



Facultad de Derecho

**UNA MIRADA CRÍTICA DE LOS DERECHOS SOCIALES:
La batalla de la sanidad y educación**

Nombre: Lionel Rafael Linares Diaz

5º E3-C

Filosofía del Derecho

Tutor: Vanesa Morente Parra

Madrid

Junio 2020

RESUMEN

Este trabajo estudia el concepto de los derechos sociales, así como su regulación en la Constitución Española y cuestiona su efectividad jurídica. Además, se explora la relación entre la economía de mercado y los derechos sociales estudiando la relación de tensión entre el liberalismo económico y la necesaria intervención del Estado para cumplir con los derechos sociales.

ABSTRACT

This work studies the concept of social rights, as well as their regulation in the Spanish Constitution and questions their legal effectiveness. In addition, the relationship between the market economy and social rights is explored by studying the relationship of tension between economic liberalism and the necessary state intervention to fulfill social rights.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN

2. POSITIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

2.1 ¿Qué se entiende por derechos sociales?

2.2 ¿Es necesario positivizar los derechos sociales?

2.3 Estado actual en la Constitución Española. Modelo Constitucional

2.4 ¿Qué es el principio o cláusula del Estado social?

2.5 Discurso de la escasez.

3. EL MERCADO Y LOS DERECHOS SOCIALES

3.1 ¿Cuál es la relación entre la regulación y el liberalismo?

3.2 Consecuencias de la irrupción de los mercados globalizados sobre la regulación de los derechos sociales

3.3 Discurso de la universalidad y de la escasez.

3.4 ¿Cuál es la incidencia de la crisis económica sobre dichos derechos?

4. DERECHO A LA EDUCACIÓN EN TIEMPOS DE CRISIS

5. DERECHO A LA SANIDAD

5.1 Estado de Alarma y Derechos fundamentales

6. CONCLUSIÓN

7. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Objeto de la investigación

El origen de los derechos sociales proviene de la Revolución Francesa de 1789, movimiento que originó la regulación de los derechos humanos, incluyendo los derechos políticos, civiles y sociales, así como los derechos naturales, inalienable o fundamentales del hombre. Estos derechos del hombre surgen como una especie de reclamo de libertad ante el poder monárquico de aquel entonces.

Evidentemente, esto supuso un gran avance que se continuó durante finales del siglo XIX y principios de siglo XX en el cual gracias a la Revolución Industrial y al avance del constitucionalismo se proclaman junto a los derechos y a los deberes del individuo, los denominados derechos sociales y económicos del trabajador. Sin perjuicio de lo anterior, en ese entonces se considera suficiente con describir los derechos sociales del hombre sin darles un contenido jurídico específico. En este sentido, son más bien una declaración de intenciones que derechos que puedan tener una tutela judicial efectiva.

Después de la Segunda Guerra Mundial y con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en los que se reconoce una serie de derechos de ámbito social, la tendencia de los Estados es adoptar constituciones sociales en las cuales se establece un sistema político de Estado Social y democrático de derecho que introduce como objetivo la realización del principio o cláusula del Estado Social.

Asimismo, los derechos sociales fundamentales no están vistos como verdaderos derechos que puedan gozar de una tutela judicial efectiva y en virtud de los cuales un ciudadano pueda reclamar judicialmente a cualquier entidad pública o privada sobre su incumplimiento. Sino que, más bien, el objetivo principal es obligar a los gobiernos a actuar respetando unos principios y que su acción no se aleje del respeto de dichos principios.

Además de lo anterior, hay que entender que cuando se habla del concepto de derechos sociales se engloban una serie de derechos que no son homogéneos y cuyo desarrollo jurídico puede diferir respecto a otro derecho social. No obstante, si se puede decir que ciertos derechos sociales son adoptados por la constitución como meros objetivos programáticos alejados de una voluntad política por otorgar de efectividad dichos derechos. Una importante razón que propicia lo anterior, es la adopción por parte de prácticamente todo el mundo de una economía de mercado que viene emparejada en muchas ocasiones de una ideología liberal. Esto tiene una gran influencia sobre los derechos sociales y el desarrollo de éstos. Es por ello, que el objeto de este trabajo es primero, el análisis de los derechos sociales y su regulación en la Constitución y, en segundo lugar, la relación entre el liberalismo y los derechos sociales.

1.2. Objetivos

Objetivo General: Se realizará un estudio de las características de los derechos sociales, cuáles son los efectos prácticos que desprende su regulación en la constitución, así como el análisis de estos derechos relacionándolos con los principios liberales y la economía de mercado. Consideraremos estos como una serie de reglas, que se encuentran recogidas en el artículo 53.3 CE, y que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de redactar nuevos textos normativos.

Objetivos específicos:

- Investigar y definir los conceptos de derechos sociales, de derecho positivo y de cláusula del estado social, entre otros. Una vez definidos,
- Decidir sobre la metodología a utilizar para el desarrollo del trabajo.
- Analizar la Constitución Española de 1978 y comparar como se desarrollan en la misma los distintos derechos.
- Analizar la relación entre la positivización de los derechos sociales y el establecimiento de garantías jurídicas.

- Estudiar el denominado discurso de la escasez y ver en qué influye en relación con los derechos sociales.
- Estudiar la relación entre los principios liberales de la economía de mercado y los derechos sociales.
- Analizar de qué manera ha impactado la globalización en el establecimiento de los derechos sociales.
- Reflexionar sobre el papel tan importante de una adecuada regulación del derecho de acceso a la educación.
- Reflexionar acerca de otro derecho fundamental como es la sanidad.
- Reflexionar acerca de la limitación de derechos en un ámbito de crisis sanitaria ocasionado por el Covid-19.

1.3. Metodología

1.3.1. Fuentes documentales

Con la finalidad de realizar este trabajo se han consultado diferentes fuentes de información o fuentes documentales. Las fuentes documentales se dividen en tres tipos: en primer lugar, las fuentes primarias que son materiales originales, es decir, corresponden al período de tiempo involucrado y no se han filtrado a través de la interpretación. Alguno de los ejemplos de fuentes documentales consideradas como primarias son diarios, documentos originales, artículos, actas, presentaciones, conferencias y obras doctrinales.

Para ilustrar esta investigación que nos ocupa se utilizarán especialmente como fuente documental la legislación vigente en España, así como los tratados internacionales en la materia. Esto incluye, de manera orientativa y no exclusiva, las siguientes fuentes:

- Constitución Española de 1978

- Carta Social Europea

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

- Declaración Universal de los Derechos Humanos

Por otro lado, se utilizarán fuentes secundarias, que son aquellas escritas después del hecho con el beneficio de la retrospectiva, esto quiere decir que son interpretaciones y evaluaciones de fuentes primarias. Las fuentes secundarias no son evidencia, sino comentarios y discusión de la evidencia como biografías, comentarios, disertaciones, índices, artículos periodísticos y monografías. En el presente trabajo se utilizarán fuentes secundarias de periódicos, opiniones, disertaciones de abogados, artículos de opinión y estudios doctrinales.

Finalmente, las fuentes terciarias consisten en información que es una destilación y recopilación de fuentes primarias y secundarias, esto incluye, por ejemplo, almanaques, enciclopedias y libros. Para el presente trabajo se utilizarán fuentes terciarias que provienen de libros e interpretaciones de diferentes tipos de jurisprudencia.

1.3.2. Técnicas de investigación

Se trata de un trabajo de investigación analítico-descriptivo de la realidad constitucional de los derechos sociales, y un fin crítico-propositivo en relación con el estatus de estos.

Este tipo de investigación es importante para generar teoría, desarrollar políticas, mejorar la práctica educativa, justificar el cambio para una práctica particular e iluminar los problemas sociales. También puede usarse para explicar los resultados de un estudio cuantitativo previo o para prepararse para el desarrollo de un estudio cuantitativo (Seawright, 2008).

Por tanto, es necesario aclarar que para el presente proyecto se utilizarán técnicas de investigación cualitativas basadas en la observación y análisis de las fuentes documentales explicadas anteriormente. No se utilizarán ningún tipo de fuentes numéricas basadas en la recolección de datos objetivos, sino más bien la interpretación, análisis y opinión sobre la legislación, los artículos de prensa, artículos doctrinales, libros y todas las otras fuentes que se consulten de acuerdo con lo mencionado en el apartado anterior de este trabajo.

1.3.3. Estructura del trabajo

En cuanto a la estructura del trabajo, se utilizará la separación de los componentes a través de capítulos. El primer capítulo, o capítulo de Introducción definirá la información necesaria para saber de qué trata el trabajo, este capítulo se compone de una breve introducción al tema, la justificación, los objetivos generales y específicos y la selección de la metodología utilizada, también incluye la sección del marco teórico, que muestra las fuentes documentales sobre las cuales se va a sustentar este trabajo.

El segundo capítulo es donde comienza propiamente dicho el desarrollo de la investigación. En este sentido, en primer lugar, en este capítulo se deben definir los diferentes conceptos que son de interés para el desarrollo del trabajo.

En el tercer capítulo, ya teniendo claro qué entendemos por derechos sociales, como la Constitución Española ha desarrollado estos derechos sociales en su texto, es momento de avanzar hacia otra parte del análisis que consiste en determinar cuál es la relación entre los principios liberales y la economía de mercado y los antes mencionados derechos sociales.

En el cuarto capítulo, será el momento de estudiar en profundidad el especial tratamiento que ha tenido el derecho al acceso a la educación frente a otros derechos sociales que no han tenido la dicha de haber sido desarrollados de manera tan concreta como el derecho a la educación.

Finalmente, el quinto capítulo contiene las conclusiones de este trabajo teniendo en cuenta todos los elementos expuestos en los capítulos dos, tres, cuatro y cinco de este trabajo. Por último, se dedica un apartado a la bibliografía, donde se recopilan todas las fuentes consultadas y referenciadas durante la investigación.

2. POSITIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

2.1. ¿Qué se entiende por derechos sociales?

Antes de entrar en la definición de los derechos sociales *per se*, es importante empezar explicando la diferencia entre lo que se debe considerar como derechos objetivos y derechos subjetivos. En este sentido, el derecho se compone de un conjunto de reglas formales que rigen las relaciones entre hombres: Derecho objetivo. Pero el derecho también designa prerrogativas y privilegios reconocidos para cada individuo: estos son derechos subjetivos.

Esquemáticamente, esta distinción entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo hace posible identificar, por un lado, lo que uno tiene el derecho (o la prohibición) de hacer, y por otro lado, lo que uno tiene el derecho (o la prohibición) de beneficiarse:

- El derecho objetivo agrupa las reglas que organizan las relaciones entre los seres humanos en una sociedad en particular y que están autorizadas por una autoridad competente y designada para ello (por ejemplo, el Código de Carreteras prohíbe conducir a más de 130 km / h en una autopista).
- El derecho subjetivo incluye las prerrogativas de que los individuos pueden ejercer y que pueden ejercer bajo la protección del Estado (por ejemplo, el Código Civil garantiza su derecho al respeto de la vida privada y el Estado debe intervenir para hacerlo respetar).

En relación con los derechos objetivos, hay que apuntar que el nacimiento del derecho responde a la necesidad de hacer posible la organización de la vida en sociedad al armonizar las relaciones sociales y al proporcionar soluciones para resolver cualquier disputa que pueda surgir.

Este objetivo requiere establecer reglas que se apliquen a todos y que sean adecuadas para la mayoría de los ciudadanos, ya sea por necesidad (si está prohibido matar a su vecino, esto evitará que lo maten) o por prudencia (si la venta de alcohol está prohibida para menores, esto reduce el riesgo de patologías posteriores).

Estas reglas establecidas para hombres y por hombres forman el derecho objetivo. El término "objetivo" se refiere a la claridad de estas reglas y su formalismo (ya que se encuentran escritas en leyes, reglamentos, etc.) y no a la idea de que son inmutables e incontestables. En otros lugares, las leyes están evolucionando. Dependiendo del país y la estructura, las reglas relativas a los

derechos objetivos pueden ser muy diferentes. En su aplicación práctica, el derecho objetivo tiene como finalidad definir la participación de la libertad y la coerción para todos, definiendo lo que está permitido y lo que no, para que la vida social sea posible y pacífica. Desde la sociedad más primitiva hasta la organización más elaborada, cada sociedad establece reglas destinadas a gobernar su funcionamiento y a organizar las relaciones de las personas que lo componen.

Por otro lado, respecto al derecho subjetivo, es necesario apuntar que, además de las autorizaciones y prohibiciones, la ley tiene otro significado, que se encuentra, por ejemplo, en la expresión: "Tengo derecho a una vivienda digna". En tal situación, esto significa que el derecho reconoce poderes para los individuos: estos son derechos subjetivos.

El derecho subjetivo se considera de una manera más concreta y particular. Permite a los ciudadanos aprovechar ciertas disposiciones en sus relaciones con otros. Dependiendo de la situación, es necesario examinar los derechos que posee una persona y las prerrogativas individuales que tiene: el derecho de voto, el derecho de huelga, el derecho de propiedad, etc.

Al surgir los derechos subjetivos surgen del derecho positivo (ya que generalmente emanan de las leyes), tienen una aplicación directamente vinculada a la persona que desea aprovecharla, y no una aplicación general. El matiz puede parecer poco importante pero como veremos más adelante en el presente trabajo, el tema de los derechos objetivos y subjetivos, así como la positivización del derecho tienen una enorme importancia cuando hablamos de derechos sociales.

En cuanto a la definición de los derechos sociales propiamente dichos, existen una multitud de definiciones de diferentes autores sin que se consiga llegar a un consenso unánime respecto a lo que hemos de entender. No obstante, de manera simple, se podría entender como el conjunto de leyes, disposiciones y normas que establecen y diferencian los principios y las medidas de protección de las personas más débiles económicamente hablando. Estos derechos son derechos subjetivos reconocidos en la CE y que forman parte de los derechos fundamentales de acuerdo con lo aprobado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹

¹ El PIDESC es un tratado multilateral general que reconoce Derechos económicos, sociales y culturales y establece mecanismos para su protección y garantía. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976. Se compromete a las

y también son reconocidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (DUDH)².

En relación con la razón de ser de los derechos sociales, éstos se basan sobre la idea de que todo ser humano independientemente de su categoría socioeconómica, religión, raza o sexo tiene una serie de necesidades que deben ser cubiertas para poder vivir dignamente (Alexy, 2005). En este sentido, el autor considera que una persona no tiene por qué sufrir un daño que no tiene el deber jurídico de soportar incluso cuando se niegue a recibir ayuda (Rodríguez-Arana, 2015). Se podría decir entonces que, de cierta manera, son derechos irrenunciables del ser humano. Coincidiendo con la relación entre los derechos sociales y la dignidad humana, Arango define los derechos sociales como derechos subjetivos de especial calibre, de especial rango y relevancia (Arango Rivadeneira, 2005). Asimismo, estos derechos sociales deben considerarse como aquellos derechos en virtud de los cuales su titular puede exigir un determinado comportamiento por parte del Estado, el cual debería asumir una actitud activa e intervenir en favor del demandante de la ayuda de que se trate (Noriega Cantú, 1988). Sin perjuicio de lo anterior, una cuestión que parece importante de señalar es que no todos los derechos sociales implican de manera obligatoria que el Estado tenga que dar una determinada prestación, así como la dificultad para garantizar de manera escrupulosa que se respeten estos derechos sociales (Cascajo Castro, 2009).

En vista de lo anterior, a mi parecer, los derechos sociales son un derecho fundamental que es subjetivo y que su razón de ser es la voluntad o la necesidad de que cualquier ser humano tenga unas condiciones de vida digna. En este sentido, se trata de derechos cuyo cumplimiento ha de ser garantizado por el Estado de manera activa para asegurarse que sus ciudadanos tengan una vida digna con igualdad de oportunidades. En este sentido, se puede citar como ejemplos de derechos sociales los siguientes: el derecho a un empleo y a un salario justo, el derecho a la protección social en caso de necesidad (seguridad social, bajas laborales, desempleo, jubilación, maternidad, etc.); derecho a una vivienda digna; y, derecho a la educación, entre otros. Por tanto, estamos ante

partes a trabajar para la concesión de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas, incluidos los derechos laborales y los derechos a la salud, la educación y un nivel de vida adecuado

² El CUDH es un documento adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París,¹ que recoge en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos.

derechos sociales heterogéneos, por ende, podría ser contraproducente hablar de todos ellos como si fueran derechos homogéneos.

Una vez que han sido explicadas las características principales de dichos derechos, es necesario realizar una serie de matices para su mejor comprensión, indicando en primer lugar que no poseen un significado unívoco. Además, el contenido de los derechos fundamentales se ha visto afectado por la aparición de los DESC, ya que estos actúan como limitadores de la actuación del Estado, buscando que el interés colectivo sea una cuestión relevante en cuanto a seguridad jurídica se refiere. Este último punto nos lleva a precisar que existe una diferencia entre los derechos tradicionales que se encargan de desarrollar el principio de libertad, y los mencionados DESC que son aquellos que desarrollarán las exigencias de dicha igualdad. Todas estas características conllevan a que se indique que "los llamados derechos sociales de las constituciones modernas, tan ampliados en las actuales Declaraciones universales o multinacionales, se mantienen con frecuencia en el terreno de lo programático". Este apunte se produce debido al contenido que tienen estos derechos y a su distinción de las libertades tradicionales. Porque tal y como hemos comentado antes, los DESC tienden a buscar la intervención del Estado para alcanzar las exigencias de los ciudadanos.

Sin perjuicio de lo anterior, como veremos a lo largo de este trabajo, la dificultad en relación con estos derechos es su tutela judicial efectiva ya que algunos de estos derechos parecen más una declaración de buenas intenciones que derechos efectivamente aplicables y oponibles a terceros.

2.2. ¿Es necesario positivizar los derechos sociales?

El debate sobre la necesidad de positivizar o no los derechos sociales es un debate en el cual la doctrina no ha conseguido ponerse de acuerdo durante todos estos años. En primer lugar, para encuadrar este debate es necesario definir el concepto de derecho positivo. El iuspositivismo no es más que la expresión positiva de un conjunto de normas dictadas por el poder soberano, y por tanto el Derecho Positivo funda su validez en las reglas y procedimientos establecidos por el Estado. Acuñando los términos de Hobbes, en el Capítulo XVII del Leviatán indica que instituir un poder común es necesario para el correcto orden de la sociedad, convirtiendo al Estado en representante de todos los hombres.

En el caso de España, estaríamos hablando de la CE, las leyes, los decretos y los reglamentos. En este sentido, se debe diferenciar el derecho positivo del derecho natural que es inherente al ser humano del derecho consuetudinario (establecido por la costumbre), el derecho positivo regula mediante una norma escrita la convivencia de la sociedad, las libertades privadas, así como la actuación del Estado, entre otras cuestiones.

El derecho positivo se caracteriza por ser un conjunto de normas coercibles, es decir, que pueden ser oponibles a terceros. En estos supuestos, el Estado ejerce una función primordial, que es la de velar y asegurarse del correcto de dichas normas. Sin perjuicio de lo anterior, también hay que tener en cuenta que la validez de una determinada norma de derecho positivo está sujeta a su forma escrita y a que esté vigente y publicada debidamente en el diario oficial.

Teniendo en cuenta lo anterior y la definición de derechos sociales vista en el apartado anterior de este trabajo, positivizar de manera efectiva los derechos sociales permitiría que el Estado garantizara que todo ser humano tuviera cubiertas las necesidades básicas para poder vivir dignamente. Sin embargo, a pesar de lo anterior, el debate sigue vigente sobre la necesidad de positivizar los derechos sociales. No hay que olvidar que, para ciertos autores, los derechos sociales son únicamente meras declaraciones de intenciones o meras declaraciones programáticas que deben, ciertamente, guiar la acción del legislador y del gobierno de turno pero que no deben ser oponibles judicialmente a terceros. Asimismo, consideran que el Estado ni debe ni es capaz de poner los mecanismos suficientes para asegurar el debido cumplimiento de estos derechos.

También hay que tener en consideración que el concepto de derechos sociales engloba varias categorías de derechos como los derechos laborales, derechos a obtener prestaciones sociales u otros derechos como el derecho a una vivienda, así como otros derechos proclamados por el PIDESC y el CUDH, así como los derechos sociales recogidos en la CE. En este sentido, ¿todos los derechos sociales deben positivizarse o solo algunos?

Respecto a esta pregunta, también hay que cuestionarse, si el hecho de positivizar un derecho lo convierte directamente en un derecho exigible y oponible a terceros con total efectividad. La diferencia estriba en conocer si se tratan de derechos de exigencia inmediata, es decir, no necesitan desarrollo legislativo, como de los derechos fundamentales y libertades públicas (artículos 14 al 30 CE) o, si por el contrario, se trata de principios rectores de la política social y económica, como es el caso de la mayoría de los derechos sociales en España. En este sentido, la naturaleza no justiciable, o débilmente justiciable, de los derechos sociales es un dogma aceptado voluntariamente en el canon por la doctrina y el juez. Hay una variedad de razones: a menudo se destaca la ausencia de un juez o un procedimiento contencioso para garantizar el derecho. Asimismo, los tratados internacionales que proclaman los derechos sociales (PIDESC, Carta Social Europea³, Organización Internacional del Trabajo (OIT)) no han sido dotados durante mucho tiempo de cuerpos contenciosos o cuasi contenciosos que pueden ser capturados por víctimas individuales. Por lo tanto, esta deficiencia ayudó a justificar la idea de una peculiaridad intrínseca de los derechos sociales, cuya efectividad era más probable que se evaluara mediante informes estatales que mediante denuncias individuales (Roman, 2012).

En vista de lo anterior, bajo mi punto de vista, la necesidad de positivizar los derechos sociales depende de lo que se pretenda conseguir. Si se pretende conseguir el cumplimiento efectivo y que dichos derechos sean tutelables judicialmente incluso que un particular pueda ir en contra del Estado por su incumplimiento, entonces la positivización de estos derechos es el único camino. A *sensu contrario*, si estos derechos sociales son considerados como una declaración de intenciones o como un elemento programático que guíe las políticas públicas de un determinado gobierno, entonces no es necesario positivizar estos derechos. Además de lo anterior, respecto a la positivización, hay que diferenciar entre todos los derechos sociales ya que habrá algunos que mediante su positivización puedan ser regulados de manera que su cumplimiento sea efectivo y el Estado pueda garantizar su debido cumplimiento poniendo los mecanismos necesarios a tal efecto.

2.3. Estado actual en la Constitución Española. Modelo Constitucional

³ La Carta Social Europea (revisada) de 1996, que entró en vigor el 1 de julio de 1999, incorpora un único instrumento todos los derechos garantizados por la Carta Social Europea de 1961, su Protocolo Adicional de 1998 añade nuevos derechos y enmiendas aprobadas por los estados.

Tal y como se ha mencionado en el apartado anterior, la positivización de los derechos sociales es un elemento fundamental para que los derechos sociales puedan ser efectivamente implementados y oponible a terceros por parte de cualquier individuo. Sin embargo, como bien se ha mencionado, una cuestión es la positivización y otra muy diferente es la efectividad de esos derechos.

Dicho lo anterior, la CE aprobada en el año 1978 recoge los derechos sociales fundamentales como derechos fundamentales de la persona y los encuadra – a excepción del derecho a la educación- en el Capítulo III titulado “Principios rectores de la política social y económica”. Si bien teóricamente podríamos afirmar que el hecho de que se enumeren estos derechos en la CE ya es una suerte de positivización de dichos derechos. Sin embargo, nada más lejos de la realidad, la CE que siguió el modelo alemán optó por no reconocer a estos derechos como susceptibles de otorgar garantías de protección jurisdiccional a través del procedimiento especial sumario y preferente que diseña la constitución (Rodríguez-Arana, 2016). En este sentido, un buen número de disposiciones sociales garantizadas por la CE están descartadas para ser objeto de un procedimiento de amparo.

Como bien lo indica el título de “Principios rectores de la política social y económica”, los derechos sociales reconocidos en la CE constituyen una serie de principios que deben regir la acción política del Gobierno y del Congreso de los Diputados. Pero más allá de esta mera declaración de intenciones, no hay elementos suficientes que permitan un desarrollo efectivo de dichos derechos. Sin embargo, cabe decir que no todos los derechos sociales fundamentales han sufrido el mismo tratamiento. Los derechos sociales que tienen que ver con los ámbitos civil y político si que se han ido consagrando progresivamente como auténticos derechos constitucionales que pueden ser oponibles a terceros y cuyas garantías permiten a un ciudadano exigir estos derechos frente a un tribunal. A *sensu contrario*, los derechos sociales salvo el derecho a la educación han sido vaciados de garantías hasta el punto, según APARICIO, de perder la propia esencia constitucional. En especial, respecto a su capacidad de resistencia frente a la actuación de los poderes públicos y privados (Aparicio, 2009).

Por otro lado, también hay que tener en cuenta el contexto histórico, político y económico del momento en el cual se aprobó la constitución. En este sentido, no hay que olvidar que la CE se

aprobó en un proceso de transición a la democracia en el cual era primordial mantener una serie de equilibrios. Es por esta razón que la CE conjuga ciertos trazos sociales con elementos más liberales. Como ejemplos de lo anterior, primero, el apartado 2 del artículo 9 de la CE⁴ establece una cláusula de igualación material; segundo, la propiedad privada se ve limitada por su función social según el artículo 33⁵; y, tercero, el Estado tiene competencias para intervenir en ciertos procesos económicos con arreglo a los artículos 128 y siguientes de la CE. Por otra parte, respecto a los trazos más liberales podemos ver, en primer lugar, lo que dispone el artículo 38⁶ que viene a poner en el centro la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado; en segundo lugar, el derecho de los empresarios a adoptar medidas en el supuesto de un conflicto colectivo con arreglo al apartado 2 del artículo 37⁷; y, en tercer lugar, la poca presencia de formas de democracia participativa (Gil, 2020).

En vista de lo anterior, huelga decir que en el momento en el que se aprobó la CE existía una tensión patente entre dos formas de entender y de defender los derechos sociales, lo que ha resultado en una constitución en la cual se nombran los derechos sociales como mera declaración de intenciones, exceptuando algunos derechos con tintes civiles y políticos o el derecho a la educación que si que ha sido desarrollado posteriormente mediante leyes y reglamentos. Por tanto, respecto al modelo actual de constitución, estamos ante un texto legislativo que reconoce que la acción de los poderes públicos debe basarse en el respeto y en el fomento de los derechos sociales pero que no les otorga una efectividad que permita a los individuos tener garantías judiciales y exigir estos derechos.

⁴ **Artículo 9.2. de la CE:** “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”

⁵ **Artículo 33 de la CE:** “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.”

⁶ **Artículo 38 de la CE:** Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

⁷ **Artículo 37.2 de la CE:** “Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad.

2.4. ¿Qué es el principio o cláusula del Estado social?

La cláusula del Estado social es un concepto que viene a decir que el Estado no debe únicamente limitarse a corregir las disfunciones más graves del mercado y de la sociedad civil. Por ende, el Estado debe asumir la responsabilidad de conformar el orden social en el sentido de promover y de tomar las medidas adecuadas para que progresivamente se vayan igualando todas las clases sociales. Asimismo, el Estado debe poner todas las medidas a su disposición para garantizar que todos sus ciudadanos tengan acceso a cierto nivel de bienestar económico, el disfrute de derechos culturales y otros elementos necesarios para tener unas condiciones de vida dignas (Valerio Jiminián, 2015).

La base legal de la llamada cláusula del estado social se encuentra en el artículo 9 apartado 2 de la CE, el cual viene a decir que los poderes públicos tienen la responsabilidad de promover las condiciones adecuadas para dotar de efectividad la libertad y la igualdad entre individuos. También, se reconoce la obligación para el Estado de promover la participación activa de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural removiendo los obstáculos que impidan o dificulten dicha participación.

Sin perjuicio de lo anterior, la cláusula del estado social no es una novedad de la CE, sino que el origen de una constitución que reconoce y consigna derechos sociales fue la Constitución de Querétaro (México) 1917, no obstante, acabó tratándose se una declaración más nominal que efectiva por no tener un soporte que garantizase las garantías sociales por completo. Posteriormente, con la Constitución de Weimar de 1919 y, posteriormente, la Constitución Española de 1931 así como otras constituciones posteriores se fundan las bases de la cláusula del Estado Social tal y como la conocemos. Si bien, la idea de un Estado social propiamente dicho tiene su origen también en Alemania siendo VON STEIN uno de sus precursores (Villar Borda, 2007). Según VON STEIN, el fin principal de la administración es la solución del problema social mediante la protección y asistencia a los más débiles. Esto supone una ruptura frente a otras concepciones de Estado según las cuales el Estado debía ser un mero recaudador de impuestos. Por otra parte, según VILLAR BORDA, se debe entender como Estado social aquel que acepta e incorpora al orden jurídico, a partir de la propia Constitución, derechos sociales fundamentales

junto a los clásicos derechos políticos y civiles. Además, desde el año 2000, se habla también del deber de incluir otros derechos sociales llamados de segunda y de tercera generación (Villar Borda, 2017).

En vista de lo anterior, se puede decir que la cláusula del estado social constituye un reconocimiento en la CE de los derechos sociales y de la obligación del gobierno de basar sus acciones con vistas a eliminar la desigualdad entre sus conciudadanos y asegurando unas condiciones de vida digna a cada individuo. Esta cláusula tiene implicaciones jurídicas ya que, por ejemplo, el Congreso de los Diputados no podría aprobar una ley o un reglamento que pudiera ser discriminatorio o pudiera ir en contra de alguno de los derechos sociales que emanan de la CE. Sin perjuicio a lo anterior, existen dos cuestiones que vale la pena apuntar respecto a la cláusula del estado social. En primer lugar, teniendo en cuenta que la CE se aprobó en 1978 y no ha sido profundamente modificada desde entonces cabría plantearse la posibilidad de incluir nuevos derechos sociales que con el paso del tiempo se han convertido en derechos fundamentales. Y, en segundo lugar, en relación con lo anterior, también habría que preguntarse si una modificación podría también dotar a estos derechos de contenido material, en el sentido de hacer responsable al Estado o a terceros por el incumplimiento de los derechos sociales.

2.5. Discurso de la escasez

Tal y como hemos ido desarrollando a lo largo del trabajo, existe una cierta tensión entre la visión de los derechos sociales como meros propósitos morales en virtud de los cuales el gobierno debe desarrollar sus acciones y la visión en virtud de la cual los derechos sociales, en tanto que derechos, deben ser oponibles a terceros y tener las suficientes garantías judiciales para su defensa ya sea frente al propio Estado o frente a terceros.

Teniendo en cuenta, como hemos visto en los dos últimos apartados, que España siguiendo la tradición alemana y debido al contexto en el cual se aprobó la constitución optó por establecer los derechos sociales fundamentales en su constitución sin otorgarles un poder material. La ejecución de los mismos vendrá determinada por una situación económica y política determinada. Esto significa, que en determinadas circunstancias existirá una imposibilidad de ejecutar los derechos

debido a que no se puede hacer frente a los mismos (los derechos de primera generación son más caros y, por ende, no siempre podrán ser ejecutados). No obstante, esto no significa que el Estado pueda simplemente ignorar lo establecido en la Constitución. El Estado tiene la obligación de llevar a cabo las políticas públicas necesarias para conseguir lo que se pretende en virtud de lo establecido en la propia CE (Celis Vela, 2015).

Sin querer entrar en detalle en cuestiones que veremos más adelante en este trabajo, una cierta tensión entre las exigencias del desarrollo económico y los propósitos ético-morales que desprenden el desarrollo de los derechos sociales en busca de la igualdad entre humanos y de que cada persona viva en condiciones dignas ha propiciado ciertos discursos políticos que pretenden establecer condiciones jurídicas mínimas para la aplicación de los derechos sociales.

En relación con el discurso de la escasez y de acuerdo con la tensión descrita en el párrafo anterior, discursos políticos han justificado el hecho de no desarrollar ciertos derechos sociales fundamentales basándose en el hecho de la escasez de recursos públicos para hacer frente a la inversión que conllevaría regular estos derechos. La última crisis económica padecida en el mundo que tuvo un impacto muy importante en España es buena muestra de lo anterior. Teniendo en cuenta el panorama de la crisis en el cual la destrucción de empleo ocasionó una recesión que tuvo una especial incidencia en los hogares con menos renta, el papel del Estado en cuanto a garante de los derechos sociales más básicos resulta fundamental (Díaz Méndez, García Espejo, & Otero Estévez, 2018). Sin embargo, el Estado basándose en el discurso de la escasez de recursos fue incapaz de garantizar cuestiones tan básicas para la vida humana como la alimentación y la vivienda, ambos derechos reconocidos constitucionalmente.

En vista de lo anterior, se puede decir que el discurso de la escasez ha sido un arma muy útil para los gobiernos para justificar el hecho de no desarrollar de manera adecuada los derechos sociales dispuestos en la Constitución. Como hemos venido diciendo a lo largo del trabajo, la falta de tutela judicial efectiva permite que mediante discursos de este tipo se releguen los derechos sociales como el derecho a la vivienda a simples palabras vaciadas de cualquier contenido.

3. EL MERCADO Y LOS DERECHOS SOCIALES

3.1. ¿Cuál es la relación entre la regulación y el liberalismo?

A lo largo del trabajo se ha ido mencionando que existe una cierta relación de tensión entre el liberalismo y los derechos sociales. En este sentido, como ya hemos mencionado la efectividad jurídica de los derechos sociales requiere de una amplia regulación que dote de garantías jurídicas a dichos derechos.

La necesidad de una regulación choca frontalmente contra la teoría liberal que trataremos a continuación y que apuesta por un mercado sin interferencia y en contra de la regulación. Para empezar, el liberalismo económico es una teoría económica derivada del liberalismo político, surgida durante la Ilustración, en el siglo XVIII. Afirma que la economía da los mejores resultados para la sociedad en su conjunto cuando no hay intervención del Estado. El padre del liberalismo económico, Adam Smith, sostenía que el mercado se regula a sí mismo, mediante una mano invisible que regula la economía y las fuerzas de la oferta y la demanda. El estado solamente interviene como defensor de esta libertad económica (Smith, 1776).

Respecto al concepto de regulación, no se debe entender como un cuerpo homogéneo sino como un cuerpo heterogéneo. Es decir, ni toda la regulación será negativa para la economía de mercado ni la ausencia total de regulación es positiva, dependerá del tipo de regulación que se apruebe y de su contenido. En este contexto, tiene especial importancia el contraste entre, por un lado, la regulación como intervención en los procesos de mercado y, por el otro, la regulación como marco de los procesos de mercado, en el sentido de circunscribir los términos en los que pueden desenvolverse los procesos de mercado (Kirzner, 1985). La diferencia que resulta relevante aquí, y que puede describirse como regulación mediante órdenes vs. regulación mediante reglas, es la que se pasa por alto cuando el término "regulación" se aplica, sin ulteriores matices, a "la imposición de techos y suelos de precios"; a "especificaciones de calidad"; a "la prohibición de una fusión" a "los esfuerzos regulativos para legislar precios u otros niveles de equilibrio"; a las medidas como "las leyes sobre trabajo infantil", o las regulaciones relativas a "los efectos colaterales (la contaminación, la propagación de enfermedades o la exposición de los jóvenes a la pornografía, etc.) generados por la actividad incontrolada del mercado". Ciertamente, se puede

elegir usar el término "regulación" de esta manera tan amplia, pero cuando se trata de diagnosticar los perjuicios de "la regulación gubernamental en los procesos de mercado", este uso indiscriminado puede resultar engañoso con mucha facilidad (Vanberg, 2002).

En otras palabras, según el liberalismo económico el papel del Estado debe ser secundario dejando total libertad a los individuos y a los mercados de autorregularse de manera propia. En este sentido, el Estado debe intervenir lo estrictamente necesario sin entrar a regular cuestiones que se pueden autorregular gracias al mercado. Tal y como se ha mencionado en este trabajo, el texto de la CE consta de elementos propios liberales tales como la defensa de la economía de mercado, la libertad de empresa y la defensa de la propiedad privada. En cambio, también encontramos que existe una defensa de los derechos sociales, derechos que según la teoría liberal económica se autorregularían por las necesidades del mercado.

3.2. Consecuencias de la irrupción de los mercados globalizados sobre la regulación de los derechos sociales

La globalización es un fenómeno económico, político, tecnológico, social y cultural que tiene efectos a escala mundial. Se trata de un proceso en el cual los países, y en general las personas, están interconectados. En este nuevo escenario, el flujo de información, capitales y personas funciona de forma rápida y con bajas restricciones.

Como consecuencia de este proceso, uno de los efectos económicos más importantes ha sido el incremento de la importancia de empresas transnacionales, aumentando el número de fusiones, alianzas y filiales internacionales e incrementando la apertura de centros de fabricación alrededor del mundo. Uno de los efectos de esta expansión se observa en los derechos sociales, específicamente relacionados al derecho del trabajo y la protección social, afectando directamente la cantidad de trabajo disponible, las condiciones de trabajo ofrecidas y la estabilidad laboral.

La instalación de empresas multinacionales a lo largo de los países como consecuencia de los procesos de globalización ha creado un obstáculo para muchos en referencia al control de los derechos sociales, y ha hecho mucho más difícil para los gobiernos poder garantizar estos

derechos. Se ha generado así, desde el punto de vista jurídico, una erosión de los mecanismos y fuentes de derecho cuya función era la de garantizar los derechos fundamentales y una debilitación de los instrumentos públicos de regulación en beneficio de estos.

Se evidencia de esta manera que el nuevo marco global no ha fomentado la garantía de los derechos sociales, por el contrario, sus efectos han erosionado los mecanismos que habían sido creados para su protección.

3.3. Universalidad y el discurso de la escasez

El principio de Universalidad de los derechos se refiere a la obligación de los Estados de proporcionar, a través de sus políticas, un goce de derechos a todos los habitantes del país y hace referencia al aspecto de la titularidad de los mismos. Este principio es además uno de los principales rasgos que se atribuyen a los derechos humanos, sin embargo, cuando se analiza la universalidad en un contexto de derechos sociales y económicos la doctrina discrepa en mantenerlo, alegando que las consecuencias que se generarían de este tipo de políticas públicas serían muy perjudiciales. Algunos de los argumentos más comunes que apoyan la no universalidad de los derechos sociales son aspectos como la escasez, las consecuencias fiscales, el sentido de injusticia, la clasificación de los derechos como derechos específicos o derechos de prestación.

Algunos autores como María José Añón, afirman que la concepción estándar de los derechos sociales se asienta en la idea de que estos son distintos al resto de derechos humanos, utilizando un proceso de sentido común jurídico y doctrinal (Añón, 2008). Sin embargo, según Carlos Lema, los derechos sociales son para todos, y no solamente para aquellos que más los necesitan (Lema, 2009).

Como se puede observar el discurso respecto a la universalidad y la escasez incluye más la simple decisión, por ideología, de apoyar uno u otro. Se observan aspectos jurídicos dentro de los cuáles se debate si los derechos sociales son o no derechos fundamentales y también aspectos

económicos, que ponen en tela de juicio la viabilidad de los derechos sociales si son tratados como universales, específicamente como resultado de la escasez de los recursos económicos del Estado.

Tal como se trató anteriormente, existen diversas discusiones respecto a la universalidad de los derechos sociales, por una parte está la discusión de la universalidad desde un punto de vista de juicio moral o universalidad moral, y por otra la universalidad desde su acepción de universalidad respecto a los titulares de derechos.

Lema Añón, por su parte comenta que a pesar de las distintas formas de desacuerdo que se presentan respecto a la universalidad de los derechos sociales, la universalidad desde un aspecto moral no está en tela de juicio en la mayoría de los debates. La universalidad desde una perspectiva moral vendría a ser una condición necesaria desde un punto de vista formal para los derechos humanos, dentro de los que se incluyen los derechos sociales, ya que hace referencia a la adopción de los derechos que evita las categorías discriminatorias.

La definición de universalidad desde el punto de vista de la titularidad de los derechos es por tanto el aspecto que genera más discusión, ya que se objeta su categorización como universales respecto a la titularidad al no ser derechos de todos, ya que sus titulares son solamente algunos. En palabras más simples, este debate defiende, por una parte la universalidad moral de los derechos sociales, pero por otra la limitación de derechos solamente a algunos titulares. Un ejemplo, desde un punto de vista judicial sería la capacidad de un individuo de poder reclamar formalmente al Estado de uno de estos derechos sociales, si el individuo cumple con requisitos relacionados a ingresos económicos, situación de vulnerabilidad entre otros, estaría en posición de un reclamo formal, pero un individuo de una posición económica muy alta, no podría hacer una reclamación al Estado, ejemplificando el sentido de limitación de la universalidad como titularidad.

En relación con el discurso de la escasez, éste se enfoca en argumentar que la materialización de los derechos sociales dependerá de las siguientes situaciones: económica, política, y en último lugar, ideológica. Tal y como hemos visto en el apartado relativo al Discurso de la Escasez, existen derechos como son los de primera generación que son más caros a la hora de materializarlos y, por tanto, dependerán de los recursos económicos del Estado. Es decir, la total efectividad de los

derechos dependerá de que el estado disponga de los recursos necesarios para una buena administración. Esto plantea la cuestión del choque entre obligaciones financieras del Estado y obligaciones de derechos humanos. En este sentido, un Estado podrá otorgar derechos sociales de calidad a todos sus ciudadanos en función de la situación que se viva en cada momento.

El argumento de la escasez en contra de la universalidad viene determinado tal y como hemos indicado antes, por la materialización de dichos derechos. Esto significa que, si todos los seres humanos son titulares de derechos humanos, porque hay algunos que no van a poder disfrutar de la totalidad de estos. Además del coste de materialización de los derechos, ahora indicaremos que los derechos sociales están ligados también al fenómeno de las crisis fiscales. Sin embargo, se especifica que este análisis debe ser analizado muy a fondo debido a que las crisis fiscales no serán solo el resultado de otorgar derechos sociales a todos los ciudadanos, sino que existen otras variables que generan que los países incurran en situaciones de fiscalidad consideradas críticas (Lema, 2009). Además, es necesario entender que una crisis fiscal puede ser también el resultado de una crisis general de legitimación o una crisis política.

3.4. Los efectos de la crisis económica en relación con los derechos sociales

A lo largo de este trabajo, hemos tenido la oportunidad de observar cómo en España algunos de los derechos sociales fundamentales regulados en nuestra carta magna no tienen una tutela judicial efectiva, sino que son más bien una serie de derechos que el Estado debe respetar a la hora de ejecutar sus políticas públicas. En este sentido, el discurso de la escasez propio de tiempos de crisis sirve como excusa a los Estados para no regular ni poner los mecanismos adecuados para garantizar plenamente dichos derechos.

Buen ejemplo de lo anterior fue la crisis económica sufrida en España entre finales de los años 2000 y principios de los años 2010. Esta crisis, supuso una caída en la prestación de los servicios públicos y un descenso de la inversión pública hasta mínimos históricos. Según se desprende del análisis del Defensor del Pueblo, los gastos en vivienda, salud y educación crecieron hasta 2009,

ejercicio en el que sumaron conjuntamente el 12,7% del PIB. En 2016 bajaron al 10,5% del PIB. El gasto público sanitario cayó en ese periodo en 5.341 millones de euros y el ajuste en el gasto público en educación fue de 4.778 millones. Este retroceso no se ha compensado con nuevas políticas sociales, ni con mejoras de las ya existentes. Por ello, y para paliar la pérdida de calidad de servicios tan esenciales como los sanitarios, educativos y asistenciales, la Institución considera necesario reformar de manera urgente el actual sistema de financiación de las Comunidades Autónomas (Defensor del pueblo , 2018).

El crecimiento de la desigualdad se agudizó durante la crisis por la pérdida de empleo y por políticas públicas que no han favorecido la igualdad, como han sido las de recuperar competitividad vía salarios y la contención del déficit público con incidencia en prestaciones sociales. En este sentido, teniendo en cuenta lo establecido en el apartado 1 del punto 3 de este trabajo, se optó por una regulación que favoreciera el mercado (que supuestamente se autorregula) para intentar recuperar el crecimiento económico. Además, el mercado de trabajo español tiene características que potencian la desigualdad, como son la fragilidad del empleo, las elevadas tasas de temporalidad y la evolución de los salarios. Ello afecta especialmente al empleo de jóvenes y mujeres.

En relación con la dependencia, la crisis económica y las medidas adoptadas frente a la grave situación financiera y presupuestaria de las Administraciones Públicas también han dificultado la implantación de la Ley de Dependencia. En este sentido, parece necesario mejorar el sistema de financiación actual y garantizar la incorporación de las personas en espera. Igualmente, hay que lograr la recuperación y sostenibilidad del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) y que los esfuerzos financieros de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas sean equivalentes (Defensor del pueblo, 2018).

En cuanto a la vivienda, derecho social fundamental regulado en la Constitución, uno de los efectos sociales más nocivos de la crisis han sido los desahucios. En este sentido, se debe insistir en que hay que seguir trabajando para reforzar la protección al hipotecado y es que hay tener en cuenta que el procedimiento de ejecución hipotecaria sigue siendo una realidad en España. Asimismo,

aún se está lejos de sistemas vigentes en otros países europeos, donde es posible una “segunda oportunidad” para el prestatario moroso, en especial para el insolvente sobrevenido de buena fe. Por último, hay que apuntar la necesidad de reforzar la oferta de viviendas sociales de alquiler y aboga por establecer registros actualizados de las demandas de viviendas en cada ayuntamiento y realizar convenios con entidades financieras. En vista de lo anterior, huelga decir que el Estado no está cumpliendo su papel de garante del derecho fundamental a una vivienda digna. Y es que, en tiempos de crisis, y con la dificultad de obtener recursos para financiar políticas públicas, estos problemas se agudizan.

Y es que, hay que recordar, que uno de los mecanismos que adoptó el gobierno para salir de la crisis fue rescatar a los bancos y hacer recortes de diversa índole pero que tuvieron una gran importancia en relación con las políticas sociales. En otras palabras, se optó por salvar la economía en vez de respetar y garantizar derechos sociales fundamentales regulados en la Constitución. Los problemas son la falta de positivación y la falta de garantías y de tutela judicial efectiva para con estos derechos. Como última reflexión, los derechos sociales fundamentales no deben ser negociables y la economía de mercado tal y como la conocemos debe evolucionar hacia un lugar en el cual pueda convivir con los derechos sociales y no menoscabarlos cada vez que haya una crisis económica como la padecida hace algunos años.

4. DERECHO A LA EDUCACIÓN EN TIEMPOS DE CRISIS

El derecho a la educación es un derecho humano, fijado en los marcos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el Convenio de los Estatutos de los Refugiados de 1951, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en 1979, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, siendo el convenio que más ratificaciones ha recibido, exceptuando dos estados (Estados Unidos y Somalia) y se encuentra también la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño de 1999, en la Convención de la UNESCO Contra la Discriminación en la Educación de 1960, entre otros instrumentos jurídicos (Herrera, 2011).

Hay que tener en cuenta que millones de niños no pueden asistir a la escuela debido a conflictos, desastres naturales y pandemias, y su número desgraciadamente está en crecimiento. En los países afectados por crisis que pueden ser de diferente índole, el riesgo de no ir a la escuela es el doble que el de los niños que viven en otros países.

Como agencia líder de las Naciones Unidas para la educación, la UNESCO desempeña un papel activo en la promoción de una educación de calidad para toda la vida para todos, niños, jóvenes y adultos, tanto en respuesta de emergencia como en relación con la reconstrucción a largo plazo. La acción de la UNESCO en esta área se basa en la Agenda Educación 2030, cuyo objetivo es “diseñar sistemas educativos que sean más resistentes y reactivos a los conflictos, los disturbios sociales y los riesgos naturales, y asegurar que la educación continúe funcionando en situaciones de emergencia, durante conflictos y en períodos posteriores (UNESCO, 2018).

Con relación a una emergencia absoluta, cuando las comunidades lo han perdido todo, la educación sigue siendo la primera prioridad para las familias. Por lo tanto, la UNESCO contribuye a fortalecer los sistemas educativos en tiempos de crisis, con el objetivo de enviar mensajes a los niños y sus familias que puedan salvar vidas; proteger a los niños y jóvenes de ataques, abusos y explotación; fortalecer la consolidación de la paz; y proporcionar a los niños seguridad física y psicológica. Invertir en educación en tiempos de crisis ayuda a desarrollar la resiliencia y la cohesión social en las comunidades, desempeñando un papel fundamental en la reconstrucción sostenible (UNESCO, 2018).

En vista de lo anterior, se puede afirmar que el derecho de acceso a la educación es uno de los derechos sociales más fundamentales. De hecho, se trata de uno de los derechos en virtud del cual el Estado ha tenido una intervención mayor y ha tenido una mayor inversión. En este sentido, el Estado ha hecho todo lo posible para poner en marcha los mecanismos necesarios para que cada niño acceda a una educación pública, gratis y de calidad. Y, aunque, en tiempos de crisis y siguiendo con el discurso de la escasez, el gasto en educación se recortó, la buena posición de España con respecto a otros países del mundo en cuanto al respecto del derecho a educación es una realidad.

5. DERECHO A LA SANIDAD.

Una vez hemos analizado en el presente trabajo el derecho a la educación, daremos una segunda visión a otro derecho social como es la sanidad. Y es necesario destacar, que para algunos juristas el derecho a la asistencia sanitaria constituiría por su propia naturaleza, y sin obviar determinadas restricciones, un verdadero derecho.

Indica LORA que, a pesar de la amplitud del propio derecho, no asegura la felicidad individual, siendo un derecho cuya regulación no puede ser derivada sobre una generalidad de individuos, ya que, para una correcta regulación se exige una pericia y conocimiento técnico especial⁸.

Todos los fundamentos de dicho derecho se encuentran regulados en el artículo 43 CE “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud; 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto; 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio”. Hemos de establecer como hecho relevante que el artículo 43.2 CE no solo habla del derecho a la protección de la salud, sino del derecho y el deber de todos a la protección de la salud, y en ese deber de todos, llegamos a dos terrenos que son: el de las recomendaciones y por otro lado el desarrollo de ese deber genérico de colaboración que tenemos todos en la protección de la salud pública, derivando en la creación de una conciencia social por el presente tema.

Por tanto, y en función de la amplitud y pericia necesaria para abordar el derecho a la sanidad en su totalidad, nos centraremos en la asistencia sanitaria ya que podría tener una consideración en cuanto a derecho derivado de la protección de la salud. Por ello, en un ámbito jurídico definiríamos el derecho a la asistencia sanitaria como la recepción de una prestación realizada por profesionales

⁸ LORA P.; ZUÑIGA FAJURI A.(2009), El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de justicias distributivas, Iustel, Biblioteca Jurídica Básica, pp 197-198.

del ámbito sanitario con el objetivo de recuperar la salud de una persona. Es decir, cuando abogamos por el derecho de asistencia sanitaria nos referimos a que el Estado tenga las capacidades necesarias o un mecanismo que garantice dichos servicios curativos.

A continuación, realizaremos un breve acercamiento a la gestión del Ejecutivo en época de crisis sanitaria abordando distintas cuestiones filosóficas. ¿Hubiese sido posible mediante una mejor previsión de la pandemia haber realizado medidas que afecten en menor manera a los derechos fundamentales de las personas? ¿Medidas como el pasaporte inmunológico o la geolocalización nos hubiesen ayudado a mejorar la situación actual? ¿Existen determinados grupos de personas que han visto vulnerados sus derechos por no haber sido atendidos por el personal sanitario? ¿Existen ciertas fronteras éticas para determinar si a una persona se le aplicaran pruebas o por el contrario se mandará a casa? ¿Cuáles han sido los factores determinantes para decidir si una persona era asistida en los centros de salud y/o hospitales o no?

Tras 3 meses de Estado de Alarma en España se ha alcanzado un nivel importante en cuanto a muertes y total de contagiados, por lo que se puede definir como una catástrofe humanitaria a nivel mundial, que impactará en distinta medida a los países afectados. Nosotros para dar respuesta a la pregunta suscitada nos centraremos en el impacto que ha tenido en España, tanto el Covid-19, como las medidas llevadas a cabo por el Gobierno para la minimización de los daños.

En primer lugar, creo que es necesario preguntarse si una previsión más acertada de la catástrofe hubiese sido de ayuda de cara a las medidas que han sido implantadas por el ejecutivo durante la evolución de la pandemia. Tras un primer informe alarmando por la situación que estaba viviendo China a 31 de diciembre 2020, y un posterior incremento del número de contagiados en Italia, con un buen informe de prevención y minimización de daños la situación hubiese afectado de distinta manera al derecho a la salud y al derecho a la vida de muchas personas.

A tenor del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966: *“1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.”

En segundo lugar, mantendremos una postura alejada de aquellos que han pretendido la instauración de un pasaporte inmunológico. Cuando se plantea dicha postura, es necesario preguntarse cuales son los requisitos necesarios para confiar en esta medida, y solo hay que partir de la base mencionada anteriormente (falta de previsión por parte del Ejecutivo para la regulación de la pandemia), ya que sin medidas Test Masivos a la población, y test que no cumplieran los criterios de homologación requeridos por la UE ¿Cómo vamos a confiar dicha medida? ¿Cuál ha sido la ponderación entre los intereses del ejecutivo y los intereses comunes de la población? Ya que como indicamos al inicio del presente trabajo: “Asimismo, los derechos sociales fundamentales no están vistos como verdaderos derechos que puedan gozar de una tutela judicial efectiva y en virtud de los cuales un ciudadano pueda reclamar judicialmente a cualquier entidad pública o privada sobre su incumplimiento. Sino que, más bien, el objetivo principal es obligar a los gobiernos a actuar respetando unos principios y que su acción no se aleje del respeto de dichos principios.”

También se ha comentado acerca de la geolocalización, siendo una medida que da lugar a discriminaciones y afecta a la intimidad de las personas. Ambos puntos tendrán distintas interpretaciones, pero lo que hay que preguntarse realmente en lo siguiente: ¿Son ambas medidas estrictamente necesarias (principio de necesidad, principio de subsidiariedad y principio de proporcionalidad si no podemos salvar la sanidad con otras medidas)?

Ambos son medidas en estos momentos que limitarían y restringirían derechos, preocuparían a la población cuando no está comprobado que sean estrictamente necesarias y que haya que acudir a ellas.

5.1. ESTADO DE ALARMA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Este estado de alarma nos obliga a cuestionarnos ciertos aspectos que no nos hubiésemos preguntado hace un tiempo. ¿Hasta que punto los derechos fundamentales han estado amenazados como consecuencia del estado de alarma y las decisiones que se han tomado? ¿La cultura de la libertad y los derechos fundamentales se han encontrado en crisis?

Antes de empezar con la redacción, cabe indicar que no existe suficiente debate jurídico respecto al tema, lo que me lleva a abordarlo de manera filosófica con cuestiones de distinta índole, ya que referente al tema siempre ha existido intervención por parte de sanitarios, políticos y cuerpos de seguridad del Estado.

Otra pregunta sería si el Gobierno ha ido más allá de las previsiones de la LO 4/1981 que regulan los estados de Alarma, Excepción y Sitio. ¿Se han respetado los criterios de proporcionalidad y necesidad a la hora de adoptar decisiones por parte del gobierno?

Por tanto, ante este déficit de debate entre los juristas, empezaremos comentando que el presupuesto de partida es que la semana del 9 de marzo se vivieron circunstancias extraordinarias originándose una alteración de la normalidad, una situación que hacía imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes. El Gobierno se adecua a una situación de crisis sanitaria para la determinación del estado de Alarma. Cualquier estado excepcional en cualquier constitución provoca una incidencia directa sobre el núcleo duro o contenido esencial del Estado Constitucional democrático (la separación de poderes y la garantía de los derechos). Es evidente que nuestro Estado de Alarma confiere una concentración de poderes que normalmente no puede ejercer el Gobierno produciéndose un desequilibrio en el poder del ejecutivo. Adicionalmente, los derechos fundamentales se ven afectados claramente, y aunque la Constitución alude a la suspensión de derechos en su artículo 55 CE solo para los Estados de Excepción y Sitio, no lo hace para el Estado de Alarma ni tampoco en el artículo 116 CE que alude a estos tres derechos individualmente. Por tanto, se han visto afectados como consecuencia del Estado de Alarma determinados aspectos esenciales del estado Constitucional democrático como

es la afectación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales. ¿Se puede decir que los ciudadanos españoles han vivido un arresto domiciliario generalizado? No, aquí no ha habido un toque de queda permanente que afectara a toda la población y que se refiriera a las 24 horas del día, y no ha habido afectación en ningún caso al derecho personal de la libertad personal, aunque se han cometido excesos. Podría decirse que el Estado de Alarma es inconcebible sin que los derechos fundamentales paguen un precio.

Hay que darse cuenta que la salud pública es un título con una larga tradición (ya hemos hecho un acercamiento anteriormente), y es que en determinadas ocasiones se ha dotado a los poderes públicos de capacidad para limitar los distintos derechos humanos con el objetivo de proteger la salud de la población. No hay que olvidar que la salud de la población, la jerarquía como bien jurídico que tiene deriva de la imposibilidad de plantear una tutela eficaz de este bien jurídico desde una perspectiva individual. Estamos hablando, por tanto, de un objetivo que nos cubre a todos y que por tanto hace que sea necesario en ocasiones utilizar poderes que van a ser muy incisivos y que pueden restringir como es en este caso derechos fundamentales. Esta idea de apoderar al Poder Público para proteger al resto de la población se suele referir con una cláusula “*Salus Publica Suprema Lex*” que, a pesar de ser muy imprecisa, de alguna manera nos indica que en ocasiones es necesario restringir o limitar derechos fundamentales en virtud de esta. Es cierto que en un episodio de las características que estamos viviendo, la salud pública se convierte en un título que legitima la restricción de derechos fundamentales con un grado de jerarquía y de intensidad muy notable tanto en vertical como horizontal, ya que hemos descubierto con la presente crisis que la salud pública puede llamar a las puertas de muchos derechos fundamentales con el objetivo de proteger la salud de la población. Dificultades de proporcionalidad, ya que trabajar con salud pública implica hacerse cargo de lo difícil que es atinar con medidas proporcionales por la propia jerarquía del bien jurídico que vamos a proteger, pero también por las circunstancias que reclama normalmente la protección de la salud pública, ya que en ocasiones posee un carácter de urgencia, y en otras ocasiones incluso actuaciones preventivas. Por todo esto, hay que entender que los ajustes de proporcionalidad son muy difíciles.

Cuando adoptamos medidas de salud pública con carácter masivo, hay que entender la dificultad de garantizar la plena efectividad de esas medidas y eso hace que entren en juego ciertos mecanismos complementarios a los cuales hay que prestar mucha atención por ejemplo todo el

flanco del régimen sancionador para hacer efectivas todas estas medidas. Esta dificultad para garantizar la plena efectividad hará que deriven en fronteras éticas. Es cierto que las medidas que se adoptan para proteger a la población del Covid-19, nos llevan a veces a las fronteras de lo ético ¿Habría que adelantar el uso de vacunas que se encuentran en fases experimentales? Son situaciones que nos sitúan en el borde del carácter ético.

Tras lo comentado anteriormente, es necesario hacerse la siguiente pregunta: ¿Esta afectación de derechos es una mera restricción de derechos o es una mera suspensión en algunos casos? Se ha utilizado el Estado de Alarma y surgen dudas acerca de si es un paraguas constitucional suficiente para una restricción o una limitación de estas características y aquí las respuestas han sido varias. Es evidente que el derecho a la sanidad se ha visto perjudicado, porque como hemos comentado anteriormente, gran parte de la población ha visto negado su derecho a recibir asistencia sanitaria por la insuficiencia de material sanitario que tenían los hospitales, por ejemplo. Puede ser que hubiésemos sufrido un menor ataque a nuestros derechos si nos hubiésemos encontrado ante un confinamiento menor, o se hubiesen establecido instrumentos de control de la pandemia como la posibilidad de realizar test masivos. Esto quiere decir que la intensidad o restricción de los derechos fundamentales depende de las estrategias y los sistemas para hacer frente a la pandemia. Considero que no tengo una actitud cerrada respecto a la situación que nos ha tocado vivir, pero seguramente hemos ido más allá de la mera restricción de derechos.

6. CONCLUSIONES

Hablar de derechos sociales fundamentales es hablar de una serie de derechos heterogéneos que se han ido configurando a lo largo del tiempo. El embrión de los derechos sociales fundamentales

como los conocemos en la actualidad son los derechos nacidos a raíz de la Revolución Francesa. En ese momento, se cuestiona el poder absolutista que estaba ejerciendo el monarca y se pregona la libertad del individuo y los derechos que le son inherentes por su condición de humano. Tras la revolución francesa, algunos derechos fundamentales se fueron desarrollando durante finales de siglo XIX y principios XX gracias a la Revolución Industrial. Concretamente, los derechos en relación con los trabajadores. Asimismo, fue durante principios de siglo XX con la llegada del constitucionalismo que se fueron reconociendo derechos sociales a los individuos en las constituciones. Este reconocimiento, lejos de querer dotar de garantías jurídicas y de una tutela judicial efectiva a estos derechos, se consideraba suficiente con nombrarlos teniendo en cuenta que el gobierno debería velar y ejercer sus acciones teniendo en consideración dichos derechos.

Tras la Segunda Guerra Mundial, se aprueba la DUDH en la cual aparecen los derechos sociales que conocemos en la actualidad. Como bien se ha mencionado en el párrafo anterior, cuando hablamos de derechos sociales hablamos de derechos heterogéneos. Es por esto por lo que, hablar de derechos sociales de forma amplia pueda llevar a confusión sobre todo cuando hablamos de la necesidad de positivizar dichos derechos, máxime teniendo en cuenta la evolución de los derechos sociales desde la DUDH y con la llegada de derechos de segunda y de tercera generación.

Sin perjuicio de lo anterior, los derechos sociales pueden ser definidos conceptualmente como aquellos derechos que buscan proteger a los más desfavorecidos económicamente hablando. Son aquellos derechos que buscan que los seres humanos puedan desarrollarse con igualdad de condiciones y asegurar que todos los ciudadanos independientemente de su poder socioeconómico puedan tener una vida digna. A modo de ejemplo, estamos hablando de los derechos de los trabajadores, del derecho a tener una vivienda digna o del derecho a acceder a una educación pública de calidad, entre otros. Se trata de derechos que necesitan de un papel importante del Estado en tanto que garante de dichos derechos. El Estado debe asegurarse del debido cumplimiento de estos derechos ya sea mediante la creación de políticas públicas a tal efecto o mediante ayudas públicas.

Respecto al debido cumplimiento de los derechos sociales, huelga decir que se trata de derechos cuyo cumplimiento no es efectivo. En este sentido, la doctrina ha debatido si la positivación de

estos derechos podría ayudar al cumplimiento efectivo de éstos. En este sentido, en España, los derechos sociales se encuentran definidos en la CE de 1978. Sin embargo, ciertos derechos no han pasado de ser una declaración de intenciones que debe guiar la acción del gobierno y en virtud de los cuales no se pueden llevar a cabo acciones que contravengan dichos derechos. Más allá de esto, son pocos los derechos que sí que han gozado de una positivación amplia y han sido regulados legislativa y reglamentariamente. En cambio, otros derechos no poseen una tutela judicial efectiva en virtud de la cual un ciudadano podría reclamar sus derechos ante los tribunales. Por tanto, los derechos sociales están garantizados por la CE, algunos de dichos derechos si que han sido ampliamente regulados mientras que otros no han gozado de ese tratamiento. Sin embargo, positivizar todos los derechos sociales no garantiza forzosamente el cumplimiento de éstos.

Hay que tener en cuenta que la CE siguió el modelo alemán en virtud del cual los derechos sociales sirven para tener guiar las políticas públicas y las acciones del gobierno, las cuales deben respetar dichos derechos. Asimismo, la CE se aprobó en 1978 y su redacción final es el fruto de amplias negociaciones entre ideologías totalmente contrapuestas.

Por un lado, garantizar la eficacia de todos los derechos sociales, así como otorgar la tutela judicial efectiva de dichos derechos requiere, sin lugar a duda, una amplia intervención del Estado en muchos ámbitos, incluso una cierta intervención en los mercados. Por otro lado, teniendo en cuenta la teoría del liberalismo económico, el mercado económico no necesita de la intervención del Estado para regularse. De hecho, el liberalismo económico reniega de la regulación del Estado considerando que sólo debe intervenir en lo estrictamente necesario. Por tanto, teniendo en cuenta que el respeto de los derechos sociales requiere la intervención del Estado y el mercado según la ideología liberal considera que el mercado debe autorregularse, existe una cierta tensión entre la economía de mercado y los derechos sociales.

Teniendo en cuenta lo anterior, el discurso de la escasez ha condicionado el desarrollo de los derechos sociales o, al menos, ha servido como una excusa para retrasar dicho desarrollo. La crisis económica que impactó España provocó que el desempleo aumentara de manera muy importante generando una situación preocupante sobretodo para los más pobres. En este sentido, España optó

por atacar esta crisis mediante políticas de austeridad en las cuales se intentaba limitar al máximo posible el gasto público del Estado.

Como uno de los últimos puntos, las medidas de austeridad o el llamado discurso de escasez ha sido la excusa perfecta para los políticos de turno para evitar invertir en el desarrollo efectivo de los derechos sociales. Buen ejemplo de lo anterior fueron los desahucios provocados por la crisis económica respecto a los cuales el gobierno decidió no intervenir e ignorar la CE que dice claramente que todo el mundo tiene derecho a una vivienda digna.

Por último, podemos afirmar que los distintos derechos (principalmente la salud) se han visto afectados de manera muy directa en esta época de crisis sanitaria, donde el gobierno ha establecido medidas que podemos tildar de “agresivas” contra la libertad de los mismos.

A modo de conclusión, el debate de los derechos sociales es muy amplio y tiene muchas vertientes. En primer lugar, no queda claro si es adecuado positivizar todos los derechos sociales. Además, eso tampoco aseguraría que se cumplieran de manera efectiva y requeriría una fuerte inversión del Estado. Por otro lado, hay que ser conscientes que la economía de mercado y el capitalismo son los sistemas mayoritarios en el mundo y que se tiene que buscar un equilibrio adecuado entre la economía y los derechos sociales.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2005). El concepto de los derechos sociales fundamentales. *Cuaderno sobre derechos humanos*, 17.
- Añón, M. J. (2008). *Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartimentada*. Madrid: Dykinson.
- Aparicio, M. (2009). Los derechos sociales en la constitución española: algunas líneas para su emancipación. *Observatori DESC*, 6.
- Arango Rivadeneira, R. (2005). *El concepto de los derechos sociales fundamentales*. Bogotá.
- Cascajo Castro, J. L. (2009). Derechos sociales. *Cuadernos de derecho público* núm.37, 11-35.
- Celis Vela, D. A. (2015). Prácticas discursivas y justiciabilidad de los derechos sociales. *DialNet*, 147.
- Defensor del pueblo . (2018). *El Impacto de la crisis en los derechos sociales*. Madrid.
- Díaz Méndez, C., García Espejo, I., & Otero Estévez, S. (2018). *Discurso sobre la escasez: estrategias de gestión de la privación alimentaria en tiempos de crisis*. Oviedo: Dialnet.
- Gil, J. (4 de 05 de 2020). *Derechos sociales en la Constitución Española. Parte I*. Obtenido de la Constitución: <https://www.laconstitucion.es/blog/derechos-sociales-constitucion/>
- Herrera, M. (2011). *La educación en contextos de crisis: un reto para la coopeación internacional*. Madrid: Instituto Complutense de Estudios Internacionales.
- Kirzner, I. (1985). Discovery and the Capitalism Process. *The Chicago University Press*.
- Lema, C. (2009). Derechos sociales, ¿Para quién? sobre la universalidad de los derechos sociales . *Universidad Carlos III de Madrid*.
- Noriega Cantú, N. (1988). *Los derechos sociales, creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*. Ciudad de México.
- Raffino, M. E. (12 de febrero de 2020). *El derecho positivo*. Obtenido de Conceptos jurídicos: <https://concepto.de/derecho-positivo/>
- Rodríguez-Arana, J. (2015). Sobre el concepto de los derechos sociales fundamentales. *Universidad de A Coruña*, 119.
- Rodríguez-Arana, J. (04 de 01 de 2016). Los derechos sociales fundamentales en España. *El Confidencial*.

- Roman, D. (2012). La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social. *La Revue des Droits de l'Homme*.
- Smith, A. (1776). *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. William Strahan; Thomas Cadell.
- Valerio Jiminián, M. A. (2015). La Cláusula del Estado Social y democrático de derecho: una breve reflexión desde el derecho a la seguridad alimentaria. *Tribunal Site*.
- Vanberg, V. J. (2002). Mercados y regulación. El contraste entre el liberalismo de libre mercado y el liberalismo. *Isonomía*.
- Villar Borda, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho . *Revista Derecho del Estado* n°20, 76.