seminario Internazionale di Trento ha ospitato la firma dell'accordo di collaborazione tra il *Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo* (FIDA) e l'*Open Council of Europe Academic Networks* (OCEAN) del Consiglio d'Europa. Le dichiarazioni rese in occasione della cerimonia testimoniano il valore scientifico, istituzionale e simbolico dell'accordo, che si inserisce nel solco di una cooperazione accademica transnazionale orientata alla promozione della democrazia, dei diritti umani e dello Stato di diritto, con particolare attenzione al coinvolgimento delle nuove generazioni di studiosi e allo sviluppo di reti di ricerca intercontinentali. La pluralità delle voci coinvolte, rappresentate dai referenti e coordinatori delle due realtà, documenta le motivazioni dell'accordo e le prospettive future di collaborazione. Di questo importante risultato si è ritenuto opportuno lasciare traccia negli Atti del Seminario.

Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA)

Il Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) ha più di 24 anni di attività, come ben sanno gli accademici iberoamericani. Nell'ambito del Foro ci confrontiamo su temi specifici, selezionati di anno in anno. Analizziamo le rispettive esperienze e osserviamo come operano nella realtà. Questo scambio è estremamente proficuo e si basa anche su rapporti di stima e amicizia che il Foro ha sempre coltivato. Sotto la guida del Presidente Jaime Rodríguez-Arana e grazie all'impegno di tutti i suoi membri, il FIDA è riuscito a consolidarsi e a proseguire il suo percorso di crescita. L'ingresso dell'Università di Trento, così come dei docenti che ci hanno accolto in questi giorni, costituisce un traguardo rilevante e una fonte di profonda soddisfazione.

Per il FIDA, l'accordo con OCEAN è molto importante, soprattutto perché apre le porte ai giovani per investigare sull'impatto dei diritti umani nel diritto pubblico.

Il Foro si è sempre caratterizzato per l'attenzione alla ricerca, allo scambio di conoscenze e alla libertà di espressione. In questo percorso, i diritti umani sono stati costantemente presenti in tutti i temi trattati durante questi ventiquattro anni. Siamo partiti da un gruppo ristretto di tredici o quattordici persone e oggi contiamo più di duecento membri.

Nato a Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), il FIDA ha sempre attuato i principi stabiliti dai suoi fondatori e sviluppati sotto la presidenza del Professor Rodríguez-Arana: cooperazione, scambio di conoscenze e sostegno alle nuove generazioni di ricercatori, nel quadro della libertà accademica, del rigore scientifico e dell'amicizia Iberoamericana.

La filosofia del FIDA si fonda su un'espansione progressiva basata sulla crescita, sullo scambio e sull'apertura. È stata la via attraverso la quale molti dei nostri Paesi hanno avuto inizialmente accesso all'orizzonte americano e, successivamente, allo spazio iberoamericano. Fin dalle prime fasi, si è integrata anche la dimensione italiana, grazie alla partecipazione di illustri accademici.

In questo contesto, ci prepariamo ora a compiere un ulteriore passo avanti nella direzione della difesa dei diritti umani, della democrazia e dello Stato di diritto, valori che, come dimostra l'esperienza contemporanea, necessitano ancora di essere approfonditi, dibattuti e condivisi collettivamente. Per il FIDA, questo progresso rappresenta l'apertura di un nuovo ponte, di grande rilevanza e portata, nel suo percorso istituzionale e accademico.

*Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Jorge Danós Ordóñez
Miriam Mabel Ivanega, Alejandro Pérez Hualde*

Open Council of Europe Academic Networks (OCEAN)

FIDA è un'importante rete Iberoamericana, un grande ponte che si estende sopra l'oceano. Anche OCEAN (*Open Council of Europe Academic Networks*) evoca in qualche modo l'oceano; abbiamo scelto questo acronimo per esprimere l'apertura che deve caratterizzare ogni rete accademica e ogni ricerca.

L'idea di OCEAN nasce nel 2018 durante il mandato di Michele Nicoletti come Presidente dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa. L'obiettivo era creare una rete accademica capace di raggiungere gli studiosi europei e di rafforzare il dialogo con il Consiglio d'Europa sui suoi valori fondamentali: democrazia, diritti umani e Stato di diritto. Si è trattato di un progetto accolto con grande favore: l'iniziativa è stata presentata sia al Comitato dei Ministri sia all'Assemblea parlamentare, ed è apparso da subito evidente che avrebbe potuto contare su un ampio sostegno, anche perché rispondeva a un'esigenza particolarmente attuale. Oggi le attività di OCEAN sono incardinate presso il *Department for the implementation of human rights, justice and legal cooperation standards* del Consiglio d'Europa.

La rete di OCEAN sviluppata negli anni conta oggi quasi 300 membri. L'accordo sottoscritto a Trento è il primo accordo ufficiale ad avere una portata transoceanica così rilevante. Per noi rappresenta un passo decisivo nello sviluppo della rete e nell'ampliamento della cooperazione accademica.

Il Consiglio d'Europa, com'è noto, lavora da sempre in stretta collaborazione con il mondo accademico, che rappresenta una componente essenziale delle sue attività. Gli studiosi partecipano a numerosi comitati, commissioni e delegazioni, e costituiscono un bacino di competenze estremamente ampio. Ciò che mancava, tuttavia, era un approccio strutturato capace di raccogliere e organizzare queste competenze, consentendo di comprendere in modo sistematico chi, in Europa, si occupa dei temi centrali della missione del Consiglio d'Europa – democrazia, diritti umani e Stato di diritto – e in particolare delle oltre 220 convenzioni internazionali adottate, tra cui spicca naturalmente la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

L'obiettivo di OCEAN è proprio quello di raggiungere questi studiosi e rendere visibili le loro ricerche. Al tempo stesso, la rete mira a facilitare la cooperazione e a creare canali di dialogo. Spesso gli studiosi operano in modo isolato pertanto disporre di una rete comune facilita significativamente la cooperazione, favorisce i contatti, offre una visione chiara di chi si occupa di cosa in relazione ai temi di interesse per il Consiglio d'Europa.

Si tratta di un processo a doppio senso. Da un lato, OCEAN consente di comprendere meglio chi conduce ricerche sulle tematiche del Consiglio d'Europa; dall'altro, sostiene attivamente gli studiosi, ad esempio nell'organizzazione di eventi accademici o nell'individuazione di relatori e competenze. La rete facilita inoltre il collegamento tra il Segretariato del Consiglio d'Europa a Strasburgo e il mondo accademico: quando i membri organizzano iniziative scientifiche o avviano progetti di ricerca, OCEAN li assiste nel coinvolgimento delle competenze presenti all'interno del Consiglio. Al contempo, il Consiglio beneficia dei risultati della ricerca prodotta dagli accademici aderenti alla rete.

L'area web di OCEAN (www.coe.int/en/web/open-academic-networks/home) offre una panoramica aggiornata delle attività della rete. Le informazioni provengono direttamente dai membri che segnalano le iniziative in programma, consentendo una visione reale e aggiornata.

L'area web ospita un database dei membri, organizzato per paese, che riporta nome, titolo accademico, istituzione di appartenenza e le convenzioni oggetto di studio, la distribuzione geografica. Ogni punto della rete rappresenta un'adesione, individuale o istituzionale. Una sezione è inoltre dedicata alle pubblicazioni dei membri sui temi di interesse per il Consiglio d'Europa. L'obiettivo è quello di costruire, nel tempo, il repertorio più completo possibile delle pubblicazioni scientifiche sulle convenzioni e sulle attività del Consiglio.

Questa è, in breve, la struttura di OCEAN e il senso delle sue attività. Le prospettive di sviluppo sono numerose e il lavoro di consolidamento della rete è costante. In tal senso la firma dell'accordo di Trento rappresenta un ulteriore e significativo passo avanti.

Michele Nicoletti, Olaf Köndgen

CONVENIO OCEAN Y FIDA: PUENTE ENTRE EUROPA Y AMÉRICA LATINA

El Seminario Internacional de Trento fue el marco de la firma del acuerdo de colaboración entre el *Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo* (FIDA) y el *Open Council of Europe Academic Networks* (OCEAN) del Consejo de Europa. Las declaraciones formuladas con ocasión de la ceremonia dan testimonio del valor científico, institucional y simbólico del acuerdo, que se inscribe en una cooperación académica transnacional orientada a la promoción de la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho, con especial atención a la participación de las nuevas generaciones de investigadores y al desarrollo de redes de investigación intercontinentales. La pluralidad de voces implicadas, representadas por los referentes y coordinadores de ambas entidades, documenta las motivaciones del acuerdo y las perspectivas futuras de colaboración. De este importante resultado se ha considerado oportuno dejar constancia en las Actas del Seminario.

Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA)

El *Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo* (FIDA) lleva más de 24 años, como saben los académicos de Iberoamérica. Lo que hacemos es un intercambio sobre temas específicos que vamos eligiendo cada año. Vamos viendo las experiencias y, en buena cuenta, cómo opera en la realidad. Este intercambio es extremadamente fructífero y se basa también en las relaciones de estima y amistad que el Foro ha cultivado siempre. Bajo la guía del Presidente Jaime Rodríguez-Arana y gracias al compromiso de todos sus miembros, el FIDA ha logrado consolidarse y continuar su proceso de crecimiento. La incorporación de la Universidad de Trento, así como de los profesores que nos han acogido en estos días, constituye un hito relevante y una fuente de profunda satisfacción.

Para FIDA, este convenio es muy importante, sobre todo porque abre

puertas a los jóvenes para investigar acerca del impacto de los derechos humanos en el Derecho público.

El Foro se ha caracterizado siempre por su atención a la investigación, al intercambio del saber y a la libertad de expresión. A lo largo de este recorrido, los derechos humanos han estado constantemente presentes en todos los temas abordados durante estos veinticuatro años. Partimos de un grupo reducido de trece o catorce personas y hoy contamos con más de doscientos miembros.

Nacido en Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), el FIDA ha seguido siempre los principios establecidos por sus fundadores y desarrollados bajo la presidencia del Profesor Rodríguez-Arana: la cooperación, el intercambio de conocimientos y el apoyo a las nuevas generaciones de investigadores, en el marco de la libertad académica, el rigor científico y la amistad Iberoamericana.

La filosofía del FIDA se fundamenta en una ampliación progresiva basada en el crecimiento, el intercambio y la apertura. Ha sido la vía a través de la cual muchos de nuestros países accedieron inicialmente al horizonte americano y, posteriormente, al espacio iberoamericano. Desde etapas tempranas, se incorporó también la dimensión italiana, gracias a la participación constante de destacados profesores italianos.

En este contexto, nos disponemos ahora a dar un paso ulterior en la defensa de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho, valores que, como demuestra la experiencia contemporánea, requieren aún ser profundizados, debatidos y compartidos colectivamente. Para el FIDA, este avance representa la apertura de un nuevo puente, de gran relevancia y alcance, en su trayectoria institucional y académica.

*Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Jorge Danós Ordóñez
Miriam Mabel Ivanega, Alejandro Pérez Hualde*

Open Council of Europe Academic Networks (OCEAN)

FIDA es una importante red Iberoamericana, un gran puente que se extiende sobre el océano. También *Open Council of Europe Academic Networks* (OCEAN) evoca, de algún modo, el océano; hemos elegido este acrónimo para expresar la apertura que debe caracterizar toda red académica y toda investigación.

La idea de OCEAN surge en 2018 durante el mandato de Michele Nicoletti como Presidente de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. El objetivo era crear una red académica capaz de alcanzar a los investigadores europeos y de fortalecer el diálogo con el Consejo de Europa sobre sus valores fundamentales: democracia, derechos humanos y Estado de derecho. Se trató de un proyecto acogido con gran entusiasmo: la iniciativa fue presentada tanto al Comité de Ministros como a la Asamblea Parlamentaria, y pronto quedó evidente que podría contar con un amplio apoyo, también porque respondía a una necesidad particularmente actual. Hoy, las actividades de OCEAN están integradas en el *Department for the implementation of human rights, justice and legal cooperation standards* del Consejo de Europa.

La red de OCEAN, desarrollada a lo largo de los años, cuenta hoy con casi 300 miembros. El acuerdo suscrito en Trento es el primer acuerdo oficial con un alcance transoceánico tan relevante. Para nosotros representa un paso decisivo en el desarrollo de la red y en la ampliación de la cooperación académica.

El Consejo de Europa, como es sabido, siempre ha trabajado en estrecha colaboración con el mundo académico, que constituye un componente esencial de sus actividades. Los investigadores participan en numerosos comités, comisiones y delegaciones, y representan un banco de competencias extremadamente amplio. Lo que faltaba, sin embargo, era un enfoque estructurado capaz de reunir y organizar estas competencias, permitiendo comprender de manera sistemática quién, en Europa, se ocupa de los temas centrales de la misión del Consejo de Europa –democracia, derechos humanos y Estado de derecho– y, en particular, de las más de 220 convenciones internacionales adoptadas, entre las cuales destaca, naturalmente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El objetivo de OCEAN es precisamente alcanzar a estos investigado-

res y dar visibilidad a sus investigaciones. Al mismo tiempo, la red busca facilitar la cooperación y crear canales de diálogo. A menudo, los investigadores trabajan de manera aislada, por lo que disponer de una red común facilita significativamente la cooperación, fomenta los contactos y ofrece una visión clara de quién se ocupa de qué en relación con los temas de interés para el Consejo de Europa.

Se trata de un proceso de doble sentido. Por un lado, OCEAN permite comprender mejor quién realiza investigaciones sobre las temáticas del Consejo de Europa; por otro lado, apoya activamente a los investigadores, por ejemplo, en la organización de eventos académicos o en la identificación de ponentes y competencias. La red facilita, además, la conexión entre la Secretaría del Consejo de Europa en Estrasburgo y el mundo académico: cuando los miembros organizan iniciativas científicas o emprenden proyectos de investigación, OCEAN les asiste en la implicación de las competencias presentes dentro del Consejo. Al mismo tiempo, el Consejo se beneficia de los resultados de la investigación producida por los académicos que forman parte de la red.

El área web de OCEAN (www.coe.int/en/web/open-academic-networks/home) ofrece una panorámica actualizada de las actividades de la red. La información proviene directamente de los miembros, quienes señalan las iniciativas programadas, permitiendo una visión real y actualizada.

El área web alberga una base de datos de los miembros, organizada por país, que indica nombre, título académico, institución de pertenencia y las convenciones objeto de estudio, así como su distribución geográfica. Cada punto de la red representa una adhesión, individual o institucional. Además, hay una sección dedicada a las publicaciones de los miembros sobre los temas de interés para el Consejo de Europa. El objetivo es construir, con el tiempo, el repertorio más completo posible de publicaciones científicas sobre las convenciones y las actividades del Consejo.

Esta es, en breve, la estructura de OCEAN y el sentido de sus actividades. Las perspectivas de desarrollo son numerosas y el trabajo de consolidación de la red es constante. En este sentido, la firma del acuerdo de Trento representa un paso más, significativo y adicional.

Michele Nicoletti, Olaf Köndgen



L'immagine ritrae la stretta di mano tra il Presidente del FIDA, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (in piedi, a sinistra) e il fondatore di OCEAN, Michele Nicoletti (in piedi, a destra) subito dopo la firma dell'accordo di cooperazione. Alle loro spalle è seduto Olaf Köndgen, coordinatore di OCEAN, in piedi Alejandro Pérez Hualde, componente del direttivo del FIDA. L'accordo è stato firmato il 13 maggio 2025 presso il Dipartimento di Lettere e Filosofia dell'Università degli Studi di Trento (Italia).

La imagen muestra el apretón de manos entre el Presidente del FIDA, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (de pie, a la izquierda) y el fundador de OCEAN, Michele Nicoletti (de pie, a la derecha), inmediatamente después de la firma del acuerdo de cooperación. Detrás se encuentra sentado Olaf Köndgen, coordinador de OCEAN, y de pie Alejandro Pérez Hualde, miembro de la junta directiva del FIDA. El acuerdo se firmó el 13 de mayo de 2025 en el Departamento de Letras y Filosofía de la Universidad de Trento (Italia).

ELENCO DEGLI AUTORI | LISTADO DE AUTORES

Gian Antonio Benacchio
Università degli Studi di Trento (Italia)

Andrea Borroni
Università della Campania L. Vanvitelli (Italia)

Matteo Borzaga
Università degli Studi di Trento (Italia)

Christian Campos Monge
Universidad de Costa Rica (Costa Rica)

Giovanni Colombo
Transparency International Italia

Michele Cozzio
Università degli Studi di Trento (Italia)

Jorge Danós Ordóñez
Pontificia Universidad Católica del Perú (Perù)

María Victoria de Dios Viéitez
Universidade da Coruña (Spagna)

Giuseppe Franco Ferrari
Università Bocconi di Milano (Italia)

Fabrizio Fracchia
Università Bocconi di Milano (Italia)

Gerardo García-Álvarez García
Universidad de Zaragoza (Spagna)

José María Gimeno Feliú
Universidad de Zaragoza (Spagna)

Olaf Köndgen
OCEAN Programme (Consiglio d'Europa)

Ximena Angélica Lazo Vitoria
Universidad de Alcalá (Spagna)

Miguel Alejandro López Olvera
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (Messico)

Miriam Mabel Ivanega
Universidad Austral (Argentina)

Richard James Martin Tirado
Universidad Continental (Perù)

Jorge Ignacio Muratorio
Universidad Austral (Argentina)

Michele Nicoletti
Università degli Studi di Trento (Italia)

Giuseppe Palmisano
Università degli studi di Roma Tre (Italia)

Nicoletta Parisi
Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano (Italia)

Alejandro Pérez Hualde
Universidad Nacional de Cuyo (Argentina)

Francesco Petrucciano
Università degli studi di Roma Tor Vergata (Italia)

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Universidade da Coruña (Spagna)

Gianmatteo Sabatino
Università degli Studi di Trento (Italia)

José Luis Said
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Patricio Marcelo E. Sammartino
Universidad Austral (Argentina)

Jennifer Sánchez González
Universidade da Coruña (Spagna)

Luciana Soledad Falcone
Universidad Austral (Argentina)

Mirta Gladis Sotelo De Andreau
Universidad Nacional del Nordeste (Argentina)

Pierino Stucchi López Raygada
Universidad del Pacífico (Perú)

Roberto Toniatti
Università degli Studi di Trento (Italia)

Cristina Vázquez
Universidad de la República (Uruguay)

**DIRITTI SOCIALI FONDAMENTALI NELLA
PROSPETTIVA EUROPEA E IBEROAMERICANA**

*** * ***

**DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES
EN LA PERSPECTIVA EUROPEA
E IBEROAMERICANA**

DIRITTI SOCIALI FONDAMENTALI TRA TUTELA INTERNAZIONALE E POLITICHE PUBBLICHE

Michele Nicoletti

È motivo di particolare soddisfazione introdurre questa prima sezione dei lavori, che ha come filo conduttore quello dell'unità e indivisibilità dei diritti umani, che sono diritti civili, politici e sociali, come costantemente ribadito dalle Nazioni Unite. Essi sfuggono a tentativi di gerarchizzazione: non esistono diritti primari e diritti secondari, né diritti che precedono altri in termini di rilevanza giuridica o valoriale. Essi costituiscono, nel loro insieme, l'espressione delle molteplici dimensioni della persona umana, la cui dignità richiede una tutela integrale. La riflessione sui diritti sociali fondamentali non può pertanto prescindere da questa impostazione unitaria, che caratterizza gli strumenti internazionali di protezione sviluppatasi nel secondo dopoguerra.

Un profilo centrale concerne il ruolo delle politiche pubbliche e dell'amministrazione nella concreta attuazione dei diritti sociali. Qualcuno si potrebbe chiedere come mai, parlando di diritti umani, si fa riferimento al diritto pubblico, al mercato, alla contrattazione pubblica? Questa scelta risponde alla consapevolezza che i diritti sociali in assenza di adeguato intervento istituzionale, rischiano di rimanere mere enunciazioni. Pur riconoscendo il ruolo fondamentale delle formazioni sociali nel concorrere alla realizzazione di tali diritti, è evidente che senza l'intervento delle politiche pubbliche e delle amministrazioni essi non possono trovare effettiva concretizzazione. In questa prospettiva, appare particolarmente rilevante, nell'attuale contesto storico, indagare il nesso tra diritti sociali e politiche pubbliche e amministrazione.

Non è un caso che una parte significativa della crisi di legittimazione delle istituzioni politiche e amministrative si manifesti proprio sul terreno della capacità di incidere sulle condizioni materiali di vita delle persone. Tale criticità emerge con particolare evidenza a livello sovranazionale,

come dimostra la diffusa percezione delle istituzioni europee quali attori talora distanti rispetto alle esigenze dei cittadini.

Un ulteriore elemento che vorrei sottolineare è rappresentato dal dialogo scientifico tra studiosi italiani, spagnoli e latinoamericani.

In un contesto accademico globale fortemente segnato dalla predominanza della cultura anglosassone, anche sul piano linguistico, questa scelta esprime la convinzione che le tradizioni giuridiche e filosofiche dell'area mediterranea e latinoamericana possano offrire un contributo originale alla riflessione sui diritti umani, sui diritti sociali e sulla costruzione di una società civile internazionale.

Si tratta di tradizioni accomunate da una forte matrice umanistica e da un'attenzione particolare alla dignità della persona, nonché alla necessità di strumenti giuridici e istituzionali capaci di sostenerla in modo concreto.

In questa prospettiva, il mondo latinoamericano non è più concepito come un ambito di mera ricezione di modelli europei, bensì come un laboratorio di elaborazione teorica e di sperimentazione pratica di straordinario rilievo. Tale impostazione è condivisa anche dal Consiglio d'Europa, che intrattiene relazioni strutturate e significative con l'America Latina, inclusi profili di cooperazione sul piano istituzionale e normativo.

LA CARTA SOCIALE EUROPEA TRA VINCOLI GIURIDICI E ATTUAZIONE

Giuseppe Palmisano

SOMMARIO: 1. Crisi europee, diritti sociali e rinnovata attenzione alla Carta sociale europea. - 2. Diritti sociali e tutela dei diritti civili e politici: il problema della diversità di garanzie. - 3. La Carta sociale europea: genesi, natura giuridica ed evoluzione normativa. - 4. Contenuto e struttura degli obblighi: diritti garantiti e sistema degli impegni differenziati. - 5. Ambito soggettivo di applicazione e limiti strutturali della protezione dei diritti sociali. - 6. Il sistema di controllo della Carta sociale europea e la sua incidenza sugli ordinamenti nazionali.

1. Crisi europee, diritti sociali e rinnovata attenzione alla Carta sociale europea.

In un percorso di riflessione sui diritti sociali che metta a confronto, da una parte, l'esperienza e la prospettiva europea e, dall'altra, l'esperienza e la prospettiva Iberoamericana, è necessario – per non dire inevitabile – prendere innanzitutto in considerazione, sul *côté* europeo, il sistema di controllo e protezione dei diritti sociali offerto dalla Carta sociale europea, cercando di indicare, tra l'altro, quali valori permeano questo sistema e quali limiti esso incontra. Ed è appunto sul complesso sistema della Carta sociale europea che mi soffermerò brevemente, evidenziandone i contenuti essenziali, le caratteristiche giuridiche e le modalità di funzionamento e attuazione.

Ritengo tuttavia opportuno iniziare il mio discorso rilevando in via preliminare che il controllo del rispetto e della realizzazione dei diritti sociali è effettivamente emerso, negli ultimi quindici anni, come un aspetto fondamentale per le esigenze di tenuta e di sviluppo della civiltà europea e del processo di integrazione tra Stati e popoli europei.

Ciò è avvenuto in concomitanza e in risposta rispetto ad alcune crisi gravi e profonde che hanno interessato il nostro continente, a partire da quella economico-finanziaria innescata dal fallimento di Lehman Brothers nel

2008, proseguendo con la crisi dei massicci flussi di migranti e richiedenti asilo provocati dal conflitto in Siria, che ha posto all'Europa una sfida senza precedenti in termini quantitativi, per giungere alla crisi causata dalla pandemia da Covid-19. Aggiungerei anche, negli ultimi anni, la crisi del ritorno alla violenza militare, alla guerra tra Stati, facendo riferimento al conflitto in Ucraina e a quanto sta emergendo in Europa a livello sia di azione e politiche dei governi e dei centri di potere, sia di coscienza collettiva e di reazioni della società civile.

In anni così travagliati, si è rafforzata la consapevolezza che nell'affrontare le crisi che stiamo vivendo, e che continueranno a presentarsi, sia indispensabile per la società e la governance europea tener ferma la barra del timone sul rispetto e la realizzazione dei diritti economici e sociali, e progredire in questa direzione, senza esitazioni o arretramenti. Non solo per superare le crisi attuali, ma soprattutto per prepararsi a quelle future, che riguarderanno i nostri figli e le prossime generazioni.

Questa consapevolezza ha determinato una rinnovata attenzione rivolta agli strumenti giuridici che, a livello europeo, sono deputati a svolgere funzioni di protezione e controllo della realizzazione dei diritti sociali, affinché svolgano la loro funzione con una qualche effettività, non limitandosi al mero riconoscimento formale del dovere degli Stati europei di rispettare tali diritti.

Ciò ha portato alla rivalutazione dei diritti sociali come diritti umani internazionalmente garantiti, e – con essa – alla rivalutazione del principale strumento internazionale istituito dagli Stati europei per occuparsi di diritti sociali, di welfare e politiche pubbliche: vale a dire la Carta sociale europea. E quando parlo di Stati europei, mi riferisco non alla sola area geopolitica parziale dell'Unione europea, ma all'area paneuropea, all'area cioè del Consiglio d'Europa, che riunisce ben quarantasei Stati (e che fino al marzo 2022 comprendeva anche la Federazione russa).

Si è trattato di una rivalutazione importante e che ha prodotto risultati significativi (almeno fino a qualche tempo fa). Non ultimo quello di contribuire a una maggiore attenzione alla dimensione sociale anche da parte dell'Unione europea; attenzione che si è manifestata – com'è noto – con la proclamazione nel 2017 del Pilastro europeo dei diritti sociali, e che sta continuando, pur tra molte difficoltà, con la progressiva

attuazione da parte delle istituzioni dell'UE degli obiettivi indicati in tale «Pilastro».

2. Diritti sociali e tutela dei diritti civili e politici: il problema della diversità di garanzie.

Va tuttavia notato che la rivalutazione degli strumenti europei per il controllo e la protezione dei diritti sociali e l'attenzione alla giustizia sociale sta riscontrando, negli ultimissimi anni, una battuta d'arresto. Sta passando in secondo se non in terzo piano. Ciò vale sia per i diritti sanciti nella Carta sociale europea, sia per l'attuazione del Pilastro europeo dei diritti sociali. E la causa principale è evidentemente la preoccupazione per la guerra in Ucraina, e, più in generale, la priorità dedicata da molti Stati europei alla sicurezza e alla difesa militare, e al riarmo.

Non intendo esprimere giudizi sul cambiamento di priorità nelle politiche dei governi europei, motivato dalla necessità di affrontare la crisi della guerra in Ucraina; è però indubbio che tale cambiamento sicuramente comporta vari problemi e rischi nella prospettiva di un adeguato rispetto dei diritti sociali e dello sviluppo del benessere sociale ed economico della popolazione che vive in Europa.

Detto questo, è altresì opportuno proporre una seconda riflessione preliminare, che serve anch'essa a meglio inquadrare, e forse a ridimensionare, l'importanza del sistema europeo di protezione dei diritti sociali – della Carta sociale europea – e la sua relativa rivalutazione degli ultimi due decenni. È una riflessione che a che fare col tema dell'indivisibilità e dell'eguale importanza di tutti i diritti umani.

La realtà delle cose, e la storia, ci dicono che, al di là delle proclamazioni di principio e delle concezioni filosofiche, i diritti umani non sono indivisibili, e che non a tutti i diritti umani è attribuita la medesima importanza, almeno dal punto di vista della protezione giuridica.

Sul piano europeo ciò è particolarmente evidente.

Com'è noto, dopo la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del

1948, in Europa i diritti umani hanno rapidamente trovato un' incisiva tutela giuridica con la Convenzione europea del 1950, che però protegge i soli diritti civili e politici e le cosiddette libertà fondamentali, e non invece i diritti sociali ed economici. È stata questa una scelta voluta e mirata, sui motivi e gli obiettivi della quale non ho evidentemente il tempo di soffermarmi.

Sul piano della cooperazione europea, la preoccupazione per la protezione dei diritti umani di tipo sociale ed economico ha invece trovato qualche spazio soltanto in un secondo momento, concretizzandosi molto più lentamente. E, nel dare una risposta concreta a tale preoccupazione, gli Stati europei hanno comunque voluto tenere ben distinto questo genere di diritti da quelli civili e politici, indicando per i diritti sociali tipi di obblighi statali e strumenti di garanzia molto diversi da quelli già stabiliti per i diritti civili e politici.

3. La Carta sociale europea: genesi, natura giuridica ed evoluzione normativa.

Così, la Carta sociale europea, con cui gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno in origine inteso completare il percorso di codificazione della globalità dei diritti umani proclamati nella Dichiarazione universale delle Nazioni Unite, ha rappresentato il risultato di un percorso che è cominciato soltanto successivamente all'adozione della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, e che si è concluso dieci anni dopo, con la firma della Carta il diciotto ottobre 1961 a Torino, a Palazzo Madama.

E, per chi ha a cuore la causa dei diritti sociali, il risultato del 1961 non è che possa dirsi essere stato memorabile o particolarmente soddisfacente.

Intendo dire che la Carta sociale del 1961 era prevalentemente dedicata – lo è tuttora per i 6 Stati che ancora sono parti di questo trattato, e non della Carta «riveduta» del 1996 – alla dimensione del lavoro e dei diritti dei lavoratori, pur con alcune aperture importanti per quanto riguarda la sicurezza e l'assistenza sociale. Non toccava invece, la Carta, molte altre questioni di rilevanza per l'ambito dei diritti sociali. Era una sorta di conferma a livello europeo di quello che già si trovava sancito, a livello

mondiale, in una serie di convenzioni adottate a partire dagli anni Venti nel quadro dell'Organizzazione internazionale del lavoro.

Inoltre, per molti anni la Carta sociale del 1961 è rimasta uno strumento quasi sconosciuto e scarsamente utilizzato (specie in Italia), non solo dalle amministrazioni statali e dalle forze politiche, ma anche dai giuristi, dagli operatori del diritto e dai giudici.

La divaricazione verificatasi in Europa nel percorso di tutela dei diritti umani – da una parte i diritti civili e politici, e dall'altra i diritti economici e sociali – si è peraltro riprodotta anche sul piano internazionale universale. Nel quadro delle Nazioni Unite, alla Dichiarazione del 1948 sono infatti seguiti, soltanto molti anni dopo, e a conclusione di un laborioso processo di codificazione, due distinti trattati sulla protezione dei diritti umani, vale a dire i due Patti internazionali del 1966, uno dedicato ai diritti civili e politici, e l'altro dedicato ai diritti economici, sociali e culturali.

Il primo caratterizzato dalla formulazione di obblighi precisi e stringenti, e da forme di controllo dell'attuazione, e di accertamento delle violazioni, ben organizzate e tendenzialmente giurisdizionali (incentrate sul ruolo attribuito al Comitato dei diritti umani).

Il secondo contraddistinto invece da una formulazione più programmatica degli impegni assunti dagli Stati, e da forme di controllo affidate ad organi politici (precisamente al Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite).

Si sono dovuti attendere lunghi anni prima che anche il Patto sui diritti economici sociali e culturali venisse dotato di un proprio organo indipendente di monitoraggio (il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite), e addirittura decenni prima che venisse adottato, nel 2008, il Protocollo opzionale che ha previsto anche per i diritti economici, sociali e culturali una procedura di controllo di tipo quasi giurisdizionale di accertamento delle violazioni statali dei diritti dei singoli (la procedura cosiddetta delle comunicazioni individuali). Protocollo entrato in vigore nel 2013 e accettato, per ora, soltanto da una trentina di Stati (sugli oltre 170 Stati parti del Patto).

I diritti umani, insomma, al di là delle enunciazioni di principio e delle concezioni filosofiche, sono giuridicamente divisibili e diversi tra loro, e sono oggetto di differente considerazione e forme di tutela sul piano internazionale. E dal punto di vista degli obblighi degli Stati e delle garanzie internazionali di tutela, i diritti sociali sono e continuano a essere oggetto di norme significativamente diverse – e in genere meno incisive – rispetto a quelle che riguardano la generalità dei diritti civili e politici. Ciò non toglie che la considerazione e la protezione internazionale dei diritti sociali abbiano comunque conosciuto un'evoluzione importante, soprattutto a partire dalla fine del secolo scorso.

A livello europeo, tale evoluzione si è avuta in particolare con la fine della «Guerra fredda» e il crollo dei regimi comunisti, e con gli sviluppi in senso politico e sociale del processo d'integrazione europea; vale a dire con la Comunità economica che cominciava a procedere nella direzione di un'Unione attenta non solo alla dimensione del mercato ma anche alle politiche sociali e ai diritti di cittadinanza.

E un ruolo importante ha anche avuto, in quegli anni, il contributo dato dagli Stati che venivano da «oltre cortina» e che entravano a far parte della grande famiglia del Consiglio d'Europa, portando in eredità dalla loro precedente esperienza politica la sensibilità e l'attenzione alla dimensione dei diritti collettivi e delle politiche sociali.

Tutto questo ha fatto sì che, nel periodo che va dalla fine degli anni Settanta alla metà degli anni Novanta, si procedesse a un aggiornamento e a una riconsiderazione dello strumento europeo di tutela dei diritti sociali, la Carta sociale europea.

È quindi partito un processo di riforma di tale strumento che si è manifestato prima attraverso alcuni protocolli (tra cui il Protocollo addizionale istitutivo del sistema dei reclami collettivi, del 1995) e poi con la Carta sociale riveduta del 1996. Quest'ultima non è venuta a sostituirsi sic et simpliciter alla precedente Carta sociale del 1961, non l'ha abrogata, ma è un nuovo trattato che incorpora in sé tutto quello che già c'era nella Carta sociale (come aggiornato dai Protocolli successivi), aggiungendovi nuovi diritti, emendando e migliorando il contenuto di alcuni diritti già garantiti, e consolidando le procedure di controllo in vigore sulla base della Carta del '61 e della prassi del periodo successivo.

Con l'adozione della Carta riveduta, gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno potuto scegliere se aderire alla «nuova» Carta o se restare invece legati alla Carta del 1961. E bisogna riconoscere che la Carta riveduta ha riscosso un successo davvero notevole in termini di partecipazione, dal momento che quasi tutti gli Stati europei hanno progressivamente deciso di aderirvi. Tanto che ben 36 Stati partecipano oggi alla Carta riveduta e soltanto 6 Stati restano ancora vincolati alla Carta del 1961.

Tra questi ultimi non sorprende che vi siano il Regno Unito e la Polonia, Stati notoriamente scettici sull'importanza e il valore giuridico degli obblighi in materia di diritti sociali, come hanno dimostrato, tra l'altro, con le posizioni assunte rispetto ai diritti sanciti nel Capitolo IV della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la cosiddetta Carta di Nizza), dedicato appunto ai diritti sociali e al valore della solidarietà.

4. Contenuto e struttura degli obblighi: diritti garantiti e sistema degli impegni differenziati.

La Carta sociale riveduta si presenta come uno strumento volto a coprire un vasto spettro di diritti individuali e collettivi, capace di abbracciare moltissimi ambiti della vita quotidiana. Il suo contenuto è molto più ampio rispetto a quello della Carta sociale originaria.

Innanzitutto, vi si trovano una serie abbondante e articolata di disposizioni – aggiornate – riguardanti il lavoro e i diritti dei lavoratori (ivi compresi i diritti sindacali, il diritto alla contrattazione collettiva e il diritto di sciopero), nonché la previdenza sociale nei suoi vari aspetti (pensioni, previdenza medico-sanitaria, sussidi di disoccupazione, e sussidi familiari). E viene altresì garantito il diritto all'assistenza sociale per tutte le persone che si trovino in stato di bisogno.

Inoltre, sono presi in considerazione e garantiti molti altri interessi di rilevanza sociale: la protezione della salute, il diritto all'abitazione, la protezione contro la povertà e l'emarginazione sociale, la tutela della famiglia e della maternità, la protezione sociale ed economica e l'istruzione dei bambini e degli adolescenti, la protezione delle persone anziane, le pari opportunità e il pari trattamento di donne e uomini nel campo del lavoro,

e il diritto delle persone con disabilità all'indipendenza e alla partecipazione alla vita sociale.

E va aggiunto che tutti questi diritti, secondo la Carta, vanno garantiti nel rispetto del principio di non discriminazione. La non discriminazione riguarda infatti non soltanto l'ambito del lavoro e la questione della differenza tra uomini e donne; essa si applica a tutti gli ambiti coperti dalla Carta e non tollera discriminazioni di alcun genere, in particolare quelle fondate su «razza, sesso, età, colore della pelle, lingua, religione, opinione politica o di altro tipo, ascendenza nazionale od origine sociale, stato di salute, appartenenza a una minoranza nazionale, o nascita» (art. E della Carta riveduta).

Se l'ambito dei diritti e delle questioni di rilevanza sociale coperto dalla Carta è davvero molto ampio, e il livello di protezione richiesto nei vari ambiti è avanzato e impegnativo per gli Stati, proprio tale ampiezza e tale livello d'impegno sono le ragioni alla base del meccanismo di menu à la carte caratterizzante la Carta sociale; sistema che permette agli Stati partecipanti di scegliere – entro certi limiti e in una certa misura – le disposizioni al cui rispetto essi si obbligano.

Precisamente, ogni Stato è tenuto a impegnarsi al rispetto degli obblighi sanciti da almeno 6 dei 9 articoli considerati più essenziali (ossia: l'art. 1, diritto al lavoro; l'art. 5, diritti sindacali; l'art. 6, diritto di negoziazione collettiva; l'art. 7, diritto dei fanciulli e degli adolescenti alla protezione; l'art. 12, diritto alla sicurezza sociale; l'art. 13, diritto all'assistenza sociale e medica; l'art. 16, diritto della famiglia ad una protezione sociale, giuridica ed economica; l'art. 19, diritto dei lavoratori migranti e delle loro famiglie alla protezione e all'assistenza; l'art. 20, diritto alla parità di opportunità e di trattamento in materia di lavoro e di professione, senza discriminazioni basate sul sesso).

Ogni Stato parte deve inoltre impegnarsi al rispetto di un numero ulteriore di disposizioni, tale che «il numero totale degli articoli o dei paragrafi numerati che lo vincolano non sia inferiore a 16 articoli o a 69 paragrafi numerati» (parametrato sul numero complessivo di 31 articoli e 98 paragrafi di cui si compone la Parte Seconda della Carta riveduta).

Questo sistema determina evidentemente una geometria variabile negli

impegni assunti dagli Stati europei in materia di diritti sociali. Vi sono alcuni Stati che si sono impegnati su tutti i fronti, hanno cioè accettato tutte le disposizioni della Carta sociale; e non sono molti: Francia, Spagna e Portogallo. Seguono l'Italia e i Paesi Bassi che hanno accettato tutte le disposizioni della Carta tranne una (diversa nell'un caso e nell'altro). E poi si va via via a calare, fino ad arrivare agli Stati che hanno deciso di assumere il minimo possibile o quasi degli impegni necessari (come alcuni Stati caucasici e dell'area dei Balcani).

5. Ambito soggettivo di applicazione e limiti strutturali della protezione dei diritti sociali.

V'è inoltre, nell'impegno assunto dagli Stati di applicare la Carta sociale europea, un limite che accomuna tutti gli Stati partecipanti al sistema (sia quelli che hanno accettato la Carta riveduta, sia i pochi Stati ancora legati alla Carta del 1961). È un limite molto discutibile, che riguarda l'ambito delle persone protette dalla Carta.

L'Annesso alla Carta sociale, che costituisce parte integrante del trattato, stabilisce infatti che gli Stati contraenti si impegnano ad applicare le disposizioni della Carta agli stranieri soltanto nella misura in cui si tratta di cittadini di altri Stati parti della Carta che risiedono legalmente o lavorano regolarmente nel territorio dello Stato in questione. Ciò significa, in sostanza, che gli Stati europei non si sono impegnati a rispettare e realizzare i diritti previsti nella Carta sociale per quanto riguarda gli stranieri non europei, anche quando sono persone legalmente e da lungo tempo residenti sul territorio dello Stato, e neppure per quanto riguarda quegli stranieri europei (cittadini di altri Stati parti della Carta) che, per usare una definizione sintetica ma non del tutto appropriata, si trovano nella situazione di «migranti irregolari».

Questo limite inerente all'obbligo statale di rispettare e realizzare i diritti sociali, anche quelli più basilari, è un tratto molto negativo della Carta sociale. Esso non solo costituisce un'anomalia nel panorama degli strumenti internazionali di protezione dei diritti umani (inclusi i diritti economici e sociali), che non prevedono – per fortuna – analoghe limitazioni, ma ha addirittura una connotazione discriminatoria, che contraddice palesemente lo spirito, l'oggetto e lo scopo della stessa Carta sociale, che ha alla

sua base i valori dell'eguale dignità e dell'eguaglianza dei diritti di tutte le persone in quanto esseri umani, della solidarietà e della giustizia sociale; che è – insomma – un trattato sui diritti umani, e non sul trattamento dei cittadini o dei residenti «regolari» degli Stati europei che accettino di partecipare alla Carta.

Il Comitato europeo dei diritti sociali, l'organo istituito dagli Stati per monitorare il rispetto e l'attuazione della Carta sociale, ha ripetutamente denunciato la necessità di rivedere e superare il limite di applicazione *ratione personarum* derivante dall'Annesso alla Carta, ma – per ora – senza successo. Gli Stati parti restano infatti fermi nella loro volontà di non estendere la portata della Carta in termini di persone protette.

Tuttavia, proprio grazie alla giurisprudenza evolutiva del Comitato, manifestatasi soprattutto in alcune decisioni di reclami collettivi, si è affermato il principio che gli Stati parti, per ottemperare adeguatamente agli obblighi posti dalla Carta sociale, debbano garantire i diritti sociali fondamentali anche agli stranieri non europei e ai migranti cosiddetti «irregolari», in modo da non mettere in pericolo la vita, la salute e la dignità umana di queste persone.

6. Il sistema di controllo della Carta sociale europea e la sua incidenza sugli ordinamenti nazionali.

Il riferimento alla giurisprudenza del Comitato europeo dei diritti sociali mi permette di ricordare che la Carta sociale non consiste soltanto in un catalogo di diritti che gli Stati parti si sono impegnati a riconoscere e garantire. Essa predispone anche un sistema di controllo dell'attuazione degli impegni statali, volto a favorire la piena realizzazione di tali impegni e dei diritti sociali in Europa.

Tale sistema è incentrato sul ruolo svolto appunto dal CEDS, il Comitato europeo dei diritti sociali, un organo composto di quindici esperti indipendenti, eletti dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Dinanzi al CEDS si svolgono principalmente due tipi di procedure di controllo. La prima è una procedura di valutazione periodica dei rapporti presentati dagli Stati parti della Carta sull'attuazione dei diritti sociali nell'ordinamento giuridico nazionale e nella prassi interna. Sulla base del rapporto

statale, integrato da altre informazioni, il Comitato valuta se la situazione nello Stato in questione sia conforme o meno agli impegni assunti ai sensi della Carta sociale, individuando i casi di non conformità e indicando le misure idonee a rimediare le mancanze dello Stato.

Le conclusioni adottate annualmente dal CEDS vengono trasmesse al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, che nei casi considerati più preoccupanti raccomanda agli Stati di dar seguito a quanto indicato dal CEDS e di adottare le misure necessarie per realizzare pienamente i diritti sociali in discussione.

Dal 2024 la procedura dei rapporti si è arricchita di un nuovo strumento, quello dei rapporti cosiddetti ad hoc, sulla scorta di un'esigenza emersa nel periodo della crisi pandemica. Su richiesta del CEDS, concordata preventivamente col Comitato dei Ministri, tutti gli Stati parti sono chiamati a presentare un rapporto riguardante il rispetto e l'attuazione dei diritti sociali nel contesto urgente di una situazione di grave preoccupazione che stia interessando l'Europa considerata nel suo complesso. All'inizio del 2025, il CEDS ha adottato le prime valutazioni relative a questo tipo di rapporti, che hanno avuto come oggetto l'impatto della crisi del costo della vita sui diritti sociali.

L'altra procedura di controllo è la procedura cosiddetta dei reclami collettivi, istituita – come s'è accennato – dal Protocollo opzionale del 1995. Essa non si applica a tutti gli Stati parti della Carta sociale, ma soltanto a quelli che l'abbiano espressamente accettata. Ad oggi, soltanto 16 Stati (tra cui l'Italia) hanno accettato questa procedura, ed essa può riguardare il rispetto da parte di tali Stati degli obblighi derivanti dalle sole disposizioni della Carta, «riveduta» o del 1961, da cui ciascuno di essi sia vincolato.

In virtù di tale procedura, le associazioni sindacali e di datori di lavoro (sia internazionali che nazionali) e le organizzazioni non governative dotate di status consultivo presso il Consiglio d'Europa sono abilitate a presentare reclami direttamente al CEDS, per far accertare in situazioni specifiche e concrete il mancato rispetto di diritti sanciti nella Carta sociale da parte dello Stato contro cui il reclamo è rivolto.

Si tratta di una procedura di tipo contenzioso, caratterizzata da una fase scritta e da un'eventuale fase orale (un'udienza pubblica), nonché dal

principio del contraddittorio, nella quale il CEDS esercita una funzione di tipo quasi-giurisdizionale, adottando una decisione in cui viene accertata la violazione o la non violazione ad opera dello Stato, con effetti internazionali non giuridicamente vincolanti ma meramente declaratori.

Alla decisione del Comitato fa seguito una procedura di *follow-up*: entro due anni, lo Stato in questione è tenuto a presentare un rapporto al CEDS sulle misure adottate per tener conto della decisione del Comitato; e, se il CEDS dovesse ritenere che quanto fatto dallo Stato non fosse sufficiente a riportare la situazione in conformità con quel che la Carta sociale richiede, lo Stato dovrà allora risponderne di fronte al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, che potrà – se del caso – indirizzare allo Stato una raccomandazione volta a ottenere che esso attui la decisione del CEDS.

La procedura dei reclami collettivi, in funzione sin dalla fine degli anni Novanta, si è col tempo dimostrata uno strumento importante e sempre più utilizzato di protezione dei diritti sociali.

Le ragioni di ciò sono varie. In primo luogo, essa permette di individuare situazioni specifiche di non adeguata attuazione della Carta sociale, dando la possibilità, per un verso, allo Stato interessato di porvi rimedio e, per altro verso, alle persone e ai gruppi i cui diritti sono pregiudicati a causa della non adeguata attuazione della Carta di ottenere un miglioramento della loro situazione.

In secondo luogo, questa procedura consente di mettere le prescrizioni astratte della Carta sociale alla prova della realtà. In altre parole, permette di tradurre in termini concreti ciò che lo Stato deve effettivamente fare, o non fare, o sforzarsi di realizzare, al fine di garantire il godimento dei diritti sociali delle persone in una determinata situazione.

Inoltre, si tratta di una procedura importante in quanto apre alla società civile – alle organizzazioni non governative e al mondo organizzato del lavoro – le porte che danno accesso diretto al sistema della Carta sociale. Ciò significa aprire il sistema europeo di protezione dei diritti sociali ai suoi veri beneficiari, a coloro che – più degli Stati e dei governi – sono realmente interessati all'attuazione di tali diritti. Sono proprio questi, potrebbe dirsi, i migliori «guardiani» dei diritti sanciti nella Carta sociale.

Prova ne sia che quella dei reclami collettivi è progressivamente divenuta la procedura-faro della Carta sociale, in virtù della quale la Carta ha acquisito riconoscimento e notorietà pubblica, ottenendo anche una certa attenzione mediatica. E ha anche fatto sì che il CEDS producesse un significativo corpus di giurisprudenza sui diritti sociali, precisando significato, implicazioni e conseguenze delle disposizioni della Carta sociale in molti e vari ambiti.

Non è infine un caso che la Carta sociale venga maggiormente presa in considerazione e utilizzata dai giudici interni proprio negli Stati che hanno accettato tale procedura. Ciò avviene, a seconda dei casi e degli Stati, sia per applicare direttamente le norme della Carta sociale, come interpretate dal CEDS, in giudizi nazionali aventi ad oggetto i diritti sociali, sia per applicare la Carta quale parametro di legittimità di leggi nazionali.

Per portare un esempio riguardante l'Italia, la funzione di parametro interposto di costituzionalità delle leggi, attribuibile alla Carta sociale in virtù dell'art. 117, primo comma, Cost., è stata riconosciuta dalla nostra Corte costituzionale in due sentenze del 2018.

Nella prima in ordine cronologico – la sentenza n. 120 del 13 giugno 2018 – alla Corte era stato richiesto dal giudice a quo di valutare la costituzionalità delle disposizioni del Codice dell'ordinamento militare che vieterebbero ai membri delle Forze armate sia di formare associazioni professionali a carattere sindacale, sia di aderire ad altre associazioni sindacali. Il parametro di legittimità costituzionale evocato dai giudici rimettenti consisteva per l'appunto nell'art. 117, primo comma, Cost., come integrato dall'art. 11 della CEDU e dall'art. 5 della Carta sociale (disposizioni pattizie che sanciscono entrambe la libertà sindacale, pur riconoscendo la facoltà agli Stati di limitare l'esercizio di questo diritto per i membri delle forze armate e delle forze di polizia).

La Corte ha riconosciuto l'idoneità della Carta sociale a integrare – al pari della CEDU – il parametro interposto di cui all'art. 117 Cost., e ha effettivamente dichiarato costituzionalmente illegittima per contrasto (anche) con l'art. 5 della Carta sociale la disposizione del Codice dell'ordinamento militare che vieta ai membri delle Forze armate di formare apposite associazioni sindacali, conformandosi su questo punto a quanto già rile-

vato dal CEDS nella decisione di vari reclami collettivi riguardanti non soltanto l'Italia.

Nell'altro caso (sentenza n. 194 dell'8 novembre 2018) è stato invece chiesto alla Consulta di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della disposizione del cosiddetto *Jobs Act* che limiterebbe attraverso un criterio rigido il calcolo dell'indennità di licenziamento illegittimo dovuta al lavoratore. Ciò a motivo del possibile contrasto di tale disposizione sia con le norme costituzionali sull'uguaglianza, sul diritto al lavoro e sulla tutela del lavoro, sia con l'art. 24 della Carta sociale europea, sul diritto del lavoratore a una tutela in caso di licenziamento, considerato quale parametro interposto di costituzionalità ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, la Corte ha ribadito l'idoneità della Carta sociale a fungere da parametro di costituzionalità e ha accertato l'incostituzionalità della disposizione di legge in questione in quanto contrastante con l'art. 24 della Carta.

È significativo che in questa occasione la Corte, per determinare il contenuto dell'obbligo derivante dalla Carta sociale, si sia esplicitamente attenuta all'interpretazione datane dal Comitato europeo dei diritti sociali nella decisione di un reclamo collettivo vertente su una questione analoga a quella posta dalla disposizione del *Jobs Act* italiano.

La Corte ha infatti ritenuto che secondo l'art. 24 della Carta sociale, come applicato dal CEDS nella decisione di un reclamo collettivo contro la Finlandia, l'indennizzo previsto a favore del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo possa considerarsi congruo soltanto «se è tale da assicurare un adeguato ristoro per il concreto pregiudizio subito dal lavoratore licenziato senza un valido motivo e dissuadere il datore di lavoro dal licenziare ingiustificatamente». E siccome i limiti di indennità fissati dall'art. 3 del *Jobs Act* non avrebbero dato garanzie che l'indennità sia congrua nel senso ora indicato, tale disposizione si sarebbe posta in contrasto con la Carta sociale europea (e quindi con l'art. 117 della Costituzione), e la Corte ne ha dichiarato – anche per questo motivo – l'illegittimità costituzionale.

SOBRE LA CARTA IBEROAMERICANA DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

SUMARIO: 1. La Carta Iberoamericana de los derechos sociales fundamentales y su contexto institucional. - 2. Tradición histórica y constitucional de los derechos sociales fundamentales en el espacio iberoamericano. - 3. Constitucionalización de los derechos sociales, dignidad humana y principios de progresividad. - 4. Naturaleza jurídica, exigibilidad y obligaciones estatales en materia de derechos sociales fundamentales. - 5. La Carta Iberoamericana como instrumento normativo de garantía y desarrollo de los derechos sociales fundamentales.

1. La Carta Iberoamericana de los derechos sociales fundamentales y su contexto institucional.

La Carta Iberoamericana de los derechos sociales fundamentales fue aprobada en el seno de la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social (OISS) en su Congreso Internacional de Santa Domingo realizado los días 13 a 16 de diciembre de 2021. El borrador de texto fue elaborado a partir de un convenio de colaboración entre la OISS y el Grupo de Investigación de Derecho Público Global que tengo el honor de dirigir en el marzo del Proyecto de Investigación sobre «La buena administración de los derechos sociales fundamentales», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Reino de España.

La dignidad del ser humano, centro y raíz del Estado y justificación última de la realización de las políticas públicas, reclama, cada vez con mayor relevancia e intensidad, la defensa, protección y promoción de los derechos humanos. Una categoría jurídico-política, la de los derechos fundamentales o derechos humanos, que impregna el sentido y funcionalidad del quehacer de los Gobiernos y las Administraciones públicas y que tanto en su dimensión de derechos civiles y políticos como de derechos sociales, cada vez está más presente en los instrumentos internacionales.

2. Tradición histórica y constitucional de los derechos sociales fundamentales en el espacio iberoamericano.

En efecto, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos pasando por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Carta Democrática Americana, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Facultativo en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración sobre Garantías Sociales, el Código Iberoamericano de Seguridad Social y, más recientemente, la Carta Social de las Américas, la región Iberoamericana, es verdad, se encuentra en la vanguardia internacional de la protección, defensa y promoción de los derechos sociales fundamentales.

El Pacto de San José de Costa Rica, Carta Magna de los Derechos Humanos en el continente, señala, en este sentido, que sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos sociales fundamentales tanto como de sus derechos fundamentales de libertad.

La Declaración de Guadalajara emitida en 1991 por la I Cumbre de jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana afirmaba en su apartado 10 que: «Desplegaremos todos los esfuerzos necesarios para liberar a nuestros pueblos antes del siglo XXI del flagelo de la miseria. Para ello, procuraremos el acceso general a servicios mínimos de salud, nutrición, vivienda, educación y seguridad social...». Es decir, la conciencia general de la importancia de la efectividad de los derechos sociales fundamentales está inscrita en la misma historia de las Cumbres Iberoamericanas de Jefes de Estado y de Gobierno.

La historia de los derechos sociales fundamentales está indisolublemente unida a la historia del Estado social. En efecto, esta categoría de derechos fundamentales surge justo en el momento en que cobra especial relevancia el concepto y funcionalidad de los denominados derechos económicos, sociales y culturales.

En este sentido, hemos de remontarnos al siglo XVIII, a finales, en concreto al proyecto de Constitución francesa de 1793, a los artículos 17, 21

y 22, que se referían al derecho a la instrucción, a la asistencia social y al trabajo.

El proyecto, impregnado de ciertos criterios sociales, establecía en su preámbulo que la sociedad debía asegurar la subsistencia de los ciudadanos menos favorecidos a través de la garantía del trabajo y su debida educación. Sin embargo, habrá que esperar a la Constitución francesa de 4 de noviembre de 1848, la Constitución de la Segunda República, para el reconocimiento, siquiera sea de forma incipiente, de los derechos sociales. En efecto, el punto VIII del preámbulo establecía como deberes del Estado la protección del trabajo y la instrucción de todos los hombres y, por su parte, el artículo 13 recogía el derecho a la instrucción primaria gratuita, la igualdad de rentas entre patronos y obreros y el deber del Estado de crear trabajos públicos para desocupados y asistir a los niños abandonados, indigentes y ancianos sin recursos. Se trataba del reconocimiento de los derechos sociales, unos derechos necesarios e imprescindibles para asegurar y garantizar los derechos civiles y políticos.

3. Constitucionalización de los derechos sociales, dignidad humana y principios de progresividad.

En el siglo XIX, como es bien sabido, se produce la revolución industrial y en su seno se plantean las nuevas condiciones de trabajo inspiradas en las más elementales exigencias de la justicia social, conformándose una concepción más completa y abierta de la dignidad del ser humano, de manera que además de preservarse la personalidad individual y su libre y solidario desarrollo, se toma conciencia de la relevancia de la implementación estatal de los medios y condiciones necesarios para la realización de la libertad solidaria del ser humano. La emergencia de los derechos económicos, sociales y culturales, en cuyo seno surgen los derechos sociales fundamentales, es la constatación de la necesidad de la intervención pública, cuando la sociedad no es capaz de garantizar estos mínimos en virtud del principio de subsidiariedad, precisamente para garantizar un satisfactorio y necesario espacio de dignidad a todas las personas.

Sin embargo, los derechos sociales como tales aparecerán primero en la Constitución de Querétaro de 1917, y después, dos años más tarde, en

la Constitución alemana de Weimar de 1919. En México desde 1910 se batalló por una justicia agraria que más tarde se proyectaría en el ámbito laboral dando lugar al artículo 123 de la Constitución de Querétaro o Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

En puridad, el 5 de febrero de 1917, en la ciudad de Querétaro, en el corazón de América, ve la luz el primer documento jurídico constitucional que formal y materialmente reconoció y estableció los principales derechos sociales. En concreto, el artículo 3 dispuso que todo individuo tiene derecho a recibir educación, un derecho que es democrático, considerando la democracia no sólo como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo. El artículo 27 reconoció la propiedad comunal de la tierra y el 123 consagra una perspectiva bien completa del derecho laboral.

La cláusula del Estado social, bien lo sabemos los europeos, ha significado una profunda transformación del tradicional entendimiento de las políticas públicas. En efecto, el Estado debe promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impiden su efectividad y fomentando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural.

Los derechos fundamentales de la persona, concebidos en su origen como derechos de libertad, derechos ante los que el Estado debía declinar toda actuación, por causa y concurso de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho se amplían hacia nuevos espacios imprescindibles para una vida digna.

Es el caso de los derechos sociales fundamentales, entre los que se encuentran, por ejemplo, el derecho a la alimentación, al vestido, a una vivienda digna, a la protección social, a la igualdad en el acceso al mercado de trabajo, a un trabajo en dignas y equitativas condiciones, a la educación o a la salud.

En estos casos la sociedad y la institución estatal han de facilitar a las personas los medios necesarios para la satisfacción de estos derechos, concibiéndose como obligaciones de hacer en favor de ciudadanos. El

derecho fundamental al mínimo vital o existencial debe estar cubierto en nuestras sociedades y, a partir de este suelo mínimo, a través de los principios de fomento de la progresividad y prohibición de la regresividad de las medidas sociales, se debe caminar hacia mayores cotas de dignidad en el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

4. Naturaleza jurídica, exigibilidad y obligaciones estatales en materia de derechos sociales fundamentales.

Los derechos fundamentales sociales parten de la centralidad de la dignidad humana y, por tanto, reconocida ésta en las Constituciones de la región como piedra angular del Estado social y democrático de Derecho, bien se encuentran expresamente previstos en la Norma Fundamental o bien pueden ser deducidos por la argumentación jurídica como derechos inherentes a la persona, como derechos indisolublemente conectados a la misma esencia de la dignidad humana. No son sólo metas políticas ni sólo principios rectores de la política social y económica, ni tampoco son sólo mandatos generales establecidos en la Constitución política.

Son, esencialmente, derechos subjetivos relevantes, los de mayor categoría o rango y, por ello, exigibles e invocables ante los Tribunales en caso de lesión o vulneración. Que los Poderes públicos deban promover los fines del Estado social y democrático de Derecho no sustituye ni mucho menos el reconocimiento de estos derechos fundamentales. Se deben reforzar desde la acción del Estado, pero obviamente no se pueden quedar en criterios generales o principios sin efectividad porque son, ni más ni menos, las principales manifestaciones del gran principio jurídico del Estado: la dignidad del ser humano, que tiene tal calibre y relieve jurídico que se yergue y levante omnipotente y todopoderosa ante cualquier intento o embate del poder político o financiero por derribarla o a arrumbarla.

Es en este marco en el que comienza a despertarse la conciencia de que el Estado, desde su Administración, ya no puede mantenerse ajeno ni expectante, sino que debe asumir un rol protagónico decisivo en la persecución de esos derechos sociales. La Administración públicas en nuestras naciones tiene un rol activo a cumplir en el terreno de las políticas sociales.

Los derechos fundamentales de la persona, en efecto, son una categoría general del Derecho que admite varias funciones. Es un concepto, el de los derechos humanos, multifuncional o plurifuncional pero con el mismo régimen jurídico en todos los casos. Los derechos fundamentales individuales y los derechos fundamentales sociales son derechos fundamentales de la persona porque la categoría se predica de ambos con la misma intensidad. Que históricamente los derechos de libertad hayan venido antes a este mundo no quiere decir más que eso, porque los derechos de prestación, aquellos dirigidos a que garantizar unas condiciones elementales de vida digna, son igualmente derechos fundamentales de la persona.

El protocolo Adicional a la *Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Protocolo de San Salvador de 17 de noviembre de 1988) recuerda que ambas modalidades de derechos humanos «constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su plena vigencia sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros». Es decir, ahora, tras el Protocolo Adicional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se equiparan el desarrollo y protección de los derechos sociales con los derechos civiles y políticos.

Los derechos sociales fundamentales no son meras expectativas que dependan exclusivamente de la reserva de lo posible o de las disponibilidades presupuestarias en cada caso. Si la dignidad humana es el centro y raíz del Estado, las estructuras, las normas, los procedimientos y los presupuestos deben disponerse precisamente al servicio del gran canon o estándar jurídico del Estado moderno que es la defensa, protección y promoción de los derechos humanos.

Es decir, el diseño de las normas, de los procedimientos, de las estructuras y de los presupuestos ha de realizarse en función de la dignidad humana y de los derechos que le son inherentes. No al revés porque la dignidad humana es la base y el fundamento del Estado y sus instituciones, estructuras, medios y bienes.

La exigibilidad de la realización de los derechos sociales implica, incluye necesariamente, la creación normativa e institucional de los instrumentos de organización y procedimiento necesarios y suficientemente eficaces para hacer realidad efectiva esos derechos.

Los presupuestos públicos han de traducir en cifras concretas, con participación social, los contenidos propios del Estado social y democrático de Derecho en función, así debe ser, de las prioridades de los electores. Prioridades que parten de la existencia de una serie de mínimos que han de estar recogidos en la ley de presupuestos, así como los principios de prohibición de regresividad en materia de derechos sociales fundamentales y de promoción y progresión de estos derechos.

El contenido del presupuesto ha de definirse y realizarse al servicio objetivo del interés general. Y de una forma muy especial, el gasto público ha de atender a los principios de economía, eficiencia y equidad puesto que la principal norma jurídica que disciplina los ingresos y gastos del Estado sino atiende a la cohesión social, a la equidad, a los derechos sociales fundamentales, no cumpliría con los postulados de la forma del Estado que hoy, con algunas excepciones, domina en todo el mundo: el Estado social y democrático de Derecho.

Los principios de eficiencia, equidad y economía del gasto público deben estar presentes en la elaboración, aprobación y ejecución de la norma presupuestaria. Hoy la consideración de los ingresos y los gastos públicos debe realizarse al servicio de la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales de los habitantes, de forma y manera que el gasto público se oriente hacia una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución respondan a los criterios de eficiencia y economía.

La exigibilidad de los derechos sociales fundamentales o derechos fundamentales sociales está relacionada con situaciones económicas y sociales en las que obviamente existen carencias de condiciones para el normal despliegue de la dignidad humana en algunas personas. Es decir, la emergencia de este concepto tiene mucho que ver con situaciones de crisis.

Los derechos sociales fundamentales, por ser derechos fundamentales de la persona son exigibles judicialmente si por acción, u omisión de los Poderes públicos, o de las instituciones sociales, se lesionan o contravienen. Tanto una prestación pública deficiente dirigida a satisfacer uno de estos derechos fundamentales, como su omisión, pueden y deben ser objeto de la acción procesal.

Desde esta perspectiva, se impone la necesidad de la implementación, desde las Administraciones públicas, de políticas activas, de metodologías de intervención efectiva, en procura de lograr la adecuación de los desequilibrios, expresados en notables e injustas situaciones de desigualdad, pobreza y exclusión, tanto social, económica como cultural.

Por ser derechos fundamentales son derechos que vinculan jurídicamente a todos los Poderes públicos. Es decir, tanto el Poder ejecutivo como el legislativo y el judicial deben aplicarlos en su tarea cotidiana. En el caso del Legislador a través de la previsión de normas del máximo rango normativo que los reconozcan respetando su contenido esencial –estableciendo conjuntamente los instrumentos de organización y de procedimiento necesarios e inseparables–, en el caso del Poder ejecutivo promoviéndolos y haciéndolos efectivos en el marco de la Administración pública y para el Poder judicial a través de la interpretación más favorable a su realización y plena efectividad. Por tanto, como señala el Protocolo de San Salvador, resulta de gran importancia que estos derechos «sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar en América, sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona, el régimen democrático representativo de gobierno...».

Las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales fundamentales son tan amplias como el elenco de las responsabilidades de orden público dirigidas a promover las condiciones que permitan a los ciudadanos una vida digna. Desde la perspectiva internacional, el Protocolo Adicional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece la plena efectividad de estos derechos.

Desde la creación en 1985 del *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas* como órgano de aplicación del Pacto Internacional, han comenzado a producirse en el seno de esta Organización

Internacional una serie de documentos que ayudan a clarificar el sentido de las obligaciones de los Estados en esta materia.

En efecto, a partir de 1988 este Comité emite una serie de *Observaciones Generales* en las que se definen con mayor precisión las principales obligaciones de los Estados en relación al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además, las obligaciones de los Estados en la materia han sido concretados en muchos aspectos a través de los llamados *Principios de Limburgo sobre la implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, que aunque no son fuente jurídica vinculante para los Estados, ayudan a la definición de los deberes de los Estados para el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, entre los que se encuentran algunos de los derechos sociales fundamentales más importantes.

Los llamados *Principios de Maastricht* fueron adoptados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para identificar violaciones de estos derechos, entre los que se encuentran algunos de los derechos sociales fundamentales más relevantes.

El *derecho fundamental a la buena administración*, objeto de la *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos* en relación con la Administración Pública aprobada por el Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo el 10 de octubre 2013, manda que las decisiones administrativas se adopten en plazos razonables, facilitando la promoción de estos derechos por parte de las Administraciones públicas y justificando que los ciudadanos puedan también accionar jurídicamente cuándo se lesione su derecho fundamental a una buena Administración pública de acuerdo con los estándares establecidos en la citada Carta.

El presente compromiso incluye a los diferentes sujetos políticos y administrativos de la descentralización, en función de los diversos grados de autonomías de los países Iberoamericanos: a nivel municipal, estadual o provincial, según sus propios regímenes constitucionales.

Los Entes públicos descentralizados, según los casos, tienen la facultad-deber de establecer cuáles son los *recursos disponibles* a los que se refiere la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San

José de Costa Rica– y su Protocolo de San Salvador como medida propia, objetiva pero individual, de su compromiso con la realización efectiva de los derechos sociales fundamentales en su territorio frente a su pueblo.

Esa apreciación constituye un espacio propio intransferible de esas Entidades públicas descentralizadas porque son quienes por su inmediatez están en las mejores condiciones para determinar los alcances de esa apreciación que es, en definitiva, una decisión de alta política. Se trata de un punto sobre el que se asienta uno de sus factores de responsabilidad pública, objetiva, que puede acarrear a la de su país en el escenario internacional.

En la región, como señala la Carta Social de las Américas, debe tenerse presente que «la pobreza crítica constituye un obstáculo al desarrollo y, en particular, al pleno desarrollo democrático de los pueblos del Hemisferio y que su eliminación es esencial y constituye una responsabilidad común y compartida de los Estados americanos».

Unos Estados, desde luego, dispuestos a «enfrentar sus causas y consecuencias, y crear condiciones más favorables para el desarrollo económico y social con equidad para promover sociedades más justas», de forma y manera que «inspirados en los principios de solidaridad y cooperación se han comprometido a adoptar y ejecutar acciones para erradicar el hambre y el analfabetismo, ofrecer educación de calidad, ampliar el acceso a los servicios de salud y a los servicios públicos, fortalecer la cohesión e inclusión social, eliminar la discriminación, crear la plena participación de los pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo y promover los derechos humanos».

La determinación de los niveles de *recursos disponibles* de cada comunidad en el marco Iberoamericano, planteado como referente objetivo de la exigencia de realización de los derechos comprometidos en los pactos relacionados con el Americano de Derechos Humanos y su Protocolo de San Salvador, constituye un desafío ineludible para los poderes públicos, bajo la vigilancia de los poderes judiciales –tendente a evitar los excesos y las omisiones irracionales–, que los obliga a la determinación adecuada en cada caso teniendo en cuenta que esos recursos disponibles comprenden los de la sociedad, en su conjunto, tanto públicos como privados.

5. La Carta Iberoamericana como instrumento normativo de garantía y desarrollo de los derechos sociales fundamentales.

La Carta establece un marco de referencia que posibilita, en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en las legislaciones de cada uno de los países de la región, una ordenación sistemática de los derechos sociales fundamentales que puede servir de base para ulteriores desarrollos normativos en orden a establecer mayores estándares y patrones de protección de estos derechos, a la asunción de más exigentes obligaciones a los Estados para su efectividad así como al establecimiento de mayores garantías jurídicas que permitan la exigibilidad judicial de las personas que hayan sufrido lesión o menoscabo en su ejercicio.

La codificación de los derechos sociales fundamentales de los ciudadanos tiene como finalidad el reconocimiento de los derechos sociales fundamentales como derechos humanos a todos los efectos. Así, las obligaciones que gravan sobre los Estados para la efectividad de estos derechos fundamentales de la persona podrán ser reclamadas judicialmente y, del mismo modo, cuándo tales derechos sean lesionados o contravenidos igualmente podrán ser invocados ante los Tribunales de Justicia de los distintos países de la región.

IL PILASTRO EUROPEO DEI DIRITTI SOCIALI: PRINCIPI, PROSPETTIVE E SFIDE ATTUATIVE

Andrea Borroni

SOMMARIO: 1. La qualificazione giuridica dei diritti sociali e la loro dimensione economica. Alcune premesse. - 2. L'evoluzione dei Trattati UE e il ruolo del Pilastro europeo dei diritti sociali. - 3. Obiettivi e contenuti del Pilastro: spunti di innovazione e ammodernamento. - 4. Il Piano d'Azione e l'Agenda per le competenze: una proiezione verso il futuro. - 5. La dimensione economico-finanziaria nell'attuazione del Pilastro. - 6. Considerazioni conclusive.

1. La qualificazione giuridica dei diritti sociali e la loro dimensione economica. Alcune premesse.

Quando ci si interroga sulla qualificazione giuridica del concetto di diritto (fondamentale) sociale, l'orientamento prevalente è quello di ricondurlo nell'alveo della tradizione pubblicistica, valorizzandone la funzione di strumento volto a garantire l'effettività del principio di eguaglianza sostanziale.

Tale asserzione rischia di rivelarsi riduttiva, incompleta e, in ultima istanza, viziata da un *bias* di fondo. Ciò si comprende meglio quando, addentrandosi progressivamente nell'analisi oltre il livello delle dichiarazioni di principio – vale a dire le norme declaratorie e/o declamatorie che fanno parte dei testi convenzionali – si procede verso dimensioni via via più operative: per mezzo di una forma di imbuto giuridico o piramide rovesciata (*rectius*, multiple piramidi rovesciate), ci si avvicina al concetto di norme operazionali e alle fattive modalità di una loro traduzione in termini pratici. È a questo stadio che anche il diritto privato è in grado di offrire un contributo significativo che arricchisce e completa il discorso¹.

¹ Si pensi, a titolo esemplificativo, ai patti parasociali e ai benefici che questi comportano per i lavoratori o all'incorporazione di clausole ESG negli statuti societari e nei contratti: trattasi di strumenti che, di fatto, rappresentano forme di «privatizzazione dei diritti sociali».

D'altronde, se rivolgiamo il cannocchiale dell'osservazione oltre la mera prospettiva nazionale orientandolo verso gli approcci adottati in altri ordinamenti giuridici, i temi oggi accennati – in particolare il diritto alla sostenibilità e, ancor più, il diritto al lavoro – si collocano trasversalmente tra diverse discipline. Una visione olistica, quindi, che sia al contempo di carattere metodologico e di catalogazione dei diritti a cui fare riferimento, non può essere tralasciata. Ancora, in via preliminare, occorre sottolineare come la proposizione in termini moderni del sintagma *diritto sociale*, nella sua configurazione più diffusa e recepita, risulti in parte mutilata e incompleta. E ciò accade allorquando essa venga avulsa dai profili economici che ne costituiscono componente imprescindibile per una sua piena ed effettiva realizzazione.

Da ciò deriva, dunque, la necessità di una riqualificazione concettuale in termini di diritti socio-economici, in cui le due dimensioni convivono in un rapporto di necessaria osmosi che impedisce di immaginarle come due rette parallele e indipendenti. Le soluzioni che, ancora oggi, si concentrano esclusivamente sull'unico aspetto del sociale risentono, in realtà, di un pudore iniziale che aveva caratterizzato la scena politica del tempo riverberandosi anche nelle prime declaratorie di principi che vennero compilate.

2. L'evoluzione dei Trattati UE e il ruolo del Pilastro europeo dei diritti sociali.

Oggi, talune criticità appaiono in larga parte superate. Non è casuale che profili attinenti al versante giuslavoristico – già accolti nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea e successivamente ribaditi nel Pilastro europeo dei diritti sociali – abbiano offerto un terreno fertile per un approccio (se non una metodologia) di nuova sensibilità e tensione, successivamente implementato nelle più recenti iniziative europee².

² Si veda, in particolare, il contributo della Commissione Europea, che con la sua iniziativa del Piano d'azione sul Pilastro europeo dei diritti sociali si propone di dare effettiva attuazione ai principi *ivi* contenuti. Tra i lavori della Commissione si segnala, inoltre, *l'Agenda per le competenze per l'Europa*, piano quinquennale del 2020 che mira allo sviluppo delle competenze dei lavoratori in un contesto in cui le transizioni verdi e digitali richiedono impegno costante. Entrambi questi strumenti saranno approfonditi nel prosieguo.

Il Pilastro, in particolare, costituisce il portato di un'evoluzione originata da una serie di testi di riferimento che ne hanno costituito il presupposto fondante.

Tra questi, la già citata Carta Europea dei Diritti Fondamentali si distingue per un impianto tematico più ampio, pur condividendo valori universali come quelli della solidarietà, dell'uguaglianza e del rispetto di altri valori (politici) ulteriormente sovraordinati. In particolare, essa enuncia gli ideali che sorreggono il progetto europeo e che hanno creato una zona di libertà, sicurezza e giustizia per i cittadini, incentrata sulla democrazia e sullo stato di diritto.

Cristallizzati nell'articolo 3 del Trattato sull'Unione Europea, tali elementi si accompagnano ad altri prima trascurati dalla narrativa sul tema. In particolare, gli obiettivi Trattato dell'Unione sono: promuovere il benessere dei suoi popoli e adoperarsi per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una (i) crescita economica equilibrata e (ii) sulla stabilità dei prezzi, su (iii) un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla (iv) piena occupazione e al (v) progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Al contempo, l'Unione combatte (i) l'esclusione sociale e (ii) le discriminazioni e promuove (iii) la giustizia e la (iv) protezione sociali, (v) la parità tra donne e uomini, (vi) la solidarietà tra le generazioni e (vii) la tutela dei diritti del minore.

In aggiunta a quanto detto, non soltanto il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, all'articolo 9, richiama espressamente la necessità di perseguire un elevato livello di occupazione e di garantire un'adeguata protezione sociale; esso contiene altresì riferimenti non trascurabili all'importanza di assicurare livelli congrui di istruzione e di formazione³.

Tutti questi temi trovano quindi una loro più compiuta traduzione all'interno del Pilastro.

È bene sottolineare come anche il TFUE non rappresenti un punto di par-

³ Nello specifico, ai sensi dell'articolo 9, tali esigenze rilevano nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle azioni dell'Unione stessa.

tenza isolato. Al contrario, esso s'inscrive in una più ampia trama evolutiva, riprendendo e richiamando quanto già affermato in testi ancora precedenti e costituendo – come accennato – il ponte ideale verso ciò che in seguito sarebbe stato codificato nel Pilastro. In tal senso, le disposizioni del Trattato svolgono una funzione fondamentale consentendo di mantenere una forma di continuità in relazione a principi già affermati e, al tempo stesso, di preparare il terreno perché si possa proseguire con lo sviluppo di forme più avanzate di tutela.

Affinché, tuttavia, condizioni minime di protezione possano compiutamente avverarsi, si è da più parti sollevata la necessità di un coinvolgimento attivo e convinto da parte dei singoli Stati membri, non ridotto, dunque, a una mera adesione formale ma espresso in termini di partecipazione politica sostanziale. A questo punto, sorge spontaneo chiedersi quale debba essere la natura di tale impegno e in quale direzione debba orientarsi, poi, l'azione comune.

3. Obiettivi e contenuti del Pilastro: spunti di innovazione e ammodernamento.

Una prima risposta al quesito che si è tratteggiato è offerta dalle dichiarazioni espresse nel Preambolo del Pilastro, ove vengono indicati valori guida che si affiancano ai principi già noti, arricchendoli e precisandone l'orientamento: tali riferimenti delineano, in definitiva, una direzione di convergenza tra gli Stati membri, una prospettiva di progresso socio-economico, di rafforzamento della coesione dell'Unione europea e, al tempo stesso, di salvaguardia dell'integrità del mercato interno⁴.

Il risultato è, dunque, un quadro valoriale che pur nella sua dimensione dichiarativa e politico-ideale si avvicina progressivamente a profili di carattere economico.

⁴ Più precisamente, nel Preambolo si afferma che «[l]'impegno si basa sui principi di crescita sostenibile, di promozione del progresso sociale ed economico, di coesione e di convergenza, rispettando al contempo l'integrità del mercato interno; un'Unione che tenga conto della diversità dei sistemi nazionali e del ruolo fondamentale delle parti sociali».

In particolare, nelle considerazioni preliminari del Pilastro si staglia la cosiddetta «realtà reale», laddove vengono elencati i grandi temi destinati a essere dipanati – pari opportunità, parità di genere, contrasto alla disoccupazione, all’esclusione sociale e alla povertà, nonché la necessità di approntare misure di formazione, precipuamente a beneficio dei giovani.

Codesti temi, come menzionato, si configurano quali priorità concrete che devono tenere conto di un elemento imprescindibile: la persistente diversità che caratterizza i singoli ordinamenti giuridici nazionali. L’Unione europea anela alla coesione, ma tale aspirazione collide, sul piano fattuale, con l’ineludibile divaricazione dei punti di partenza sotto i profili giuridici, economici e sociali tra i ventisette Stati membri. Senza tener conto di tale dato, si rischierebbe di ricondurre tutto a mere astrazioni.

In questo scenario, assumono un rilievo particolarmente significativo le dichiarazioni di priorità formulate dagli Stati. Il compito di affrontare l’insicurezza economica e sociale è qui visto come una premessa necessaria e ineludibile per fronteggiare quelle che un tempo apparivano nuove sfide, ma che oggi costituiscono condizioni strutturali del nostro tempo: la globalizzazione, la rivoluzione digitale – resa ancora più pervasiva ed esacerbata dalla pandemia – il mutamento delle forme di organizzazione del lavoro (dalla contrattualistica alla fornitura di servizi), nonché i profondi sviluppi demografici, caratterizzati da una stagnazione delle nascite, da un lato, e da fenomeni migratori di ampia portata, dall’altro lato.

I fattori richiamati incidono, pur con intensità differente, su nodi cruciali quali l’acuirsi delle disuguaglianze, la diffusione della disoccupazione giovanile e di lunga durata e la progressiva erosione della solidarietà intergenerazionale. Si tratta, nondimeno, di problematiche che possono essere gestite anche facendo leva su strumenti preesistenti.

Questi ultimi, benché l’attuazione concreta del principio richieda inevitabilmente un’elaborazione giurisprudenziale uniforme e coerente, capace di tradurre in pratica la regola operativa enunciata, permettono nondimeno di preservare la validità dei testi normativi precedenti e di adattarli a un contesto contrassegnato da una nuova congerie di difficoltà e priorità critiche emergenti.

Certo è come, ormai, l’esigenza di riconsiderare quel patto di solidarietà

intergenerazionale in una prospettiva sempre più orientata alla convergenza determini l'affievolimento di alcuni tradizionali punti fermi dell'assetto socio-economico nazionale, che per lungo tempo in Italia era rimasto stabile.

In tale contesto, il Pilastro europeo dei diritti sociali si propone di offrire direttrici di risposta. Tra le questioni da esso affrontate, la crisi occupazionale assume, senza dubbio, un ruolo di assoluta centralità: condizionata da fattori macroeconomici, che con tutta evidenza hanno inciso profondamente sulla situazione attuale, tale tendenza ha rappresentato, in ambito europeo, il portato di un insufficiente impiego del potenziale produttivo e di una partecipazione al mercato del lavoro ancorata tutt'oggi a paradigmi ormai in via di superamento.

La lezione che si trae dal Pilastro è chiara: progresso economico e progresso sociale non possono essere scissi, sono interconnessi e interdipendenti. Lo sviluppo di un pilastro comune in materia sociale, infatti, non può che configurarsi come parte integrante di un più ampio sforzo teso a delineare un modello di crescita più inclusivo e sostenibile, capace al contempo di accrescere la competitività dell'Europa, di renderla maggiormente propizia e attrattiva per gli investimenti e di promuovere la creazione di posti di lavoro e il rafforzamento della coesione sociale.

È soprattutto grazie all'impulso generato dagli investimenti che le finalità di cui si è appena detto possono trovare una concreta realizzazione: l'investimento, di fatto, va a produrre un effetto positivo di ricaduta (o *fall-down*) in questa direzione. Tuttavia, tale spinta non può tradursi in una regressione delle garanzie giuridiche già acquisite.

Dal 2018, il Pilastro europeo dei diritti sociali pone, quale presupposto irrinunciabile, due punti di partenza. Innanzitutto, il divieto di deroghe *in peius* alla esistente normazione multilivello, sia essa la normazione convenzionale sovranazionale (*ivi* compresi i Trattati e le norme europee sul tema), sia essa quella delle normative nazionali e delle convenzioni e raccomandazioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL)⁵.

⁵ Più precisamente, al punto 16 del Preambolo, è stabilito che «[i]l pilastro europeo dei diritti sociali non impedisce agli Stati membri o alle parti sociali di stabilire norme sociali

Ancora, proprio alla luce di quel preambolo di cui abbiamo dato cenno e in cui si richiamano le diversità nazionali, imprescindibile è il ruolo primario degli Stati membri, cui è affidata una “responsabilità in prosimità” nella realizzazione ed attuazione delle finalità del Pilastro, in un equilibrio dinamico tra quadro normativo comune e adattamenti ordinali interni.

La modernità del Pilastro si coglie soprattutto nelle disposizioni di dettaglio più che nella sua struttura complessiva, la quale riflette un approccio di tipo olistico, posto che lo scopo ultimo sia tanto quello di promuovere il welfare quanto il funzionamento del mercato del lavoro.

L’impianto mira, dunque, al perseguimento di tre macro-obiettivi, articolati in aree semantiche i cui principi servono da linee guida per gli Stati membri nell’elaborazione e nell’attuazione delle politiche sociali, con l’intento ultimo di migliorare le condizioni di vita e di lavoro all’interno dell’Unione europea tutta:

1. pari opportunità e accesso al mercato del lavoro, comprendente i principi relativi all’istruzione e alla formazione, alla parità di genere e al sostegno attivo all’occupazione (Capo I);
2. condizioni di lavoro eque, obiettivo che abbraccia profili quali l’occupazione sicura e adattabile, la giusta retribuzione, il mantenimento dell’equilibrio tra vita professionale e privata, nonché ambienti di lavoro sani e sicuri (Capo II);
3. Protezione sociale e inclusione, che si estendono all’assistenza all’infanzia, alla protezione sociale e previdenziale, all’assistenza sanitaria e, più in generale, all’accesso ai servizi essenziali (Capo III).

La valenza attuale di tali assiomi emerge in modo ancora più chiaro se comparativamente valutata con esperienze normative recenti, come quella della Georgia, che ha introdotto una riforma del diritto del lavoro che regolava per la prima volta un settore del diritto di fatto prima inesi-

più ambiziose. In particolare, nessuna disposizione del pilastro europeo dei diritti sociali deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti e dei principi riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell’Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l’Unione o tutti gli Stati membri sono parti, comprese la Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e le convenzioni e le raccomandazioni pertinenti dell’Organizzazione internazionale del lavoro».

stente, e fondato su una piena equiparazione dei rapporti di lavoro con quelli *business to business*, in cui il lavoratore vedeva appaltato il proprio tempo al pari di un'impresa individuale.

Tale riforma, pur presentando un livello di dettaglio apprezzabile e recependo indicazioni in materia di parità, tutela delle donne, lavoro minorile e numero minimo di ore lavorabili, ha tuttavia omesso di disciplinare in maniera compiuta l'intero versante assistenziale e previdenziale, che rimane tuttora privo di una adeguata regolamentazione. Si tratta di una lacuna particolarmente significativa se si considera che, mentre per l'ordinamento europeo tali garanzie costituiscono condizioni minime e imprescindibili di tutela dei diritti fondamentali, appena fuori dalle sue porte, nel contesto georgiano, esse rappresentano ancora un obiettivo da conquistare, in un quadro geopolitico notoriamente complesso e in una fase storica segnata dalla necessità di riscrivere *ex novo* vaste aree della normazione, non solo giuslavoristica, successivamente all'indipendenza.

Proseguendo con un'analisi di tipo tassonomico, va osservato come il primo articolo del Pilastro sia dedicato all'istruzione, alla formazione e all'apprendimento permanente. È in questa scelta programmatica che si colgono le premesse di una nuova concezione del mercato del lavoro, chiamato a confrontarsi con le sfide di una crescente globalizzazione e di una digitalizzazione che investe ogni ambito della nostra vita.

Di fronte alla sfida della crescita occupazionale e, diversamente declinata, di una stabilità occupazionale intesa quale presupposto per una serie di ulteriori diritti anche di carattere previdenziale e assistenziale, diviene cruciale garantire a chi è stato espulso dal mondo del lavoro, così come a chi vi si affaccia per la prima volta, la possibilità di affrontare le transizioni del mercato con strumenti adeguati di formazione e di apprendimento permanente.

Per un lungo periodo, tuttavia, la questione è rimasta sostanzialmente lettera morta, seppur più volte evocata in numerose iniziative europee. Si confidava, di fatto, nel cosiddetto *spillover* tecnologico: l'idea secondo cui tutte le generazioni, anche quelle anteriori al boom digitale, avrebbero progressivamente e spontaneamente acquisito le basi dell'informatica e dell'uso dei personal computer, come ricaduta fisiologica del processo di digitalizzazione in atto.

La realtà, tuttavia, ha dimostrato l'infondatezza di questa convinzione: si pensi, per esempio, alla generazione dei nostri genitori, molti dei quali non hanno mai utilizzato un computer e risultano del tutto privi di competenze informatiche di base. In assenza di queste, l'accesso a una vasta gamma di servizi diviene pressoché precluso⁶.

In questa prospettiva, contesto, l'articolo 1 del Pilastro assume un valore centrale, disponendo che: «ogni persona ha diritto a un'istruzione, a una formazione e a un apprendimento permanente di qualità e inclusivi, al fine di mantenere e acquisire competenze che consentono di partecipare pienamente alla società e di gestire con successo le transizioni nel mercato del lavoro».

È evidente come tale previsione si ponga in stretta connessione con altre disposizioni del Pilastro, fungendo da collante tra le stesse.

Si consideri ancora, a titolo esemplificativo, l'articolo 4 dedicato al sostegno attivo all'occupazione, che si articola in tre profili principali:

1. il diritto di ogni individuo a un supporto tempestivo e adeguato alle proprie esigenze, finalizzato ad accrescere le possibilità di trovare un lavoro o l'avvio di un'attività autonoma. Ciò comprende il diritto ad assistenza nella ricerca di un impiego e l'accesso a programmi formativi e a percorsi di riqualificazione. Inoltre, ogni persona ha il diritto di mantenere le proprie tutele in materia di protezione sociale e di formazione anche durante le transizioni di carriera;
2. il diritto dei giovani ad accedere a formazione continua, a periodi di tirocinio o apprendistato, oppure a un'offerta di lavoro di qualità entro quattro mesi dalla perdita dell'occupazione o dall'abbandono del percorso educativo;
3. il diritto delle persone disoccupate a un sostegno individuale, strutturato e continuativo, che, nel caso della disoccupazione di lungo periodo, deve tradursi in un'analisi personale approfondita entro 18 mesi dall'inizio dello stato di disoccupazione.

⁶ Emblematicamente, si consideri lo SPID, strumento la cui gestione accurata richiede una dimestichezza con una serie di procedure telematiche che in molte famiglie non è ancora diffusa né facilmente impiantabile.

Nel palinsesto del Pilastro europeo dei diritti sociali vengono introdotte alcune prospettazioni che, fino a tempi recenti, erano rimaste sullo sfondo, poiché non ancora avvertite o emerse compiutamente. È il caso, per esempio, della previsione di un *ambiente di lavoro sano e sicuro*: accanto alla salubrità dei luoghi e a una giornata lavorativa che tenga conto delle difficoltà specifiche delle singole attività di riferimento così da consentire ai lavoratori di permanere nel mercato del lavoro in condizioni dignitose e sostenibili, viene espressamente richiamata la tutela e la protezione dei propri dati personali – un profilo che rappresenta, ancora una volta, un'evidente ricaduta della digitalizzazione, dell'impatto di Internet e delle nuove tecnologie del mondo del lavoro.

Tra gli aspetti di maggiore innovatività si colloca, inoltre, la piattaforma dedicata all'alloggio e all'assistenza per le persone senza fissa dimora, che si articola lungo tre direttrici. Innanzitutto, il riconoscimento del diritto all'abitazione come diritto fondamentale, che si traduce nella necessità di garantire alloggi sociali e un'assistenza abitativa di qualità.

Si prosegue, poi, portando l'attenzione sulle categorie fragili o con difficoltà di esistenza, i.e. le categorie vulnerabili, le quali dovrebbero godere di protezione e tutela nei confronti degli sgomberi forzati – in tal modo, si compie una scelta di campo forte nel diritto dell'economia e della proprietà, che rileva e impatta nel momento in cui si debbano valutare le politiche attuative.

In ultimo luogo, è fatto riferimento in maniera esplicita ai senzاتetto, per i quali occorre prevedere, in aggiunta alla fornitura di alloggi, anche percorsi di inclusione sociale finalizzati al reinserimento nel mercato del lavoro e alla effettiva fruizione dei diritti fondamentali.

Il catalogo dei diritti si arricchisce, inoltre, di nuovi contenuti: accanto all'accesso ad acqua, energia e servizi igienico-sanitari, vengono annoverati i trasporti, i servizi finanziari e le comunicazioni digitali, un quid in più che, ancora una volta, rappresenta un chiaro segnale di ammodernamento.

Il percorso che progressivamente sta trasfigurando i diritti sociali in diritti socio-economici prende sempre più le forme tra le pieghe del Pilastro.

In tal senso, è evidente come oggi la lettura e l'interpretazione del concetto di accesso ai servizi finanziari non possa tralasciare le questioni legate ai flussi migratori e, di conseguenza, all'esigenza di garantire forme di inclusione bancaria e finanziaria della popolazione che siano realmente rispettose della dimensione personale e delle specificità culturali dei soggetti coinvolti.

Per esempio, ricordando una delle tematiche classiche della comparazione, i credenti musulmani, aderendo ai principi della Shari'a, non possono accedere o non potrebbero accedere a servizi bancari convenzionali – circoscrivendo il ragionamento alla realtà italiana, non si ha ancora una banca che operi sul nostro territorio rispettando i principi della finanza islamica.

4. Il Piano d'Azione e l'Agenda per le competenze: una proiezione verso il futuro.

Quando il Pilastro, di fatto, dichiara di perseguire l'inclusività, apre il catalogo dei diritti a norme di attuazione e implementazione che devono tener conto di qualcosa per cui lo stesso Pilastro è meramente un ponte, una proiezione sul futuro che richiede, ovviamente, una serie di interventi e misure che lo rendano operativo. E tale proiezione verso il futuro, accompagnata da un sempre più ricco e aggiornato *corpus* dei diritti, ha prodotto sviluppi concreti di rilevante portata. In particolare, possono individuarsi due linee di evoluzione principali.

La prima è di carattere operativo e riguarda il piano normativo e regolamentare dell'Unione europea: l'adozione di una serie di iniziative legislative, direttive e interventi ha infatti progressivamente ampliato l'orizzonte di tutela in materie quali la disabilità, la povertà energetica, le energie rinnovabili e il prosumerato.

La seconda linea di evoluzione, strettamente connessa a quanto appena delineato, si rinviene nell'elaborazione di un vero e proprio Piano d'Azione derivato dal Pilastro, che si propone di dare concretezza agli obiettivi enunciati attraverso un sistema la cui attuazione non è rimessa esclusivamente alle istituzioni europee, ma si fonda su un impegno collettivo

che coinvolge anche gli enti nazionali, regionali e locali, le parti sociali e la società civile.

Il Piano d’Azione si caratterizza, a sua volta, per una chiara dimensione teleologica, fissando esigenze ed obiettivi quantificabili da conseguirsi entro il 2030:

1. raggiungere un tasso di occupazione almeno pari al 78% della popolazione compresa tra i 20 e i 64 anni;
2. garantire che almeno il 60% degli adulti partecipi ogni anno ad attività di formazione, in un’ottica di apprendimento permanente;
3. ridurre di almeno 15 milioni il numero delle persone esposte al rischio di povertà.

Per quanto concerne il primo punto, la situazione di partenza presentava presupposti segnatamente critici. Come evidenziato nel Piano, l’emergenza sanitaria legata alla pandemia da Covid-19, difatti, ha interrotto una tendenza positiva del tasso di occupazione che nel 2019 era del 73,1% (quasi in linea con l’obiettivo del 75% fissato dalla strategia Europa 2020) mentre nel terzo trimestre del 2020 era pari al 72,4% per la fascia demografica identificata⁷; inoltre, la percentuale era pari al 78,3% per gli uomini ma al 66,6% per le donne, indicando quindi un forte divario di genere⁸.

Con riferimento, invece, al secondo e al terzo punto, il Piano evidenzia come fino al 2016 solo il 37% degli adulti prendeva parte ad attività di formazione annuale e nel 2019, circa 91 milioni di persone risultavano a rischio di povertà o di esclusione sociale nell’Unione europea.

Ad ogni buon conto, la Commissione europea ha già posto in essere diverse azioni fondate su ciascun principio sancito dal Pilastro europeo nel

⁷ Come rilevato da Eurostat. Si veda <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/SEPDF/cache/49184.pdf>.

⁸ Senza, purtroppo, un punto critico la delicata posizione dell’Italia, che nelle proprie previsioni programmatiche ha indicato come soglia-obiettivo un tasso di occupazione pari al 73%, tra i più bassi a livello europeo. Ciò denota non soltanto un ritardo strutturale nel nostro ordinamento rispetto ad altri Stati membri, ma anche una tendenza ad adottare parametri meno ambiziosi. Si veda il report della Commissione Europea, *State of Play on the National Targets for 2030*.

Piano d'azione, un impegno che si innesta in un quadro più grande di politiche volte al rafforzamento di tali diritti sul territorio.

Su tutte, l'Agenda Europea per le Competenze del giugno 2020 (o *European Skills Agenda*) s'innesta nel solco dell'Agenda per le competenze del 2016, sviluppandone le dieci azioni principali e collegandosi ad altre strategie cardine dell'Unione: la Strategia digitale europea, la Strategia industriale e per le piccole e medie imprese (PMI), nonché il Piano di ripresa per l'Europa, con particolare attenzione al sostegno all'occupazione giovanile.

Essa fissa i seguenti traguardi da raggiungere entro il 2025:

1. il 50% degli adulti di età compresa tra 25 e 64 anni deve aver partecipato ad attività di formazione nei 12 mesi precedenti;
2. il 30% degli adulti poco qualificati di età compresa tra 25 e 64 anni deve aver partecipato ad attività di formazione nei 12 mesi precedenti;
3. il 20% degli adulti disoccupati di età compresa tra 25 e 64 anni deve aver avuto una esperienza formativa recente;
4. il 70% degli adulti di età compresa tra 16 e 74 anni deve possedere almeno delle competenze digitali di base⁹.

L'Agenda si configura, quindi, quale piano quinquennale di intervento volto a sostenere cittadini e imprese nello sviluppo e nella valorizzazione delle proprie competenze. Essa, inoltre, persegue molteplici altre finalità interconnesse: accrescere e rafforzare la competitività sostenibile (come stabilito anche nel *Green Deal europeo*), garantire l'equità sociale, dando concreta attuazione al primo principio del Pilastro europeo dei diritti sociali, ossia il diritto all'istruzione, alla formazione e all'apprendimento permanente per tutti, in qualunque parte dell'Unione. A ciò si aggiunge, poi, l'intento di rafforzare la resilienza complessiva dei sistemi europei, affinché siano in grado di reagire a crisi future, facendo tesoro delle lezioni apprese durante la pandemia da Covid-19.

⁹ In particolare, la *Skills Agenda* fissa 12 azioni concrete suddivise in quattro gruppi: (i) Un appello a unire le forze in un'azione collettiva (Azione 1); (ii) Azioni per garantire che le persone abbiano le giuste competenze per il lavoro (Azioni 2-8); (iii) Strumenti e iniziative per supportare le persone nei loro percorsi di apprendimento permanente (Azioni 9-11); (iv) Un *framework* per sbloccare gli investimenti nelle competenze (Azione 12).

5. La dimensione economico-finanziaria nell'attuazione del Pilastro.

In coerenza con il discorso che precede, occorre infine richiamare l'attenzione sull'elemento di carattere più strettamente economico-finanziario. Nessun obiettivo sociale può, infatti, prescindere da un adeguato sostegno in termini di risorse.

Per affrontare tali ambiziose sfide e per il conseguimento dei relativi obiettivi, l'Unione ha previsto strumenti finanziari di rilievo. In primo luogo, le risorse del *Fondo sociale europeo Plus* (FSE+) per il periodo 2021-2027, destinate a sostenere progetti di inclusione sociale, occupabilità e formazione, contano un bilancio complessivo di 142,7 miliardi di euro¹⁰. In secondo luogo, il Dispositivo per la ripresa e la resilienza (RRF), che costituisce il fulcro del più ampio Next Generation EU e che impone agli Stati membri, nei rispettivi Piani nazionali di ripresa e resilienza (PNRR), di attenuare «l'impatto sociale ed economico della crisi Covid-19, contribuendo all'attuazione del Pilastro europeo dei diritti sociali e rafforzando la coesione sociale, economica e territoriale e la convergenza all'interno dell'Unione».

Queste lodevoli iniziative, soprattutto quelle legate al *life-long learning*, alla formazione continua, piuttosto che quelle d'inclusione di intervento sulle fasce più deboli della popolazione, necessitano di un altro elemento imprescindibile, che è quello di una forma di finanziamento, di un supporto di carattere economico, di fondi senza i quali questi progetti, per quanto commendevoli, rischiano di non poter essere attuate.

Nel 2020, la pandemia ha avuto gravi effetti sul piano sociale ed economico, portando in particolare a un aumento della disoccupazione (soprattutto tra i giovani), a un peggioramento delle disuguaglianze e a una crescita della povertà e dell'emarginazione sociale. Per far fronte a tali

¹⁰ In particolare, l'FSE+ rappresenta lo strumento primario a sostegno dell'attuazione del Pilastro. Esso «riunisce quattro strumenti di finanziamento che nel periodo di programmazione 2014-2020 erano distinti: il Fondo sociale europeo, il Fondo di aiuti europei agli indigenti, l'iniziativa per l'occupazione giovanile e il Programma europeo per l'occupazione e l'innovazione sociale». Il Fondo è gestito dagli Stati membri sotto la supervisione della Commissione. Per approfondimenti si veda <https://european-social-fund-plus.ec.europa.eu/it/cose-1fse>.

ricadute, le istituzioni dell'Unione europea hanno messo in atto varie misure. Tra queste, ha avuto un ruolo significativo lo strumento SURE (*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*), introdotto con il regolamento (UE) 2020/672. Tale meccanismo prevede l'erogazione di prestiti fino a un massimo di 100 miliardi di euro agli Stati membri per coprire l'aumento improvviso delle spese pubbliche legate al sostegno dell'occupazione.

In tale alveo, all'Italia è stato assegnato il contributo finanziario più elevato, pari a 27,4 miliardi di euro, che è stato già interamente versato.

6. Considerazioni conclusive.

Il Pilastro non si limita a ribadire i diritti già contenuti nell'*acquis* dell'Unione, ma introduce nuovi principi destinati ad affrontare le sfide derivanti dai mutamenti sociali, tecnologici ed economici in corso. Gli obiettivi che esso persegue sono chiari e ambiziosi: sostenere i lavoratori lungo tutto l'arco delle transizioni occupazionali, rafforzare i sistemi di protezione sociale, combattere la povertà e le disuguaglianze, nonché garantire che le trasformazioni strutturali – verso la neutralità climatica, la digitalizzazione e in relazione al cambiamento demografico – si realizzino in forme socialmente eque e giuste.

L'attuazione del Pilastro si rivela ancor più urgente ed essenziale nell'attuale contesto segnato da un aumento generalizzato dei prezzi dell'energia e da una pressione inflazionistica che incide profondamente il potere d'acquisto dei cittadini.

In questa prospettiva, e tenendo conto delle differenze strutturali insite nei diversi ordinamenti giuridici nazionali, il Pilastro attribuisce agli Stati membri un *ruolo primario*: sono essi, infatti, a garantire l'effettività dei diritti socio-economici che concernono l'occupazione, la formazione, la salute, l'abitazione e la protezione sociale. Si tratta di diritti la cui reale fruibilità, in ultima analisi, dipende strettamente dal contesto finanziario, dalle priorità di bilancio e dalle scelte politiche operate a livello nazionale.

La sfida che quindi emerge è la tensione costante che si rileva tra afferma-

zione di principi e capacità di destinarvi risorse adeguate. Tali pilastri e le corrispondenti normazioni sovranazionali rappresentano, in definitiva, l'espressione di una volontà politica di orientare l'azione pubblica in tal senso, volontà che deve però perdurare nella fase di attuazione, affinché le norme declamatorie non restino mera lettera morta.

Sotto questa luce, il Pilastro europeo dei diritti sociali dell'Unione europea compie una scelta equilibrata e ammodernante che lascia presagire una interpretazione più coerente e in maggiore sintonia con il panorama internazionale, orientata a trasformare i principi generali in situazioni giuridiche soggettive concretamente tutelate.

**DIRITTI SOCIALI E TUTELE
DEI LAVORATORI**

*** * ***

**DERECHOS SOCIALES Y TUTELA
DE LOS TRABAJADORES**

DIRITTI SOCIALI E LAVORO DIGNITOSO

Matteo Borzaga

Come giuslavorista da sempre attento alle vicende del diritto comparato e internazionale mi fa particolarmente piacere introdurre questa sessione, nella quale i colleghi Miguel Alejandro López Olvera e José Luis Said si occuperanno di diritti sociali e tutele di lavoratrici e lavoratori, rispettivamente, in Messico e in Argentina.

Premetto una riflessione mettendo in luce come il più importante attore sovranazionale che si occupa di tali questioni sia l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL). Si tratta di un'organizzazione tripartita (ovvero composta da rappresentanti dei Governi e delle parti sociali) fondata oltre cento anni fa, nel 1919, e successivamente integrata nel sistema Nazioni Unite in qualità di Agenzia Specializzata, il cui obiettivo principale è proprio quello di produrre Convenzioni e Raccomandazioni internazionali in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale, al fine di offrire tutela a lavoratrici e lavoratori a livello mondiale.

Nella sua ormai lunga storia l'OIL ha alternato momenti di successo a momenti di difficoltà e, soprattutto a seguito dell'avvento della globalizzazione economica, è entrata in una fase di vera e propria crisi. Una crisi che ha riguardato tanto l'attività di c.d. *standard-setting*, ovvero di produzione normativa, quanto la capacità dell'organizzazione di indurre i propri Stati membri a ratificare le Convenzioni adottate. Condizione quest'ultima come noto imprescindibile perché tali strumenti possano trovare piena attuazione negli ordinamenti giuridici nazionali.

Del resto, la globalizzazione economica – e prima ancora la decolonizzazione – hanno portato con sé mutamenti profondi da cui sono scaturiti problemi di vario tipo. La membership dell'OIL è cresciuta esponenzialmente (il numero degli Stati membri è quasi quadruplicato in cinquant'anni circa, raggiungendo alcuni anni fa quello attuale di 187) e, a

causa del massiccio ingresso di Paesi emergenti, è divenuta assai disomogenea in termini di livelli di sviluppo, di infrastrutture giuridico-amministrative, ma anche di valori (più o meno) condivisi. Di qui, le crescenti difficoltà, per gli Stati membri (specie quelli emergenti, ma non solo), ad acconsentire all'emanazione di nuove Convenzioni da parte dell'OIL e, soprattutto, a ratificare quelle già esistenti. Difficoltà esacerbate proprio dagli orizzonti di competitività aperti dalla globalizzazione economica e dal connesso mutamento di paradigma che ha riguardato i diritti sociali, considerati sempre più spesso come costi anziché come strumenti di tutela a presidio della dignità di lavoratrici e lavoratori.

Si è trattato di una crisi che avrebbe potuto mettere in discussione l'esistenza stessa dell'OIL, che – forse spinta da una sorta di istinto di sopravvivenza – è peraltro riuscita ad avviare una riflessione profonda in ordine alle cause di essa e alle strade da intraprendere per tentare di uscirne.

All'esito di tale riflessione l'organizzazione ha infatti prima inaugurato e poi consolidato nel tempo due nuove strategie che possono senza dubbio considerarsi di successo, quella dei core labour standards e quella del *decent work*. Strategie che, oltre ad essere tra loro collegate, possono essere ritenute per molti versi l'una l'evoluzione dell'altra.

In sostanza, prendendo le mosse dalle critiche avanzate dagli Stati membri (e in particolare dai Paesi emergenti), l'OIL ha deciso anzitutto di puntare su alcuni dei propri standard, quelli più significativi, e di dedicare loro una specifica Dichiarazione, ovvero un atto di *soft law*, nella quale tali standard vengono elencati e «prioritarizzati».

Ci si riferisce alla Dichiarazione sui Principi e i Diritti Fondamentali nel Lavoro e i Suoi Seguiti, adottata nel giugno 1998, la quale, al punto 2, prescrive che i Paesi membri sono tenuti a rispettare i core labour standards a prescindere dal fatto di aver ratificato o meno le Convenzioni che se ne occupano, per poi farne l'elenco.

Si tratta, in particolare, di: libertà sindacale e diritto di contrattazione collettiva, eliminazione del lavoro forzato e obbligatorio, sradicamento del lavoro infantile, lotta alle discriminazioni in materia di impiego e occupazione, nonché – a seguito di un emendamento del 2022, non a caso

adottato poco dopo la pandemia da Covid-19 – salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

La decisione di individuare i *core labour standards* attraverso un atto di *soft law* è stata aspramente contestata dalla dottrina internazionalistica, che ne ha preconizzato il fallimento. In realtà, sulla costruzione giuridica dell'intervento (senza dubbio problematica, ma forse anche necessitata a causa dell'impossibilità di modificare il trattato istitutivo dell'OIL), ha decisamente prevalso l'apprezzamento dei Paesi membri (specie emergenti) per la «strategia delle priorità», il che ha determinato un aumento molto significativo delle ratifiche delle Convenzioni che disciplinano i core labour standards medesimi (e che sono due per ciascuno di essi, quindi attualmente dieci). Quasi tutte queste Convenzioni sono state ratificate da almeno il 90% dei Paesi membri e ve ne è una, la n. 182 del 1999 in tema di contrasto alle peggiori forme di lavoro infantile, che ha addirittura ottenuto l'universalità delle ratifiche (unico caso a livello giuslavoristico internazionale).

È del tutto evidente come a seguito dell'aumento delle ratifiche di un numero esiguo di Convenzioni la fase di crisi non possa dirsi certo superata: tale aumento rappresenta, tuttavia, un segnale importante, anche in una logica di implementazione progressiva degli standard giuslavoristici internazionali, a partire da quelli che l'organizzazione ritiene fondamentali.

Alla luce degli sviluppi appena descritti l'OIL ha dunque deciso, a pochi anni di distanza dal suo lancio, di accostare alla strategia dei core labour standards quella del *decent work*, che ne costituisce per molti versi un'evoluzione.

È proprio quest'ultima strategia da essere a mio giudizio particolarmente rilevante per la presente sessione, in quanto appare concepita ancor più di quella dei core labour standards per rispondere alle esigenze dei Paesi emergenti. Per capirlo, è sufficiente prendere brevemente in esame i *quattro pilastri* (o obiettivi strategici) su cui si fondano tale strategia e il documento che la contiene, ancora una volta di *soft law*, la *Dichiarazione sulla Giustizia Sociale per una Globalizzazione Giusta* del giugno 2008.

Se infatti il primo di tali pilastri, alla stregua del quale gli Stati membri debbono impegnarsi ad aumentare i posti di lavoro dignitosi, è piuttosto generico, sono gli altri tre a dare il senso della rilevanza cui di cui si diceva poco sopra.

La Dichiarazione prosegue infatti focalizzandosi anzitutto sulla necessità di rafforzare la protezione sociale, un concetto che comprende tanto i diritti di lavoratrici e lavoratori quanto la sicurezza sociale e che, per come è concepito dalla Dichiarazione stessa, assume particolare importanza nella lotta alla povertà. Secondo l'OIL, infatti, la sicurezza sociale dovrebbe essere estesa a tutte e a tutti, prevedendosi in particolare un reddito minimo a favore di coloro che ne abbisognano, ovvero di coloro che si trovano, per l'appunto, in condizioni di povertà.

Il terzo pilastro è dedicato, invece, al tripartitismo e al dialogo sociale come strumenti utili a creare le condizioni per un'applicazione il più possibile efficace degli altri pilastri della Dichiarazione all'interno dei Paesi membri. Viene qui menzionata, altresì, la questione delle infrastrutture di natura giuridico-amministrativa che dovrebbero garantire la corretta applicazione del diritto del lavoro e della sicurezza sociale a livello nazionale, come ad esempio i sistemi di ispezione sul lavoro. In sostanza, questo pilastro punta, significativamente, sul tema dell'implementazione concreta degli standard giuslavoristici internazionali, ovvero sulla governance, ovvero ancora, più precisamente, su come cercare di garantire condizioni di lavoro dignitose anche a lavoratrici e lavoratori che si trovano a dover operare nell'economia informale, il cui peso è come noto particolarmente significativo nei Paesi emergenti.

Da ultimo, la Dichiarazione richiama l'importanza dei *core labour standards* come strumenti fondamentali per realizzare in modo coerente tutti gli altri pilastri della Dichiarazione stessa, li rende, cioè, l'elemento più importante di quest'ultima. In sostanza, l'avvio prima e il consolidamento poi delle più recenti strategie dell'OIL dimostrano come i tentativi di quest'ultima di uscire dalla crisi siano consistiti, in massima parte, in un progressivo (ma di certo non ancora compiutamente realizzato) allontanamento dal modello «occidentocentrico» che l'ha caratterizzata fin dalle origini e in una conseguente maggiore attenzione nei confronti delle istanze dei Paesi emergenti, che ormai dominano, peraltro, la membership dell'organizzazione.

In questo quadro appare particolarmente significativa la decisione dell'OIL di mettere al centro del proprio agire il lavoro dignitoso, ovvero di promuovere l'applicazione quanto meno dei core labour standards a tutte le lavoratrici e a tutti i lavoratori, con o senza contratto, anche in una logica di contrasto alla povertà.

L'attenzione dell'organizzazione verso i soggetti più vulnerabili, tra cui rientrano senz'altro quelli operanti nell'economia informale e, tra questi, in special modo i migranti (irregolari), è una questione a mio giudizio di grande importanza, sulla quale interverranno i colleghi Miguel Alejandro López Olvera e José Luis Said.

DERECHOS SOCIALES Y TRABAJADORES EN MÉXICO: CRISIS, REFORMAS Y REPLANTEAMIENTO

Miguel Alejandro López Olvera

SUMARIO: 1. Constitución social y génesis institucional en México. - 2. La reforma constitucional de 2011 y la reconfiguración del sistema de derechos. - 3. Diagnóstico empírico: desigualdad, mercado y derechos sociales. - 4. Contratación pública, organización administrativa y participación. - 5. Nuevos desafíos: tecnología, justicia y rediseño institucional.

1. Constitución social y génesis institucional en México.

México fue el primer país en el mundo en incorporar de manera expresa los derechos sociales en un texto constitucional. La Constitución de 1917, aún vigente, reconoció desde su origen derechos laborales y de seguridad social, anticipándose a desarrollos posteriores en otros ordenamientos constitucionales. Este dato histórico no es meramente simbólico, sino que permite comprender la centralidad que los derechos sociales han tenido –al menos en el plano normativo– dentro del constitucionalismo mexicano.

Desde los primeros años de vigencia constitucional se adoptaron instrumentos normativos destinados a dotar de operatividad a esos derechos. Entre ellos destacan la legislación reglamentaria en materia de libertad de trabajo, la Ley Federal del Trabajo, el Estatuto de los Trabajadores al Servicio del Estado, la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, la Ley del Seguro Social y la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores.

Este entramado normativo fue acompañado por la creación de órganos administrativos especializados, tales como el Departamento del Trabajo, la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, los servicios de inspección laboral y, posteriormente, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social. Asimismo, la propia Constitución de 1917 diseñó órganos jurisdiccionales administrativos para la resolución de controversias laborales, en

particular las Juntas de Conciliación y Arbitraje, así como tribunales administrativos competentes en materias como seguridad social, salud, vivienda, derecho agrario y, más recientemente, medio ambiente y servicios públicos. Estas instituciones permitieron un desarrollo progresivo del sistema de tutela de los derechos sociales, facilitando el acceso de amplios sectores de la población a mecanismos de protección jurídica, aunque de manera desigual y fragmentada.

No obstante, pese a este desarrollo institucional, persiste una brecha significativa entre el reconocimiento normativo de los derechos sociales y su goce efectivo. Esta brecha obliga a repensar las categorías tradicionales del Derecho, en particular del derecho administrativo, a fin de adecuarlas a las exigencias contemporáneas de protección integral de la dignidad humana.

2. La reforma constitucional de 2011 y la reconfiguración del sistema de derechos.

Un punto de inflexión en el ordenamiento jurídico mexicano se produjo con la reforma constitucional de junio de 2011, que reconfiguró profundamente el sistema de derechos humanos. A partir de esta reforma, el artículo primero constitucional estableció la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Esta transformación supuso la incorporación directa de los tratados internacionales de derechos humanos al parámetro de regularidad constitucional, así como la recepción de la jurisprudencia internacional y nacional como fuente relevante para la interpretación de los derechos. En este contexto emergieron derechos humanos de nueva formulación, tales como el derecho al mínimo vital, el derecho a la buena administración pública y el derecho a la ciudad, todos ellos estrechamente vinculados con los derechos sociales y con los derechos de los trabajadores.

La interdependencia entre desarrollo económico, bienestar social y protección del medio ambiente se presenta hoy como un desafío estructural. En particular, las grandes ciudades concentran problemas cada vez

más complejos relacionados con vivienda, movilidad, salud, empleo y servicios públicos, frente a los cuales las regulaciones existentes resultan insuficientes o ineficaces.

En este escenario, el mercado ha avanzado de manera significativa sobre los derechos de las personas, subordinándolos a lógicas de rentabilidad económica que no contribuyen a la garantía de los derechos sociales.

Resulta paradójico que México, donde se establecieron algunos de los primeros centros de salud del continente en el siglo XVI, presente hoy una distribución profundamente desigual de los servicios sanitarios. Más de quinientos años después, solo una fracción de los municipios cuenta con hospitales, y la infraestructura privada de salud se concentra de manera desproporcionada en unos pocos estados, lo que refleja una marcada desigualdad territorial.

3. Diagnóstico empírico: desigualdad, mercado y derechos sociales.

El derecho a la ciudad puede entenderse como un derecho articulador de los derechos sociales, en cuyo núcleo se integran el derecho a la vivienda, al trabajo, a la seguridad social, a la salud, a la educación, al mínimo vital, al medio ambiente sano y a servicios públicos de calidad. Sin embargo, el mercado condiciona el goce efectivo de estos derechos, apropiándose de las garantías que ellos generan sin redistribuir equitativamente los beneficios obtenidos.

Los datos empíricos confirman esta situación.

En México existe un déficit habitacional estimado entre ocho y nueve millones de viviendas, del cual una parte menor corresponde a la falta de nuevas unidades y una proporción significativamente mayor a la necesidad de mejoras y ampliaciones.

En materia de salud, se observa una profunda división entre quienes participan en el sector formal de la economía y quienes se encuentran en la informalidad, lo que incide directamente en el acceso a servicios médicos adecuados.

La concentración de la riqueza constituye otro elemento crítico: un porcentaje reducido de la población concentra una parte sustancial del patrimonio nacional, mientras que la mayoría de los hogares dispone de una fracción limitada de la riqueza neta.

Esta desigualdad estructural se reproduce en toda América Latina, donde la pobreza multidimensional afecta de manera desproporcionada a las zonas rurales, a determinados grupos etarios y a comunidades indígenas.

En este contexto, instrumentos internacionales como la Carta Social Europea, la Carta Iberoamericana de Derechos Sociales Fundamentales y las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales proporcionan directrices claras para la garantía de los derechos sociales. No obstante, su efectividad depende de la existencia de políticas públicas basadas en información confiable y en mecanismos institucionales adecuados.

En México, órganos como el INEGI y el CONEVAL cumplen un papel relevante en la generación de datos, pero la traducción de esa información en políticas eficaces sigue siendo limitada.

4. Contratación pública, organización administrativa y participación.

La contratación pública constituye un instrumento central para la garantía de los derechos humanos de carácter social. Sin embargo, en la práctica, este ámbito se encuentra frecuentemente capturado por intereses políticos, empresariales e incluso delictivos, lo que debilita su potencial inclusivo y genera graves problemas de corrupción. Desde esta perspectiva, la contratación pública debería ser concebida como un derecho humano, entendido como el derecho de acceso en condiciones de igualdad a la posibilidad de contratar con el Estado.

Regida por principios de igualdad, publicidad y transparencia, la contratación pública puede funcionar como un mecanismo de inclusión en los mercados laboral, profesional y económico, promoviendo el derecho al trabajo y la libertad de profesión. Su impacto se proyecta tanto a nivel local como a través de cadenas de suministro transnacionales, en las que las grandes empresas desempeñan un papel determinante.

El crecimiento urbano plantea desafíos adicionales. Millones de personas habitan hoy en zonas metropolitanas que demandan una enorme cantidad de servicios públicos y funciones estatales. Sin embargo, estos espacios han sido progresivamente mercantilizados, sustituyendo lugares de encuentro y socialización por centros de consumo, lo que incide negativamente en la cohesión social y en el ejercicio de los derechos sociales.

Frente a este escenario, resulta imprescindible reforzar el derecho humano a la participación, dotándolo de garantías efectivas que permitan a las personas incidir de manera real en la toma de decisiones públicas.

La participación debe entenderse como un *derecho transversal*, capaz de influir en la legislación, en la gestión administrativa y en las decisiones judiciales, superando las limitaciones derivadas de la fragmentación territorial y funcional de la vida cotidiana.

5. Nuevos desafíos: tecnología, justicia y rediseño institucional.

La utilización creciente de tecnologías, en particular de la inteligencia artificial, plantea interrogantes fundamentales para la protección de los derechos sociales. Si bien estas herramientas pueden contribuir a mejorar la eficiencia administrativa, su uso sin límites adecuados corre el riesgo de deshumanizar la toma de decisiones públicas. La inteligencia artificial no puede sustituir a la inteligencia humana en ámbitos que requieren empatía, ponderación y sensibilidad social.

Asimismo, el modelo actual de organización político-administrativa y judicial muestra signos evidentes de agotamiento.

Las administraciones públicas continúan operando bajo esquemas que responden más a intereses político-gerenciales que a la garantía efectiva de los derechos humanos. La profesionalización, concebida originalmente como un instrumento para asegurar la buena administración pública, ha derivado en muchos casos en una burocratización funcional a la lógica partidista.

En el ámbito jurisdiccional, resulta urgente repensar el diseño de los tribunales competentes en materia de derechos humanos.

La tutela judicial efectiva no puede seguir anclada en categorías tradicionales como el acto administrativo, sino que debe orientarse hacia el control integral de las decisiones públicas desde una perspectiva de derechos humanos. La revisión judicial debe centrarse en los efectos reales de las decisiones administrativas sobre la dignidad de las personas, tanto en su dimensión individual como colectiva.

En conclusión, la garantía efectiva de los derechos sociales y de los derechos de los trabajadores exige una revisión profunda de las categorías jurídicas, de las estructuras administrativas y de los mecanismos de participación y control. Solo colocando a la persona y a su dignidad en el centro del ordenamiento jurídico será posible enfrentar los desafíos actuales y construir un modelo de desarrollo verdaderamente inclusivo y sostenible.

LOS DERECHOS SOCIALES EN EL CONTEXTO DE LOS MERCADOS EN ARGENTINA

José Luis Said

SUMARIO: 1. Los mercados y los DESCs en la Constitución Argentina. - 2. Algunos datos sobre el estado de la cuestión social. - 3. Trabajo y seguridad social. - 4. La responsabilidad de la sociedad. - 5. Los excluidos de toda tutela. - 6. El papel que juega la jurisprudencia.

1. Los mercados y los DESCs en la Constitución Argentina.

La cuestión de los derechos sociales en el contexto de los mercados es un tema complejo, porque la dimensión de los mercados, la extensión subjetiva de los mercados (la cantidad de personas que participan en los mercados), no es igual a la dimensión subjetiva del pueblo de una Nación. En la población hay personas que no pueden participar de los mercados, porque para actuar en ellos se requiere tener dinero, personas que no pueden comprar allí aquellos productos, bienes y servicios que, al menos, tiene que garantizar las condiciones de la «vida digna».

El mercado, dice Peter Häberle¹, no es una formación natural sino una práctica cultural². Es otra de las herramientas con las cuales una comunidad pretende enmarcar el desarrollo de las actividades de intercambio que allí se producen. Señala Häberle que, dada su matriz cultural, los mercados deben sujetarse a los principios y normas de la Constitución.

El mercado, cada mercado, debe someterse a los mismos valores que se impone a otras instituciones que impactan en los intereses públicos en

¹ P. Häberle, *Siete tesis para una teoría constitucional del mercado*, en *ReDCE*, n° 5, Enero-Junio de 2006.

² Es lo que Husserl, Habermas, Wittgenstein llaman «*lebenswelt*», se refiere a las formas de vida o patrones culturales, lingüísticos y sociales que estructuran el mundo de la vida, que incluye las «*lebensformen*» como estructuras simbólicas que permiten la comunicación racional y la acción social.

una sociedad. Por ello, someter la garantía y efectividad de los derechos sociales a las reglas del mercado no debería permitir que la dignidad que la Constitución reconoce a los seres humanos se vea menguada. Ese es un límite para los mercados.

En Argentina, mi país, según mi visión (es posible que mis colegas tengan otras) el gobierno actual ha decidido abandonar el paradigma del estado social y constitucional de Derecho y regresar a la visión liberal de los mercados que durante el siglo XIX propugnó Alberdi para nuestra Nación y se mantuvo en los siglos XX y en el presente por ciertas escuelas de la Economía. La visión presidencial pone énfasis en la desregulación³, califica la justicia social como una aberración⁴, pretende aplicar políticas propias del «darwinismo social»⁵ para que, en definitiva, sean las «reglas del mercado» las que determinen quiénes sobrevivirán o vivirán con dignidad.

En Argentina la Constitución de la Nación al ser reformada en el año 1994 cambió el modelo de Estado liberal decimonónico por el Estado Social de Derecho mediante la incorporación, a través del Artículo 75 Inciso 22, de una serie significativa de tratados internacionales de derechos humanos que impone a las instituciones, tanto públicas como privadas, la centralidad axiológica de la dignidad del ser humano.

Y lo hizo con cierta astucia pues si bien en un nuevo artículo (el 42) incorporado por la Reforma la Constitución hace aparecer como categoría jurídica constitucional a «los mercados», en el Artículo 75 Inciso 23 de la Constitución toma a su cargo pensar en aquellos que no pueden concurrir a los mercados por sus condiciones personales (los niños, los jubila-

³ Examiné los límites constitucionales a las políticas, normas y medidas desregulatorias propuestas por el gobierno del presidente Javier Milei en: J.L. Said, *Las fronteras de la desregulación*, en *Anuario Internacional de Derecho Administrativo Económico y Regulación*, n° 3, año 2025, pp. 15 a 39.

⁴ Nota del diario *La Nación* del 21 de febrero de 2025, *Milei, en la sede del BID en Washington: 'La justicia social es una aberración'*.

⁵ J.P. Espínola, *Darwinismo social*, en *Enciclopedia Humanidades*, entrada del 24 de octubre de 2024.

dos o ancianos, las personas discapacitadas, las mujeres en situación de embarazo)⁶.

Entonces impone al Congreso de la Nación generar políticas positivas que permitan a todas las personas el ejercicio y goce de los derechos previstos en esta Constitución y en los Tratados de DDHH mencionados en el inciso 22; en particular toma en consideración a esos grupos especialmente vulnerables.

La decisión constitucional tiene un mensaje jurídico, político y social profundo: *el mercado no puede ser el único asignador de los bienes necesarios en la sociedad*. Hay lugar para el Estado, hay lugar para que las políticas públicas honren el cumplimiento de los tratados internacionales de Derechos Humanos que la Argentina suscribió e incorporó a su plexo jurídico, a partir del retorno a la Democracia (10 de diciembre de 1983) con la asunción del Presidente Raúl Ricardo Alfonsín, quien impulsó la incorporación de Argentina al sistema de la Convención Americana de Derechos Humanos⁷.

2. Algunos datos sobre el estado de la cuestión social.

Para hablar de los Derechos sociales en la Argentina es conveniente tener presente algunos resultados de las investigaciones que se realizan sobre los indicadores que permiten evaluar el estado de cosas; tomaré los que provienen de dos fuentes.

⁶ «Artículo 75.- 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia».

⁷ La Convención fue aprobada en Argentina por la Ley 23.054, sancionada el 1 de marzo de 1984 y ratificada el 5 de septiembre de 1984, reconociendo la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La reforma constitucional de 1994 le otorgó a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a otros nueve tratados de derechos humanos la jerarquía de *normas constitucionales*.

Una es un ente público, el *Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC)*⁸; y otra, privado, el *Observatorio de la Deuda Social de la Universidad Católica Argentina*⁹.

La primera información se refiere al carácter formal o informal del trabajo, dado su relación con las obligaciones de los empleadores en materia de derechos sociales de los trabajadores¹⁰.

El INDEC indica que el 49,3% de los puestos de trabajo de la economía son asalariados registrados –con mayor proporción entre las mujeres (51,0%) que entre los varones (47,9%)–. Los asalariados no registrados ascienden al 24,7% y los no asalariados al 27%¹¹.

Segmentada la población laboral en deciles, se puede observar que en el decil 1, el de menores ingresos, solo al 1,2% de ese primer 10% se le realizan aportes jubilatorios, en cambio el 8,8% no los recibe. En el otro extremo, el decil 10, el 9% de ese último 10% efectúa aportes a la previsión social, y solo el 1% no los efectúa¹².

En cuanto a la tasa de pobreza de la población, examinada sólo por ingresos, el ODSUCA señala que luego de las medidas de ajuste fiscal y recortes presupuestarios dispuestos por el presidente Javier Milei, «En el marco del plan de devaluación, liberación de precios y ajuste de gastos aplicado por el actual Gobierno, en el primer trimestre del año la pobreza creció interanualmente de 38,7% a 54,9%; al mismo tiempo que la indigencia pasó de 8,9% a 20,3%. Sin embargo, con la desaceleración inflacio-

⁸ Página oficial: www.indec.gob.ar.

⁹ Sitio web: <https://uca.edu.ar/es/observatorio-de-la-deuda-social-argentina>.

¹⁰ Con toda crudeza, el Papa Francisco expresó: «Solidaridad es una palabra que no cae bien siempre (...) es luchar contra las causas estructurales de la pobreza, la desigualdad, la falta de trabajo, la tierra y la vivienda, *la negación de los derechos sociales y laborales*» Discurso del Papa Francisco a los participantes en el Encuentro Mundial De Movimientos Populares del 28 de octubre de 2014.

¹¹ INDEC, *Informes técnicos*, Vol. 9, n° 206 y *Cuentas nacionales*, Vol. 9, n° 15, *Remuneración al trabajo asalariado, ingreso mixto e insumo de mano de obra, por sexo y tramos de edad* (año 2024, Resumen Ejecutivo, p. 3).

¹² INDEC, *Informes técnicos*, Vol. 9, n° 242, *Trabajo e ingresos*, Vol. 9, n° 9, *Evolución de la distribución del ingreso (EPH)* (Segundo trimestre de 2025), p. 12.

naria y lenta recuperación económica tuvo lugar un descenso significativo de estos índices; el cual parece haber continuado hasta ahora, aunque a un ritmo más lento»^{13 14}.

El Observatorio genera un índice de la pobreza, cuantificada no solo en términos de ingresos, sino también de otras variables: educación, salud, vivienda, recreación, seguridad alimentaria, entre otros. Según esos indicadores existe un 23% de pobres estructurales, un 17% de pobres multidimensionales, 23% de no pobres con privaciones no monetarias, lo que nos sitúa en un 63%. Luego se encuentran los pobres sin privaciones no monetarias y los no pobres sin privaciones.

Como puede observarse, una conclusión significativa sobre el empleo en la Argentina es que *el trabajo no suprime la pobreza*. Tener trabajo no siempre permite al ser humano superar la condición de 'pobre'.

Para resumir: cuatro (4) de cada diez (10) personas son pobres; y, entre ellos, también los son uno (1) de cada dos (2) niños (53,4%). Y al mismo tiempo, una (1) de cada diez (10) personas sufre de pobreza extrema (13,4%).

¹³ A. Salvia, Director del ODSUCA, en *La pobreza escondida*.

¹⁴ No obstante, los investigadores dudan de la real disminución de la pobreza por la mera variación del nivel de ingresos contrastados con los que se fijan para la línea de pobreza y de indigencia. Así se expresan: «Existen motivos para pensar que la aparente mejora en los niveles de pobreza por ingresos podría estar sobrestimada, ya que los aumentos en tarifas y servicios alteraron la proporción entre gastos fijos y variables, reduciendo la capacidad real de consumo de los hogares. La medición de la pobreza basada solo en ingresos no logra captar estos cambios en el consumo frente a variaciones bruscas de precios que modifican la estructura del gasto familiar», J. Vera, J.I. Bonfiglio, A. Giannecchini, y A. Salvia, *Ajuste libertario, crisis y estabilización: efectos sobre la dinámica de la pobreza y la desigualdad social*.

También se señala que «es importante diferenciar entre el fenómeno de la pobreza y el de su medición. En contextos de alta volatilidad, tanto por fuertes incrementos en los precios como ante la desaceleración inflacionaria, la medición de la pobreza por ingresos no logra captar adecuadamente esos cambios; mucho más si durante el proceso, tuvieron lugar alteraciones en la estructura de precios y en los instrumentos de medición de los ingresos. Un análisis más cuidadoso de la serie estadística oficial sugiere que, aunque la caída de la es real, su magnitud se encuentra sobrerrepresentada por la medición del *Comunicado: Un descenso sobrerrepresentado de la pobreza en la Argentina*», en la página web del Observatorio.

La *situación de la infancia* es la más grave.

En el primer trimestre de 2024 –luego de que el Presidente Milei dictara las medidas que produjeron el recorte de todas las prestaciones sociales– se llegó a niveles de pobreza e indigencia de niños y niñas y adolescentes hasta 17 años del 70%. Si bien en el curso del 2024 y primer semestre de 2025 se redujo, el 53% actual de menores pobres es una cifra sumamente alta, que ocasiona un grave problema adicional. Se sabe que la *inseguridad alimentaria* en los niños menores de 5 años les genera déficit en el desarrollo físico y cognitivo.

De tal forma, las políticas públicas que en aras del equilibrio fiscal no garantizan la satisfacción de las necesidades más acuciantes que padece la infancia, *causarán la discapacidad intelectual* y, probablemente, orgánica, de esos niños y niñas. Esa disminución de la capacidad intelectual va a afectar la posibilidad de lograr aprendizajes escolares satisfactorios y, en la juventud o madurez, acceder al mercado de trabajo en mejores situaciones. Con lo cual el círculo de la pobreza se renueva y refuerza.

3. Trabajo y seguridad social.

Señalé ya que el empleo registrado en Argentina es de alrededor del 40%. Se trata de los trabajadores que tienen acceso a los derechos sociales, a las diversas prestaciones de la seguridad social.

Otro grupo de trabajadores que también asciende al 40%, estimativamente, están en una relación de trabajo informal, no registrado. Se encuentran sometidos al riesgo permanente de ser despedidos y perder el sustento personal y familiar en muchos casos.

Eso no es todo. la relación informal tiene otras consecuencias terribles, porque quien no tiene un trabajo formal, quien no figura en la nómina laboral de alguna empresa o particular empleador, no tiene acceso al crédito bancario que le permita construir, mejorar o alquilar una vivienda; tampoco obtiene garantías para alquilar un lugar en donde vivir, o instalar su oficina o taller. Deben desplazarse a vivir hacinados en las zonas más desfavorecidas de las ciudades en las que la violencia, las actividades delictivas (venta de drogas, robos, etcétera) son más frecuentes.

Nuevamente, el trabajo en negro crea, fortalece y perpetúa condiciones de vida indignas para esas personas.

Y, por último, hay un 20% que son «los proscriptos de la región del bien», dolorosa metáfora con la que fueron llamados por Enrique Marí, filósofo del Derecho argentino. Son quienes solo sobreviven, y no tienen acceso a nada.

4. La responsabilidad de la sociedad.

Dado que esa profunda desigualdad no es un hecho natural ni el designio de una cruel divinidad, es necesario formular algunas preguntas e intentar responderlas.

¿Quiénes deberíamos comprometernos responsablemente a pensar y proponer la forma de dar vigencia y efectividad a los derechos sociales en una sociedad segmentada como la Argentina, con profundos niveles de injusticia?

Es claro que según los tratados de DDHH suscriptos por el Estado, es su responsabilidad intervenir para modificar tal estado de cosas.

Y desde ciertos espacios académicos y universitarios hay quienes vamos a combatir, vamos a escribir artículos para denunciar la anticonvencionalidad de las propuestas del anarcoliberalismo¹⁵ que pretende sacrificar la dignidad humana en el altar del control de la inflación.

Pero también se le debe exigir a los empresarios que se comprometan con la efectividad de los Derechos Sociales. El Alto Comisionado para los DDHH de las Naciones Unidas ha formulado un documento denominado *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar'*¹⁶, en el que se establece que la obligación y responsabilidad

¹⁵ Así se autodefine el presidente Javier Milei.

¹⁶ Documento elaborado por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. El

de las empresas de respetar los derechos humanos *se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos, que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales del trabajo.*

Entonces, tanto el Estado como los empresarios están obligados a proteger los Derechos sociales de lo trabajadores según la legislación internacional.

5. Los excluidos de toda tutela.

Para terminar, voy a agregar una categoría: los migrantes. Ellos están desprovistos de todo.

Vemos esas tristes caravanas de seres humanos que se movilizan desde el norte de Sudamérica para intentar entrar en el ‘paraíso’ que Donald Trump les veda¹⁷.

En ese viaje se someten a brutales procesos de violencia con la ilusión de poder no ya vivir sino sobrevivir, porque en sus países azotados por la desigualdad, la corrupción y la pobreza ya no tienen siquiera esa posibilidad. Migrantes que aquí en Europa también plantean a los Estados cuestiones de la mayor gravedad.

Representante Especial adjuntó los Principios Rectores a su informe final al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/17/31), que también incluye una introducción a dichos Principios y un resumen del proceso que llevó a su elaboración. El Consejo de Derechos Humanos hizo suyos los Principios Rectores en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011.

¹⁷ Según un informe del *Pew Reserch Center*, «En enero de 2025, 53,3 millones de inmigrantes vivían en Estados Unidos, la mayor cifra jamás registrada. Sin embargo, en los meses siguientes, fueron más los inmigrantes que abandonaron el país o fueron deportados que los que llegaron. Para junio, la población nacida en el extranjero del país se había reducido en más de un millón de personas, lo que marca su primera disminución desde la década de 1960».

Refiriéndose a esos seres humanos, Zygmunt Bauman¹⁸ reflexiona: «Desde hace poco hemos intensificado enormemente la producción de lo que llamo vida desperdiciada: seres humanos desechados, personas superfluas, porque otros muchos países se han implicado también en el proceso de modernización y, por otra parte, como el planeta está lleno, una industria moderna y complementaria de la industria del orden y del progreso económico produce población humana residual; pues esta tercera industria, complementaria de las otras dos, es la industria de la eliminación de los residuos humanos que experimenta una crisis más profunda, porque ya no queda en el planeta territorios vacíos en donde enterrar esos verdidos».

6. El papel que juega la jurisprudencia.

En Argentina, al ser un Estado federal, tenemos 23 provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Estado federal, cada uno con su propio Poder Judicial. En esta cuestión, creo que la jurisprudencia de las provincias, y particularmente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, fue de avanzada en la tutela de los derechos sociales.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires, creada con ese carácter por la Reforma de la Constitución de 1994, termina de conformar sus instituciones en los años 1998 y 1999, en diciembre de 1998 se constituye el Superior Tribunal de Justicia y un año más tarde el fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario, a cargo de esos asuntos. Ingresaron al Poder Judicial algunos jueces con una posición política muy marcada respecto a las obligaciones del Estado local en materia de Derechos sociales¹⁹. Esto

¹⁸ Autor citado: "*Archipiélago de excepciones*", Comentarios de Giorgio Agamben y debate final, editores; Katz y Centro de Cultura Contemporánea de Barcelona, España, 2006, pp. 117 y ss. También: Ahora se supone que los derechos sociales se han de ofrecer de forma selectiva. Deben ser concedidos si, y sólo si, quienes los otorgan deciden que su concesión será acorde a sus propios intereses, pero no por la fuerza de la condición humana de sus destinatarios. Y entre esos dos conjuntos de personas –el de quienes cumplen los requisitos de la segunda prueba (la de la condición humana) y el de quienes cumplen los de la primera (la de los intereses de quienes otorgan los derechos) no hay solapamiento alguno (Idem, p. 19).

¹⁹ El jefe de Gobierno en ese momento era Aníbal Ibarra, un político de centro izquierda.

determinó una posición muy confrontativa de algunos jueces contra el Poder Ejecutivo para que se hicieran efectivos los derechos sociales (salud, vivienda, educación, alimentación, urbanización de zonas marginadas, etc.).

No se ha dado esa misma apertura a una jurisprudencia con sentido social en muchas provincias, que siguen manejando paradigmas retrógrados en cuanto a la legitimación para peticionar, la exigibilidad de derechos y el alcance del control judicial.

El poder judicial federal, que solía ser muy cauteloso a la hora de imponerle deberes a la Administración, ha ido cambiando, se va actualizando a medida que se renuevan sus integrantes y acceden a judicatura abogados con otra formación; jueces que ya no aceptan que el Poder ejecutivo les diga: «*No tengo presupuesto para cumplir estas políticas*» para justificar las violaciones a los Derechos sociales.

Pero no es lineal, hay un movimiento siempre pendular: se avanza y se retrocede²⁰.

El problema es serio. En estos tiempos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas está tratando que los

²⁰ Un ejemplo de ello es lo que ha sucedido recientemente en la causa judicial más importante en materia de Derecho ambiental y sus implicancias sociales que se ha llevado adelante en Argentina, conocida como la causa *Mendoza*. En esta causa, iniciada en el año 2004 por vecinos de la Cuenca Matanza-Riachuelo, el reclamo apuntaba a la *recomposición del daño ambiental colectivo* causado por décadas de contaminación, involucrando al Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 44 empresas. En 2008, la Corte dictó una sentencia histórica que reconoció el carácter estructural del caso y aprobó el *Plan Integral de Saneamiento Ambiental (PISA)* con tres objetivos centrales: a) Mejorar la calidad de vida de los habitantes de la cuenca; b) Reconponer el ambiente (agua, aire, suelo); y c) prevenir futuros daños ambientales.

Durante más de una década, la Corte supervisó directamente el cumplimiento del fallo. El 22 de octubre de 2024, la Corte resolvió cesar su intervención, argumentando que se habían cumplido los objetivos del plan y que la supervisión judicial ya no era necesaria. Finalmente, el 14 de agosto de 2025, el máximo tribunal ratificó el cierre al rechazar un recurso de revisión, consolidando el fin de su supervisión sobre el saneamiento del Riachuelo. Aunque siguen en pie numerosos problemas sociales vinculados con la contaminación de ese curso de agua, la causa está definitivamente cerrada, con lo cual la tutela judicial que se brindaba por esa vía terminó.

estados vinculen el cumplimiento de sus deberes en materia de DDHH con la política fiscal y el derecho financiero que sostienen.

De acuerdo con esa mirada, en tanto la Convención DESC indica que los países deben aplicar los recursos hasta el máximo de los disponibles, el Comité ha comenzado a examinar la suficiencia de las fuentes de recaudación que la legislación del Estado dispone. Entonces, en el diálogo con las autoridades nacionales le plantea, por ejemplo, que no se graba tal o cual actividad, o que esa u otras actividades están grabadas con una tasa muy baja.

En suma, el Comité señala la posibilidad de incrementar recursos para dar mayor cobertura a los Derechos sociales. Pide a los Estados un esfuerzo tributario mayor.

DIRITTI SOCIALI E SOSTENIBILITÀ

*** * ***

DERECHOS SOCIALES Y SOSTENIBILIDAD

SOSTENIBILITÀ, DIRITTI SOCIALI (E DOVERI)

Fabrizio Fracchia

La sessione dedicata ai diritti sociali e alla sostenibilità offre uno spazio di riflessione su temi di grande attualità e profondità.

Quanto alla sostenibilità, la definizione più nota di sviluppo sostenibile si deve alla Commissione Brundtland, che nel 1987 lo descrisse come lo sviluppo che soddisfa i bisogni del presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri bisogni. Questo concetto, ripreso dalla Dichiarazione di Rio del 1992, sottolinea come la protezione ambientale debba essere parte integrante dei processi di sviluppo. L'Agenda 2030 delle Nazioni Unite, adottata nel 2015, ha ampliato ulteriormente la portata del principio, fissando 17 obiettivi di sviluppo sostenibile che spaziano dalla lotta alla povertà alla giustizia, dalla salute all'istruzione, dalla parità di genere alla tutela ambientale.

A livello europeo, il principio di sviluppo sostenibile è stato inserito nei Trattati (da Amsterdam a Lisbona), collegando la crescita economica, la coesione sociale e la tutela ambientale, e sancendo la solidarietà come valore fondante delle politiche dell'Unione.

In Italia, la recente riforma dell'art. 9 della *Costituzione* ha introdotto la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi «anche nell'interesse delle future generazioni», innestando nella trama costituzionale il paradigma della responsabilità intergenerazionale che innerva il principio dello sviluppo sostenibile. Già il *Codice dell'ambiente* (d.lgs. 152/2006), modificato nel 2008, peraltro, aveva codificato il principio, imponendo che ogni attività umana giuridicamente rilevante si conformi allo sviluppo sostenibile, e attribuendo alle amministrazioni pubbliche il compito di dare priorità agli interessi ambientali e culturali nelle scelte discrezionali. Pure molte Regioni italiane hanno inserito nei propri statuti riferimenti espliciti allo sviluppo sostenibile e ai doveri di solidarietà verso le generazioni future (Toscana, Molise, Emilia-Romagna, Basilicata, Calabria,

Umbria, Puglia, Marche, Lazio, Piemonte, Lombardia, Veneto e Abruzzo), confermando la pervasività e la centralità del principio.

La nuova formulazione dell'art. 9 Cost., in ogni caso, impone alla Repubblica e alle sue componenti, compreso il legislatore, un *vincolo costituzionale di tutela ambientale*, che funge da parametro per valutare la legittimità delle scelte pubbliche, valorizzando i canoni di solidarietà e doverosità.

Ciò detto, tornando al titolo della sessione e indulgiando anche sull'altro termine della coppia che esso evoca (i diritti sociali), è possibile osservare che il rapporto tra i due concetti è suscettibile di essere declinato in molteplici modi.

In primo luogo, il rispetto dei diritti sociali è una condizione per rendere sostenibile lo sviluppo. La loro promozione e la loro tutela fungono da strumenti e fattori di sostenibilità. Investire in salute, istruzione, inclusione, lavoro dignitoso, equità sociale, significa infatti rafforzare la resilienza della comunità, sostenere la coesione e l'innovazione, costruire capitale sociale e resilienza.

I diritti sociali diventano dunque leve strutturali per una società sostenibile, in quanto alimentano dinamiche virtuose che riducono disuguaglianze e fragilità. In sostanza, la sostenibilità si consolida grazie alla diffusione e all'attuazione effettiva dei diritti sociali.

Tuttavia, vale anche il reciproco: la sostenibilità contribuisce ad assicurare il pieno godimento dei diritti sociali. Intesa nella sua accezione più ampia (ambientale, sociale ed economica), essa rappresenta il *fondamento necessario* affinché diritti come salute, istruzione, lavoro, casa, parità di genere, giustizia sociale, possano essere effettivamente garantiti a tutti, oggi e nel futuro. Non può esistere un'autentica tutela dei diritti sociali senza politiche e modelli di sviluppo che non pregiudichino la possibilità, per le generazioni future, di accedere agli stessi beni e opportunità. In terzo luogo, il diritto sociale può atteggiarsi a strumento per verificare la sostenibilità delle politiche e delle scelte collettive e, in particolare, per valutare il successo o il fallimento di quelle politiche. La qualità, l'estensione e il tasso di tutela dei diritti sociali, cioè, costituiscono un termometro della reale portata del paradigma della sostenibilità.

Così strutturato, il rapporto tra sostenibilità e diritti sociali si configura come un sistema dinamico, dove ciascun elemento rafforza l'altro, dando vita a un modello di sviluppo orientato non solo alla crescita economica e alla tutela ambientale, ma soprattutto al progresso umano e alla responsabilità collettiva.

Infine, emerge anche un ulteriore motivo di indagine, la cui analisi consente di tornare circolarmente al punto di avvio della riflessione, quello relativo al concetto di sostenibilità: si tratta del tema delle situazioni giuridiche e dell'eshaustività/sufficienza del riferimento al concetto di diritto (pur sociale). La sostenibilità non è solo un diritto, ma anche e soprattutto un dovere che si impone come responsabilità intergenerazionale.

La recente giurisprudenza costituzionale (sent. n. 105/2024) ha confermato la correttezza di siffatta prospettiva, ribadendo che la tutela dell'ambiente si estende agli interessi delle future generazioni, sottolineando il dovere di quelle di preservare un patrimonio ambientale integro e diversificato

Guadagnata l'importanza di evocare doveri accanto a diritti, si può aggiungere che il principio dello sviluppo sostenibile esibisce una chiara *attitudine espansiva*.

La sostenibilità, cioè, si sta emancipando dal solo diritto ambientale, diventando un parametro applicabile a settori diversi, come la gestione dei conti pubblici, la tutela della diversità culturale, la parità di genere e l'inclusione sociale (che sono, non a caso, interessati dai SDGs dell'Agenda 2030). Si tratta degli stessi ambiti tematici in cui, significativamente, si collocano molteplici diritti sociali.

Si può dunque conclusivamente osservare che il paradigma dello sviluppo sostenibile, con le sue implicazioni di impegno e responsabilità, può essere applicato alle grandi questioni della modernità, dall'ambiente alla crisi economico-finanziaria, dalla gestione delle migrazioni alla lotta alle disuguaglianze, in cui, quali baluardi insostituibili della modernità, accanto alle libertà si ergono i diritti sociali.

DERECHOS SOCIALES Y SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL

Ximena Angélica Lazo Vitoria

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Instrumentos normativos y estrategias de sostenibilidad: integración progresiva de los derechos sociales. - 3. Jurisprudencia y reinterpretación de los derechos sociales en clave ambiental: un espacio de articulación entre medio ambiente y derechos sociales. - 4. Empresas, sostenibilidad y derechos sociales. - 5. Conclusiones.

1. Introducción.

La cuestión de fondo que atraviesa este trabajo –y que también orienta mi reflexión– puede formularse en los siguientes términos: ¿de qué manera la sostenibilidad ambiental incide en los derechos sociales? O, dicho de otro modo, cuando el ordenamiento jurídico introduce nuevos marcos normativos, principios y obligaciones en materia ambiental, ¿lo hace integrando los derechos sociales o, por el contrario, los sacrifica en nombre de objetivos ambientales formulados de manera abstracta o tecnocrática?

Esta pregunta no es meramente teórica. Por el contrario, refleja una tensión real que atraviesa las políticas públicas contemporáneas, las decisiones administrativas, la legislación y, cada vez con mayor intensidad, la jurisprudencia. La transición ecológica, la lucha contra el cambio climático y la protección del medio ambiente son hoy objetivos irrenunciables. Sin embargo, su implementación plantea interrogantes profundos sobre la distribución de cargas, la equidad social, la protección de los trabajadores y la cohesión territorial.

Para abordar esta problemática, estructuraré el presente trabajo en torno a tres ejes principales.

En primer lugar, realizaré una breve referencia a los instrumentos normativos y estratégicos que, tanto a nivel internacional como europeo y estatal, articulan sostenibilidad ambiental y derechos sociales. En segundo lugar, me detendré en el papel de la jurisprudencia, que ha contribuido de manera decisiva a reinterpretar los derechos fundamentales y sociales

a la luz de los desafíos ambientales. Finalmente, abordaré el rol de las empresas, cuya actuación resulta determinante en la concreción –o frustración– de los objetivos de sostenibilidad con justicia social.

2. Instrumentos normativos y estrategias de sostenibilidad: integración progresiva de los derechos sociales.

Un análisis panorámico de los principales instrumentos internacionales y europeos permite constatar que la sostenibilidad ambiental ha estado históricamente vinculada, de manera creciente, a los derechos fundamentales y a los derechos sociales. Ya en la Cumbre de Río de 1992¹, con la adopción de la Agenda 21, se reconoció el acceso a servicios esenciales –como el agua, la educación o la vivienda– como elementos indisolubles del desarrollo sostenible.

Esta tendencia se refuerza de manera significativa con la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible².

Numerosos objetivos y metas se corresponden sustancialmente con derechos sociales clásicos, tales como la salud, la educación, el trabajo docente o la reducción de las desigualdades. Ello pone de manifiesto que la sostenibilidad ambiental no puede entenderse de forma aislada, sino como una construcción que descansa necesariamente sobre la sostenibilidad social y económica. En este sentido, los derechos sociales evolucionan hacia una configuración más integral, ecológica y solidaria.

En el ámbito climático, tanto el Acuerdo de París³ como la denominada Ley Europea del Clima⁴ representan instrumentos clave al establecer objetivos cuantitativos de mitigación y adaptación. Ambos incorporan

¹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre *Medio Ambiente y Desarrollo*, Río de Janeiro, Brasil, 3 a 14 de junio de 1992.

Véase: <https://www.un.org/es/conferences/environment/rio1992>.

² Sobre la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, véase: <https://bit.ly/4pNvqIZ>.

³ Texto completo: <https://bit.ly/4jRzhTZ>.

⁴ Véase el Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n. 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»).

explícitamente un mandato de respeto a los derechos humanos, prestando especial atención a las comunidades vulnerables y a los trabajadores, e introduciendo el principio de transición justa como eje de las políticas climáticas. Lejos de desplazar los derechos sociales, estos instrumentos los reconocen y refuerzan como condición para la legitimidad y eficacia de la acción climática.

A nivel estatal, los instrumentos de planificación derivados del Acuerdo de París, como las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional⁵, y, en el ámbito europeo, los Planes Nacionales Integrados de Energía y Clima⁶, reflejan esta integración. En particular, dichos planes no se limitan a la reducción de emisiones, sino que incorporan objetivos de equidad social, cohesión territorial, lucha contra la pobreza energética, eficiencia energética en la vivienda y promoción de comunidades energéticas locales. A estos instrumentos se suman *las Estrategias de Transición Justa, las leyes estatales de cambio climático y los planes específicos para territorios especialmente afectados por el cierre de actividades intensivas en carbono* apoyados asimismo por instrumentos financieros europeos. En conjunto, este entramado normativo revela una voluntad clara –aunque no exenta de dificultades– de integrar sostenibilidad ambiental y derechos sociales en un mismo marco de referencia.

3. Jurisprudencia y reinterpretación de los derechos sociales en clave ambiental: un espacio de articulación entre medio ambiente y derechos sociales.

Un segundo ámbito fundamental para comprender la convergencia entre sostenibilidad ambiental y derechos sociales es el jurisprudencial. Así, en primer término, determinadas decisiones judiciales han contribuido a lo que la doctrina ha denominado el *greening de los derechos fundamentales*, esto es, un proceso interpretativo mediante el cual derechos clásicos

⁵ Véase: <https://goo.su/9xGe5>.

⁶ En España, el *Plan Nacional Integrado de Energía y Clima* (PNIEC) fue aprobado en 2021, para acceder a él consulte: <https://bit.ly/49JHqoF>.

Se ha hecho una actualización en 2023 mediante el Real Decreto 986/2024, de 24 de septiembre, por el que se aprueba la *actualización del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2023-2030*, disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2024-19278.

incorporan una dimensión ambiental como presupuesto necesario para su ejercicio efectivo⁷. Este fenómeno no supone el reconocimiento automático de un derecho autónomo al medio ambiente, sino la integración de la protección ambiental en el contenido material y en las obligaciones positivas derivadas de derechos ya consolidados, como el derecho a la vida, a la salud, a la vida privada, a condiciones de trabajo dignas o a un nivel de vida adecuado.

Casos emblemáticos como el de López Ostra contra España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸ ya habían puesto de relieve esta interconexión.

En tiempos más recientes se observa una intensificación de la citada interpretación jurisprudencial. Cabe destacar especialmente la jurisprudencia constitucional y supranacional que introduce una dimensión temporal e intergeneracional en la interpretación de los derechos fundamentales. En este sentido, determinadas decisiones judiciales han examinado la adecuación de la acción climática estatal no solo en relación con los derechos actuales, sino también respecto de su impacto futuro y de la distribución equitativa de las cargas entre generaciones. En efecto la consolidación de la justicia climática⁹ se manifiesta de manera paradigmática en la ju-

⁷ Véanse sobre esta temática los trabajos de L. Martín-Retortillo Baquer, *La defensa frente al ruido en el Tribunal Constitucional (Auto de 13 de octubre de 1987, en relación con la clausura de un bar en Sevilla)*, en *Revista de Administración Pública*, 115, 1988, p. 205 a 231; Id., *El ruido de los grandes aeropuertos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *VV. AA., Derecho del medio ambiente*, Madrid, 1995, p. 115 a 138; O. Bouazza Ariño, *Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *Revista de Administración pública*, 160, enero-abril 2003, p. 167 a 202; J.A. Carrillo Donaire, R. Galan Vioque, *¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado? (Comentario en torno al asunto López Ostra c. España, resuelto por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994)*, en *REDA*, 86, abril-junio 1995, p. 271 a 285 y J. Jordano Fraga, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, 1995. Con una perspectiva más general véase también G. Ruíz Rico, *El derecho constitucional al medio ambiente (dimensión jurisdiccional)*, Valencia, 2000.

⁸ Sobre ello véase Sentencia 16798/90 caso *López Ostra contra España*: <https://goo.su/f1541I>.

⁹ Véanse entre muchos otros, los trabajos incluidos en los siguientes trabajos colectivos: M.C. Gimeno Presa, *Conflictos medioambientales, eventos extremos y ordenamiento jurídico*, Vol. 1, Madrid, 2025; L. Aparicio Chofré, *Del desarrollo humano sostenible a la justicia climática*, Valencia, 2025.

risprudencia constitucional y suprema de algunos Estados europeos. En particular, las decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán y de la Corte Suprema de los Países Bajos constituyen hitos fundamentales en la articulación entre protección climática, derechos fundamentales y obligaciones estatales exigibles.

La decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 24 de marzo de 2021, relativa a la Ley Federal de Protección del Clima (*Klimaschutzgesetz*), se inscribe en el marco de varias quejas constitucionales dirigidas contra disposiciones que fijaban objetivos de reducción de emisiones hasta 2030, posponiendo la concreción normativa de los límites aplicables a los períodos posteriores. Los recurrentes sostenían que este diseño legislativo comprometía sus derechos fundamentales al trasladar cargas excesivas a etapas futuras.

El Tribunal articula su razonamiento sobre dos ejes principales. Por un lado, reafirma la existencia de un deber estatal de protección frente a los riesgos derivados del cambio climático, conectado con derechos fundamentales como la vida y la integridad física. Por otro, introduce de manera explícita una dimensión intertemporal de la protección de la libertad, al considerar que una regulación climática insuficiente en el presente puede generar un *efecto restrictivo anticipado* sobre los derechos fundamentales de las generaciones futuras. En este sentido, el Tribunal afirma que una normativa que permita un consumo elevado del presupuesto de emisiones antes de 2030 corre el riesgo de obligar, en el futuro, a adoptar medidas *más rápidamente y con mayor intensidad*, con consecuencias particularmente gravosas para el ejercicio de las libertades. De ahí que declare la inconstitucionalidad parcial de la ley «en la medida en que no protege suficientemente a las personas frente a futuras restricciones de sus derechos».

Resulta especialmente relevante la interpretación del artículo 20a de la Ley Fundamental, relativo a la protección de las bases naturales de la vida. El Tribunal precisa que dicho precepto no configura un derecho fundamental subjetivo directamente exigible, pero sí impone un deber constitucional jurídicamente controlable, cuyo «peso jurídico aumenta a medida que progresa el cambio climático». Esta afirmación permite integrar la protección climática en el parámetro de constitucionalidad, sin desdibujar la estructura clásica de los derechos fundamentales.

Como consecuencia, el Tribunal no anula los objetivos vigentes hasta 2030, pero impone al legislador la obligación de determinar con antelación suficiente, de forma periódica y transparente, los niveles de emisión posteriores, con el fin de evitar una distribución intergeneracional injusta de las cargas. Desde la perspectiva de la justicia climática, la sentencia constitucionaliza la exigencia de equidad temporal, al vincular la sostenibilidad ambiental con la protección efectiva de los derechos fundamentales a lo largo del tiempo.

Un enfoque complementario, aunque metodológicamente distinto, se encuentra en la *jurisprudencia neerlandesa* culminada con la sentencia de la Corte Suprema de los Países Bajos de 20 de diciembre de 2019 en el asunto *Urgenda Foundation v. State of the Netherlands*. El litigio se inicia con una demanda presentada por la Fundación Urgenda, en la que se alegaba que la política climática del Estado neerlandés era insuficiente para cumplir con sus obligaciones de protección frente a los riesgos del cambio climático. Tras una primera sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya en 2015 y su confirmación en apelación en 2018, la Corte Suprema valida definitivamente el mandato judicial que obliga al Estado a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero al menos en un 25% para finales de 2020, en comparación con los niveles de 1990.

El razonamiento de la Corte se apoya de manera central en los artículos 2 y 8 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, relativos al derecho a la vida y al respeto de la vida privada y familiar. A partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte afirma que estos preceptos imponen obligaciones positivas a los Estados para proteger a la población frente a riesgos graves, incluyendo los derivados del *cambio climático peligroso*.

La Corte subraya que corresponde a los tribunales nacionales «ofrecer protección jurídica, incluso frente al gobierno», cuando las políticas públicas resultan manifiestamente insuficientes para cumplir con dichas obligaciones. Al mismo tiempo, delimita cuidadosamente el alcance de la intervención judicial, precisando que la orden se limita al umbral mínimo del rango de reducción considerado necesario a nivel internacional y que corresponde al Estado determinar las medidas concretas para alcanzar dicho objetivo.

Desde la perspectiva de la justicia climática, el caso *Urgenda* resulta especialmente significativo por dos razones. En primer lugar, porque traduce la mitigación climática en una obligación jurídicamente exigible derivada de los derechos humanos. En segundo lugar, porque ofrece un modelo de justiciabilidad prudente, que fija estándares mínimos de protección sin sustituir al legislador ni al ejecutivo en la elección de los instrumentos de política climática.

Las sentencias alemana y neerlandesa muestran dos vías complementarias de judicialización de la acción climática.

Mientras el Tribunal Constitucional Federal alemán pone el acento en la distribución intergeneracional de las cargas y en la protección futura de las libertades, la Corte Suprema de los Países Bajos se centra en las obligaciones positivas actuales derivadas de los derechos humanos. En ambos casos, la justicia climática emerge como un criterio jurídico que integra protección ambiental, derechos fundamentales y equidad social, confirmando que la sostenibilidad no puede concebirse al margen de la tutela efectiva de los derechos.

De manera convergente, la jurisprudencia supranacional en materia de derechos humanos ha comenzado a reconocer que la inacción o insuficiencia de la acción climática estatal puede incidir negativamente en el goce efectivo de los derechos protegidos, especialmente respecto de colectivos vulnerables y de personas expuestas a riesgos climáticos crecientes. Esta línea interpretativa refuerza la idea de que la sostenibilidad ambiental constituye un presupuesto material para la efectividad de los derechos, y que su garantía requiere integrar explícitamente una perspectiva intergeneracional en el control jurídico de las políticas públicas.

En conjunto, esta intensificación jurisprudencial revela un desplazamiento desde una concepción estática de los derechos fundamentales hacia un enfoque dinámico, en el que la justicia intergeneracional se consolida como criterio relevante para evaluar la legitimidad constitucional y convencional de la acción climática del Estado, articulando de manera estrecha protección ambiental, derechos fundamentales y equidad social.

Asimismo, la jurisprudencia europea en materia de derechos humanos ha reconocido que la inacción climática puede constituir una vulneración de derechos, consolidando un vínculo directo entre protección ambiental y derechos humanos, con una clara proyección social.

En este contexto, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de abril de 2024, dictada en el asunto *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otros c. Suiza*, representa un punto de inflexión relevante en la evolución del Convenio Europeo de Derechos Humanos frente a los desafíos derivados del cambio climático.

En esta decisión, el Tribunal parte de la premisa de que los efectos del cambio climático pueden incidir de manera directa y grave en el disfrute efectivo de los derechos protegidos por el Convenio, en particular cuando los Estados no adoptan medidas suficientes y coherentes para mitigar dichos riesgos. La Corte reconoce expresamente que la insuficiencia de la acción climática estatal, entendida como una falta de adecuación entre los objetivos climáticos asumidos y las medidas efectivamente implementadas, puede comprometer el contenido sustantivo de los derechos garantizados, aun cuando los daños no se hayan materializado plenamente en el momento del enjuiciamiento.

Un elemento central del razonamiento del Tribunal es la atención específica a la vulnerabilidad diferenciada de determinados colectivos frente a los impactos del cambio climático. En el caso concreto, el Tribunal subraya que las personas de edad avanzada, y en particular las mujeres mayores, pueden verse expuestas de manera desproporcionada a los efectos de fenómenos climáticos extremos, como las olas de calor, lo que refuerza la obligación estatal de adoptar medidas de protección reforzadas.

Desde el punto de vista jurídico, la sentencia no reconoce un derecho autónomo a un medio ambiente sano, pero sí afirma que la protección ambiental constituye un presupuesto material indispensable para el goce efectivo de los derechos humanos. En consecuencia, el control del Tribunal se extiende a la coherencia, suficiencia y diligencia de las políticas climáticas estatales, evaluando si el marco normativo y las actuaciones públicas ofrecen una respuesta razonable y efectiva frente a los riesgos climáticos conocidos.

De este modo, la decisión en *KlimaSeniorinnen* consolida una línea jurisprudencial en la que la protección del medio ambiente se integra de forma estructural en el sistema del Convenio, no como un objetivo programático, sino como un elemento relevante para determinar el cumplimiento de las obligaciones positivas de los Estados, especialmente en relación con los colectivos más vulnerables.

Paralelamente, algunas *decisiones de tribunales nacionales* han puesto de relieve las tensiones existentes entre determinadas medidas ambientales –como las restricciones derivadas de las zonas de bajas emisiones¹⁰– y la protección de los colectivos más vulnerables, subrayando la necesidad de ponderaciones adecuadas y de políticas ambientalmente ambiciosas, pero socialmente justas.

En el ámbito *latinoamericano*, la evolución jurisprudencial de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* apunta en la misma dirección, con un creciente énfasis en las obligaciones estatales derivadas de la emergencia climática y en la posible responsabilidad por su incumplimiento, lo que confirma el carácter global de esta reconfiguración interpretativa.

4. Empresas, sostenibilidad y derechos sociales.

El tercer eje de análisis se refiere al papel de las empresas en la articulación entre sostenibilidad ambiental y derechos sociales. El ordenamiento jurídico contemporáneo ha dejado de considerar a las empresas como actores externos a esta problemática, incorporándolas de manera explícita en estrategias normativas de sostenibilidad y situándolas como sujetos obligados en la consecución de objetivos ambientales, sin desvincularlos de estándares de conducta responsable y de respeto de derechos¹¹.

¹⁰ En relación con la regulación de las *Zonas de Bajas emisiones (ZBE)* de Madrid, véase las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, de 27 de julio de 2020 (recursos acumulados). Para las ZBE de Barcelona véanse las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5ª, 21 de marzo de 2022 (recursos acumulados).

¹¹ Sobre el *giro* regulatorio desde enfoques voluntarios hacia deberes jurídicos en sostenibilidad corporativa, véase, entre otros, B. Sjøfjell, *Conceptualising Corporate Sustainability Law*, en *Journal of Corporate Law Studies*, 2025.

Un ejemplo relevante es el Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020, *relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles (Reglamento de taxonomía)*. Este instrumento establece un sistema de clasificación de actividades económicas en función de su contribución sustancial a seis objetivos ambientales, y condiciona la calificación de una actividad como ambientalmente sostenible al respeto del principio de *no causar un perjuicio significativo* (o *do no significant harm*, DNSH), así como al cumplimiento de garantías sociales mínimas (*minimum safeguards*) como requisito normativo de alineamiento.

En particular, el Reglamento vincula dichas garantías con estándares internacionales de conducta empresarial responsable –incluidas las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, incorporando asimismo referencias a principios y derechos laborales fundamentales.

A ello se añade la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, *relativa a la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, que modifica la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859*. Esta Directiva impone a las empresas comprendidas en su ámbito de aplicación, distintas reglas para integrar la diligencia debida en materia de sostenibilidad, orientadas a identificar y abordar impactos adversos sobre derechos humanos y medio ambiente vinculados a sus operaciones, filiales y cadena de valor. Aunque su despliegue aplicativo y su concreta estabilización regulatoria se encuentran sometidos a seguimiento institucional y debate político, su adopción expresa una orientación clara hacia la juridificación de la corresponsabilidad empresarial en la consecución de objetivos ambientales y sociales.

5. Conclusiones.

Del análisis realizado se desprende que existe una relación estructural y creciente entre la protección del medio ambiente y la garantía de los derechos sociales. Lejos de tratarse de esferas contrapuestas, el ordenamiento jurídico –con avances desiguales y no exentos de tensiones– tiende a integrarlas bajo el principio de sostenibilidad, entendido como un equilibrio entre dimensiones ambientales, sociales y económicas.

Esta evolución se manifiesta en los instrumentos normativos, en la planificación estatal, en la jurisprudencia y en la regulación de la actividad empresarial. En conjunto, estos elementos apuntan hacia un modelo de equidad intergeneracional en el que la acción climática solo resulta legítima y eficaz si incorpora de manera efectiva la protección de los derechos sociales y de los colectivos más vulnerables.

Sin embargo, el desafío sigue siendo enorme. La transición ecológica solo será legítima y duradera si se construye sobre la base de la justicia social, la protección de los trabajadores y la inclusión de los colectivos más vulnerables. En este sentido, el Derecho tiene un papel insustituible: no solo como técnica de regulación, sino como herramienta para garantizar que la sostenibilidad no se convierta en un nuevo factor de exclusión, sino en una oportunidad para reforzar el Estado social y democrático de Derecho en el siglo XXI.

La protección de los derechos sociales frente a los nuevos desafíos (que en ocasiones parecen un mal sueño), puede parecer relegada a un segundo plano. En este punto cabe hacer un símil con el cuadro de Francisco de Goya *El sueño de la razón produce monstruos*. No creo que nos hayamos despertado y tengamos que enfrentar monstruos. Ni tampoco creo que esté cambiando el paradigma. Lo que creo es que estamos reajustando la marcha porque han cambiado las circunstancias.

Por ejemplo, con el COVID-19 se evidenció que deberíamos tener una cierta disponibilidad de productos, suministros y medicamentos, aun cuando eso suponga un mayor coste (recuérdese que la producción europea ha sido progresivamente deslocalizada en terceros países) Con la guerra de Rusia, nos cortaron prácticamente la energía, eso nos ha hecho pensar que igual vale la pena buscar fuentes alternativas o ir a un sistema de autoconsumo. Entonces, ¿hay un estándar europeo? Yo creo que sí. Yo creo que el diseño general se mantiene con grandes reajustes. Pero el núcleo del discurso y de la razón de ser, creo que sigue ahí.

DERECHOS SOCIALES, SOSTENIBILIDAD Y PAPEL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA TRANSICIÓN JUSTA

Jennifer Sánchez González

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Derechos sociales y crisis ecológica. - 3. La superación de la compartimentación entre lo social y lo ambiental. - 4. Interdependencia entre sostenibilidad y derechos sociales: sinergias y co-beneficios. - 5. Tensiones entre sostenibilidad ambiental y justicia social. - 6. El papel del Derecho Administrativo en la articulación de una transición justa. - 7. Conclusiones.

1. Introducción.

El siglo XXI se encuentra marcado por una crisis planetaria de impactos de gran alcance: el cambio climático. Sus efectos, cada vez más palpables y devastadores, trascienden el ámbito estrictamente ambiental para impactar de manera directa e indirecta en el disfrute efectivo de los derechos humanos.

La intensificación de fenómenos meteorológicos extremos, la escasez creciente de recursos naturales o el desplazamiento forzoso de comunidades enteras constituyen ejemplos de cómo el cambio climático se erige como un obstáculo para la realización de los derechos fundamentales a nivel global.

Este vínculo entre cambio climático y derechos humanos ha sido ampliamente reconocido tanto por la doctrina científica como por organismos internacionales. El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado expresamente que el cambio climático afecta al goce efectivo de una amplia gama de derechos humanos, incluidos el derecho a la vida, a la salud, al agua y a una alimentación adecuada¹.

¹ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Resolución 48/13: *Derechos humanos y cambio climático*, 8 de octubre de 2021.

Asimismo, el Panel Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC) ha advertido que los riesgos climáticos –desde el aumento del nivel del mar hasta la mayor frecuencia e intensidad de fenómenos extremos– incrementan las desigualdades sociales y afectan de forma desproporcionada a las poblaciones más vulnerables².

En consecuencia, abordar el cambio climático únicamente como un desafío ambiental resulta insuficiente: plantea, ante todo, un problema jurídico de garantías vinculadas a los derechos fundamentales.

Por ello, el presente trabajo tiene como finalidad analizar esta conexión esencial: la existente entre la garantía efectiva de los derechos humanos y la lucha contra el cambio climático. Esta relación, lejos de ser meramente retórica, constituye uno de los grandes desafíos jurídicos, políticos y sociales de nuestro tiempo.

2. Derechos sociales y crisis ecológica.

Vivimos en una época marcada por profundas encrucijadas. Por un lado, persisten graves desigualdades sociales que ponen en cuestión la plena vigencia de los derechos humanos, reconocidos tanto en textos constitucionales como en instrumentos internacionales de derechos humanos. Dichos derechos continúan siendo pilares irrenunciables de la dignidad humana y de la cohesión social.

Por otro lado, la crisis ecológica actual nos enfrenta con los límites biofísicos del planeta y con la urgente necesidad de transitar hacia modelos de desarrollo verdaderamente sostenibles.

Tal como subraya la Asamblea General de Naciones Unidas, la sostenibilidad no puede entenderse únicamente como un objetivo ambiental, sino

² Con toda crudeza, el Papa Francisco expresó: «Solidaridad es una palabra que no cae bien siempre (...) es luchar contra las causas estructurales de la pobreza, la desigualdad, la falta de trabajo, la tierra y la vivienda, *la negación de los derechos sociales y laborales*», Discurso del Papa Francisco a los participantes en el Encuentro Mundial De Movimientos Populares del 28 de octubre de 2014.

como una condición indispensable para la efectividad de los derechos humanos y para el bienestar de las generaciones presentes y futuras³.

En este contexto, la lucha contra el cambio climático debe situarse en el centro de la agenda jurídica y política, integrándose con la garantía de los derechos fundamentales como dos dimensiones interdependientes de un mismo proyecto.

3. La superación de la compartimentación entre lo social y lo ambiental.

Tradicionalmente, el Derecho Administrativo ha tendido a abordar de manera separada la *dimensión social* y la *dimensión ambiental*, cada una con sus propias lógicas, instrumentos y políticas públicas. Sin embargo, esta compartimentación resulta hoy insostenible. La crisis climática y las desigualdades sociales no constituyen esferas autónomas, sino que se hallan profundamente entrelazadas. La construcción de un marco jurídico contemporáneo exige, por tanto, superar esa separación y avanzar hacia un enfoque integral que reconozca su interdependencia.

Ejemplos de esta interconexión abundan en la realidad actual. En primer lugar, la contaminación atmosférica afecta de manera desproporcionada a determinados colectivos vulnerables, como niños, ancianos y personas con bajos ingresos que habitan en entornos degradados.

La Organización Mundial de la Salud ha subrayado que la polución del aire constituye uno de los principales factores de riesgo para la salud humana, especialmente en contextos de pobreza y exclusión social⁴.

Asimismo, el cambio climático produce impactos específicos y devastadores en la vida cotidiana: olas de calor extremo, inundaciones o sequías que inciden con mayor severidad en quienes residen en viviendas precarias o carecen de un acceso adecuado a una alimentación equilibrada. Ta-

³ Asamblea General de Naciones Unidas, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Resolución A/RES/70/1, 25 de septiembre de 2015.

⁴ Organización Mundial de la Salud (OMS), *Air pollution*, 2023.

les fenómenos generan daños materiales y socavan derechos tan básicos como la salud o la seguridad alimentaria.

Por último, el fenómeno de la pobreza energética constituye un ejemplo significativo de la intersección entre derechos humanos y políticas ambientales. La imposibilidad de acceder a servicios energéticos limpios y asequibles limita el ejercicio efectivo del derecho a una vivienda digna y del derecho a la salud. Al mismo tiempo, la transición hacia energías renovables debe diseñarse de manera justa para evitar que los costes recaigan desproporcionadamente sobre los sectores más vulnerables.

4. Interdependencia entre sostenibilidad y derechos sociales: sinergias y co-beneficios.

No debemos tratar la sostenibilidad y los derechos sociales como dos líneas paralelas y desconectadas, sino que debemos comprender su profunda interdependencia. Un concepto útil para ilustrar esta convergencia es el de co-beneficios, entendido como los impactos positivos que resultan de la implementación de políticas ambientales que, de manera simultánea, generan ventajas sociales y económicas.

Así, los programas de rehabilitación energética de edificios constituyen un buen ejemplo. No solo contribuyen a la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, también mejoran el confort térmico, reducen la factura energética de los hogares más vulnerables y generan empleo en el ámbito local. La Comisión Europea ha destacado esta dimensión en el marco de su iniciativa *Renovation Wave*, subrayando su potencial para abordar de forma conjunta la transición climática y la lucha contra la pobreza energética⁵.

Otro caso ilustrativo lo encontramos en la promoción de la agricultura ecológica y de proximidad. Estas prácticas reducen la huella ecológica del sistema alimentario, refuerzan la calidad alimentaria, promueven la salud pública y fortalecen las economías locales. De este modo, el

⁵ Comisión Europea, *Oleada de renovación para Europa: ecologizar nuestros edificios, crear empleo y mejorar vidas*, COM (2020) 662 final, Bruselas, 2020.

fomento de la agroecología se inscribe en la lógica de un desarrollo sostenible que integra simultáneamente objetivos sociales, económicos y ambientales.

5. Tensiones entre sostenibilidad ambiental y justicia social.

Junto a las sinergias, es fundamental reconocer la existencia de tensiones reales entre los objetivos ambientales y los sociales. Negarlas supondría una visión parcial e incompleta; por el contrario, identificarlas resulta esencial para poder gestionarlas con criterios de justicia.

Un ejemplo ilustrativo lo constituyen determinados proyectos de energías renovables que generan rechazo local por su impacto en el paisaje o por las alteraciones que ocasionan sobre actividades económicas tradicionales.

Este fenómeno ha sido descrito en la literatura como el efecto NIMBY (*Not In My Back Yard*), es decir, la oposición de una comunidad a proyectos percibidos como perjudiciales en su entorno inmediato, aunque puedan apoyar su necesidad en términos generales. Este tipo de conflictos evidencia cómo la sostenibilidad ambiental, si no se gestiona de manera participativa e inclusiva, puede entrar en colisión con realidades sociales, culturales o económicas locales.

Otro ámbito donde surgen tensiones lo constituyen las medidas fiscales ambientales, como los impuestos al carbono o las restricciones al uso del vehículo privado. Aunque estas políticas son herramientas reconocidas para reducir emisiones y modificar patrones de consumo, pueden generar efectos regresivos al impactar en mayor medida sobre los hogares con menos recursos, salvo que se acompañen de mecanismos compensatorios adecuados.

Incluso la protección estricta de espacios naturales puede suscitar conflictos con comunidades locales que dependen de dichos territorios para su subsistencia, ya sea a través de la agricultura, la ganadería extensiva o el aprovechamiento forestal. La Comisión Europea ha advertido de la importancia de integrar la participación de las comunidades afectadas en la gestión de áreas protegidas, precisamente para evitar que las políticas de conservación generen tensiones sociales innecesarias.

6. El papel del Derecho Administrativo en la articulación de una transición justa.

En este contexto de sinergias y tensiones, el Derecho Administrativo está llamado a desempeñar un papel esencial. Su función ya no puede limitarse a la regulación sectorial aislada, sino que debe erigirse en un verdadero instrumento de articulación, capaz de poner en marcha los mecanismos necesarios para garantizar una transición justa.

La noción de *transición justa* remite a la necesidad de una transformación hacia una economía descarbonizada, resiliente y equitativa, que no deje a nadie atrás. En otras palabras, no se trata únicamente de avanzar hacia un nuevo modelo económico y productivo, sino de cómo se lleva a cabo ese proceso y con qué garantías para los derechos sociales y laborales.

Desde esta perspectiva, resulta imprescindible una visión integrada que supere la lógica de la competencia entre objetivos sociales y ambientales. Derechos sociales y sostenibilidad no deben concebirse como esferas en conflicto, sino como dimensiones que se refuerzan recíprocamente. En este sentido, el Derecho Administrativo puede y debe actuar como el marco de gobernanza que permita armonizar ambos objetivos, garantizando que las políticas de mitigación y adaptación al cambio climático se diseñen e implementen de forma inclusiva y con criterios de equidad intergeneracional e intrageneracional.⁶

El Derecho Administrativo dispone de un *amplio conjunto de instrumentos* que pueden –y deben– ser reorientados o reforzados con el fin de abordar de manera integrada la doble dimensión social y ambiental. Entre ellos, cabe destacar cuatro grandes ámbitos de actuación: la planificación, el fomento y la contratación pública, la actividad de policía y la gestión de los servicios públicos.

La planificación. La planificación, en sus distintas modalidades –territorial, sectorial o estratégica–, constituye una herramienta esencial para anticipar, coordinar y guiar la acción pública. La planificación es uno de

⁶ OIT, *Directrices para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos*, Organización Internacional del Trabajo, 2015.

los instrumentos que mejor permite articular la coherencia entre políticas públicas, ofreciendo un marco de racionalidad y previsibilidad frente a los riesgos de fragmentación normativa y de acción administrativa.

En el ámbito de la ordenación del territorio y el urbanismo, los planes deben ir más allá de la simple zonificación y convertirse en verdaderas estrategias de sostenibilidad. Esto implica integrar de forma activa criterios de eficiencia energética, movilidad sostenible o infraestructura verde, al tiempo que se incluyen dimensiones de equidad social como la garantía de vivienda asequible o la prevención de la segregación socioespacial.

Por su parte, en la planificación sectorial –energética, del agua o de residuos– resulta fundamental incorporar evaluaciones de impacto social y prever medidas de acompañamiento. La transición ecológica, en efecto, puede implicar la transformación o incluso el cierre de sectores productivos tradicionales, lo que exige diseñar procesos de reconversión laboral y garantizar la asequibilidad de los servicios básicos. Solo así la planificación se convierte en un instrumento al servicio de una transición justa, evitando que los costes de la transformación recaigan de manera desproporcionada en los sectores más vulnerables.

La actividad de fomento y la contratación pública estratégica. Una segunda gran línea de intervención la constituye la actividad de fomento. En este campo, las subvenciones y ayudas públicas no deben ser neutras, sino que han de estar orientadas a objetivos de sostenibilidad y equidad. Así, por ejemplo, los programas de rehabilitación energética de edificios pueden diseñarse incluyendo condiciones sociales, como la prioridad para hogares vulnerables o la introducción de criterios de renta. De este modo, se generan beneficios ambientales (reducción de emisiones y mejora de la eficiencia energética) al mismo tiempo que se refuerza la cohesión social.

En este contexto, la contratación pública estratégica adquiere un papel central. La *Ley de Contratos del Sector Público*⁷, no solo permite la inclusión de cláusulas sociales y ambientales, sino que establece en su artículo 1.3

⁷ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

que dichos criterios deben ser considerados de manera transversal y preceptiva, siempre que guarden relación con el objeto del contrato.

La finalidad es doble: por un lado, garantizar una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, y por otro, asegurar una utilización más eficiente de los fondos públicos⁸. Además, la norma dispone que debe facilitarse el acceso a la contratación a pequeñas y medianas empresas, así como a empresas de economía social.

No obstante, el verdadero reto no reside tanto en el plano normativo como en su aplicación efectiva. No basta con la mera incorporación simbólica de cláusulas sociales o ambientales: se requiere un uso ambicioso y sustantivo de estas herramientas. Ello implica, por ejemplo, la exigencia de estándares ecológicos (como las etiquetas medioambientales), la promoción de la inserción laboral de colectivos vulnerables, la valoración de la huella de carbono de los productos y servicios contratados o el fomento de cadenas de suministro éticas y sostenibles.

La actividad de policía administrativa y la autorización. El tercer ámbito de intervención lo constituye la actividad de policía y autorización de la Administración. En este terreno, cabe destacar tres instrumentos de especial relevancia: la evaluación de impacto ambiental, la participación pública y las autorizaciones y licencias.

⁸ Sobre contratación pública estratégica puede verse, entre otros, J.M. Gimeno Ferliú, *La visión estratégica en la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad*, en *Economía industrial*, N° 415, 2020 (Ejemplar dedicado a: Contratación Pública), pp. 89-97; Id., *Principales novedades de la nueva Ley de contratos del Sector Público 9/2017*, en *Diálogos jurídicos: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, N°4, 2019, pp. 87-120; J.J. Pernas García, *La utilización de la huella de carbono en la preparación de contratos públicos: Posibilidades y límites de un proceso en construcción*, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N°6161, 2024, pp. 60-106; Id., *El «Tsunami» regulatorio derivado de las políticas económicas de transición ecológica: hacia un derecho sustantivo de la contratación para la «sostenibilidad» y la «resiliencia» en la UE*, en *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, septiembre, 2023; Id., *La incorporación de «criterios transversales» ambientales en los procedimientos de preparación contractual para la ejecución para el Plan de recuperación, transformación y resiliencia*, en *Actualidad Jurídica Ambiental*, N° 123, 2022, pp. 7-27; X.A. Lazo Vitoria, *El desafío regulatorio de la contratación pública ecológica en el marco del «Europa choice» y en un contexto internacional cambiante*, en *Actualidad Jurídica Ambiental*, N° 155 (Especial), 2025, pp. 9-33.

En primer lugar, la evaluación de impacto ambiental (EIA) se configura como un instrumento clave del Derecho ambiental preventivo. No se limita a valorar los efectos ecológicos de un proyecto, sino que, conforme a la Directiva 2011/92/UE –modificada por la Directiva 2014/52/UE–, obliga a considerar también los impactos sobre la población, la salud humana, los bienes materiales y el patrimonio cultural⁹.

Ahora bien, resulta necesario avanzar hacia una visión más amplia que incorpore de forma sistemática el análisis de los impactos sociales distributivos, esto es, identificar quiénes se benefician y quiénes resultan perjudicados por un determinado proyecto, así como establecer mecanismos que permitan equilibrar tales efectos.

En segundo lugar, la participación pública constituye un pilar esencial del Derecho ambiental contemporáneo, tal como recoge el Convenio de Aarhus de 1998. La participación no debe reducirse a un mero cumplimiento formal de trámites, sino garantizar que las personas afectadas dispongan de una capacidad real de incidencia en la toma de decisiones. La participación pública, además de fortalecer la legitimidad democrática de las decisiones administrativas, contribuye a mejorar la calidad técnica y social de las mismas.

Por último, las autorizaciones y licencias deben evolucionar hacia un marco más exigente en materia social y ambiental. No basta con verificar el cumplimiento mínimo de la normativa sectorial; es preciso incorporar principios generales como el de precaución, el de prevención y el de desarrollo sostenible como criterios orientadores en el otorgamiento de autorizaciones. Esta orientación refuerza la capacidad del Derecho Administrativo para articular una transición ecológica justa y sostenible.

La gestión de los servicios públicos. La cuarta y última línea de intervención está constituida por la gestión de los servicios públicos, ámbito en el que se juega buena parte de la legitimidad del Estado social, pero también de su capacidad para impulsar la transición hacia la sostenibilidad.

⁹ Art. 3. Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, *relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente*, modificada por la Directiva 2014/52.

En lo que respecta a los servicios esenciales –como el agua, la energía o el transporte–, el reto fundamental consiste en garantizar el acceso universal y asequible, sin renunciar a la eficiencia ni a los objetivos de sostenibilidad. Ello exige revisar los sistemas tarifarios, introduciendo modalidades como las tarifas sociales o las tarifas progresivas por bloques de consumo, con el fin de proteger a los sectores más vulnerables.

Asimismo, resulta prioritario fomentar el autoconsumo energético, en línea con la normativa europea sobre energías renovables, y diseñar redes de transporte público accesibles, eficientes y de bajas emisiones.

Por otra parte, los servicios sociales y sanitarios deben incorporar de forma explícita la dimensión ambiental. Los denominados determinantes sociales de la salud incluyen factores cada vez más vinculados al medio ambiente, tales como la calidad del aire, la exposición a episodios de calor extremo o la contaminación del agua. La Organización Mundial de la Salud ha subrayado que el cambio climático constituye ya la mayor amenaza para la salud global en el siglo XXI.

De ahí la necesidad de integrar en estos servicios enfoques preventivos y de adaptación que protejan especialmente a las personas y colectivos más vulnerables frente a los riesgos derivados del cambio climático y del deterioro ambiental.

7. Conclusiones.

El contexto actual obliga a abandonar aproximaciones fragmentadas. La protección social y la sostenibilidad son dimensiones interconectadas de una misma política pública.

En este escenario, el Derecho Administrativo, como rama encargada de regular la acción de los poderes públicos, posee una responsabilidad ineludible y, al mismo tiempo, una oportunidad única: la de convertirse en un instrumento jurídico clave para garantizar una transición justa. Ahora bien, ello exige profundas adaptaciones en los principios, las técnicas y los instrumentos de la acción administrativa. Ya no resulta posible operar con lógicas sectoriales o simplificadas que ignoren la interdependencia entre lo social y lo ambiental.

El marco normativo comienza a reflejar esta necesidad de integración, particularmente con la incorporación del principio de transición justa en el Acuerdo de París y en documentos de la Unión Europea.

Sin embargo, el gran reto radica en superar los reconocimientos formales y avanzar hacia una práctica administrativa y una cultura jurídica genuinamente integradoras.

En definitiva, el desafío es evolucionar desde el Estado social y democrático de Derecho, reconocido en la Constitución Española (art. 1.1 CE), hacia un verdadero Estado social y ecológico de Derecho, expresión que la doctrina ambientalista española utiliza para subrayar la necesidad de integrar de forma plena la dimensión ecológica en el núcleo del constitucionalismo contemporáneo.

Se trata, en suma, de construir un Estado cuya Administración no se limite a gestionar el presente, sino que sea capaz de orientar la actuación hacia resultados verificables en términos de dignidad humana e integridad ambiental.

DIRITTI SOCIALI E COOPERAZIONE TRANSCONTINENTALE NEL DIRITTO EUROPEO. L'ESEMPIO DELLA STRATEGIA GLOBAL GATEWAY

Gianmatteo Sabatino

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Spirito e struttura della strategia Global Gateway. - 3. La tutela dei diritti sociali nella strategia Global Gateway. - 4. Potenziali criticità dell'approccio europeo e conclusioni.

1. Introduzione.

Le tematiche in discussione, se da un lato si appoggiano su riflessioni teorico-politiche di lunghissima e nobilissima tradizione, dall'altro lato sono, di fatto, costrette a reinventare le proprie intelaiature concettuali man mano che la geografia dei modelli di sviluppo cambia nel corso della storia.

Vorrei, in effetti, proprio prendere spunto da qualcosa che è stato sovente ripetuto nel corso della mattinata, e cioè la circostanza per la quale gli apparati valoriali e le declinazioni operative dei diritti sociali debbano fare i conti con i mutamenti geopolitici del nostro tempo. Questo vale a maggior ragione allorché i diritti sociali debbano esprimersi entro la cornice della sostenibilità, altro concetto che, nel tempo attuale, mette a sistema spinte di transizione ecologica e riequilibrio sociale con istanze securitarie sia economiche che militari¹.

Si tratta di snodi critici evidentemente non nuovi, ma che la contempora-

¹ F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile*, Napoli, 2010; P. De Pasquale, A. Ligustro (a cura di), *La gestione delle emergenze nel diritto dell'Unione e nel diritto internazionale*, Napoli, 2024; M. Biasin, E. Giacomini, N. Marinelli (a cura di), *La sostenibilità. Percorsi tra ambiente, società e governance*, Macerata, 2024; M. Shirazi, J.A. Fuinhas, N. Silva, *Sustainable economic development and geopolitics: The role of energy trilemma policies*, in *Sustainable Development*, 31, 2023, 2471-2491.

neità rende più visibili e drammatici di quanto non lo fossero solo pochi anni fa.

In questo contesto, l'elaborazione stessa di paradigmi giuridici della sostenibilità sul piano dei diritti sociali diventa anche una possibile partita, un possibile confronto più o meno gentile, a seconda delle circostanze, fra diversi modelli di sviluppo socio-economico, patrocinati dalle 'grandi potenze' della geopolitica contemporanea².

Quanto detto, credo sia molto evidente con riferimento a quegli apparati di regole pensate per gestire le strategie di cooperazione transnazionale.

Si tratta, evidentemente, di regole dalla natura multiforme.

Possono essere regole di diritto interno, come quando, ad esempio, gli stati vincolino progetti di cooperazione transnazionale al rispetto delle normative in materia di investimenti esteri. Possono, alternativamente, esservi regole di diritto internazionale, allorché perlomeno la veste formale della cooperazione prenda l'aspetto di un trattato e quando la risoluzione delle controversie sorte, fra governi ed operatori economici di stati diversi, nell'ambito della realizzazione di progetti in cooperazione venga demandata a fori arbitrali transnazionali.

Vi è infine il caso, relevantissimo, dell'Unione Europea, laddove le regole sovranazionali costruiscono dettagliati meccanismi di finanziamento e di gestione di progetti da realizzare con partner terzi. Molti sarebbero gli esempi al riguardo. Per motivi di brevità, vorrei riferirmi alla più recente e, per molti versi, ambiziosa e complessa delle strategie europee di cooperazione, e cioè la strategia *Global Gateway*.

Si tratta di una strategia che ha avuto una notevole risonanza mediatica. Sul piano prettamente storico, si tratta di una strategia lanciata, nella sua dimensione di *policy*, dalla Commissione europea e che poi è arrivata abbastanza rapidamente ad una sua architettura normativa molto complessa tra il 2020 e il 2021, in particolar modo sulla base del Regolamento UE no. 947/2021. Stiamo parlando, quindi, di un turno di anni in cui prima

² G. Sabatino, *I paradigmi giuridici della pianificazione per lo sviluppo*, Napoli, 2022.

la pandemia e poi subito dopo il lancio della strategia, anche l'invasione russa dell'Ucraina, hanno rappresentato forze disgregatrici dell'ordine geoeconomico e geopolitico.

2. Spirito e struttura della strategia *Global Gateway*.

Quindi, quando parliamo di *Global Gateway*, di cosa si tratta fondamentalmente?

Si tratta di una strategia ad ampio spettro che prende spunto da esperienze che ovviamente il diritto europeo, nella sua dimensione esterna, aveva già costruito nei decenni precedenti con riferimento soprattutto alla cooperazione con i paesi asiatici, africani e con l'area dei paesi caraibici³. Basti pensare, con riferimento al continente africano, al *fil rouge* diplomatico che parte dalla Convenzione di Lomé del 1975 all'Accordo di Cotonou del 2000.

Nel corso del suo sviluppo storico, la diplomazia economica europea era gradualmente passata da un approccio fondato essenzialmente sulla cooperazione commerciale, e quindi sul problema della modulazione dei dazi doganali e delle condizioni di accesso al mercato, ad uno integrato alla dimensione promozionale degli standard di tutela dei diritti fondamentali⁴.

L'opzione integrata è stata, da ultimo, reiterata nell'Accordo di Partenariato con i paesi dell'Organizzazione degli stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico del 2021, anche in collegamento con i *Sustainable Development Goals* delle Nazioni Unite⁵.

La strategia *Global Gateway* si muove quindi in continuità con i plurimi esperimenti di cooperazione economica e per lo sviluppo fra l'Unione Europea e gli stati terzi. Essa mira tuttavia, in qualche modo, a costituire

³ S. Woolcock, *European Union Economic Diplomacy. The Role of the EU in External Economic Relations*, Farnham, 2012.

⁴ Si v., ad esempio, l'art. 9 dell'Accordo di Cotonou del 2000.

⁵ V. art. 1 dell'Accordo.

uno strumento unificante per i futuri canali di cooperazione. Di conseguenza, essa punta alla costruzione di un quadro giuridico comprensivo e, come ormai tipico degli atti normativi europei specialmente in tema di programmazione economica, estremamente complesso ed ampio.

Il Regolamento no. 947/2021⁶ rappresenta la disciplina del principale strumento applicativo della strategia *Global Gateway*, ovvero sia lo *Strumento di vicinato, cooperazione allo sviluppo e cooperazione internazionale*.

A livello operativo, il modello di riferimento è chiaramente quello dei fondi strutturali dell'Unione Europea⁷. La *Global Gateway* dovrebbe pertanto funzionare secondo una dinamica fortemente progettuale e programmatica, nel contesto della quale le istituzioni unionali, le istituzioni dei paesi membri e le istituzioni dei paesi partner dovrebbero negoziare piani e programmi di azione sulla base dei quali poi l'Unione provvederebbe al cofinanziamento dei progetti di sviluppo, attraverso una variegata gamma di strumenti finanziari⁸.

Così come i fondi strutturali sono giustificati e sorretti, sul piano concettuale, dal principio di coesione *ex art.* 174 del TFUE, la *Global Gateway* attinge da diversi riferimenti nel testo dei trattati: in primo luogo l'art. 21 del TUE, che impone coerenza fra politiche interne ed esterne dell'Unione⁹, e poi gli artt. 209 e 212 che, appunto, consentono alle istituzioni europee di adottare atti di implementazione delle politiche di cooperazione. È proprio sulla coerenza fra azione esterna ed interna, peraltro riflessa nelle analogie operative con i fondi strutturali, che si fonda la pretesa geopolitica della *Global Gateway*: quella di essere espressione di un modello europeo di cooperazione transnazionale, anche giuridico, comprensivo e quindi 'circolabile'.

⁶ Regolamento (UE) 2021/947 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 giugno 2021, *che istituisce lo strumento di vicinato, cooperazione allo sviluppo e cooperazione internazionale – Europa globale, che modifica e abroga la decisione n. 466/2014/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga il regolamento (UE) 2017/1601 del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE, Euratom) n. 480/2009 del Consiglio*.

⁷ S. Piattoni, L. Polverari (a cura di), *Handbook on Cohesion Policy in the EU*, Cheltenham, 2016; G. Sabatino, *I paradigmi giuridici*, cit.

⁸ Si v., fra gli altri, gli artt. 4-8-12-13-14-27 del Regolamento.

⁹ V. Considerando no. 2 e art. 3 del Regolamento.

Da questa prospettiva, la Global Gateway non rappresenta un tentativo nuovo o isolato. Per quanto riguarda la cooperazione commerciale, ad esempio, è noto che l'elaborazione degli accordi di libero scambio fra l'Unione e paesi terzi abbia comportato in certi casi la definizione di standard tecnici mutuati dai modelli originali europei.

Si tratta, a tutti gli effetti, di una epifania del c.d. *Effetto Bruxelles*¹⁰. Anche la Global Gateway pare porsi sulla medesima linea. La sua filosofia, perlomeno sul piano dei meccanismi normativi formali, è decisamente influenzata dal principio di condizionalità.

Non si tratta della condizionalità legata alle concezioni classiche delle teorie neoliberali di *law and development*, ma di una versione aggiornata¹¹. Come già menzionato, infatti, il vincolo fra elaborazione dei programmi di cooperazione e rispetto, da parte dei paesi partner, di determinati standard di *rule of law* non si concretizza esclusivamente o primariamente nell'adozione di regimi di tutela dei diritti proprietari e della concorrenza, bensì evoca l'applicazione di paradigmi di protezione dei diritti fondamentali ad ampio spettro¹².

3. La tutela dei diritti sociali nella strategia *Global Gateway*.

Anche con riferimento alla tutela dei diritti sociali, la strategia Global Gateway non rappresenta una novità in senso assoluto. Sin dagli anni 1990, con riferimento ai Sistemi di Preferenze Generalizzate negli scambi commerciali con i paesi in via di sviluppo, le istituzioni europee hanno introdotto nei rapporti con i paesi partner meccanismi condizionali in materia di diritto del lavoro.

Tali meccanismi condizionali sono stati storicamente legati al rispetto degli standard di tutela previsti dalle convenzioni dell'OIL¹³. Gli stessi,

¹⁰ A. Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford, 2020.

¹¹ Sulla nozione di condizionalità nella sua accezione classica v. A. Baraggia, *Ordinamenti giuridici a confronto nell'era della crisi: la condizionalità economica in Europa e negli Stati nazionali*, Torino, 2017.

¹² V. art. 19 del Regolamento no. 947/2021.

¹³ J. Harrison, M. Barbu, L. Campling, F.C. Ebert, *Labour Standards Provisions in EU Free*

tuttavia, sono stati giudicati spesso insufficienti oppure semplicemente inefficaci allo scopo¹⁴.

Nel testo del regolamento no. 947/2021, di nuovo, quello dei diritti sociali è un tema abbastanza pervasivo. Si tratta, ovviamente, di un regolamento molto complesso, ma già in punto di principi generali ivi si enuncia che gli obbiettivi dello Strumento di vicinato, cooperazione allo sviluppo e cooperazione internazionale, e quindi gli obbiettivi della strategia Global Gateway, si declinano nel promuovere l'avanzamento di determinati standard per la protezione dei diritti umani, considerati nella loro accezione più ampia.

Si va quindi dai diritti civili e politici – declinati anche in una specifica nozione di democrazia e di stato di diritto – a, appunto, diritti economici e diritti sociali¹⁵. Questi ultimi sono valorizzati con riferimento alla dimensione della sostenibilità.

Una parte di programmi derivanti dalla strategia dovrebbe pertanto avviare, sostenere e promuovere processi di riforma, tali da garantire il giusto equilibrio fra progresso economico, tecnologico, infrastrutturale e rafforzamento dei diritti economici, ambientali e sociali¹⁶. Si evoca pertanto un adattamento del sistema giuridico dei paesi partner ai fini

Trade Agreements: Reflections on the European Commission's Reform Agenda, in *World Trade Review*, 18, 2019, 635-657.

¹⁴ P. Mazzotti, *Comfortably Numb? The Implementation of Sustainability Commitments in the EU-China CAI*, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law Research Paper no. 21, 2022.

¹⁵ V., fra gli altri, l'art. 19, § 2, secondo cui «il sostegno dell'Unione nell'ambito dei programmi geografici nell'area del vicinato differisce per forma ed entità, in considerazione delle caratteristiche seguenti del paese partner: a) le esigenze, determinate in base a indicatori quali la popolazione, le disuguaglianze e il grado di sviluppo; b) l'impegno e i progressi nella realizzazione degli obiettivi concordati in materia di riforme politiche, economiche, ambientali e sociali; c) l'impegno e i progressi nel conseguimento di una democrazia radicata e sostenibile, dello Stato di diritto, della buona governance, dei diritti umani e della lotta contro la corruzione; d) il partenariato con l'Unione, incluso il grado di ambizione di tale partenariato; e) la capacità di assorbimento e l'impatto potenziale del sostegno dell'Unione a titolo dello strumento».

¹⁶ Oltre al già citato Art. 19, si vedano anche gli artt. 25 e 35 del Regolamento no. 947/2021, così come l'Allegato II al medesimo regolamento, che disciplina i settori di cooperazione per i programmi geografici finanziati dallo Strumento, ed in particolare i settori no. 2

del raggiungimento di tali equilibri, anche mediante il sostegno europeo all'adeguamento ad obblighi previsti da trattati internazionali in materia di diritti umani.

Sono moltissimi gli esempi che potrebbero essere citati. Ne voglio ricordare solamente due, perché, ovviamente, credo siano significativi anche per il passaggio concettuale che vorrei introdurre nel paragrafo successivo.

Nel primo caso, il supporto della Global Gateway al progetto è stato avviato nel 2022, ma in connessione con diverse iniziative attive già da diversi anni nell'ambito del Partenariato fra UE e Tanzania¹⁷. Data la sovrapposizione di iniziative e la commistione di diversi piani di azione può essere difficile dare una valutazione sicura e complessiva del loro impatto. Al contempo, tuttavia, sono progetti che colpiscono proprio per la loro esplicita volontà di connettere cooperazione allo sviluppo e promozione di standard di tutela dei diritti sociali.

In un caso, sulla base della strategia Global Gateway, è stato cofinanziato un progetto di sviluppo delle catene produttive del caffè in Tanzania.

L'elaborazione e l'implementazione di questo progetto si è appoggiato e si appoggia sulla collaborazione fra le rispettive istituzioni europee e tanzaniane ma anche fra queste istituzioni e gli operatori economici che, in Tanzania, operano nel settore del caffè.

In questa prospettiva, le iniziative cofinanziate dalla Global Gateway si muovono trasversalmente, toccando essenzialmente tutte le fasi in cui si svolge il ciclo produttivo del caffè, e promuovendo così, ad esempio, la diffusione di standard in materia di imballaggio dei prodotti, pubblicizzazione, smercio ed esportazione, basati su modelli europei. Le iniziative

(Eliminare la povertà, combattere le disuguaglianze e le discriminazioni e promuovere lo sviluppo umano) e 5 (Crescita economica inclusiva e sostenibile e occupazione dignitosa).

¹⁷ Si tratta, nello specifico, del programma AGRI-CONNECT, concepito già nel 2019 ma poi rinnovato proprio nel 2021 con nuovi progetti in partenza nel 2022. Il programma è stato peraltro dichiarato concluso nel 2025 ma i progetti avviati sulla base della Global Gateway vanno comunque considerati indipendenti dal termine 'ufficiale' di questa precedente iniziativa.

si declinano anche in un aspetto pedagogico, dal momento che si propongono di investire nella formazione degli agricoltori con riferimento a delle «buone pratiche produttive»¹⁸.

Potremmo dunque dire di essere di fronte perlomeno ad un tentativo di circolazione, di trasfusione di modelli giuridici europei.

Il secondo esempio riguarda la Costa d'Avorio, il Ghana ed il Camerun, dove un progetto abbastanza simile riguarda la catena produttiva del cacao¹⁹. Anche in questo caso, il sostegno europeo opera ad ampio spettro e si declina nel supporto giuridico, scientifico e, ovviamente, finanziario, allo sviluppo di politiche e riforme in materia, fra le altre, di coltivazione sostenibile del cacao e di promozione di standard elevati di tutela dei lavoratori e di dignità del lavoro.²⁰ In questo caso, inoltre, si prevede esplicitamente che le iniziative delle Istituzioni europee e degli Stati membri si muovano in sinergia con gli standard fissati dalla legislazione europea, come ad esempio il Regolamento no. 1115 del 2023 sull'immissione nel mercato unionale dei prodotti associati alla deforestazione, oppure il Regolamento no. 3015 del 2024 sul divieto di prodotti ottenuti con il lavoro forzato.

Di nuovo, è opportuno rilevare come l'esplicitazione di queste connessioni funzionali fra legislazione europea ed iniziative di cooperazione allo sviluppo prefigurino meccanismi per cui la cooperazione sia vettore di

¹⁸ Per l'anno 2025 è previsto quale progetto di punta della Global Gateway l'iniziativa *Sustainable Coffee: Strengthening Value Chain and Climate Resilience in Africa*, che coinvolge anche la Tanzania e che prevede, peraltro il coinvolgimento diretto, quale co-finanziatore europeo, della Repubblica Italiana, che già ha erogato diversi prestiti alla Tanzania, anche in connessione con il proprio «Piano Mattei». V. sul punto il *Draft proposal for a list of Global Gateway flagship projects for 2025 and for amending the lists of Global Gateway flagship projects for 2023 and 2024*, 15281/24 del 22 novembre 2024.

¹⁹ Si tratta della *Sustainable Cocoa Initiative*, avviata nel 2020 ma anche in questo caso rafforzata dal sostegno della Global Gateway a partire dal 2022.

²⁰ L'iniziativa parte dalla presa d'atto di alcune aree di criticità, in particolare il fatto che una stragrande maggioranza dei lavoratori coinvolti, anche dei contadini proprietari coinvolti nelle catene produttive del cacao, vivano fondamentalmente in condizioni di povertà o comunque al di sotto della soglia di sussistenza; oppure il fatto che in queste catene produttive vi sia un'elevata percentuale di lavoro minorile. Da questo punto di vista, il sostegno europeo, sul piano anche tecnico-normativo e formativo, dovrebbe sostenere l'elaborazione di politiche atte a superare tali criticità.

diffusione di politiche pubbliche, modelli regolatori e standard europei in materia di tutela e promozione dei diritti sociali.

4. Potenziali criticità dell'approccio europeo e conclusioni.

Quanto detto è un fenomeno molto importante, ancora in divenire e tutto da scoprire, ma sicuramente di grande impatto strategico. Soprattutto, si tratta di una tendenza che testimonia la vitalità dell'approccio europeo ai diritti sociali anche nella sua dimensione esterna.

Come sempre, tuttavia, vi è anche un rovescio della medaglia, e vale la pena concludere sottolineando anche le criticità del suddetto approccio, specie in comparazione con modelli di cooperazione allo sviluppo non europei.

Sono due, in particolare, le criticità che io intravedo all'orizzonte per il successo della Global Gateway in riferimento al suo portato sociale.

La prima rinvia a un problema risalente del diritto internazionale dello sviluppo: il rischio che qualsiasi tentativo di trasfusione di modelli giuridici, in questo caso di standard giuridici europei, possa essere rigettato dall'ordinamento giuridico in cui si tenta di impiantarli.

Ciò a motivo di condizioni strutturali (concezioni costituzionali e del potere, cultura del diritto economico, nozioni di legalità, strutture relazionali) molto diverse da quelle note in Europa.

Lo insegna l'esperienza del diritto internazionale dello sviluppo degli anni 1970 e 1980, quando il tentativo di promuovere l'esportazione di modelli – derivanti dal common law – neo-liberali e neo-liberisti (ad esempio in materia di tutela dei diritti di proprietà, di smantellamento delle strutture di pianificazione, di riforma del diritto dei contratti, ecc.) nei paesi in via di sviluppo in Africa e in America Latina ha non solo mancato gli obiettivi di crescita e di perfezionamento del sistema giuridico, ma anche prodotto storture e contribuito ad ulteriori crisi economiche e finanziarie²¹.

²¹ Sul punto v. A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2025, 218 ss.

Vi è poi un secondo profilo, che attiene anche alla percezione – se vogliamo, su un piano di psicologia culturale – della cooperazione transnazionale: mi riferisco al rischio che, a fronte del grado di dettaglio e quindi anche in qualche modo della pesantezza regolatoria espressa dal diritto europeo, i paesi partner possano percepire questo tentativo di sostegno alle riforme, questo tentativo di promozione di determinati standard politici e sociali, come un'imposizione, come un'ingerenza nei propri affari interni²².

Permettetemi qui di concludere con una piccola divagazione comparativa. Questo rischio è tanto più critico, tanto più scivoloso, allorché lo si metta a sistema con la presenza di plurimi modelli di cooperazione allo sviluppo, alcuni dei quali, in radicale opposizione all'approccio europeo, rifiutano esplicitamente il meccanismo della condizionalità politica e sociale.

Si è parlato lungamente di tensioni geopolitiche. Oggi, in effetti, la strategia Global Gateway, in quanto prodotto del diritto europeo, deve necessariamente confrontarsi con iniziative in tutto o in parte omologhe. L'esempio più famoso, sicuramente, è quello della *Nuova Via della Seta*, promossa, patrocinata e finanziata dalla Repubblica Popolare Cinese. Ora, in molte delle sue epifanie pratiche, così come nelle sue premesse ideologiche, anche la Nuova Via della Seta pone l'accento sull'avanzamento di determinati standard di sostenibilità²³. Del resto, la sostenibilità è ormai un paradigma fondamentale del diritto della pianificazione per lo sviluppo in Cina, così come in diversi paesi in via di sviluppo²⁴.

Sul piano operativo, tuttavia, gli strumenti della cooperazione nel contesto della Nuova Via della Seta esprimono un approccio completamente

²² T. Karjalainen, *European Norms Trap? EU Connectivity Policies and the Case of the Global Gateway, in East Asia*, 40, 2023, 293-316.

²³ V. Schulhof et al., *Conceptualizing sustainability in China's belt and road initiative: A longitudinal analysis of scholarship (2013-2024)*, in *Resources, Conservation and Recycling*, 212, 2025, 107891 ss.; R. Latief et al., *Environmental sustainability in the Belt and Road Initiative (BRI) Countries: The role of sustainable tourism, renewable energy and technological innovation*, in *Ecological Indicators*, 162, 2024, 112011 ss.; G. Martinico, X. Wu (a cura di), *A Legal Analysis of the Belt and Road Initiative*, Cham, 2020.

²⁴ G. Sabatino, *I paradigmi giuridici*, cit.

diverso in punto di filosofia dei rapporti transnazionali e di regolazione a supporto delle iniziative di partenariato.

Queste cooperazioni sono, in primo luogo, gestite sulla base di documenti molto vaghi, molto generici, assolutamente non vincolanti. La primazia della *soft law* nella determinazione degli impegni reciproci di massima è un tratto distintivo del diritto cinese della cooperazione²⁵. Non esiste, di conseguenza, alcun atto normativo così dettagliato come appunto il Regolamento 947 del 2021. Gli ancoraggi normativi di maggior livello sono quelle disposizioni di diritto cinese, peraltro pure abbastanza generiche, che vincolano gli investimenti cinesi all'estero al rispetto della legge, degli obblighi internazionali e delle priorità strategiche stabilite dai documenti politici e programmatici²⁶.

Oltre a questo, esistono degli accordi, dei *memoranda*, delle dichiarazioni di mutua amicizia o dei piani di azione generici, sulla base delle quali poi gli operatori economici, o le autorità, possono caso per caso decidere di adattare i dettagli della cooperazione e dei progetti finanziati. Il modello tipo di progetto patrocinato dalla Nuova Via della Seta è in effetti un partenariato fra un'impresa cinese – pubblica o privata – ed un governo (centrale o locale) di un paese partner²⁷.

Le modalità e le condizioni (anche finanziarie) del supporto cinese non dipendono da griglie di regolazione predeterminate. Spesso può essere persino difficile identificare l'entità o l'esistenza di tale supporto, specie quando le pratiche amministrative del paese partner sono pure caratterizzate da bassi tassi di trasparenza.

Non esiste alcun tipo di condizionalità politica, giuridica, sociale o ambientale. Del resto, la dottrina cinese della cooperazione transnazionale rifiuta il meccanismo di condizionalità quale espressione di una logica

²⁵ H. Wang, *The Belt and Road Initiative Agreements: Characteristics, Rationale, and Challenges*, in *World Trade Review*, 20, 2021, 282 ss.

²⁶ Ad es. l'art. 26 delle Misure per l'Amministrazione degli Investimenti Esteri delle Imprese (企业境外投资管理办法).

²⁷ H. Wang, *op. cit.*; A.N. Dinwiddie, *China's Belt and Road Initiative: An Examination of Project China's Belt and Road Initiative: An Examination of Project Financing Issues and Alternatives*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 45, 2020, 745 ss.

imperialista ed irrispettosa del principio di sovranità e di non ingerenza negli affari interni²⁸.

Certamente le iniziative cinesi di cooperazione, ad esempio in Africa, non hanno sempre avuto vita facile o incontrato il supporto locale. La stessa entità dei contributi cinesi alla cooperazione ha ingenerato il timore che l'eccessivo debito dei paesi partner verso la Cina sia divenuto, o possa divenire in futuro, strumento di influenza geopolitica e, a sua volta, di limitazione della sovranità²⁹.

D'altro canto, va rilevato che in molti casi la percepita flessibilità dell'approccio cinese alla cooperazione può essere ritenuta, dalle classi dirigenti locali ma anche dalla popolazione, efficace alla realizzazione, in tempi rapidi, di importanti progressi industriali ed infrastrutturali, e per questo preferibile alla "farraginoso" alternativa europea, troppo condizionante sul piano politico e giuridico³⁰.

E quindi, nell'ambito di queste differenze e di queste divergenze, credo si possa affermare che fra i modelli di cooperazione transnazionale si apre un fronte fecondo non soltanto di studi, ma anche di riflessioni.

Se partiamo dal punto di vista europeo, è soprattutto necessario riflettere sull'effettività degli strumenti di cooperazione e sulle criticità che possono derivare dal tentativo di applicare valori europei in contesti tanto diversi fra loro. Si ricordava stamattina la grande differenza fra i singoli ordinamenti giuridici all'interno dello spazio europeo. Ecco, è necessario moltiplicare questo problema all'ennesima potenza quando facciamo ri-

²⁸ X. Li, *Does Conditionality Still Work? China's Development Assistance and Democracy in Africa*, in *Chinese Political Science Review*, 2, 2017, 201 ss.

²⁹ L. Wang et al., *Challenges faced by Chinese firms implementing the 'Belt and Road Initiative': Evidence from three railway projects*, in *Research in Globalization*, 3, 2021, 100074 ss.; M. Himmer, Z. Rod, *Chinese debt trap diplomacy: reality or myth?*, in *Journal of the Indian Ocean Region*, 18, 2022, 250-272.

³⁰ J. de Kluiver, T. Neethling, *Entering the Dragon's Den: Contemporary Risks and Opportunities of China's Belt and Road Initiative in Africa*, in *Strategic Review for Southern Africa*, 44, 2022, 143-165; R. Agwot Komakech, T. Ogoro Ombati, *Belt and Road Initiative in Developing Countries: Lessons from Five Selected Countries in Africa*, in *Sustainability*, 15, 2023, 12334 ss.; M. Shankar Barti, S. Kumari, *China's Belt and Road Initiative in Southeast Asia and its implications for ASEAN-China strategic partnership*, in *Asian Review of Political Economy*, 3, 2024.

ferimento ai rapporti fra l'Unione e paesi culturalmente e politicamente molto lontani.

Su questo fronte di riflessione, credo, si giocherà buona parte delle possibilità di riuscita dei tentativi di armonizzazione giuridica fra diritto europeo e diritti terzi mediante il canale della cooperazione transnazionale, e quindi anche la possibilità che il diritto europeo possa fungere veramente da fattore di promozione di elevati standard di protezione sociale anche all'esterno del suo spazio giuridico.

IL DOVERE DI SOSTENIBILITÀ NELLA PROSPETTIVA DEL DIRITTO ISLAMICO

Francesco Petrucciano

SOMMARIO: 1. Introduzione. Doveri verso l'ambiente, comparazione. - 2. La struttura del diritto islamico e il tema della normazione. - 3. Dio come titolare del diritto e la relativizzazione della soggettività giuridica. - 4. La khilāfa: amministrazione fiduciaria del creato e doveri di tutela. - 5. Mīzān e fasād: equilibrio, limite e illecito ambientale. - 6. Cogenza del diritto islamico e dimensione meta-statuale della tutela ambientale. - 7. Giustizia, natura e prospettiva comparata.

1. Introduzione. Doveri verso l'ambiente, comparazione.

L'analisi del tema della sostenibilità dalla prospettiva del diritto islamico potrebbe, a una prima lettura, apparire eccentrica rispetto al filo conduttore delle due giornate del Seminario internazionale di Trento, dedicate ai diritti sociali fondamentali tra costituzionalismi e mercato, in una prospettiva comparata tra Europa e America Latina. Tale impressione iniziale, tuttavia, si rivela fuorviante se si considera la struttura profonda del diritto islamico e il modo in cui esso concepisce il rapporto fra diritto, società e ordine naturale.

Il dibattito contemporaneo sulla sostenibilità, tanto in ambito giuridico quanto in ambito politico-istituzionale, tende a collocarsi prevalentemente all'interno della cornice dello Stato moderno e del diritto positivo. Le politiche ambientali, le strategie di sviluppo sostenibile e le stesse categorie dei diritti ambientali vengono generalmente pensate come prodotti di decisioni legislative, di accordi internazionali o di processi regolativi multilivello. In questo quadro, il riferimento a un sistema giuridico religioso e pre-moderno come quello islamico potrebbe apparire, a prima vista, marginale o addirittura anacronistico.

Eppure, proprio il carattere non statale, non positivistico e non procedurale del diritto islamico rende tale prospettiva particolarmente feconda per interrogare le categorie fondamentali del diritto della sostenibilità. Il diritto islamico, infatti, non nasce come risposta a una crisi ambientale

storicamente determinata, ma incorpora strutturalmente, fin dalle sue fonti originarie, una concezione dell'essere umano come soggetto responsabile nei confronti dell'ordine naturale.

Le ragioni che rendono questa prospettiva pertinente al contesto del Seminario sono molteplici. In primo luogo, la concezione del diritto che emerge in ampie aree dell'America Latina presenta significativi punti di contatto con la visione giuridico-sociale propria del diritto islamico. In entrambi i contesti, il diritto non si esaurisce nella dimensione statutale o procedurale, ma si configura come espressione di un ordine più ampio, intrinsecamente connesso alla giustizia sociale, alla comunità e alla relazione fra l'essere umano e la natura.

In secondo luogo, non può trascurarsi il fatto che esiste un Islam europeo, non soltanto in termini sociologici o demografici, ma anche sul piano del pensiero giuridico. Pur in assenza, negli ordinamenti dell'Unione europea, di un riconoscimento dell'Islam quale fonte formale del diritto – circostanza storicamente legata alla sua posizione minoritaria – la riflessione giuridica islamica è presente e attiva nel continente.

Numerosi giuristi europei di fede islamica si interrogano da tempo sul rapporto fra Islam ed Europa, fra tradizione giuridica islamica e modernità occidentale. In questo senso, l'opera di Alija Izetbegović, autore di «Islam tra Est e Ovest» e primo Presidente della Bosnia-Erzegovina indipendente, rappresenta un riferimento emblematico per una lettura non antagonista, ma dialogica, fra i due mondi.

In un contesto scientifico tradizionalmente attento alla comparazione giuridica, quale quello trentino, l'osservazione del tema della sostenibilità dalla prospettiva del diritto islamico consente dunque di ampliare l'orizzonte dell'analisi e di interrogare categorie giuridiche che, nel dibattito occidentale, sono spesso considerate come intrinsecamente legate alla statualità moderna.

2. La struttura del diritto islamico e il tema della normazione.

Per comprendere in modo adeguato il contributo che il diritto islamico può offrire al dibattito sulla sostenibilità, è necessario soffermarsi preli-

minarmente sulla sua struttura normativa e sulle modalità attraverso cui esso concepisce la produzione del diritto.

In assenza di tale chiarimento preliminare, il rischio è quello di proiettare categorie proprie del diritto pubblico moderno occidentale su un ordinamento che si fonda su presupposti profondamente diversi. In tal senso, si traviserebbe l'apporto che il diritto islamico offre sull'inquadramento giuridico della tutela ambientale, specie con riferimento alla determinazione di politiche conformi alla formazione e applicazione della legge nel senso di ottenere il massimo della tutela possibile per l'ambiente.

Occorre anzitutto cogliere l'idea che l'Islam non ha alcuna concezione della statualità, *in primis* perché è un diritto personalistico, *in secundis* perché, trattandosi di un diritto universale¹, è aperto a tutti².

Questa impostazione comporta una conseguenza di particolare rilievo per il tema della sostenibilità: il diritto non nasce per regolare interessi confliggenti tra soggetti, ma per garantire la conformità dell'agire umano a un ordine naturale e divino preesistente. La funzione del diritto è, dunque, primariamente ordinativa.

3. Dio come titolare del diritto e la relativizzazione della soggettività giuridica.

Il diritto islamico, la *sharīʿa* (شريعة) non nasce come sistema giuridico statale, né come apparato normativo funzionale all'organizzazione del potere politico. Esso si sviluppa, piuttosto, attraverso la scienza dell'interpretazione della volontà divina, il *fiqh* (فقہ) a partire dalla Rivelazione, il

¹ Essendo l'Islam contenitore di una legge trascendente prodotta da Dio, che naturalmente esiste in senso assoluto ed alla quale chiunque è chiamato: questo può avvenire o attraverso il continuo rispetto della propria qualità di musulmano, se già acquisita, o attraverso la conversione («ritorno») all'Islam. In linea di principio, ogni essere umano è predisposto – in quanto parte della natura – ad essere musulmano nel senso di vivere in piena conformità all'ordine naturale, voluto da Dio

² Non esiste quindi un diritto di uno Stato che possa imporsi al di sopra, o alternativamente, a quello dell'Islam, alla quale – come detto – tutti sono chiamati.

Corano (نَارِق) che rappresenta il fondamento di un ordine normativo che precede e trascende qualsiasi forma di organizzazione politica.

Non esiste quindi, nell'Islam classico, una figura assimilabile al legislatore sovrano moderno, né un'idea di legge come espressione della volontà generale. L'interprete, il faqīh, non crea norme, ma le individua, le interpreta e le sistematizza, muovendosi all'interno di un ordine giuridico che è dato e non costruito.

In questa prospettiva, il diritto non è il prodotto di un atto di volontà umana, né il risultato di un processo deliberativo collettivo, ma è la resa in termini di dovere di condotta della volontà divina: nella nomopoiesi esiste quindi una relazione inversa fra il diritto e l'umano. Non esiste quindi un'idea parlamentare all'interno dell'Islam perché Dio è il solo legislatore ed è anche titolare di ogni diritto, specificamente dell'intero creato (Corano 4:125).

Questa affermazione, che ha una portata eminentemente teologica, produce effetti giuridici di grande rilievo. Essa porta anche a chiedersi qual è la funzione che ha l'essere umano in tutto questo? Se non esiste un diritto del quale l'essere umano sia pienamente titolare, dove nasce il corrispondente dovere, per esempio, di provvedere agli atti necessari per la tutela dell'ambiente?

La questione è rilevante anche per le implicazioni che derivano sulla interpretazione dell'idea di natura e del rapporto fra essa e l'essere umano: esiste, possiamo dire, un titolare (che è Dio) il quale concede all'uomo la reggenza del creato, dalla quale discende la specifica condizione umana composta di doveri e aspettative legittime.

Si tratta della condizione dei progenitori biblici Adamo ed Eva, ai quali viene affidata la gestione dell'Eden: non si tratta di una donazione, di una cessione di titolarità del giardino. La coppia umana dovrà amministrarlo, fruendo liberamente dei frutti della terra con l'obbligo di miglioramento, una sorta di enfiteusi *ante litteram*, descritto nel capitolo 2 della Genesi.

Ciò comporta una radicale relativizzazione della soggettività giuridica umana. L'essere umano non è titolare di diritti in senso assoluto, ma destinatario di posizioni giuridiche funzionalizzate all'adempimento di do-

veri. Anche laddove l'ordinamento islamico riconosce diritti soggettivi – ad esempio in materia di proprietà o di uso dei beni – tali diritti non assumono mai carattere illimitato o incondizionato.

Inoltre, la titolarità divina del creato esclude la possibilità di concepire la natura come *res nullius* o come semplice oggetto di appropriazione. La terra, le risorse naturali, gli esseri viventi non umani non sono beni disponibili in senso pieno, ma parti di un sistema ordinato che l'uomo è chiamato a rispettare e preservare.

Questa impostazione consente di comprendere perché, nel diritto islamico, la tutela dell'ambiente non sia percepita come ambito autonomo o settoriale del diritto, ma come conseguenza necessaria della struttura dell'ordinamento.

4. La *khilāfa*: amministrazione fiduciaria del creato e dovere di tutela.

La posizione giuridica dell'essere umano nel mondo è formalizzata, nel diritto islamico, attraverso il concetto di *khilāfa* (خليفة), comunemente tradotto come 'vice-reggenza'. L'uomo è *khaliḥa* di Dio sulla terra, ossia amministratore fiduciario del creato. Tale qualifica non ha carattere simbolico o meramente morale, ma assume un significato pienamente giuridico, incidendo sulla struttura dei diritti e dei doveri dell'essere umano all'interno dell'ordinamento islamico.

La *khilāfa* non attribuisce una signoria sull'ambiente, bensì una responsabilità. Essa presuppone un rapporto radicalmente asimmetrico: Dio resta il titolare esclusivo del diritto, mentre l'essere umano esercita una funzione di gestione vincolata. In termini giuridici, si potrebbe parlare di una posizione assimilabile a un diritto reale limitato, gravato da obblighi stringenti di conservazione, protezione e miglioramento. L'uomo non è proprietario della natura, ma custode di un bene che gli è stato affidato.

Da questa impostazione discendono obblighi giuridici precisi. L'essere umano è tenuto a utilizzare le risorse naturali in modo conforme alla loro finalità, a evitare lo spreco, a prevenire il danno e a preservare l'equilibrio del sistema naturale. La distruzione dell'ambiente non è semplicemente

una cattiva gestione, ma una violazione della funzione fiduciaria affidata all'uomo, e dunque un illecito giuridico nel senso più profondo del termine.

La *khilāfa* costituisce, pertanto, il fondamento giuridico del dovere di sostenibilità nel diritto islamico, ben prima che tale concetto entri nel lessico del diritto contemporaneo. A questo punto, diventa evidente come il diritto che esiste *per l'ambiente*, ovvero con lo scopo di tutelarlo considerandolo come bene giuridico, non sia inquadrabile, nell'Islam, in alcuna delle categorie concettuali elaborate dal diritto occidentale.

A differenza di molte altre nozioni islamiche che hanno trovato una compiuta trasposizione nei codici civili e commerciali di numerosi Paesi africani³ e asiatici – e, ancor più, negli statuti personali⁴ – la tutela ambientale islamica sfugge a una piena traduzione categoriale.

Questa difficoltà non è contingente, ma ontologica. Essa deriva dalla differenza strutturale fra il sistema di norme inteso come *jus*, naturalmente legato all'umanità e all'uomo-legislatore, e l'Islam inteso come ordinamento-sottomissione di ogni cosa alla volontà divina, e dunque legato al Dio-legislatore. Tale distinzione consente di pensare la possibilità di elaborare una forma di diritto effettivamente nuova⁵, non fondata sulla sovranità umana, ma sulla conformità all'ordine naturale voluto da Dio.

³ Vuoi per il fenomeno dell'acculturazione giuridica, dovuto specialmente al colonialismo, vuoi per la volontà autonoma (l'esempio tipico è l'Iran) di riconoscere alcune forme di categorizzazione del diritto tipicamente occidentali ed applicarle al proprio sistema, pur senza contraddire l'ordinamento islamico.

⁴ Corrispondono ad una forma di codicizzazione, in alcuni Paesi islamici contemporanei, dei diritti di famiglia e successorio. Sono stati considerati necessari come fonti *a latere* dei Codici per l'evidente incongruità in alcuni casi tra i principi del diritto civile immanenti nei codici stessi ed il dettato islamico in materia di stato e capacità delle persone.

⁵ Rimando alla relazione del Professor Lopez Olvera dell'Istituto giuridico dell'Università Nazionale Autonoma del Messico, il quale ha parlato della necessità di evolvere in un senso anche concettuale, ovvero sia portarci alla definizione di un diritto definibile e interpretabile in modo diverso da quanto fatto finora. La tutela dell'ambiente andrebbe quindi osservata con questa rinnovata prospettiva (per dirla all'inglese, *fit for purpose*).

5. *Mīzān* e *fasād*: equilibrio, limite e illecito ambientale.

Il criterio normativo fondamentale attraverso cui il diritto islamico valuta la correttezza dell'agire umano è il *mīzān* (مِزَان), l'equilibrio. La Sura 55 del Corano, ai versi 7-10, afferma che Dio ha stabilito l'equilibrio e ha ordinato agli esseri umani di non eccedere oltre tale misura, precisando che Egli stesso «ha posto la bilancia» e «stabilito la terra per gli esseri umani».

Il *mīzān* non è un concetto meramente descrittivo o cosmologico, ma una vera e propria categoria giuridica. Esso funge da parametro di liceità del comportamento: ciò che preserva l'equilibrio è conforme al diritto, ciò che lo compromette è illecito. In questo senso, il diritto islamico introduce un criterio sostanziale di valutazione dell'azione umana, che non dipende dalla formalizzazione normativa, ma dalla conformità all'ordine naturale.

Il contenuto di questi versetti comporta almeno due implicazioni di straordinario interesse giuridico. In primo luogo, il diritto islamico pone un criterio di equilibrio come metodo di scelta del comportamento corretto. In secondo luogo, tale criterio è conforme a natura, nel senso che la natura stessa è strutturata secondo giustizia e misura. L'essere umano è chiamato a inserirsi in questo ordine, non a dominarlo.

La violazione dell'equilibrio costituisce *fasād* (فَسَاد), termine che indica la corruzione dell'ordine delle cose. Il *fasād* comprende fenomeni diversi – dalla corruzione morale all'ingiustizia sociale – ma include espressamente anche la distruzione dell'ambiente e l'alterazione degli ecosistemi (Corano 30:41). Inquinare, depredare le risorse naturali o compromettere irreversibilmente l'ambiente significa, dunque, spargere *fasād* sulla terra. I musulmani riconoscono che la distruzione della natura, al rispetto della quale il fedele è chiamato (Corano 30:30), non è altro che una manifestazione evidente del crimine di corruzione. Per tale condotta Dio promette al corrotto un castigo che gli faccia 'assaggiare' le conseguenze delle proprie azioni, stabilendo un nesso diretto fra illecito giuridico, disordine naturale e responsabilità morale.

6. Cogenza del diritto islamico e dimensione meta-statuale della tutela ambientale.

Un ulteriore elemento di rilievo è rappresentato dalla cogenza del diritto islamico, che opera anche in assenza di una mediazione statale o di una ratifica parlamentare. Il diritto islamico possiede, infatti, la straordinaria capacità di essere diritto anche al di fuori dei meccanismi classici della produzione normativa occidentale.

Questo aspetto emerge con chiarezza dall'analisi delle costituzioni di numerosi Paesi a maggioranza islamica. Considerando due ordinamenti appartenenti a tradizioni giuridiche opposte – l'Egitto, di orientamento sunnita, e l'Iran, principale riferimento del mondo sciita – si osserva come entrambi riconoscano, nel nucleo duro della propria architettura costituzionale, l'Islam quale fonte giuridica suprema e non contraddicibile⁶.

Ne consegue che il Corano, prima fonte dell'Islam come ordinamento giuridico, viene riconosciuto anche come fonte primaria del diritto statale.

In questi ordinamenti, l'Islam assume una funzione meta-costituzionale. Ciò comporta che, qualora il giudice costituzionale – come la Corte costituzionale suprema egiziana o il Consiglio dei Guardiani della Rivoluzione iraniano – si trovi di fronte a un comportamento non codificato come illecito dal diritto positivo, ma qualificabile come tale in senso religioso, esso venga riconosciuto come illecito *ex tunc* anche nell'ordinamento statale. Questo riconoscimento non avviene in senso costituzionale, ma meta-costituzionale, poiché fondato su una fonte sovraordinata alla costituzione stessa.

In un contesto nel quale il *depositum fidei* coincide sostanzialmente con il contenuto dell'ordinamento giuridico, gli Stati islamici mostrano una particolare attenzione alla tutela della natura, intesa come sistema unitario strutturato da Dio (Corano 6:38). La natura viene riconosciuta come

⁶ Cfr. gli artt. 1-14 e 177 della Costituzione iraniana, e gli artt. 1 e 2 della Costituzione egiziana.

destinataria di protezione giuridica non per scelta politica contingente, ma per dovere religioso e giuridico.

Un esempio paradigmatico è rappresentato dall'Arabia Saudita. In questo ordinamento non esiste una costituzione formale, poiché la legge fondamentale del Regno coincide con la Rivelazione divina. La tutela ambientale è disciplinata, sul piano positivo, dalla Legge M/165 del 2020, che non contiene riferimenti religiosi espliciti, ma si innesta su un sistema giuridico che coincide integralmente con l'Islam.

L'ambiente è tutelato in quanto parte della creazione divina, e la protezione ambientale è concepita come dovere umano derivante dal diritto di Dio alla conservazione della Sua opera.

È particolarmente significativo che un sistema giuridico privo di parlamento, di codici e di influenze esterne abbia elaborato una normativa ambientale strutturata, fondata su criteri pienamente comparabili a quelli presenti in altri ordinamenti contemporanei. Ciò dimostra la potenziale esportabilità del modello islamico di tutela ambientale.

7. Giustizia, natura e prospettiva comparata.

Il massimo degli illeciti, nel diritto islamico, consiste nel negare l'unicità di Dio. Il principio del *tawhīd* (توحيد), monoteismo assoluto, costituisce il fondamento ultimo dell'intera visione del mondo islamica. Da esso discendono conseguenze giuridiche profonde, anche in relazione alla tutela dell'ambiente.

Poiché Dio ha costituito un ambiente naturale coerente e conforme attraverso piena giustizia (*bi-l-ḥaqq*), l'inquinamento che ecceda i limiti di quanto sia umanamente controllabile può essere considerato un'offesa all'azione divina sulla terra.

Esso si configura come elemento materiale di un delitto contro la volontà di Dio, la quale si sostanzia nella legge naturale intesa come ordine naturale delle cose. In questa prospettiva, il richiamo alla tradizione occidentale classica – si pensi a Sofocle e al rapporto fra νόμος e φύσις – appare tutt'altro che arbitrario.

Questa visione consente un dialogo fecondo con alcune concezioni latinoamericane del diritto, nelle quali la giustizia è intesa come conformità alla natura più che come mera osservanza della legge positiva. L'America Latina mostra una profonda sensibilità sociale e una visione intrinsecamente orientata alla tutela di ciò che è comune, probabilmente radicata in tradizioni culturali anteriori alla colonizzazione europea.

Il concetto di *justum*, nella tradizione romanistica, rinvia originariamente allo *jus* come vincolo, come legamento obbligatorio. Tuttavia, nelle sensibilità giuridiche contemporanee, il *giusto* tende sempre più a significare ciò che è conforme a un'idea di giustizia morale anche quando essa si pone in tensione con il diritto statutale positivo. È esattamente in questo spazio che si collocano categorie come i diritti umani e il diritto della sostenibilità: categorie che nascono prima e oltre lo Stato, prima del νόμος.

In questa prospettiva, il riconoscimento di un diritto sovraordinato agli Stati e fondato su principi universali rappresenta la prima formalizzazione di un diritto *altro*.

I latinoamericani vi riconoscono la norma della Natura, intesa come entità sacra; i musulmani vi riconoscono la legge ordinata di Dio attraverso la natura, e la chiamano Islam.

Non è casuale che, nel lessico giuridico islamico, il termine *'adala* (عدل) significhi simultaneamente giustizia divina, virtù morale e pace sociale (Corano 11:85). Rubare, ingannare, inquinare o sfruttare in modo distruttivo le risorse naturali sono tutte manifestazioni della stessa violazione dell'ordine giusto: il superamento del *mīzān* e la diffusione del *fasād* sulla terra.

DERECHOS SOCIALES Y SOSTENIBILIDAD

Cristina Vázquez

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Justicia social. Su relevancia para el Derecho Administrativo. - 3. El constitucionalismo social y la Constitución uruguaya. - 4. Aspectos conceptuales y encuadre jurídico general de los derechos sociales. - 5. La cuestión de la exigibilidad de los derechos sociales. - 6. El concepto de desarrollo sostenible. - 7. El sistema de protección social en Uruguay. - 8. Otras disposiciones vinculadas a la respuesta administrativa a los derechos sociales. - 9. Uruguay en índices de desarrollo. - 10. Necesaria armonización entre derechos sociales y sostenibilidad.

1. Introducción.

En este trabajo comenzaremos por examinar el concepto de justicia social y su relevancia para el Derecho Administrativo, desde la perspectiva del constitucionalismo social y la Constitución uruguaya.

A continuación, abordaremos los aspectos conceptuales y el encuadre jurídico general de los derechos sociales, así como el análisis de su exigibilidad. En tercer término, consideraremos la noción de desarrollo sostenible, su dimensión social y su protección constitucional. Finalmente, luego de describir el sistema de protección social en Uruguay, formularemos unas reflexiones finales en relación con la necesaria armonización de justicia social en clave de garantía de los derechos sociales, y sostenibilidad.

2. Justicia social. Su relevancia para el Derecho Administrativo.

La expresión «*justicia social*» es utilizada en el ámbito de organizaciones tan relevantes y diversas como lo son la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Iglesia Católica y la Organización de las Naciones Unidas (ONU), entre otras.

En el Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1919, se consigna que «*la paz universal y permanente sólo*

puede basarse en la justicia social». Y más extensamente, en la Declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT (Declaración de Filadelfia de 1944), se afirma que:

«(a) todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades; (b) el logro de las condiciones que permitan llegar a este resultado debe constituir el propósito central de la política nacional e internacional; (c) cualquier política y medida de índole nacional e internacional, particularmente de carácter económico y financiero, deben juzgarse desde este punto de vista y aceptarse solamente cuando favorezcan, y no entorpezcan, el cumplimiento de este objetivo fundamental».

A su vez, la expresión aparece en las Cartas Encíclicas de Pio XI, *Quadragesimo Anno* de 15 de mayo de 1931 y *Divini Redemptoris* de 19 de marzo de 1937.¹

En la primera, en los números 58 y 110, se expresa:

«58. A cada cual, por consiguiente, debe dársele lo suyo en la distribución de los bienes, siendo necesario que la partición de los bienes creados se revoque y se ajuste a las normas del bien común o de la justicia social, pues cualquier persona sensata ve cuán gravísimo trastorno acarrea consigo esta enorme diferencia actual entre unos pocos cargados de fabulosas riquezas y la incontable multitud de los necesitados. (...)

110. Las instituciones públicas deben conformar toda la sociedad humana a las exigencias del bien común, o sea, a la norma de la justicia social, con lo cual ese importantísimo sector de la vida social que es la economía no podrá menos de encuadrarse dentro de un orden recto y sano».

También se expresa: *«La economía social estará sólidamente constituida y alcanzará sus fines sólo cuando a todos y a cada uno se provea de todos los bienes*

¹ Aspectos componentes de la noción de justicia social aparecen también en otras encíclicas, como *Rerum Novarum* (León XIII, 1891), *Mater et Magistra* (Juan XXIII, 1961), *Populorum Progressio* (Pablo VI, 1967), *Sollicitudo Rei Socialis* (Juan Pablo II, 1987), *Centesimus Annus* (Juan Pablo II, 1991), *Caritas in Veritate* (Benedicto XVI, 2009) y *Laudato Si* (Francisco, 2015).

que las riquezas y subsidios naturales, la técnica y la constitución social de la economía pueden producir. (...) Esos bienes deben ser suficientemente abundantes para satisfacer las necesidades y honestas comodidades y elevar a los hombres a aquella condición de vida más feliz que, administrada prudentemente, no sólo no impide la virtud, sino que la favorece en gran número».

En *Divini Redemptoris*, la expresión «*justicia social*» aparece en los números 31, 52 y 53. En el número 31 se señala que el orden económico y social deben configurarse conforme a la justicia social, con «*unidad armónica y coherente de todas las asociaciones para que puedan tender todas ellas al bien común del Estado*», siendo esa armoniosa coordinación de todas las fuerzas sociales la «*misión genuina y peculiar del poder político*».

En el 52 se agrega:

«Porque es un hecho cierto que, al lado de la justicia conmutativa, hay que afirmar la existencia de la justicia social, que impone deberes específicos a los que ni los patronos ni los obreros pueden sustraerse. Y es precisamente propio de la justicia social exigir de los individuos todo lo que es necesario para el bien común. Ahora bien: así como un organismo viviente no se atiende suficientemente a la totalidad del organismo si no se da a cada parte y a cada miembro lo que éstos necesitan para ejercer sus funciones propias, de la misma manera no se puede atender suficientemente a la constitución equilibrada del organismo social y al bien de toda la sociedad si no se da a cada parte y a cada miembro, es decir, a los hombres, dotados de la dignidad de persona, todos los medios que necesitan para cumplir su función social particular. El cumplimiento, por tanto, de los deberes propios de la justicia social tendrá como efecto una intensa actividad que, nacida en el seno de la vida económica, madurará en la tranquilidad del orden y demostrará la entera salud del Estado, de la misma manera que la salud del cuerpo humano se reconoce externamente en la actividad inalterada y, al mismo tiempo, plena y fructuosa de todo el organismo».

En el caso de la ONU, en 2007 su Asamblea General proclamó el 20 de febrero de cada año como Día Mundial de la Justicia Social.

Al justificarlo, sostuvo que «*la justicia social es un principio fundamental para la convivencia pacífica y próspera*», constituyendo «*el núcleo de su misión global para promover el desarrollo y la dignidad humana*».

Las Naciones Unidas señalan que las actividades que se desarrollen con motivo de ese Día Mundial de la Justicia Social, deben orientarse a «*erra-*

dicar la pobreza y promover el empleo pleno y el trabajo decente, la igualdad entre los sexos y el acceso al bienestar social y la justicia social para todos».

En definitiva, puede apreciarse que esta expresión, cuyas raíces suelen hallarse en la noción de justicia distributiva del pensamiento aristotélico tomista, se va conformando hasta recoger los contenidos mencionados, que se presentan fuertemente relacionados con los llamados derechos económicos, sociales y culturales, y con la demanda de actuación del Estado en procura de su protección y satisfacción.

En tal escenario, el Derecho Administrativo aparece necesariamente convocado, como Derecho público regulador de la actividad administrativa en cuanto a la organización y funcionamiento de las personas públicas.

3. El constitucionalismo social y la Constitución uruguaya.

Desde la Ciencia Política, Daniel Chasquetti identifica tres puntos de inflexión en el proceso constitucional uruguayo², caracterizado por «*un núcleo duro de preceptos y disposiciones*» que ha permanecido inalterado como «*edicto perpetuo*», al decir de Justino Jiménez de Aréchaga, incluyendo «*la filosofía y organización republicana y democrática del país, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la libertad de cultos y la separación de la iglesia del Estado, los derechos individuales y sociales, la división de poderes, los organismos de contralor y justicia electoral y, particularmente, la prevalencia de un pluripartidismo coparticipativo*».

Desde la perspectiva de Chasquetti, «*el diseño y rediseño de las instituciones de gobierno ha sido un proceso pautado por tres grandes reformas aprobadas en 1918, 1934 y 1966*».³

Entre los que denomina «*los tres grandes puntos de inflexión en el proceso constitucional uruguayo*», destaca el segundo, la reforma constitucional

² D. Chasquetti, *Tres puntos de inflexión en el proceso constitucional uruguayo*, in *la diaria*, 16 de junio de 2016.

³ Las otras reformas, de 1942, 1952 y 1996, fueron a su juicio enmiendas que obedecieron a la actuación de grupos interesados en obtener ventajas políticas específicas.

aprobada en 1934. Y respecto a la misma, en relación con el tema objeto de este trabajo, expresa: «*Paradójicamente, la Convención Nacional Constituyente, elegida en circunstancias muy especiales (resultado del autogolpe del presidente Gabriel Terra), elaboró un texto constitucional que definiría el formato final de las principales instituciones de la democracia uruguaya. Además, aquella Constitución reconoció derechos económicos, sociales y culturales, y asumió una actitud activa del Estado respecto de la enseñanza, el trabajo, la vivienda, el derecho a huelga, la propiedad intelectual, la familia, la maternidad, etcétera. Este salto superlativo en derechos estuvo influido por la aparición de una serie de textos constitucionales de gran envergadura, como la Constitución de Querétaro (México), de 1917, y la Constitución de Weimar (Alemania), de 1919*».

En sentido similar, Juvenal Javier⁴ observa que es al influjo de la Constitución de Querétaro de 1917, de la Constitución de Weimar de 1919 y de la Constitución de la República Española de 1931, que aparecen los derechos económicos, sociales y culturales, que recoge la Carta uruguaya de 1934.

En efecto, considerada la primera Constitución social de la historia, corresponde señalar a la Constitución de Querétaro de 1917 como aportación fundamental de la tradición jurídica mexicana al constitucionalismo social universal.

Su texto se formula con posterioridad al movimiento revolucionario iniciado en México en 1910, y como resultado de la convocatoria de Venustiano Carranza (político, militar y empresario, jefe del Ejército Constitucionalista en la segunda etapa de dicho movimiento revolucionario) a un Congreso Constituyente en la ciudad de Querétaro. Este Congreso cerró sesiones el 31 de enero de 1917, tras dos meses de debates, y la Carta se promulgó el 5 de febrero siguiente con el nombre «*Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la del 5 de febrero de 1857*», entrando en vigor el 1º de mayo del mismo año.

Entre las disposiciones de contenido social de dicha Constitución, han sido destacadas las que consagran los derechos de los grupos sociales más vulnerables, y en particular los derechos de los trabajadores.

⁴ J.M. Javier, *Sistema económico, mercado y Estado en la Constitución uruguaya*, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, N° 29, año 2016, ps. 40 y ss.

A su vez, según consigna Juvenal Javier, es posteriormente, después de la segunda guerra mundial, que surge el nuevo concepto de Estado Social de Derecho, acuñado por la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que consagra el modelo de la Economía Social de Mercado como instrumento de ordenamiento económico para el encauzamiento de la política económica en un país dividido y devastado. El concepto es tomado luego por la Constitución española de 1978, que utiliza la expresión «*Estado Social y Democrático de Derecho*», garante de los derechos económicos y sociales dentro de un Estado pluralista de Derecho.⁵

4. Aspectos conceptuales y encuadre jurídico general de los derechos sociales.

Puede afirmarse que la cuestión de la respuesta administrativa a los derechos sociales tiene que ver con uno de los temas de mayor presencia en la opinión pública y en el debate político de nuestros días, el de que los derechos humanos deben estar presentes en la base de todas las políticas públicas, entendiendo por éstas los «*cursos de acción desarrollados por el Gobierno, en relación con un objetivo determinado, que contribuyen a crear o transformar las condiciones en que se desenvuelven las actividades de los individuos y de los diversos grupos sociales*».⁶

Se ha destacado que esas políticas públicas deben ser globales en el triple sentido de abarcar a los diferentes Poderes del Estado, proyectarse más allá de un periodo de gobierno y contar con la participación de la sociedad civil en su conjunto.⁷

⁵ Javier realiza un relevamiento de la doctrina uruguaya que afirma que nuestra Constitución de 1967 consagra un Estado Social de Derecho (H. Cassinelli Muñoz, *Derecho Público*, Vol. I, Montevideo, 2005, p. 36), un Estado Social y Democrático (M. Risso Ferrand, *Derecho Constitucional*, Tomo I, Montevideo, 2006, ps. 451-453), un Estado Social de Derecho (R. Correa Freitas, *Derecho Constitucional Contemporáneo*, Tomo I, 4ª edición, Montevideo, 2013, ps. 95-99), y un Estado Democrático, Republicano y Social (H. Gross Espiel, *El Estado Democrático y Social de Derecho y el Sistema Económico en la Constitución Uruguaya*, en *Liber Amicorum Discipulorumque José Aníbal Cagnoni*, Montevideo, 2005, p. 161).

⁶ Véase E. Lahera Parada, *Introducción a las políticas públicas*, Chile, 2002.

⁷ R. Garretón, *Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos en el actual panorama mundial*, en A. Marzal (Ed.), *Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto*, Barcelona, 1997.

Es habitual ver a los derechos humanos clasificados por categorías, empleando diversos criterios, el más conocido de los cuales es el que los encuadra por generaciones: la primera, de las libertades fundamentales y los derechos civiles y políticos; la segunda, de los derechos económicos, sociales y culturales; y la tercera, de los Derechos de los Pueblos o de Solidaridad⁸, que optimizan el desarrollo de una persona en un ambiente apropiado.⁹

Observa Uriarte¹⁰ que tal agrupación «tiene un sentido pedagógico y facilitador, sin que pueda considerarse una división científica», refiriendo sobre todo a distintas etapas histórico-sociológicas en que fueron siendo reconocidos esos derechos.

Más allá de lo extendido de esta clasificación, resulta interesante la enfática e interpeladora observación realizada al respecto por el Juez Texier¹¹: «Hablar de derechos de primera, segunda o tercera generación me parece una aberración total. Es obvio que los derechos económicos, sociales y culturales nacen al mismo tiempo que los derechos civiles y políticos; es obvio que son derechos humanos y quisiera que esta terminología de generaciones, artificio de juristas que les gusta crear categorías, se borre definitivamente del vocabulario».

Entre los derechos llamados de segunda generación suelen incluirse el derecho a la seguridad social, al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias, a la sindicalización, a un nivel de vida adecuado que asegure al individuo, así como a su familia, la salud física y mental, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica, la educación, y cui-

⁸ M. Aguilar Cuevas, *Las tres generaciones de los derechos humanos*, Biblioteca Jurídica Virtual, 1998.

⁹ Como ejemplo suelen mencionarse los derechos de autodeterminación, a la independencia económica y política, a la identidad nacional y cultura, a la paz, a la coexistencia pacífica, al uso de los avances de la ciencia y la tecnología, y al medio ambiente, entre otros.

¹⁰ D. Uriarte, *Curso de derechos humanos y sus garantías*, Tomo I, Montevideo, 2013, p. 24.

¹¹ P. Texier (magistrado y juez de la Sala Laboral de la Corte de Casación de París. Miembro del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas), *Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en los sistemas universales de protección de los derechos humanos, en Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, San José, 2004.

dados y asistencia en circunstancias especiales como la maternidad, la infancia o la discapacidad.

Uriarte destaca como caracteres de dichos derechos:

- a) su finalidad de igualdad material entre los seres humanos asegurando condiciones de existencia digna,
- b) la exigencia de participación activa del Estado en su promoción, desarrollo y garantía,
- c) su condición de derechos colectivos e individuales a la vez,
- d) su operatividad aun cuando su aplicación sufre los condicionamientos propios de los recursos públicos de la sociedad, y
- e) su progresividad al encontrarse en un continuo desarrollo en cuanto el desarrollo económico y social permite ampliar en forma permanente su nivel de protección.

Atria¹², por su parte, observa que, en la tradición liberal, los derechos se fundan en lo que denomina el «*auto interés*», de manera que la recepción de los derechos sociales supone ensanchar dicho «*auto interés*», «*como una especie de seguro que cada agente toma para precaverse de la posibilidad de encontrarse descubierto y necesitado*». Y cita a Steven Holmes, quien señala que, en tal perspectiva, basta con el aseguramiento de un mínimo que permita dar al ciudadano un nivel apenas superior a la vida «*solitaria, pobre, desagradable, bruta y breve de que habla Hobbes*», de manera que los demás puedan exigirle respeto a la autoridad.

En la perspectiva de un Estado con preocupación social, en cambio, los derechos sociales son una manifestación de una forma superior de comunidad, «*en que cada uno de sus miembros tiene un interés en el bienestar del otro... desde la cuna a la tumba*».

Encontramos el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, también conocidos como derechos «*de la igualdad*», tanto en los ordenamientos jurídicos nacionales como en normas internacionales.

¹² F. Atria, *¿Existen derechos sociales?*, Discusiones, No 4 (2004), p. 31, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

En lo internacional cabe mencionar, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el Preámbulo se recuerdan los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, conforme a los cuales la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables. Se declara, asimismo que, *«con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos»*. El Preámbulo no olvida, a su vez, la otra cara de los derechos, la de los deberes de todo individuo para con otros individuos y la comunidad a que pertenece.

En lo que refiere al derecho al trabajo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales declara el derecho de toda persona *«a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado»* y a una remuneración que proporcione como mínimo *«un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual»*, condiciones de existencia dignas para el trabajador y su familia, seguridad e higiene en el trabajo, igual oportunidad de promoción, derecho al descanso, a la sindicalización y a la huelga conforme a las leyes de cada país (artículos 6 y 7).

En el Pacto se reconocen, especialmente, el derecho a la seguridad social (artículo 9); a la más amplia protección y asistencia posibles de la familia, con énfasis en la protección de las madres antes y después del parto, y de los niños y adolescentes (artículo 10); a un nivel de vida adecuado para el individuo y su familia, incluyendo alimentación, vestido y vivienda, con mejora continua de las condiciones de existencia y, en particular, el derecho a ser protegido contra el hambre (artículo 11); el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (artículo 12); a la educación, que debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, preceptuando la enseñanza primaria obligatoria y gratuita, la generalización y el acceso a la enseñanza secundaria y superior, con implantación progresiva de su gratuidad

(artículo 13); así como los derechos a participar en la vida cultural y gozar de los beneficios del progreso científico (artículo 15).

Por su parte, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) reconoce, además de los mencionados, el derecho a un medioambiente sano (artículo 12), y el derecho a la protección de los ancianos (artículo 17) y los minusválidos (artículo 18).

Ya en el Derecho interno, los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran reconocidos a nivel de la Constitución uruguaya. El artículo 7° declara el derecho de los habitantes a ser protegidos en el goce de sus derechos, entre los que se incluye el derecho al trabajo, de manera que nadie puede ser privado de ellos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general.

De manera más específica, la Carta reconoce el derecho a la protección de la familia (artículo 40), incluyendo el de quienes tienen numerosa prole a recibir auxilios compensatorios cuando los necesiten, y el derecho de la infancia y la juventud a ser protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso (artículo 41); el derecho a la protección de la maternidad, cualquiera que sea la condición o estado de la mujer, y a su asistencia en caso de desamparo (artículo 42).

Consagra el deber de legislar en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país, acompañado del derecho a recibir gratuitamente los medios de prevención y asistencia para los indigentes o carentes de recursos suficientes (artículo 44), el derecho a gozar de vivienda decorosa, con obligación de legislar propendiendo a asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando y estimulando la inversión de capitales privados para ese fin (artículo 45), la obligación del Estado de brindar asilo a los indigentes o carentes de recursos suficientes que, por su inferioridad física o mental de carácter crónico, estén inhabilitados para el trabajo (artículo 46), y declara el interés general en la protección del medio ambiente y el derecho de acceso al agua potable y al saneamiento (artículo 47).

Con referencia al trabajo, incluye disposiciones relativas a su protección legal, con obligación para la colectividad de procurar, con preferencia a los ciudadanos:

- la posibilidad de ganar su sustento mediante el desarrollo de una actividad económica (artículo 53),
- el derecho del trabajador a la justa remuneración, la limitación de la jornada, el descanso semanal y la higiene física y moral, con obligación de reglamentar y limitar el trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años (artículo 54),
- la obligación de reglamentación legal de la distribución imparcial y equitativa del trabajo (artículo 55) y la de toda empresa cuyas características determinen la permanencia del personal en el respectivo establecimiento, de proporcionarle alimentación y alojamiento adecuados (artículo 56),
- la promoción legal de la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica y el derecho de huelga como derecho gremial (artículo 57).

En materia de previsión social, preceptúa la organización de las jubilaciones generales y seguros sociales en forma de garantizar a todos los trabajadores, patronos, empleados y obreros, retiros adecuados y subsidios para los casos de accidentes, enfermedad, invalidez, desocupación forzosa, y a sus familias, en caso de muerte, la pensión correspondiente. Consagra, asimismo, el derecho a la pensión a la vejez para el que llegue al límite de la edad productiva, después de larga permanencia en el país y que carezca de recursos para subvenir a sus necesidades vitales, con la preceptiva de que los ajustes de las asignaciones de jubilación y pensión no podrán ser inferiores a la variación del Índice Medio de Salarios, efectuándose en las mismas oportunidades en que se establezcan ajustes o aumentos en las remuneraciones de los funcionarios de la Administración Central (artículo 67).

El artículo 69 establece que las instituciones de enseñanza privada y las culturales de la misma naturaleza estarán exoneradas de impuestos nacionales y municipales, como subvención por sus servicios y el artículo 70 dispone como obligatorias la enseñanza primaria y la enseñanza media, agraria o industrial, agregando que el Estado propenderá al desarrollo de la investigación científica y de la enseñanza técnica y que la ley proveerá lo necesario para la efectividad de estas disposiciones.

En el artículo 71 se declara de utilidad social la gratuidad de la enseñanza oficial primaria, media, superior, industrial y artística y de la educación física, la creación de becas de perfeccionamiento y especialización cultural, científica y obrera, y el establecimiento de bibliotecas populares.

Finalmente, el artículo 72 declara que la enumeración de derechos, deberes y garantías que realiza la Constitución no excluye otros inherentes a la personalidad humana o que derivan de la forma republicana de gobierno.

5. La cuestión de la exigibilidad de los derechos sociales.

Mucho se ha discutido acerca de la exigibilidad de estos derechos y hasta se ha debatido su real condición de tales, desde una perspectiva que afirma que no existe derecho subjetivo sin deber correlativo y sin acción que permita reclamar su ejercicio.

No obstante, por otro lado se ha señalado que «*en derechos humanos, la bilateralidad tradicional de la relación sinalagmática se altera*»¹³ y, en el mismo sentido, que «*porque yo tenga el derecho a navegar no puedo pretender que cualquier persona se convierta en un sujeto pasivo obligado (...) Para rodear a los derechos humanos de la naturaleza de derechos subjetivos descartamos que resulte esencial la disponibilidad de acceso de su titular a una vía coactiva en el aparato jurisdiccional del Estado*».¹⁴

En el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se dispone:

«1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

¹³ D. Uriarte, *Curso de derechos humanos y sus garantías*, ob. cit., p. 19.

¹⁴ J. Larralde, citado por Uriarte, ob. cit., p. 20.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición social.

3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos».

Como señala Saura Estapà,¹⁵ los derechos sociales al igual que los derechos civiles y políticos contienen tanto elementos prestacionales como elementos de abstención. Tienen un contenido esencial que puede ser exigible sin desarrollo normativo alguno y un contenido necesario para dar de sí su mejor potencialidad, que sí requiere de ese desarrollo.

El autor destaca, siguiendo a Martínez de Pisón, que «la exigibilidad de los derechos sociales remite a la posibilidad de reclamar judicialmente el cumplimiento de las obligaciones derivadas». Sin embargo, añade, exigibilidad y justiciabilidad no son sinónimos, ya que «el recurso judicial es sólo una, aunque quizás la más potente, de las vías para exigir los derechos ante los poderes públicos».

En esta línea de análisis y tomando el enfoque de Abramovich y Courtis,¹⁶ Saura Estapà distingue dos tipos de exigibilidad, la directa que refiere al reconocimiento de los derechos en el orden normativo (garantías normativas) y a la posibilidad de reclamación ante los tribunales (garantías jurisdiccionales); y la indirecta, que permite la defensa a través de la invocación de principios generales como la igualdad, la no discriminación o el derecho a la tutela judicial efectiva.

¹⁵ J. Saura Estapà, *La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)*, Barcelona, 2011.

¹⁶ V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, 2002.

Siguiendo a Pisarello¹⁷, alude al supuesto de «*justiciabilidad por conexión, que permite la tutela de los derechos sociales en virtud de su relación con otros derechos fundamentales*», como en la Constitución española el derecho de audiencia (artículo 105), el derecho a recibir información (artículo 20), el derecho a participar en los asuntos públicos (artículo 23), o el derecho a no ser discriminado (artículo 14).

La exigibilidad del derecho –explica Saura Estapà– tendrá que ver con la concreción de su contenido esencial, la identificación de sus titulares y del responsable de hacerlo efectivo, así como con la existencia de vías formales de acceso de los primeros a los segundos.

Dichas vías de acceso pueden ser tanto jurisdiccionales como administrativas u otras.

Vale tener en cuenta, a su vez, en relación con el tema de la exigibilidad de los derechos, que mientras los textos normativos declarativos de derechos civiles y políticos establecen normalmente obligaciones inmediatas y de resultado, los que reconocen derechos sociales, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por ejemplo, suelen incluir obligaciones que se han denominado «*de comportamiento*», lo que, como es natural, confiere alcance diferente a la respuesta administrativa o jurisdiccional respectiva.

Así, por ejemplo, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, los Estados se obligan «*a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos (...) sin distinción alguna*» (artículo 2.1), en tanto que en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como se ha adelantado, el compromiso del Estado es a «*adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos*» (artículo 2.1).

¹⁷ G. Pisarello, *La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español, en Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Albacete, 2010.

6. El concepto de desarrollo sostenible.

Como expresa Larrouyet¹⁸, la expresión «*desarrollo sostenible*» o «*desarrollo sustentable*» fue acuñada en el informe Brundtland de 1987, redactado en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), originalmente denominado *Nuestro futuro común*.

Se ha dicho que el desarrollo sustentable ha generado una visión innovadora a la humanidad, como concepto que propone la protección de la naturaleza junto a la equidad social presente y futura.¹⁹

Se trata de un concepto multidimensional que se erige sobre tres pilares: la economía, el medio ambiente y la sociedad. Su consigna es satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las de las futuras.

En el informe Brundtland se señala que la sociedad debe modificar su estilo y hábitos de vida para preservarse y prevenir la degradación de la naturaleza –en un contexto de asimetría entre países– que se profundizan con la pobreza. Las necesidades que fundamentalmente deben atenderse son las de los menos favorecidos, teniendo en cuenta las limitaciones impuestas por el estado de la tecnología, la organización social y la capacidad del medio ambiente para satisfacer esas necesidades en el presente y en el futuro.

Señalan Ramírez Treviño, Sánchez Núñez y García Camacho²⁰ que la atención a las necesidades de las generaciones futuras incorpora un componente ético a partir del principio de solidaridad. También está presente el componente ecológico en cuanto se plantea la necesidad de mantener la capacidad de recuperación del ecosistema.

¹⁸ M.C. Larrouyet, *Desarrollo sustentable. Origen, evolución y su implementación para el cuidado del planeta*, Universidad Nacional de Quilmes, en RIDAA.

¹⁹ A. Ramírez Treviño, J.M. Sánchez Núñez y A. García Camacho, *El desarrollo sustentable: Interpretación y análisis*, en *Revista del Centro de Investigación, Universidad La Salle*.

²⁰ *Ibidem*.

El desarrollo sustentable, observan dichos autores, demanda el diseño de políticas, con un sentido de orden y límites a la organización social actual. Ello involucra, como surge del informe Brundtland, un sistema político democrático con participación en la toma de decisiones, un sistema económico capaz de crear excedentes y conocimiento técnico sobre una base autónoma y constante, un sistema de producción que preserve el medio ambiente, un sistema tecnológico capaz de incorporar constantemente nuevas soluciones, un sistema internacional que promueva modelos duraderos de comercio y finanzas, y un sistema administrativo flexible y capaz de corregirse de manera autónoma.

A nivel constitucional, la cuestión de la sustentabilidad fue recogida en Uruguay, en relación con el medio ambiente en general, y con el recurso agua en particular.²¹

²¹ Vease el Artículo 47: «La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores.

El agua es un recurso natural esencial para la vida.

El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales.

1) *La política nacional de aguas y saneamiento estará basada en:*

a) *el ordenamiento del territorio, conservación y protección del Medio Ambiente y la restauración de la naturaleza.*

b) *la gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general. Los usuarios y la sociedad civil, participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos; estableciéndose las cuencas hidrográficas como unidades básicas.*

c) *el establecimiento de prioridades para el uso del agua por regiones, cuencas o partes de ellas, siendo la primera prioridad el abastecimiento de agua potable a poblaciones.*

d) *el principio por el cual la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, deberá hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico.*

Toda autorización, concesión o permiso que de cualquier manera vulnere las disposiciones anteriores deberá ser dejada sin efecto.

2) *Las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico.*

3) *El servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua para el consumo humano serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales.*

4) *La ley, por los tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá autorizar el suministro de agua a otro país, cuando éste se encuentre desabastecido y por motivos de solidaridad».*

A su vez, la expresión «*desarrollo sustentable*» aparece en un sinnúmero de leyes y decretos del Poder Ejecutivo²².

7. El sistema de protección social en Uruguay.

A continuación, se procura realizar un breve repaso de los principales componentes de las políticas públicas, institucionalidad y marco normativo a través de los cuales se ha pretendido, en los últimos años, dar respuesta administrativa a los derechos sociales, en Uruguay:

- a) en el sector de salud, el Sistema Nacional Integrado de Salud (SNIS)²³, con responsabilidades asignadas fundamentalmente al Ministerio de

²² Cabe mencionar los siguientes:

- a) Ley N° 17.283 de 28 de noviembre de 2000, reglamentaria del artículo 47 precitado;
 b) Ley N° 18.913 de 22 de junio de 2012, que aprueba el Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní –gigantesco reservorio natural de agua dulce, casi en su totalidad subterráneo, que se extiende por debajo de la superficie de parte de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, tercero en impotancia por su volumen a nivel mundialsuscrito por los cuatro países aludidos;
 c) Ley N° 19.126 de 11 de setiembre de 2013, que regula la minería de gran porte;
 d) Ley N° 19.175 de 20 de diciembre de 2013, en materia de conservación, investigación y desarrollo sostenible de los recursos hidrobiológicos;
 e) Ley N° 19.525 de 18 de agosto de 2017, que establece las directrices nacionales de ordenamiento territorial y desarrollo sostenible;
 f) Decreto N° 238/009 de 20 de mayo de 2009, en materia de políticas nacionales sobre cambio climático y variabilidad;
 g) Decreto N° 93/013 de 18 de marzo de 2013, que designa al Ministerio de Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, a través de la Dirección Nacional de Medio Ambiente, autoridad nacional competente a los efectos de la aplicación del Convenio relativo a las Zonas Húmedas de Importancia Internacional especialmente como hábitats de la fauna ornitológica;
 h) Decreto N° 205/017 de 31 de julio de 2017, que aprueba el Plan Nacional de Aguas;
 i) Decreto N° 310/017 de 3 de noviembre de 2017, que aprueba la política nacional de cambio climático y la Primera Contribución Determinada a Nivel Nacional.

²³ Por el artículo 264 de la Ley N.º 17.930, de 19 de diciembre de 2005, se comete al Ministerio de Salud Pública implementar un Sistema Nacional Integrado de Salud con el objetivo de establecer la atención integral de todos los habitantes residentes en el país, garantizando su cobertura equitativa y universal. La norma agrega que «*dicho sistema se articulará sobre la base de la complementación público-privada y tendrá como estrategia global la atención primaria en salud, privilegiando el primer nivel de atención, las acciones de promoción, prevención y rehabilitación. El sistema complementará los servicios públicos y privados de forma de alcanzar la atención integral y de calidad adecuada a todos los habitantes*».

Salud Pública (MSP)²⁴, la Administración de los Servicios de Salud del Estado (ASSE)²⁵, el Hospital de Clínicas²⁶, Sanidad Militar y Sanidad Policial²⁷, además de las actuaciones en políticas focalizadas;

- b) en el sector de educación, el Sistema Nacional de Educación Pública²⁸, con responsabilidades asignadas fundamentalmente al Ministerio de Educación y Cultura (MEC), la Administración Nacional de Educación Pública (ANEP)²⁹, la Universidad de la República³⁰ y la Universidad Tecnológica³¹, así como actuaciones en políticas focalizadas;
- c) en el sector de vivienda, el Sistema Público de Vivienda, con responsabilidades asignadas fundamentalmente al Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial³², al Banco Hipotecario del Uruguay (BHU)³³, la Agencia Nacional de Vivienda (ANV)³⁴ y el Movimiento de Erradicación de Vivienda Insalubre Rural (MEVIR)³⁵, con actuaciones en políticas focalizadas;
- d) en el sector de trabajo, con el dictado de leyes como las de Negociación Colectiva (N° 18.566, de 11 de setiembre de 2009), Empleo Juvenil (N° 19.133, de 20 de setiembre de 2013) y de cupos para población afrodescendiente (N° 19.122, de 21 de agosto de 2013), con respon-

²⁴ Su Ley Orgánica es la 9.202, de 12 de enero de 1934.

²⁵ Servicio Descentralizado creado por Ley N° 18.161, de 29 de julio de 2007.

²⁶ Hospital Universitario dependiente de la Universidad de la República que, además de las tareas de docencia, realiza tareas asistenciales, de extensión e investigación.

²⁷ Respectivamente, en el ámbito de los Ministerios de Defensa Nacional e Interior.

²⁸ Véase Ley Nacional de Educación N° 18.437, de 12 de diciembre de 2008.

²⁹ Ente Autónomo creado por la Ley N° 15.739, de 28 de marzo de 1985.

³⁰ Ley Orgánica N° 12.549, de 16 de octubre de 1958.

³¹ Ente Autónomo creado por la Ley N° 19.043, de 28 de diciembre de 2012.

³² Ley de creación N° 16.112, de 30 de mayo de 1990.

³³ Ente Autónomo cuya Carta Orgánica es la Ley N° 5.343, de 22 de octubre de 1915, institución financiera especializada en el crédito hipotecario, para facilitar el acceso a la vivienda.

³⁴ Servicio Descentralizado creado por la Ley N° 18.125, de 27 de abril de 2007, con la finalidad de promover y facilitar el acceso a la vivienda.

³⁵ Persona Pública no Estatal (artículos 473 y ss., Ley N° 13.640, de 26 de diciembre de 1967).

sabilidades a cargo de los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social (MTSS) y de Desarrollo Social (MIDES), y actuaciones en políticas focalizadas;

- e) en el sector que el documento denomina de Protección, se destacan el Sistema de Cuidados con el Centro de Atención Integral a la Infancia y Familia (CAIF), regulación de Hogares de Larga Estadía, asistentes personales para la discapacidad, formación de cuidadores, y ley de licencias parentales (N° 19.161, de 1° de noviembre de 2013), con responsabilidad fundamentalmente de los Ministerios de Desarrollo Social (MIDES), Trabajo y Seguridad Social (MTSS) y Salud Pública (MSP), el Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU)³⁶, el Banco de Previsión Social (BPS)³⁷ y Asignaciones Familiares (AFAM), así como actuaciones en políticas focalizadas.

El MIDES se crea por Ley N° 17.866, de 21 de marzo de 2005, asignándole en su materia atribuciones de asesoramiento al Poder Ejecutivo, propuesta, formulación, ejecución, supervisión, coordinación, programación, seguimiento y evaluación de las políticas nacionales, estrategias y planes en las áreas de juventud, mujer y familia, adultos mayores, discapacitados y desarrollo social en general (artículo 9°).

Le compete, asimismo, coordinar las acciones, planes y programas intersectoriales, implementados por el Poder Ejecutivo para garantizar el pleno ejercicio de los derechos sociales a la alimentación, a la educación, a la salud, a la vivienda, al disfrute de un medio ambiente sano, al trabajo, a la seguridad social, a la no discriminación y a los cuidados.

Debe diseñar, organizar y operar un sistema de información social con indicadores relevantes sobre los grupos poblacionales en situaciones de vulnerabilidad, que permita una adecuada focalización del conjunto de políticas y programas sociales nacionales, y un sistema de identificación, selección y registro único de los núcleos familiares o individuos habilitados para acceder a los programas sociales.

³⁶ Servicio Descentralizado creado por la Ley N° 15.977, de 14 de setiembre de 1988.

³⁷ Ente Autónomo necesario, de creación constitucional (artículo 195).

También le corresponde implementar, ejecutar y coordinar programas de atención a la emergencia social, mediante la cobertura de las necesidades básicas de quienes se hallan en situación de indigencia y de extrema pobreza, y proporcionarles información y asesoramiento sobre los programas disponibles.

A su vez, el Ministerio tiene expresamente asignados poderes de regulación, promoción, seguimiento y monitoreo de las actividades de las entidades estatales que actúan en materia de juventud, mujer, adultos mayores, discapacidad, afrodescendencia y diversidad sexual en cuanto corresponda. En el artículo 10 de la Ley se le confiere potestad sancionatoria. También le compete establecer ámbitos de coordinación y asesoramiento con la sociedad civil involucrada en sus objetivos. En el ámbito de este Ministerio se han implementado, como se indica en sitio web, una multiplicidad de planes y programas.

8. Otras disposiciones vinculadas a la respuesta administrativa a los derechos sociales.

Promoción de los adultos mayores. El artículo 1° de la Ley N° 17.796 de 9 de agosto de 2004 declara como objetivo la «*promoción integral de los adultos mayores*», definiéndolos como «*todas las personas que en el momento de alcanzar la edad de sesenta y cinco años tengan residencia permanente, fehacientemente demostrable, en el país, independientemente de su nacionalidad o ciudadanía*».

El artículo siguiente reconoce como derechos del adulto mayor los siguientes: la integración activa en la familia y en la comunidad y el goce de un trato digno y sin ninguna clase de discriminaciones, en todos los órdenes de su vida; alcanzar una vejez digna en la que prevalezcan el bienestar físico, psíquico y socioeconómico y contar con asistencia médica y sanitaria integral y coordinada, incluida la odontológica; el acceso a la educación, a una vivienda adecuada, así como a alimentación y abrigo suficientes, al esparcimiento, al transporte y a las comunicaciones en todo el territorio nacional y, en definitiva, la seguridad de su integridad psicofísica e intelectual en un marco de justicia y equidad.

A su vez, el artículo 3° de la Ley comete al Poder Ejecutivo y al Ministe-

rio de Salud Pública, la estructuración de un Plan Nacional que encare orgánicamente las necesidades del adulto mayor en todos los planos de la vida individual y colectiva, en particular en los aspectos mencionados.

Posteriormente, la Ley N° 18.617, de 23 de octubre de 2009, crea en la órbita del MIDES, el Instituto Nacional del Adulto Mayor (INAM).

El artículo 2° de la Ley encomienda a este instituto:

- a) La promoción integral del adulto mayor, así como la planificación, el diseño, la ejecución y la evaluación de las políticas nacionales relativas al mismo, promoviendo programas y actividades que logren su desarrollo pleno e integración social y económica, coordinado y coejecutando con organismos estatales y privados la aplicación efectiva de las políticas de salud integral, educación, capacitación, recreación, apoyo e integración social;
- b) el asesoramiento a los organismos del Estado sobre los derechos de los adultos mayores establecidos en la Plataforma de Acción de la Convención de Población y Desarrollo de 1994, ratificada por nuestro país, cuyo ejercicio debe incorporarse en las acciones y programas dirigidos a esta población;
- c) la realización de convenios con los organismos internacionales de cooperación técnica y financiera y la elaboración de un Plan Nacional de Promoción que encare orgánicamente las necesidades del adulto mayor en todos los planos de la vida individual y colectiva para el cumplimiento de sus derechos.

La Ley también enumera los principios a los que debe ceñirse el Plan Nacional de Promoción del Adulto Mayor que encarga al INAM, referidos a sus derechos a la salud, alimentación, vivienda, educación, recreación, etc.

El artículo 3° crea un Consejo Consultivo integrado por el MSP, el BPS, la Cátedra de Geriátrica de la Facultad de Medicina, el Congreso de Intendentes y hasta tres organizaciones de la sociedad civil que representen los intereses de los adultos mayores jubilados, pensionistas y de sus in-

tereses culturales a los efectos de dar cumplimiento a las competencias asignadas al INAM, quien lo presidirá.

Viviendas para jubilados y pensionistas. El artículo 43 de la Ley N° 17.292, de 25 de enero de 2001, con la redacción dada por la Ley N° 19.924 de 18 de diciembre de 2020, comete al Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial, en coordinación con el Banco de Previsión Social, la formulación y evaluación de las políticas de soluciones habitacionales para jubilados y pensionistas.

Asistencia a la vejez. La Ley N° 18.241 de 27 de diciembre de 2007, con la redacción dada por el artículo 158 de la Ley N° 20.130 de 2 de mayo de 2023 instituye, a partir del 1° de enero de 2008, un subsidio a personas de sesenta y cinco o más años de edad y menores de setenta años de edad que, careciendo de recursos para subvenir a sus necesidades vitales, integren hogares que presenten carencias críticas en sus condiciones de vida, siempre que acrediten por lo menos diez años de domicilio en el país en los últimos veinte años antes de la solicitud, sin perjuicio de lo dispuesto por la Ley de Seguridad Social N° 16.929, de 13 de abril de 1998 (artículo 1°).

Prima por edad. La Ley N° 18.095, de 10 de enero de 2007, establece, a partir del 1° de enero del mismo año, una prima por edad para las personas que perciben una jubilación servida por el BPS, que tengan setenta o más años de edad y que cumplan los siguientes requisitos:

- a) que sus ingresos no superen las tres Bases de Prestaciones y Contribuciones que prevé la Ley N° 17.856, de 20 de diciembre de 2004;
- b) que integren hogares donde el promedio total de ingresos por persona, no supere las tres Bases de dichas Prestaciones y Contribuciones.

El artículo 4° de la Ley establece una incorporación gradual al beneficio, previendo al efecto dos niveles, el de jubilados de ochenta o más años de edad (a partir del 1° de enero de 2007, se devengará y abonará una tercera parte del valor de la prima, incrementándose en razón de una tercera parte más cada 1° de enero de los subsiguientes años 2008 y 2009, hasta alcanzar la totalidad del valor definido para la misma), y el de jubilados de setenta o más años de edad, pero menores de ochenta (a partir del 1° de enero de 2007, se devengará y abonará una quinta parte del valor de la prima, incrementándose en razón de una quinta parte más cada 1° de

enero de los subsiguientes años 2008, 2009, 2010 y 2011, hasta alcanzar la totalidad del valor definido).

El artículo 5° estatuye que el beneficio se devenga a partir del primer día del mes siguiente al cumplimiento de la edad y condiciones previstas. Si tales condiciones dejan de verificarse, la prima por edad se suspende a partir del primer día del mes siguiente a ese cambio de situación.

Por su parte, el artículo 6° establece una incompatibilidad, prohibiendo acumular más de una prima por edad, independientemente de la normativa a cuyo amparo haya sido otorgada.

Sistema Nacional de Cuidados. La Ley N° 19.353 de 27, de noviembre de 2015, crea el Sistema Nacional de Cuidados (SNIC), declarando de interés general la universalización de los cuidados a las personas en situación de dependencia (artículo 1°).³⁸

El SNIC se define como el «conjunto de acciones y medidas orientadas al diseño e implementación de políticas públicas que constituyan un modelo solidario y corresponsable entre familias, Estado, comunidad y mercado» (artículo 2°), y los cuidados son «acciones que las personas dependientes deben recibir para garantizar su derecho a la atención de las actividades y necesidades básicas de la vida diaria por carecer de autonomía para realizarlas por sí mismas. Es tanto un derecho como una función social que implica la promoción del desarrollo de la autonomía personal, atención y asistencia a las personas dependientes» (artículo 3°).

El artículo 4° enumera los principios del Sistema: la universalidad de los derechos a la atención, a los servicios y a las prestaciones en condiciones de igualdad; la progresividad en la implementación y acceso a los servicios y prestaciones; la articulación y coordinación de las políticas de cuidados con el conjunto de las políticas orientadas a mejorar la calidad de vida de la población; la equidad, continuidad, oportunidad, calidad, sostenibilidad y accesibilidad de los servicios y las prestaciones de cuidados a las personas en situación de dependencia, así como la consideración de sus preferencias sobre el tipo de cuidado a recibir; la calidad integral; la

³⁸ Esta ley ha sido reglamentada por el Decreto N° 428/016 de 27 de diciembre de 2016.

permanencia de las personas en situación de dependencia en el entorno donde desarrollan su vida diaria, siempre que sea posible; la inclusión de las perspectivas de género y generacional, teniendo en cuenta las distintas necesidades, promoviendo la superación cultural de la división sexual del trabajo y la distribución de las tareas de cuidados entre todos los actores de la sociedad; la solidaridad en el financiamiento, asegurando la sustentabilidad en la asignación de los recursos para la prestación de cuidados integrales.

La norma prevé los derechos y obligaciones para los beneficiarios y las obligaciones para quienes prestan cuidados.

Se consideran personas en situación de dependencia, según la Ley, «*las personas que requieran apoyos específicos para el desarrollo de sus actividades y la satisfacción de las necesidades básicas de la vida diaria*», incluyendo a las niñas y niños de hasta doce años; las personas con discapacidad que carecen de autonomía para desarrollar actividades y atender por sí mismas sus necesidades básicas de la vida diaria; y las personas mayores de sesenta y cinco años que carecen de autonomía para desarrollar las actividades y atender por sí mismas sus necesidades básicas de la vida diaria (artículo 8°).

9. Uruguay en índices de desarrollo.

Uruguay se encuentra entre los primeros lugares de la región en relación con diversas medidas de bienestar, como el Índice de Desarrollo Humano, el Índice de Oportunidad Humana y el Índice de Libertad Económica. La estabilidad de sus instituciones y los niveles bajos de corrupción se reflejan en el alto grado de confianza de los ciudadanos hacia su gobierno. Específicamente, de acuerdo con informe de 2023-2024 de la ONU, Uruguay se ubica tercero en *desarrollo humano* en Latinoamérica. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) lo coloca entre los países latinoamericanos con desarrollo alto.

Destaca en América Latina por ser una sociedad igualitaria, con alto ingreso per cápita, bajo nivel de desigualdad y pobreza, y ausencia casi total de indigencia. En términos relativos, su clase media es la más grande de la región, y representa el 60% de su población.

En el mismo sentido, según el Índice de Oportunidad Humana del Banco Mundial, Uruguay ha logrado alcanzar un alto nivel de igualdad de oportunidades en términos de acceso a servicios básicos tales como educación, agua potable, electricidad y saneamiento. El organismo marca dos características fundamentales –un sólido pacto social y apertura económica– que sustentan el camino hacia la reducción de la pobreza y la promoción de la prosperidad compartida.

El buen desempeño económico de Uruguay ha permitido una mayor capacidad de respuesta de la economía a impactos negativos externos. A su vez, cerca del noventa por ciento de la población de más de 65 años está cubierta por el sistema de seguridad social, uno de los coeficientes más altos en América Latina y el Caribe. Con estos datos, Uruguay muestra, entonces, una situación auspiciosa en materia de desarrollo, planteándose el desafío de hacerlo sustentable.

10. Necesaria armonización entre derechos sociales y sostenibilidad.

Aunque una primera mirada lleve a pensar lo contrario, derechos sociales y sostenibilidad no pueden contraponerse. Por el contrario, deben armonizarse a efectos de que ambos resulten garantizados. Un crecimiento e incluso cualquier cambio que no garantice los derechos humanos en general, y los sociales en particular, en definitiva, compromete la sostenibilidad.

Para tomar un ejemplo, una transformación como la transición energética hacia energías verdes no puede llevarse adelante dejando fuera a ningún sector de la población. Como se ha observado, una transformación de cualquier índole que genere exclusiones apareja un debilitamiento progresivo del Estado social y democrático de Derecho.

En tal entendido, pues, el Estado debe hacer su mayor esfuerzo para crecer de modo sostenible e inclusivo, con garantía de los derechos humanos.

Ello requiere un abordaje de equilibrio, que considere estrategias clave, entre las que pueden mencionarse las siguientes:

(i) diseño de políticas públicas que integren la protección ambiental y la equidad social. Un ejemplo de política que va en esta línea es la definición de subsidios a las energías renovables para las poblaciones más vulnerables. Otro ejemplo es la aplicación del principio según el cual *quien contamina paga*, generando así recursos para financiar programas sociales;

(ii) promoción de una economía circular, dirigida a reducir residuos e incrementar el reciclaje. En el caso uruguayo, desde el gobierno se ha marcado la necesidad de una transición de un modelo lineal a otro circular. Desde esta perspectiva, se señala a la economía circular como «*un nuevo paradigma que promueve la producción de bienes y servicios de manera sostenible, reduciendo el consumo, el tiempo, las fuentes de energía y los desperdicios. En este modelo, los productos, procesos y servicios se diseñan especialmente para optimizar los recursos utilizados y minimizar la generación de residuos. Los principios básicos implican: reducir, reutilizar, reparar y reciclar en un círculo continuo*».

En esta perspectiva, se identifican cinco modelos de negocios:

- (1) *provisión circular*, con uso de materiales y materias primas totalmente renovables, reciclables o biodegradables, utilizables en varios ciclos de vida (packaging biodegradable, bio-plásticos, energías renovables);
- (2) *recuperación de recursos*, con reuso y reprocesamiento de materiales descartados o desperdiciados en el proceso (bio-energía, reutilización de residuos);
- (3) *extensión de la vida del producto*, diseñándolo de modo que resulte más duradero, y facilitando su recuperación, reparación, reciclaje y devolución;
- (4) *recursos compartidos y consumo colaborativo*, con optimización del uso de productos, por ejemplo, a través del uso de plataformas que facilitan esas operaciones;
- (5) *productos como servicios*, procurando que las empresas sustituyan la compraventa de bienes por otros esquemas, como el arrendamiento;

(iii) incentivo a actividades y trabajos ‘verdes’;

(iv) fomento de infraestructura sostenible de acceso a servicios básicos;

(v) participación, educación y capacitación a efectos de crear conciencia ciudadana sobre la importancia de la sostenibilidad;

(vi) garantía del acceso equitativo a los principales recursos naturales, como el agua y la energía, y promoción de su uso responsable;

(vii) protección de los recursos naturales con medidas de conservación, uso sostenible y mitigación de efectos adversos que no puedan evitarse.

Corresponde recordar, a su vez, que es obligación de los Estados, en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos, sin distinción por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, situación económica, nacimiento u otra condición.

Esa obligación recogida en la Carta deriva del fundamento mismo de la existencia del Estado, en tanto que entidad instrumental al servicio del ser humano.

Como es lógico, las acciones estatales deben garantizar la efectividad de los derechos humanos de las generaciones presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. De allí, resulta el ligamen indisoluble entre derechos humanos, sostenibilidad y acción estatal, elementos de una tríada de compleja pero inevitable armonización.

**DIRITTI SOCIALI
E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

*** * ***

**DERECHOS SOCIALES Y
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

EL ESTÁNDAR DE LOS DERECHOS SOCIALES Y SU PRESERVACIÓN DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

José María Gimeno Feliú

El tema Derechos sociales y la Administración pública aborda el rol que los poderes públicos deben desempeñar para preservar un estándar de calidad de los derechos sociales en tanto, como recuerda el profesor R. SPANO, los derechos humanos (de los que forman parte muchos derechos sociales) son la estrella polar del Estado de Derecho.

A modo de contexto previo, hay que recordar que el Derecho Administrativo no puede dejar de ser sensible a la realidad siempre cambiante que intenta abarcar, para encauzarla y dirigirla en el sentido del interés general, para acomodarse a ella y para que sus explicaciones conecten con la 'realidad', que es siempre dinámica.

El 'teatro de operaciones' para tener en cuenta ya no es, exclusivamente, el espacio interior de cada Estado, puesto que, las estrechas relaciones económicas internacionales o la pertenencia a estructuras políticas supranacionales (como es el caso de la Unión Europea) nos sitúan ante un nuevo marco de referencia que suponen a su vez una mutación fundamental de los Estados y de sus estructuras organizativas internas.

En efecto, el contexto ideológico e institucional actual es bien diferente de aquel a partir del cual se construyó el Derecho Administrativo clásico. El dinamismo de los agentes sociales, sobre todo de los económicos, convertidos en organizaciones transnacionales que mueven ingentes recursos económicos, superiores, en ocasiones, a los presupuestos de los propios Estados, supera la capacidad de dirección, control y respuesta de las estructuras públicas nacionales, de tal manera que la realidad económica se impone a la política, y son estas organizaciones económicas las que frecuentemente condicionan la política de los Estados y no a la inversa.

No es de extrañar por ello que los instrumentos jurídicos que brinda el Derecho Público clásico queden desbordados e inútiles ante las nuevas realidades a las que han de hacer frente los poderes públicos si no quieren ser meros instrumentos en manos de esos intereses económicos, con el riesgo de poner en peligro la estabilidad económica y social de los Estados.

En este contexto, en unos tiempos de evidentes incertidumbres, hay que reseñar que la nueva presidenta de la Comisión presentaba en julio de 2024 su Programa político denominado *La decisión de Europa* con la finalidad política de servir de «*escudo de la democracia europea*». Entre varios objetivos, se propone un gran impulso a las inversiones para poder avanzar en los objetivos de las transiciones ecológica, digital y social.

Esta idea aparece ya en el Informe elaborado por Enrico Letta *Mucho más que un mercado*, (abril 2024) donde se insiste en la capacidad de transformación de la contratación pública al servicio de las políticas públicas como la sostenibilidad social y ambiental o la innovación. No puede desconocerse el actual escenario geoestratégico con la intención de divisar *la estrella polar* (término también utilizado por la presidenta de la Comisión Europea al presentar en enero de 2025 el *Documento Brújula de la Competitividad en Europa*), que oriente y facilite la navegación de la contratación pública en España (y Europa) desde una efectiva contratación pública geoestratégica al servicio de la ciudadanía.

El Derecho, como recuerda el profesor L. Martín Rebollo, es un instrumento útil, pues previene el caos. Un buen derecho permite reforzar los pilares de una sociedad democrática en tanto ayuda a conseguir los objetivos de la ciudadanía.

Un derecho que se debe anclar sobre los principios de libertad, justicia, equidad y solidaridad y que debe permitir un crecimiento económico integrador.

Esa es, por tanto, la brújula del derecho público moderno que, por impulso de la doctrina y de la jurisprudencia, ha ido evolucionando en estos últimos años¹. Y donde, como recuerda J. Rodríguez-Arana, el derecho

¹ Cita obligada es el Curso de derecho administrativo, de los profesores E. García de

presupuestario es un instrumento al servicio de los derechos sociales y no a la inversa.

No puede haber un Estado Social óptimo sin un correcto y sincrónico funcionamiento de la actividad económica, lo que requiere una posición de liderazgo institucional público. En consecuencia, las diferentes medidas de regulación o de actuación no pueden desconocer la obligación de preservar los derechos sociales como ADN del propio sentido de las Administraciones, sin los que se comprometería la buena administración.

Esta idea (que será destacada por N. Parisi) al recordar que la integración europea descansa, principalmente, en la salvaguardia de los derechos sociales, que forman parte de los valores consagrados en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Y el principio de eficiencia exigible a toda administración pública debe medirse por el mejor resultado en la garantía de los derechos sociales, que constituyen el fundamento de las reglas del mercado

Para preservar un nivel adecuado de derechos sociales existen reglas jurídicas claras que permiten a las Administraciones públicas mantener un estándar óptimo de calidad en dichos derechos; sin embargo, hace falta voluntad política para aplicarlas y saber cómo utilizarlas. Esto requiere un liderazgo institucional público orientado a garantizar la mejor calidad posible de los derechos sociales, que constituyen el principal pilar de la democracia y del Estado de Derecho (véase la reflexión destacada por V. De Dios).

Entre las técnicas, como explicará J. Muratorio, el servicio público tiene especial importancia, donde sus notas de regularidad. Continuidad y equidad deben servir para que los derechos sociales sean efectivos. Pero la complejidad actual obliga a que el sistema tarifario permita cohonestar

Enterría y T.R. Fernández Rodríguez, que ahora cumple cincuenta años desde su primera edición. Como afirma el Prólogo de 2024 que escribe Tomás Ramón Fernández «*En el momento en que se da a la imprenta esta nueva edición se está desarrollando, sin que la mayoría de los ciudadanos se dé cuenta, un descomunal enfrentamiento entre el poder y el Derecho, de cuyo desenlace depende ni más ni menos que el mantenimiento del Estado de Derecho. Conviene decirlo porque los grandes acontecimientos no suelen percibirse como tales cuando están ocurriendo y sólo cuando se convierten en Historia acertamos a visualizarlos en toda su verdadera dimensión*».

la calidad con el derecho a la rentabilidad razonable de los colaboradores privados y donde las entidades reguladoras deben funcionar con criterios profesionales y no ideológicos para alinear los diferentes intereses y asegurar la mayor calidad de los derechos sociales.

Por ello, como nos dirá M. Ivanegas, el presupuesto no puede ser un obstáculo jurídico y, en la programación de estos, en clave de inversión, debe atenderse a los resultados obtenidos y no tanto al objetivo de ahorrar. Pues la asignación presupuestaria debe alinearse con el mayor valor que condichos fondos puede obtenerse, máxime cuando se destinan a la eficacia de derechos sociales / humanos como la educación, salud o vivienda. Y, por ello, una transparente rendición de cuentas es fundamental para explicar a la ciudadanía los resultados realmente obtenidos.

Los derechos sociales son el fundamento del Estado Social (y también del Estado de Derecho pues sin la efectividad de los mismos no existirá ni buen gobierno ni buena administración) por lo que corresponde a las Administraciones públicas ser centinelas en la salvaguarda y promoción de los mismos, como afirma P. Sammartino, quien promueve como idea fuerza el principio constitucional de «*la interdicción de la insensibilidad de la actuación pública en la defensa de los mejores estándares de los derechos sociales*».

Para actuar con responsabilidad y sensibilidad en la protección de los derechos sociales es una herramienta de indudable relevancia la contratación pública, e tanto se movilizan importantes recursos públicos que hacen del contrato público, bien utilizado, un escudo de los derechos sociales. Así lo argumenta G. Garcia-Alvarez al explicar cómo desde el derecho pretoriano consolidado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha tejido una red de protección de los derechos sociales impulsando un modelo que, además de asegurar las políticas europeas en el actual escenario de geoestrategia a favor de la denominada compra preferencial (para evitar el dumping social) puede favorecer el denominado *efecto Bruselas* (término acuñado en 2012 por la profesora Anu Bradford) para exportar este modelo de mercado y políticas públicas a otros territorios mundiales.

Así, desde la contratación pública responsable y desde una moderna colaboración público-privada se puede reforzar los cimientos del Estado

Social, promoviendo una competencia leal que no comprometa los derechos constitucionales sociales.

Por supuesto, como núcleo de los derechos sociales, aparece la transparencia, que ha de permitir iluminar las decisiones públicas para evitar la corrupción, que es la principal amenaza de los derechos sociales y de la propia democracia.

Lo ha explicado muy bien la sentencia de 27 de noviembre de 2023 de la Corte Interamericana de derechos humanos, en el caso *Viteri Ungaretti y otros vs. Ecuador*, que se pronuncia sobre el coste de la corrupción en la contratación pública².

La sentencia aborda la responsabilidad internacional del Estado del Ecuador por las supuestas represalias sufridas por el señor Julio Rogelio Viteri Ungaretti, miembro de las Fuerzas Armadas y su familia. Se alega que dichas represalias se dieron como consecuencia de una denuncia por graves irregularidades en la administración pública y hechos de corrupción dentro de las Fuerzas Armadas que realizó el señor Viteri en noviembre de 2001.

La sentencia pone de relieve la importancia de seguir combatiendo a la corrupción en el ámbito de la contratación pública, pues es con carácter general el principal escenario donde se producen las actividades ilícitas, en mayor o menor intensidad.

Corrupción en la contratación pública que se vincula con la protección de los derechos humanos y que guarda directa relación con la necesidad de proteger principios constitucionales tan importantes como la objetividad, transparencia y eficiencia sin lo que se pone en riesgo los derechos sociales.

Y para ello, los pactos de integridad, promovidos especialmente por Transparencia Internacional, son, como recuerda G. Colombo, un instrumento eficaz para avanzar en un nuevo modelo de gobernanza, que se

² Un interesante y completo comentario a esta sentencia es realizado por el profesor colombiano Jaime Orlando Santofinio Gamboa.

caracteriza porque en los procedimientos administrativos más sensibles a la corrupción (como lo son los contratos públicos) expertos independiente *monitoriza* las distintas fases y actuaciones con el fin de ser un instrumento de *alerta temprana*, así como de refuerzo de un nuevo modelo de actuar, que haga de la *prevención de los casos de corrupción* y la independencia del control una seña de identidad de nuestra democracia (Interesa destacar que para la Corte, citando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las denuncias de actos de corrupción constituyen el prototipo de lo que se convierte en un asunto de interés público).

Las Administraciones públicas deben asumir su rol de tutela y promoción del máximo estándar de los derechos en los límites de disponibilidad financiera (el derecho comparado nos ofrece importantes asimetrías al existir países con un importante nivel de actividad informal, opaca por ello al apoyo financiero de los derechos sociales, lo que quiebra el principio de equidad) para lo que Encuentros internacionales como el celebrado en la Universidad de Trento deben servir, para, desde la academia, reclamar una hoja de ruta jurídica adecuada que preserve y promueva *el genio expansivo* del Estado Social.

Las experiencias de países democráticos de nuestro entorno deben ser el espejo donde mirar para, más allá de medidas de ‘maquillaje’, impulsar un sistema coherente que preserve los paradigmas de los derechos sociales, cuya consolidación y promoción debe ser la estrella polar del buen gobierno.

Una última reflexión. Desde una correcta aplicación del derecho a una buena administración no pueden desconocerse las exigencias de *justicia social*, máxime en un momento donde la tecnocracia y la inteligencia artificial se presentan, por su falta de *empatía*, como una amenaza a los derechos constitucionales.

Es tiempo de rearmar un modelo de crecimiento sostenible, que integre lo social, ambiental y la equidad como señas de identidad del sistema económico (son ya objetivos primarios) para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. Lo que exige, además de la necesaria convicción, planificación, una verdadera estrategia de objetivos realizables a medio y

largo plazo (frente a la improvisación) y una visión no meramente *numérica e insensible* sobre los resultados.

Como bien advirtió la Abogado General J. Kokott en un procedimiento judicial en la Unión Europea, *«Aunque el sabor del azúcar, en sentido estricto, no es diferente en función de si ha sido adquirido de forma justa o injusta, un producto que ha llegado al mercado en condiciones injustas deja un regusto más amargo en el paladar de los clientes conscientes de la responsabilidad social»*.

Educar el paladar de instituciones públicas y privadas y de los ciudadanos, para que pongan en valor la sostenibilidad social desde la máxima protección de los derechos sociales como derechos humanos, es el gran reto para poder consolidar un Estado de Derecho que puede enarbolar como principal bandera la de la justicia social, objetivo fundamental del derecho a la buena administración en el siglo XXI.

DIRITTI SOCIALI FONDAMENTALI E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NELLO SPAZIO COSTITUZIONALE EUROPEO

Nicoletta Parisi

SOMMARIO: I. PREMESSA METODOLOGICA. - II. LA CONVERGENZA DI VALORI-GUIDA IN MATERIA DI DIRITTI SOCIALI FONDAMENTALI NELLO SPAZIO PUBBLICO EUROPEO. - 1. Il Pilastro sociale europeo, una costruzione multilivello: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione... - 2. (Segue) le modifiche apportate ai Trattati di Unione come innovati a Lisbona. - 3. (Segue) l'attività di regolazione dell'Unione. - 4. (Segue) e la giurisprudenza europea. - III. TUTELA DEI DIRITTI SOCIALI FONDAMENTALI E RUOLO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. - 5. I valori-guida europei relativi alla Pubblica Amministrazione. - 6. Ambito soggettivo di applicazione del principio di buona amministrazione europea. - 7. Lo spazio pubblico europeo e la garanzia dell'efficacia, dell'efficienza e della economicità dell'agire pubblico - 8. L'azione indirizzata alla salvaguarda dell'integrità delle risorse pubbliche europee: la protezione degli interessi finanziari dell'Unione tramite il criterio della condizionalità. - 9. L'impegno dell'Unione in tema di sostegno, completamento e coordinamento dell'azione amministrativa degli Stati membri. - 10. Il «braccio armato» dell'Unione: la Procura europea. - 11. Come promuovere il bene pubblico europeo, ovvero lo spazio amministrativo europeo fondato sui principi di un'economia sociale di mercato.

I. PREMESSA METODOLOGICA.

È veramente un piacere poter contribuire al dialogo che si è instaurato fra questo ampio circuito di Università e di Enti riuniti a Trento, e in particolare intervenire sul tema del contributo che la pubblica amministrazione è chiamata a dare per assicurare efficacia ai diritti sociali fondamentali.

A motivo dell'ambito scientifico che mi ha visto sempre impegnata nella vita universitaria desidero portare la Vostra attenzione sullo spazio pubblico europeo, e dunque affrontare il tema oggetto dell'incontro dalla prospettiva del contributo che la pubblica amministrazione europea è in grado di offrire.

Preliminarmente ci sarebbe da interrogarsi sulla definizione di pubblica amministrazione europea. Per ragioni di migliore (almeno spero) organizzazione del mio pensiero preferisco affrontare la questione in seconda battuta: essa mi sembra infatti la conseguenza di una ricognizione anzitutto sull'eventuale contributo che l'Unione europea possa dare, appunto, alla tutela dei diritti sociali fondamentali. Una volta accertato ciò, ci si può dedicare a definire quale pubblica amministrazione sia chiamata a dare effettività a questo pacchetto di diritti.

Nel procedere, dunque, orienterò il mio ragionamento raccogliendo due stimoli importanti offerti durante il Seminario dai Colleghi Andrea Borroni e Michele Nicoletti.

Il primo ha messo l'accento sui valori-guida che indicano convergenze politico-ideali fra diversità giuridiche, economiche e sociali nazionali nello spazio europeo; il secondo – nel ricordarci l'importanza delle politiche pubbliche – ha affermato che i diritti sociali sono nulla, sono vuote parole, senza l'intervento della pubblica amministrazione.

II. LA CONVERGENZA DI VALORI-GUIDA IN MATERIA DI DIRITTI SOCIALI FONDAMENTALI NELLO SPAZIO PUBBLICO EUROPEO.

1. Il Pilastro sociale europeo, una costruzione multilivello: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione...

Dunque, anzitutto, si tratta di affrontare la questione dei valori-guida europei in materia di diritti sociali fondamentali.

Sebbene il tema sia già stato approfondito, desidero spendere qualche riflessione sull'assetto giuridico di quello che convenzionalmente viene definito il Pilastro sociale europeo.

L'Unione si è progressivamente dotata di un nocciolo duro di diritti della persona che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) si limita a codificare, tanto che essi, unitamente alle libertà

economiche, sono considerati far parte di quella costituzione materiale dell'Unione che è venuta crescendo negli anni¹.

Pur essendo la Carta nata come mera dichiarazione politica², da essa è possibile ricavare i valori fondamentali³ di questa costituzione materiale europea, a partire dall'articolo 1, che tratta – in modo originale rispetto a ogni altro catalogo internazionale di diritti – di dignità della persona, dalla quale discende la fruizione di ogni altro diritto e libertà individuale.

Occorrerebbe soffermarsi anche sulla dimensione ineludibile dei doveri. Tuttavia, poiché il tema porterebbe il discorso ben lontano, in una direzione non congruente con l'oggetto del nostro incontro, mi limito a sottolineare che è la stessa Carta europea dei diritti fondamentali a ricordare che «[i]l godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future»⁴.

La Carta, come noto, è divisa in capitoli senza distinzione fra norme e principi che trattano di diritti civili e politici, di diritti sociali, economici e

¹ Sulla costituzione materiale dell'Unione v. già D. Rinoldi, *L'ordine pubblico europeo*, Napoli, 2008; e più recentemente G. Pitruzzella, *L'Unione europea come "comunità di valori" e la forza costituzionale del valore dello "stato di diritto"*, in *Federalismi.it*, 28/2021, 15 dicembre 2021, IV ss. Sui contenuti economici della costituzione materiale europea v. Ch. Jörges, *What is left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy*, in *Eur. Law Rev.*, 2005, p. 461. Infine sul processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea si veda (fra i moltissimi contributi) da ultimo A. Ruggeri, *Se ed in che senso è appropriato discorrere di una "costituzionalizzazione" dell'Unione europea*, in *Consultaonline*, 2025, fasc. 1, 27 gennaio 2025, p. 68 ss.; ma già prima A. Bernardi, *Cinque tappe nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea. Note di un penalista*, in *Riv. it. dir. pub. comp.*, 2013, p. 551 ss. Altri riferimenti in note 19-21. Peraltro è la nostra stessa Corte costituzionale a prendere atto che «la Carta europea costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto tipicamente costituzionale» (sentenza n. 269/2017, punto 5.2).

² Ma poi divenuta giuridicamente vincolante: *infra*, par. 2.

³ Sul tema dei valori la dottrina è sterminata. Ci si limita a segnalare l'ultimo apporto in materia (anche per il richiamo a contributi italiani e stranieri in argomento): *L'Unione europea come comunità di valori. Atti del Convegno di Studi in onore di Ennio Triggiani (Università degli Studi di Bari Aldo Moro – 26 settembre 2024)*, in *St. int. eur.*, 2025, p. 207 ss.

⁴ Ult. cpv. del Preambolo CDFUE.

culturali, di diritti collettivi. D'altronde sulla irrilevanza di siffatta distinzione già si è ben scritto⁵.

Ma aver accolto siffatta tecnica redazionale obbliga l'interprete e chi deve dare applicazione al suo disposto a utilizzare tutti i diritti come parte di un unico contesto normativo⁶, imponendo un bilanciamento assai originale fra tutti essi e fra essi e l'intero contesto giuridico nel quale essi sono chiamati a operare.

Questo dato contribuisce ancora una volta ad assimilare l'Unione europea a un ente di governo di situazioni soggettive individuali⁷, ben differenziandosi questa condizione da quella nella quale si trova ad operare un'altra istituzione internazionale – la Corte 'di Strasburgo' – che presidia solo (ma non è per nulla poco) il rispetto di diritti e libertà fondamentali da parte degli Stati contraenti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

L'Unione europea ha visto negli anni rafforzato il tessuto normativo della Carta, anche sul fronte della tutela dei diritti sociali, prima in conseguenza dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, poi grazie alla conseguente attività di regolazione, infine in virtù dell'accertamento giurisdizionale variamente governato dalla Corte di giustizia dell'Unione stessa.

2. (Segue) le modifiche apportate ai Trattati di Unione come innovati a Lisbona.

È al Trattato di Lisbona – di modifica del Trattato di Unione aperto alla firma a Maastricht nel 1992 – che occorre anzitutto fare riferimento, in quanto la sua entrata in vigore (2009) ha determinato più di un progresso

⁵ C. Salazar, *I diritti sociali nel "gioco delle tre Carte": qualche riflessione*, in L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte*, Torino, 2016, p. 217.

⁶ Così V. Buonomo, *Il preambolo della Carta: obiettivi, collegamenti, interazioni*, in P. Gianniti (a cura di), *I diritti fondamentali nell'Unione Europea*, Bologna-Roma, 2013, p. 424.

⁷ Come peraltro già si era espressa nei primi anni Sessanta del secolo scorso la Corte di giustizia dell'allora Comunità economica europea: sentenza 5 febbraio 1963, causa 26-62, *van Gend & Loos*.

per il tema che oggi ci occupa, a partire dall'inserimento nel Trattato di Unione di un art. 2 che afferma essere l'Organizzazione fondata su sei valori – democrazia, Stato di diritto, rispetto dei diritti dell'uomo, della dignità umana, dell'eguaglianza, della libertà – comuni agli Stati membri.

La componente sociale delle politiche europee ne esce infatti rafforzata⁸, almeno in astratto⁹, per altri due ordini di motivi: anzitutto a motivo delle puntuali modifiche (di portata sia sostanziale che procedurale) che esso determina nel funzionamento dell'Unione europea e in materia di esercizio delle competenze in materia di diritti sociali; inoltre perché, in virtù di queste, si sono poste le premesse per l'adozione di atti normativi più incisivi nella materia stessa, nonché per una maturazione della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Per punti e in modo molto sintetico, si può cominciare con l'osservare che la norma del Trattato di Unione che dispone in tema di fini dell'Organizzazione (art. 3 TUE) contiene due novità. Vi è anzitutto un'inversione nell'elencazione dei fini dell'Organizzazione. Il conseguimento del «mercato unico» – obiettivo che fin dal 1958 è stato considerato fondamentale veicolo del processo di integrazione del continente europeo – segue l'affermazione dell'Unione come uno «spazio di libertà, sicurezza e giustizia», nel quale le persone in quanto tali (non solo in quanto economicamente rilevanti) hanno il diritto di circolare liberamente, in condizioni di sicurezza, fruendo dei propri diritti fondamentali, fra i quali l'accesso alla giustizia¹⁰. Sembrerebbe di poter dire – utilizzando le parole del *Piano d'azione per l'attuazione del Programma di Stoccolma* – che, così facendo, il meno (lo spazio economico) è ricompreso nel più (lo spazio di libertà).

Quest'ultimo «contribuisce a rafforzare e sviluppare il modello europeo

⁸ Sul punto v. fra i tanti M. Roccella, *Diritto comunitario e diritto del lavoro: dalle origini al Trattato di Lisbona*, in M. Persiani, F. Carinci (dir.), *Trattato di diritto del lavoro. I. Le fonti del diritto del lavoro*, Padova, 2010, p. 272 ss.

⁹ Ma occorrerà interrogarsi in questo contributo sull'effettività del processo (*infra*, parr. 4 in fine, e 6 ss.).

¹⁰ Tale fine è indicato nell'art. 3.2 TUE. V. anche D. G. Rinoldi, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in U. Draetta, N. Parisi, D.G. Rinoldi (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale alla prova dell'integrazione politica*, Milano, 2023, pp. 4-5.

di economia sociale di mercato», poiché al centro dell'azione dell'Unione «restano valori imperativi (...) [quali] il rispetto della persona e la dignità umana, la libertà, l'uguaglianza e la solidarietà»¹¹.

In seconda battuta, il conseguimento del «mercato unico» perde nell'Unione, anche sul piano formale, la connotazione squisitamente liberista che è propria della dottrina dal quale esso ha preso le mosse, per dare spazio a finalità sociali: l'art. 3.3 del Trattato di Unione – nel fare riferimento a un'economia sociale di mercato, nonché all'obiettivo della piena occupazione e del progresso sociale – utilizza infatti espressioni che non avevano prima trovato posto nei Trattati istitutivi di Comunità e Unione europea.

Peraltro il Trattato di Lisbona, nell'intervenire nel tessuto del Trattato istitutivo della Comunità europea (non solo cambiandone il nome in *Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE)*, ma anche modificando assetti e competenza) non altera in modo significativo i poteri decisionali delle istituzioni dell'Unione in materia di politica dell'occupazione e politica sociale, stabiliti rispettivamente nei Titoli IX e X della Parte terza TFUE, negli articoli 145-150 e 151-161¹²; né incide sulla portata dei singoli diritti sociali contenuti nei Trattati, o sui contenuti della Carta dei diritti fondamentali.

Tuttavia, il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea contiene importanti disposizioni che, lette alla luce del nuovo contesto in cui si collocano, sono capaci di imprimere un impulso alla protezione dei diritti sociali.

Si tratta anzitutto dell'articolo 10, ove si stabilisce che, «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche», l'Unione «mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza, l'origine, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale»¹³. È

¹¹ V. punto 1 del *Piano di azione per l'attuazione del Programma di Stoccolma*, adottato dalla Commissione il 20 aprile 2010, COM(2010)171 def.

¹² Si vedano le puntualizzazioni di A. Santini, *La politica sociale e dell'occupazione*, in U. Draetta, N. Parisi (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, par. 3. Sul fatto che la tutela dei diritti sociali sia ancora in gran parte responsabilità degli Stati membri si vedano le considerazioni di C. Salazar, *I diritti sociali*, cit., p. 230 ss.

¹³ Si veda C. Favilli, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2008, p. 180 ss.

questa una disposizione doppiamente innovativa: essa contempla infatti un divieto di discriminazione e una correlata attribuzione di competenza in capo alle istituzioni dell'Unione ad agire in tal senso; ha inoltre una portata trasversale, in quanto dispone che il principio della parità di trattamento integri tutte le politiche europee.

La norma è completata dal precedente articolo 9, che – in modo simmetrico ad essa – obbliga le stesse istituzioni a tener conto, sempre «[n]ella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni», «delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana».

Vi è poi l'importante affermazione contenuta nell'art. 152 TFUE, che finalmente introduce nell'ordinamento dell'Unione una forma di sussidiarietà orizzontale già tanto auspicata¹⁴: nel riconoscere e promuovere il ruolo delle parti sociali anche a livello dell'Unione, e nell'attribuire a questa un compito promozionale in materia, il Trattato dà maggior consistenza alle norme che dispongono in tema di democrazia partecipativa¹⁵.

È questo lo stesso approccio condiviso nell'ordinamento italiano e affermato con chiarezza dalla Corte costituzionale¹⁶: i cittadini non sono da inquadrare nel contesto istituzionale come utenti ai cui bisogni la sfera pubblica deve dare adempimento. I cittadini sono persone dotate di capacità, apportatori di conoscenze, e per questo interlocutori necessari¹⁷.

¹⁴ Ci si permette di rinviare alle considerazioni di N. Parisi, *Identità europea e cittadinanza sociale nell'Unione europea. Alcune considerazioni sull'intreccio di fonti in materia di tutela dei diritti fondamentali*, in G. Grasso Lanza (a cura di), *L'Europa dopo Lisbona*, Acireale, 2009, p. 137 ss.

¹⁵ Sul coinvolgimento della società civile come utile indicatore per valutare la salute dello Stato di diritto si veda da ultimo la *Sesta Relazione sullo Stato di diritto 2025*, 8 luglio 2025, COM(2025) 900 final, specific. punto 4.4. In relazione alla democrazia partecipativa europea si rinvia ai riferimenti contenuti in N. Parisi, D.G. Rinoldi, *Società civile, Pubblica Amministrazione, economia lecita (a proposito di umarells, monitoraggio civico, quadruplica elica)*, in A. Scialdone (a cura di), *Esperienze di monitoraggio civico. Esercizi intorno al PNRR*, Rapporto INAPPP per il Festival dell'economia sociale, Roma, 2025.

¹⁶ Sentenza Corte cost. 181/2020.

¹⁷ Così E. Manzini, M. D'Alena, *Fare assieme. Una nuova generazione di servizi pubblici collaborativi*, Milano, 2024, pp. 5, 11, 37.

Il Trattato di Lisbona, inoltre e finalmente, interviene a precisare lo *status* della Carta dei diritti fondamentali: l'art. 6.1 TUE ne dichiara la stessa portata giuridica dei Trattati di Unione, pur non incorporandola in essi.

È vero che quest'affermazione non è in grado di rendere alcune norme della Carta meno programmatiche per il solo fatto di essere contenute in una fonte di diritto primario. Tuttavia il complessivo salto di qualità è evidente: fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la Carta aveva trovato un'applicazione ondivaga a causa della natura formalmente non vincolante e in assenza di più puntuali accertamenti in ordine al suo *status* giuridico¹⁸.

L'assetto conseguito con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona determina che le disposizioni in essa contenute siano ascritte senza incertezze al rango, appunto, di fonte primaria dell'ordinamento dell'Unione¹⁹. Al Riguardo si deve concordare con chi ha osservato che «senza la Carta dell'Unione (...) tanti diritti, specie quelli qualificati come *nuovi* (o *nuovis-*

¹⁸ Sull'allora vessata (ma ormai archiviata) questione della portata (giuridica o non; vincolante o non) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea v. fra i tanti contributi U. Villani, *Diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2004, p. 73 ss. Per l'affermazione secondo la quale la Carta aveva, ancor prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, portata giuridica vincolante v. N. Parisi, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009.

¹⁹ Sul salto di qualità rappresentato dal fatto che le norme contenute nella Carta dei diritti in virtù dell'art. 6.1 TUE siano divenute diritto primario dell'Unione v. le significative osservazioni contenute già nelle conclusioni degli avvocati generali Trstenjak (14 aprile 2010, causa C-271/08, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, par. 79); e Cruz Villalón (5 maggio 2010, causa C-515/08, *Santos Palhota e altri*, par. 51-53); e da ultimo *adde* la sentenza della Corte di giustizia UE (grande Sezione), 3 giugno 2025, C-460/23, *Kinsa*. Ma v. già N. Parisi, *Funzione e ruolo della Carta*, cit., pp. 664-668 principio di proporzionalità cristallizzato nell'art. 52.1 della Carta dei diritti fondamentali per interpretare restrittivamente un obbligo di tutela penale europeo e, parallelamente, per sancire il carattere ostativo della Carta rispetto a un'implementazione di tale obbligo, nel diritto penale nazionale, suscettibile di sacrificare il *nucleo essenziale* di diritti sostanziali tutelati dalla Carta medesima, nel caso di specie il diritto al rispetto della vita familiare (art. 7 CDF) e i diritti dei minori (art. 24 CDF). L'interpretazione di una direttiva in senso conforme alla Carta vincola anche i legislatori nazionali in fase di recepimento della direttiva stessa. Pertanto, gli Stati membri non potranno introdurre norme che, andando oltre la portata dell'illecito di favoreggiamento definito dall'art. 1.1, lett. a) della direttiva 2002/90/CE, come interpretato dalla Corte, determinino la violazione degli artt. 7, 24 e 52.1, della Carta (punto 71).

simi), non avrebbero potuto essere appagati o, comunque, non avrebbero potuto esserlo in modo soddisfacente»²⁰.

Da questo nuovo assetto discende un'altra conseguenza di non piccolo rilievo. È indubbio che l'aver messo per iscritto (nella Carta) i principi in materia di diritti fondamentali già rilevati dalla Corte di giustizia e aver affermato una sicura portata convenzionale di quest'opera di ricognizione del diritto non scritto offre all'interprete un più sicuro ancoraggio, mettendogli a disposizione un parametro normativo meno vago rispetto a quello di un principio, il cui perimetro è indubbiamente di più difficile rilevazione²¹.

A fini meramente esemplificativi, si consideri la sentenza della Corte di giustizia che prende le mosse proprio dalla Carta (in particolare dal suo art. 21.1) per ricostruire i confini del principio di non discriminazione²², determinandosi poi ad applicare al caso di specie non la disposizione di natura convenzionale, bensì il principio stesso, una volta che, appunto, ne sono stati chiariti (grazie alla Carta) i contenuti.

3. (Segue) l'attività di regolazione dell'Unione.

Da questo assetto è conseguito un progresso del pilastro sociale europeo anche sul piano normativo²³, temprato anche dalla decisione di dotare

²⁰ A. Ruggeri, *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, in L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte*, cit., p. 3; C. Pinelli, *La funzione di garanzia nell'Unione europea* (versione provvisoria), XL Convegno annuale AIC, Torino, 10-11 ottobre 2025.

²¹ Soltanto al fine di sostanziare l'affermazione (perché non sembri apodittica), ci si limita a segnalare una fra le ormai numerosissime sentenze nazionali di corti supreme e dei giudici di merito: quanto alle prime v. C. Cass. it., sentenza del 1° febbraio 2010, n. 2279, in materia di rapporti di lavoro subordinato; quanto alle seconde v. App. Torino, sentenza del 5 ottobre 2009, sul principio di dignità.

²² Sentenza 19 gennaio 2010 (grande Sezione), in causa C-555/07.

²³ Sugli sviluppi normativi in materia di pilastro sociale europeo e tutela dei diritti sociali fondamentali si vedano, fra i tanti, G. Bronzini (a cura di), *Verso un pilastro sociale europeo*, Milano, 2019; P. Bilancia, *La dimensione europea dei diritti sociali*, Torino, 2019; F. Dorssemont, K. Lörcher, S. Clauwaert, M. Schmitt, *The Charter of Fundamental Rights of the*

in via emergenziale l'Unione europea di una regolamentazione di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione in periodo di COVID-19, fornendo assistenza finanziaria agli Stati membri a rischio di gravi perturbazioni economiche conseguenti alla pandemia²⁴.

Nella legislatura europea 2019-2024 l'Unione si è indirizzata ad agire sulle condizioni di lavoro intervenendo con direttive per esempio mirate al riequilibrio di genere²⁵, alla trasparenza salariale²⁶, sull'informazione e la negoziazione dei lavoratori sulle piattaforme²⁷, sul salario minimo²⁸.

A quest'attività normativa si è affiancata una programmazione espressa anzitutto nel *Piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali*, che esplicita i «20 principi (...) che (...) definiscono la visione alla base del nostro [europeo] nuovo corpus di norme sociali. Essi esprimono principi e diritti fondamentali per assicurare l'equità e il buon funzionamento dei mercati del lavoro e dei sistemi di protezione sociale nell'Europa del XXI secolo.

European Union and the Employment Relation, Oxford, 2019; C. Peraro, *Diritti fondamentali sociali e tutela collettiva nell'Unione europea*, Napoli, 2020; M. Del Frate, *Dialogo sociale e autonomia collettiva nell'ordinamento dell'Unione europea*, Padova, 2021; M. Manfredi, *La promozione e tutela dei diritti economici e sociali nell'Unione europea*, Bari, 2022; P. Caretti, G. Tarli, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2022; M. Kellerbauer, M. Klamert, J. Tomkin, *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2024.

²⁴ Regolamento (UE) 2020/672 del 19 maggio 2020 che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE) a seguito dell'epidemia di Covid-19. Sul punto si consenta di rinviare a *NextGenerationEU: oltre il PNRR verso una politica macro-economica europea di stampo federale?*, in D.G. Rinoldi, A. Scialdone (a cura di), *PNRR. Promesse da mantenere e miglia da percorrere. Integrità delle politiche pubbliche e prospettive italo-europee di democrazia partecipativa*, Napoli, 2023, p. 13 ss., specific. per l'argomento pp. 24-26.

²⁵ Direttiva (UE) 2022/2381 del 23 novembre 2022 riguardante il miglioramento dell'equilibrio di genere fra gli amministratori delle società quotate e relative misure.

²⁶ Direttiva (UE) 2023/970 del 10 maggio 2023 volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza retributiva e i relativi meccanismi di applicazione.

²⁷ Direttiva (UE) 2024/2831 del 23 ottobre 2024 relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali.

²⁸ Direttiva (UE) 2022/2041 del 19 ottobre 2022 relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea.

Alcuni di questi principi ribadiscono i diritti già presenti nell'*acquis* dell'Unione [dunque anche nella Carta dei diritti fondamentali], mentre altri fissano obiettivi chiari relativamente al cammino da percorrere per affrontare le sfide derivanti dagli sviluppi sociali, tecnologici ed economici²⁹. Questi principi hanno trovato una solenne condivisione nella *Dichiarazione di La Hulpe* del 16 aprile 2024.

La nuova legislatura europea (2024-2029) sembra si sia aperta con uno spostamento del baricentro del *pilastro sociale*, orientato a valorizzare le competenze e dunque a utilizzare la base normativa individuata dagli articoli 165-166 TFUE in materia di istruzione e formazione (anche continua) dei lavoratori (così secondo le indicazioni contenute tanto nelle linee guida politiche della Commissione³⁰ che nel di poco successivo *Rapporto Draghi*).

Questo nuovo approccio ben emerge dalle due ultime Comunicazioni della Commissione intitolate *Bussola per la competitività dell'UE*³¹ e *La Unione delle competenze*³².

Qualche preoccupazione sulla 'tenuta' del pilastro sociale europeo è pure determinata dal progetto di Quadro Finanziario Pluriennale (QFP) 2028-

²⁹ Comunicazione della Commissione del 4 marzo 2021, COM(2021) 102 final, p. 4.

³⁰ Vedile commentate in A. De Petris, Ph. Eckhardt, A. Hoffmann, A. Küsters, M. Kullas, G. Reichert, A. Wolf, *The Political Guidelines 2024-2029 of the European Commission "von der Leyen II" Recommendations for Concrete EU Measures to Implement Them*, cepInput No. 12, 29 agosto 2024.

³¹ Doc. COM(2025) 30 final del 29 gennaio 2025, specific. punto 2.4: ove si dice «Il fondamento della competitività dell'Europa è costituito dai suoi cittadini. (...) Per plasmare un'Europa competitiva sono essenziali *politiche sociali efficaci fondate sul pilastro europeo dei diritti sociali*. Un'economia più competitiva caratterizzata da un'elevata produttività garantirà che il modello sociale europeo sia finanziariamente sostenibile a lungo termine e che ai cittadini risultino chiari i percorsi verso la riuscita economica. Tutti gli europei devono essere in grado di contribuire ai miglioramenti che porteranno a una maggiore competitività e di trarne vantaggio. Ai fini di una buona corrispondenza tra *competenze ed esigenze del mercato del lavoro*, la Commissione presenterà un'iniziativa per costituire un'Unione delle competenze incentrata sugli *investimenti, sull'apprendimento permanente e in età adulta, sulla creazione di competenze adeguate alle esigenze future, sul mantenimento delle competenze, sulla mobilità equa, sull'attrazione e sull'integrazione di talenti qualificati di paesi terzi e sul riconoscimento di diversi tipi di formazione* che consenta alle persone di lavorare in tutta l'Unione» (p. 26; corsivi aggiunti).

³² Doc. 5 marzo 2025, COM(2025) 90 final.

2034, presentato dalla Commissione europea³³. Il QFP in discussione presenta infatti un aumento ridottissimo di risorse rispetto al QFP 2021-2027, anche se le cifre sembrano dire il contrario.

Siamo in presenza di una proposta (che il Consiglio tenderà peraltro a ridurre) pari a 1.984 miliardi di euro, a fronte dei 1.200 miliardi di euro per il QFP in corso, con un aumento reale di solo 1,15% rispetto al QFP precedente. Ma occorre essere consapevoli che nel 2028 inizia a decorrere l'obbligo di restituzione del prestito obbligazionario contratto per finanziare il dispositivo sulla ripresa e resilienza che ammonta a 750 miliardi: i numeri non mentono!

L'aumento previsto, dunque, è già ora veramente irrisorio.

Inoltre desta preoccupazione anche la sua struttura semplificata³⁴ che fa temere una contrazione degli investimenti nelle politiche di coesione: le misure di politica sociale sono infatti ricomprese nella prima Rubrica – che quantitativamente è abbastanza pesante, essendo pari a 1.000 miliardi di euro – insieme alla sicurezza e all'agricoltura. Quest'ultimo settore è tuttavia assai dispendioso, assorbendo negli ultimi anni circa il 25% dell'intero bilancio europeo³⁵; gli investimenti sociali non potranno che soffrirne.

Né si deve trascurare il fatto che la Commissione ha utilizzato l'approccio «un piano per ogni Stato» (lo stesso peraltro impiegato per «mettere a terra» il programma *NextGenerationEU*): ma, mentre per quest'ultimo l'approccio era giustificato dal fatto di versare in una situazione emergenziale (dunque connotandosi la soluzione eccezionale, a fronte di danni da pandemia diversamente riprodottisi nei 27 Stati membri), ora viceversa esso non ha questa giustificazione.

³³ Commissione, *Un bilancio dell'UE dinamico per le priorità del futuro - Il quadro finanziario pluriennale 2028-2034*, COM(2025) 570 final, 16 luglio 2025.

³⁴ Il QFP è articolato in soli 16 programmi, organizzati in 4 aree di spesa, denominate rubriche: Coesione, agricoltura e sicurezza; Innovazione e competitività; Europa globale; Amministrazione europea; sono previste inoltre due componenti per situazioni speciali: la Riserva speciale per l'Ucraina e lo strumento di flessibilità per fronteggiare emergenze.

³⁵ I dati sono reperibili in Parlamento europeo, *Dati e cifre sulla politica agricola dell'UE*, 17 settembre 2025.

I Piani nazionali e regionali di partenariato sulla base dei quali si preveda vengano attribuite le risorse finanziarie del QFP rischiano di mettere a repentaglio il principio di solidarietà intra-comunitaria. Questo approccio inoltre rende il Governo centrale – nel proprio rapporto contrattuale con la Commissione europea – arbitro delle decisioni sulla distribuzione delle risorse, eliminando il rapporto diretto fra Commissione europea e autonomie regionali, pregiudicando la ricchezza del partenariato sociale e mettendo in concorrenza entro ciascuno degli Stati membri livelli di governo diversi. Viene travolta la logica secondo la quale i bisogni si ricavano dal territorio e, solo di conseguenza, le risorse sono attribuite³⁶.

Anche il «pacchetto Omnibus I» (dedicato alla sostenibilità) rappresenta un segnale non buono sul fronte del *welfare* europeo: la Commissione propone infatti un'importante riduzione degli oneri tanto di pubblicazione e di rendicontazione del bilancio di sostenibilità sociale, di *governance* e ambientale, quanto di identificazione e gestione del rischio di impatto negativo dell'attività d'impresa sui diritti umani (anche sociali) e sull'ambiente³⁷.

Questa iniziativa – sostenuta fortemente dal mondo imprenditoriale e dai Governi degli Stati membri – ha incontrato una battuta d'arresto temporanea nel voto dell'assemblea plenaria del Parlamento europeo che il 22 ottobre scorso ha negato il proprio consenso al mandato negoziale con il Consiglio, sebbene preceduto dal voto positivo della propria commissione giuridica. La situazione è molto in movimento, se si considera che il

³⁶ Si vedano e il parere espresso dalla commissione (parlamentare) sulla salute pubblica il 2 settembre scorso *for the Committee on Budgets General budget of the European Union for the financial year 2026 – all sections* (2025/0210/BUD), Relatore M. Hadjipantela, punti 8, 13 e 18; nonché la lettera che, tra gli altri, i Presidenti e i Relatori dei principali gruppi politici del Parlamento europeo hanno inviato alla Presidente della Commissione europea il 30 ottobre 2025 per respingere la proposta di QFP organizzato sulla base di Piani nazionali e regionali di partenariato.

³⁷ Si tratta della prima di sei iniziative della Commissione europea (del 26 febbraio 2025) di procedere alla semplificazione del quadro regolatorio europeo, con il dichiarato scopo di rafforzare la competitività a lungo termine dell'Unione: nel caso specifico l'intervento è destinato ad alleggerire gli oneri delle imprese in tema di sostenibilità individuati da due direttive europee già in vigore: la n. 2022/2464 sulla rendicontazione societaria di sostenibilità, cd. CSRD; la n. 2024/1760, sul dovere di diligenza delle imprese a fini di sostenibilità, cd. CSDDD. Per l'individuazione dell'ambito dei diritti umani implicati si veda l'art. 3.1, lett. c, e relativi allegati, della direttiva CSDDD.

successivo 13 novembre il Parlamento ha invece adottato la propria posizione negoziale, che presenta elementi di *semplificazione* ancora maggiori rispetto a quelli proposti da Governi e Commissione³⁸. Ciò che preoccupa è l'evidente inversione di rotta che la Commissione e il Consiglio stanno manifestando rispetto alla strategia percorsa convintamente nella precedente legislatura.

4. (Segue) e la giurisprudenza europea.

Nonostante questo nuovo ultimo indirizzo – più orientato, come si comprende, a valorizzare la dimensione economica del mercato unico piuttosto che la sua valenza sociale – il risultato a oggi conseguito non è di piccolo momento.

Le pur non grandi conquiste sono state consolidate grazie al contributo della giurisprudenza europea: essa ha valorizzato l'*acquis communautaire*, soprattutto se si considera che certa dottrina e la giurisprudenza di molte Corti costituzionali nazionali in tempi precedenti all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona rinvenivano proprio nell'assenza di una norma scritta di portata convenzionale un grave elemento di debolezza nel sistema di tutela dei diritti della persona nell'ordinamento dell'Unione, tanto da giustificare il ricorso alla dottrina dei controlimiti opponibili, appunto, alle limitazioni di sovranità necessitate dal pieno esplicarsi dell'efficacia del diritto dell'Unione entro gli ordinamenti nazionali.

Se il parametro normativo è certo, non più vago perché costituito da una Carta scritta dotata di valore giuridico vincolante pari ai Trattati istitutivi, è evidente che dovrebbe dedursi una riduzione dell'area dei controlimiti: essi rimangono certamente del tutto vitali in ordine a principi fondamentali dell'ordinamento giuridico nazionale diversi da quelli relativi alla protezione dei diritti fondamentali della persona; mentre vedono limita-

³⁸ Il voto del Parlamento europeo è stato negato il 22 ottobre 2025; il parere della commissione giuridica è del 13 ottobre precedente, 2025/0045 (COD). La risoluzione del 13 novembre *sulla riduzione degli obblighi di rendicontazione di sostenibilità e di dovere di diligenza per le imprese* (Omnibus I) è in corso di pubblicazione (per una sintesi si veda <https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20251106IPR31296/il-pe-approva-le-modifiche-alle-regole-su-sostenibilita-e-dovere-di-diligenza>

ta la propria operatività in relazione a quest'ultimi, esistendo ormai un parametro di diritto primario scritto utile a vincolare l'attività normativa e giurisprudenziale delle istituzioni dell'Unione.

Ci si potrebbe anche interrogare se, in virtù di quanto dispone l'art. 6.3 TUE, l'area di operatività dei controlimiti indirizzati a pretendere dall'ordinamento dell'Unione il rispetto di principi fondamentali propri del foro non sia ulteriormente ridotta, ovvero non sia addirittura stabilito una sorta di condominio (fra Corti costituzionali degli Stati e Corte di giustizia dell'Unione) in ordine alla rilevazione dei loro contenuti anche alla luce della continua progressiva costruzione di un corpo di principi comuni agli Stati membri.

Le tradizioni costituzionali comuni di questi ultimi sono, infatti, una sorta di vaso comunicante, che consente ai ventotto ordinamenti (quello dell'Unione e quelli dei ventisette degli Stati membri) di compenetrare i propri rispettivi valori entro un sistema di integrazione fra fonti che si fonda su un assetto di rapporti inter-ordinamentali in cui alla Corte di giustizia è comunque assegnato in ultima istanza il compito di garantire l'uniforme applicazione negli Stati del diritto dell'Unione³⁹.

I principi generali originati dalle tradizioni comuni degli Stati vengono così anche a contenere i controlimiti ai poteri dell'Unione in funzione di tutela delle identità nazionali al cui rispetto l'Unione stessa è tenuta (art. 4 TUE). Si crede, insomma, che, mentre alle corti nazionali compete l'identificazione del contenuto della propria specifica identità costituzionale, capace di attivare i controlimiti, alla Corte europea spetti invece valutare se l'identità costituzionale dichiarata appartenga al patrimonio comune degli Stati (dunque faccia parte dell'identità europea) e sia principio generale dell'ordinamento dell'Unione⁴⁰.

³⁹ Sull'osmosi fra ordinamenti attuata tramite il dialogo fra le rispettive corti v. N. Parisi, *Funzione e ruolo*, cit., p. 653 ss.; da ultimo sul punto v. A. Ruggeri, *Rapporti tra il diritto dell'Unione europea e il diritto interno*, Napoli, 2025.

⁴⁰ Si veda la sentenza della Corte di giustizia UE (grande Sezione) del 22 febbraio 2022, in causa C-430/21, RS. Già in questo senso N. Parisi, *Considerazioni sulla natura giuridica dell'Unione europea alla luce dei rapporti fra gli Stati membri e fra questi e l'Organizzazione*, in U. Draetta, A. Santini, *L'Unione europea in cerca di identità Problemi e prospettive dopo il*

Il Trattato di Lisbona, infine, determina un più compiuto assetto di ricorsi giurisdizionali, attuato anzitutto con il rafforzamento della legittimazione attiva del singolo avverso l'atto dell'Unione che si reputi viziato (anche dalla prospettiva della violazione dei diritti fondamentali della persona), grazie alla nuova disposizione contenuta nell'art. 263.4 TFUE⁴¹.

Anche l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁴² (necessitata pure se non immediata, a motivo della complessità anche tecnica che essa comporta⁴³) determinerà una migliore tutela del singolo, dal momento che consentirà un vaglio della Corte di Strasburgo direttamente sull'atto dell'Unione dalla prospettiva del rispetto dei diritti della persona; vaglio che ora risulta frutto di un percorso assai tortuoso, dovendosi ritenere responsabili per i comportamenti dell'Organizzazione (ancora terza rispetto alla Convenzione europea) gli Stati membri individualmente o collettivamente considerati⁴⁴.

fallimento della "Costituzione", Milano, 2008, pp. 26-29 e 46; e in Id., Funzione e ruolo, cit., pp. 677-678.

⁴¹ Al proposito vale il suggerimento espresso dall'avv. Gen. Emiliou, secondo il quale occorrerebbe «effettuare un'applicazione più coerente della giurisprudenza *Plaumann* nelle varie cause di cui è investita, indipendentemente dal tipo di ricorrente o dai diritti o interessi lesi. Infatti, mi sembra che i principi derivanti dalla giurisprudenza *Plaumann* siano stati applicati in maniera talvolta più rigorosa e talvolta più mite, in casi che, almeno se valutati con uno sguardo attuale, sono ampiamente simili. Si può affermare che, se ciò poteva essere giustificato nella Comunità economica europea del 1963, non lo è più nell'Unione europea del 2025» (punto 101 conclusioni del 12 giugno 2025, in causa C-731/23 P, *Nicoventures Trading Ltd*).

⁴² Art. 6.2 TUE e, parallelamente, Prot. n. 14 annesso alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

⁴³ A seguito del parere (n. 2/13) negativo espresso dalla Corte di giustizia UE sull'adesione dell'Organizzazione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, i negoziati sono ripresi ed è stato chiesto un parere alla Corte di giustizia sulla compatibilità del nuovo progetto di accordo di adesione alla Convenzione europea con il diritto dell'Unione: si veda <https://euractiv.it/section/politica/news/la-commissione-chiede-lapprovazione-della-corte-europea-per-la-candidatura-alla-cedu-dopo-anni-di-stallo>. Per i nodi giuridici tutt'ora irrisolti si vedano A.F. Masiero, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. Profili penali*, in *Dir. pen. cont.*, nn. 7-8, 2017; M. Parodi, *Per un'adesione alla Cedu a misura di Unione europea: il "nuovo" progetto di accordo e le questioni ancora irrisolte*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2023, 2.

⁴⁴ Si veda al proposito a N. Parisi, *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia" e principio di legalità. Qualche riflessione a partire dal principio del mutuo riconoscimento in campo penale*, in E.

Non ci si può addentrare a lungo in questa sede sulla questione del bilanciamento operato dalla Corte che sarebbe per alcuni – si scusi il bisticcio – tutto sbilanciato sulla protezione delle libertà economiche.

Alcuni cenni soltanto, cominciando a notare che l'affermazione di una identità europea costruita anche sulla componente sociale dell'Unione è presente nella giurisprudenza della Corte del Lussemburgo per lo meno degli ultimi due decenni, a partire dalla giurisprudenza *Laval* e *Viking*⁴⁵ e che, parallelamente e consequenzialmente, la stessa giurisprudenza ha affermato che i diritti sociali, al pari di certe libertà economiche, possono costituire «motivi imperiosi di interesse generale»⁴⁶, tali non solo da prevalere su altri diritti a contenuto relativo⁴⁷, ma addirittura da porsi allo stesso livello delle libertà economiche qualificate come tali.

Quanto si va affermando sembra essere convalidato da altra giurisprudenza europea (espressa tanto nelle sentenze che nelle conclusioni dei suoi avvocati generali) intervenuta a seguire l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁴⁸.

Castorina (a cura di), *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, Torino, 2008, I, p. 387 ss.

⁴⁵ L'identità sociale dell'Unione è affermata rispettivamente ai punti 90 ss. della sentenza della Corte di giustizia europea del 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval*, nonché dalla sentenza della stessa Corte dell'11 dicembre 2007, causa C-438/05, *Viking*; sono egualmente significative le unite conclusioni degli avvocati generali (v. il punto 76 delle conclusioni dell'avv. gen. Mengozzi e il punto 60 dell'avv. gen. Póitres Maduro); le quali enfatizzano con particolare significatività il reciproco condizionamento di libertà economiche e diritti sociali (punti 59-63 concl. ult. cit.).

⁴⁶ Sui motivi imperiosi di carattere generale (per i riferimenti alla giurisprudenza che ne ha ricavato l'operatività pur nel silenzio dei trattati e per l'importante distinzione fra questi e i motivi di ordine pubblico) si rinvia a D. Rinoldi, *L'ordine pubblico europeo*, cit., cap. VI, par. 33.

⁴⁷ Diritti sociali e libertà economiche sono per loro intima natura diritti comprimibile perché a portata relativa. Occorre tuttavia avvertire che sta emergendo una giurisprudenza europea (sostenuta da dottrina) secondo la quale talune forme di discriminazione darebbero vita a un diritto assoluto: tali sarebbero le discriminazioni che «attaccano» la dignità della persona, vulnerando un bene assoluto (v. M. Barbera, *Introduzione*, cit., p. XXXIII).

⁴⁸ Ci si vuole riferire alle sentenze (e alle rispettive conclusioni degli avvocati generali) 12 gennaio 2010, causa C-341/08, *Petersen*; 19 gennaio 2010, *Kücükdeveci*, cit.; 5 maggio 2010, *Santos Palhota e altri*, cit.; 14 luglio 2010, causa C-27/00, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*.

Significativa è, per esempio, l'affermazione dell'avvocato generale Cruz Villalón, là dove segnala come, in taluni casi, «le condizioni di lavoro si presentino come *motivi imperativi d'interesse generale*»: nulla di nuovo, già la Corte aveva così valutato il lavoro.

Ma oggi, nel mutato contesto giuridico, ci si può permettere di andare oltre l'affermazione di principio: continua infatti l'avvocato generale, scrivendo che «[l]'entrata in vigore del Trattato di Lisbona implica che (...) [le condizioni di lavoro] *non devono più essere interpretate restrittivamente* (...) [poiché] non ci troviamo più dinanzi ad una mera *deroga ad una libertà*, né, tanto meno, ad una *deroga non scritta*, ricavata dalla giurisprudenza»; è il «nuovo sistema di diritto primario [a far] sì che gli Stati membri, in nome della salvaguardia di un determinato livello di protezione sociale, possano giungere a *porre limiti ad una libertà*» *fondamentale di contenuto economico*, qual è quella della libera circolazione dei servizi nel mercato unico»⁴⁹.

È immediatamente evidente la perfetta simmetria fra i due termini di confronto utilizzati.

Peraltro, la Corte in un caso diverso – ugualmente incidente in tema di bilanciamento fra le due categorie di diritti e libertà – sottolinea che il rispetto dovuto ad alcuni diritti fondamentali di contenuto sociale non può rappresentare in via di principio l'alibi per evadere l'osservanza delle norme sul corretto funzionamento del mercato unico: osservando che «la *salvaguardia di (...) elementi di solidarietà non è per sua natura inconciliabile* [con norme comunitarie che garantiscono trasparenza nel funzionamento del mercato unico, ossia] *con l'applicazione di una procedura di aggiudicazione di appalto (...)*», la Corte afferma l'inderogabilità di quest'ultima in quanto «*destinata a garantire, nell'interesse delle amministrazioni e aziende (...) e dei loro dipendenti, l'accesso ad un'offerta di servizi allargata a livello dell'Unione*»⁵⁰.

È questa una prospettiva che, nell'attività di bilanciamento assai simmetrica fra i due termini, privilegia nel caso una norma a contenuto econo-

⁴⁹ Par. 53 delle conclusioni cit. in causa C-515/08 (corsivi aggiunti).

⁵⁰ Sentenza 15 luglio 2010, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*, cit., rispettivamente punti 58 e 65 (corsivi aggiunti).

mico, ma di essa ne valorizza la strumentalità agli interessi propri del contesto sociale nel quale l'attività d'impresa si colloca⁵¹.

III. TUTELA DEI DIRITTI SOCIALI FONDAMENTALI E RUOLO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

5. I valori-guida europei relativi alla Pubblica Amministrazione.

Ciò che emerge dal contesto giuridico appena descritto – anche alla luce delle risposte date alle esigenze nate dalle ricorrenti crisi (finanziarie e pandemiche) e dell'attuale strategia della Commissione europea – è una solidarietà sociale europea non molto lineare⁵², espressa in modo diverso da istituzione a istituzione, in definitiva soggetta a strappi e a possibili regressioni.

Qui si innesta il secondo spunto offerto dai lavori di questa mattina: Michele Nicoletti ci porta a ragionare sul tema della pubblica amministrazione e del suo contributo nel dare effettività ai diritti proclamati dalle norme e dalla prassi giurisprudenziale applicativa di esse.

Di pubblica amministrazione europea intendo ora ragionare da questa prospettiva, anzitutto individuando quali valori-guida ne indirizzino l'agire.

Già i Trattati delle prime Comunità europee degli anni Cinquanta del secolo scorso contenevano principi di buona amministrazione pubblica, quali quelli di imparzialità, legalità, rispetto di garanzie procedurali, proporzionalità, trasparenza e pubblicità degli atti normativi⁵³.

⁵¹ V. anche sentenza 21 dicembre 2016, causa C-201/15, *AGET Iraklis*.

⁵² Per un giudizio siffatto si veda G. Morgese, *Lezioni di diritto della solidarietà europea*, EUSTIC, 2025, specific. capitolo III.

⁵³ Esemplicativamente si veda l'art. 15 del Trattato CECA, secondo il quale «Decisioni, raccomandazioni e pareri dell'Alta Autorità sono *motivati* e fanno riferimento ai *pareri obbligatoriamente richiesti*. Le decisioni e raccomandazioni, quando hanno carattere individuale, obbligano l'interessato in forza della *notifica* che gliene è fatta. Negli altri casi esse diventano applicabili per il solo fatto della loro *pubblicazione*. (...)» (i corsivi sono aggiunti).

Oggi troviamo specificati questi principi anzitutto nell'art. 15 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea⁵⁴, declinato poi nell'art. 296⁵⁵ e nell'art. 298 dello stesso Trattato⁵⁶, ma anche ribaditi in singoli atti del Legislatore europeo⁵⁷. Si tratta di principi che danno sostanza

⁵⁴ «1. Ai fini di promuovere il *buon governo* e garantire la *partecipazione della società civile*, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più *trasparente* possibile. 2. Il Parlamento europeo si riunisce in *seduta pubblica*, così come il Consiglio, allorché delibera e vota in relazione ad un progetto di atto legislativo. 3. Qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il *diritto di accedere ai documenti* delle istituzioni organi e organismi dell'Unione a prescindere dal loro supporto, secondo i principi e alle condizioni da definire a norma del presente paragrafo. I principi generali e le limitazioni a tutela di interessi pubblici o privati applicabili al diritto di accesso ai documenti sono stabiliti mediante regolamenti dal Parlamento europeo e dal Consiglio, che deliberano secondo la procedura legislativa ordinaria. *Ciascuna istituzione, organo od organismo garantisce la trasparenza dei suoi lavori e definisce nel proprio regolamento interno* disposizioni specifiche riguardanti l'accesso ai propri documenti, in conformità dei regolamenti di cui al secondo comma» (i corsivi sono aggiunti).

⁵⁵ Secondo il quale: «Qualora i trattati non prevedano il tipo di atto da adottare, le istituzioni lo decidono di volta in volta, nel rispetto delle procedure applicabili e del principio di proporzionalità. Gli atti giuridici sono motivati e fanno riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri previsti dai trattati. In presenza di un progetto di atto legislativo, il Parlamento europeo e il Consiglio si astengono dall'adottare atti non previsti dalla procedura legislativa applicabile al settore interessato».

⁵⁶ L'art. 298 stabilisce: «1. Nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente. 2. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, fissano disposizioni a tal fine, nel rispetto dello statuto e del regime adottati sulla base dell'articolo 336». Si vedano P. Mori, *Art. 296*, nonché L. Raimondi, *Art. 298*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, rispettivamente p. 2309 ss. e p. 2318 ss.

⁵⁷ Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona vi è stato un tentativo di rinnovare il quadro normativo disposto dal regolamento (CE) 1049/2001 (adottato per dare esecuzione all'art. 255 del Trattato istitutivo della Comunità europea ora sostituito dall'art.15 TFUE). Il Parlamento europeo aveva, infatti, adottato il 15 dicembre 2011 un'ambiziosa revisione del Regolamento (CE) 1049/01 che, però, non era stata ripresa dalla Commissione e, soprattutto dal Consiglio. In assenza di sviluppi la Commissione ha quindi ritirato nel 2025, con il consenso del PE, la proposta originale del 2008. In materia di buona amministrazione alla luce del nuovo art. 298 TFUE va segnalata una prima risoluzione di iniziativa legislativa del Parlamento europeo ai sensi dell'art. 225 del Trattato del 15 gennaio 2013 (P7_TA(2013)0004; si veda il *Rapporto Berlinguer* presentato dalla commissione giuridica del Parlamento europeo: A7-0369/2012) e, poi, con una successiva risoluzione dello stesso tipo del 9 giugno 2016 (P8_TA-PROV(2016)0279), introdotta dal *Rapporto Hautala* su un'amministrazione europea aperta, efficiente e indipendente infine indirizzata ad

allo Stato di diritto, sul quale si fonda l'Unione europea⁵⁸ e che sono stati elaborati in funzione di venire incontro a due diverse esigenze: anzitutto occorre fin dall'inizio del processo di integrazione comunitaria «assicurare (...) la considerazione dei vari interessi coinvolti dai procedimenti amministrativi»⁵⁹; da questo punto di vista è stata di recente molto bene sottolineata la complessità e ricchezza di istanze che sono tenute presenti nel procedimento decisionale europeo e che, proprio a motivo della loro presenza, assicurano la tenuta democratica dell'ordinamento europeo⁶⁰.

D'altra parte, era stata immediatamente anche avvertita la necessità di garantire «l'esercizio coordinato delle potestà affidate ai soggetti pubblici ai vari livelli di governo» che in modo assai originale si confrontano entro l'ordinamento dell'Organizzazione: quello sovranazionale, quello nazionale dei singoli Stati membri, quello infra-nazionale⁶¹.

Già allora la più avvertita dottrina aveva colto la connotazione pubblicistica dell'autorità di governo comunitaria, retta dal principio di attribuzione delle competenze ma anche «improntato a modalità che si avvicinano a modelli statuali», essendo così possibile accedere a «una qualificazione delle Comunità secondo le categorie proprie del diritto costituzionale»⁶².

Il precipitato di questa stratificazione trova una propria codificazione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione: essa dispone non soltanto in tema di diritti sociali che devono essere rispettati, ma anche in tema

approvare un Codice sulla buona amministrazione europea, fondato sull'art. 298 TFUE (2016/2610-RSP).

⁵⁸ Art. 2 TUE.

⁵⁹ H. Caroli Casavola, *L'amministrazione nazionale in funzione dell'Unione europea*, in S. Del Gatto, G. Vesperini (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2024, p. 120.

⁶⁰ F. Raspadori, *Il governo multilivello e la sovranità europea sussidiaria*, in *St. int. eur.*, 2025, p. 37 ss.

⁶¹ H. Caroli Casavola, *L'amministrazione nazionale in funzione*, cit., p. 120.

⁶² D.G. Rinoldi, *Funzionari comunitari e pubblici ufficiali nazionali: una prospettiva di approfondimento della lotta alla corruzione in Italia*, LIUC Paper n. 26, gennaio 1996, p. 4, con il rinvio ad altra dottrina consonante.

di principi (e di procedure) che devono reggere la funzione amministrativa europea, precisamente negli articoli 41, 42 e 47.

La prima delle disposizioni afferma complessivamente che l'Unione è una comunità di diritto: essa è governata secondo i principi della "buona amministrazione" che mettono al centro la sua imparzialità. Questa si concreta esemplificativamente nel diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti possa essere adottato un provvedimento a lei sfavorevole; nell'esercizio del diritto all'accesso difensivo; nell'obbligo per l'amministrazione europea di motivare le proprie decisioni.

Si dispone poi in tema di diritti della persona al risarcimento del danno causato dall'Unione e a rivolgersi alle istituzioni dell'Unione (nonché a ricevere una risposta) in una delle lingue ufficiali dell'Unione.

L'art. 42 dispone in tema di diritto alla conoscenza dell'agire pubblico, da esercitarsi tramite l'accesso ai documenti delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione.

L'art. 47 detta un'estesa tutela giudiziaria della persona tramite il diritto a un ricorso effettivo davanti a un giudice, secondo i principi dell'equo processo, potendo essa anche godere del gratuito patrocinio quando necessario per dare effettività alla tutela stessa.

Con queste disposizioni viene, dunque, «portato a compimento quel processo di costituzionalizzazione del principio di buona amministrazione che ha avuto luogo non soltanto a livello nazionale (...) ma anche a livello transnazionale», confermando la vigenza nell'ordinamento dell'Unione di principi generali del diritto comuni agli Stati che riguardano l'esercizio dei pubblici poteri⁶³.

⁶³ Così P. Piroddi, *Art. 41*, in F. Pocar, M.C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 1748. Per ulteriori approfondimenti si richiamano le "voci" relative agli artt. 41 e 42 contenute nel già citato *Commentary* a cura di M. Kellerbauer, M. Klamert, J. Tomkin (*supra*, nota 23), nonché in R. Mastroianni, O. Pollicino, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017. Sul processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea già in parte si è detto *supra*, par. 1, nonché par. 2, testo e note all'altezza degli esponenti di note 19-21. A livello transnazionale la circostanza che si tratti di principi comuni agli Stati membri è

Giurisprudenza importante – europea e nazionale⁶⁴ – ha messo in luce la strumentalità di questi principi per l’assetto democratico dell’Organizzazione che si fonda sulla democrazia rappresentativa⁶⁵, come rafforzata dagli istituti di democrazia partecipativa⁶⁶ e dal principio di prossimità⁶⁷.

In particolare in tema di trasparenza dell’agire pubblico basta qui ricordare quella che ben potrebbe essere definita la “saga De Capitani” – dal nome del ricorrente principale – a proposito della funzione del principio di trasparenza attuato anche tramite il diritto del singolo alla conoscibilità dell’agire pubblico. Essa è per ora articolata in sei diversi ricorsi alla Corte di giustizia dell’Unione⁶⁸.

Le sentenze ad oggi intervenute affermano che la trasparenza attuata grazie alla conoscibilità dei diversi numerosi passaggi che contraddistinguono la procedura di adozione degli atti dell’Unione «contribuisce (...) a rafforzare il carattere democratico dell’Unione, permettendo (...) di va-

concordemente affermata: si veda P. Piva, *Art. 41*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, F. Papalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta*, cit., p. 756 ss.

⁶⁴ Vedila ben commentata da P. Piva, *Art. 41*, cit., pp. 787-788.

⁶⁵ Art. 10 TUE.

⁶⁶ Art. 11 TUE. Sul nesso di strumentalità in questione si rinvia a S. Ninatti, *Art. 42*, cit., pp. 783-784.

⁶⁷ Art. 1 TUE.

⁶⁸ Si tratta di giurisprudenza del Tribunale dell’Unione che finalmente si allinea e consolida l’orientamento accolto dalla Corte di giustizia in tema di trasparenza del procedimento legislativo europeo (Tribunale, VII sez. ampliata, sentenza 22 marzo 2018, causa T-540/15, *De Capitani/Parlamento europeo*, non appellata di fronte alla Corte di giustizia: essa dichiara il diritto di accesso del cittadino agli atti del trilogio; Tribunale, X sez. ampliata, sentenza 25 gennaio 2023, causa T-163/21, *De Capitani/Consiglio*, anch’essa non appellata: essa riconosce il diritto del singolo all’accesso ai documenti dei gruppi di lavoro del Consiglio in relazione a procedure legislative in corso; Tribunale, sez. IX, 29 ottobre 2025, *De Capitani/Consiglio*, T-590/23. Tre ulteriori ricorsi sono stati introdotti: il primo per contestare la nozione di documento contenuta nelle disposizioni di auto-organizzazione della Commissione europea (T-146/25); il secondo sempre contro la Commissione (T-621/25) per il denegato accesso ai Piani nazionali di attuazione del Patto sulla migrazione e l’asilo (<https://migreurop.org/article3344.html>); il terzo contro l’Agenzia dell’Unione europea per l’asilo (EUAA: T-661/25) per il rifiuto da essa opposto di dare informazioni sui criteri di determinazione della nozione di «Paese sicuro».

lutare il comportamento delle istituzioni anche al fine, eventualmente, di metterlo in discussione»⁶⁹.

Successiva giurisprudenza conferma «la necessità di un'accresciuta trasparenza e di maggior *accountability* dei colegislatori [europei] verso il pubblico»⁷⁰. Si tratta di giurisprudenza dell'Unione perfettamente allineata a quella degli Stati di impronta costituzionale, che – prendendo a riferimento una recentissima sentenza del Consiglio di Stato italiano – individua nel principio di trasparenza amministrativa un «generalissimo canone di comportamento secondo diligenza, buona fede e tutela dell'affidamento che deve caratterizzare in modo bilaterale i rapporti fra amministrazione e cittadino»⁷¹.

Non è dunque un caso che le prime due menzionate disposizioni della Carta dei diritti fondamentali siano contenute nel Capitolo dedicato ai diritti di cittadinanza, ancorché esse abbiano un ambito di applicazione ben più vasto, riconoscendo l'esistenza del diritto in capo a «ogni persona» (art. 41) e a «ogni cittadino dell'Unione nonché ogni persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro» (art. 42).

Eguale deve dirsi del diritto dichiarato nell'art. 47, riconosciuto in capo a ogni «persona».

⁶⁹ Così, a proposito della prima sentenza, F. Battaglia, *La trasparenza del procedimento legislativo europeo all'esame del giudice dell'Unione nel caso De Capitani*, in *Federalismi.it*, 18 luglio 2018, p. 27. Su questa giurisprudenza si vedano anche I. Piazza, *Un altro passo verso la trasparenza del processo legislativo europeo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, p. 499 ss.; e P. Recaldini (cit. nella successiva nota 74).

⁷⁰ Vedila richiamata in P. Recaldini, *I triloghi all'ora della riforma dei Trattati: come bilanciare flessibilità e trasparenza in un tentativo di costituzionalizzazione?*, in *Quaderni AISDUE*, fascicolo speciale n. 3/2024, specific. p. 153. Vi è chi, tuttavia, considera anche gli aspetti positivi della parziale trasparenza che si è venuta sedimentando nel procedimento decisionale europeo, la quale consentirebbe la possibilità, tra l'altro, di conseguire soluzioni frutto di mediazioni, che invece il rispetto del principio di accessibilità totale non consente: così N. Lupo, *La costruzione del diritto dell'Unione europea e la legittimazione politica* (versione provvisoria), XL Convegno annuale AIC, Torino, 10-11 ottobre 2025, par. 4.3.2.

⁷¹ Consiglio di Stato, sez. VII, sentenza 1 luglio 2025, n. 1834.

6. Ambito soggettivo di applicazione del principio di buona amministrazione europea.

Rilevati i valori-guida che devono indirizzare l'agire della pubblica amministrazione europea, è il momento di interrogarsi su quale sia il significato di quest'ultima locuzione.

Il tenore letterale delle prime due norme implicate (artt. 41 e 42 CDFUE) sembra non lasciare adito a dubbio alcuno: esse individuano come perimetro soggettivo di applicazione le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione.

Tuttavia la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione non è così compatta, talvolta considerando che le due norme intendono per amministrazione pubblica europea anche gli organi esecutivi nazionali quanto attino il diritto europeo⁷². A rafforzare questa soluzione vi è altra giurisprudenza della Corte europea che, in materie di rilievo costituzionale implicanti procedimenti misti – cioè radicati in parte negli ordinamenti degli Stati membri, in parte in quello dell'Unione – valorizza una prospettiva sostanzialista, quella della continuità giuridica di siffatti procedimenti a fini di protezione unitaria degli interessi in gioco⁷³.

A parere di chi scrive le due disposizioni danno conto di contenuti adatti ai tempi in cui esse furono scritte, ma non a quelli attuali. Esse appartengono al secolo scorso (ancorché approvate nel dicembre del 2000 a Nizza) e non sono state modificate all'atto della ri-proclamazione della Carta nel 2007, all'atto dell'apertura alla firma del Trattato di Lisbona. Si tratta di tempi che diedero inizio al processo di integrazione fra Stati europei e che li accompagnarono almeno fino all'Atto unico europeo.

Allora il disegno sotteso al processo – riconducibile al pensiero di Jean Monnet⁷⁴ – era quello di dotare le Comunità europee di un'amministra-

⁷² Sulla non conforme giurisprudenza in materia si rinvia alla rilevazione di P. Piva, *Art. 41, cit.*, pp. 756-759.

⁷³ Si vedano al proposito le sentenze richiamate da N. Lupo, *La costruzione del diritto dell'Unione europea*, cit., par. 6.5.

⁷⁴ Mi sembra espressivo di quanto affermo un passo tratto dalle *Memoirs* di J. Monnet

zione pubblica 'leggera', forse anche per non determinare un appesantimento burocratico, ma soprattutto in funzione di introdurre un'ulteriore leva per la reciproca integrazione delle singole amministrazioni nazionali. Per usare una terminologia tipicamente domestica, il modello di riferimento era appunto quello dell'amministrazione indiretta⁷⁵.

Oggi l'assetto è molto mutato, e non solo a motivo dell'attribuito valore vincolante ai contenuti della Carta⁷⁶.

Entro l'Unione europea si è sedimentato un diverso modello di esercizio della funzione amministrativa frutto di molti fattori concomitanti.

Da una parte, si è sempre più manifestata l'inadeguatezza del livello di esercizio dell'attività amministrativa nazionale a governare singole funzioni esecutive come quelle di dimensione transnazionale funzionali, esemplificativamente, alla protezione dell'ambiente, al controllo del riscaldamento climatico, alla gestione dei flussi migratori: situazioni che hanno spostato il livello di governo da quello dei singoli Stati membri a quello europeo, in applicazione del principio di sussidiarietà. Si sono poi consolidati beni pubblici tipicamente europei, quali la moneta unica, il mercato unico, lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Dunque, il processo iniziato con l'Atto unico europeo, proseguito con i Trattati di Maastricht, di Amsterdam, Nizza e di Lisbona, ha determinato un aumento del numero delle competenze trasferite a vario titolo alle Comunità prima, poi all'Unione, trascinando con sé la necessità dell'e-

(Chapter 15, p. 377): «There was no doubt that something new and powerful was taking shape within our team: it was a European attitude, the fruit of working together and above all of having to reach a common conclusion (...). This European attitude challenged old habits of thought; but if it prevailed, it was certainly not by virtue of technocratic authority. (...) the European Commission of today is protected from technocracy by the very nature of its power - *the power to propose and consult rather than to decide*» (corsivo aggiunto).

⁷⁵ Sull'attuale inadeguatezza della distinzione fra amministrazione indiretta e amministrazione diretta nell'ordinamento dell'Unione europea perché «non più in grado di rappresentare, in maniera soddisfacente, le interazioni tra organi nazionali e sovranazionali» si veda S. Valaguzza, *I procedimenti compositi*, in S. Del Gatto, G. Vesperini (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo europeo*, cit., p. 175.

⁷⁶ *Supra*, parr. 1 e 2.

esercizio di funzioni esecutive: si pensi solo alla complessa gestione della moneta unica, che esige procedure e procedimenti frutto di un intreccio inestricabile di competenze europee e nazionali⁷⁷.

A questo tipo di scenario potrebbe essere anche ascritta l'emergenza pandemica (del 2014 e, più drammaticamente, del 2020) che ha imposto di fatto alla Commissione di farsi carico di responsabilità amministrative di non poco momento, individuando la salute come bene pubblico europeo degno di protezione a questo livello di governo⁷⁸.

Da un'altra parte lo stesso incremento del tasso di integrazione fra gli ordinamenti nazionali determinato dalla suddetta espansione delle competenze dell'Unione ha indotto l'esigenza di un rafforzamento del coordinamento fra amministrazioni domestiche nonché fra esse e quella europea, anche sulla base di rapporti bilaterali fra quest'ultima e ciascuna delle prime⁷⁹.

Di questa esigenza è un indicatore fra gli altri la crescita esponenziale di agenzie e organismi costituiti dalla Commissione, crescita che presenta al momento molteplici limiti: da una parte una scarsa chiarezza nella ripartizione delle competenze fra livelli di governo (sopranazionale e nazionale), da un'altra parte l'assenza di lineari riparti di responsabilità fra enti amministrativi (ancora una volta europei e nazionali). Insomma –

⁷⁷ Sul settore specifico (ma anche in tema di vigilanza bancaria, di concorrenza, di politica agricola) si veda H. Caroli Casavola, *L'amministrazione nazionale in funzione*, cit., p. 132 ss.; per altre esemplificazioni riconducibili alla materia agricola, a quella brevettuale e dei marchi, alla sicurezza alimentare si veda L. Baroni, *I modelli di amministrazione: diretta, indiretta e altre forme "intrecciate"*, in D.U. Galetta (a cura di), *Diritto amministrativo nell'Unione europea. Argomenti (e materiali)*, Torino, 2020, p. 75 ss.

⁷⁸ Si veda già la decisione del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013, 1082/2013/UE che permise l'adozione del *Joint Procurement Agreement (JPA)*. Sul punto ci si permette di rinviare a N. Parisi, *NextGeneratioEU: oltre il PNRR verso una politica macro-economica europea di stampo federale?*, in D.G. Rinoldi, A. Scialdone, *PNRR. Promesse da mantenere e miglia da percorrere*, Napoli, 2023, p. 17 ss.

⁷⁹ L'evoluzione che qui si rileva ha indotto alcuni a considerare operativo sul piano dell'adozione delle decisioni europee non più solo il cd. «metodo comunitario» e quello intergovernativo, ma anche il rivitalizzato «metodo aperto di coordinamento», del quale sarebbe interprete sintomatica la stagione iniziata con il dispositivo sulla ripresa e resilienza (così N. Lupo, *La costruzione del diritto dell'Unione europea*, cit., par. 6.1).

come da molti ben espresso⁸⁰ – quello che emerge dall’osservazione delle modalità di funzionamento dell’amministrazione pubblica nel contesto dell’Unione europea è un assetto in cui il dato caratterizzante è l’esercizio congiunto – secondo modalità anche molto diversificate – di competenze esecutive.

Assetto che è stato infine codificato nell’art. 291 TFUE, il quale assegna queste ultime non sulla base del riparto per materia, bensì sulla base del criterio dell’attribuzione di esse, sostenuto dall’applicazione del principio di sussidiarietà, secondo «uno schema organizzativo e procedimentale (...) nel quale enti europei, soggetti di altri Stati membri e amministrazioni nazionali cercano, assieme, il miglior assetto dell’interesse pubblico»⁸¹.

Se si crede di poter accedere a questo punto d’approdo, allora diventa inattuale accogliere una lettura della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione che imponga il rispetto dei principi di buona amministrazione alla sola struttura istituzionale europea e non anche a quelle amministrazioni nazionali che concorrono ad attuarne il dettato entro gli ordinamenti degli Stati membri.

D’altronde, si potrebbe mutuare dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione quell’approccio che ha valorizzato i giudici di merito nazionali come i primi giudici dell’ordinamento comunitario⁸², valutando che le amministrazioni nazionali sono i naturali responsabili dell’attuazione del diritto dell’Unione entro gli ordinamenti nazionali.

Peraltro a questa stessa conclusione si perviene sulla base del disposto

⁸⁰ Si vedano ancora H. Caroli Casavola, *L’amministrazione nazionale in funzione*, cit., p. 118 ss.; L. Baroni, *I modelli di amministrazione: diretta, indiretta e altre forme “intrecciate”*, p. 76 ss.; e nella dottrina straniera in particolare P.P. Craig, *Shared Administration, disbursement of community funds and the regulatory state*, in H.C.H. Hofman, A.H. Türk (Eds.), *Legal Challenges in EU Administrative Law: Towards an Integrated Administration*, Cheltenham, 2009, p. 34 ss.; Id., *Community Administration. History, Typology and Accountability*, in *Soc. Sc. Res. Network*, 2010.

⁸¹ Così S. Valaguzza, *I procedimenti compositi*, cit., p. 175. Per considerazioni analoghe di portata più generale (cioè non limitate alla sola funzione amministrativa) si veda N. Lupo, *La costruzione del diritto dell’Unione europea*, cit., par. 3.

⁸² CGCE, 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro SpA Simmenthal*.

dell'art. 51.1 della Carta dei diritti fondamentali in relazione alla perimetrazione del suo ambito di applicazione: esso stabilisce che la Carta si applica alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, nonché agli Stati membri «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione».

Conclusivamente sulla questione inizialmente posta in questo paragrafo: i valori-guida di buona amministrazione pubblica si rivolgono a «un sistema comune» di pubbliche amministrazioni (nazionali ed europea), che è tale in virtù del «complesso di interazioni e meccanismi di raccordo (organizzativi e procedimentali)» che si è venuto determinando in funzione del perseguimento, appunto, dell'interesse collettivo⁸³.

D'altronde che tali valori-guida si applichino anche alle amministrazioni nazionali almeno nell'esecuzione del diritto dell'Unione non è controvertibile da altro punto di vista: poiché la Carta dei diritti fondamentali si limita a codificare, come sopra anticipato, principi comuni degli ordinamenti degli Stati membri, ad essi si indirizza il principio generale del diritto che origina da questa condivisione⁸⁴.

7. Lo spazio pubblico europeo e la garanzia dell'efficacia, dell'efficienza e della economicità dell'agire pubblico.

Esiste dunque uno spazio pubblico (amministrativo) europeo entro il quale vige una costituzione sociale *in progress* che va oltre la proclamazione di diritti, di valori e di principi e che, tramite l'attività di regolazione, di esecuzione e di esercizio della giurisdizione sta dando vita – come efficacemente scritto – a un complesso riconoscibile di istituti, regole e rimedi⁸⁵.

Poiché ci si sta occupando di effettività del godimento dei diritti sociali tramite il contributo della pubblica amministrazione, l'attenzione deve

⁸³ H. Caroli Casavola, *L'amministrazione nazionale in funzione*, cit., p. 132.

⁸⁴ P. Piva, *Art. 41*, cit., p. 759.

⁸⁵ L. Torchia, *Lo "spazio amministrativo" dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in A. Celotto (a cura di), *Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, Torino, 2004.

andare anzitutto ai criteri di efficienza, di efficacia e di economicità dell'agire di questa nell'attuazione del diritto dell'Unione.

L'Unione ha interesse a innalzare le competenze amministrative⁸⁶ e anche a contrastare le cause patologiche che potrebbero determinare un cattivo funzionamento delle pubbliche amministrazioni nazionali, quali sono le condotte di corruzione o di frode, la mancata gestione e soluzione dei conflitti di interesse, l'indebito doppio finanziamento per una stessa azione sostenuta da risorse europee, l'incompetenza.

In particolare, per l'argomento che qui ci occupa, essa ha un interesse concreto e attuale a che anche le pubbliche amministrazioni nazionali informino il proprio agire ai principi del *welfare* sociale europeo e ai criteri tramite i quali salvaguardarlo agendo con competenza e integrità.

Non a caso si è sviluppata una giurisprudenza europea – codificata nella Carta dei diritti fondamentali – che afferma la responsabilità delle pubbliche amministrazioni nazionali per le ipotesi di cattiva o mancata attuazione del diritto dell'Unione, responsabilità che si traduce nell'obbligo di queste di risarcire il danno cagionato alla persona fisica e giuridica⁸⁷.

E dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona l'Unione ha anche le competenze necessarie: quelle conferite per il contrasto di condotte penalmente rilevanti (nel caso di corruzione e di frode) utilizzando la leva repressiva⁸⁸ e quella preventiva⁸⁹, così come quelle per coordinare, sostenere e indirizzare le pubbliche amministrazioni nell'attuazione del diritto europeo⁹⁰.

Utilizzando queste basi normative l'Unione ha messo in campo diverse strategie, che sinteticamente indicherò, per infine portare a conclusione il ragionamento.

⁸⁶ *Infra*, par. 9.

⁸⁷ Sentenza 19 novembre 1991, causa C-6/90, *Francovich*.

⁸⁸ Artt. 82-83, nonché 85-89 TFUE.

⁸⁹ Art. 84 TFUE.

⁹⁰ Art. 197 TFUE, a commento del quale v. G. Gattinara, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 1679 ss.

8. L'azione indirizzata alla salvaguarda dell'integrità delle risorse pubbliche europee: la protezione degli interessi finanziari dell'Unione tramite il criterio della condizionalità.

Un primo livello di analisi riguarda l'attività di regolazione del legislatore europeo indirizzata a rafforzare l'integrità (anche) delle pubbliche amministrazioni nazionali.

Numerose sono le direttive che utilizzano la base normativa contemplata nell'art. 83 TFUE, utilizzano dunque il diritto penale in funzione di armonizzazione (minima) degli ordinamenti nazionali anche nella materia che ci interessa. Qui le si richiama soltanto. Mentre si trova ancora in fase di trilogio la proposta di direttiva sul contrasto alla corruzione anche con la leva preventiva destinata a sostituire antiche convenzioni stipulate (negli anni Novanta del secolo scorso) ai sensi dell'originaria versione del Trattato di Maastricht⁹¹.

Le direttive già ora vigenti si occupano di tutela del dipendente che segnala illeciti o rischi di illeciti dall'interno del proprio ambiente di lavoro⁹², di confisca dei proventi di reato⁹³, di antiriciclaggio⁹⁴, di frode e corruzione suscettibili di pregiudicare gli interessi finanziari dell'Organizzazione⁹⁵.

⁹¹ Sui contenuti di questa proposta si veda fra i tanti V. Mongillo, *Strengths and weaknesses of the proposal for a EU directive on combating corruption*, in *Sist. pen.*, 2023, 7.

⁹² Direttiva (UE) 2019/1937; su di essa e sulla disciplina italiana di recepimento si veda R. Cantone, N. Parisi, D. Tambasco (a cura di), *Commento sistematico alla disciplina del d.lgs. n. 24/2023. Ambiti applicativi, governance, strumenti di segnalazione e protezione*, Milano, 2025.

⁹³ Direttiva (UE) 2024/1260 (per la quale si veda un utile commento in S. Finocchiaro, *La nuova direttiva dell'Unione europea in materia di sequestro e confisca*, in *Sist. pen.*, 5 giugno 2024); essa è rinforzata dal regolamento (UE) 2018/1805, che applica il principio del mutuo riconoscimento alla circolazione intra-comunitaria dei provvedimenti di confisca.

⁹⁴ La disciplina in argomento ha subito una rivisitazione generale, dopo cinque generazioni di direttive; ora vige il cosiddetto "pacchetto antiriciclaggio" che si fonda su tre pilastri: non solo la VI direttiva (UE) 2024/1640 di armonizzazione della disciplina nazionale anti-riciclaggio, ma anche due Regolamenti: il n. 2024/1624 e il n. 2024/1620, che istituisce l'Autorità per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo (AMLA). In argomento si veda G. Strafallaces, C.M. Giuliani, *Trust, antiriciclaggio e titolare effettivo. Prime riflessioni su alcune delle imminenti innovazioni*, 14 giugno 2024.

⁹⁵ Direttiva (UE) 2017/1371 del 5 luglio 2017: in argomento ci si permette di rinviare a

Quest'ultima riveste un particolare interesse per il tema di questo scritto. È infatti indubbio che i menzionati criteri di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione dell'Unione intersecano la questione della protezione degli interessi finanziari dell'Unione. Si pensi soltanto, in via esemplificativa, all'ingente volume di risorse messe a disposizione in via straordinaria con il programma *NextGenerationEU* per far convergere verso un modello (anche sociale) europeo i sistemi dei ventisette Stati membri dell'Unione grazie all'attuazione dei rispettivi Piani di ripresa e resilienza; o ancora alle non poche risorse finanziarie ripartite negli otto fondi europei per la politica di coesione nel quadro dell'esercizio 2021-2027.

La rigidità, la formalità e, in alcuni casi, la difficoltà di 'messa a terra' delle procedure (di quelle politiche come di quelle giuridiche) che dovrebbero poter contrastare rapidamente le disfunzioni indotte dal cattivo funzionamento degli apparati nazionali hanno consigliato il legislatore europeo di introdurre in modo diffuso varie forme di condizionalità a tutela del proprio bilancio, ovvero ai fini di prevenire condotte devianti e poi eventualmente far 'punire' il responsabile di esse. Si tratta di condizionalità ancorate alle violazioni dei principi dello Stato di diritto.

Così, e anzitutto, alla vigilia dell'approvazione del regolamento europeo che deliberò in tema di *NextGenerationEU* fu adottata una disciplina di portata generale, secondo la quale le violazioni e i rischi gravi di violazioni dei principi dello Stato di diritto avrebbero comportato da parte della Commissione – autorità di esecuzione del bilancio dell'Unione (Art. 311 TFUE) – l'adozione di misure di blocco dell'erogazione delle risorse finanziarie dell'Unione⁹⁶.

Questa disciplina è stata rapidamente affiancata dalle norme contenute nel dispositivo che istituisce i *Piani nazionali di ripresa e resilienza* e che introducono condizionalità aggiuntive legate al conseguimento di *mi-*

N. Parisi, D. Rinoldi, "Economia lecita" e protezione del bilancio dell'Unione europea tramite il diritto penale, in *Dir. pen. global.*, 2017, nn. 3-4, p. 409 ss.

⁹⁶ Regolamento (UE) 2020/2092: sulla condizionalità da esso prevista si veda, nella veramente estesa produzione dottrinale, il solo E. Rubio, T. Kiss-Gálfalvi, T. Nguyen, T. Ruiz de la Ossa, F. Corti, A.F. Gómez, *The tools for protecting the EU budget from breaches of the rule of law: the Conditionality Regulation in context*, 2023.

lestones e targets, dunque informate ai criteri di efficienza e di efficacia dell'agire pubblico⁹⁷.

L'utilità di queste previsioni ha già avuto modo di manifestarsi: si pensi non tanto al contenzioso ancora aperto con il Governo ungherese⁹⁸, ma soprattutto all'effetto di deterrenza che queste previsioni hanno sortito nei confronti della Polonia.

Una volta accertata dalla Corte di giustizia dell'Unione la legittimità della clausola di condizionalità contenuta nel «dispositivo»⁹⁹, il Governo polacco – grazie anche ai mutati equilibri politici interni – ha iniziato a ripristinare l'indipendenza del potere giudiziario (una delle violazioni allo Stato di diritto accertate in sede europea), ma soprattutto – nella consapevolezza della fragilità del proprio sistema giudiziario nel contrastare condotte pregiudizievoli delle risorse finanziarie dell'Unione – ha aderito al regolamento istitutivo della Procura europea, di cui meglio si dirà¹⁰⁰.

Anche la disciplina indirizzata settorialmente al governo dei fondi europei per la politica di coesione è rafforzata da una clausola che dispone in tema di «condizionalità abilitanti orizzontali», ancorando l'erogazione delle risorse finanziarie destinate ai singoli Stati al rispetto della Carta dei diritti fondamentali, dunque tanto dei diritti sociali implicati nelle azioni nazionali, quanto dei principi del *buon governo*¹⁰¹.

⁹⁷ Regolamento (UE) 2021/241: sulla condizionalità finanziaria allo Stato di diritto si veda M. Coli, *Stato di diritto e condizionalità finanziaria: un binomio ormai inscindibile per la tutela dei valori dell'Unione europea?*, in *Quest. giust.*; sulla condizionalità legata all'efficienza, all'efficacia e all'economicità di progetti e riforme contenute nel PNRR si veda G. Colombini, L. Giani, M. D'Orsogno, V. Manzetti, *Il PNRR tra condizionalità finanziarie e sociali*, Napoli, 2023, oltre a N. Parisi, *NextGeneratioEU: oltre il PNRR verso una politica macro-economica europea di stampo federale?*, cit., specific. p. 26 ss.

⁹⁸ La vicenda è assai complessa: per un primo commento fermo al 2024 si veda M. Iannella, *Parlamento Europeo v. Commissione sul caso Ungheria. Le prospettive di una tutela integrata dello stato di diritto attraverso la leva del bilancio UE*, in *Dir. comp.*, 2 maggio 2024; per il seguito v. <https://it.euronews.com/my-europe/2025/08/27/il-governo-ungherese-ha-fatto-causa-al-consiglio-dellunione-europea-per-gli-aiuti-allucrai>.

⁹⁹ CGUE, sentenza 16 febbraio 2022, C-157/21, *Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*.

¹⁰⁰ *Infra*, par. 10.

¹⁰¹ Artt. 9 e 15 regolamento (UE) 2021/1061, unitamente all'allegato III.

Funziona poi nel settore agricolo una «clausola di condizionalità sociale» che deve essere attivata dagli Stati membri quando l'impresa o l'imprenditore agricolo manchi di osservare la disciplina nazionale in materia di condizioni di lavoro e di sicurezza¹⁰². Essa determina la perdita del diritto a ricevere il finanziamento di derivazione europea.

Il Parlamento europeo ha suggerito alla Commissione un rafforzamento del meccanismo di condizionalità ancorato ai principi che sostanziano lo «Stato di diritto»¹⁰³, facendo presente l'esigenza di promuovere l'efficacia e la capacità delle pubbliche amministrazioni nazionali al fine di evitare dispersione di risorse finanziarie: il Parlamento parte dall'assunto della centralità del bilancio europeo, strumento di investimento per la realizzazione di politiche comuni e per il sostentamento di beni pubblici europei.

9. L'impegno dell'Unione in tema di sostegno, completamento e coordinamento dell'azione amministrativa degli Stati membri.

Un secondo livello di analisi riguarda il piano operativo aperto dalla nuova competenza attribuita all'Organizzazione dal Trattato di Lisbona a titolo di sostegno, completamento e coordinamento¹⁰⁴: poiché «l'attuazione effettiva del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri [è] (...) considerata una questione di interesse comune» ad essi, l'Unione può intervenire a sostenere gli sforzi delle pubbliche amministrazioni nazionali al fine di migliorare la loro capacità, facilitando in particolare lo scambio di informazioni e sostenendo programmi di formazione, senza tuttavia che tali azioni si concretino in misure di armonizzazione¹⁰⁵ e restando liberi gli Stati membri di usufruirne¹⁰⁶.

¹⁰² Art. 14, regolamento (UE) 2021/2115.

¹⁰³ Risoluzione del PE del 7 maggio 2025, *che interviene sulla proposta della Commissione in materia di Quadro Finanziario Pluriennale 2028-2034*.

¹⁰⁴ Art. 6, lett g), TFUE.

¹⁰⁵ Art. 197.1-2, TFUE.

¹⁰⁶ Quanto gli Stati avrebbero bisogno di usufruirne emerge, tra l'altro, dalla Comunicazione della Commissione europea del 4 giugno scorso, intitolata *NextGenerationEU - La strada verso il 2026* (COM(2025) 310 final), là dove si riscontrano i ritardi nell'attuazione dei Piani nazionali di ripresa e resilienza dovuti a due fattori: alle contingenze geopoliti-

Nello specifico settore dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia la cooperazione amministrativa fra i servizi nazionali competenti è assicurata dal Consiglio¹⁰⁷, con la rilevante eccezione della cooperazione fra le autorità nazionali di polizia e doganali, che viene regolata da misure adottate da Consiglio e Parlamento europeo secondo la procedura legislativa ordinaria¹⁰⁸.

Se guardiamo alle potenzialità insite in questa nuova competenza dell'Unione possiamo pensare che essa – tramite l'efficientamento delle pubbliche amministrazioni nazionali – potrebbe essere in grado di contribuire a una miglior giustizia sociale e a far fronte alla responsabilità pubblica verso i doveri di solidarietà, garantendo politiche redistributive nonché di buon utilizzo delle risorse pubbliche europee.

In questa direzione si è avviata la Commissione adottando la Comunicazione del 25 ottobre 2024, non a caso intitolata *Rafforzare lo spazio amministrativo europeo (ComPact)*¹⁰⁹.

Si tratta di un piano d'azione che individua una strategia di sostegno e coordinamento fra le PA degli Stati membri ai fini di rafforzarne le capacità, anche anticipando e mitigando le emergenze, soprattutto a fronte delle trasformazioni strutturali (transizione verde e digitale)¹¹⁰. È una strategia per ora articolata in una ventina di iniziative, organizzate su tre pilastri.

che internazionali ma anche alle difficoltà che le PA nazionali stanno incontrando nell'attuazione dei progetti di investimento (pp. 5-6). Sull'utilità per la PA italiana di siffatto sostegno non vi è da dubitare, stante la situazione di debolezza di cui essa cronicamente soffre. In tema si vedano, fra i tanti contributi: F. Merloni, *Costituzione repubblicana, riforme amministrative e riforme del sistema amministrativo*, in *Dir. pub.*, 2018, p. 81 ss.; S. Battini, *Il riformismo e la burocrazia: eredità del passato e prospettive per il futuro*, in *Riv. Trim. dir. pub.*, 2023, p. 735 ss.; specificamente in relazione al PNRR v. H. Caroli Casavola, *L'amministrazione nazionale in funzione dell'Unione europea*, cit., pp. 128-129.

¹⁰⁷ Art. 74 TFUE.

¹⁰⁸ Art. 87.1 TFUE.

¹⁰⁹ Doc. COM(2023) 667 final.

¹¹⁰ Si veda in proposito l'efficace sintesi di D. Dotto, M. Tommasi, *Uno "Spazio amministrativo europeo" comune per una PA a prova di futuro*, 11 marzo 2024.

Il primo è dedicato ad innalzare le competenze pubbliche, tramite anche l'utilizzo della linea di finanziamento aperta dal regolamento (UE) del 10 febbraio 2021 che *istituisce uno strumento di sostegno tecnico*. Al momento su questo regolamento si fonda l'iniziativa *PACE (Public Administration cooperation exchange)* che promuove la circolazione intra-comunitaria di dipendenti pubblici, nella convinzione che l'opportunità di sperimentare diverse modalità di lavoro e differenti modelli culturali possa contribuire a innalzare le competenze delle PA nazionali.

Altre iniziative sono indirizzate a riqualificare i pubblici dipendenti attraverso modalità di formazione in singoli specifici settori, con un'attenzione particolare al livello regionale e locale, che – sulla base di stime dell'Unione – non solo sono responsabilità dell'attuazione del 70% della normativa europea (trovandosi dunque in prima linea in tema di adattamenti climatici e sviluppo sostenibile), ma sono anche spesso le più fragili per dimensione e capacità di spesa¹¹¹.

Il secondo e il terzo pilastro contengono iniziative specificamente destinate a rafforzare la capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni nazionali in vista della transizione, rispettivamente, verde e digitale.

Precipitato di questa nuova competenza dell'Unione (e importante per l'argomento che qui ci occupa) è lo *Strumento di sostegno tecnico (STI)* istituito con Regolamento (UE) 2021/240 per mettere a disposizione degli Stati membri consulenza strategia e giuridica, misure di formazione, consulenza da parte di esperti internazionali in tema di riforme interne. Senza poter approfondire qui le ampie prospettive di suo utilizzo, desidero mettere in rilievo la sinergia che si viene a determinare dall'utilizzo congiunto del *Regolamento sulla condizionalità allo Stato di diritto*, il «Meccanismo Stato di diritto»¹¹² e quest'ultimo *Strumento*.

Le raccomandazione che accompagnano la Relazione che la Commissione redige annualmente ai fini di valutazione dello stato di salute dello Stato di diritto nell'Unione sono infatti il punto di partenza per l'utile impiego dello *STI*, grazie al quale è possibile per il Paese membro dare

¹¹¹ Così COM(2023) 667 final, cit., p. 10.

¹¹² Di cui alla nota 16.

adempimento (sul piano sia delle riforme che dell'organizzazione della pubblica amministrazione) alle raccomandazioni stesse, evitando in tal modo il possibile ricorso alle misure di blocco delle risorse finanziarie europee se nell'ordinamento nazionale implicato siano emerse «violazioni dei principi dello Stato di diritto (...) che compromettono o rischiano seriamente di compromettere in modo sufficientemente diretto la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione» di esso¹¹³.

10. Il «braccio armato» dell'Unione: la Procura europea.

Resta da dire di come l'Unione provveda in prima persona, dunque con propri organi, organismi e agenzie, ad affiancare gli apparati nazionali di vigilanza, controllo ed esercizio dell'azione penale in funzione di garanzia dell'integrità delle pubbliche amministrazioni nazionali.

Secondo il principio di sussidiarietà espresso nell'art. 5.1 del Trattato di Unione, sono anzitutto gli Stati a dover intervenire prestando il proprio ordinamento a tutela della corretta attuazione del diritto europeo. Ne è una manifestazione quanto dispone, per esempio, il dispositivo di ripresca e resilienza, secondo il quale:

«Nell'attuare il dispositivo gli Stati membri, in qualità di beneficiari o mutuatari di fondi a titolo dello stesso, adottano tutte le opportune misure per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione e per garantire che l'utilizzo dei fondi in relazione alle misure sostenute (...) sia conforme al diritto dell'Unione e nazionale applicabile, in particolare per quanto riguarda la prevenzione, l'individuazione e la rettifica delle frodi, dei casi di corruzione e dei conflitti di interessi. A tal fine, gli Stati membri prevedono un sistema di controllo interno efficace ed efficiente nonché provvedono al recupero degli importi erroneamente versati o utilizzati in modo non corretto. Gli Stati membri possono fare affidamento sui loro normali sistemi nazionali di gestione del bilancio»¹¹⁴.

L'Unione si è vista tuttavia attribuire la competenza in materia di coope-

¹¹³ Art. 4.1 regolamento (UE) 2020/2092, cit.

¹¹⁴ Art. 22 del reg. (UE) 2021/241.

razione giudiziaria penale (artt. 82 e 85 TFUE) e, prima ancora, di polizia (artt. 87-89 TFUE): tanto la prima quanto la seconda competenza vengono esercitate non soltanto tramite l'adozione di misure di armonizzazione delle regole procedurali nazionali, ma anche utilizzando la facoltà di creare circuiti di collaborazione fra autorità nazionali e fra queste e l'Unione, quali per esempio Eurojust, Europol, Olaf.

Un'attenzione particolare merita l'ultimo degli strumenti giuridici messo in campo dall'Unione al riguardo, la Procura europea, preordinata a garantire al momento l'integrità del bilancio europeo, ma con la possibilità che le sue competenze vengano allargate ad altri settori di criminalità particolarmente grave di dimensione transnazionale (artt. 86. 1 e 4 TFUE).

I compiti che il Trattato le affida si inseriscono in una fase assai importante della vicenda processuale, quella investigativa e istruttoria che si manifesta tramite l'individuazione, la persecuzione e il rinvio a giudizio degli autori (nonché dei loro complici) di condotte illecite che pregiudicano gli interessi finanziari dell'Unione.

A questi si aggiunge il compito di esercitare l'azione penale in relazione a tali condotte davanti agli organi giurisdizionali nazionali (art. 86, par. 2 TFUE)¹¹⁵. Da questi compiti scaturisce la natura giudiziaria della Procura, che deve poter esercitare le proprie competenze in modo indipendente tanto dalle istituzioni dell'Unione quanto dalle autorità nazionali¹¹⁶.

La sua costituzione rappresenta un passo importante nell'azione operativa di contrasto alle condotte di criminalità transnazionale, come peraltro è del tutto evidente se si pone attenzione ai contenuti delle relazioni che annualmente essa pubblica¹¹⁷.

¹¹⁵ Sull'utilità di siffatto ultimo ruolo v. COM(2011) 293, 26 maggio 2011, par. 4.3.

¹¹⁶ Ciò differenzia in modo fondamentale tale agenzia da Eurojust, qualificato, in relazione alle proprie funzioni, organo amministrativo: Corte cost. it., 15 aprile 2011, n. 136, *Manfreda*, par. 6.1.

¹¹⁷ Esemplicativamente si rinvia all'ultima *Relazione annuale 2024*, Lussemburgo 2025. Ma si vedano anche le relazioni che annualmente la Commissione pubblica sugli esiti del contrasto alle frodi al bilancio dell'Unione, esemplificativamente la *Trentaseiesima relazione annuale sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea e sulla lotta contro la frode – 2024*, adottata il 25 luglio 2025, COM(2025) 426 final.

L'istituzione della Procura europea rappresenta una novità *di sistema*¹¹⁸, capace di determinare una verticalizzazione dei rapporti entro l'Unione europea fra quest'ultima e i suoi Stati membri. La Procura non può essere infatti ascritta alla categoria degli strumenti della cooperazione giudiziaria fra gli Stati, se non altro perché la sua competenza è destinata a sottrarre una sfera di esercizio di poteri sovrani alle giurisdizioni penali nazionali, esautorandole – sebbene limitatamente a una sfera soltanto di condotte penalmente rilevanti, per ora quelle che ledono gli interessi finanziari dell'Unione – di compiti di investigazione, di decisione circa l'avvio dell'azione penale e dunque di esercizio della stessa.

L'azione penale infatti verrà localizzata per decisione della Procura europea nell'ordinamento nazionale che presenti un collegamento stretto con l'esercizio di essa (per esempio perché il materiale per formare le prove nel procedimento penale necessario all'accertamento delle responsabilità di reato sono lì concentrate, o perché i presunti responsabili sono detenuti dalle autorità di un certo Stato membro, e così via).

Si è così concretizzato un modello di concorrenza fra organi giudiziari situati a diversi livelli, dunque articolato sul principio di sussidiarietà, essendo riservata a ciascuna giurisdizione nazionale la fase del giudizio.

11. Come promuovere il bene pubblico europeo, ovvero lo spazio amministrativo europeo fondato sui principi di un'economia sociale di mercato.

A conclusione di queste valutazioni, credo ci si debba anzitutto interrogare sull'aderenza al contesto attuale della definizione di quel bene comune europeo che consiste nello spazio di libertà sicurezza e giustizia stabilito come fine e, contemporaneamente, come settore di competenza concorrente di Unione e Stati membri (artt. 3.2 e 4.2, lett. j, TFUE). Il suo inserimento nel Trattato di Unione risale alla revisione confezionata ad Amsterdam (entrata in vigore il 1° maggio del 1999).

¹¹⁸ G. Tesauro, *Una procura europea per l'Europa del futuro*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 721 ss.

Come ricordato la revisione di Lisbona (entrata in vigore il 1° dicembre 2009) ha determinato mutamenti di contesto che hanno valorizzato le responsabilità dell'Unione in relazione a questo fine¹¹⁹, senza che tuttavia il perimetro disegnato dai Trattati subisse il dovuto aggiustamento a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona: lo spazio europeo di libertà sicurezza e giustizia risulta ancora organizzato secondo le originarie competenze in esso contenute in materia di «politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione», «cooperazione giudiziaria in materia civile», «cooperazione giudiziaria in materia penale» e «cooperazione di polizia» (art. 67-89 TFUE).

Non è il momento di approfondire la riduttività di cui è affetto questo inquadramento da prospettive importanti (quelle lessicali) ma laterali rispetto al tema che qui ci occupa¹²⁰. Piuttosto vorrei sollecitare l'attenzione sulla questione dalla prospettiva sostanzialista, relativa al perimetro che ancor oggi formalmente delimita lo spazio europeo di libertà sicurezza e giustizia.

Questo perimetro non tiene conto dell'aumentato spessore dello spazio in questione – dovuto all'attribuzione di portata vincolante alla Carta dei diritti fondamentali – e del suo ampliamento al settore della *cooperazione amministrativa*, tassello importante nella definizione di quello che più correttamente, sulla base della appena ricordata portata giuridica acquisita dalla Carta dei diritti fondamentali, dovrebbe essere definito propriamente lo spazio costituzionale europeo, come peraltro a fondamento del Programma di Stoccolma.¹²¹

Uno spazio fondato sui valori dello Stato di diritto, come espressi dall'art. 2 TUE, governato a partire dai diritti e dalle libertà dichiarate dalla Carta,

¹¹⁹ Al proposito si veda D.G. Rinoldi, *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia*, in U. Draetta, N. Parisi, D.G. Rinoldi (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2023, p. 4 ss.

¹²⁰ Deve essere considerata riduttiva la rubrica che inquadra nella cooperazione giudiziaria penale tanto la competenza del Legislatore europeo ad adottare norme di diritto penale sostanziale (art. 83 TFUE), quanto la previsione della costituzione (peraltro avvenuta, come si è anticipato nel par. 10) di una Procura europea in grado di esercitare l'azione penale.

¹²¹ Approvato nell'occasione dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e non più valorizzato nei successivi Programmi del 2014, 2019 e 2024.

amministrato secondo le numerose competenze presenti nel Trattato sul funzionamento dell'Unione.

A questa prima considerazione se ne aggiunge una seconda. In questi mesi all'ordine del giorno delle istituzioni dell'Unione vi è – come già ricordato – il dibattito sull'approvazione del Quadro Finanziario Pluriennale (QFP) 2028-2034¹²².

L'aspirazione dell'Unione a governare beni comuni europei richiede un bilancio ambizioso. Occorre essere consapevoli che i beni comuni europei sono aumentati: a quelli tradizionali si è aggiunta, tra l'altro, l'esigenza di rafforzare la competitività europea, la protezione del clima e dell'ambiente, la ricerca, l'innovazione, la difesa, l'efficientamento delle pubbliche amministrazioni nazionali, garanzia di buona attuazione del diritto dell'Unione entro gli ordinamenti degli Stati membri: tutti settori che richiedono investimenti non piccoli.

Il dibattito sulle nuove risorse proprie dell'Unione non sta portando a soluzioni concrete di ampio respiro, mentre il bilancio dell'Unione avrebbe un'urgente necessità di essere riformato, oltre che aumentato di consistenza¹²³; la previsione di una capacità generale di finanziare l'Unione tramite l'emissione di obbligazioni non sta trovando accoglimento¹²⁴, ciò che rappresenta dal mio punto di vista un problema. Non è un caso che il Parlamento europeo, nella menzionata risoluzione del 7 maggio scorso, ricordi che l'Unione si fonda sui valori dell'articolo 2 e che la violazione di questi valori compromette la coesione fra gli Stati e fra le persone, erode i diritti fondamentali delle persone, indebolisce le Istituzioni.

Per questo occorrerebbe – sempre secondo il PE – programmare nel bilancio dell'Unione politiche attive per la coesione sociale, economica e

¹²² Se ne veda la progressione di tappe relative alla sua approvazione in https://commission.europa.eu/topics/budget/eu-budget-2028-2034-explained_it.

¹²³ M. Schratzenstaller, *New EU 'own resources' needed for new challenges*; O. Fontana, L. Gasbarro, G. Barone, *Nuove risorse proprie per finanziare i beni pubblici europei*; anche A. Majocchi, *Una politica europea per ridurre le disuguaglianze. Una tassa sul patrimonio dei super-ricchi*, in corso di pubblicazione in *Dir. com. sc. int.*

¹²⁴ M. Blom, *È giunto il momento di riaprire il dibattito sugli Eurobond*, 28 maggio 2025.

territoriale; dare importanza alla dimensione sociale dell'Unione europea; promuovere il pilastro sociale; ridurre le disuguaglianze, le povertà e l'esclusione sociale; affrontare la crisi abitativa che colpisce un milione di famiglie.

Conclude il Parlamento europeo suggerendo un miglior meccanismo di condizionalità fra rispetto dello Stato di diritto e diritto delle amministrazioni pubbliche nazionali a ricevere risorse dall'Unione europea, e portando l'attenzione sull'esigenza di promuovere l'efficacia e la capacità delle pubbliche amministrazioni per evitare dispersioni di risorse finanziarie.

Al di là delle proclamazioni di principio il quadro che va delineandosi complessivamente sembra dare conto del rischio, contemporaneamente, di uno spostamento dell'attenzione dal "pilastro sociale" al mercato unico e di una contrazione degli investimenti (in termini tanto di azioni che di finanziamenti) utili a dare effettività ai diritti sociali in Europa.

Ciò di cui si avverte l'esigenza e l'urgenza è una strategia visionaria capace di ridare slancio genuino al processo di integrazione del Continente europeo rispettando l'originalità del modello europeo fondato su un'economia sociale di mercato, perché innestato sui valori dello Stato di diritto: la difficoltà in cui versa il *pilastro sociale europeo* è solo la spia di un'insoddisfacente condizione generale di questo processo, pur così originale, prezioso e dunque da non disperdere.

HERRAMIENTAS JURÍDICAS Y VOLUNTAD POLÍTICA PARA EL ESTADO SOCIAL

María Victoria de Dios Viéitez

SUMARIO: 1. ¿Qué entendemos por Administración Social? Marco y objeto de la reflexión. - 2. Herramientas jurídicas suficientes y el verdadero problema de la voluntad política. - 3. Estado social y Estado de Derecho: la necesaria articulación constitucional. - 4. Derechos sociales entre igualdad, libertad y dignidad: más allá del Estado prestacional. - 5. La promoción del Estado social desde la Administración: legislación, interpretación y buena administración.

1. ¿Qué entendemos por Administración Social? Marco y objeto de la reflexión.

Permítanme comenzar con una pregunta que, aunque sencilla en apariencia, encierra una complejidad profunda: ¿de qué hablamos cuando hablamos de Administración Social? Esta cuestión nos invita a revisar no solo el marco jurídico que sustenta el Estado Social de Derecho, sino también las prácticas administrativas que lo hacen posible.

En el contexto actual, marcado por desafíos globales, el debate sobre los derechos sociales adquiere una relevancia especial. En estos días, marcados por importantes acontecimientos como la elección del nuevo Papa, resulta especialmente oportuno abordar un tema de estas características vinculado a los derechos sociales. En este contexto, cobra renovada relevancia la figura del Papa León XIII y su Encíclica *Rerum Novarum*, que dio origen a la doctrina social de la Iglesia.

Este legado constituye un referente fundamental para reflexionar sobre la justicia social, la dignidad de la persona y el papel del Estado en la protección de los más vulnerables.

La presente contribución reflexiona sobre el papel de la Administración Pública en la promoción del Estado Social, abordando los fundamentos constitucionales, los desafíos interpretativos y las exigencias organizati-

vas y procedimentales que derivan del principio de buena administración.

2. Herramientas jurídicas suficientes y el verdadero problema de la voluntad política.

Me gustaría comenzar por el final: por la conclusión. En términos generales –y sin perder de vista los matices que siempre acompañan a esta cuestión– considero que contamos con herramientas jurídicas suficientes para avanzar en el desarrollo del Estado Social y en la garantía de los derechos sociales.

El verdadero desafío no reside tanto en la ausencia de instrumentos normativos, sino en la capacidad de utilizarlos adecuadamente. Como mencionaba el profesor Rodríguez Arana es imprescindible que exista voluntad política para activar y aplicar esas herramientas. Por tanto, la conclusión es clara: más allá de las dotaciones presupuestarias, disponemos de un marco jurídico que permite avanzar, siempre que exista el compromiso político necesario para hacerlo efectivo.

Partiendo de la conclusión que ya he anticipado, cabe preguntarse: ¿por qué llego a esa conclusión? La respuesta se apoya en una serie de consideraciones que, a su vez, descansan sobre dos pilares fundamentales.

El primero es una antigua sentencia del Tribunal Supremo de España de 20 de mayo de 1987, cuyo ponente fue un profesor muy recordado por todos nosotros: el Profesor González Navarro. Esta resolución constituye un referente clave para comprender la articulación entre el Estado Social y el Estado de Derecho.

El segundo pilar se articula en torno al principio de buena administración, que ha adquirido una relevancia creciente en el Derecho Público contemporáneo. Este principio se configura como una referencia esencial para interpretar y aplicar las normas con una orientación clara hacia la justicia social.

Sobre estos dos fundamentos se sostienen las reflexiones que desarrollaré a continuación.

3. Estado social y Estado de Derecho: la necesaria articulación constitucional.

La primera consideración que deseo formular es que el desarrollo del Estado social debe necesariamente articularse dentro del marco constitucional. Así lo reconoció expresamente el Tribunal Supremo, que en su Sentencia de 1987 advertía de la necesaria articulación entre ambas dimensiones del Estado constitucional. En otras palabras, cualquier avance en la configuración o expansión de sus contenidos ha de encontrar fundamento y límite en el texto constitucional, interpretado conforme a sus principios rectores.

Aunque esta afirmación pueda parecer evidente, su carácter aparentemente obvio conduce, en no pocas ocasiones, a que se omita o se relativice en el discurso jurídico y político. Ello puede derivar en propuestas o soluciones que, aun bienintencionadas, se alejan de la arquitectura normativa que la Constitución establece.

Desde esta perspectiva, resulta imprescindible subrayar que la cláusula del Estado social no puede entenderse de forma aislada ni desvinculada de la cláusula del Estado de Derecho.

Ambas conforman un binomio indisoluble que exige una lectura sistemática e integradora, en la que los fines sociales del Estado se realicen respetando el marco del Estado de Derecho. Como declara la Sentencia a la que he aludido *«esa igualdad real y efectiva que postula el artículo 9.2 de la Constitución ha de conseguirse sin subvertir la Constitución, antes al contrario partiendo de ella, para lo cual hay que traducir en términos de justicia –de justicia sin adjetivos– lo que ella dice y dicen las leyes que la desarrollan»*. Pudiera interpretarse que esta afirmación implica una restricción al alcance del Estado social; sin embargo, nada más alejado de la realidad porque el respeto a la dignidad de la persona –principio fundamental consagrado en el artículo 10.1 de la Constitución Española– debe constituir el eje orientador de toda actuación de los poderes públicos.

Y los derechos sociales son instrumentos esenciales para garantizar condiciones de vida compatibles con el respeto pleno a la dignidad humana.

4. Derechos sociales entre igualdad, libertad y dignidad: más allá del Estado prestacional.

La segunda reflexión que deseo compartir es la siguiente: Cuando nos referimos a los derechos sociales, es habitual asociarlos directamente con la igualdad. Sin embargo, no debemos perder de vista que también implican la garantía de la libertad. El verdadero desafío radica en encontrar un equilibrio razonable entre los valores de igualdad y libertad, evitando caer en enfoques que, como ha señalado la profesora Miriam Ivanega, responden más a posicionamientos ideológicos que a construcciones jurídicas sólidas.

Una tercera observación relevante consiste en señalar que, al hablar del Estado social suele surgir –aunque sea de forma instintiva– una imagen que lo reduce a un Estado meramente prestacional, vinculado casi exclusivamente a la provisión de servicios o ayudas.

Esta percepción se apoya, en parte, en el carácter predominantemente prestacional de los derechos sociales, cuya efectividad está condicionada por factores como la disponibilidad de recursos económicos y las prioridades presupuestarias que se establecen en cada momento. Así lo señalaba, con acierto, el profesor Rodríguez Arana.

Sin embargo, limitar el Estado social a una función asistencialista es incurrir en una visión empobrecida y, en cierto modo, anacrónica. Nos remite a una concepción decimonónica de la beneficencia, en la que el Estado actúa como mero dispensador de ayudas a personas necesitadas. Y es precisamente aquí donde radica el núcleo de la cuestión: no estamos ante individuos que requieran únicamente auxilio, sino ante personas que son titulares de derechos fundamentales. Derechos que no solo interpelan al Estado, sino también al conjunto de la sociedad.

Esta es la clave que se desprende de la noción de dignidad humana.

Por ello, no podemos aceptar que la efectividad de los derechos sociales dependa exclusivamente de la existencia o no de una partida presupuestaria. Hacerlo sería vaciar de contenido su naturaleza jurídica y su función transformadora.

La dignidad, como principio estructurante del Estado social y democrático de Derecho, exige una respuesta institucional que vaya más allá de la lógica del gasto.

El Profesor Nicoletti utilizó una palabra que, más allá de su significado, recoge con acierto una dimensión profundamente humana de los derechos sociales: sensibilidad. Y es precisamente desde esa sensibilidad que debemos entender que la satisfacción de los derechos sociales no puede depender únicamente de la disponibilidad presupuestaria.

Reducirlos a una cuestión de recursos es ignorar su esencia: son derechos que nacen de la dignidad de las personas y que exigen una respuesta comprometida por parte del Estado y de la sociedad.

Como cuarta observación, quiero destacar que el artículo 53 de la Constitución Española impone –tal y como se subraya en la sentencia de 1987 a la que me referí anteriormente– al operador jurídico, ya sea legislador, administrador público o juez, la obligación de dotar de contenido social su actuación.

Esta exigencia se vincula directamente con el mandato del artículo 9.2 CE, que ordena a los poderes públicos remover los obstáculos que impidan o dificulten la consecución de la igualdad real y efectiva.

Asimismo, el art. 10 CE refuerza esta orientación al establecer que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás constituyen el fundamento del orden político y de la paz social. En consecuencia, la Administración debe estar verdaderamente al servicio del Estado social.

5. La promoción del Estado social desde la Administración: legislación, interpretación y buena administración.

Pues bien, el Estado social, desde ese punto de vista, se puede promover, impulsar o desarrollar al menos en tres ámbitos.

En primer lugar, legislar incorporando la perspectiva social en el proce-

dimiento de elaboración de normas constituye una exigencia derivada de los principios de buena regulación establecidos con carácter general en la Ley de Procedimiento Administrativo Común. Así, de acuerdo con lo que determina el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, los anteproyectos de ley, proyectos de decretos-leyes, decretos legislativos y disposiciones reglamentarias deben ir acompañados de una Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

Esta exigencia responde, además, a las recomendaciones de la Unión Europea en materia de mejora regulatoria, orientadas a favorecer el crecimiento y el empleo. En particular, se persigue que los responsables públicos adopten decisiones fundamentadas en un análisis riguroso de las posibles consecuencias económicas, sociales y medioambientales de las iniciativas legislativas.

Pues bien, la evaluación de impactos no constituye un mero trámite formal ni una simple exigencia procedimental. Su omisión o realización defectuosa no puede considerarse una irregularidad menor, sino que puede dar lugar a la nulidad de la norma por ausencia de un elemento esencial del procedimiento.

En este sentido, se trata de un instrumento clave para reforzar la cláusula del Estado social, asegurando que la producción normativa incorpore de forma efectiva la dimensión social en su diseño y aplicación.

En segundo lugar, interpretar y aplicar las normas conforme a la cláusula del Estado social exige que la Administración actúe orientada por el interés general, incorporando la dimensión social en sus decisiones jurídicas. Un ejemplo ilustrativo lo encontramos en el régimen jurídico de los bienes patrimoniales. Según la legislación vigente –en concreto, la *Ley española del Patrimonio de las Administraciones Públicas*– estos bienes están sometidos a principios como el de eficiencia, economía en su gestión, eficacia y rentabilidad en su explotación.

Por su parte, el artículo 131 de dicha ley establece que los bienes y derechos patrimoniales que no sean necesarios para el ejercicio de las competencias y funciones propias de la Administración General del Estado podrán ser enajenados –apartado 1. «*Los bienes y derechos patrimoniales*

del Patrimonio del Estado que no sean necesarios para el ejercicio de las competencias y funciones propias de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos podrán ser enajenados conforme a las normas establecidas en este capítulo».

Surge entonces una cuestión relevante: ¿qué exigencias se derivan de dicha cláusula en relación con la gestión de los bienes públicos, y en particular, de los bienes patrimoniales? Cabe preguntarse si el fin público puede reducirse exclusivamente a una gestión económica eficaz, o si, por el contrario, debe prevalecer la función social del patrimonio público.

Sobre este particular, resulta ilustrativo el análisis de una resolución judicial en la que se examinó la legalidad de la decisión administrativa que motivó la enajenación de 2.900 viviendas sociales.

La Administración justificó dicha decisión en la necesidad de cumplir los objetivos de déficit y estabilidad presupuestaria, argumentando además que la situación de los arrendatarios no se vería afectada por la transmisión.

No obstante, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia de 7 de febrero de 2020, consideró insuficiente dicha motivación. Y lo hizo en aplicación del artículo 131 de la Ley de Patrimonio, en conexión con el artículo 138, que, como se ha indicado, dispone que los bienes patrimoniales del Estado solo podrán ser enajenados si no son necesarios para el ejercicio de las competencias y funciones propias de la Administración.

En este caso, los tribunales entendieron que las viviendas sí eran necesarias para el cumplimiento de los fines sociales de la Administración, lo que invalidaba la decisión de enajenación. Por tanto, la potestad de disponer de bienes patrimoniales está condicionada por la necesidad de justificar que dichos bienes no resultan imprescindibles para el ejercicio de funciones públicas.

Además, como destacó el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de noviembre de 2017, el cambio de titularidad del arrendador –de una entidad pública a una privada– implica una novación subjetiva del contrato que puede tener consecuencias relevantes. Aunque en el corto plazo no se modifiquen las condiciones del arrendamiento, la gestión futura de la

vivienda estará presidida por criterios propios del sector privado, ajenos a los fines sociales que caracterizan a la Administración. Y esta transformación despoja a la relación arrendaticia de su componente social.

En conclusión, la enajenación de bienes públicos con fines económicos debe considerarse subsidiaria, ya que implica una merma del patrimonio público que puede comprometer la realización de los fines constitucionales.

No basta con invocar razones de oportunidad o conveniencia: es necesario acreditar que los bienes no son necesarios para el cumplimiento de los fines públicos. En definitiva, debe prevalecer el interés social, que constituye el fundamento último de la actuación administrativa en un Estado social.

En tercer lugar, es posible promover e impulsar los derechos sociales mediante la incorporación de la perspectiva social en todos los niveles de gestión de la Administración. Este planteamiento nos lleva a considerar el principio de buena administración, estrechamente relacionado con la teoría de la organización administrativa y con el procedimiento. Por tanto, abordar los derechos sociales supone, al mismo tiempo, reflexionar sobre el principio de buena administración.

Es preciso destacar que el Estado social implica un mandato claro de optimización de los recursos públicos disponibles. Esto exige la búsqueda de fórmulas de gestión eficientes y la distribución de dichos recursos de la manera más eficaz posible.

En el marco de la progresividad de los derechos sociales, esta exigencia ha sido reconocida por el Comité encargado de supervisar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al referirse al «*aprovechamiento máximo de los recursos disponibles*».

En este contexto, resulta imprescindible razonar con precisión la existencia de restricciones presupuestarias previas, especialmente en relación con otros gastos que no están vinculados a mandatos constitucionales específicos de carácter social, tal y como se ha destacado, entre otros, por Sala Sánchez y Agudo Zamora.

Ese mandato de optimización está recogido en la legislación vigente, concretamente en la Ley 40/2015, de *Régimen Jurídico del Sector Público*, que establece entre sus principios organizativos los de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, así como los de colaboración, cooperación y coordinación entre administraciones públicas. Estos principios constituyen expresiones concretas de la buena administración en el ámbito organizativo, orientadas a racionalizar el sector público, evitar duplicidades y eliminar solapamientos.

En cuanto a los procedimientos administrativos, especialmente aquellos vinculados a derechos sociales, la legislación –desde la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 hasta la actual Ley 39/2015– contempla herramientas diseñadas para agilizar y simplificar los trámites.

Esto resulta esencial en procedimientos como los relacionados, por ejemplo, con situaciones de dependencia, donde la agilidad no es solo deseable, sino imprescindible para que el derecho sea efectivo.

Concretamente en la Comunidad Autónoma de Galicia se están implementando procedimientos proactivos en el ámbito de los derechos sociales. Estos procedimientos aplican herramientas ya previstas en la legislación desde hace décadas, como la no exigencia de documentos que ya obran en poder de la administración, la agilidad en la tramitación, la facilitación de la resolución y la reducción de la carga documental.

En la actualidad, todo ello se ve potenciado por la existencia de una Administración Digital, que dispone de los medios necesarios para acceder a la documentación sin requerirla nuevamente al ciudadano.

Para concluir permítanme volver al punto de partida. ¿De qué hablamos cuando hablamos de Administración Social?

Hablamos de una Administración que se articula con el Estado Social de Derecho, que actúa conforme al principio de buena administración, que interpreta y aplica las normas con sensibilidad social, y que gestiona sus recursos con eficiencia y compromiso. Tenemos herramientas jurídicas suficientes para ello. Lo que necesitamos es voluntad, formación y una cultura administrativa que entienda que los derechos sociales son una exigencia constitucional.

LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN ARGENTINA: PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL, REGULACIÓN Y DESAFÍOS

Jorge Ignacio Muratorio

SUMARIO: 1. Servicios públicos y derechos sociales en el Estado constitucional. - 2. Tarifas, equidad y protección de los sectores vulnerables. - 3. Regulación, continuidad del servicio y conflictos laborales. - 4. Entes reguladores, buena administración y tutela de la dignidad humana.

1. Servicios públicos y derechos sociales en el Estado constitucional.

El tema de los servicios públicos, cuando se lo analiza desde la perspectiva de los derechos sociales, nos sitúa en un terreno particularmente fértil del Derecho administrativo contemporáneo, en el que confluyen tradición, transformación y tensiones estructurales propias del Estado constitucional, social y democrático de Derecho.

En el caso argentino, los servicios públicos encuentran una referencia explícita en la Constitución Nacional, tanto de manera directa como a través de la protección de los derechos fundamentales que aquellos están llamados a garantizar. Sin embargo, el servicio público no es una categoría estática ni unívoca, sino una construcción jurídica históricamente situada, cuyo contenido y alcance han sido modelados, en gran medida, por la jurisprudencia. Desde el célebre caso Terrier del Consejo de Estado francés, pasando por los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales en España y en diversos países de Iberoamérica, el servicio público se ha consolidado como una noción dinámica, profundamente vinculada a la satisfacción de necesidades esenciales de la comunidad.

Como bien se ha señalado el rol de la jurisprudencia resulta absolutamente central en este proceso. En efecto, ha sido la jurisprudencia –y en particular la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– la que ha definido que la característica más notable del servicio público es la satisfacción de necesidades vitales indispensables para el conjunto de los ciudadanos. Se trata, en definitiva, de asegurar condiciones materiales

mínimas que permitan el ejercicio efectivo de derechos y libertades constitucionalmente protegidos, tales como el derecho a la vida, a la salud, a la dignidad humana y a un nivel de vida adecuado.

Desde esta perspectiva, el servicio público se configura como un instrumento de efectivización de derechos sociales. No es simplemente una actividad económica regulada, sino una función esencial del Estado, aun cuando su prestación sea delegada en sujetos privados. De allí deriva, con una fuerte impronta de la tradición francesa, la afirmación de la titularidad estatal de los servicios públicos, así como la necesidad de que sea la ley la que califique una actividad como tal, dado que esta calificación implica restricciones a derechos constitucionales de terceros y la imposición de obligaciones específicas al prestador.

2. Tarifas, equidad y protección de los sectores vulnerables.

Uno de los aspectos más sensibles en materia de servicios públicos es, sin duda, el régimen tarifario. En el contexto argentino –como en muchos otros países de la región– la tarifa constituye un elemento central de tensión entre la sostenibilidad económica del servicio y la protección de los derechos sociales de los usuarios. La Corte Suprema ha sido clara al señalar que la tarifa debe ser justa y razonable, teniendo en cuenta no solo los costos de prestación, sino también la capacidad de pago de los usuarios.

En este marco, la tarifa social se presenta como un instrumento fundamental de justicia distributiva. A través de ella, el Estado busca garantizar el acceso efectivo a servicios esenciales como el gas natural, la electricidad o el agua potable a los sectores más vulnerables de la población. La jurisprudencia ha reconocido que estas tarifas diferenciadas cumplen una función constitucionalmente relevante, en tanto permiten atender situaciones de desigualdad real y evitar que la lógica del mercado excluya a amplios sectores del acceso a bienes básicos.

Sin embargo, la implementación práctica de la tarifa social plantea desafíos significativos desde el punto de vista de la juridicidad y de la gestión administrativa.

La decisión de subsidiar una parte del costo del servicio implica necesi-

riamente la obligación estatal de cubrir ese subsidio de manera oportuna y adecuada. Cuando ello no ocurre, se generan asimetrías graves en la prestación, se afectan las finanzas de los prestadores y, en última instancia, se compromete la continuidad y calidad del servicio.

Este riesgo se ha manifestado con particular claridad en distintos sectores, como la distribución de gas o la prestación de servicios viales mediante contratos de concesión. En contextos de alta inflación, devaluación y volatilidad económica –como los que ha atravesado la Argentina en los últimos años– la actualización tarifaria se convierte en un tema altamente conflictivo. La ausencia de ajustes puede generar acumulación de deudas y quiebres contractuales; los aumentos abruptos, por su parte, pueden afectar gravemente el derecho de acceso de los usuarios.

Por ello, resulta indispensable incorporar estos escenarios a una adecuada matriz de riesgos, que permita anticipar conflictos y diseñar soluciones que concilien la sostenibilidad económica del servicio con la protección de los derechos sociales. Las buenas intenciones normativas solo se concretan cuando existen mecanismos eficaces de cumplimiento, control y financiamiento.

3. Regulación, continuidad del servicio y conflictos laborales.

Otro rasgo esencial de los servicios públicos es su prestación continua y regular. La interrupción del servicio afecta directamente derechos sociales básicos y compromete la dignidad de las personas. Sin embargo, esta exigencia de continuidad debe articularse con otros derechos fundamentales, en particular con los derechos laborales de los trabajadores que prestan esos servicios, incluido el derecho de huelga.

En Argentina, esta tensión se ha resuelto tradicionalmente a través de la regulación de servicios esenciales o de importancia fundamental, en los cuales se establecen prestaciones mínimas obligatorias durante los conflictos colectivos de trabajo. De este modo, se busca garantizar un núcleo básico de prestación que permita proteger derechos fundamentales de los usuarios, sin anular por completo el ejercicio de los derechos sindicales.

El alcance del servicio público en el ordenamiento argentino ha experimentado, además, importantes oscilaciones. Sectores como el transporte, el agua potable y la distribución de energía eléctrica han mantenido su calificación con relativa estabilidad. Otros, como la telefonía móvil y el acceso a Internet, han sido objeto de un verdadero *corsi e ricorsi*: declarados servicios públicos en determinados períodos, desregulados posteriormente y nuevamente incorporados al régimen de servicio público en contextos de emergencia.

Estas oscilaciones ponen de relieve la necesidad de una mayor coherencia normativa y de una reflexión más profunda sobre los criterios que justifican la calificación de una actividad como servicio público. No se trata solo de una decisión técnica o económica, sino de una opción constitucional que impacta directamente en la tutela de los derechos sociales.

4. Entes reguladores, buena administración y tutela de la dignidad humana.

Uno de los desarrollos más relevantes de las últimas décadas en materia de servicios públicos ha sido la creación de agencias independientes o entes reguladores. Estos organismos, dotados de especialización técnica, están llamados a cumplir funciones clave: dictar regulaciones técnicas, resolver controversias entre prestadores y usuarios, controlar el cumplimiento de las normas y sancionar las infracciones contractuales.

La experiencia argentina muestra luces y sombras en este ámbito. Por un lado, la jurisprudencia ha valorado positivamente la existencia de directorios colegiados, destacando que la deliberación plural contribuye a decisiones más fundadas y razonables.

Existen *fallos emblemáticos* en los que se ha invalidado una sanción administrativa por no haberse analizado adecuadamente el descargo presentado por el prestador, subrayando que no hay tutela administrativa efectiva sin un examen real y sustantivo de los argumentos de las partes.

Por otro lado, estos entes reguladores han sufrido frecuentes intervenciones, demoras en la designación de sus autoridades y debilitamiento de su independencia. La falta de concursos transparentes y la politiza-

ción de sus estructuras han afectado la neutralidad y el profesionalismo necesarios para cumplir su función institucional. Ello ha erosionado la confianza en la regulación y ha debilitado la protección de los usuarios.

La misión central de los entes reguladores debe ser la *tutela integral de los derechos involucrados en el servicio público*.

Esto incluye, en primer lugar, la seguridad, directamente vinculada con la vida y la salud; en segundo lugar, los intereses económicos de los usuarios, especialmente en lo relativo a tarifas justas; y, finalmente, la calidad de la prestación, entendida como un componente esencial de la dignidad humana. El acceso al agua potable, la calidad del suministro energético, el respeto al ambiente sano y la existencia de mecanismos ágiles de resolución de conflictos son elementos indisociables de esta tutela.

Asimismo, estos organismos deben actuar en coordinación con el resto de la administración pública. La protección de infraestructuras críticas, la prevención de sabotajes o robos y la garantía de continuidad del servicio requieren una acción estatal integrada, basada en el principio de coordinación administrativa.

Para concluir, quisiera subrayar que la intervención del Estado en materia de servicios públicos y derechos sociales debe realizarse siempre bajo el principio de juridicidad, con transparencia y conforme a los estándares de la buena administración pública.

La asistencia, el subsidio y la ayuda social no deben politizarse ni gestionarse a través de intermediarios informales, sino mediante procedimientos claros, fundados y controlables. Solo así será posible conciliar la solidaridad social con la responsabilidad fiscal y el respeto por los derechos de todos. En definitiva, como suele decirse, para hacer el bien, también es necesario hacerlo bien.

DERECHOS SOCIALES, ADMINISTRACIÓN Y PRESUPUESTO PÚBLICO

Miriam Mabel Ioanega

SUMARIO: 1. El marco de la buena administración. - 2. El presupuesto público. - 3. El gasto público y los derechos sociales. - 4. Reflexiones finales.

1. El marco de la buena administración.

La Administración pública tiene una directa responsabilidad en el equilibrio entre los derechos individuales –cuyo ejercicio debe proteger– y las necesidades de la sociedad en su conjunto. Aquella organización, configura un ámbito en el cual bien individual e interés general aparecen opuestos en más de una ocasión.

Con ese panorama, el vínculo entre el bien común y el reconocimiento y goce de los derechos fundamentales surge de una visión integradora, en la medida que la autoridad pública –en su carácter de custodia y promotora de aquel bien– tiene la obligación de hacer efectiva la vigencia de aquéllos. En ese sentido, la realidad administrativa muestra numerosos ejemplos y sectores en los que los particulares y la Administración se relacionan sobre la base de la igualdad actuando a través de la cooperación y el consenso.

Sin embargo, la concepción de la posición igualitaria es a su criterio, «estrecha y poco matizada para aprehender el entero fenómeno de las relaciones Estado-ciudadano». La primacía del individuo, la persona con un valor e identidad propia es muy distinto que aquel se halla en pie de igualdad con la Administración¹.

Es posible verificar, que los logros de las últimas décadas en cuanto al reconocimiento progresivo de nuevos derechos y la reformulación de los

¹ H. Schmidt-Assmann, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid, 2003, pp. 18-21.

tradicionales, nos han puesto también en la disyuntiva sobre su ponderación y cuando un derecho debe ceder frente a otro, o qué tipo de derechos prevalecen, sean individuales o sociales. Es que el hombre despliega su dignidad en cada uno de los roles que cumple, defendiendo sus derechos frente a sus semejantes.

Bajo estas perspectivas, la Administración tiene una relación multifacética con el ciudadano pues lo protege, pero también lo limita (siempre en el marco del principio de juridicidad) convirtiéndose en un instrumento ordenador de la convivencia.

Para ello, se le exige que respete los principios generales que se plasman en derechos concretos: ética, eficacia, eficiencia, transparencia, participación ciudadana, tutela administrativa efectiva, responsabilidad de los funcionarios, rendición de cuentas, entre otros.

En tal escenario, el concepto de buena administración reviste vital importancia. En efecto, con esa expresión se identifica la elección de los instrumentos adecuados para la consecución del fin debido, para obtener los resultados procurados con el menor costo posible, con un buen uso del tiempo, una actuación transparente y proba, servicios públicos que funcionen correctamente, según las necesidades reales de la persona humana y que permitan los requerimientos de los ciudadanos sean atendidos como corresponde y que las actuaciones administrativas se tramiten cumpliendo con todas las garantías².

Compartimos lo sostenido por Rodríguez-Arana Muñoz respecto a que se trata de una actividad que debe estar presidida por los valores cívicos y correspondientes cualidades democráticas, exigibles a quienes ejercen el poder en la Administración pública, a partir del principio del servicio objetivo al interés general.

Ese poder debe ser «moderado, equilibrado, realista, eficaz, eficiente, socialmente sensible, cooperativo y atento a la opinión pública». Por tal razón, los procesos de reformas administrativas no deben generarse so-

² A. Durán Martínez, *La buena administración*, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo, 2010, pp. 173-193.

lamente por intereses burocráticos o tecnocráticos, sino por el contrario, han de permitir que se remueven los obstáculos que impiden o dificultan el ejercicio de los derechos de los ciudadanos³.

En otras palabras, la aplicación concreta de la buena administración ha de permitir el equilibrio de los derechos individuales y las necesidades de la sociedad con el interés general que las organizaciones públicas deben cumplir.

Al superarse las viejas concepciones basadas en una Administración autoritaria, es decir al alejarse de la concepción que defendía a la Administración meramente *ejecutante*, que se limitaba a aplicar las leyes emanadas de los parlamentos, aquella se presenta como una Administración *autoprogramable*, que opera dentro de un marco normativo y que no solo ejecuta un programa legal, pues también formula y realiza políticas públicas, investida de poder a través de normas que ella crea⁴.

Esta visión encontró en la expresión *buena administración* un contenido concreto. Introducida al máximo nivel del ordenamiento jurídico de la Unión Europea cuando se incluyó en la *Carta Europea de Derechos Fundamentales* –elevada al rango de tratado– y luego en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, según el artículo 41 se presenta como el derecho que tiene toda persona a que las instituciones y órganos de la Unión den trato a sus asuntos en forma imparcial y equitativa y dentro de un plazo razonable.

A su vez, prevé: «2. Este derecho incluye en particular:

- el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente.
- el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto a los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial.
- la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

³ J. Rodríguez-Arana Muñoz, *El Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública*, Roma, 2014, pp. 972-1017.

⁴ J. Barnes, *Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo*, Colombia, 2019, pp. 77-123.

3. *Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.*

4. *Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua».*

En el año 2013 la *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública* con una visión dinámica y sistémica consagró el derecho fundamental a la *buena administración*, definida en el Capítulo Tercero como aquella en la que los asuntos de naturaleza pública son «tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana».

En el Preámbulo se prevé su triple funcionalidad:

- a) principio general de aplicación a la Administración pública y al derecho administrativo;
- b) obligación de toda Administración pública derivada de la definición del Estado social y democrático de derecho y,
- c) desde la perspectiva de la persona, un genuino y auténtico derecho fundamental del que se derivan una serie de derechos concretos, que definen el estatuto del ciudadano en su relación con las administraciones públicas.

Con el fin de lograr un efectivo reconocimiento, se incluyen veintitrés principios que privilegian la relación con el ciudadano al imponer reglas vinculadas al funcionamiento interno y a los procedimientos administrativos (celeridad, debido proceso, objetividad), la actuación de los servidores públicos (responsabilidad, imparcialidad, independencia, buena fe), el trato que debe recibir el ciudadano (amabilidad, igualdad), la transparencia (previsibilidad, participación ciudadana, publicidad, prohibición del abuso o exceso de poder, acceso a la información), los servicios públicos (universalidad, asequibilidad y calidad), entre otros.

En síntesis, el derecho fundamental a la buena Administración implica un giro copernicano en la forma de entender el funcionamiento de la Administración «y, sobre todo, en la necesidad de proceder a permanentes procesos

de reforma y mejora desde los que la eficacia, la calidad, el servicio y la promoción de las libertades solidarias brillen con luz propia»⁵.

Ahora bien, sin perjuicio de los mencionados objetivos y de la búsqueda del equilibrio entre derechos y potestades, no puede ocultarse que la relación entre Administración y el individuo es compleja; por diversas razones. La primera porque las necesidades son ilimitadas realidad que muestra al ciudadano con distintos ropajes jurídicos, porque es usuario, consumidor, oferente, proveedor, agente público, etc.

Ya con anterioridad a la citada Carta Iberoamericana, otro documento referido a la *Calidad en la Gestión Pública* del año 2008 suministra elementos relevantes en tal sentido, en la medida que reconoce la necesidad de adecuar el funcionamiento de las Administraciones Públicas, para garantizar que sean instrumentos útiles, efectivos y confiables al servicio de las sociedades.

A partir de estas finalidades, la gestión pública en un gobierno democrático debe:

«1. estar referenciada a la satisfacción del ciudadano, ya sea como usuario o beneficiario de servicios y programas públicos, o como legítimo participante en el proceso formulación, ejecución y control de las políticas públicas bajo el principio de corresponsabilidad social;

2. orientarse para resultados, por lo que debe sujetarse a diversos controles sobre sus acciones, suponiendo entre otras modalidades la responsabilización del ejercicio de la autoridad pública por medio del control social y rendición periódica de cuentas».

Sin embargo, los deberes de la gestión pública de calidad involucran a los tres poderes del Estado que, en el marco de sus competencias, deben propender al cumplimiento de los principios que permitan la satisfacción de los derechos del ciudadano, y que hagan posible la participación, la rendición de cuentas, la igualdad, la transparencia, etc.

Es indudable que, en las relaciones con el ciudadano, el presupuesto público tiene una trascendencia especial.

⁵ J. Rodríguez-Arana Muñoz, op.cit., p. 1016.

2. El presupuesto público.

La complejidad que involucra el presupuesto se motiva en múltiples factores: políticos, jurídicos, sociales, culturales presentes en todas sus etapas, que por lo menos presenta dos particularidades que indiscutiblemente pertenecen a su esencia: su base política y su carácter de instrumento de planificación.

En esa planificación anual está reflejado el resultado de procesos de carácter político y técnico que marcan la totalidad de las actividades futuras del gobierno, de ahí que el presupuesto cumpla con funciones en tres ámbitos:

- 1) la armonización de diferentes posiciones políticas que se presentan durante su elaboración, dado que es el resultado final de un proceso de discusión entre diversos actores políticos que representan a diferentes grupos de la población y tienen diferentes opiniones respecto a las prioridades de acción del gobierno;
- 2) un segundo escenario, comprende un sistema de límites a las posibles acciones del gobierno;
- 3) en tercer lugar se vincula con factores económicos como la priorización del gasto público y el impacto macroeconómico de la actividad gubernamental⁶.

Esas tres funciones son identificadas como institucionales, económicas y gerenciales con objetivos diferentes: mientras que las institucionales se orientan hacia la búsqueda de acuerdos políticos, las funciones económicas priorizan la política fiscal en la búsqueda de estabilización macroeconómica y las gerenciales lo hacen respecto de la flexibilidad.

Si bien las contradicciones son inevitables, siempre hay áreas de convergencia, porque la aprobación de un presupuesto requiere acuerdos y compromisos, aunque mientras mayores sean los actores involucrados y

⁶ M. Marcel, M. Sanginés, J.P. Martínez, *La mejora del gasto público a través del presupuesto basado en el desempeño*, BID.

más variados sus intereses, resultará más difícil lograr esos acuerdos, lo que convierte a la gestión pública en incierta e inestable⁷.

Cobra vital importancia considerar el ciclo presupuestario y sus cuatro etapas con protagonismo de los poderes Ejecutivo y Legislativo: la formulación y preparación; la discusión parlamentaria y su aprobación; la ejecución; la evaluación y control.

La primera fase implica la determinación de las políticas públicas que serán implementadas en el ejercicio correspondiente y que justifican la recaudación y los gastos que se prevean. Es el Poder Ejecutivo quien incluirá las prioridades y objetivos que involucrará también el trabajo técnico de órganos especializados que, a partir de la información de los organismos y entes del Sector Público, preparará el proyecto de ley.

Es decir, que gastos y recursos públicos que responden a fines económicos, sociales y políticos que persigue el Estado son determinados en esta etapa del proceso presupuestario.

La segunda fase, el debate principal del contenido del proyecto que elabora el PE se produce en el ámbito del Legislativo que, según los procesos constitucionales y legales de cada país, analiza, discute y/o modifica la propuesta. En este ámbito, se cristaliza la incidencia de la política en el presupuesto, ya que las mayorías y las minorías que componen los ámbitos parlamentarios serán las que terminarán de confirmar o rechazar políticas y objetivos. En el caso de ser aprobado y sancionado, la promulgación es competencia de los Poderes Ejecutivos, sin perjuicio del derecho de veto que esos poderes poseen, como en el caso de cualquier ley.

Doctrinarios argentinos sostienen que, si bien el veto puede ser parcial o total, es difícil que se presente en la práctica este segundo supuesto, pues el Poder Ejecutivo se encontraría sin presupuesto. El caso sería muy hipotético, pues siendo este Poder el que prepara el proyecto, el veto total sólo tendría lugar en el caso de que el Legislativo hubiese modificado o sustituido íntegramente la propuesta original.

⁷ M. Marcel, M. Guzmán, M. Sanginés, *Presupuestos para el desarrollo en América Latina*, BID.

La ejecución corresponde a los Poderes Ejecutivos o al funcionario con atribuciones para ello. En esta etapa el conjunto de operaciones o actos reglamentarios se ejecutan con el objeto de recaudar los recursos públicos, realizar las operaciones, gastos e inversiones previstos en el presupuesto.

Es decir que, sancionado el presupuesto, durante su ejecución se deberá poner en marcha el conjunto de operaciones, procedimientos, actos tendientes a recaudar los recursos públicos y realizar las acciones e inversiones previstas en el presupuesto.

La cuarta etapa consiste en la evaluación de los controles interno y externo. La evaluación y el control quedan a cargo de organismos y entes competentes que, según el país, aplicarán procedimientos y métodos de evaluación previo y/o posterior. Incluso, suelen incluirse en esta etapa los mecanismos de rendición de cuentas y la preparación y evaluación de las cuentas generales de gastos e inversión.

Desde la óptica constitucional, se trata de un instrumento del Estado actual para el logro de sus objetivos, no sólo por constituir un ámbito en el cual el principio de separación de poderes encuentra protagonismo, sino porque aun cuando la norma fundamental no incluya reglas específicas sobre su contenido –como el caso argentino– las políticas que a través de él se aprueban ponen de manifiesto el grado de compromiso con los derechos y garantías del individuo y la sociedad.

En ese contexto, se argumenta que la Constitución provee las bases para el plan de desarrollo que se pone en práctica a través del presupuesto público, el que se convierte en una herramienta de estímulo a la economía, en la búsqueda de los fines fijados en la Ley Fundamental⁸.

⁸ N. Lifschitz, *La evolución del pensamiento jurídico financiero en América Latina*, en *Del derecho de la hacienda pública al derecho tributario. Estudios en honor de Andrea Amatucci*, Bogotá, 2011, pp. 49-50.

3. El gasto público y los derechos sociales.

El presupuesto público despliega toda su eficacia jurídica respecto de los gastos públicos⁹ cuyo cálculo una vez aprobado por el Legislativo implica una autorización y un límite para el Poder Ejecutivo y, por lo tanto, la principal herramienta para la aplicación de las políticas públicas.

De ahí que las tendencias normativas y doctrinales indican que deba responder a los principios de: la reserva de ley, justicia, progresividad, solidaridad, eficiencia, eficacia, transparencia, razonabilidad, subsidiariedad, planificación y competencia.

La realidad muestra el continuo conflicto entre cantidad y calidad del gasto público, que enfrenta a quienes ponen el acento en sus montos con los que atienden a su cualificación.

Pero como no existen fórmulas mágicas, el tema continúa siendo central para la economía mundial, porque factores fiscales, económicos, políticos, jurídicos, sociales, culturales, históricos, interactúan a la hora de determinar su monto y su *destino*¹⁰.

El gasto público, constituye un factor relevante de redistribución del ingreso y del patrimonio nacional, de estabilización económica, de incrementos decisivos sobre aspectos tales como la plena ocupación, el consumo, el ahorro y la inversión. Por eso, su noción y alcance están ligados a la nueva concepción de la misión del Estado.

A su vez, como ya no se discute que estamos frente a un tema que trasciende con creces el tecnicismo presupuestario, la equidad, eficacia, eficiencia son exigencias a las que deben responder su diseño, aplicación y ejecución.

⁹ Para el Observatorio Fiscal de Latinoamérica y el Caribe el gasto público «*está constituido por las erogaciones realizadas por los entes que componen el sector público. Dichas erogaciones por lo general se dividen en gasto corriente y en gasto de capital. El gasto público, así como los impuestos, son instrumentos de política fiscal que permiten al Estado intervenir en la economía*».

¹⁰ G. Fonrouge, *Derecho financiero*, Buenos Aires, 2010, p. 185. Para este autor, *gasto público* es «*toda erogación generalmente en dinero que incide sobre las finanzas del Estado y se destina al cumplimiento de fines administrativos o económicos sociales*».

Con ese sentido, por ejemplo, la Constitución española en su art. 31.2 establece que «*el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y eficacia*».

Identificado como gasto de inversión para el desarrollo, su prioridad gira alrededor de tres ejes: 1) el medio ambiente (hábitat y recursos naturales); 2) la educación; 3) la información y los medios de comunicación¹¹.

En tal escenario pasa a tener protagonismo el llamado *gasto social*, que puede ser analizado desde tres perspectivas diferentes y complementarias: 1) medida absoluta de la inversión realizada; 2) expresión relativa al tamaño de la economía; y 3) manifestación vinculada a la dimensión del tamaño de toda la inversión pública.

Siempre será un referente para analizar la importancia asignada y la orientación de la política social de un país, por eso el análisis de sus variaciones a través del tiempo y de la forma en que se relacionan con el comportamiento de la economía, permite debatir en qué medida las políticas sociales han estado unidas a las posibilidades y los ciclos económicos¹².

Con un enfoque similar, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) define al gasto social como el volumen de recursos que se destinan a financiar políticas vinculadas con seis funciones:

- 1) protección social,
- 2) educación,
- 3) salud,
- 4) vivienda y servicios comunitarios,
- 5) actividades recreativas, cultura y religión,
- 6) protección del medio ambiente.

Estas visiones no son incompatibles con las clasificaciones presupuestarias que, en el terreno de las finanzas públicas, hace tiempo refieren a la denominada hacienda posmoderna y que respecto del gasto público son

¹¹ N. Lifschitz, op.cit., p. 56.

¹² C.G. Molina, *Gasto Social en América Latina*, publicación del Banco Interamericano de Desarrollo, 2003, Serie de Documentos de Trabajo I-37.

partidarias del replanteamiento de las funciones estatales, eliminando la distinción tradicional entre economía pública y economía privada¹³.

La sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la República Argentina, en la causa *Q.C.S.Y. c/Gobierno De La Ciudad de Buenos Aires y Otro S/amparo*¹⁴ del año 2011 ha sido ilustrativa.

En esa ocasión, sin perjuicio de la valiosa interpretación que realiza acerca de los derechos fundamentales involucrados en el caso, el Máximo Tribunal se aleja de los estereotipos que consideran al presupuesto en términos parciales, y lo valora como un verdadero instrumento de gestión en el contexto del Estado de derecho actual.

En esa ocasión recordó que las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y que las obligaciones mínimas esenciales que se imponen son aplicables con independencia de la disponibilidad de recursos públicos o de cualquier otro factor o dificultad.

En consecuencia, la parte demandada, es decir el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, no pudo prescindir de la obligación primera que surge de los tratados a los que se comprometió el país, «que es dar plena efectividad a los derechos reconocidos en sus textos».

En esa línea uno de los jueces de la Corte Suprema (Dr. Enrique S. Petracchi) en su voto señaló que si se demuestra que el Estado, al elegir prioridades presupuestarias dejó en situación de desamparo a personas en grado de extrema vulnerabilidad que no pueden procurarse necesidades

¹³ M. Plazas Vega, *Teoría general del gasto público. Algunos comentarios sobre la normativa colombiana*, Buenos Aires, 2010, pp. 491-529.

¹⁴ La actora por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad –quien sufre una discapacidad producida por una encefalopatía crónica no evolutiva–, inició una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, solicitando el cese en su conducta ilegítima por denegarle la inclusión en los programas gubernamentales vigentes en materia de vivienda y no proporcionarle alternativas para salir de la *situación de calle* en la que se encontraba junto a su hijo, realidad que violaba sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad y la vivienda reconocidos en normativa local, nacional e internacional. M.M. Ivanega, *Reflexiones acerca de los derechos fundamentales, la Administración pública y el presupuesto público*, Buenos Aires, 2012, pp. 27-34.

vitales básicas y perentorias, se impone la presunción de que *prima facie* no implementó políticas públicas razonables, ni que realizó el máximo esfuerzo exigido por el art. 2° del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

Presunción que no implica que el Estado tenga obligaciones más allá de sus reales capacidades económicas, ni que las limitaciones de recursos no deban ser consideradas al momento de determinar el alcance de sus deberes, pero sí implica que aquél tiene que demostrar que realizó todo esfuerzo por satisfacer sus deberes.

4. Reflexiones finales.

Es cierto que el contenido del gasto público no puede escindir de los derechos de la persona humana, pero también lo es que los recursos públicos son limitados con lo cual siempre habrá un plano de deficiencia en la satisfacción de aquellos.

El cuadro es complejo y si bien excede el ámbito del presupuesto, porque involucra también al sector privado, es indudable que aquel constituye un importante instrumento ordenador –aunque no el único– que permite limitar el actuar del gobierno y conocer la magnitud y el destino de los fondos. Es decir que no puede dejar de observarse el fuerte impulso de los derechos humanos reflejado en pactos internacionales, constituciones, legislaciones nacionales, decisiones de tribunales judiciales y la impronta ciudadana, que incide directamente en las decisiones gubernamentales.

Desde esa perspectiva, retomamos lo que expresamos en otra oportunidad respecto a que el Estado debe elegir prioridades presupuestarias implementando políticas públicas razonables, que permitan realizar el máximo esfuerzo conforme al art. 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁵.

¹⁵ «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos».

De esta forma, la atención por parte del Estado de las necesidades públicas mediante el gasto supone dos valoraciones previas, que inciden en la etapa de formulación presupuestaria: (1) la selección de esas necesidades, aspecto variable y ligado a la concepción sobre el rol del Estado, y (2) la comparación entre la intensidad y urgencia de aquellas y la posibilidad material de satisfacerlas.

Estos argumentos se complementan con los principios de la Convención Interamericana contra la Corrupción, pues no existe discrecionalidad en el manejo de los fondos públicos; el gasto innecesario o superfluo, el descuido en la administración de bienes públicos y la realización de proyectos inútiles, encuadran en las prohibiciones de dicha Convención¹⁶.

Como consecuencia, el límite cuantitativo que autoriza el Poder Legislativo al sancionar la ley de presupuesto, no es el único parámetro para evaluar las bondades de la elección de derechos que esa norma contiene, porque en materia de derechos sociales *el problema no reside exclusivamente en el monto* de la erogación que involucran, sino también en el *cómo* se gasta.

¹⁶ I. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. I, Parte general, VI-17.

LOS DERECHOS SOCIALES EN ARGENTINA: DESAFÍOS Y GARANTÍAS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Patricio Marcelo E. Sammartino

SUMARIO: 1. *Derechos sociales y Estado constitucional, social y democrático de derecho.* - 2. *Desafíos y perplejidades del derecho administrativo frente a los derechos sociales.* - 3. *Derechos sociales, progresividad y prohibición de la regresividad.* - 4. *La exigibilidad jurisdiccional de los derechos sociales fundamentales. El amparo constitucional.* - 5. *El artículo 43 de la Constitución Nacional de Argentina y los diferentes tipos de amparo.* - 6. *El amparo como garantía idónea para la efectiva realización de los derechos sociales.* - 7. *Conclusiones.*

1. Derechos sociales y Estado constitucional, social y democrático de derecho.

El presente y futuro de los estados constitucionales está anudado a la concreta y efectiva satisfacción de las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.

Extramuros de los intereses sectoriales predominantes y de los resabios autoritarios que aún perviven en sectores de la sociedad civil, la realización de las justas exigencia del bien común exige de las autoridades públicas un fuerte compromiso con: (i) el *respeto a la dignidad de la persona humana*¹; (ii) la protección material y formal de los *derechos y garantías fundamentales* que les son inherentes²; (iii) la defensa³ del *principio democrático*

¹ La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (CSJN) puntualiza que la *dignidad* de la persona es un *valor supremo* en nuestro orden constitucional (Fallos 333:405; 340:1236). También señala que la dignidad es un *atributo inherente a toda persona*. Constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional (Fallos 330:1989-2007-; 336:672 -*Asociación Trabajadores del Estado*, 2013-).

² CorteIDH OC 6-86 párr. 29 a 31; Fallos 327:3753; 336:672, considerando 11°, entre otros.

³ Art. 36, primero y cuarto párrafo, de la *Constitución Nacional*.

en sus dimensiones *formal y sustancial*⁴; (iv) la observancia de los principios cardinales que gobiernan el *estatuto del poder*⁵, –separación⁶ y control recíproco de las funciones estatales– como *garantía de libertad*.

Estos *compromisos jurídicos esenciales*, ínsitos en la Constitución Nacional de Argentina reformada en 1994, están insertos en el bloque de juridicidad al que están sometidas las administraciones públicas y los demás órganos y entes que desarrollan la función administrativa.

A la vez, esos vínculos jurídicos fundamentales se proyectan sobre el núcleo vital del derecho administrativo y modulan la relación de las potestades y prerrogativas públicas con las garantías (sustanciales y procesales) de los particulares.

Los derechos sociales fundamentales, junto con las garantías llamadas a brindarles concreta efectividad, están incluidos dentro de los compro-

⁴ La democracia, subraya Böckenförde, está vinculada al principio de la soberanía popular. En ella el poder del Estado ha de articularse de tal forma que tanto su organización como su ejercicio deriven siempre de la voluntad del pueblo o puedan ser atribuidos a él (E.W. Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, 2000, p. 47). Peter Häberle (*Gobernanza europea, economía y derechos*, en ReDCE n° 29) señala que «la dignidad humana ...es indisponible en la democracia pluralista –limita la soberanía popular–. A fin de cuentas, la democracia pluralista es la consecuencia orgánica de la dignidad humana».

Ferrajoli distingue la dimensión política o *formal* de la democracia de la *sustancial*. Esta última se refiere a la sustancia de las decisiones, es decir, a los límites (lo que está prohibido) y a los vínculos (lo que es obligatorio) impuestos a los poderes representativos como otros tantos principios axiológicos de la democracia. Subraya que las condiciones de la democracia –entendida como conjunto de reglas sobre el válido ejercicio del poder– están preestablecidas en reglas sobre la producción (normas formales sobre las formas, el quién y el cómo) y normas sustanciales sobre los contenidos (es decir, sobre el qué). La democracia *sustancial* se refiere a la sustancia de las decisiones, tanto a los límites fundamentales correspondientes a los derechos individuales, sean de libertad o de autonomía (el qué no se debe decidir) como los vínculos fundamentales correspondiente a los derechos sociales (el qué se debe decidir) (conf. L. Ferrajoli, *Principia iuris*, Tomo II, *Teoría de la democracia*, Madrid, 2011, pp. 15 a 21).

⁵ Fallos 333:633 (*Consumidores Argentinos s/ Amparo*, 2010).

⁶ «La división de poderes es un principio fundamental de nuestro sistema republicano de gobierno y ha expresado en forma reiterada que la misión más delicada de los jueces es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones» (Fallos: 342:1938, *Alonso de Martina, Marta Inés y otros s/ amparo* de 12 de noviembre de 2019).

misos jurídicos esenciales que abastecen al bloque de juridicidad en el Estado constitucional. Su concreta realización hace a la satisfacción de las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.

Sin embargo, en el momento actual, el reconocimiento⁷, respeto y la protección de los derechos sociales atraviesa una situación compleja. Al amparo de matrices que adscriben a la idea del *Estado mínimo* o *ultramínimo*, en algunos países –como Argentina– la realización de los derechos sociales sufre el embate de políticas públicas que, *extremando el individualismo*, se desprecupan, limitan e incluso desconocen a los derechos sociales aun cuando ellos conformen el bloque de constitucionalidad⁸. Estas *políticas públicas regresivas*, plasmadas en leyes y reglamentos legislativos –y reflejadas singularmente en actos administrativos denegatorios o suspensivos de prestaciones sociales– están produciendo tensiones graves y evidentes con los principios y valores que sustentan el Estado constitucional social y democrático de derecho.

2. Desafíos y perplejidades del derecho administrativo frente a los derechos sociales.

En este marco, es posible discernir que, en la actualidad, los derechos sociales y sus garantías están sometidos a tres grandes desafíos.

(i) El primer desafío es reducir el impacto del modelo de derecho administrativo labrado en contextos históricos de ruptura o quiebre del Estado de Derecho constitucional.

⁷ En Argentina, el actual titular del Poder Ejecutivo considera que la justicia social constituye una *aberración*.

Frente a este exabrupto reiterado, una consolidada doctrina de la CSJN enfatiza que la justicia social «traduce la justicia en su más alta expresión». Enfatiza que ésta no tiene otro norte que alcanzar el bienestar, esto es, «las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad» (Corte Suprema, Fallos: 336:672- 2013).

⁸ En un reciente trabajo de Roberto Gargarella y Marcelo Alegre se señala que «en términos contemporáneos, la filosofía de nuestra Constitución puede entenderse como la confluencia de un liberalismo igualitario, una vertiente social cristiana y una mirada social-democrática» (diario *La Nación* de 2 enero de 2026 replicada en la revista digital *La crítica del Derecho*).

En este modelo subsiste una concepción del derecho administrativo construida extramuros de los derechos fundamentales, caracterizada por una marcada centralidad de la potestad pública y por una débil consideración de la persona como titular de derechos exigibles frente a la administración. A ello se suma, como correlato, una clara propensión a la hipertrofia de las potestades y prerrogativas administrativas. La predominancia de este matriz dificulta gravemente el reconocimiento y la subsecuente realización efectiva de los derechos sociales.

(ii) El segundo desafío tiene que ver con la *cooptación* del derecho administrativo por importantes intereses sectoriales que, al impactar en la legislación, logran transformar intereses privados en intereses públicos. Esta captura del derecho administrativo por los poderes hegemónicos se despreocupa de la situación de los sectores vulnerables e hipervulnerables de la sociedad y avanza, regresivamente, sobre los derechos sociales.

(iii) El tercer desafío lo plantean la *indiferencia* y *neutralidad* de algunas parcelas del derecho administrativo frente a la naturaleza de los derechos que conforman las relaciones jurídico-administrativas. Concretamente, nos referimos al desdén de ciertas construcciones administrativistas que equiparan de trato entre derechos disponibles (básicamente renunciables, como ocurre con los derechos patrimoniales) y los indisponibles (no renunciables, derechos que conciernen al mínimo vital o existencial de la persona humana).

Frente los retos actuales del derecho público, el *bloque de juridicidad del Estado constitucional social y democrático de derecho* propone un derecho administrativo comprometido:

- con la *supremacía de la Constitución* y su *fuerza normativa*;
- con el principio preestatal de *dignidad esencial de la persona humana*;
- con los *derechos fundamentales* que le son inherentes;
- con las *garantías* administrativas y judiciales llamadas a brindar protección plena y efectiva a los derechos esenciales, sean de libertad o de prestación;
- con las diferentes dimensiones del *principio pro persona*, como criterio basilar de interpretación de los hechos y del derecho;
- con la *vocación de efectividad de los derechos fundamentales* reconocidos por el bloque de constitucionalidad;
- con el *corpus iuris de los derechos humanos*;

- con los *principios preestatales reconocidos en la Constitución, tratados y leyes*;
- con el *principio democrático* (art. 36 de la CN), tanto en su dimensión formal como sustancial;
- con los principios y reglas que gobiernan el estatuto del poder, la separación de poderes y el *control recíproco*, como garantía de libertad;
- con las *reglas actuales de control judicial de constitucionalidad y convencionalidad*;
- con el control *administrativo de convencionalidad*, según los criterios proclamados por la jurisprudencia de la Corte IDH⁹;
- con la concreta *armonización de las potestades públicas con los derechos fundamentales, como los derechos sociales*.

Si reducimos la complejidad de los montajes que abastecen el bloque de juridicidad en el Estado constitucional advertiremos que éste tiene su clave de bóveda sustantiva en una *tríada basal material* que se integra con la *dignidad de la persona humana*, los *derechos fundamentales inherentes a esa dignidad* y el *principio pro persona*.

La tríada basal material del derecho administrativo en el Estado constitucional social y democrático de derecho es instrumento técnico permite orientar la interpretación y aplicación las normas (principios y reglas) que conforman el régimen jurídico de la función administrativa desde una perspectiva centrada en el ser humano.

Naturalmente, de la tríada basal material del derecho público contemporáneo se extraen importantes consecuencias.

En efecto: uno de sus los corolarios más relevantes es el *principio de interdicción de la insensibilidad* frente a toda vulneración de los derechos humanos. En particular, este criterio rector adquiere primordial gravitación frente a situaciones a situaciones de vulnerabilidad social y de desigualdad real.

En efecto: la interdicción de la insensibilidad es un consustancial al derecho público del Estado constitucional social y democrático de derecho.

⁹ Gelman 2011 y 2013, García Ibarra 2015, Petro Urrego 2020, Urrutia Laubreaux 2020, OC/28-21, entre otros.

Este principio se proyecta de diferentes maneras. Una de ellas es a través de la efectiva protección de los derechos sociales fundamentales en cada una de las parcelas que conforman el derecho administrativo.

3. Derechos sociales, progresividad y prohibición de la regresividad.

En Argentina los derechos sociales están incorporados al bloque de constitucionalidad. Los derechos sociales están llamados a asegurar condiciones básicas, indispensables, de vida digna a la persona humana. Sin duda, ellos son una *prórroga congenial de la dignidad de la persona humana*, valor supremo y rector de nuestro orden institucional.

En Argentina, los derechos sociales están expresamente reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22, CN). En puridad, los derechos sociales fundamentales integran el bloque de constitucionalidad. Ellos se erigen en *compromisos jurídicos esenciales* con vocación de efectividad que deben ser respetados por todas las autoridades públicas, cualquiera sea la función estatal que desarrollen.

La reforma constitucional de 1994 reforzó la tutela de los derechos sociales, estableciendo un trato diferenciado a las situaciones de vulnerabilidad e hipervulnerabilidad (art. 75 incisos 22 y 23¹⁰, CN).

Así, el art. 25 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* –que en Argentina tiene jerarquía constitucional– le reconoce a toda persona el derecho «a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...».

El art. 26 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CADH) establece que los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas para

¹⁰ El art. 75 inciso 23 de la CN establece que corresponde al Congreso «legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad».

lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Enfatizando que la dignidad humana es el fundamento de la libertad, la justicia y la paz, el preámbulo del *Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC) señala que «no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos».

En ese orden el art. 11 del PIDESC establece que los Estados Partes del Pacto «reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia». Esta previsión normativa, además de consagrar el principio de progresividad en la realización de los derechos sociales, expresamente reconoce «el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre».

El art. XI de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* establece el derecho de toda persona «...a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad».

El protocolo Adicional a la *Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* –Protocolo de San Salvador de 17 de noviembre de 1988– coloca en un mismo plano, y por tanto equipara, los derechos civiles y políticos con los derechos sociales. En tal sentido establece que tanto los derechos individuales como los sociales «constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su plena vigencia sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros».

Los instrumentos internacionales de derechos humanos como el PIDESC o la CADH, que en Argentina tienen jerarquía constitucional (art. 75 in-

ciso 22, CN), fortalecen la vigencia material del *principio de interdicción de la insensibilidad* –frente a situaciones de vulnerabilidad social– a través de los principios de *progresividad y no regresividad*.

En tal sentido el art. 2º del PIDESC establece el deber de los Estados parte de «adoptar medidas» para «lograr progresivamente» la efectividad de los derechos económicos sociales y culturales reconocidos en el Pacto.

Ciertamente, las *medidas* que los Estados pueden adoptar pueden ser legislativas como administrativas (ora, a través de reglamentos o de actos administrativos que brinden efectividad directa y concreta a los derechos sociales). Naturalmente, la falta de medidas que realicen adecuadamente los derechos sociales, o su insuficiencia, habilita la revisión judicial plena a través del amparo o de otros procesos urgentes (como la protección cautelar o las medidas anticipadas).

En el mismo sentido, el art. 11 del PIDESC, en cuanto dispone como regla a la *mejora continua de las condiciones de vida* reafirma el *deber* de brindar progresividad a la realización efectiva de los derechos sociales lo cual lleva ínsito el deber de abstenerse de consagrar medidas regresivas.

En ese orden la CorteIDH sostiene que «*la realización progresiva* significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante *de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad* de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. Asimismo, se impone la *obligación de no regresividad* frente a la realización de los derechos alcanzados» (CorteIDH, OC 27/21, párr. 117, énfasis agregado).

4. La exigibilidad jurisdiccional de los derechos sociales fundamentales. El amparo constitucional.

Los derechos sociales, llamados a mejorar la calidad de vida y bienestar de la persona humana, son derechos fundamentales con vocación de efectividad. Los antecedentes de la *Carta Iberoamericana de Derechos Sociales* enfatizan que los derechos sociales fundamentales son, esencialmente, «derechos subjetivos» y, en tanto tales, son «exigibles e invocables ante los Tribunales». No caben dudas que los derechos sociales serían una re-

tórica vacía de contenido si no existieran garantías adecuadas para hacerlos efectivos¹¹ cuando sean ignorados, denegados o resulten vulnerados en su contenido esencial mediante disposiciones legales, reglamentarias, actos administrativos e incluso a través de vías de hecho¹².

En ese orden, el *amparo*, en tanto variable del derecho a una tutela judicial efectiva, se erige en una garantía jurisdiccional capital a la hora de exigir la protección de los derechos sociales.

En Argentina, el amparo nace y se desarrolla como técnica procesal diferenciada que tiene por objeto la efectiva protección judicial de los derechos fundamentales¹³. No fue concebido como un cauce procesal meramente objetivo para la defensa *in abstracto* de la legalidad, ni tuvo como propósito preservar o resguardar el orden regular de las competencias. Tampoco tuvo en miras sustituir o reemplazar a las vías judiciales comunes o a los medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias¹⁴.

Frente al conflicto planteado por una actuación estatal que lesiona la esfera inviolable de libertad de la persona, por un lado, y la inexistencia de herramientas procesales adecuadas para hacer cesar prontamente la supresión ilegítima de derechos esenciales, por otro, la jurisprudencia argentina respondió con un fallo emblemático, *Siri*.¹⁵ En este caso, la ausencia de un cauce de tutela judicial adecuado no impidió al Alto Tribunal

¹¹ Sobre este aspecto la *Carta Iberoamericana de Derechos Sociales*, de 2023, señala con acierto que «los derechos sociales fundamentales, por ser derechos fundamentales de la persona son exigibles judicialmente si por acción, u omisión, de los Poderes públicos, se lesionan o contravienen. Tanto una prestación pública deficiente dirigida a satisfacer uno de estos derechos fundamentales, como su omisión, pueden y deben ser objeto de la acción procesal».

¹² La jurisprudencia especializada consideró que existe vías de hecho en la arbitraria conducta del Estado de no depositar los haberes en concepto de pensiones no contributivas por invalidez de las personas con capacidades diferentes (Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala 2º en *Asociación REDI y Otros c/ EN-M Desarrollo Social s/ Amparos y sumarisimos*, de 15 de marzo de 2019).

¹³ Corte Sup., Fallos 347:1022; 345:1174; 342:1203; 332:1952; 330:5201; 329:4741; 327:2955; 325:1744, entre muchos otros.

¹⁴ Fallos 347:1022, entre muchos otros.

¹⁵ Corte Sup., Fallos 239:459.

extraer del propio derecho constitucional afectado la garantía procesal idónea para proteger, de inmediato, la integridad del derecho fundamental¹⁶ agraviado.

El alumbramiento del amparo en la Argentina respondió al modelo de Estado que concibe a los derechos fundamentales como límites o barreras defensivas de la autodeterminación de la persona. En efecto: en su versión germinal, el amparo argentino se afinó en el principio según el cual allí donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido¹⁷. Esta idea basilar del derecho de amparo exhibe un fundamento práctico insoslayable: los derechos y las constituciones quedan privados de significado si no se crean instrumentos eficaces para su aplicación¹⁸.

Estimulado por una praxis judicial fecunda, el primitivo radio de tutela del amparo sufrió transformaciones graduales que desembocaron en el actual art. 43, de la Constitución Nacional. Sin abandonar su horizonte de proyección inicial, el amparo argentino experimentó aperturas que excedieron la prístina defensa de la autonomía personal frente a las autoridades públicas.

Así, pocos meses después del fallo *Siri*, la Corte Federal resolvió el caso *SRL Samuel Kot*.¹⁹ Esta sentencia marca la primera variación evolutiva que registra el instituto, puesto que allí se admitió la solicitud de amparo en defensa de un derecho individual (derecho de propiedad y trabajar)

¹⁶ Dijo la Corte Sup. en *Siri* (Fallos 239:459): «Las garantías individuales existen y protegen por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias».

¹⁷ Corte Sup., Fallos 331:111 (*Halabi*), consid. 12; Fallos: 344:3011 (*Etcheverry*).

¹⁸ Ver M. Cappelletti, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, Segundo seminario en *La justicia constitucional y supranacional*, México, 1993, p. 48.

¹⁹ Corte Sup., Fallos 241:291. Los hechos de este caso fueron los siguientes: en virtud de un conflicto laboral los obreros de la empresa ocuparon la fábrica de modo tal que ello originó su paralización puesto que si impedía la realización de tareas. El apoderado de la firma interpuso *recurso de amparo* a fin de obtener la desocupación del inmueble. Invocó la doctrina labrada meses atrás en *Siri* y fundó la pretensión en las garantías a la libertad de trabajo; a la propiedad; a la libre actividad (artículos 14, 17 y 19 CN).

de un particular frente a las vías de hecho desplegadas por otros particulares.

A partir de este precedente el amparo no sólo tendrá la finalidad de restituir con prontitud la integridad de los derechos esenciales del particular frente a las autoridades públicas, sino también frente a otros particulares.

La doctrina judicial que extiende el amparo a las relaciones entre particulares, está positivada en los artículos 43, de la Constitución Nacional reformada en 1994, y 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación²⁰.

La protección a través del amparo no se limitó a hacer cesar la lesión originada en la inobservancia del deber de no interferir o abstenerse de interrumpir el ejercicio de derechos y garantías constitucionales.

Una nueva variable de amparo asomó en la etapa legal del instituto. Nos referimos al amparo frente a las *omisiones* de las autoridades públicas.²¹ Esta modalidad protectora está dirigida a hacer cesar situaciones de inactividad ostensiblemente antijurídicas de los órganos estatales destinatarios de un deber jurídico positivo, siempre que, como derivación de aquéllas, se lesione un derecho fundamental.

El tránsito del Estado de derecho al Estado constitucional social y democrático de derecho sustentado en la reforma constitucional de 1994 ha ido potenciando la aptitud protectora del amparo frente a las omisiones de autoridades públicas y de particulares. En efecto: a partir del último lustro del siglo veinte esta modalidad de amparo adquiere un conteni-

²⁰ El art. 321, inc. 2º, en su redacción actual prescribe que será aplicable el procedimiento sumarísimo «[c]uando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes, que le brinden la tutela inmediata y efectiva a que está destinada esta vía acelerada de protección».

²¹ El art. 1º de la ley *de facto* 16.986 de 1966, establece que «[l]a acción de amparo será admisible contra todo acto u *omisión* de autoridad pública».

do más amplio del que supo tener en su etapa inaugural merced a los compromisos jurídicos fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos con jerarquía constitucional (conf. art. 75 inciso 22, Constitución Nacional).

Desde este vértice, el amparo se ha erigido en un insustituible instrumento por el cual se encauzan pretensiones que, además de vencer la inactividad de los poderes públicos, procuran el acceso inmediato a prestaciones establecidas en el ordenamiento jurídico²² las que, de ordinario, están llamadas a satisfacer el mínimo existencial, vital o indisponible²³ que le corresponde al ser humano en su condición de tal. Ciertamente, el compromiso del amparo con los derechos sociales produce en el derecho argentino una de sus mayores transformaciones.

La admisión de pretensiones colectivas de amparo en la última década del siglo veinte²⁴ —e incluso antes—²⁵ marcó el final de un ciclo gobernado por la indiscutida hegemonía del derecho (o interés) individual como exclusivo objeto de protección amparista.

La inicial irrupción jurisprudencial del amparo colectivo ensanchó el radio de tutela del amparo clásico a la dimensión colectiva de los derechos fundamentales, por un lado, y a los derechos de incidencia colectiva, por otro.

Uno de los aciertos más resonantes de la reforma constitucional de 1994 fue haber sabido captar y proyectar, a partir de la genérica fórmula establecida en el art. 43, segundo párrafo, CN, los compromisos jurídicos (negativos y positivos) que imponen los derechos reconocidos por el bloque de constitucionalidad más allá de las situaciones singulares.

²² Fallos 344:3011 (“Etcheverry” de 21/10/2021); Fallos 337:1564 (*Villarreal* de 30 de diciembre de 2014).

²³ Fallos 347:1022; 347:547; 335:452 entre otros.

²⁴ Corte Sup., Fallos 315:1492, 7/7/1992, *Ekmekdjian v. Sofovich*, LL 1992-C-540; C. Nac. Civ., sala K, 8/2/1991, *Cartañá*.

²⁵ Juzg. Nac. de 1ª Inst. en lo Cont.-Adm. Fed. nro. 2, firme, 22/3/1983, *Kattán*, LL 1983-D-567 y del 10/5/1983, ED 105-244.

El amparo colectivo es consustancial al *Estado constitucional social de derecho*, en tanto está llamado a garantizar, dentro del caso judicial, la efectiva operatividad de los derechos inherentes a la persona extramuros de las situaciones subjetivas individuales conocidas y desarrolladas en el derecho público clásico.

La mutación evolutiva del amparo quedó plasmada en el artículo 43, primero y segundo párrafo, de la Constitución Nacional reformada en 1994²⁶. La captación lógica por la norma constitucional y su posterior consolidación jurisprudencial son el producto del progresivo desarrollo de la cultura jurídica de la dignidad humana iniciado en la República Argentina a partir del 10 de diciembre de 1983, fecha en la que se restableció el Estado de derecho.

La cultura jurídica de la dignidad humana se despliega en torno a los artículos 14 a 20, 28, 33 y en los artículos 36 a 43 y 75, inc. 22 y 23, de la Constitución reformada en 1994²⁷ y en la interpretación que de ellos realiza el intérprete último, la Corte Federal. Por cierto, la cultura jurídica de la dignidad de la persona humana se proyecta en la *tutela judicial y administrativa efectiva*²⁸. Ella gravita decisivamente sobre las diferentes técnicas de protección urgente de los derechos esenciales.

²⁶ El art. 43 de la Constitución Nacional argentina establece: «Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. (...) Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización».

²⁷ Peter Häberle puntualiza que la Constitución no es tan sólo un orden dirigido a juristas. La constitución, señala este autor no es sólo un texto jurídico o un código normativo, sino también la expresión de un nivel de desarrollo cultural, instrumento de la representación cultural autónoma de un pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de nuevas esperanzas (P. Häberle, *Constitución como cultura*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, ps. 71-72).

²⁸ En *Astorga Bracht* (Fallos 327:4185, de 14/10/2004), la Corte Federal argentina reconoció que la garantía a la tutela judicial y administrativa efectiva es un derecho consti-

En ese marco, el amparo desempeña un rol medular: frente a situaciones de grave inobservancia, obliga a las autoridades públicas –cualquiera que sea la función que ellas desplieguen– a respetar y garantizar²⁹ los derechos inherentes a la dignidad humana. Por esta razón no dudamos en afirmar el amparo es una garantía consustancial al Estado constitucional social y democrático de derecho.

Sin embargo, la *cultura jurídica de la dignidad humana* no parece haber tenido aún suficiente correlato normativo en la reciente regulación del procedimiento administrativo.

La LNPA –modificada por Ley 27.742– reconoció expresamente a la tutela administrativa efectiva como «principio fundamental del procedimiento administrativo». Así, según el art. 1 bis, inciso a, de la LNPA reformada en 2024, la tutela administrativa efectiva se integra con el derecho a ser oído; el derecho a ofrecer y producir prueba; el derecho a una decisión fundada; el derecho a una expresa consideración de los principales argumentos y de la prueba producida; y el derecho a que el procedimiento tramite y concluya dentro de un plazo razonable.

Sin embargo, el nuevo régimen legal del procedimiento administrativo omite reconocer el derecho a una *tutela sustancial efectiva*. El esquema de ordenación consagrado por la Ley 27.742 se abstuvo de desarrollar los compromisos jurídicos fundamentales que emanan de la *tríada basal material* del derecho administrativo en el Estado constitucional contemporáneo: *dignidad humana; derechos fundamentales inherentes a la persona humana y principio pro persona*.

Esa insuficiencia regulatoria del procedimiento administrativo, resalta el rol del amparo como garantía basilar de los derechos sociales fundamentales.

tucional (v. consids. 6° y 7°). A la vez, el art. 1 bis de la reciente Ley 27742 estableció que la tutela administrativa efectiva constituye un principio fundamental del procedimiento administrativo.

²⁹ Garantizar implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir de forma tal que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce (conf. *Giroldi*, Fallos: 318:514, 23/5/2006). Ver voto del Dr. Zaffaroni en *C. L., G. s/acción de amparo*.

5. El artículo 43 de la Constitución Nacional de Argentina y los diferentes tipos de amparo.

El art. 43 de la Constitución reformada en 1994 incorporó el amparo como garantía de los derechos fundamentales. En ese mismo artículo se incluyen, además del amparo, otras dos garantías fundamentales: el *habeas corpus* y el *hábeas data*.

La aludida previsión normativa establece que toda persona está constitucionalmente facultada para postular una pretensión de amparo frente a los *actos* u *omisiones* de las *autoridades públicas* o de *particulares* con la inmediata finalidad de resguardar los *derechos y garantías* reconocidos en la Constitución, un tratado o una ley, ora en su dimensión *individual*, ora en su dimensión *colectiva*.

Combinando estos los diferentes pares de conceptos (acto y omisión; autoridades públicas y particulares; derechos individuales y de incidencia colectiva en general) es dable proponer, desde una interpretación sistemática y ordenadora de la garantía, ocho *subsistemas* básicos de tutela amparista.

En ese entendimiento, la pretensión de amparo –que no es sino el objeto de ese proceso– se podrá postular:

- i. frente a todo acto de autoridades públicas en defensa de derechos individuales³⁰;
- ii. frente a todo acto de autoridades públicas en salvaguarda de derechos de incidencia colectiva³¹;
- iii. frente a todo acto de particulares para la protección de derechos individuales³²;
- iv. frente a todo acto de particulares para la tutela de derechos de incidencia colectiva;

³⁰ V.gr., *Siri* (Fallos 239:459); *Arenzon* (Fallos 306:405); *Gottschau* (Fallos 329:2986); *Mantecón Valdés* (Fallos 331:1715); entre otros.

³¹ V.gr., *Kattán* (LL 1983-D-567 y del 10/5/1983, ED 105-244); *Cartañá* (C. Nac. Civ., sala K, 28/2/1991); *Schröder*, C. Nac. Cont.-Adm. Fed., sala III, en LL 1994-E-449; *Halabi* (Fallos 332:111); entre otros.

³² V.gr., *Kot* (Fallos 241:291; 333:2306); *Álvarez, Maximiliano y otros v. Cencosud SA s/acción de amparo* de 7 de diciembre de 2010).

- v. contra toda omisión de autoridades públicas en defensa de derechos individuales³³;
- vi. contra toda omisión de autoridades públicas en salvaguarda de derechos de incidencia colectiva³⁴;
- vii. contra toda omisión de particulares para la protección de derechos individuales³⁵; y
- viii. contra toda omisión de particulares para la tutela de derechos de incidencia colectiva³⁶.

Ciertamente, cada uno de los tipos, clases o subsistemas de amparo³⁷ presenta singularidades que, con mayor o menor intensidad, modulan los requisitos subjetivos y objetivos de la pretensión de amparo. La protección de los derechos sociales fundamentales se inserta en los subsistemas referenciados bajo los numerales i, ii, v y vi, respectivamente.

6. El amparo como garantía idónea para la efectiva realización de los derechos sociales.

En Argentina, la jurisprudencia posterior a la reforma constitucional de 1994, juntamente con las modificaciones introducidas por la Ley N° 27.742 (2024) a los artículos 23 y 24 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA), expandieron las fronteras del amparo en diferentes direcciones. Una de las proyecciones más notorias correspondió a la protección de los derechos sociales.

³³ Corte Sup., *Villarreal* (Fallos 337:1564 de 30/12/2014; Corte Sup., *María, Flavia Judith v. Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial* (Fallos: 330:4647 de 30/10/2007). *Salta, Pcia. de v. Estado Nacional s/amparo* (Fallos 328: 4655; del 20/12/2005).

³⁴ V.gr., *Etcheverry*, Fallos 344:3011, de 21/10/2021 *Asoc. Benghalensis* (Fallos 323:1339); *Youseffian* (C. Nac. Cont.-Adm., sala IV, 23/6/1998; *Labatón* (C. Nac. Cont.-Adm. Fed., sala V, 25/9/1996). C. Nac. Cont.-Adm. Fed., sala IV, 2/6/1998, *Viceconte, Mariela Cecilia v. Estado Nacional – Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986*, ED 178-809.

³⁵ V.gr., *Bella* (16/7/1998, C. Nac. Civ., sala "D", *Bella, Elvira v. FAT*, JA 1998-IV-361); entre otros.

³⁶ V.gr., *Ekmekdjian* (Corte Sup., 7/7/1992, JA 1993-IV; LL 1992-C-540); 16/12/2002, C. Nac. Civ., *Fundación Mujeres en Igualdad v. Freddo*, JA 2003-II-415; entre otros. *Sisnero, Mirtha Graciela y otros cl Taldelva SRL y otro s/ amparo* (Fallos: 337:611 de 20/05/2014).

³⁷ Por cierto, los ocho tipos de amparo previstos en el art. 43 CN se podrían extender a dieciséis subsistemas si a los enumerados en el texto se le agregaran las variables lesión actual o lesión inminente.

Un autorizado sector doctrinario³⁸ expresa que los derechos sociales fundamentales son portadores de una estructura distinta a la de los derechos de libertad e igualdad, toda vez que requieren de antemano acciones del Estado tendentes a realizar el programa contenido en ellos. Exigen la actuación del legislador y de la Administración.

Desde este vértice se añade que los derechos sociales fundamentales no alcanzan a justificar pretensiones de los ciudadanos invocables judicialmente en forma directa. Sólo a partir de una regulación del legislador pueden nacer pretensiones jurídicas bien determinadas y susceptible de ser postuladas ante los poderes públicos. Se concluye así, desde esta posición, que los derechos sociales no pueden cobrar el carácter de derechos subjetivos individuales.

En una línea similar E. Schmidt Aßmann puntualiza que el *esquema esencial* para la protección de estos derechos corresponde que sea fijado por el legislador. Para el desempeño de esta labor, éste cuenta con un amplio margen de pronóstico, valoración y configuración³⁹.

De otro lado, se señala que los derechos sociales son derechos subjetivos, con titulares y deudores individualizados, que generan obligaciones concretas, cuyo incumplimiento es materia de agravio y tutela jurisdiccional. Esta posición enfatiza que los derechos sociales son plenamente justiciables cuando el obligado por el derecho incumple con su obligación⁴⁰.

La diferente formulación del vínculo jurídico que producen los derechos sociales tiene implicaciones de relevancia en cuanto a la configuración de los supuestos de omisiones ilegítimas habilitantes del amparo tendente a la satisfacción de derechos sociales.

(i) Así, si se adscribe a la primera posición, la exigibilidad jurisdiccional

³⁸ K. Hesse, *Significado de los derechos fundamentales*, en *Manual de derecho constitucional*, Madrid, 2ª ed., 2001, p. 98.

³⁹ E. Schmidt Aßmann, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid, 2003, p. 74.

⁴⁰ C. Courtis, *La Corte Suprema ante los derechos sociales. Un Informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004*, en *La Corte y los derechos*, Buenos Aires, 2005, ps. 328 y ss.

de los derechos sociales requerirá de normas legislativas o de disposiciones reglamentarias que desarrollen su contenido; será a partir de las normas infraconstitucionales que concretizan mandatos de hacer o dar consagrados en la Constitución que nacerá el derecho subjetivo programado por la Ley Fundamental.

Desde este vértice, en ausencia de normas secundarias o de organización que desarrollen y especifiquen el alcance de los derechos a prestaciones sociales, la acción a impetrar –según esta posición– no debiera sino tender a subsanar la omisión inconstitucional y, por ende, a ordenarle a los órganos estatales que, en el marco de sus respectivas competencias, hagan cesar el vacío normativo que impide brindar operatividad al derecho. Judicialmente le cabe a quien se considere agraviado pedir la reglamentación del derecho programado en la Ley Suprema a través de normas concretas y precisas para que –dentro del marco de la razonabilidad –art. 28, CN– se establezcan las condiciones de acceso a la prestación material que asegura el derecho social.

(ii) A este criterio se le opone uno más amplio que le reconoce al portador de un derecho social fundamental el *poder jurídico* de exigir que se satisfaga la prestación, aun cuando no existan desarrollos normativos formales que la concreten.

Esta posición se sustenta en dos razones principales. De un lado, se predica que los derechos sociales comparten el estatuto típico de los derechos fundamentales, tanto desde el punto de vista de su eficacia (de suyo inmediata) como del valor jurídico⁴¹.

De otro, con sustento en la fuerza normativa⁴² de la Constitución –es de-

⁴¹ A. Baldassarre, *Los derechos sociales*, Universidad Externado, 2004, p. 205.

⁴² Por fuerza normativa de la Constitución, explica el profesor Néstor Sagüés (*La interpretación...*, cit., ps. 11-27), se puede entender su aptitud para regular (en forma y contenido) la producción de normas subconstitucionales y de los actos y omisiones de sus operadores. La fuerza normativa de la Constitución no es sólo una cuestión de normas, sino igualmente de conductas y valores. Desde la perspectiva de los valores jurídicos, resulta valioso que la Constitución tenga fuerza normativa, si los preceptos de esa constitución son intrínsecamente valiosos. Una constitución ilegítima, en cambio, es preferible que carezca de fuerza normativa. Desde el ángulo normativo se da a la fuerza normativa un valor absoluto en el sentido de que pretende disciplinar a todo el comportamiento estatal. En el ámbito existencial, la fuerza normativa de la Constitución es nada más, como lo de-

cir, concibiendo a la Constitución Nacional no como mero programa, especialmente en su parte dogmática, sino como *norma jurídica*— se afirma que el solo reconocimiento del derecho en el documento constitucional lo torna operativo, resultando, de suyo, exigible su cumplimiento aun en ausencia de norma general infraconstitucional que desarrolle y concrete el contenido del derecho constitucional⁴³.

Si aceptamos sin reservas la idea de que la Constitución es norma jurídica suprema y que toda ella tiene fuerza normativa —tanto las cláusulas que se denominan operativas como aquellas otras consideradas programáticas—, es decir, si tomamos como punto de partida que la Constitución y, por cierto, los derechos que ella reconoce⁴⁴, disponen de fuerza de aplicación inmediata y directa, concluiremos que su cumplimiento no quedará supeditado a la intermediación indispensable de los órganos de poder.

Va de suyo que, en caso de inactividad u omisión de los mismos, los mecanismos garantistas tienen que proveerle la operatividad que supere y subsane esa inactividad⁴⁵.

Desde esta segunda mirada, se sostiene entonces que la configuración de la omisión no está sujeta a una normatividad infraconstitucional que desarrolle esos derechos, pues de modo similar a los derechos de defensa, los derechos fundamentales a prestaciones sociales tienen también fuerza obligatoria inmediata ante un tribunal judicial.

¿Cuál es la posición asumida por el Alto Tribunal?

cía Konrad Hesse, que una *pretensión de vigencia* del constituyente; la eficacia concreta de esa fuerza normativa dependerá tanto del acierto y legitimidad intrínseca del programa constitucional como de la voluntad de los operadores del sistema constitucional para desarrollar o no aquella fuerza normativa. Lo importante es que la fuerza normativa de la Constitución no es un dato estático, o algo ya hecho, sino un elemento vivo, naturalmente fluctuante, siempre por hacer.

⁴³ Ciertamente, a este último criterio sino se lo emplea con prudencia genera inseguridad en tanto lleva al juez a asumir simultáneamente la función de juez, legislador y administrador.

⁴⁴ En esta línea la CCBA, en su art. 11, 2ª parte, establece: «Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos».

⁴⁵ Por todos, G.J. Bidart Campos, *El derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, Buenos Aires, 1995, ps. 20-22 y 90-91.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se pronunció en reiteradas ocasiones sobre la eficacia de los derechos sociales. Así, resolvió cuestiones relacionadas con los derechos a la alimentación; a la salud; a la educación. También resolvió múltiples asuntos relativos a las comunidades indígenas. La cuestión relacionada con el acceso a la vivienda digna⁴⁶ fue tratada puntualmente por el Alto Tribunal en la causa *Q. C., S. Y. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo*.⁴⁷

En relación con el derecho a la *alimentación* (derecho a estar protegido frente al hambre) se registran fallos ejemplares, de indudable valor axiológico, en *Rodríguez*⁴⁸, *Esquivel*⁴⁹, *Quiñone*⁵⁰, *Tejera*⁵¹. Estos pronunciamientos dejan atrás la doctrina restrictiva asumida por el tribunal en *Ramos*.⁵²

⁴⁶ Ver M. Daniele, *Exigibilidad jurisdiccional de los llamados 'derechos sociales' en la jurisprudencia argentina*, en *Suplemento Extraordinario Administrativo*, 75 aniversario, agosto 2010, p. 34.

⁴⁷ Corte Suprema, 24 de abril de 2012.

⁴⁸ Corte Sup., Fallos 329:553. En los términos de la ley 25.724 (Programa Nacional de Nutrición y Alimentación) la actora –madre de ocho hijos– pidió en su demanda que cese el grave estado de desnutrición de sus hijos y que se lleven a cabo acciones necesarias para superarlo. El tribunal dictó una cautelar –con particular énfasis en el peligro en la demora– y ordenó que se provean alimentos necesarios para asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas y se realicen controles sobre la evolución de la su salud de los niños.

⁴⁹ Corte Sup., Fallos 329:548.

⁵⁰ Corte Sup., Fallos 329:2759.

⁵¹ Fallos 341:274 (2018). En este caso el amparo obró como garantía llamada restablecer la ayuda económica (asignación universal por hijo) otorgada a favor del hijo discapacitado de la actora. Frente a la decisión de la Alzada que había desestimado la pretensión de amparo por haber sido interpuesta fuera del plazo de caducidad que establece el art. 2º, inciso e, Ley 16.986, el Alto Tribunal sostuvo que en tanto «a cuestión versa sobre la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial y comprometen la salud y la supervivencia misma de los reclamantes», corresponde señalar que «el plazo establecido en la citada disposición no puede entenderse como un obstáculo procesal infranqueable, ni es aceptable una interpretación restrictiva de una vía consagrada en la Constitución Nacional». En más adelante agrega: «Al respecto, es un consolidado criterio hermenéutico seguido por el Tribunal que, dada la índole peculiar de ciertas pretensiones, compete a los jueces la búsqueda de soluciones que se avengan a estas, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas, a fin de evitar que la incorrecta utilización de las formas, pueda conducir a la frustración de derechos tutelados constitucionalmente, cuya suspensión, a las resultas de nuevos trámites, es inadmisibles».

⁵² Corte Sup., Fallos 325:396.

En el marco de un amparo, el Alto Tribunal ordenó la inmediata provisión de *agua potable* a una población en la que se había verificado la presencia de niveles de arsénico en proporciones más elevadas a las admitidas por la legislación⁵³.

En cuanto a los temas de *salud* el Alto Tribunal consideró procedente los reclamos judiciales sobre *suministro de medicación* (*Asociación Benghalensis*⁵⁴; *Campodónico de Beviacqua*⁵⁵; *Asociación Esclerosis Múltiple de Salta*⁵⁶, *Laudicina*⁵⁷, *Orlando*⁵⁸); *tratamientos médicos urgentes*⁵⁹ (*Florea-cing*, *López*⁶⁰; *María*⁶¹; *V. W. J.*⁶²; entre otros) o de implementos mé-

⁵³ Fallos: 337:1361 (*Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo*, de 2 de diciembre de 2014). En este caso la medida cautelar positiva impuesta en el juicio de amparo le ordenó a la empresa concesionaria suministrar agua potable en bidones que se adecue a las disposiciones del Código Alimentario Nacional, en la cantidad necesaria para satisfacer las necesidades básicas de consumo, higiene personal, y limpieza de manos y alimentos y cocción de éstos en una ración no menor a 200 litros por mes.

⁵⁴ Corte Sup., Fallos 323:1339. La CJSN hizo lugar a una pretensión colectiva de amparo y le ordenó al Ministerio de Salud que cumpla la ley 23.798, en particular, que se suministre los medicamentos contra el HIV-sida a los efectores de las jurisdicciones respectivas a fin de que éstos los entregue a los pacientes a su primer requerimiento.

⁵⁵ Corte Sup., Fallos 323:3229.

⁵⁶ Corte Sup., 18/12/2003.

⁵⁷ Corte Sup., 9/3/2004. La actora inició acción de amparo para la provisión de medicamentos necesarios para tratar afección de asma. La Corte Suprema dictó una medida cautelar por la que obligó a la provincia y al EN a proveerle al actor su medicación en forma inmediata. Para resolver de ese modo se tuvo en cuenta que por la condición física de la afectada no podía esperar a que se dictara sentencia.

⁵⁸ Corte Sup., Fallos 325:519.

⁵⁹ Corte Sup., Fallos 329:2552.

⁶⁰ Corte Sup., 15/3/2005.

⁶¹ Corte Sup., Fallos 330:4647, 30/10/2007. La actora sufría una discapacidad motora, mental y sensorial con estado de mínima conciencia. Impetró una demanda de amparo para que la Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y la provincia le confieran la cobertura íntegra de los gastos para la atención de la salud de la demandante.

⁶² Corte Sup., 2/12/2004, *V. W. J.* El actor, portador de VIH-sida, era empleado de comercio afiliado a la obra social correspondiente. Fue despedido y solicitó a la obra social del sindicato permanecer afiliado en condición de adherente voluntario con pago de cuota mensual. La obra social se negó. El interesado presentó un amparo. La Corte Suprema fallo –con fundamento en el derecho a la salud y el derecho a la no discriminación– resolvió que la obra social debía incorporarlo destacando que una vez asegurado el pago de la cuota por el adherente, se debe privilegiar la continuidad de la cobertura de quien es más débil.

dicos⁶³. Hizo lugar a pretensiones de amparo tendentes a mantener la afiliación a una obra social en las mismas condiciones que la peticionaria tenía antes de la jubilación (*E., M.C., c/ OSPACA*⁶⁴); a incorporarse como afiliada a una obra social en carácter de beneficiaria previsional (*U., L.N. c/ Instituto de Obra social de la Provincia de Entre Ríos s/ amparo*⁶⁵); para obtener la incorporación como afiliada a una obra social, teniendo en consideración que la amparista requiere atención médica en forma urgente (*G.P., c/ IOSPER s/ Acción de amparo*⁶⁶). En este pronunciamiento, como en el anterior, el Alto Tribunal dejó sentado que la vía del amparo es particularmente pertinente cuando se trata de la preservación de la salud y la integridad psicofísica, más aún cuando la persona pertenece al colectivo de personas mayores cuyos derechos a la vida y a vivir con dignidad en la vejez, a la salud, a la protección judicial efectiva se encuentran protegidos en la *Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* (Ley 27.360)⁶⁷.

También se expidió sobre cuestiones relativas a los *derechos de enseñar y aprender*⁶⁸ y a la educación (*Lifchitz*⁶⁹). En tal sentido resolvió que corresponde otorgar cobertura de escuela especial y acompañamiento terapéutico extraescolar domiciliario a un niño discapacitado (*V.V., c/ Mutual Federada 25 de Junio*⁷⁰); que una empresa de medicina prepaga debía brindar cobertura total de la educación de maestra de apoyo (*G.F., c/ Asociación Mutual Sancor Salud s/ Amparo Ley 16.986*⁷¹).

⁶³ Corte Sup., 25/3/2003, *Díaz, Brígida*. El actor promovió una demanda de amparo frente a la conducta remisa de la Provincia de Buenos Aires en suministrarle un marcapasos. La Corte Suprema, como *medida cautelar*, le ordenó a la demandada que se le provea lo solicitado hasta tanto resuelva sobre el fondo de la cuestión.

⁶⁴ Fallos 347:1250 (2024).

⁶⁵ Fallos 347:1022 (2024).

⁶⁶ Fallos 345:1174 (2022).

⁶⁷ Fallos 345:1174 (2022); 347:1022 (2024).

⁶⁸ Fallos: 306:400 (*Arenzon*).

⁶⁹ Corte Sup., 15/6/2004, *Lifchitz*. En este caso Corte Suprema resolvió que los padres de un menor discapacitado, que no tienen recursos suficientes, tienen el derecho a pedir un subsidio para pagar educación y el transporte del menor.

⁷⁰ Fallos 347:1218 (2024).

⁷¹ Fallos 347:1230 (2024).

En relación con el derecho de las comunidades indígenas el tribunal examinó y decidió amparos vinculados a la protección del ambiente (*Comunidad Indígena Eben Ezer v. Provincia de Salta – Ministerio de Empleo y la Producción s/amparo*⁷²; *Comunidad Indígena Hoktek T’Oi Pueblo Wichí v. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/amparo*⁷³).

Los pronunciamientos de la Corte Suprema, de inicio, examinan si existen o no desarrollos legales o reglamentarios que den cobertura normativa precisa, específica, a la acción positiva material que se reclama mediante una pretensión procesal⁷⁴.

Ciertamente, el criterio rector asumido desde la jurisprudencia indica que las prestaciones estatales son exigibles con el alcance y modalidad establecidos en la norma legal o reglamentaria⁷⁵. Predomina el criterio que considera a los derechos sociales como derechos dotados de *operatividad derivada*, o en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado.⁷⁶

Este temperamento fue adoptado por la Corte Suprema, en la causa *Q. C., S. Y.*⁷⁷ (y ratificado por la disidencia del juez Lorenzetti en fecha relativamente reciente⁷⁸). En ese fallo el Alto Tribunal sostuvo que el derecho a la vivienda digna goza de operatividad derivada, lo cual significa que la *efectiva realización de ese derecho de protección queda subordinado a una ley del Congreso o a la decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación.*⁷⁹

⁷² Corte Sup., Fallos 331:2119, 30 de septiembre de 2008.

⁷³ Corte Sup., 8 de septiembre de 2003.

⁷⁴ Así, entre tantos otros, *Asociación Benghalensis; Rodríguez Karina*.

⁷⁵ Fallos 335:452; 347:547. En Fallos 345:1481(2022), la disidencia del juez Lorenzetti enfatiza que los derechos sociales tienen operatividad derivada.

⁷⁶ Fallos 335:452 (*Q. C., S. Y.*, 2012).

⁷⁷ Fallos 335:452.

⁷⁸ Fallos 345:1481 (voto en disidencia juez Lorenzetti).

⁷⁹ Según se desprende del aludido fallo *Q. C., S. Y.*, del 24 de abril de 2012, la actora –en representación de su hijo menor portador de una capacidad restringida debido a una encefalopatía crónica no evolutiva– postuló una pretensión de amparo para que el GCBA cesara en su conducta de denegarle la inclusión en los programas gubernamentales vigentes en materia de vivienda y no proporcionarle alternativas para salir de la situación de calle en la que se encontraba. Sostuvo que la posición de la parte demandada lesionaba

Ahora bien, cuando las fuentes normativas no concretizan el alcance de

sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad y la vivienda reconocidos no sólo en la Constitución de la CABA sino también en la CN y en los diversos tratados internacionales que ella incorpora por conducto del art. 75.22. El juez de grado hizo lugar a la pretensión. Esta sentencia fue luego confirmada por la alzada. A su turno, el TSJ de la CABA, revocó ese pronunciamiento. Entre otros argumentos el tribunal local sostuvo que el PIDESc no obliga a los Estados parte a proporcionar vivienda a cualquier habitante de su país que adolezca de esa necesidad sino que ese deber se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda dentro de las posibilidades económicas que permitan los recursos presupuestarios disponibles. Señaló que el PIDESc impone a los Estados la obligación de asegurar la satisfacción de niveles mínimos y esenciales de cada uno de los derechos. En esa inteligencia, subraya, los Estados parte del PIDESc solamente tienen el deber de garantizar el contenido mínimo. En lo relativo al caso, consideró que la demandada había cumplido con su deber en tanto proporciona a quienes se encuentran en situación de calle una red de albergues y paradores estatales. En tales condiciones el TSJ de la CABA entendió que el dec. 690/2006 y su modificatorio, el 960/2008, en tanto consagran subsidios parciales y temporarios, no resultan inconstitucionales. El recurso extraordinario interpuesto por la amparista fue considerado admisible por el Alto Tribunal federal. En cuanto a la cuestión federal la Corte Suprema tuvo en cuenta que estaba en juego la interpretación de normas de naturaleza federal: los artículos 14 bis y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, y que la decisión adoptada por el *a quo* fue contraria a la pretensión de la recurrente fundada en esas previsiones normativas. De otro lado se apreció que la sentencia apelada resultaba equiparable a definitiva por cuanto el planteo de la actora fue resuelto por el Superior Tribunal de la causa (TSJ) y la decisión, en lo que concierne al derecho de acceso a la vivienda digna y a la validez del programa de subsidios, no podrá ser discutida ante la Cámara, pues la intervención de ésta quedará limitada a aplicar los criterios fijados por el Alto Tribunal local. Al momento de diseñar su pronunciamiento la Corte Suprema puso de relieve que el *sistema de fuentes* aplicables al caso se conforma con la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Constitución de la Ciudad y la legislación local dictada sobre la materia. Con arreglo a ese sistema de fuentes la Corte Suprema extrae el reconocimiento del derecho de acceso a una vivienda digna y el deber de protección a los sectores especialmente vulnerables como son las personas discapacitadas (consid. 9º). En ese entendimiento se destaca que esos derechos y deberes no son meras declaraciones sino *normas jurídicas operativas con vocación de efectividad* (consid. 10). Y afirma: la Constitución Nacional, en cuanto norma jurídica, reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne. Sin embargo, el fallo señala que la operatividad de esos derechos tiene carácter derivado en la medida que consagra obligaciones de hacer a cargo del Estado. Para el tribunal, la *operatividad derivada* de un derecho fundamental implica que la efectiva puesta en práctica requiere de una ley del Congreso o de la decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación. Desde este vértice queda descartado que el sistema de fuentes aplicables pueda consagrar una *operatividad directa* en virtud de la cual todos los ciudadanos estén en condiciones de solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial (consid. 11, párr. 3º). Sin embargo, sostiene que esas proposiciones normativas deben asegurar una garantía mínima del derecho fundamental. Esa *garantía*

la obligación positiva, es dable asumir que –desde la Constitución y, en particular, desde los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional– que los derechos sociales a prestaciones materiales son *derechos subjetivos a niveles esenciales de protección*, esto es, *derechos subjetivos al mínimo vital* siempre que se verifiquen circunstancias graves, de urgencia impostergable, como lo son las situaciones de extrema vulnerabilidad o hiper vulnerabilidad.

De esa misma doctrina es posible extraer también que los mecanismos procesales que garantizan la tutela inmediata y directa del *mínimo existencial, indispensable o vital* que exige la dignidad de la persona en el Estado constitucional operan por conducto de alguno de los dispositivos de *tutela urgente*: el amparo y las medidas cautelares.

mínima indispensable del derecho fundamental constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos.

La sentencia dictada en *Q. C., S. Y. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo* es aplicable a las cuestiones que atañen al *derecho a la vivienda digna* en situaciones de extrema vulnerabilidad. Ahora, si admitiéramos proyectar de modo general su doctrina, sería dable concluir que: (i) solamente los derechos fundamentales de defensa, esto es, los que imponen el deber de no interferencia, exhiben operatividad directa; (ii) en cambio, los denominados derechos de protección, que no son sino aquellos que exigen conductas positivas de los poderes públicos, están dotados de *operatividad derivada* o, si se quiere, indirecta. Estos derechos de protección, como los derechos sociales, exigen la previa intermediación de una ley sancionada por el Congreso o de un reglamento o acto general no normativo emanado del Poder Ejecutivo; (iii) se es vértice, la presunción de operatividad de los derechos fundamentales, como nota basilar del Estado constitucional social de derecho, debe ser asumida con modulaciones: mientras que en relación con los derechos de no interferencia la mentada presunción actúa directa e inmediatamente, siendo la parte que demanda la que tiene la carga de demostrar que la reglamentación legal del derecho delimita su contenido, en lo que atañe a los derechos fundamentales de protección la presunción de operatividad se encuentra debilitada puesto que quien exige la efectiva concreción de su contenido debe probar la existencia de normas legislativas o administrativas que encaucen el concreto ejercicio del derecho de que se trata; (iv) el régimen jurídico de los derechos fundamentales, según las proyecciones de la sentencia dictada por la Corte Suprema *Q* abriga diferencias en cuanto al alcance e inmediatez de su exigibilidad; (v) mientras los derechos de defensa presentan como nota distintiva exigibilidad inmediata y directa (sobre esa base se construyó el amparo en la Argentina desde *Siri* –en Fallos 239:459–, hace más de cincuenta años, hasta *Halabi* –Fallos 332:111, consid. 15– en nuestros días), los derechos de protección, en tanto goza de *operatividad derivada*, ven condicionada su efectiva realización a la existencia de previsiones normativas previas provenientes del legislador o de la Administración.

7. Conclusiones.

El *principio de interdicción de la insensibilidad* frente a situaciones de vulnerabilidad social es el corolario de la *tríada basal material del derecho administrativo en el Estado constitucional* (dignidad de la persona humana; derechos humanos que le son inherentes y principio pro persona).

La interdicción de la insensibilidad se manifiesta a través de los derechos sociales y de las medidas destinadas a garantizarlos, protegerlos, prevenir su vulneración y restablecerlos cuando han sido afectados. Una de las manifestaciones más logradas del principio de interdicción de la insensibilidad son las garantías de progresividad y prohibición de la regresividad en materia de derechos sociales.

En Argentina, el amparo, ora en su dimensión individual, ora en su dimensión colectiva, juntamente con las medidas cautelares y otros procesos urgentes (como la tutela autosatisfactiva) constituyen *piezas capitales* para la efectivización de los derechos sociales fundamentales.

Así, en los últimos lustros es dable comprobar que el amparo se erige en uno de las técnicas procesales más idóneas para encauzar pretensiones tendentes a satisfacer, con inmediatez, «las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces»⁸⁰.

En ese orden, la tendencia jurisprudencial coloca al amparo como proceso apto para garantizar la protección de los derechos a la salud⁸¹, a la integridad psicofísica⁸², a la integridad psicofísica de las personas mayores⁸³,

⁸⁰ Corte Sup., Fallos 335:452, Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo, cons. 12.

⁸¹ Fallos 330:4647 (María Flavia Judith c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial s/ Acción de Amparo de 30 de octubre de 2007. Más recientemente: Fallos 347:1022 (U., L.N. c/ Instituto Obra Social de la Provincia de Entre Ríos s/ Acción de Amparo, de 20 de agosto de 2024); Fallos 347:547 (R., P. c/ OSDE, de 21 de mayo de 2024); Fallos 347:1230 (G., F. c/ Asociación Mutual Sancor Salud s/ Amparo Ley 16986, de 17 de septiembre de 2024); Fallos 347:1218 (V.V. c/ Mutual Federada 25 de junio -Federada Salud- de 10 de septiembre de 2024), entre muchos otros.

⁸² Fallos 347:1022.

⁸³ Fallos 347:1022. El Alto Tribunal federal puntualiza que la vía del amparo es particular-

a la alimentación⁸⁴, al agua potable⁸⁵; a la educación⁸⁶, a la vivienda⁸⁷, al trabajo⁸⁸.

mente pertinente para brindar *protección judicial efectiva* cuando se trata de la preservación de la salud y la integridad psicofísica que pertenecen al colectivo de personas mayores.

⁸⁴ Fallos 345:1481 (*Esquivel c/ Estado Nacional s/ Amparo Ley 16986*, voto en disidencia del Dr. Lorenzetti, de 21 de diciembre de 22). En ese orden se señala que donde está en juego el derecho a la alimentación existe la necesidad de una tutela judicial que no puede ser derivada al trámite de un juicio ordinario.

⁸⁵ Fallos: 337:1361 (*Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo*, de 2 de diciembre de 2014).

⁸⁶ Fallos 347:1218 (*V., V c/ Mutual Federada 25 de junio* de 10 de septiembre de 2024), entre otros.

⁸⁷ Corte Sup. Fallos 335:452, *Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*.

⁸⁸ Fallos 347:2115 (*Cosani*, de 19 de diciembre de 2024); 331:1715 (*Mantecón Valdés*), entre otros.

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA CON DIMENSIÓN SOCIAL Y SU FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

Gerardo García-Álvarez García

SUMARIO: 1. La contratación pública social como expresión del Estado social europeo. - 2. Legislador, Comisión y jurisprudencia: una evolución no lineal. - 3. La construcción jurisprudencial de la contratación pública social. - 4. Libre prestación de servicios, protección de los trabajadores y objetivación técnica.

1. La contratación pública social como expresión del Estado social europeo.

La contratación pública estratégica de carácter social constituye hoy un paradigma ampliamente aceptado en el Derecho europeo de los contratos públicos. No siempre se aplica de forma sistemática ni homogénea en los distintos Estados miembros, pero sí se reconoce, al menos en el plano teórico y normativo, como un elemento estructural del sistema. Este reconocimiento no responde a una decisión política aislada ni a una coyuntura específica, sino a la progresiva afirmación del Estado social como rasgo definitorio del constitucionalismo europeo contemporáneo.

La incorporación de objetivos sociales a la contratación pública no es, por tanto, el resultado exclusivo de una opción legislativa consciente, sino la consecuencia de un proceso más amplio, impulsado por la fuerza expansiva del Estado social.

Este proceso ha encontrado una expresión particularmente significativa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha interpretado el Derecho de la Unión conforme a la realidad social del tiempo en que debía ser aplicado, permitiendo una lectura evolutiva de los principios clásicos de la contratación pública.

Desde esta perspectiva, la contratación pública socialmente responsable aparece como una manifestación concreta de la tensión –y al mismo tiem-

po del equilibrio– entre la lógica del mercado interior y las exigencias de cohesión social propias del modelo europeo.

2. Legislador, Comisión y jurisprudencia: una evolución no lineal.

La consolidación de la dimensión social de la contratación pública no puede atribuirse exclusivamente al legislador europeo. En la mayor parte de los ámbitos en los que esta dimensión se manifiesta, el Consejo y el Parlamento se han limitado a codificar soluciones previamente elaboradas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Solo en aspectos puntuales, como los contratos reservados a talleres protegidos, el legislador ha ido más allá del acervo jurisprudencial existente. En términos generales, la normativa positiva ha tenido una función de sistematización y consolidación, con resultados técnicos desiguales.

Tampoco puede afirmarse que este desarrollo haya sido impulsado de forma decidida por la Comisión Europea.

Históricamente, la Comisión ha mostrado una actitud prudente, cuando no abiertamente restrictiva, frente a la expansión de la contratación pública de carácter social. Esta posición no responde a una hostilidad hacia los objetivos sociales, sino a una concepción de la contratación pública como instrumento esencial para la construcción del mercado interior único. Desde esta óptica, se ha considerado que la eficacia y la rapidez en la integración del mercado se ven favorecidas por criterios de adjudicación lo más objetivos posible y lo más desvinculados del contexto social.

Aunque la Comisión ha aceptado con mayor facilidad la incorporación de cláusulas ambientales, durante un largo período –al menos hasta la gran crisis económica– intentó frenar la expansión de la contratación social.

Este enfoque se reflejó claramente en la Comunicación interpretativa de 2001¹ sobre contratación social, cuyo objetivo principal era acotar y li-

¹ Comisión europea, *Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*, en DOUE C 237 de 18 de junio de 2021.

mitar las posibilidades de inclusión de consideraciones sociales en los procedimientos de contratación.

3. La construcción jurisprudencial de la contratación pública social.

La evolución de la contratación pública social puede reconstruirse de manera particularmente clara a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

El punto de partida se sitúa en la sentencia de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes*², relativa a un contrato de obra pública que incluía una cláusula de empleo de personas desempleadas de larga duración, canalizada a través del servicio regional de empleo correspondiente. En una decisión innovadora para la época, el Tribunal declaró que dicha cláusula no era, en principio, contraria al Derecho de la Unión, siempre que se respetaran determinadas cautelas.

En primer lugar, la exigencia de publicidad: la cláusula debía figurar de manera clara y explícita en el anuncio de licitación.

En segundo lugar, el respeto al principio de igualdad y no discriminación, lo que implicaba que una empresa establecida en otro Estado miembro pudiera cumplir la cláusula con el mismo esfuerzo que una empresa nacional.

Bajo estas condiciones, el Tribunal admitió una cláusula social que hasta entonces no se consideraba generalmente compatible con el Derecho comunitario.

Un segundo hito lo constituye la sentencia de 26 de septiembre de 2000³, Comisión contra República Francesa, relativa a diversas licitaciones pro-

² TJUE, Sala Cuarta, de 20 de septiembre de 1988, C 31/98, *Gebroeders Beentjes BV* contra *Estado de los Países Bajos*, ECLI:EU:C:1988:422.

³ TJUE, de 26 de septiembre de 2000, C 225/98, *Comisión de las Comunidades Europeas* contra *República Francesa*, ECLI:EU:C:2000:494.

movidas por el departamento de Nord-Pas-de-Calais para la construcción y mantenimiento de edificios educativos.

Aunque la licitación fue anulada por motivos ajenos a la cláusula social, el Tribunal aprovechó el caso para afirmar que el criterio de la oferta económicamente más ventajosa no exige que todos los subcriterios tengan naturaleza estrictamente económica. Pueden incluirse criterios no económicos, siempre que sean objetivos, evaluables de forma transparente, comparables entre las distintas ofertas y debidamente publicitados.

Esta línea jurisprudencial se completó con la sentencia de 4 de diciembre de 2003⁴, *Wienstrom*, que, aunque centrada en una cuestión ambiental, estableció principios de alcance general. El Tribunal afirmó, por un lado, que las características de la organización empresarial no pueden constituir criterios de adjudicación si no guardan relación directa con el objeto del contrato. Por otro, subrayó que los criterios deben ser verificables, ya que la falta de comprobabilidad vulnera los principios de igualdad y no discriminación.

4. Libre prestación de servicios, protección de los trabajadores y objetivación técnica.

Uno de los ámbitos más controvertidos ha sido el equilibrio entre la libre prestación de servicios y la protección de los trabajadores. En este contexto se inscribe la sentencia *Rüffert*, de 3 de abril de 2008⁵, dictada tras la aprobación de la Directiva de servicios.

El Tribunal dio prevalencia a la libre prestación transfronteriza frente a una cláusula que imponía el respeto de los convenios colectivos locales, considerando desproporcionada la restricción, aun cuando ello implicara una menor protección de los trabajadores locales.

⁴ TJUE, Sala Sexta, de 4 de diciembre de 2003, C 448/01, *Wienstrom GmbH*, ECLI:EU:C:2003:651.

⁵ TJUE, Sala Segunda, de 3 de abril de 2008, C 346/06, *Dirk Rüffert contra Land Niedersachsen GmbH*, ECLI:EU:C:2008:189.

Esta orientación fue posteriormente matizada por la sentencia *RegioPost*, de 17 de noviembre de 2015⁶, en la que el Tribunal admitió la imposición de un salario mínimo establecido por ley, justificándola en la protección de los trabajadores.

No resulta irrelevante que entre ambas decisiones mediara la profunda crisis económica iniciada en 2008, que influyó de manera decisiva en la evolución del enfoque europeo sobre la dimensión social de la contratación pública.

El recorrido se cierra con la sentencia *Comisión contra Países Bajos*, de mayo de 2012⁷, relativa a una licitación para el suministro de café mediante máquinas expendedoras.

El Tribunal rechazó la valoración de políticas generales de responsabilidad social corporativa por carecer de relación directa con el objeto del contrato y consideró inadecuada la exigencia de etiquetas específicas, aunque admitió la posibilidad de exigir las características subyacentes a dichas etiquetas. Con ello reafirmó la necesidad de mantener un equilibrio entre la incorporación de objetivos sociales y la objetivación técnica de los procedimientos de contratación.

En conjunto, esta jurisprudencia permite hablar, por analogía con una conocida expresión del Tribunal Supremo español, del genio expansivo del Estado social de Derecho, que ha hecho posible el desarrollo de una doctrina técnicamente equilibrada y ha abierto una nueva y legítima dimensión social de la contratación pública europea.

⁶ TJUE, Sala Cuarta, de 18 de noviembre de 2015, C 115/14, *RegioPost GmbH & Co. KG* contra *Stadt Landau*, ECLI:EU:C:2015:760.

⁷ TJUE, Sala Tercera, de 10 de mayo de 2012, C 368/10, *Comisión Europea* contra *Reino de los Países Bajos*, ECLI:EU:C:2012:284.

TRASPARENZA, ANTICORRUZIONE E PATTI DI INTEGRITÀ PER I DIRITTI SOCIALI

Giovanni Colombo

SOMMARIO: 1. Premesse. - 2. Cosa sono i Patti di integrità. - 3. I Patti di integrità nell'esperienza italiana. - 4. Impatti e prospettive dei Patti di integrità.

1. Premesse.

È noto che il costo sociale della corruzione è altissimo. Alcuni studi lo stimano tra i 600 e i 900 milioni di euro annui in Europa¹. Sono risorse che dovrebbero servire per infrastrutture, sanità, istruzione, servizi sociali. In questo senso la trasparenza risulta strumentale a molti diritti sociali.

Gli organismi internazionali da tempo chiedono agli Stati di favorire forme di controllo sociale sulle attività che impiegano risorse pubbliche e sono destinate a soddisfare esigenze della collettività. Al centro di questa visione si pone la trasparenza quale principio guida e, al contempo, mezzo di attuazione. La *mission* e la *vision* di *Transparency International* sono basate sull'idea della trasparenza quale nucleo di strumenti, soluzioni e pratiche funzionali al contrasto della corruzione e, più in generale, alla partecipazione e al controllo sociale.

Transparency International è un'organizzazione fondata a Berlino, network leader a livello mondiale per il contrasto della corruzione presente in 110 Paesi.

Transparency International Italia è il *chapter* italiano, uno tra i più attivi in Europa e operante dal 1996. La nostra *mission* è il contrasto della cor-

¹ Si veda tra i molti quanto emerge dallo studio realizzato per il Parlamento europeo (Directorate-General for Parliamentary Research Services) da M. Hafner, J. Taylor, E. Disley, S. Thebes et al., *The Cost of Non-Europe in the area of Organised Crime and Corruption Annex II, Corruption*, 2016.

ruzione e la promozione dell'integrità e dell'etica attraverso le collaborazioni con enti pubblici e governativi, settore privato, università, con attività di ricerca, formazione, informazione e la diffusione di strumenti utili a questa *mission*.

2. Cosa sono i Patti di integrità.

Patti di integrità sono promossi da *Transparency International* in tutto il mondo per perseguire prevenzione, trasparenza e inclusività nei contratti pubblici. Si inseriscono nel tema ampio della *protezione delle risorse pubbliche*, uno dei pilastri della strategia di *Transparency 2030* elaborata dal Segretariato di Berlino.

Attraverso i Patti vengono perseguiti obiettivi quali: *i.* prevenzione e contrasto della criminalità organizzata; *ii.* prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nel settore pubblico e privato; *iii.* sensibilizzazione alla cultura della legalità e a canoni di comportamento basati sull'integrità, la responsabilità e la trasparenza; *iv.* rafforzamento delle forme di *civic engagement* e della consapevolezza del ruolo della società civile quale destinataria di strumenti di rendicontazione, trasparenza e comunicazione

Cosa sono i Patti di integrità? Sono un accordo che viene stipulato al momento della partecipazione alla gara per l'affidamento di un appalto pubblico, tra l'ente appaltante che gestisce il progetto e gli operatori economici che partecipano alla gara. Sono flessibili e adattabili e possono essere applicati a contratti di costruzione, opere di ingegneria e architettura, servizi pubblici, approvvigionamenti e forniture.

La sottoscrizione di un Patto impegna le Parti a comportamenti improntati al rispetto della legalità e della trasparenza in tutte le fasi del progetto associato al Patto. Tali impegni riguardano l'intero ciclo di vita del contratto: dalle fasi preliminari della valutazione dei bisogni a quelle successive della progettazione, della gara e dell'esecuzione.

L'adozione del Patto costituisce non solo una manifestazione formale della volontà di osservare regole, vincoli e comportamenti che in gran parte sono doverosi, perché imposti normativamente, ma implica anche

l'accettazione delle conseguenze che possono derivare dalla violazione degli impegni, quali sanzioni di carattere patrimoniale, pure in forma rafforzata rispetto a quanto stabilito *ex lege*.

Nella versione più evoluta è prevista un'attività di monitoraggio, svolta da un'organizzazione indipendente, sull'operato delle Parti e sull'avanzamento dell'appalto. Al monitoraggio sono associate anche iniziative di divulgazione e coinvolgimento della società civile e delle comunità del territorio. Tali circostanze sollecitano le Parti a prestare maggiore attenzione al rispetto dei vincoli normativi e al corretto svolgimento delle procedure, con effetti positivi per la realizzazione di quanto appaltato. Nell'ambito dell'attività di monitoraggio, infine, l'organizzazione indipendente può intervenire formulando richieste di chiarimenti alle Parti, ovvero suggerimenti per l'adozione di prassi e soluzioni migliorative in termini di trasparenza, imparzialità ed efficienza.

Chi firma un Patto di integrità si impegna dunque sin dal momento della partecipazione alla gara non solo a rispettare obblighi integrità, ma anche a fornire all'*ente di monitoraggio* i documenti rilevanti, rendendo possibile l'osservazione diretta dell'andamento della gara, dei lavori di esecuzione, del rispetto dei tempi e dei costi.

Ciò avviene attraverso vari strumenti media, il web site del progetto che è il riferimento principale ove trovare la definizione dell'iniziativa e lo stato avanzamento lavori, newsletter periodiche, aggiornamenti su social media ed eventi sul territorio.

Nel corso degli anni l'attività dei Patti strumentale alla diffusione della cultura dell'integrità, all'informazione, formazione e consapevolezza della cittadinanza sullo svolgimento dei lavori è stata molto apprezzata assumendo via via rilevanza rispetto alle più consolidate azioni di monitoraggio e *watch dog*.

Si tratta di attività finalizzate alla partecipazione dei cittadini, che molte volte sono i finanziatori indiretti delle opere ed hanno diritto di controllare che i lavori si svolgano in una cornice di correttezza e trasparenza.

Questo modello (monitoraggio tecnico e diffusione della conoscenza e della cultura dell'integrità) ha ormai caratterizzato molte esperienze co-

ordinate e realizzate in Paesi Europei ed extraeuropei da Transparency International attraverso l'attività dei capitoli nazionali.

3. I Patti di integrità nell'esperienza italiana.

Il Comune di Milano, su iniziativa di *Transparency International Italia* e tramite il proprio ufficio Gare e Appalti, ha adottato con successo, per primo in Italia, i Patti di integrità nel 2002.

Attraverso la prescrizione obbligatoria del Patto per i partecipanti alla gara, e le relative sanzioni (tra cui escussione della cauzione provvisoria) per le violazioni dei principi in esso contenuti, il Patto di integrità adottato dal Comune di Milano mirava inizialmente ad arginare e scoraggiare soprattutto il fenomeno del «collegamento sostanziale» (concessione) ai tempi utilizzato per alterare la concorrenza da imprese facenti capo alla medesima proprietà. Seguirono adozioni da parte di altri Comuni, Regioni, Aziende Ospedaliere, Università, Presidenza Consiglio dei Ministri ed Enti.

Nel 2012 con la legge Severino, legge 6 novembre 2012 n. 190, nota anche come *Legge anticorruzione*, compare una specifica previsione sui Patti di integrità: «*Le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito, che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisca causa di esclusione dalla gara e legittima escussione della provvisoria in caso di inadempimento*» (art. 1, co. 17).

Negli ultimi anni la diffusione dei Patti di integrità si è estesa in tutta la penisola e in alcuni casi gli Enti che lo propongono partono dal modello elaborato da *Transparency International Italia*.

Si tratta per lo più di un modello di Patto 'semplice', consistente nella dichiarazione della stazione appaltante e delle imprese di «impegnarsi in una partecipazione all'insegna della correttezza, il rispetto delle regole, l'assoluto divieto nell'offrire e ricevere denaro o altre utilità per modificare il corretto svolgimento della gara, l'assoluta astensione da comportamenti volti a deludere le aspettative di leale concorrenza tra le parti e verso la stazione appaltante» e che quindi si concentra sulla fase della partecipazione alla gara.

La versione più evoluta dei Patti di integrità, con anche la presenza dell'ente di monitoraggio, non è molto diffusa. Del resto, richiede risorse e competenze specifiche e implica costi più rilevanti, sebbene costituiscano una percentuale minima dei costi per la realizzazione delle opere oggetto di monitoraggio.

A livello normativo non siamo ancora arrivati in Italia (né in Europa) alla possibilità di ottenere finanziamenti strutturali o governativi per la diffusione dei Patti di integrità, la cui attivazione è quindi rimessa alle disponibilità economiche delle stazioni appaltanti e alla loro volontà di affiancare gli appalti con azioni a garanzia di maggior trasparenza e controllo.

4. Impatti e prospettive dei Patti di integrità.

Nel dicembre 2024 il Segretariato di Transparency International ha pubblicato un *Report* che descrive le esperienze più significative dei Patti di integrità attivati in Europa e in America Latina². Nel Report viene fatto riferimento anche a casi italiani, come quello seguito da Transparency International Italia per i lavori di estensione della metropolitana leggera di Cagliari³.

Il report riporta le informazioni acquisite con l'esperienza pluriennale dei Patti maturata col progetto *Integrity Pacts: Civil Control Mechanism for safe-guarding EU Funds*, promosso da Transparency International e dalla Commissione europea. Il progetto è durato 5 anni ed è stato finanziato nell'ambito degli interventi per proteggere i fondi strutturali dell'UE da frodi ed utilizzi impropri; ha permesso la sperimentazione dei Patti di integrità su 18 appalti finanziati con i fondi dell'UE in 11 Stati membri (Ita-

² Si veda A. Greco (Transparency International Secretariat), *The Integrity Pact. Harnessing collective action for good governance and business integrity in public procurement*, 2024, Transparency International.

³ Si veda M. Cozzio (a cura di), *I patti di integrità negli appalti pubblici: strumenti per la legalità e la cittadinanza attiva*, Università di Trento, 2021; anche G. Benacchio, M. Cozzio (a cura di), *Azioni collettive, strumenti di integrità e trasparenza per il contrasto della corruzione nel settore pubblico e privato*, Università di Trento, 2019; entrambi disponibili on line.

lia, Portogallo, Grecia, Ungheria, Bulgaria, Romania, Repubblica Ceca, Polonia, Lituania, Lettonia, Slovenia).

Il tema è rilevante perché, in tutti i Paesi dell'Unione l'impatto delle risorse impegnate negli appalti pubblici varia dal 13 al 20% del PIL degli Stati. Si tratta di risorse ingentissime, sulle quali la possibilità di disporre di efficaci forme di controllo consente, in definitiva, di poter finanziare programmi che sostengono l'attuazione dei diritti sociali dei cittadini.

Perché gli *stakeholders* sono interessati all'applicazione dei Patti? Per le autorità pubbliche i Patti sono un'occasione per introdurre nuovi paradigmi, acquisire *know-how*, promuovere al proprio interno i temi dell'integrità. Al contempo, il settore privato beneficia di un travaso di esperienze e solleciti ad allinearsi ai migliori standard di trasparenza e responsabilità. Infine, la società civile, ottiene accesso a informazioni altrimenti difficili da ottenere e in una forma comprensibile, nonché un alto livello di rendicontazione che favorisce la fiducia nell'operato di tutti gli attori coinvolti.

In letteratura, l'affiancamento di Patti di integrità con monitoraggio, generano minori infrazioni tecniche e ritardi nelle fasi preliminari della gara, migliorano la governance della stazione appaltante, favoriscono il rispetto di tempi e di costi, facilitano la risoluzione delle dispute⁴. In generale, emerge che i Patti sono strumenti utili e adeguati rispetto alle finalità per le quali sono pensati, specialmente nella versione più recente, che vede la partecipazione anche di un'organizzazione di monitoraggio terza rispetto all'amministrazione e alle imprese coinvolte.

Il tema centrale, sfidante, sotteso all'applicazione dei Patti di integrità è la garanzia di trasparenza su scelte e procedure che riguardano beni e servizi destinati alle comunità del territorio, per i quali vengono impiegate risorse pubbliche. Non vorremo mai fare a meno di questa trasparenza che i Patti assicurano in forma più incisiva rispetto a quella imposta dalle regole in tema di pubblicità (che pur costituiscono presidio minimo e indispensabile di trasparenza).

⁴ Vedi i riferimenti in Transparency International, *Tackling corruption in public procurement to support effective sustainable development outcomes: a holistic approach*, documento presentato alla 11esima sessione di UNCAC Conference of States Parties, Doha (2025).

Quindi, quale futuro per i Patti di integrità? Pur osservando la mancata evoluzione di scenari di riferimento che possano agevolare la risoluzione di questo tema sensibile, ovvero il poter accedere a fondi che ne permettano una più ampia diffusione, negli ultimi anni alcuni sviluppi hanno portato una nuova luce di interesse sul connubio tra *business integrity* e *public procurement*.

Durante i lavori della conferenza di Atlanta Cosp10 del dicembre 2023 a cura di UNCAC (*United Nations Convention Against Corruption*, in italiano *Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione*) è stata adottata la prima risoluzione UN dedicata al *public procurement*, settore che rappresenta nel mondo un terzo della spesa globale dei governi nonché tra quelli a più alto di corruzione.⁵

La risoluzione ha tra i propri effetti quello di favorire maggior attenzione al tema e sollecitare l'adozione di incentivi per le imprese che dispongono di misure e soluzioni di prevenzione e contrasto alla corruzione, promozione della *business integrity* e garanzia di appalti corretti e trasparenti.

Un'ulteriore linea di evoluzione dei Patti di integrità riguarda l'estensione ai contenuti ESG (Environmental Social Governance), dunque alla sfera della sostenibilità.

⁵ UNCAC Conference of State Parties (2023), CAC/COSP/2023/L.13/Rev.1, *Promoting Transparency and integrity in public procurement in support of the 2030 Agenda for Sustainable Development*.

EL COMPONENTE SOCIAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA

Christian Campos Monge

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Contratación pública estratégica. - 3. El componente social y el derecho comparado. - 4. Plataforma electrónica, el valor de los datos y lo social. - 5. Conclusión.

1. Introducción.

Ha venido de menos a más el desarrollo y modernización de los ordenamientos jurídicos y el debate en torno a la contratación pública estratégica (CPE). El más reciente cambio legal, se ha dado en México, cuando el 16 de abril del 2025 se publica la nueva Ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público. Pero en otras latitudes (Chile, República Dominicana, Costa Rica, Panamá, El Salvador, por ejemplo), en los últimos 3 años, se ha dado reformas de leyes vigentes, o nuevas leyes, que introducen y valoran el componente estratégico y de sostenibilidad de la contratación estatal. Debe sumarse, en este recuento, el caso de Italia pues en marzo del 2023 adoptó un nuevo Código de contratación pública, a saber, el «Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici».

Y es que la contratación pública (CP) si bien es necesaria para que se adquieran bienes y servicios para las administraciones públicas, lo cierto es que debe asumirse como un punto detonando en los mercados, para que se motive el cambio de conductas, en los agentes económicos, como en las administraciones compradoras, a favor de lo social. No se trata solo de pensar en el desarrollo económico local, en lo ambiental, o en la creación simple de empleos, merced los procesos de compra, es más que eso.

Recordemos que el objeto de la CP es dotar de los recursos e insumos básicos para que las administraciones puedan funcionar adecuadamente (sea, comprar computadoras, vehículos, software, etc.), como provocar

que los gobiernos logren cumplir con sus promesas de campaña. Esto es, que los gobiernos aprecien la CP, como una herramienta fundamental para aumentar la legitimidad democrática con la que actúa.

En efecto, siendo real la alta desconfianza ciudadana a los gobiernos, y la cada vez más preocupante tasa de abstención y participación en los procesos electorales, la CP se presenta como un mecanismo, ideal, para cambiar tal realidad. Así, la CP es para mejorar los hospitales, ampliar la infraestructura de transporte, construir o remodelar escuelas; es decir, es para lograr el desarrollo para bien del país, y eso, es lo que la gente desea. Por eso, a mejor y mayor realización de los procedimientos de CP, mejor será el clima de legitimidad democrática y por ende, otra será la percepción de la gente con respecto al pago de sus impuestos, y lo que se hace con los fondos públicos.

La CP, por otro lado, debe ser socialmente responsable, es decir, debe ayudar para alcanzar resultados sociales positivos, como resultado de la ejecución de los contratos públicos. La CP tiene impacto y repercusiones. Eso es que, para las personas involucradas, sea las personas que están en los contratistas, los usuarios de las obras y servicios, la CP les afecta, para bien, o para mal. Por eso, para esas personas directa o indirectamente afectadas, la CP puede ser de ayuda, para cambiar, para influir en el mercado, en la forma de producción, en la forma en que se dan las relaciones laborales.

Por eso, en este aporte, nos proponemos presentar y delimitar el concepto de contratación pública estratégica, descifrar el componente social de ese concepto; dar una mirada a lo que el derecho comparado dispone sobre lo social, proponer el detalle de garantías sociales, para concluir con los beneficios de implementar una plataforma electrónica para realizar los procesos de CP, con respecto a los datos, su análisis y lo que ello puede brindar a los tomadores de decisiones, a los técnicos, para la generación de políticas públicas, planes de acción, generación de indicadores y su evaluación.

2. Contratación pública estratégica.

La contratación pública (CP) es el medio para que los países, en sus gobiernos, logren cumplir las expectativas ciudadanas; logren dar bienes y

servicios con la mayor calidad, eficiencia, eficacia e integridad posible. La contratación es la herramienta que, bien implementada, hará que los planes estatales de gobierno, doten de lo que, día a día, demanda la sociedad, el sector empresarial, la colectividad como un todo, para impulsar el crecimiento, el desarrollo y la producción de los países.

La contratación pública –debe reconocerse– es a la vez un impulsor de procesos que, a pequeña o gran escala, permea en el cierre de brechas, odiosas sin duda alguna, en cuestión de derechos, garantías sociales, la no discriminación, como en la necesidad de avanzar –progresivamente– en una mejora de la calidad de vida, y el desarrollo equilibrado, con dignidad y con rostro humano. Es, pues, un medio para lograr un mejor reconocimiento de los derechos con componente social, económico, entre otros.

Es por eso mismo que la CP, desde una visión estratégica, ayuda para cumplir derechos humanos, tal y como lo plantea el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al disponer: «Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales...».

Es a través de la CP, por ende, que los poderes públicos nacionales y locales, realizan una acción política de incidencia en el diario quehacer económico, social, de desarrollo, en los países. Por eso, la CP, y más en su carácter estratégico, es sin temor a equivocarse, el medio más valioso para traducir lo escrito en planes y promesas, en hechos (obras, servicios) reales y, ello, provoca que la CPE, responsablemente ejecutada, ayuda en nutrir la legitimidad democrática, tan necesitada en estos días por todo gobierno.

Pero, no solo eso, la CPE ayuda a orientar determinados comportamientos de los agentes económicos, para que sea más responsables, fomenten la innovación, y ayuden a dar contenido a los principios base, a saber, de integridad, eficiencia, eficacia y valor por dinero.

La CPE, conceptualmente, puede observarse desde «el contrato estatal y los procedimientos de contratación pública» como elementos «insertos

dentro de una concepción de Estado democrático, social y de derecho» desde la que se «ofrecen hoy un vehículo eficiente del accionar público para cumplir con la finalidad social» del Estado «ante la sociedad que es acreedora de la actividad prestacional, para la satisfacción de sus necesidades básicas». Pero, esa finalidad, no solo es tener obras o servicios por tenerlos, es, alcanzar, por medio de las compras, una transformación que mejore la calidad de los proveedores, como eleve la integridad y el compromiso para que, desde la CP, no se aumenten o permanezcan conductas que ensanchan aun brechas sociales de no poca importancia.

Se debe considerar que un 13% del Producto Interno Bruto (PIB) es el dato promedio que los países OCDE destinan a la CP. La Comisión Europea, por su parte, indica que para los estados miembros de la Unión Europea, la CP de todo tipo de bienes y servicios alcanza un dato de 14% de media del PIB. Son estos datos los que lleva a concebir a la contratación estatal como una actividad económica significativa.

Es por eso que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) considera que la CP: (i) representa una gran parte de la economía y del comercio exterior; (ii) es una herramienta utilizada para prestar servicios públicos a los ciudadanos y alcanzar objetivos políticos cruciales; (iii) es pilar de gobernanza estratégica para entidades públicas y prestación de servicios para cualquier gobierno; (iv) es un proceso con una significativa capacidad para incidir en la conducta de los agentes económicos, y que éstos, por ende, actúen en consecuencia, para allegar más y mejor calidad en el derrotero de cuidado de los derechos humanos, como en un factor clave como lo es la descarbonización.

Podemos afirmar, siendo más amplios, que la CP debe pasar a reconocerse como un motor efectivo, para colaborar con el cumplimiento público, por cuanto es:

- una actividad económica ya que representa una gran parte de la economía local, nacional y del comercio exterior;
- eje fundamental del quehacer gubernamental ya que es por su medio, que se traducen lo escrito, en obras o servicios que requiere la gente;
- la herramienta idónea y necesaria para que los servicios públicos se brinden conforme criterios de calidad, excelencia como con mejoramiento continuo;
- un pilar de la gobernanza estratégica para todas las entidades pú-

blicas y la prestación de directa o indirecta, como transversal, de los fines de constitución.

Además, como proceso, la CP:

- es un área de riesgo, donde los componentes de control interno, deben actuar con rigurosidad, con más razón en la interacción entre sectores público y privado;
- involucra a varios actores de varios sectores, dando pleno sentido al ejercicio lógico de que la cosa pública, es cosa de todos, más en tiempos de tanta limitación para la inversión pública;
- es vital, desde el preciso norte de evaluar la inversión pública, bajo un adecuado corolario de resultados.

Gimeno Feliú¹, por su lado, plantea a la contratación pública como el quehacer por medio del cual los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país; por eso, como buen tino, afirma que la CP es un ámbito de actividad que orienta comportamientos de los agentes económicos, lo que, desde luego, se da desde diferentes ópticas, siendo una la social.

3. El componente social y el derecho comparado.

Se debe ser más preciso en el componente social de la CPE. Una oportuna referencia, de base originaria, puede ubicarse en la siempre vigente Carta Encíclica *Rerum Novarum*, sobre la situación de los obreros, en la que, entre otros, se refiere a la cuestión del salario de los trabajadores. Es más que eso esa Carta, pues por 1891 el mensaje era la dignidad humana, de frente a la revolución industrial, y los embates que se presentaban; así, la maquinaria y la producción que desplazaban oficios, como el ensanchamiento de brechas dentro de un frágil equilibrio social de ese entonces. La justicia social a partir de la dignidad humana, fue la respuesta de la Iglesia.

¹ J.M. Gimeno Feliú, *Cinco años de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP): reflexiones retrospectivas, prospectivas y propositivas*, en *Observatorio de contratación pública* (www.obcp.es), 28 de febrero de 2023.

La CPE, en lo social, no cambia para nada el punto central de la *Rerum Novarum*: no se trata de detener el avance de la industria, hoy las tecnologías, la IA, etc., y menos ello, en la necesidad de adquirir bienes y servicios, sino en que la CP ayude a que, lejos aumentar brechas, se tenga al ser humano en el centro de todo. La CP debe ser por ende un medio para que la influencia en el mercado, en los agentes económicos, ayude desde una política clara de CPE, en tutelar la dignidad de las personas.

Pero, el componente social no solo es que la CPE incluye la responsabilidad de asegurar que los contratistas del Estado, honren la serie de derechos y garantías de los trabajadores, se reitera, base de la otrora Carta papal ya citada. En efecto, y echando mano a la Comisión Europea en *Adquisiciones Sociales en Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas* (2021), podemos detallar un abordaje de CPE y lo social, para: alentar por las oportunidades de empleo justas; fomentar la inclusión social; por ende, brindar oportunidades a la economía social y a las empresas sociales; promover el trabajo digno (empleo seguro, salarios justos, protección social, igualdad, diálogo social, otros.); como garantizar la observancia de los derechos sociales y laborales.

Así, cuando la Comisión plantea en CPE, las oportunidad de empleo justas, la inclusión social, el trabajo digno, o, en suma, los derechos sociales y laborales, no hace más que hacer suyo, los postulados esenciales de la justicia social.

Como lo planteó san Juan Pablo II, que a la vez sigue la Carta Encíclica *Populorum Progressio* del Papa Pablo VI, «sin excepción» todos «convencidos de la gravedad del momento presente y de la respectiva responsabilidad individual, pongamos por obra (...) con el uso de los bienes, con la participación como ciudadanos, con la colaboración en las decisiones económicas y políticas y con la propia actuación a nivel nacional e internacional– las medidas inspiradas en la solidaridad y en el amor preferencial por los pobres».

De lo que viene, si la CPE requiere que desde la CP se ayude en cerrar brechas, motivar e impulsar las economías locales, como nacionales, insertando a las Pymes, asociaciones, y otros, es para que, entre otros, se ayude a la generación de empleos, con énfasis, en sectores desfavoreci-

dos, alejados de los clásicos jugadores del mercado, de la participación de los fondos que el Estado destina para los bienes y servicios para el colectivo.

En esa línea, en lo estrictamente social, y siempre en seguimiento de *Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*, la CPE debe abonar para:

- tener, desde ésta, una visión de sociedad desarrollada pero donde el estado social sea eje motor;
- por eso, la CP parte de consolidar políticas públicas tendientes a un desarrollo social equitativo nacional, regional y local;
- y ello, conlleva la promoción y acceso de las PYMES, asociaciones o cooperativas de desarrollo, no solo para que participen como proveedores, sino para que, con plena coordinación institucional, se capacite y se prepare para generar mayor competencia y competitividad;
- eso lleva a reducción de la pobreza, la generación de mejores empleos en local y lo nacional;
- a la vez, permite económicamente incentivar la inclusión de sectores vulnerables, bajo consideraciones sociales desde las perspectivas de género, discapacidad, discriminación por orientación sexual, minorías étnicas o de nacionalidad, religiosas y lingüísticas;
- avanzar en el componente social de la protección ambiental (descarbonización), mediante la promoción de enfoques de ciclo de vida de bienes, servicios y obras, utilización de energías renovables, certificados de producto, eco-etiquetas y otros;
- finalmente, fomentar la innovación con la promoción de procedimientos que permitan la obtención de bienes, obras y servicios, procesos, mercadotecnia o de organización empresarial de carácter innovador bajo criterios, se reitera, de sostenibilidad y que generen mayor bienestar social.

De todo lo anterior viene afirmar que una astuta política pública en CP, de un rector y de organismos públicos compradores mansos a los lineamientos que se marquen en CPE, ayudará en la progresividad convencional de derechos humanos (art. 26 CADH); en especial de su componente social. No olvidar que, como lo indica Canónico², el «estado está llamado

² A. Canónico Sarabia, *La Contratación Pública Estratégica y el Acceso de las Pymes*, Ediciones

a propiciar las condiciones necesarias para promover el progreso social, económico y cultural que les garantice a todas las personas una elevada calidad de vida», y eso «dentro del sistema democrático» donde se «debe asegurar un clima de paz, prosperidad, mantener instituciones públicas sólidas y confiables...». La CPE es, por eso, una necesidad a plantear desde la ley y la política pública, para impactar un rompimiento de paradigma, y un cambio de enfoque, por ende, de la razón de ser de la CP como actividad.

El componente social de la CPE, por lo tanto, parte de considerar a la persona humana, y su dignidad, como centro de acción. De eso se trata, la CPE es herramienta privilegiada, para que desde la CP, se apoye en el cumplimiento progresivo, de los derechos sociales, y otros, de la CADH, como de cualquier otra base convencional, que garantiza lo social, en beneficio de las personas, de los que usualmente no estaban siendo valorados, desde el desarrollo y ejecución de los procesos de compra.

Es valioso, ahora, conocer la forma en que algunos de los países que han venido reformando sus marcos legales, plantean la CPE.

Empecemos por *México*, que en su Ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público, de abril del 2025, artículo 10, indica que, «atendiendo a las disposiciones de esta Ley y a las demás que de ella emanen, la Secretaría, con previa opinión de la Secretaría de Economía, dictará las reglas con un enfoque sostenible que deban observar las dependencias y entidades, derivadas de programas que tengan por objeto promover la participación de las empresas nacionales, especialmente de las Mipymes, cooperativas y otros organismos del sector social de la economía certificados por el Instituto Nacional de la Economía Social, incluyendo aquellos cuyo objeto sea la inclusión laboral de mujeres y personas vulnerables, así como las constituidas o conformadas por grupos de atención prioritaria que cuenten con documento de constitución y registro emitido conforme a las disposiciones jurídicas aplicables. Adi-

Olejnik, 2022, p. 21. Partamos, como nos ilustra Canónico, de una contratación pública que debe perseguir y contemplar objetivos sociales, de innovación y de inclusión, que permitan elevar la calidad de vida de las personas, actuando como un eficaz instrumento de cohesión social y generador de beneficios a la comunidad.

cionalmente, las dependencias y entidades deberán diseñar y ejecutar programas de desarrollo de proveedores de Mipymes nacionales para generar cadenas de proveeduría respecto de bienes y servicios que liciten regularmente, con un enfoque sostenible».

Chile, por su lado, en la Ley Núm. 21.634, que moderniza la Ley N° 19.886 y otras leyes, para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del estado, en su art. 2 bis, y cuyo contenido entro en vigencia en diciembre del 2024, precisa: «La contratación pública persigue satisfacer oportunamente las necesidades de las instituciones públicas y de la ciudadanía... Asimismo, se promoverá la participación de empresas de menor tamaño y la incorporación de manera transversal de criterios de sustentabilidad para contribuir al desarrollo económico, social y ambiental».

En el caso de Costa Rica, los arts. 21 de la Ley general de contratación pública y 46 de su Reglamento, cuya vigencia se da desde diciembre del 2022, señalan que la CP, debe ayudar en: (i) el desarrollo social equitativo nacional y local, promoviendo entre otros, el acceso de las PYMES a la contratación pública, la reducción de la pobreza y la generación de empleo local y nacional; (ii) la promoción económica de sectores vulnerables, bajo consideraciones sociales en materia de género, discapacidad, discriminación por orientación sexual y minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, así como el respeto a los derechos humanos; (iii) la protección ambiental, mediante la promoción de enfoques de ciclo de vida de bienes, servicios y obras, utilización de energías renovables, certificados de producto y eco-etiquetas; (iv) el fomento de la innovación desde la Administración contratante y en la promoción de procedimientos, que permitan la obtención de bienes, obras y servicios, procesos, mercadotecnia o de organización empresarial de carácter innovador bajo criterios de sostenibilidad y que generen mayor bienestar social.

Finalmente, citamos el caso de Italia, cuyo Código, del 2023, part. el art. 6 (*Principios de solidaridad y subsidiariedad horizontal. Relaciones con las entidades del Tercer Sector*) y el art. 57 (*Cláusulas sociales en las licitaciones y anuncios y criterios de sostenibilidad energética y medioambiental*).

Se observa, pues, una sintonía de planteamiento en la inclusión de cláusulas sociales, como de creación de política pública, para garantizar el cumplimiento de la CPE, en su componente social.

4. Plataforma electrónica, el valor de los datos y lo social.

Ahora, debe indicarse que un gobierno que no aprecia el valor estratégico de la CPE y con ésta, del uso de un sistema electrónico (idealmente una plataforma con inteligencia artificial) corre el riesgo de ensanchar brechas, al no dar valor a los datos, y su análisis, para atinar mejor en la toma de decisiones, y la mejora de la CP para cerrar brechas en lo social.

Enfaticemos que, al hablar de sistema, plataforma o contratación pública electrónica, no estamos hablando de poder realizar los trámites de la CP, por medios digitales y ya. Eso, de cierta forma, se realiza, como regla en los países. La idea del gobierno digital, de hecho, no es nada novedosa. Desde el surgimiento de Internet, los países han ido migrando lo tradicional, a servicios basados en la tecnología, o a tramites automatizados, con menor presencia humano y mayor celeridad.

Es, por ende, más que hacer las gestiones por medios electrónicos. Es lograr que la plataforma, su sistema, además de ayudar con el proceso en si de contratación, permita perfeccionar la suma de datos, para mejorar cada vez más el proceso de toma de decisiones en la inversión de fondos, como en la creación y evaluación de la misma política pública de CP, definida, la que, desde luego, especifica el rumbo de la CPE, para un determinado periodo.

Se plantea, por lo tanto, el traslado de la gestión ordinaria de la contratación estatal a medios electrónicos. Pero, si otrora era común pensar en los expedientes físicos de contratación, pliegos de condiciones y ofertas en papel, entre otros, hoy es común observar expedientes electrónicos, pliegos, documentos y hasta actos administrativos, realizados en formato digital, dentro de una plataforma con acceso en todo momento, desde el punto que sea, a los interesados, como a los ciudadanos. Y es que, en efecto, la administración hoy ejecuta toda la actividad contractual desde una plataforma que recibe o genera, documentos en formatos abiertos, con uso de la firma digital, entre otros.

Cabe indicar que, en la especie, lo que se tiene es el resultado del e-procurement, sea, el deseo de la desmaterialización de las transacciones comerciales entre los agentes económicos (empresas o personas vendedoras del Estado) y las administraciones públicas, a través de soluciones digitales con el fin de optimizar el proceso de adquisición. Pero, de un criterio simplista, hoy en día, es bastante más que solo cambiar los papeles por un sistema que lo permita hacer en electrónico. De hecho, puede decirse que la idea de inicio, del uso digital, radicaba en alcanzar ahorro económico, eliminación de procesos de bajo valor añadido, reducción de los plazos de entrega y mayor control en los gastos.

Eso hoy refiere a procesos aun de mayor calado como la eficiencia en todos tramites, el servicio continuo en beneficio de compradores y vendedores, la estandarización de los procesos y procedimientos, sin duda, el poder implementar herramientas para el control de inventarios, obtener datos para evaluar el cierre de brechas dentro del concepto de sostenibilidad, así como poder incidir en prevenir y detectar prácticas irregulares, corruptas hasta con conductas anticompetitivas.

En su momento, para Iberoamérica se indicaba³, que el desarrollo «de Internet y, en general, de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones (TIC), comienza a plantear en las jóvenes democracias iberoamericanas una serie de desafíos estratégicos, que abarcan desde la implantación de infraestructuras básicas y la formación de capital humano, hasta un cambio cultural profundo en la sociedad, en la economía, y en las diferentes Administraciones Públicas».

Puede decirse que, incluso a la fecha, persiste una brecha entre los países, en el uso y acercamiento a las personas, a partir de la tecnología y una realidad más conectada. Los países, si bien tienen generalizado el uso de las telecomunicaciones, lo que significa y las administraciones, no terminan de hacer uso de las herramientas dichas, en todos sus alcances, para el ahorro, la simplificación de procesos, amén de abonar a la transparencia y un mejor recurso para el control de las administraciones.

³ F. Ballesteros Díaz, A. Font Jaume, *El despertar del e-Procurement en las Administraciones Públicas*, en *El Comercio en la SI*, Febrero 2004, n. 813 ICE, p. 81.

En esa misma línea, Ballestero y otros, nos advertían, que «los gobiernos iberoamericanos se encuentran frente a una oportunidad histórica, ya que el uso de sistemas electrónicos permitiría aumentar la transparencia de su gestión y mejorar la eficiencia en las transacciones con los diferentes agentes». De eso, a lo presente, es necesario insistir en la adopción de lo electrónico, para potenciar el cumplimiento de los principios de valor por el dinero, eficiencia como la transparencia e integridad misma, amén de que el o los sistemas, deben dar el paso a ser solo eso, sistemas, a unos que sumen la capacidad de la inteligencia artificial para perfeccionar el modo y suficiencia en que se dan los servicios estatales.

A mayor abundamiento, se considera que «los sistemas electrónicos también apoyan a la integridad, mediante la reducción de la interacción humana en el ciclo de adquisiciones y los contactos personales, que pueden dar lugar a oportunidades de corrupción», y es que, continua la cita, un sistema de esta naturaleza, «pueden atraer a una mayor participación y competencia, fomentando una mayor estandarización y una mejor compatibilidad de sistemas y procedimientos a nivel gubernamental...»⁴.

Y, sin duda, la «aplicación de herramientas TIC al sistema de adquisiciones puede mejorar las capacidades de supervisión, monitoreo y evaluación, facilitando la evaluación de costos y beneficios de un sistema más flexible, conjuntamente, dichas herramientas podrán identificar, por medio de software especiales, aquellas decisiones que estén fuera de lo normal. Estas medidas se refuerzan cuando los sistemas de contratación están integrados a la planificación, y a la administración de contratos, presupuestos y sistemas de pago (las cuales pueden incluir facturaciones y pagos electrónicos)».

Entonces, debe estar claro que la contratación estatal ha venido de menos a más, en cuanto a su alcance ya no solo en generar ahorros, sino en provocar un integración de todas las fases de los procedimientos de contratación que, sin duda, incluye que el sistema logre leerse en tiempo real con otros repositorios o sistemas de datos, en aras de potenciar los

⁴ C. Nicholas (División de Derecho Mercantil Internacional. Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas - CNUDMI), *Mejorando los sistemas de contratación a través de la contratación electrónica (e-Procurement)*, en RICG, on line.

estudios de mercado para atinar en planificación y presupuestación, mejor el proceso de confección de los pliegos de condiciones y los contratos, como en dar seguimiento, monitorear y evaluar los resultados para afinar el cumplimiento de la eficacia y eficiencia. A lo que se suma agregar al sistema, lo necesario para que genere experiencia y con vida digital autónoma, permite los beneficios de la IA.

Zuleta⁵ nos dirá, cuando coloca al modelo de Ucrania como ejemplo, que «los ciudadanos, las organizaciones de la sociedad civil, el sector privado y el gobierno de Ucrania aprovecharon una ventana de oportunidad para reformar el sistema de compra y de contratación pública que llevó a grandes transformaciones políticas, incluyendo el diseño, planeación, implementación, monitoreo y evaluación de una estrategia de e-procurement». Y es que, para ese país, cuya realidad no dista en nada a la del común de los países Iberoamericanos, era y (nos debe ser) meta desarrollar un sistema para realmente incidir en restar riesgos de corrupción.

A mayor transparencia, o como dice la Sala Constitucional de Costa Rica (sentencia 2120-2003), ser verdaderas casas de cristal en todo el quehacer público. Y es que: «En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, todos y cada uno de los entes y órganos públicos... (funcionarios públicos) deben estar sujetos a los principios constitucionales implícitos de la transparencia y la publicidad que deben ser la regla de toda la actuación... administrativa. Las organizaciones (los funcionarios) ... están llamadas a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan escurrar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados. Las administraciones públicas... deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados... en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y de actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas actualmente incorporados a nuestro texto constitucional...».

⁵ M.M. Zuleta, *¿Cómo la inteligencia artificial puede mejorar la contratación pública en américa latina? Ucrania, un caso inspirador*, 2021, blog on line del CAF - Banco de desarrollo de América Latina y El Caribe.

El interés del sistema *DoZorro*, que es el del país citado, fue el llegar al estado de una herramienta con inteligencia artificial –lanzada desde el año 2018–, basada en un software que aprende a identificar licitaciones con riesgos de corrupción desarrollada por la sociedad civil a través de un trabajo interdisciplinario de voluntarios. Fue el estudio de decenas de casos, por expertos, que se llega a identificar y registrar información clave para que el sistema, con autonomía, sea una precisa herramienta en beneficio de la correcta gestión del proceso.

La cuestión no es si implantar una plataforma de contratación electrónica, sino si, partiendo de su existencia, se quiere avanzar en potenciar sus beneficios incorporando un sistema inteligente que mejore los procesos y la planificación, y que permita prevenir, detectar y sancionar de forma disuasoria conductas indeseables de personas y empresas.

Lo acotado, en lo social es fundamental, pues la forma de dar seguimiento a que las cláusulas sociales se cumplan, tiene, o debe tener, como base los datos del sistema, los generales, como los del caso específico de cada contratación, y que esos datos, puedan ser útiles para el estudio, y la toma de decisión.

5. Conclusión.

El ejercicio de una CPE, para aumentar y dar contenido a la legitimidad democrática, pasa por una adecuada consideración del componente social. Poco a pocos, los países han venido introduciendo, normativa y mejores prácticas, para asegurar el componente social de la CPE.

El componente social guarda relación con el art. 26 CADH al reglar, que los Estados Partes se comprometieron con adoptar providencias, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y otras.

Lo social plantea cláusulas para los pliegos, que deben ser ponderadas, proporcionales y razonables; además, deben ser posibles de seguir y evaluar, en cada contrato público que se celebre.

La potencia de los beneficios al utilizar la tecnología, la conexión en tiem-

po real, la integración de sistemas (de registros de accionistas, sanciones a empresas, prohibiciones y otros), la suma de datos, hace que la IA pueda ayudar a los gestores de contratación, a los órganos de control, al ciudadano, en el necesario control de prevención y detección de conductas reprochables y sancionables. Una plataforma de contratación inteligente es, por tanto, una herramienta oportuna para perfeccionar la toma de decisiones, en todo lo que pueda diferenciarse para invertir mejor los recursos del Estado.

La CPE, como planteamiento de acción pública, es de especial ayuda, a los gobiernos para impulsar procesos que, a pequeña o gran escala, permea en el cierre de brechas, que son odiosas muchas de ellas, en cuestión de derechos, su respeto, y su pleno desarrollo. La legitimidad democrática gana con la CPE y el uso de sistemas electrónicos de compra con IA, en tanto, se dé una participación ciudadana deliberativa, que ayude a permear el contenido de la CPE, de sus planes y acciones y se dé espacio a los beneficios como tales de la IA.

En todo proceso con visión de CPE, y sistemas que usan IA, se observa un claro deseo de aumentar legitimidad democrática; amén de que la CPE se puede tener como remedio para incidir en que el centro de todo, es la persona humana (los ciudadanos), en el componente social.

TAVOLA ROTONDA
DIRITTI SOCIALI FONDAMENTALI,
PROSPETTIVE COMPARATE E SFIDE
CONTEMPORANEE

MESA REDONDA
DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES,
PERSPECTIVAS COMPARADAS Y DESAFÍOS
CONTEMPORÁNEOS

«IL RUOLO DELLA GIURISPRUDENZA NELLA ELABORAZIONE E GARANZIA DEI DIRITTI SOCIALI»

«EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA EN LA ELABORACIÓN Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES»

❖ Roberto TONIATTI

«Nelle esperienze giuridiche che rappresentate, espressione di contesti europei e latinoamericani, la giurisprudenza ha svolto e svolge una funzione rilevante nell'elaborazione dei diritti sociali e nella garanzia della loro effettiva applicazione. Diviene interessante valutare con quale intensità la giurisprudenza delle Corti abbia contribuito al processo di sviluppo dei diritti sociali, nonché individuare i contesti nei quali permangono limiti o resistenze all'efficacia dell'intervento giurisprudenziale».

«En las experiencias jurídicas que ustedes representan, expresión de los contextos europeos y latinoamericanos, la jurisprudencia ha desempeñado y desempeña una función relevante en la elaboración de los derechos sociales y en la garantía de su aplicación efectiva. Resulta interesante evaluar con qué intensidad la jurisprudencia de los tribunales ha contribuido a este proceso de desarrollo de los derechos sociales, así como identificar los contextos en los que persisten límites o resistencias a la eficacia de la intervención jurisprudencial».

❖ Alejandro PÉREZ HUALDE

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica, ha atravesado diversas etapas y ha recibido distintas valoraciones desde el ámbito académico.

En una primera fase, Argentina mantuvo una actitud de pleno acatamiento, especialmente en aquellos casos en los que no era parte en los procesos tramitados ante la Corte Interamericana. Ello se debía a que el propio texto del Tratado obligaba a seguir estrictamente las líneas fijadas por la Corte cuando Argentina sí era parte en el proceso.

Sin embargo, a partir del caso *Claude Reyes*, surgió una tendencia jurisprudencial particularmente fuerte dentro de la Corte Interamericana. En esa etapa, impulsada especialmente por García Ramírez –representante

de México en el tribunal—, se promovió una interpretación expansiva de la jurisprudencia, buscando su aplicación a todos los Estados, incluso a aquellos que no habían sido parte en el proceso. Esta posición generó distintas reacciones en Argentina, tanto en el ámbito institucional como en el seno de la propia Corte Suprema, que llegó en algunos casos a aceptar plenamente dicho criterio.

Posteriormente, se desarrolló una etapa en la cual también se otorgó relevancia a las recomendaciones y observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de Washington, organismo que constituye una instancia previa antes de acceder a la Corte de San José. En algunos precedentes argentinos, como el caso *Laluf de la Rúa* —referido a un juez removido de su cargo—, se otorgó a estas observaciones un peso considerable: no se las declaró obligatorias, pero sí se sostuvo que era necesario contar con argumentos sólidos para apartarse de ellas, aun cuando la Comisión no tiene competencia jurisdiccional ni puede dictar condenas.

Más adelante, con una nueva integración de la Corte Suprema argentina, se consolidó una etapa en la que se afirmó que, si bien la jurisprudencia de la Corte Interamericana resulta relevante, esta no constituye una instancia superior ni puede funcionar como tribunal de revisión de las decisiones de la Corte Suprema.

Un ejemplo fue el caso relativo a dos periodistas contra el entonces presidente de la Nación, Carlos Saúl Menem. En ese episodio, la Corte Suprema rechazó dejar sin efecto un fallo propio pese a la posición de la Corte Interamericana.

Aunque el Poder Ejecutivo cumplió con la reparación económica dispuesta por la Corte Interamericana, el Tribunal argentino mantuvo firme su sentencia, limitándose a publicar junto a ella una referencia expresa al rechazo que había recibido en sede interamericana. Esta posición se fundamentó, entre otros aspectos, en la imposibilidad de incorporar al proceso interno a todas las partes afectadas, incluidas aquellas que ya habían percibido honorarios o recibido compensaciones.

A lo largo de estas etapas, la doctrina que considero más relevante es que la Constitución argentina contiene, en materia de derechos humanos, estándares plenamente comparables con los desarrollados por la Corte Interamericana. Desde la reforma constitucional de 1994, Argentina ha incorporado catorce tratados internacionales de derechos humanos como parte integrante de su Constitución Nacional.

Asimismo, la Constitución establece con claridad que apartarse de la

doctrina de la Corte Interamericana exige razones fundadas. El caso *Almonacid Arellano* constituye uno de los precedentes más significativos en cuanto a la pretensión de orientar de manera uniforme a todos los Estados parte del Pacto de San José de Costa Rica. Sin embargo, esta tendencia plantea dificultades cuando se pretende aplicar jurisprudencia desarrollada en casos en los que Argentina no ha sido parte o que responden a contextos significativamente distintos.

En este contexto, resulta especialmente relevante la interpretación de Rosatti, que ha señalado la importancia de considerar las dos reservas formuladas por Argentina al adherir al Pacto de San José de Costa Rica: (1) la prohibición de la participación de niños en conflictos armados; (2) la protección de la vida desde el momento de la concepción.

Ambas reservas reflejan la correspondencia entre el Pacto y la Constitución argentina, y subrayan las dificultades de aceptar una aplicación automática y generalizada de toda la jurisprudencia interamericana, especialmente cuando esta se produce en contextos distintos o no comparables con la realidad nacional.

Un ejemplo ilustrativo son los derechos de los pueblos indígenas. Como bien se mencionó, la realidad indígena no es homogénea ni siquiera dentro de Argentina: las comunidades del norte (con la influencia del Imperio Inca y los pueblos collas), las del sur (araucanos, tehuelches) y las de Mendoza (huarpes) presentan características propias. En este marco, incorporar automáticamente la jurisprudencia elaborada respecto de comunidades indígenas de otros países –como Colombia, Ecuador o Brasil– puede resultar problemático y generar el riesgo de una especie de órgano constituyente permanente capaz de modificar indirectamente las constituciones de los Estados parte.

En síntesis, aunque Argentina mantiene, salvo razones excepcionales, una línea de respeto y alineamiento general con los principios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, persisten desafíos relevantes vinculados a la aplicación automática y generalizada de su jurisprudencia, especialmente cuando esta se desarrolla en contextos jurídicos, sociales y culturales distintos.

❖ José Luis SAID

Quisiera añadir que, en Argentina, la Constitución –en el artículo 75, inciso 22, donde se incorporan los tratados– establece expresamente que el país hará valer dichos tratados «en las condiciones de su vigencia». Esta

expresión, «en las condiciones de su vigencia», ha dado lugar a un intenso debate en Argentina.

Desde un inicio, la jurisprudencia interpretó que dicha fórmula significaba «de acuerdo con los criterios de interpretación sostenidos por los órganos del Pacto, es decir, la Comisión y la Corte Interamericana». Sin embargo, esta interpretación dista de ser pacífica. Prueba de ello es que el actual Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Horacio Rosatti –quien fue convencional constituyente y participó en la redacción de esa cláusula– ha señalado: «Jamás pensamos eso. No fue ese el criterio. La expresión ‘en las condiciones de su vigencia’ se vincula con las reservas que la Nación Argentina formuló al incorporarse y al ratificar el Pacto». Este constituye un primer punto central del debate.

Un segundo punto que suele invocarse para cuestionar la posibilidad de otorgar efectos internos a las resoluciones de la Corte Interamericana en casos en los que Argentina no fue parte se relaciona con el alcance del consentimiento estatal. Argentina firmó el Tratado obligándose a respetar la jurisprudencia que la vinculara directamente, no aquella dictada respecto de otros países.

Este elemento constituye uno de los argumentos más fuertes en contra de la aplicación interna automática de la jurisprudencia interamericana en casos ajenos al Estado.

❖ **Cristina VÁZQUEZ**

En Uruguay, el impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana –al igual que en Argentina– ha sido y continúa siendo objeto de debate. Sin embargo, es importante subrayar que nuestros países, a diferencia de los Estados miembros de la Unión Europea, no han cedido ninguna porción de soberanía, lo cual modifica sustancialmente el enfoque del análisis.

En este punto, resulta pertinente citar al director del Instituto Max Planck, Armin von Bogdandy, a quien puede considerarse el formulador originario del *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Él señalaba que, en países como los nuestros, donde no existe cesión de soberanía, la jurisprudencia como *corpus iuris* de la Corte Interamericana –incluyendo el concepto de normas de aplicación inmediata, con efectos *erga omnes*– implica que los tribunales nacionales se verían obligados a acatar la interpretación de un tribunal internacional. Esto ya no se limitaría a la Convención, sino también a la res interpretata. Y una cosa es que el Esta-

do asuma responsabilidad internacional por el tratado que ha ratificado; otra distinta es que los tribunales nacionales deban adoptar la interpretación conferida por un órgano internacional.

Para resolver esta dificultad en contextos sin cesión de soberanía, Bogdandy proponía que ello sería posible solo si la Constitución dispone de una cláusula de apertura.

En Uruguay ocurre exactamente lo contrario: la Constitución contiene una cláusula –o más bien varias disposiciones– que actúan como cláusula candado. ¿Por qué? Porque establece que «la soberanía existe radicalmente en la Nación», ejercida directamente por el cuerpo electoral –en supuestos tasados como iniciativa o referéndum– o indirectamente por los poderes constituidos: Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial nacionales. Además, su reforma está estrictamente regulada: se trata de una Constitución tan rígida que no puede modificarse ni una coma sin un pronunciamiento plebiscitario del cuerpo electoral.

En un ordenamiento con estas características, resulta imposible la aplicación inmediata y erga omnes de la res interpretata. Esta conclusión coincide con la postura de Bogdandy: si hay cláusula de apertura, es viable; si no la hay, no lo es. Y en el caso uruguayo, no solo falta una cláusula de apertura, sino que existe expresamente una cláusula candado. Se trata de una configuración incluso más estricta que la argentina, pues Argentina reconoce a ciertos tratados jerarquía constitucional, mientras que en Uruguay los tratados y convenciones tienen rango legal, no constitucional.

No obstante, conviene señalar que las constituciones americanas –y en particular la uruguaya– incorporan los derechos sociales de manera relevante, inspirándose en antecedentes como la Constitución de Querétaro de 1917 y la de Weimar de 1919. En este sentido, el artículo 72 de la Constitución uruguaya establece que la enumeración expresa de derechos, deberes y garantías no excluye aquellos inherentes a la personalidad humana o derivados de la forma republicana de gobierno. Se ha sostenido que esta disposición introduce una perspectiva iusnaturalista, al reconocer derechos inherentes a la persona humana junto con los vinculados al sistema republicano. Asimismo, desde la reforma de 1934, la parte dogmática presenta una regulación particularmente desarrollada de los derechos sociales –salud, vivienda, educación, etc.–, reforzada posteriormente con la incorporación de la protección del ambiente.

Por último, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, órgano jerárquico máximo de nuestro Poder Judicial, resulta especialmente rele-

vante. Reservo para un momento posterior –si lo consideran pertinente– el análisis del acceso a los medicamentos de alto costo.

Lo considero un ejemplo significativo porque la jurisprudencia en esta materia ha sido oscilante y pone de manifiesto, en distintos fallos y discordias, la profunda tensión existente entre la satisfacción de los derechos sociales y las denominadas «restricciones presupuestarias».

❖ **Richard James MARTIN TIRADO**

En el contexto peruano, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha caracterizado principalmente por pronunciamientos directamente vinculados a cuestiones de naturaleza política. No obstante, también es posible identificar decisiones relevantes en materia de derechos sociales.

En particular, pueden destacarse diversos casos relativos a pensionistas que han acudido al sistema interamericano para la tutela del derecho a la seguridad social. En estos supuestos, tras un procedimiento complejo y prolongado ante la Corte, se han garantizado prestaciones de seguridad social a favor, por ejemplo, de pensionistas de la Contraloría General de la República que habían sido afectados por un cambio de régimen laboral. Dicho cambio determinó su adscripción a un sistema de beneficios pensionarios no consentido, situación que fue corregida mediante pronunciamientos de la Corte que aseguraron el acceso efectivo a las prestaciones correspondientes.

Con todo, la mayor parte de los casos en los que el Perú ha intervenido ante la Corte se inscribe en el ámbito de decisiones de carácter eminentemente político. Entre ellos se encuentran casos emblemáticos vinculados a fondos destinados a reparaciones civiles por actos terroristas, así como pronunciamientos particularmente controvertidos, como los relacionados con el caso Fujimori.

Asimismo, se han producido decisiones relevantes en materia de derechos humanos, especialmente en relación con la nacionalidad –como en el caso Ivcher– y con la garantía del derecho al debido proceso.

En los últimos años, se ha intensificado la actividad de la Corte en relación con actuaciones internas del país, en particular aquellas vinculadas a investigaciones fiscales y judiciales, así como mediante pronunciamientos relativos a medidas de protección de fiscales y magistrados en el ejercicio de sus funciones.

En síntesis, una parte significativa de la jurisprudencia de la Corte relativa al Perú se encuentra estrechamente vinculada a cuestiones políticas.

En este contexto, el país atraviesa actualmente un amplio debate en torno a la eventual retirada de la jurisdicción de la Corte Interamericana. Dicho debate se desarrolla en un escenario marcado por graves problemas de seguridad ciudadana y por propuestas orientadas a ampliar el tipo penal de terrorismo para incluir el denominado terrorismo urbano, lo que plantea interrogantes relevantes en términos de regresividad en la protección de los derechos fundamentales.

❖ **Pierino STUCCHI LÓPEZ RAYGADA**

Desde la perspectiva peruana, el caso *Ivcher*, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituye un precedente particularmente significativo para analizar la relación entre derechos humanos y derechos sociales en el contexto americano.

El caso tuvo como punto de partida una controversia relativa a la nacionalidad. El señor *Ivcher*, ciudadano originalmente israelí y posteriormente naturalizado peruano, era un empresario exitoso y accionista de un canal de televisión que adoptó una línea editorial crítica frente a un régimen autocrático vigente en el país. En ese contexto, dicho régimen, carente de un efectivo Estado de derecho, procedió a retirarle la nacionalidad y, como consecuencia directa, a privarlo de la propiedad de las acciones que le permitían controlar la orientación editorial del medio de comunicación.

El afectado acudió al sistema interamericano mediante una petición ante la Comisión, que dio lugar posteriormente a un pronunciamiento de la Corte. Esta no se limitó a declarar la violación del derecho a la nacionalidad, sino que afirmó –y este es el aspecto que interesa destacar– la vulneración del derecho humano a la propiedad privada.

La Convención Americana reconoce expresamente el derecho humano a la propiedad privada, a diferencia del Protocolo de San Salvador, dado que dicho derecho se encuentra consagrado en el texto originario del Pacto de San José, mientras que el derecho al trabajo no figura en ese instrumento inicial. A partir de este reconocimiento, la Corte sostuvo que el derecho de propiedad sobre una participación societaria no se agota en su dimensión patrimonial.

Dicho derecho incorpora también una dimensión política, en la medida en que garantiza la libertad de decidir de manera autónoma cómo desarrollar una actividad empresarial. Esta interpretación, que podría parecer alejada de las prioridades tradicionales de los derechos humanos y, por extensión, de los derechos sociales fundamentales, adquiere una relevan-

cia particular cuando el derecho de propiedad privada se analiza desde la perspectiva del autoempleo.

La dignidad del trabajador dependiente, que se expresa en la prestación cotidiana de su actividad bajo la dirección de un empleador a cambio de una remuneración, resulta equiparable a la dignidad del empresario individual o familiar que, a través del trabajo autónomo, conserva los frutos de su actividad para satisfacer las necesidades de su núcleo familiar. Desde esta perspectiva, el alcance del caso Ivcher no radica principalmente en la protección de la propiedad de un canal de televisión, sino en el reconocimiento de la dignidad inherente a la actividad empresarial, especialmente en sus formas individuales o familiares, como ocurre en los ámbitos agrícola, artesanal o de los servicios.

Sobre la base de este estándar interamericano del derecho humano a la propiedad, que incluye la actividad empresarial y, en particular, el autoempleo y la empresa familiar, se impone en América la necesidad de reflexionar, desde las tradiciones constitucionales nacionales, sobre la calidad de la regulación.

En particular, resulta necesario evitar regulaciones excesivas –por ejemplo, en materia tributaria– que obliguen a las familias empresarias a anticipar el pago de impuestos antes de la percepción efectiva de los ingresos. Tales regulaciones inciden no solo en la esfera de los derechos humanos, sino también en la de los derechos sociales, dado que los ingresos derivados del autoempleo se destinan a la satisfacción de necesidades básicas como la salud, la educación y la generación de empleo.

❖ **Jorge DANÓS ORDÓÑEZ**

En el ordenamiento constitucional peruano, y desde una perspectiva comparada con otras experiencias latinoamericanas, pueden identificarse varios elementos relevantes en relación con la incidencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Constitución peruana establece, en su disposición final, que una vez agotada la jurisdicción interna, toda persona que se considere lesionada en los derechos reconocidos por la Constitución puede recurrir a tribunales u organismos internacionales constituidos conforme a tratados. En este marco, el sistema constitucional peruano no ha presentado objeciones estructurales a la posibilidad de que la Corte Interamericana deje sin efecto sentencias internas, como lo evidencian diversos casos emblemáticos.

Si bien la Constitución no dispone expresamente que los tratados inter-

nacionales de derechos humanos tengan rango constitucional, la jurisprudencia constante y unánime del Tribunal Constitucional ha reconocido dicho rango. Asimismo, siguiendo el modelo del artículo 10.2 de la Constitución española, el ordenamiento peruano establece que las normas relativas a los derechos fundamentales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales y con la jurisprudencia de las cortes encargadas de su aplicación, incluida la Corte Interamericana. De este modo, las decisiones y la jurisprudencia de la Corte ejercen una influencia interpretativa relevante en el sistema jurídico nacional.

En lo que respecta específicamente a los derechos sociales, la incidencia de la Corte Interamericana ha sido limitada. Los desarrollos más significativos se han producido en el ámbito interno o, a nivel internacional, en relación con el Convenio núm. 169 de la OIT sobre los derechos de los pueblos indígenas, sin que se haya consolidado una jurisprudencia específica de la Corte en esta materia.

Un precedente particularmente significativo en términos de impacto institucional fue la declaración de ilegitimidad de los procesos tramitados durante la década de los noventa ante los denominados *jueces sin rostro*. Como consecuencia de esta decisión, fue necesario revisar de manera generalizada dichos procesos y adoptar una nueva legislación que permitiera su reiteración conforme a las garantías del debido proceso, evitando al mismo tiempo la liberación automática de las personas condenadas por terrorismo. Se trató de una intervención de naturaleza esencialmente política, más que social, pero de un alcance extraordinariamente amplio. Este episodio se sitúa a comienzos del siglo XXI, en el contexto del cambio de régimen posterior al gobierno de Fujimori. En la actualidad, si bien existen sectores políticos específicos que mantienen una postura crítica frente a la Corte, motivada tanto por estos antecedentes como por ciertos desarrollos jurisprudenciales posteriores, dichas posiciones permanecen circunscritas a ámbitos políticos claramente delimitados.

❖ Fabrizio FRACCHIA

Per offrire una prospettiva specifica, propongo di reinterpretare la questione del ruolo delle Corti come quella relativa alla funzione di garanti dell'adempimento delle prestazioni che danno contenuto sostanziale ai diritti sociali.

Al fine di evitare un'eccessiva dispersione dell'analisi, il riferimento sarà limitato alle prestazioni in materia ambientale e, più in generale, alle pre-

stazioni di adempimento nei confronti delle generazioni future. È possibile delineare, in questa prospettiva, tre scenari.

Il primo scenario riguarda il ruolo delle corti quali guardiani dell'adempimento delle responsabilità intergenerazionali. A questo proposito può richiamarsi anche l'esperienza della Corte dei conti e il ruolo da essa svolto nell'ambito della più rilevante operazione di pianificazione pubblica degli ultimi decenni: il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). In tale contesto, la Corte dei conti, inizialmente dotata di incisivi poteri di controllo, ha visto tali prerogative significativamente ridimensionate da interventi legislativi successivi. Si è così determinato un arretramento della funzione di garanzia dell'adempimento e della responsabilità, particolarmente significativo se si considera che il PNRR è strutturalmente orientato alla tutela degli interessi delle generazioni future.

Il secondo scenario concerne il ruolo della Corte costituzionale nella protezione delle generazioni future. Occorre precisare, in via preliminare, che l'ordinamento italiano, a differenza di molti ordinamenti iberoamericani, non conosce lo strumento dell'amparo. Ciò nondimeno, è possibile interrogarsi sul ruolo della Corte costituzionale nella tutela degli interessi intergenerazionali. Attualmente, la Costituzione contiene una disposizione che fa emergere esplicitamente il riferimento alle generazioni future; tuttavia, già prima di tale riforma, la Corte costituzionale aveva affrontato il tema. In particolare, con una pronuncia del 2019, intervenendo su una disciplina legislativa che rimodulava i piani di riequilibrio finanziario, trasferendone gli oneri sulle generazioni future, la Corte ha affermato che una simile scelta legislativa si pone in contrasto con i principi di equità intergenerazionale. Tale giurisprudenza evidenzia uno sforzo significativo volto a conferire contenuto giuridico effettivo alla tutela delle generazioni future.

Il terzo scenario riguarda il coinvolgimento del giudice amministrativo, il quale assume un ruolo di particolare rilievo nell'ambito delle cosiddette *climate change litigation*. Il tema del contenzioso climatico è stato già richiamato in precedenza, e merita di essere ulteriormente approfondito. L'adempimento del dovere di protezione ambientale spetta, infatti, forse ancor prima che al legislatore, all'amministrazione, attraverso l'attività di pianificazione e l'adozione di atti amministrativi. In questo contesto, può richiamarsi una recente decisione resa in Francia nell'ambito della campagna *Affaire du siècle*, relativa a una controversia ambientale, nella quale il giudice ha affermato, da un lato, il difetto assoluto di giurisdizione rispetto alla contestazione delle scelte politiche e, dall'altro, la compe-

tenza del giudice amministrativo per quanto concerne le scelte di natura amministrativa. Tale impostazione richiama precedenti noti, come il caso *Urgenda*, nonché altri contenziosi successivi, tra cui quelli sviluppatisi in Svezia e in Svizzera.

Da ultimo, merita un cenno specifico il ruolo del giudice amministrativo nella tutela dell'ambiente nell'ordinamento italiano. Il Consiglio di Stato, quale organo di vertice della giustizia amministrativa, è attualmente attraversato da un contrasto giurisprudenziale relativo a un tema particolarmente rilevante: i Criteri Ambientali Minimi (CAM). Si tratta di criteri di protezione ambientale che devono essere inseriti nella contrattazione pubblica, e dunque nei bandi di gara. Una recente pronuncia ha affermato che la mancata previsione dei CAM nel bando costituisce una lesione immediata e, in quanto tale, deve essere impugnata entro il termine di trenta giorni. Una simile impostazione solleva interrogativi rilevanti, poiché implica l'onere di impugnare un bando di gara in una fase in cui l'operatore economico non è ancora in grado di valutare le proprie concrete possibilità di aggiudicazione.

Questa scelta interpretativa rischia di ridurre significativamente la capacità del giudice di incidere su politiche pubbliche non rispettose delle esigenze di tutela ambientale. Si pone pertanto l'interrogativo se non possano essere ipotizzati, anche in chiave comparata, strumenti di legittimazione ad agire che vadano oltre il tradizionale requisito dell'interesse diretto e della lesività immediata. In tal senso, l'ordinamento conosce già esperienze di legittimazione *ex lege*, come nel caso di soggetti pubblici cui è attribuito il potere di verificare il rispetto delle norme in materia di concorrenza e di altri interessi pubblici rilevanti.

«LE IMPLICAZIONI ECONOMICHE E ALTRE RESISTENZE ALL'APPLICAZIONE DEI DIRITTI SOCIALI»

«LAS IMPLICACIONES ECONÓMICAS Y OTRAS RESISTENCIAS A LA ACTUACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES»

❖ Roberto TONIATTI

«Un profilo tradizionalmente oggetto di contenzioso e di resistenze, non solo a livello internazionale, ma anche interno, rimanda alla circostanza che i diritti sociali comportano costi. Al riguardo, si pone la questione di comprendere fino a che punto il tema dei costi risulti giuridicamente significativo e quale rilievo assuma nelle argomentazioni sollevate per resistere alla giurisprudenza. Va inoltre considerato che in molti ordinamenti esiste una clausola che impone l'obbligo di indicare la copertura finanziaria per ogni provvedimento legislativo che implichi maggiori spese o minori entrate. Di qui l'interrogativo se anche il sistema giurisdizionale, e in particolare la Corte costituzionale, possa o debba essere considerato destinatario di tale vincolo / specifica forma di resistenza: non una resistenza giuridica o ideologica in senso lato, bensì una resistenza di natura prettamente economica».

«Un perfil tradicionalmente objeto de controversia y resistencia, no solo a nivel internacional, sino también interno, remite a la circunstancia de que los derechos sociales conllevan costes. A este respecto, se plantea la cuestión de comprender hasta qué punto el tema de los costes es jurídicamente significativo y qué importancia tiene en los argumentos esgrimidos para oponerse a la jurisprudencia. Además, hay que tener en cuenta que en muchos ordenamientos existe una cláusula que impone la obligación de indicar la cobertura financiera de toda medida legislativa que implique un aumento de los gastos o una disminución de los ingresos. De ahí surge la pregunta de si también el sistema jurisdiccional, y en particular el Tribunal Constitucional, puede o debe considerarse destinatario de dicha restricción/forma específica de resistencia: no una resistencia jurídica o ideológica en sentido amplio, sino una resistencia de naturaleza puramente económica».

❖ Luciana SOLEDAD FALCONE

Desde la experiencia argentina, resulta oportuno aportar algunas consideraciones en torno a la relación entre el aspecto presupuestario y la efectividad de los derechos sociales. En este marco, la Corte Suprema de Justicia ha dictado una sentencia de especial relevancia: el denominado caso Q, correspondiente al apellido de la persona afectada.

Se trataba de una mujer en situación de extrema vulnerabilidad, que vivía en la calle junto con su hijo, afectado por una discapacidad motriz de carácter muy grave. La Corte encuadró la acción en un contexto de doble vulnerabilidad.

El objeto central del caso era el acceso al derecho a una vivienda digna, enfrentado, sin embargo, a la problemática presupuestaria y, más específicamente, a la correcta asignación de recursos y a la respuesta ofrecida mediante una política pública implementada por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, una de las entidades que integran el Estado federal argentino.

En dicha decisión, la Corte subrayó que la satisfacción de un derecho social exige una respuesta adecuada, y que, en muchos casos –tal como se afirma expresamente en uno de los considerandos–, la cuestión no radica tanto en cuánto se asigna, sino en cómo se satisface el derecho, a fin de ofrecer la solución más idónea para la persona afectada, en este caso una madre y su hijo en situación de hipervulnerabilidad. En efecto, los programas existentes en la ciudad resultaban inadecuados, como la propia Corte detalla minuciosamente, dado que se trataba de habitaciones compartidas. El niño, que presentaba severas dificultades de movilidad y de acceso a la infraestructura, había incluso contraído hepatitis como consecuencia del uso compartido de sanitarios. Resultaba evidente, por tanto, que la respuesta ofrecida no era adecuada.

En términos generales, cabe señalar que la Corte Suprema argentina ha mostrado una actuación consistente en materia de satisfacción de los derechos sociales, no solo en relación con el derecho a la vivienda, sino también respecto de otros derechos sociales fundamentales, como el derecho a la educación y el derecho a la salud.

Un segundo aporte relevante se vincula con un caso particularmente significativo surgido en el contexto de la pandemia, que puso en tensión a los sistemas jurídicos a nivel global. En esa oportunidad, la Ciudad de Buenos Aires se planteó si podía reanudar la educación presencial en las escuelas de su territorio. La Corte abordó entonces la necesidad de ponderar, por un lado, la máxima satisfacción del derecho a la educación

–considerado un derecho fundamental para el desarrollo de la personalidad humana y el progreso social– y, por otro, la tutela del derecho a la salud, igualmente comprometido en ese escenario.

Finalmente, merecen destacarse otros pronunciamientos relevantes en materia de acceso a la información, entendido como una herramienta instrumental para la realización de los derechos sociales, en la medida en que dicho derecho promueve que un mayor número de personas pueda acceder efectivamente a un mayor conjunto de derechos, en particular a los derechos sociales.

❖ **Miriam MABEL IVANEGA**

Conviene precisar, en relación con el caso Q, que la señora se apellidaba Quispe. Se trató de un caso sumamente singular, en el que no existía una omisión de políticas públicas en relación con los derechos que la mujer y su hijo requerían ver satisfechos. El problema residía en que las políticas de asistencia social o de reubicación existentes no resultaban suficientes ni adecuadas para la situación concreta.

Antes de dictar sentencia, la Corte convocó a una audiencia en la que participaron la persona afectada, su defensora oficial, el Defensor del Pueblo, los jueces que habían intervenido en instancias anteriores –el caso había transitado por la primera y la segunda instancia, así como por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires– y representantes del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Desde el punto de vista jurídico, adquiere especial relevancia que el principal argumento esgrimido por la Ciudad se basara en el presupuesto público aprobado por la Legislatura, ya en ejecución, y en el principio de inelasticidad presupuestaria, conforme al cual el Poder Ejecutivo no puede extender gastos no previstos legislativamente. A ello se añadió un argumento vinculado al principio de igualdad, en la medida en que una solución excepcional para esta mujer y su hijo podría implicar un trato discriminatorio respecto de situaciones análogas anteriores.

Un aspecto central del razonamiento de la Corte es que dicho argumento presupuestario no fue ignorado. Por el contrario, el Tribunal realizó un análisis detallado que incluyó incluso el cálculo del costo que implicaría garantizar a la señora una vivienda digna en un barrio de clase media, demostrando que dicho costo era equivalente al que la ciudad ya estaba asignando a soluciones habitacionales claramente inferiores. No se trataba, por tanto, de un problema de mayor gasto, sino de eficiencia en el uso de los recursos públicos, tal como lo afirma expresamente la sentencia.

Resulta particularmente relevante que la Corte no condenara a la Ciudad al pago de indemnización alguna ni a la fijación de un valor económico de la vivienda digna. En términos sintéticos, la decisión puede resumirse en la siguiente idea: la organización administrativa debía poner a disposición todos los instrumentos necesarios para que la mujer y su hijo, afectado por una discapacidad de grado máximo, pudieran ver efectivamente satisfechos sus derechos.

No se trataba, por consiguiente, de una cuestión de reparación económica ni de incremento del gasto, sino de un problema de organización y eficiencia administrativa. En este sentido, la sentencia desarrolla un análisis exhaustivo de los tratados internacionales relativos a la protección de niños con discapacidad, de la Constitución Nacional, de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires –de notable densidad en materia de derechos–, así como de la normativa legal y reglamentaria vigente. No existía una omisión normativa, ni tampoco una carencia de organismos competentes: instituciones de salud, defensa, asistencia social y apoyo psicopedagógico estaban formalmente disponibles.

Lo que faltaba era coordinación, y el presupuesto aparecía como argumento justificativo. Por ello, el caso adquiere especial relevancia: en definitiva, la insatisfacción de los derechos sociales no responde necesariamente a una carencia de recursos, sino, con frecuencia, a problemas en la asignación, coordinación y aplicación de los mismos.

❖ José Luis SAID

Conozco en profundidad el caso *Q*, dado que participé en una de las instancias jurisdiccionales previas al dictado de la sentencia, concretamente en la del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que –conviene decirlo con claridad– fue una sentencia errónea. No obstante, quisiera formular dos consideraciones específicas en relación con dicho caso.

La primera es que, si bien el caso suele presentarse y analizarse como un supuesto relativo al derecho a la vivienda, estoy plenamente convencido de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió el caso *Q* en los términos en que lo hizo no tanto por el reconocimiento autónomo del derecho a la vivienda, sino fundamentalmente en razón de la tutela preferente de un niño con discapacidad y con graves problemas de salud. ¿En qué se fundamenta esta afirmación? En que, junto con el caso *Q*, llegaron a conocimiento de la Corte Suprema aproximadamente otros doscientos casos relativos al acceso a la vivienda, todos los cuales fue-

ron rechazados. La mera invocación del derecho a la vivienda no resultó suficiente para que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina otorgara tutela efectiva a ese derecho social.

La segunda consideración es que existe escasa jurisprudencia de la Corte Suprema que imponga condenas directas en materia de derecho a la vivienda. Sí se registran, en cambio, decisiones relevantes en relación con otros derechos sociales, como el derecho a la alimentación, el derecho a la salud o el derecho a la educación. Sin embargo, cuando se trata del impacto presupuestario que implica la construcción o provisión de viviendas, la Corte tiende a abstenerse de intervenir.

Como dato final, de interés para quienes siguen el desarrollo del caso *Q*, cabe señalar que la señora Quispe actualmente dispone de una vivienda. La Ciudad de Buenos Aires, a través de una decisión adoptada por el Poder Legislativo, asignó algunas viviendas de titularidad estatal, previa verificación –realizada por médicos, ingenieros y arquitectos– de que las mismas resultaran funcionales y adecuadas a las necesidades específicas de la interesada y de su hijo.

❖ **Richard James MARTIN TIRADO**

Quisiera compartir algunas experiencias concretas del caso peruano, aunque considero imprescindible, como punto de partida, atender al contexto general en el que se desarrollan los derechos en el Perú.

Se trata de un país caracterizado por un altísimo nivel de informalidad: cerca del 80% de la actividad productiva se desarrolla en el sector informal. No existe un sistema de seguridad social plenamente estructurado, y la mayor parte de los ingresos de la población proviene del autoemprendimiento. En este escenario, la satisfacción de las necesidades básicas de la población se sostiene fundamentalmente sobre el reducido aporte del sector formal –que representa poco más del 20%–, mientras que la creciente demanda de infraestructuras y servicios recae, en última instancia, sobre ese mismo sector. Ello genera, con el paso del tiempo, una brecha cada vez más profunda en materia de infraestructura, servicios y satisfacción de derechos, incluidos los derechos sociales.

En el Perú no existe un sistema adecuado de seguro de desempleo; el modelo predominante es el del trabajo independiente y el autoempleo. A partir de este contexto, surge una pregunta central: ¿cómo responde la jurisprudencia cuando debe pronunciarse sobre casos concretos vinculados con derechos sociales?

Desde mi perspectiva, es posible identificar distintos tipos de decisiones

judiciales: fallos meramente declarativos de derechos; fallos decisorios con condena; y fallos condenatorios cuya principal dificultad radica en el auténtico vía crucis que representa su fase de ejecución. Este último aspecto resulta particularmente relevante. Cabe preguntarse si, efectivamente, se ha construido una jurisprudencia capaz de incidir de manera real en la satisfacción de las necesidades sociales de la población. La respuesta, lamentablemente, es negativa.

Podemos contar con sentencias técnicamente impecables, incluso ejemplares desde el punto de vista dogmático, pero que permanecen como piezas retóricas sin eficacia práctica cuando su cumplimiento es exigido al Estado. Como señalaba Miriam, el Estado suele escudarse en la conocida fórmula de la «disponibilidad presupuestal», que en la práctica se traduce en el pago o cumplimiento «mañana, tarde o nunca».

Encontrar decisiones judiciales que obliguen efectivamente al Estado a proveer vivienda, salud, seguridad u otros derechos sociales exige atravesar un filtro previo: la evaluación de si ese fallo será materialmente cumplido en el tiempo. En la práctica, lo que se ha sostenido de manera más constante son políticas sociales basadas en el principio de progresividad, mediante las cuales el Estado se compromete gradualmente al desarrollo de determinadas acciones.

En la Constitución de 1979 existía una disposición transitoria que establecía el deber estatal de proveer vivienda. La forma de neutralizar esa obligación fue precisamente su caracterización como un mandato de cumplimiento progresivo, diferido en el tiempo. Esa disposición ya no existe. No obstante, el Estado mantiene deberes de actuación derivados del principio de solidaridad y de un texto constitucional que impone una actuación positiva del Estado –casi en términos kantianos, como un deber por el deber– en ámbitos como el empleo, la seguridad social, los servicios públicos, la vivienda y la salud.

Existen, además, algunos casos emblemáticos que ilustran esta problemática. En materia de agua, por ejemplo, ya no se trata únicamente de un servicio público: hoy el acceso al agua es un derecho constitucional en el Perú. Sin embargo, a apenas treinta minutos de Lima, existen sectores de población –principalmente informales– que reciben el agua no mediante redes de conexión, sino a través de camiones cisterna. Situaciones análogas se reproducen en el ámbito de la electricidad y de otros derechos básicos.

La cuestión central es, entonces, la construcción de una jurisprudencia –no solo en el Perú– que sea efectivamente vinculante. En el caso del Tri-

bunal Constitucional peruano, los fallos son técnicamente sólidos, incluso *exportables*, pero el problema radica en su incumplimiento sistemático. Existen decisiones individuales que ordenan, por ejemplo, no aplicar determinados incrementos tarifarios a personas concretas, o que obligan al Estado a desarrollar políticas específicas en materia de provisión de agua u otros servicios. Sin embargo, tales decisiones no se ejecutan. Existen normas que establecen obligaciones claras para el Estado en fase de ejecución, pero tampoco se cumplen.

En definitiva, el problema central es la existencia de un Estado profundamente omisivo en el cumplimiento de sus obligaciones sociales. Los fallos están ahí: la Ley Marco de Aseguramiento Universal, la Ley de Regalía Minera, los casos Honesto Obrero, Alim Mesa, Salazar Medina, la reforma de la Ley Universitaria, Medio Pasaje, Cieza Fernández, Congreso de la República, entre otros. Todos afirman, de manera consistente, que el Estado debe garantizar la provisión de derechos sociales. Ninguno se cumple.

❖ Giuseppe Franco FERRARI

Intervengo sul tema dei costi in relazione all'attuazione dei diritti sociali. È un dato ampiamente condiviso che, nei periodi di forte espansione economica – come avvenne, ad esempio, durante la rivoluzione industriale – i diritti sociali tendano a svilupparsi e a ricevere un significativo impulso. È quanto si osserva in Inghilterra negli anni Trenta dell'Ottocento, in Germania negli anni Ottanta del XIX secolo, in Italia nell'età giolittiana, e così via.

È altresì vero, tuttavia, che se tutti i diritti comportano dei costi, i diritti sociali li comportano in misura maggiore rispetto ad altri. Di conseguenza, nelle fasi di emergenza costituzionale o di crisi sistemica, sono proprio i diritti sociali a subire le maggiori compressioni. In tali contesti si interrompe il circuito virtuoso di espansione del welfare: non a caso, la prima grande crisi dello Stato sociale coincide con l'aumento del costo delle materie prime nel biennio 1973-1974.

Gli ultimi venticinque anni possono essere definiti, senza forzature, come l'età del costituzionalismo delle crisi: terrorismo internazionale, crisi economico-finanziaria globale, pandemia da Covid-19, conflitti armati. Se la crisi legata al terrorismo, all'inizio del millennio, ha inciso prevalentemente sui diritti civili, la crisi finanziaria del periodo 2008-2011 ha avuto un impatto particolarmente severo sui diritti sociali. In quella fase risultava essenziale analizzare l'atteggiamento delle corti costituzionali – so-

prattutto in Europa – rispetto alla riduzione delle risorse disponibili e, in molti casi, alla contrazione del prodotto interno lordo.

Si è osservato, ad esempio, che la Corte costituzionale spagnola ha reagito cercando di limitare l’iniziativa delle comunità autonome nella creazione di nuove figure di diritti sociali, in quanto tali entità tentavano di compensare la riduzione delle risorse statali attraverso oneri aggiuntivi a carico dei propri cittadini. In Italia, la Corte costituzionale ha invece concentrato la propria attenzione sul monitoraggio dei rapporti finanziari tra Stato, Regioni e Province autonome, in un contesto di risorse scarse.

La Germania, al contrario, ha risentito in misura molto più limitata della crisi delle risorse, mentre di particolare rilievo è stata la giurisprudenza del Tribunale costituzionale portoghese, che – pur operando in un ordinamento di dimensioni ridotte – ha avuto il coraggio di opporsi tanto alle istituzioni del cosiddetto *Washington Consensus* quanto alla *troika* europea, dichiarando incostituzionali i tagli operati su pensioni e altre prestazioni sociali.

Con la pandemia da Covid-19 si è assistito a una improvvisa espansione della spesa sanitaria e dei servizi sociali, accompagnata da un temporaneo allentamento dei vincoli del Patto di stabilità e crescita – fino ad allora fortemente sbilanciato sulla stabilità e assai poco sulla crescita.

Tale effetto, tuttavia, è stato di breve durata: ben presto si è registrato un ritorno a politiche di contenimento della spesa o, quanto meno, a mancati incrementi proporzionati alla crescita del PIL.

L’attuale fase, segnata dal conflitto russo-ucraino, sta determinando nuove pressioni sul welfare. Parte della letteratura recente mostra come l’Unione europea intenda finanziare il piano inizialmente definito di «riarmo», poi ridenominato in termini più eufemistici, anche attraverso l’utilizzo dei residui dei fondi di coesione. È evidente, dunque, il rischio di una marginalizzazione tanto dell’equilibrio territoriale quanto della spesa sociale, talora mediante operazioni di ridenominazione di voci di bilancio già esistenti. Non si tratta della classica alternativa «burro o cannoni», ma alcuni indici di tale tensione risultano comunque presenti.

In una contingenza di questo tipo, il ruolo del giurista non è semplice da definire. A mio avviso, esso consiste anzitutto nel mantenere elevati livelli di vigilanza critica nei confronti dell’azione dei legislatori positivi, ricordando – come insegna Habermas in *Faktizität und Geltung* – che il fatto concreto conta almeno quanto la norma. Anche a normativa invariata, manovre di bilancio possono produrre rilevanti squilibri nella spesa pubblica.

Infine, vorrei richiamare un elemento apparentemente marginale ma significativo. La recente politica degli *executive orders* del Presidente Trump ha mostrato come, talvolta, interventi a sostegno del welfare possano provenire da canali del tutto inattesi. Con alcuni provvedimenti esecutivi è stata disposta una riduzione significativa – tra il 50 e il 65 per cento – del prezzo di numerosi farmaci venduti negli Stati Uniti anche senza prescrizione, in un sistema sanitario che opera secondo logiche profondamente diverse da quelle europee. Pur nel contesto di una più ampia strategia di smantellamento di parti dell’Obamacare, questa misura ha prodotto un effetto inatteso di sollievo per il sistema sanitario statunitense.

Questo episodio richiama alla memoria la giurisprudenza della Corte Suprema degli anni Settanta, quando, contro le aspettative di molti, la fase successiva alla Warren Court sembrò aprire spiragli verso una tutela rafforzata dei diritti sociali attraverso l’interpretazione della *due process clause* e della *equal protection clause*. Sebbene tale stagione si sia definitivamente conclusa all’inizio degli anni Ottanta, la storia costituzionale dimostra che non si possono escludere sviluppi inattesi e fuori dalle previsioni dei giuristi.

❖ Michele NICOLETTI

Il tema dei costi è particolarmente rilevante, poiché esso rappresenta uno degli argomenti più frequentemente utilizzati per differenziare e, talvolta, per indebolire i diritti sociali rispetto ad altre categorie di diritti, quali i diritti civili e politici.

L’osservazione secondo cui, in periodi di difficoltà economica, si assiste a restrizioni dei diritti sociali, mentre nelle fasi di crescita economica tali diritti tendono ad espandersi, trova indubbiamente solide conferme storiche. Tuttavia, questo ragionamento presenta anche un rischio significativo, nella misura in cui finisce per subordinare la tutela dei diritti sociali a contingenze economiche temporanee. I diritti sociali, infatti, costituiscono presupposti essenziali per l’effettivo godimento dei diritti civili e politici.

Una distinzione eccessivamente marcata tra queste categorie rischia di oscurare il fatto che i diritti sociali sono condizioni materiali di possibilità dei diritti civili e politici. È stato così per l’aristocrazia, per la borghesia e, successivamente, per lo sviluppo dello Stato sociale.

Questo presupposto – fortemente sottolineato da Bobbio – si traduce in un vero e proprio compito costituzionale (*Verfassungsauftrag*), categoria che risulta particolarmente evidente nella Costituzione italiana. Esso im-

pone all'ordinamento l'obbligo di prendersi cura dei diritti sociali anche nei momenti di difficoltà economica.

Un ulteriore profilo riguarda il fatto che tali difficoltà economiche non colpiscono l'intera popolazione in modo uniforme. Negli ultimi anni, nei paesi occidentali, la produzione di ricchezza non si è arrestata.

Occorre allora interrogarsi sull'origine di questa ricchezza: in parte, essa è stata resa possibile anche dall'indebolimento dei diritti dei lavoratori nei processi produttivi, fino a configurare forme di sfruttamento del lavoro umano.

Si tratta, senza dubbio, di una questione eminentemente politica, ma non è forse anche una questione giuridica la tutela dei diritti dei lavoratori, così come lo sono le scelte in materia di politiche fiscali, che dovrebbero essere improntate a criteri di maggiore equità e proporzionalità?

Negli ultimi anni, in Italia e in altri paesi, si è determinato uno squilibrio significativo. Il tema dei costi, pur fondato su argomentazioni non prive di ragioni, rischia dunque di indebolire il nesso strutturale tra diritti civili, politici e sociali. Oggi ne osserviamo le conseguenze nel diffondersi del populismo e nell'aumento dell'astensione elettorale: fenomeni che riflettono un indebolimento della politica con profonde radici sociali e che, a loro volta, rischiano di compromettere ulteriormente quei diritti sociali che sono alla base non solo della distribuzione, ma anche della produzione della ricchezza.

«FUNZIONE SOCIALE DELL'ECONOMIA, SOSTENIBILITÀ E RESPONSABILITÀ DEGLI ATTORI PUBBLICI E PRIVATI»

«FUNCIÓN SOCIAL DE LA ECONOMÍA, SOSTENIBILIDAD Y RESPONSABILIDAD DE LOS ACTORES PÚBLICOS Y PRIVADOS»

❖ Roberto TONIATTI

«Le considerazioni svolte sinora conducono a un ulteriore profilo di particolare rilievo: quello della funzione sociale e della sostenibilità dei diritti sociali. Tale sostenibilità è strettamente connessa, da un lato, ai costi della loro effettiva attuazione e alla disponibilità delle risorse; dall'altro, alla necessità di un costante bilanciamento tra solidarietà sociale e forme di intervento pubblico e privato nell'economia. In questa prospettiva assume particolare rilievo il tema della funzione sociale dell'attività economica, tradizionalmente ricondotto alla nozione di responsabilità sociale delle imprese. La questione centrale diventa allora quella dei limiti all'iniziativa economica e del contributo che l'economia, nelle sue diverse forme, può offrire alla tutela e all'effettività dei diritti sociali fondamentali».

«Las consideraciones formuladas hasta ahora permiten introducir un aspecto de especial relevancia: el de la función social y la sostenibilidad de los derechos sociales. Dicha sostenibilidad está estrechamente vinculada, por un lado, a los costes necesarios para su efectiva realización y a la disponibilidad de recursos; y, por otro, a la necesidad de equilibrar la solidaridad social con las distintas formas de intervención pública y privada en la economía. En este contexto se inscribe el tema de la función social de la actividad económica, tradicionalmente asociado a la noción de responsabilidad social de las empresas. La cuestión central se refiere, por tanto, a la función social de la economía y a los límites de la iniciativa económica, así como a la contribución que estos elementos pueden aportar a la protección y a la efectividad de los derechos sociales fundamentales».

❖ Fabrizio FRACCHIA

Un'ulteriore questione è riconducibile al tema dell'ambiente, con particolare attenzione all'uso dell'economia e dell'iniziativa economica per la tutela ambientale, piuttosto che all'ambiente inteso come mero limite all'attività economica, secondo l'impostazione tradizionale degli strumenti di intervento.

In questa prospettiva, può essere richiamata, anche in chiave comparata, l'ipotesi di ciò che potrebbe configurarsi come un nuovo diritto sociale: i servizi ecosistemici. Si tratta di una categoria di prestazioni di cui si discute sempre più frequentemente e che costituisce oggetto di numerosi studi. Risulta pertanto rilevante verificare se e in che misura tale tema sia già presente in altri ordinamenti.

I servizi ecosistemici consistono nelle prestazioni che l'ambiente fornisce all'ambiente stesso e alle persone; essi possono assumere la forma di servizi di approvvigionamento (come la biomassa o il legno), di servizi di regolazione (quali, ad esempio, la purificazione dell'aria) e di servizi culturali.

Si pone la questione se tali prestazioni possano costituire oggetto di un diritto, o quantomeno di una nuova pretesa giuridicamente rilevante. In particolare, merita attenzione il rapporto tra servizi ecosistemici e mercato, tema tutt'altro che scontato. La letteratura economica, e più recentemente anche il diritto – come dimostra il Regolamento europeo sulla tassonomia – fanno espresso riferimento a tali servizi. È necessario, in primo luogo, individuarli; successivamente, procedere alla loro valorizzazione e, infine, considerarne l'eventuale collocazione sul mercato.

Uno degli strumenti impiegati a tal fine è rappresentato dai cosiddetti PES (Pagamenti per i Servizi Ecosistemici). In sostanza, i proprietari vengono remunerati affinché mantengano in buono stato le fonti, gestiscano i prati o consentano all'ambiente di svolgere le proprie funzioni, riconoscendo esternalità che spesso non vengono adeguatamente considerate.

Il primo modello di PES è di tipo tradizionale e si fonda su rapporti tra soggetti privati. Esso è stato applicato in numerosi contesti, anche nel continente americano, dove il gestore privato del servizio idrico remunera i proprietari affinché curino le fonti.

Accanto a questo modello, se ne affianca un altro che prevede il coinvolgimento dell'amministrazione pubblica. In questo caso – come mostra un'esperienza andina, quella degli *acuerdos para el agua* – la controprestazione non consiste esclusivamente in risorse finanziarie, ma anche in

servizi sociali. A fronte dell'obbligo del proprietario di consentire all'ambiente di erogare una determinata prestazione, non si pongono dunque solo valutazioni economiche, ma anche interventi quali programmi di istruzione o altri servizi sociali. Ciò richiama l'idea, già emersa in precedenza, di una stretta connessione tra ambiente e diritti sociali.

In tali ipotesi, il solo contratto privatistico non appare sufficiente. Anche l'amministrazione può acquistare direttamente i servizi ecosistemici, ambito nel quale l'ordinamento risulta adeguatamente attrezzato. In questo senso, l'uso strategico dei contratti pubblici può assumere particolare rilievo, proprio perché, accanto alla dimensione contrattuale, viene in considerazione la tutela dell'ambiente.

Da ultimo, può essere richiamata una sentenza del Consiglio di Stato relativa alla gestione del verde pubblico a Milano, che sottolinea l'opportunità che tali servizi siano affidati a un soggetto pubblico, in quel caso una società in house, cui è stata attribuita la gestione del verde. Ciò conferma come, in questo ambito, il polo di attrazione pubblicistica e il ruolo dell'amministrazione risultino particolarmente significativi.

Si delinea, pertanto, un quadro nel quale l'iniziativa economica può porsi al servizio dell'ambiente. Non è soltanto l'ambiente a operare come limite all'attività economica, secondo una prospettiva tradizionale, ma si assiste anche all'emersione di pretese diverse – forse diritti, più probabilmente doveri – che presentano una rilevanza economica e che possono essere gestite dall'amministrazione mediante strumenti privatistici, attraverso l'uso strategico dei contratti, nonché mediante altri strumenti di natura pubblicistica.

❖ **Mirta Gladis SOTELO DE ANDREAU**

Quisiera agregar una reflexión sobre un aspecto que resulta fundamental en este debate: el de los recursos realmente necesarios para lograr la consolidación de los derechos sociales fundamentales. La protección efectiva de tales derechos depende, en última instancia, de los recursos financieros disponibles para ponerlos en funcionamiento y garantizar su tutela real.

Sin embargo, los recursos estatales no resultan suficientes por sí solos. El Estado, con el presupuesto del que dispone –que constituye uno de los instrumentos del Derecho Público para verificar su capacidad económica de afrontar el gasto–, no alcanza a cubrir la totalidad de las necesidades existentes. Las inversiones gestionadas desde el sector público son, en muchos casos, insuficientes, y resulta además imprescindible buscar

un equilibrio, ya que es materialmente imposible que el Estado satisfaga de manera integral todas las demandas en materia de vivienda, salud o atención a las personas con discapacidad. No existen recursos ni fondos que permitan cubrirlo todo, de modo que dicho equilibrio se vuelve inevitable.

A ello se añade un elemento adicional: no solo el Estado o los fondos públicos son responsables del cumplimiento de estos derechos fundamentales, sino también las organizaciones sociales. Como se ha señalado, adquieren relevancia la participación popular y los fondos privados. Para ello, resulta esencial un proceso de concientización. En este sentido, es necesario recurrir también a los recursos del mercado, es decir, a las propias empresas que desarrollan su actividad, a fin de que asuman un compromiso activo en el apoyo a la concreción de los derechos sociales fundamentales.

El problema de la obtención efectiva de recursos es, por tanto, complejo. No se trata únicamente de actuar sobre el Estado, cuya función en materia de presupuesto y recursos sigue siendo central, sino también de considerar a otros actores que pueden contribuir a ofrecer soluciones. Solo a través de este enfoque plural será posible avanzar hacia el objetivo compartido de lograr que los derechos sociales fundamentales sean verdaderamente efectivos.

❖ **Pierino STUCCHI LÓPEZ RAYGADA**

En las sociedades democráticas, organizadas como Estados de Derecho, el objetivo perseguido es el bienestar de las personas.

No obstante, dichas sociedades se insertan en sistemas económicos que, en la actualidad, son predominantemente economías de mercado o economías sociales de mercado, en la medida en que se asuma que deben ser efectivamente sociales. En este contexto, las empresas compiten entre sí y deben obtener rendimientos que generen utilidad para poder subsistir, ya que, de lo contrario, el interés privado se retrae y la actividad empresarial cesa. De ello se deriva la siguiente reflexión: si los modelos diseñados para la protección de los derechos sociales fundamentales generan costos de operación para la actividad empresarial que superan determinados niveles de eficiencia desde la perspectiva del interés individual, lo que se observa es que las empresas con capacidad de movilidad –a diferencia de las empresas unipersonales o familiares– abandonan los territorios, se deslocalizan o reducen su actividad. Como consecuencia, dejan de pagar impuestos y de generar empleo, como resulta evidente en algunos con-

textos, entre ellos el de los Estados Unidos. Algunos diseños normativos pueden, así, resultar excesivamente costosos para un interés individual orientado al lucro.

Se retoma entonces una cuestión ya planteada con anterioridad: cómo controlar, a escala global, los estándares de protección de los derechos sociales fundamentales para evitar fenómenos de dumping social, derivados de economías que no respetan derechos laborales básicos –como jornadas, descansos o condiciones mínimas de seguridad– y que terminan imponiéndose a aquellas empresas que operan en contextos donde dichos estándares generan costos de cumplimiento, costos legítimos, pero costos al fin.

¿Cuáles son las soluciones disponibles? La primera, de carácter ideal, consistiría en la construcción de un consenso internacional mediante convenios que permitan igualar tales estándares. En ausencia de ello, lo que se observa es que los Estados optan por restringir el comercio internacional, ante el riesgo de que las empresas se deslocalicen de su territorio hacia jurisdicciones con estándares más bajos para luego exportar bienes y servicios a sus mercados que sí exigen niveles elevados de protección.

Estas restricciones han adoptado, al menos, dos modalidades. La primera es la restricción directa, al margen del Estado de Derecho internacional administrado por la Organización Mundial del Comercio, como se observa en determinadas políticas recientes del gobierno estadounidense. Esta opción genera tensiones, avances y retrocesos, y produce efectos negativos para los consumidores, ya que los aranceles encarecen los bienes necesarios para las personas y las familias. En ausencia de un convenio internacional, se trata de una solución de bajo rendimiento.

La segunda modalidad es aquella que Europa parece explorar con mayor precisión, consistente en la exigencia de determinados estándares como condición para acceder al mercado europeo, lo que podría abrir la vía a una evolución progresiva del sistema.

No obstante, la experiencia histórica muestra que toda restricción al comercio conlleva riesgos para la paz. Europa conoce bien esta realidad. La Unión Europea se ha construido no sobre la base del mero eficientismo comercial, sino sobre la convicción de que la interdependencia, también económica, constituye un factor esencial para la paz, a través de relaciones duraderas basadas en la libre circulación de factores.

Si tales dinámicas se interrumpen, se plantea una reflexión abierta, aún sin conclusión definitiva: la restricción del comercio puede poner en peligro otro bien de singular importancia, la paz.

❖ Jorge DANÓS ORDÓÑEZ

Quisiera retroceder un paso en relación con el tema del presupuesto y los derechos sociales, a partir de una reflexión inicial. En países como los nuestros –y en particular en el caso del Perú– las necesidades sociales superan ampliamente a los recursos disponibles. Se trata de una realidad que se arrastra desde hace muchos años y que no se limita únicamente al caso peruano.

Desde comienzos de la década del 2000, el Perú experimentó un proceso sostenido de reducción de la pobreza. Sin embargo, esta tendencia se revirtió a partir de la pandemia de 2020, a lo que se sumaron posteriormente una serie de acontecimientos de carácter político. Para ilustrar la magnitud del problema, basta señalar que, según cifras recientes, la tasa de pobreza monetaria alcanza actualmente al 27,6% de la población, lo que equivale a más de nueve millones de personas. En términos generales, seis de cada diez peruanos son pobres o se encuentran en riesgo de serlo si no logran cubrir el costo promedio de la canasta básica familiar. Asimismo, el 5,5% de la población –más de 1,8 millones de personas– se encuentra en situación de pobreza extrema, al no poder cubrir el ingreso per cápita mínimo necesario para la subsistencia.

Esta situación se vincula directamente con el presupuesto público. De acuerdo con cifras oficiales del Gobierno, cerca del 50% del presupuesto nacional se destina al gasto social. Dentro de este rubro, el presupuesto se distribuye principalmente en educación (19,7%), salud (12,1%), previsión social y pensiones (5,9%), así como en programas sociales, saneamiento y vivienda, hasta completar aproximadamente la mitad del gasto público total.

Es cierto que la provisión de derechos sociales no recae exclusivamente sobre el Estado. No todos los servicios públicos se financian íntegramente a través del presupuesto ni mediante esquemas de servicio universal. Existen otros mecanismos, como los contratos de asociación público-privada o los regímenes de concesión, mediante los cuales el Estado procura garantizar el acceso a servicios sociales básicos –electricidad, telecomunicaciones, gas, entre otros– a la población.

No obstante, cuando se plantea si el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional deben intervenir más allá de casos concretos, la respuesta no resulta evidente. La distribución del presupuesto excede el ámbito estrictamente jurídico y se sitúa en el plano de la decisión política. El presupuesto es, en definitiva, la expresión cuantificada de una política de gobierno. Serán los gobiernos, de manera periódica, quienes definan las

prioridades en materia de políticas sociales, y estas decisiones se reflejarán necesariamente en la asignación presupuestaria. El Poder Judicial podrá reparar derechos fundamentales en casos concretos, pero difícilmente pueda sustituir estas decisiones de carácter estructural.

❖ **Richard James MARTIN TIRADO**

Quisiera avanzar un poco más a partir de la necesidad de plantear esquemas alternativos en relación con determinados derechos sociales, centrándome especialmente en el derecho a la vivienda. La experiencia peruana resulta significativa, ya que tan importante como el acceso a la vivienda es su sostenibilidad en el tiempo, lo que obliga a pensar en mecanismos alternativos de financiamiento tanto para la adquisición como para el mantenimiento de la vivienda.

En el Perú, el economista Hernando de Soto, en obras ampliamente difundidas como *El otro sendero* y *El misterio del capital*, desarrolló una reflexión particularmente relevante para nuestra realidad. En contextos como el peruano, el Estado puede otorgar títulos de propiedad y, de ese modo, cumplir formalmente con el derecho a la vivienda. Sin embargo, los intensos procesos de migración interna desde la década de 1960 –y más recientemente los flujos migratorios provenientes de países vecinos– evidencian la imposibilidad material de satisfacer plenamente este derecho, así como otros derechos sociales fundamentales.

De Soto estudió el valor económico de la posesión, no del derecho de propiedad formal, sino de la ocupación efectiva de terrenos, especialmente en las zonas periféricas de Lima. Se trataba de personas que se habían asentado sin título de propiedad, provenientes tanto de regiones costeras como de la sierra central.

Su planteamiento –innovador en su momento y replicado luego en otros países, especialmente africanos– consistió en otorgar valor económico a la posesión misma, de modo que esta pudiera ser reconocida por el sistema financiero.

Ello condujo a la recreación de figuras jurídicas tradicionales, como la hipoteca. Dado que la hipoteca clásica se concede al propietario, De Soto impulsó la creación de la denominada hipoteca posesoria, que reconoce la posesión como garantía válida. Asimismo, se estableció un registro de posesionarios, distinto del registro de propietarios, permitiendo que quienes ocupaban de facto una vivienda accedieran al sistema financiero y mejoraran progresivamente las condiciones de habitabilidad.

Este ejemplo permite reflexionar sobre el concepto de vivienda digna,

que no se agota en la obtención de un título de propiedad, sino que exige condiciones de sostenibilidad en el tiempo. Una vivienda digna no es solo un espacio físico para cubrir necesidades básicas, sino un entorno que garantice una vida plena. Ello plantea importantes desafíos, especialmente para el sector privado, y exige repensar los instrumentos jurídicos tradicionales para garantizar progresivamente el derecho a una vivienda digna.

Cabe señalar que, en el caso de la hipoteca posesoria, existen normas y registros administrativos, pero no pronunciamientos judiciales, ya que el reconocimiento de la posesión se ha realizado mediante títulos administrativos suficientes para su inscripción.

❖ **Andrea BORRONI**

Quello del sostegno finanziario ed economico ai diritti sociali è un tema che oggi assume rilevanza cruciale. Si pensi, per esempio, al settore del diritto del lavoro: è proprio in questo campo, di fatto, che porre l'attenzione su teorie spesso sottovalutate, come quelle relative al comproprietariato (o prosumerato) e alla partecipazione dei lavoratori all'impresa, può arricchire la riflessione.

Tali teorie, che hanno una matrice europea a partire dal 1975, sono in realtà il portato di esperienze d'oltreoceano: in particolare, una delle espressioni più mature della filosofia partecipativa è costituita dagli *Employee Stock Ownership Plan* (ESOPs), istituti giuridici che originarono negli Stati Uniti come applicazione operativa dell'*Employee Retirement Income Security Act* del 1974, noto anche come ERISA. È in questo contesto che prende corpo una forma di tutela di stampo pensionistico che negli Stati Uniti necessitava di un intervento più diretto.

Quando si parla di ESOP ci si riferisce, più nello specifico, a un istituto in grado di offrire ai lavoratori retribuzioni accessorie erogate sotto forma di azioni della società: una funzione, dunque, di ordine distributivo che, al contempo, si estende fino a comprendere anche diritti di tipo amministrativo connessi alla figura di azionista come, per esempio, la possibilità di influenzare e condividere le decisioni di impresa. Ciò che intendo sottolineare è che, come è ormai abbastanza notorio (anche perché il dibattito ha avuto un minimo di eco soprattutto all'estero, ma ora anche in Italia), esistono forme di facilitazione della partecipazione azionaria dei lavoratori, aggiuntive e volontarie rispetto al salario.

Questa concezione si è quindi progressivamente trasformata in una matrice teorica estremamente duttile, configurandosi come un modello su-

scettibile di replica e adattamento in una pluralità di contesti. Essa può trovare applicazione non soltanto a vantaggio dei lavoratori, ma in tutte quelle situazioni in cui la partecipazione diretta di una data categoria di soggetti al capitale o alla governance d'impresa contribuisca a rafforzare la sostenibilità economica e sociale dell'intero sistema. L'idea di divenire compartecipi nella generazione di valore, nella creazione di un bene o nella gestione di una risorsa ha così oltrepassato i confini del diritto del lavoro, irradiandosi verso altri ambiti tra cui, in particolare, quello energetico.

E, difatti, l'istituto delle comunità energetiche s'inserisce pienamente in questa evoluzione concettuale: esso mira a responsabilizzare i partecipanti promuovendo la cooperazione e la condivisione di interessi comuni; risponde, inoltre, a esigenze di tutela del potere d'acquisto salariale e di preservazione delle realtà locali.

In questa prospettiva, le comunità di energia rinnovabile costituiscono una trasposizione in termini concreti del principio in esame: il paradigma partecipativo, già sperimentato nell'ambito giuslavoristico, si traduce qui nella possibilità per i cittadini di partecipare alla produzione di energia rinnovabile verde e di godere, da un lato, della possibilità di usufruire di un servizio ma, dall'altro lato, anche di cedere una quota di energia alla rete in cambio di una piccola dazione di denaro.

Quanto sinora delineato ha condotto poi a una successiva implementazione che si collega al precedente intervento e alle premesse ivi richiamate.

Nel momento in cui si ipotizza la possibilità di insistere, in qualche modo, su un determinato bene di natura pubblica – si diceva prima, quasi sotto-voce, una spiaggia, un edificio pubblico, una concessione portuale – e di poterne far parte in quanto cittadini, membri a pieno titolo di quell'entità comunale e geografica, condividendone i benefici, il solo fatto di esserne cittadini e partecipanti della società (anche solo sotto il profilo gestionale), potrebbe comportare esclusivamente vantaggi. Quanto meno, tale prospettiva seguirebbe l'onda lunga di una matrice economica che ha posto le proprie radici nel diritto del lavoro – nel rapporto di lavoro – e che nella sua ultima epifania si estende fino al diritto dell'energia.

E oggi, con un impianto che non si esaurisce unicamente nei più noti modelli di *citizen stock ownership* (CitSOPs) o *consumer stock ownership* (CuSOPs) – quanti piani di fidelizzazione dei consumatori abbiamo visto, che condividono la stessa filosofia! – l'ESOP ha assunto una configurazione ancora più ampia. Infatti, la sua idea sottostante può essere generalizzata

e adattata a differenti circostanze, consentendo in tal modo di diversificare il rischio reddituale degli individui e, conseguentemente, le fonti di proprietà del capitale. Si può quindi fare riferimento, in termini generali, a una forma di XSOP, in cui la lettera X funge da variabile per indicare la categoria di soggetti cui il piano è destinato: si assiste alla nascita di un modello che, dunque, può essere funzionalmente utilizzato per altri scopi e di fatto è già testato in ambienti anche abbastanza complicati – non solo quello dell'energia ma anche, per esempio, quelli del diritto dei consumatori e della gestione dei beni e dei servizi pubblici.

Trattasi, in ultima analisi, di uno strumento che è potenzialmente idoneo a rispondere alle necessità che abbiamo manifestato anche in questi giorni con riguardo ai diritti sociali fondamentali, letti nell'ottica di un diritto sociale ad impronta economica. Ciò in quanto il principale vantaggio offerto dagli ESOP risiede nella loro capacità di promuovere la cosiddetta *democrazia economica* e, pertanto, di contrastare gli effetti negativi della globalizzazione e della delocalizzazione delle imprese. In particolare, la nozione di democrazia economica si riferisce all'idea secondo cui l'attuazione degli ESOP non reca benefici soltanto ai dipendenti e ai dirigenti aziendali, ma produce effetti positivi che si estendono all'intera collettività dei lavoratori: essa consente, in primo luogo, di ottenere una distribuzione della ricchezza più ampia ed equilibrata favorendo una proprietà del capitale che sia più democratica. In aggiunta a ciò, essa permette di migliorare la *governance* aziendale e la responsabilità sociale d'impresa, nonché di promuovere un'etica aziendale fondata sui valori di uguaglianza, legalità e rispetto che, a loro volta, contribuiscono a rafforzare la credibilità e la trasparenza del contesto di riferimento. Ne deriva che l'ESOP ben può configurarsi come una struttura giuridico-economica concepita per perseguire un obiettivo preciso: la costruzione di una società più equa.

Invero, già a partire dalla metà degli anni '70, l'Unione europea ha manifestato l'intenzione di orientarsi verso una forma di partecipazionismo più incanalata, ispirandosi al modello statunitense, dove circa il 90% delle società quotate è dotata di un piano ESOP grazie al quale i dipendenti possono detenere azioni dell'impresa per cui lavorano come sistema integrativo previdenziale. Tali strumenti, tuttavia, non hanno trovato un terreno altrettanto fertile nel contesto europeo, e in particolare in quello italiano, ove sono stati mal recepiti e poco valorizzati. Il ritardo nella loro diffusione è evidente ed è indice dell'assenza di

un'attività costante del formante legislativo che operi come propulsore del fenomeno.

Ne derivano, inevitabilmente, alcune criticità, soprattutto in relazione agli elementi di mercato che – in misura più o meno esplicita – fanno riferimento a queste forme di partecipazione.

Non a caso, l'esigenza di valorizzarle si manifesta oggi in ambiti cruciali, come le fusioni transfrontaliere o la definizione di politiche di carattere fiscale, a conferma della costante attualità e della straordinaria capacità di adattamento dell'archetipo elaborato, a suo tempo, nel solco dell'esperienza *kelsoniana*.

❖ Alejandro PÉREZ HUALDE

Hace aproximadamente siete años integré la Suprema Corte de Justicia de mi Estado federal, en la provincia de Mendoza, Argentina. En ese período nos correspondió resolver un caso en el que el demandante era el propietario de un predio que había sido ocupado por alrededor de 180 familias. El actor promovió la acción correspondiente y, en primera instancia, el juez, verificada la titularidad dominial, ordenó el desalojo inmediato y el lanzamiento de quienes ocupaban el inmueble. Dicha decisión fue confirmada por la Cámara de Apelaciones.

Contra esa sentencia se interpuso un recurso extraordinario de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte, fundado en la afectación de derechos de las personas involucradas. Junto con otros miembros del Tribunal realizamos una inspección ocular, que nos permitió tomar contacto directo con la situación fáctica. Como suele ocurrir, se trataba de un escenario de extrema vulnerabilidad social: personas de edad avanzada, niños, mujeres, enfermos y familias en condiciones de pobreza severa.

En ese contexto, si bien confirmamos el derecho de propiedad del demandante y la obligación de liberar el predio, consideramos materialmente inviable ordenar el lanzamiento inmediato.

Por ello, resolvimos suspender su ejecución e incorporar al proceso al municipio –en tanto responsable del bienestar y la tutela de los derechos de los habitantes de su jurisdicción– y al Ministerio de Acción Social de la provincia, competente en la garantía de los derechos fundamentales de carácter social. A ambas autoridades les solicitamos la presentación, en un plazo de sesenta días, de un plan destinado a ejecutar el traslado y la reubicación de las familias afectadas, con un horizonte temporal máximo de tres años, atendiendo a la magnitud del colectivo involucrado. El plan debía contemplar etapas de ejecución verificables y mecanismos de con-

trol. Pese a las resistencias iniciales, tanto políticas como mediáticas, el proceso se encauzó en esos términos. No pude constatar personalmente su implementación final, dado que posteriormente dejé el Tribunal, pero esa fue la solución adoptada.

La sentencia no fue impugnada a nivel federal, aun cuando se trataba de una cuestión que potencialmente podía suscitar debate en ese ámbito. La alternativa de la expropiación fue considerada en la práctica como una vía posible de solución, aunque no fue formalmente planteada en el expediente. Esa fue, en definitiva, la respuesta jurisdiccional que encontramos frente a la tensión entre el derecho de propiedad y la protección de derechos sociales fundamentales.

❖ Jorge DANÓS ORDÓÑEZ

La década de 1990 en el Perú, como ocurrió en otros países, estuvo marcada por un proceso de liberalización económica que redefinió el rol del Estado, desplazándolo desde una función empresaria e interventora hacia un papel predominantemente regulador. Este giro se inició a comienzos de la década y quedó consagrado en la Constitución de 1993, que dedica un capítulo específico al régimen económico y fortalece el principio de iniciativa privada.

Desde la aprobación de la Constitución y hasta una sentencia relevante del Tribunal Constitucional en 2003, se desarrolló un intenso debate en torno a la naturaleza de ese régimen económico, al que se le reprochaba consagrar un modelo excesivamente liberal, orientado a privilegiar la actividad empresarial y la iniciativa privada.

En su sentencia de 2003, el Tribunal Constitucional realizó una reinterpretación del régimen económico constitucional, particularmente en relación con la tensión entre la iniciativa privada y el rol del Estado. En primer lugar, afirmó que dicho régimen debía ser interpretado desde la perspectiva de un Estado social y democrático de derecho, reforzando explícitamente su componente social. Esta formulación, bien conocida en la experiencia europea, adquiere especial relevancia en el contexto peruano. Asimismo, el Tribunal precisó el sentido de la noción de economía social de mercado, destacando su dimensión social.

Resulta especialmente significativo que el Tribunal no parta exclusivamente de los derechos sociales, sino que integre esta dimensión en la interpretación misma del régimen económico. En un sistema que consagra la subsidiariedad del Estado en la economía, se plantea entonces la cues-

tión de cómo compatibilizar ese principio con los deberes sociales del Estado.

Al respecto, el Tribunal, citando a Manuel García Pelayo, sostuvo que «no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento no va acompañado de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real a través de derechos sociales», y añadió que «la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio». De ello se deriva la obligación de asegurar a la población un umbral básico de condiciones materiales –frecuentemente canalizadas a través de servicios públicos y prestaciones de contenido económico-social– que permitan la efectividad de los demás derechos fundamentales. Finalmente, en relación con la subsidiariedad del Estado, el Tribunal aclaró que esta no debe entenderse únicamente en su dimensión abstencionista. Junto a esa vertiente, existe también una dimensión positiva, en virtud de la cual el Estado debe intervenir cuando una necesidad pública no ha sido atendida adecuadamente por el mercado o por otros mecanismos. Esta intervención no implica necesariamente una actuación directa, sino la generación de condiciones que permitan satisfacer esas necesidades públicas, entre ellas los derechos sociales, desde la lógica del régimen económico constitucional.

«GIURISPRUDENZA DELLE CORTI, RICONOSCIMENTO DEI DIRITTI E OPINIONE PUBBLICA»

«JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES, RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS Y OPINIÓN PÚBLICA»

❖ Roberto TONIATTI

«Il rapporto tra la giurisprudenza in materia di diritti sociali e la democrazia solleva questioni che investono non solo il piano giuridico, ma anche quello della sociologia del diritto, con rilevanti implicazioni per l'assetto istituzionale. In particolare, assumono rilievo l'impatto delle decisioni giudiziarie sull'opinione pubblica e il ricorso a strumenti di partecipazione nel processo, non solo sotto il profilo della legittimazione ad agire, ma anche attraverso meccanismi quali la presentazione di amicus curiae. Tali elementi possono essere letti come indicatori di una potenziale tensione tra l'intervento della giurisdizione e il ruolo del legislatore nella definizione e nell'attuazione dei diritti sociali. In questo quadro, rileva interrogarsi sull'esistenza di esperienze, nei contesti europei e latinoamericani, che risultino particolarmente significative ai fini dell'analisi di questa dinamica tra giurisprudenza, partecipazione democratica e produzione normativa».

«La relación entre la jurisprudencia en materia de derechos sociales y la democracia plantea cuestiones que afectan no solo al ámbito jurídico, sino también al de la sociología del derecho, con importantes implicaciones para el ordenamiento institucional. En particular, cobran relevancia el impacto de las decisiones judiciales en la opinión pública y el recurso a instrumentos de participación en el proceso, no solo desde el punto de vista de la legitimación para actuar, sino también a través de mecanismos como la presentación de amicus curiae. Estos elementos pueden interpretarse como indicadores de una posible tensión entre la intervención de la jurisdicción y el papel del legislador en la definición y aplicación de los derechos sociales. En este contexto, es importante preguntarse si existen experiencias, en los contextos europeo y latinoamericano, que resulten especialmente significativas para el análisis de esta dinámica entre la jurisprudencia, la participación democrática y la producción normativa».

❖ José Luis SAID

Se ha hecho referencia a la relación entre derechos sociales y democracia, una cuestión que reviste hoy una particular gravedad en América Latina. A finales de la década de 1980, diversos estudios mostraban que aproximadamente el 80% de la población latinoamericana no aceptaría respuestas a sus problemas económicos y sociales que no fueran el resultado de un proceso democrático.

Sin embargo, datos mucho más recientes ofrecen un panorama sensiblemente distinto. Un informe elaborado este mismo año por un sociólogo peruano y por el sociólogo argentino Andrés Malamud señala que, en la actualidad, cerca del 50% de la sociedad estaría dispuesta a consentir soluciones no democráticas para la satisfacción de derechos sociales y económicos. Se trata de un escenario preocupante, estrechamente vinculado a la desilusión generada por las expectativas depositadas en la democracia.

La superación de los regímenes dictatoriales había abierto, en nuestros países, un horizonte de grandes esperanzas. El presidente Raúl Alfonsín, a quien rindo homenaje, afirmaba en uno de sus discursos que «con la democracia se come, con la democracia se viste, con la democracia se educa». Lo cierto es que, hasta el momento, no se ha logrado que la democracia articule de manera plena una tutela efectiva de esos derechos sociales.

❖ Alejandro PÉREZ HUALDE

La referencia formulada remite a un caso concreto en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ante la omisión de un requisito legal esencial –la realización de una audiencia pública previa–, suspendió una decisión del Poder Ejecutivo Nacional relativa al incremento de las tarifas del servicio de gas natural domiciliario. El Poder Ejecutivo alegaba haber cumplido con dicho requisito mediante una audiencia celebrada doce años antes; sin embargo, la Corte sostuvo que, antes de avanzar en una modificación del régimen tarifario, resultaba indispensable llevar a cabo una nueva audiencia pública, con amplia participación, a fin de satisfacer las exigencias propias de una democracia contemporánea.

Cabe destacar dos aspectos relevantes.

En primer lugar, las audiencias públicas finalmente se realizaron. No obstante, a partir de un relevamiento posterior –realizado a través de nuestros alumnos, dado que junto con el doctor somos responsables de la cátedra de servicios públicos en el máster de la Universidad Austral–,

se constató que ninguno de ellos participó en dichas audiencias, ni siquiera accedió a los espacios virtuales habilitados para informarse sobre su desarrollo.

Esto pone de manifiesto una tensión significativa entre el plano teórico y la práctica efectiva. Aquello que, desde el punto de vista doctrinal, suele celebrarse como un fallo ejemplar en materia de participación democrática, revela en la realidad una escasa capacidad de convocatoria y un limitado interés efectivo por parte de los destinatarios.

Ello sugiere que la audiencia pública, tal como ha sido concebida y aplicada, constituye un instrumento insuficiente para garantizar una participación democrática sustantiva en decisiones de alcance general, como las relativas a los regímenes tarifarios.

❖ José María GIMENO FELIÚ

Con la intención de esbozar algunas perspectivas generales, conviene recordar que ya el artículo 13 de la Constitución española de Cádiz reconocía como mandato del Gobierno la «felicidad de los españoles». En ese contexto se gestó un primer modelo social. Su vigencia fue breve –basta pensar en la restauración absolutista de Fernando VII–, pero en aquel momento se sentaron algunas bases relevantes, como la abolición de la tortura o la prohibición de la esclavitud, que permiten identificar un germen temprano de los derechos sociales en la experiencia constitucional española.

En esta línea, el profesor Spano ha señalado, en un trabajo dedicado al Estado de Derecho, que la *estrella polar* sobre la que este se articula son los derechos humanos, y que no puede hablarse propiamente de derechos humanos sin derechos sociales. Ahora bien, si se observa el conjunto de los debates desarrollados, resulta evidente la existencia de una marcada heterogeneidad. La realidad Iberoamericana difiere de la europea, tanto en términos de contexto como de estándares de protección: estándares que para algunos constituyen una aspiración y que, para otros, deberían incluso ser superados.

Esa heterogeneidad se refleja también en los modos de interpretación del Derecho, cuestión particularmente relevante desde una perspectiva comparada. En Europa, el valor de la jurisprudencia es central. Tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han construido un auténtico Derecho pretoriano que ha ido transformando progresivamente el marco normativo europeo y el sistema de protección de los derechos sociales. A diferencia de lo que

ocurre en algunos debates latinoamericanos –como el argentino, en torno al carácter estático o dinámico de determinadas cláusulas constitucionales–, en el contexto europeo no existe un candado interpretativo: la jurisprudencia dispone de un notable poder de transformación social.

Ahora bien, para que este modelo funcione, la tutela de los derechos sociales no puede descansar exclusivamente en el liderazgo público. Resulta imprescindible una colaboración público-privada eficaz.

El derecho presupuestario, que recurrentemente aparece en estos debates, constituye una herramienta fundamental para la garantía de los derechos sociales, y es en ese estándar donde deben orientarse los esfuerzos de futuro. Quizá a los juristas nos corresponda, en palabras de la abogada Kokott, *educar el paladar* de los responsables políticos, de modo que interpreten el Derecho con una orientación constructiva y atenta al interés general en materia de derechos sociales. Esta labor debe ir acompañada de una colaboración público-privada como la que se ha desarrollado en Europa, donde la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha mostrado una evolución significativa: desde la contratación pública –que representa aproximadamente el 20% del PIB europeo– hacia un modelo de protección de los derechos sociales a través del contrato público. En este punto, y pese a que algunos autores, como el profesor Pepe Esteban, prefieren la ley frente al contrato, considero que el contrato constituye un instrumento particularmente eficaz para la realización de los derechos sociales. En cuanto al debate sobre si el dumping social puede poner en riesgo la paz, estimo que Europa se encuentra hoy ante una visión geoestratégica en la que la protección de los derechos sociales debe pensarse no solo para el espacio europeo, sino también con vocación de proyección exterior, mediante el denominado *efecto Bruselas*. Lejos de comprometer la paz, esta estrategia puede fortalecer a Europa, permitiéndole competir no solo en el ámbito tecnológico, sino también en el de los valores.

A comienzos de la década de 1980 se llegó incluso a pensar que los derechos sociales desaparecerían. En este contexto, resulta ilustrativo evocar la figura del coronel Stanislav Petrov. En 1983, en un momento de máxima tensión internacional, Petrov detectó una alerta generada por sistemas automatizados que indicaba el lanzamiento de misiles nucleares desde Estados Unidos hacia la Unión Soviética. En lugar de aplicar de forma mecánica los protocolos establecidos, decidió esperar, y esa decisión evitó una escalada catastrófica: la alerta resultó ser un error del sistema. Esta referencia permite introducir una reflexión actual sobre la inteligencia artificial.

Hoy nos encontramos inmersos en una era de creciente digitalización, al menos en Europa, y ello plantea interrogantes cruciales para los derechos sociales. ¿Cómo se ven afectados cuando la inteligencia artificial interviene en la toma de decisiones públicas? ¿Quién controla los algoritmos? Estas cuestiones remiten directamente al principio de transparencia. Un ejemplo relevante es el denominado caso Bosco, relativo a la aplicación automatizada del bono social eléctrico en España. En el contexto de la crisis, el Gobierno estableció una subvención destinada a hogares con escasos recursos. Sin embargo, una fundación con amplia legitimación, la Fundación Civio, detectó que el algoritmo –implementado por las empresas eléctricas y no directamente por el Gobierno– denegaba el bono a personas que, de haberse aplicado criterios humanos, habrían sido beneficiarias. Ante la solicitud de información, el tribunal competente denegó la transparencia del algoritmo.

El asunto se encuentra actualmente pendiente de resolución ante el Tribunal Supremo, en la Sala Tercera, y constituye un caso de enorme relevancia para determinar dónde situamos el «residuo de humanidad» en el uso de la inteligencia artificial en la protección de los derechos sociales. En un contexto de tecnificación del Derecho y de automatización de decisiones, los juristas –y, en particular, desde el Derecho comparado– debemos reflexionar sobre cómo garantizar los derechos sociales y evitar que algoritmos o sistemas automatizados pongan en riesgo conquistas construidas a lo largo de más de dos siglos. No se trata solo de un desafío jurídico, sino también cívico: la inteligencia artificial carece de empatía, mientras que los derechos sociales están intrínsecamente vinculados a ella y a la inteligencia emocional. De ahí la necesidad de aprender del pasado para no equivocarnos en el futuro.

