

# GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA SOCIAL<sup>1</sup>

EVA M<sup>a</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN  
PROFA. TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO  
ACREDITADA COMO CATEDRÁTICA DE DERECHO ADMINISTRATIVO  
UNIVERSIDAD DE OVIEDO

En los últimos años se ha venido planteando desde muy diversos ámbitos, dentro de los cuales se encuentra la doctrina administrativista, la necesaria reforma de la Constitución Española. El foco se viene centrando fundamentalmente en la cuestión territorial y, por ende, en el Estado autonómico.

No obstante, un tema crucial de nuestra Carta Magna y que se ha visto profundamente afectado por la actual crisis es precisamente el Estado Social y su garantía. Tema respecto de cuya importancia no se corresponde en absoluto con el abandono o escasa dedicación que la doctrina administrativista le ha dedicado, como ya a comienzos de siglo se advirtió<sup>2</sup>.

No en vano, cierto sector de la doctrina constitucionalista aboga incluso por una reforma constitucional que blinde en cierta medida los derechos sociales, incluyéndolos expresamente como derechos fundamentales, lo que sin duda podría contribuir a resolver ciertos problemas que en torno a los mismos se generan y que terminan por poner en jaque al propio Estado Social, aunque no necesariamente todos los inconvenientes que hoy presentan quedarían zanjados.

En una época de recortes como en la que estamos inmersos, puede resultar chocante que se proponga reforzar el disfrute real y efectivo de los derechos sociales, o más bien, buscar con tal finalidad las garantías que ofrece nuestro sistema al respecto, no obstante, es ahora precisamente cuando mayor necesidad y justificación hay para ello. Además de la relevancia de la cuestión no puede haber ninguna duda, dado que el Estado Social conecta muy directamente con la justicia y, en particular, con la vertiente social de ésta.

Por todo ello, en las líneas venideras se tratará de hacer un estudio de la situación del Estado Social, partiendo, como no podría ser de otra manera, de la Constitución, a cuyos efectos la misma será analizada desde un prisma integral, que aúne las distintas previsiones que la misma contiene y que, directa o indirectamente, repercuten en esta materia.

---

1 Esta línea de estudio se incardina en el proyecto dirigido por el Prof. Tolivar Alas, bajo el título “Modelos jurídico-organizativos de optimización de las prestaciones esenciales del Estado de bienestar” (Ref.: DER-2012-32241).

2 MUÑOZ MACHADO S., “Prólogo”, a VAQUER CABALLERÍA M. *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 9 y 17-18.

Todo ello con la finalidad de conocer no sólo la situación actual de la cuestión, sino también de qué garantías dispone el Estado Social y qué límites infranqueables impiden al legislador y resto de poderes públicos acometer cualquier política de recortes.

Para tal cometido será necesario partir en primer lugar de qué es o en qué se traduce ese Estado Social, aunque sólo sea en cuanto a unas breves pinceladas. Lo cual lleva ineludiblemente a la configuración que al respecto hace la Constitución Española, como se ha indicado, pues como acertadamente se ha señalado por la doctrina, es innegable el vínculo o relación existente entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo<sup>3</sup>. Sin embargo, es imprescindible adoptar una perspectiva más amplia, que comprenda también normas internacionales que, como se verá, son determinantes en una interpretación adecuada del tema.

Como ya se ha advertido, la “justicia social” se relaciona directamente con el Estado Social establecido en las distintas constituciones y en nuestro caso, principalmente en el artículo 1.1 de la misma, así como respecto a los principios rectores de la política social y económica, pero también en otros momentos a lo largo de su articulado<sup>4</sup>. Y sin olvidar el fundamental mandato que el art. 9.2 dirige a todos los poderes públicos en cuanto a la consecución de la igualdad material.

Se trata de la relación entre Estado y Sociedad, por un lado, y, de otro, de la necesidad de adaptar las instituciones del Derecho a esta nueva situación<sup>5</sup>.

A tales efectos basta con recordar que igualdad y libertad eran, así como la propiedad, los ejes fundamentales de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano proclamada en Francia en 1789, advirtiendo ya entonces SIEYES la proyección social que deben tener las libertades que en ella se proclaman<sup>6</sup>. Y no debemos olvidar que precisamente es con la Revolución Francesa, como bien indicó el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA en su obra *La lengua de los Derechos*, con la que surge el actual Derecho Público Europeo, partiendo de la base del concepto nuevo de derecho subjetivo.

---

3 Así, por ejemplo, SCHMIDT AßMANN E., *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP-Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 51, sostiene, siguiendo a ACHTERBERG, que las decisiones constitucionales fundamentales son, al tiempo, los valores básicos del Derecho Administrativo.

4 Así, por ejemplo, algún autor como RODRÍGUEZ DE SANTIAGO J. M<sup>a</sup>. *La Administración del Estado Social*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 32, indica que la llamada Constitución social se extiende a preceptos de la misma como los arts. 7, 31, 33, 34, 35, 37, 38, 128, 129, 130 o 131, entre otros.

5 Lo que tan acertadamente apuntara el Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, 3<sup>a</sup> ed., Thomson Reuters, Navarra, 2009, págs. 47-52.

6 Y es que, como bien advierte MUÑOZ MACHADO S., “Prólogo”, *op. cit.*, pág. 13, los franceses pretenden la plenitud de los derechos naturales, pero también la iniciativa del Estado en la sociedad, lo que obliga a considerar que los ciudadanos no sólo tienen derechos individuales, sino también y, como tan acertadamente subrayó GAUCHET, derechos sociales.

Y es que debe tenerse en cuenta que un elemento esencial del sistema que se forma a raíz de la ruptura del Antiguo Régimen es precisamente la igualdad<sup>7</sup>, valor primordial sobre el que pivota el Estado Social. Y es ahora cuando nos encontramos en una situación tendente a agudizar las diferencias y poner en peligro el Estado Social y con ello la “justicia social”, cuando debe echarse la vista atrás y recordar que todo el nuevo Derecho Público Europeo, formado a raíz de la Revolución Francesa, se basa en la igualdad<sup>8</sup>, la justicia y la libertad<sup>9</sup>.

El Estado Social, como ha indicado la doctrina, podría describirse como la situación en la que se cumplen ciertos requisitos de justicia social<sup>10</sup>. Y no en vano, la Administración del Estado Social se ha definido como la actividad estatal administrativa puesta al servicio de la realización de la Constitución social<sup>11</sup>. De ahí la fuerte relación entre ambos aspectos y la necesidad de mantener el Estado Social, no sólo porque sea un imperativo de la Constitución

7 Así, recogiendo las primeras palabras reflejadas en la importantísima obra del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, op. cit., págs. 25-26, “La Revolución Francesa fue un hecho totalmente distinto de lo que hasta entonces (con la excepción, quizá, de las invasiones de unos pueblos por otros) habían sido los cambios políticos, un desplazamiento de los anteriores imperantes por un nuevo grupo dominante. Por el contrario, la Revolución, término que se impuso precisamente con esa significación, fue un tajo decisivo entre lo que a partir de entonces se llamaría, muy justamente, el Antiguo Régimen y el nuevo orden político y social que pretendió crearse sobre fundamentos enteramente nuevos. Se abrió así una época en la historia humana, que aún, puede decirse con el mayor rigor, continúa en su fase expansiva, tanto geográfica como respecto a la profundización de sus postulados básicos. Fueron éstos, desde su origen, la libertad y la igualdad, expresados ambos, en sus mismos momentos iniciales, en dos documentos capitales: la eliminación total de los “privilegios” y la proclamación formal de “la igualdad de todos los franceses”, llevadas a cabo en la famosa y mítica “noche de 4 de agosto de 1789” (que se plasmó en los Decretos de 4-11 siguientes), y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, que pasará a ser el documento fundacional de la Revolución y su signo emblemático, hasta hoy mismo”.

8 No en vano, el Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, op. cit., pág. 57, pone el acento en esta cuestión cuando afirma “Resulta evidente que donde más habría de operar la influencia de la lengua de los derechos y de la libertad era precisamente en el campo jurídico. El primer objetivo de la Revolución fue, entre sus ensoñaciones y pulsiones, construir una nueva sociedad política y a ello se dispuso con resolución desde sus primeros pasos. Resultaba necesario para ello un nuevo Derecho que, abandonando los principios del orden jurídico del Antiguo Régimen, hiciese posible la implantación del sistema de la libertad y de la igualdad que propugnaba. Este nuevo Derecho, dada la magnitud y la osadía de los principios revolucionarios, habría de ser simultáneamente, un nuevo Derecho Público, que articulase en una nueva relación a los ciudadanos y al poder que de ellos mismos emanaba, y un nuevo Derecho Privado, que permitiese a una sociedad al fin igualitaria y despojada de privilegios, una sociedad abierta y libre, su funcionamiento propio, fluido y espontáneo”.

9 Así, como ROBESPIERRE dirá: “Ha comenzado la más bella revolución que haya honrado nunca a la humanidad; mejor dicho, la única que ha tenido un objeto digno del hombre, el de fundar al fin sociedades políticas sobre los principios inmortales de la igualdad, de la justicia y de la razón ... la libertad del mundo será a la vez nuestra obra y nuestra recompensa”.

10 RODRÍGUEZ DE SANTIAGO J. M<sup>a</sup>., *La Administración del Estado Social*, op. cit., pág. 18.

11 *Ibidem*, pág. 21.

Española, sino también porque es un presupuesto imprescindible para alcanzar la justicia social.

*Welfare State* anglosajón, *État-providence* francés, *Socialstaat* alemán, el Estado del bienestar en nuestro sistema, o incluso las políticas del *New Deal* de Franklin Roosevelt en Estados Unidos, son algunas de las denominaciones que se han venido dando para designar al Estado que legisla en materia social, en el sentido de aquél que a finales del S. XIX interviene y reacciona frente a las mutaciones sociales ligadas a la revolución industrial y que constituye una ruptura fundamental en la concepción del Estado hasta entonces imperante.

Un siglo más tarde, la mundialización y la fuerte crisis económica que asola no sólo a nuestro país sino a toda Europa, obliga a los poderes públicos a repensar las modalidades para hacerse cargo de los riesgos sociales.

Partiendo de los distintos modelos de Estado Social practicados en diversos países de nuestro entorno, así como su nacimiento y evolución, tanto desde el prisma jurídico como histórico, sociológico y económico, es necesario analizar el papel de los juristas y de las diversas instituciones del Derecho en la consecución y mantenimiento del Estado Social, así como la posibilidad de articular una nueva relación Estado-Sociedad para hacer frente a la crisis del mismo y cómo el Derecho y, particularmente, el Derecho Administrativo, debe adaptarse a esas nuevas circunstancias y servir al citado objetivo.

Si bien la perspectiva adoptada se centrará principalmente en la vertiente jurídica de todo ello, por cuanto a la clasificación de los diversos modelos de Estado Social ha sido estudiada, principalmente desde la perspectiva sociológica, política o económica, con gran brillantez. Así, por ejemplo, cabe remitirse a este respecto a autores como GØSTA ESPING-ANDERSEN<sup>12</sup>, PIERRE ROSANVALLON<sup>13</sup> o IGNACIO SOTELO<sup>14</sup>, entre otros.

Todo ello sin perder de vista el papel que en la situación actual han tenido las políticas europeas, que pivotan sobre el principio de libre competencia, así como las medidas adoptadas frente a la crisis desde la perspectiva del mantenimiento del euro y no del bienestar social.

Las políticas neoliberales europeas han venido a sustituir de facto los valores de igualdad, justicia, solidaridad, entre otros, de las Constituciones de los Estados contemporáneos de nuestro entorno y proclamados en el art. 1.1 de nuestra Carta Magna, por el principio de libre competencia, y ello hace tambalear el Estado Social.

---

12 Entre otras obras de este autor destacar ESPING-ANDERSEN G., *Los tres mundos del Estado del bienestar*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1993.

13 A destacar, entre otras monografías, ROSANVALLON P., *La crisis del Estado providencia* (trad. A. Estruch Manjón), Civitas, Madrid, 1995, o *La nouvelle-questionsociale. Repenser l'État-providence*, Seuil, Paris, 1995.

14 SOTELO I., *El Estado social: antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Trotta – Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2010.

De otro lado, el Derecho Público, que juega un papel primordial en la articulación de las relaciones entre Estado y Sociedad<sup>15</sup>, que ahora más que nunca deben reformularse y permitir al Estado recobrar su sitio, debe ser también reformulado.

El Estado Social se plantea como objetivo, como Estado garante del interés general -en el sentido de bien común de la sociedad de Tomás de Aquino y no como suma de intereses particulares propio de Adam Smith-, preservando una serie de derechos de los ciudadanos, y reformulando los medios para alcanzarlos, pues si el instrumento que fue a este respecto en sus orígenes el Estado prestacional, no sirve hoy para recomponerlo, habrá que acudir a nuevas fórmulas.

Y es que no debe olvidarse que el Estado Social es el mayor logro histórico, que permite además la convivencia y que si en las circunstancias de crisis que vivimos no puede ofrecer los mejores servicios sanitarios, de educación, asistenciales, etc, al menos, debe ser igualitario y solidario. Pues de otro modo, como se está produciendo en la actualidad, se abre -aún con mayor intensidad- la brecha entre quienes disponen de mayores recursos y quienes se ven cada vez en mayor medida privados de servicios de calidad. Y recuérdese que uno de los valores clave proclamado en el art. 1.1 de nuestra Carta Magna, es precisamente la igualdad, que a su vez es el pilar de la justicia social.

Si ya se ha expuesto la vinculación existente entre Estado Social y Justicia, es oportuno dedicar, cuanto menos, unas breves líneas a otro nexo causal determinante, como es el existente entre el Estado Social con el Derecho en general y con el Derecho Administrativo en concreto. Así, en primer lugar porque el tema responde como cuestión de fondo al papel del Estado en la Sociedad y la necesidad de reformular las relaciones entre ambos, siendo las instituciones de esta rama del Derecho y, en particular, muchas de las cuestiones jurídicas concretas que presenta, la excusa para acercarse a una preocupación de mayor calado como es la justicia social.

De este modo, una concepción u otra de muy diversas cuestiones y regulaciones sectoriales propias de nuestra disciplina puede incidir en dar un paso hacia adelante o hacia atrás en la consecución de los derechos sociales integrantes de nuestro Estado.

Así, se pretende hacer visualizar cuán importante es en la normativa sectorial la adopción de una perspectiva social. Así como el papel primordial de las instituciones de las que hace uso la Administración en la consecución de los fines que le son propios.

Y es que cuando nos encontramos inmersos en una importante y aguda crisis económica, los poderes públicos han de decidir la orientación de su in-

---

15 A este respecto resultan de sumo interés los trabajos de ESTEVE PARDO J., *La nueva relación entre Estado Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013, y del mismo autor *Estado garante. Idea y realidad*, INAP, Madrid, 2015, y del mismo autor *Estado garante. Idea y realidad*, INAP, Madrid, 2015.

tervención en la sociedad y en el mercado, tal y como en sucesivos momentos históricos ha sucedido.

Es preciso advertir, además, que no estamos sólo ante una crisis económica sino también institucional, pues es evidente que la evolución experimentada en los últimos tiempos ha provocado un desajuste entre el Estado y la sociedad, de tal modo que el entramado institucional existente ha perdido sintonía con la nueva realidad social<sup>16</sup>.

Ante una situación como ésta, que aunque infrecuente no es la primera vez que se produce, recuérdese la crisis del Antiguo Régimen, la cual, como muy acertadamente advirtió ALEXIS TOCQUEVILLE, se debió a un desfase del régimen político, institucional y jurídico con la nueva sociedad que se había configurado<sup>17</sup>; los juristas debemos reaccionar también, junto a sociólogos, historiadores, economistas y políticos, en busca de una adecuada solución.

Si a resultas de aquel proceso se crearon muchas de las instituciones hoy existentes en nuestro ordenamiento, como respuesta a aquellas dificultades, hoy –y si bien la historia no se repite pero a veces rima, como advirtiera el historiador Mark Twain-, debemos cuanto menos repensar también el papel de esas instituciones al servicio del logro del bienestar y de la justicia social, que un Estado Social Democrático y de Derecho como el nuestro debe garantizar.

Por todo ello, una de las ideas latentes a lo largo de estas líneas, la hipótesis de partida, y, en fin, el prisma desde el que se analizará el tema, no puede ser sino que el Estado debe adaptarse a las necesidades que la sociedad le demanda en cada momento y para ello habrá de utilizar las instituciones existentes en el modo más adecuado a sus fines, reformularlas o innovarlas, según le convenga.

Se trata al fin y al cabo de buscar los mecanismos para que la relación Estado y sociedad vuelva a encontrar la armonía, lo que de forma tan expresiva y acertada reflejara Ortega y Gasset, a través de una de sus bellas metáforas<sup>18</sup>.

Por todo ello, se pretende tratar el tema de los derechos sociales y las dificultades que en la actual crisis pueden presentar, principalmente desde la perspectiva de los ciudadanos, de su derecho a disfrutar de los mismos y de la necesidad de que los poderes públicos los hagan reales y efectivos, tal y como les impone el mandato constitucional recogido en el art. 9.2 CE. Y ello desde el

---

16 Así lo ha puesto de relieve la doctrina, por ejemplo, ESTEVE PARDO J., *La nueva relación entre Estado Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, op. cit., pág. 20.

17 TOCQUEVILLE A., *L'Ancien Régime et la Révolution*, Gallimard, Paris, 1967, pág. 77.

18 “En suma, que el Estado se va amoldando al cuerpo social como la piel se forma sobre el nuestro. También nuestra piel nos aprieta y nos ciñe, pero la línea de su presión coincide con los alabeos de nuestros músculos. De aquí que nos sintamos libres dentro de ella hasta el punto de ser símbolo máximo de la libertad hallarse uno en algo “como dentro de su piel”. Nótese la sustancial paradoja que ello envuelve, pues se trata de que una presión que se ejerce contra nosotros es sentido como algo nuestro, como formando parte de nosotros. Lo que en puro teorema es llamado “vida como libertad”, puedo llamarlo ahora, más plásticamente, “Estado como piel”. Por el contrario, en las épocas de “vida como adaptación” dejamos de sentir al Estado como nuestra piel y lo sentimos como un aparato ortopédico”, en “El Estado como piel” en *Obras completas. Historia como sistema y del Imperio Romano*, Tomo VI, Alianza Editorial, reed. 1989, págs. 99 y ss.

prisma de la Constitución y del papel que en todo ello ha de jugar el Derecho Administrativo.

Y es más, no solamente se entiende que introducir elementos de acción positiva para beneficiar a colectivos desfavorecidos es una opción que está legitimada a nivel constitucional, sino que incluso es una obligación de los poderes públicos por imperativo de la propia norma suprema.

El mandato constitucional de la obligación de remoción de obstáculos con el fin de que la igualdad sea real y efectiva en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho (art. 9.2 CE), es lo que viene justificando las llamadas acciones positivas, tal y como lo ha reconocido el TC<sup>19</sup> o el TEDH<sup>20</sup>.

Y es que, como han venido señalando los constitucionalistas, lo característico de los denominados principios rectores de la política social y económica es que, además de implicar ciertas obligaciones de respeto o incluso de actuación regulatoria por parte de los poderes públicos, su principal contenido normativo hace referencia a la obligación de los poderes públicos de articular prestaciones materiales y/o económicas que permitan la consecución del objetivo al que hace referencia el principio rector.

Además, en momentos como éstos y en sistemas en que se ha alcanzado un cierto desarrollo de los derechos sociales, ha venido surgiendo otra preocupación conectada con el tema, como es el intenso debate político, social y académico a propósito de la reversibilidad o no<sup>21</sup> de las conquistas sociales<sup>22</sup>, que se analizará más adelante, al hablar de la cláusula de irreversibilidad; temas tan relevantes como la conocida “Der Vorbehalt des Möglichen” o “reserva de lo posible” del sistema alemán<sup>23</sup>, en la que juegan un papel preponderante, entre otros, nociones como la de proporcionalidad<sup>24</sup>, la exigibilidad o la razonabilidad.

---

19 En relación con las acciones positivas, véase, por ejemplo, la sentencia 13/2009, de 19 de enero.

20 Por ejemplo, en el caso *Stec* y otros contra Reino Unido, de 12 abril de 2006.

21 Como ha señalado, WOLFGANG SARLET I., “Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo: algunos problemas y desafíos”, en PRESNO LINERA M. A. y WOLFGANG SARLET I. (Eds.); *Los Derechos Sociales como Instrumento de Emancipación*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág. 59, la relación entre el deber de progresividad y la prohibición de regresividad, ambas indispensables para el Estado Social y la promoción y tutela de los derechos sociales, nos coloca ante el desafío de la protección de los derechos sociales ya incorporados al patrimonio de la ciudadanía, especialmente en términos de un fuerte y, hasta cierto punto, aparentemente irreversible, desmantelamiento del Estado Social.

22 A este respecto, véase, entre otros, PRESNO LINERA M. A. y WOLFGANG SARLET I. (Eds.), *Los Derechos Sociales como Instrumento de Emancipación*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág. 22. O del primer autor Crisis Económica y atención a las personas y grupos vulnerables, Procuradora General del Principado de Asturias-Universidad de Oviedo, 2012.

23 A este respecto, véase, por ejemplo, WOLFGANG SARLET I., “Los derechos sociales a prestaciones en tiempos de crisis”, en PRESNO LINERA M. A. (Coord.), *Crisis Económica y atención a las personas y grupos vulnerables*, op. cit., pág. 52 y siguientes.

24 A este respecto véase, BARNÉS J., “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, págs. 495-522.

Por todo ello, sería importante que la correspondiente regulación de estos derechos tuviera en cuenta la importancia de la igualdad formal y también material en la cuestión. E intentar que en este contexto de crisis la Administración en lugar de replegarse intervenga en el sentido expuesto, pues sin duda las circunstancias desfavorables que se viven en la actualidad incrementan las diferencias de no hacerlo. Siendo más necesario que nunca que el legislador, la Administración y, en fin, los poderes públicos, en cumplimiento del mandato que la CE les impone, reaccionen y remuevan los obstáculos presentes en la sociedad con la finalidad de que la igualdad material sea un hecho.

En todo caso, una vez expuesta la conexión entre Estado Social, Justicia y Derecho Administrativo, es hora de afrontar su estudio, partiendo, como es lógico, de nuestra Carta Magna.

Y por lo que al citado marco constitucional e internacional más relevante se refiere, cabe exponer un tema crucial del mismo y que deriva en último término de todo lo antes expuesto, me refiero a los límites que se derivan de ese marco para los poderes públicos, muy especialmente, para el legislativo, así como si cabe deducir, en consecuencia, la existencia en nuestro ordenamiento de una cláusula de irreversibilidad de las conquistas sociales<sup>25</sup>. Pues todo ello, servirá también para conocer si los recortes operados en los últimos tiempos son constitucionales o no.

En la línea apuntada, ya se había manifestado en los años ochenta del pasado siglo el Tribunal Constitucional, particularmente en relación con el tema del sistema de Seguridad Social, cuando sostuvo que los poderes públicos deben buscar los medios para lograr que la realidad se acerque a los principios rectores del Capítulo Tercero del Título I de la Constitución, y, singularmente, para promover condiciones de igualdad real y efectiva. Aunque ya entonces matizara que se deben adoptar decisiones y normas respecto al mismo, que lo configuren, dentro de las posibilidades reales, como más adecuado para conseguir los fines constitucionalmente previstos<sup>26</sup>, lo que ratifica el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Esto ha llevado a entender por parte de algún autor que si bien los citados principios, entre otras cosas, son mandatos constitucionales de optimización, es decir, han de lograrse en la medida de las posibilidades imperantes en cada momento, no implican el establecimiento de una cláusula de irreversibilidad de las conquistas sociales, dado que no suponen una prohibición constitucional de disminución de los niveles de protección alcanzados<sup>27</sup>.

---

25 Término, el de las “conquistas sociales”, empleado por el propio TC en su sentencia 81/1982, Fundamento Jurídico 3º.

26 En este sentido, véanse sentencias como la 134/87, de 2 de julio, o la 189/87, de 24 de noviembre.

27 Así, siguiendo a otros autores, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO J. M<sup>a</sup>., *La Administración del Estado Social*, *op. cit.*, pág. 49, apunta a que si, como consecuencia, por ejemplo, de un empeoramiento de la coyuntura económica general, se hace necesario, podría producirse un descenso del nivel de protección.

Por el contrario, otros autores sostienen que nuestra Carta Magna se pronuncia por la irreversibilidad de las medidas de progreso social, en el sentido de entender que se tratan de pasos hacia una meta, siendo posible únicamente su modificación favorable<sup>28</sup>, y quien ha entendido que dicha cláusula, que surge en Alemania -*Nichtumkehrbarkeitstheorie*<sup>29</sup>-, sí puede predicarse de nuestro ordenamiento<sup>30</sup>.

Cuestión ésta, la referente a la cláusula de irreversibilidad, que resulta de suma relevancia precisamente en los momentos actuales, en que las políticas de recortes, basadas aparentemente en la crisis económica, ponen en peligro cada vez con mayor intensidad esas conquistas sociales.

Se interprete de un modo u otro, y tras lo visto hasta ahora, lo que no parece dejar resquicio a la duda es que, de un lado, no todo recorte o menoscabo en las conquistas sociales es posible, al menos, sin vulnerar la Constitución, y de otra parte, en todo caso ha de estar justificado debidamente. Pues, se entienda como un mandato de optimización o como una auténtica cláusula de irreversibilidad –aunque aquí se considera que en ningún caso es absoluta–, lo cierto es que el contenido de lo que puede llamarse Constitución social implica límites en la toma de decisiones atinentes a los derechos sociales, empezando por el núcleo mínimo e inviolable de los mismos<sup>31</sup> -respecto del cual, si no en el sentido de contenido esencial del art. 53 de la CE, sí al menos en cuanto a que los principios rectores de la política social y económica prevén mandatos que se imponen a los poderes públicos por la Carta Magna y que éstos deben atender-.

Así, precisamente el hecho de no disponer, a diferencia de los derechos fundamentales, de efecto directo, obliga a una mayor intervención del legislador, imponiendo que se adopten políticas tendentes a la consecución de éstos en la forma más eficaz y eficiente posible. Y es que del estudio de los arts. 9.2 y 53 de la CE y el PIDESC se deduce la necesaria intervención del legislador y resto de poderes públicos, es decir, que se les impone no sólo límites sino también auténticas obligaciones de hacer.

28 En esta línea, quizás un tanto radical véase LÓPEZ GUERRA L. y DE ESTEBAN J., *El régimen constitucional español*, Vol. I, Labor, Barcelona, pág. 348.

29 Teoría que, como ya se ha indicado, fue elaborada a finales de los años setenta del pasado siglo por el jurista alemán KONRAD HESSE, si bien la doctrina alemana no fue unánime en este sentido, constituyéndose más bien como una postura minoritaria, según indica PAREJO ALFONSO L., *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, op. cit., pág. 89. Asimismo hay quien advierte de las diferencias existentes entre la CE y la Ley Fundamental de Bonn, en el sentido de que en esta última no se positivizan los derechos sociales, lo que hace necesario buscar garantías como la citada irreversibilidad para dar efectividad a la cláusula del Estado Social. Es el caso de GONZÁLEZ MORENO B., *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, op. cit., págs. 218-221.

30 Ente otros, CANCIO R., “La inconstitucional regresión de las conquistas sociales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 855, 10 de enero de 2013.

31 Como indica, entre otros, PONCE SOLÉ J., *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, op. cit., pág. 115.

Aunque ello no implique que la irreversibilidad sea absoluta, es decir, no puede compartirse la idea de HESSE en cuanto que quede prohibido cualquier retroceso en las conquistas sociales alcanzadas –dado que éstas están indefectiblemente unidas a los recursos existentes-, sí conlleva que, al menos, esas medidas de restricción sean justificadas y cuenten con determinados requisitos que de no cumplir las convertirán en inconstitucionales. A lo que debe sumarse el imperativo constitucional que en aras de la igual real y efectiva impone el art. 9.2 de la CE.

Y es que, como ha señalado algún autor, a pesar de la confusión a que ha llevado la previsión contenida en el art. 53.3 *in fine* de la CE, los principios rectores de la política social y económica tienen un evidente carácter normativo y vinculan a los poderes públicos<sup>32</sup>.

En efecto, de un lado, ninguna duda cabe ya respecto a su auténtico carácter normativo y no meramente programático, así lo ha reconocido el TC<sup>33</sup>. De otro lado, el hecho de que no pueda exigirse directamente –sin intervención del legislador y la Administración- un grado o nivel concreto de prestaciones, no significa en absoluto que no tenga consecuencias para los poderes públicos, precisamente no sólo límites sino también y, por ello mismo, importantes deberes de actuación. Y en todo caso, ello no empece en absoluto para que sirvan de parámetro de constitucionalidad de las normas y medidas adoptadas por los poderes públicos<sup>34</sup>.

Tal interpretación es coherente además con la citada previsión constitucional del art. 53.3, previsión que, como ya se ha dicho, ha contribuido a la poca claridad en torno a la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica. Pues lo que matiza el citado precepto es que los principios recogidos en el Capítulo Tercero del Título I de la CE, sólo pueden ser alegados en la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo dispuesto en las leyes que los regulen.

Esto no implica en absoluto que no quepa su impugnación o que no contengan auténticos mandatos jurídicos, siendo, incluso, posible acudir al TC en caso de considerar que la regulación que se haga de los mismos vulnera la Carta Magna. Simplemente implica que el grado concreto de concreción y prestaciones exigibles será el que se fije por el legislador, dado que sin mediar dicha intervención legislativa los principios no se convierten en verdaderos derechos

---

32 *Ibidem*, pág. 36. Si bien no se comparte con el autor anteriormente citado, que pueda hablarse en puridad de auténticos derechos subjetivos, tal y como se conciben en nuestro ordenamiento y mientras no media la intervención del legislador, pues eso es lo que pretende establecer el art. 53 de la CE y parece unánime en la doctrina constitucionalista y en la jurisprudencia del TC, aunque sin duda ello no implica en absoluto que quepa su incumplimiento o que no conlleve consecuencias para los poderes públicos.

33 Valga de ejemplo la STC 14/1992, de 10 de febrero.

34 Como así sucede en el ordenamiento francés, a raíz de varias decisiones del *Conseil Constitutionnel*, particularmente la de 16 de julio de 1971 y poco más tarde la de 15 de enero de 1975, como indica BAQUERO CRUZ J., “La protección de los derechos sociales en la Comunidad Europea tras el Tratado de Ámsterdam”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 4, 1998, pág. 657.

subjetivos. Es más, podría impugnarse la regulación que conculque el objetivo de Estado Social y, por tanto, vulnere la CE.

Y es que podría declararse inconstitucional la regulación que se haga de estos derechos cuando no se cumpla con lo que se fija en la CE, es decir, no cabrían medidas tendentes únicamente o directamente a hacer recortes sin más<sup>35</sup>. Además, en su caso, los mismos han de estar justificados de forma suficiente. Aunque ello no implique que no quepa ningún recorte, ni que la CE determine con precisión las políticas al respecto, pues de otro modo supondría obviar otro principio esencial que proclama el art. 1.1 de nuestra CE, como es el pluralismo político, pero siempre sin perder de vista que el Estado Social es un objetivo de la CE y que el pluralismo político lo que comprende es la opción entre varios tipos de medidas para alcanzar ese fin. Y que los principios rectores han de ser tenidos en cuenta por todos los poderes públicos e informar su actuación, como así determina el art. 53 de la CE.

Así, por ejemplo, el art. 40 impone que las políticas estén orientadas al pleno empleo y a una distribución más equitativa de la renta, por lo que no impone un modelo concreto o una opción específica para alcanzarlo, pero sí proscribire toda política que no esté orientada en esa dirección, por lo que tales medidas serían susceptibles de ser declaradas inconstitucionales.

Eso sí, sin que puedan los Tribunales sustituir al legislador o a la Administración, pues el principio democrático implica la separación de poderes, es posible enjuiciar las medidas con respecto a los parámetros que se derivan de la CE. Es más, entender que del principio de separación de poderes se deriva la imposibilidad de enjuiciar al legislador y a la Administración en el cumplimiento de los mandatos constitucionalmente establecidos respecto a ambos, supondría vaciar a la Carta Magna de eficacia y al Tribunal Constitucional de su principal cometido como garante de la misma.

Igualmente es preciso hacer alguna mención a la Administración, como poder público que es y con un papel también relevante en esta cuestión. Y a este respecto recuérdese además que las normas constitucionales que contienen o regulan objetivos y fines del Estado, como es el caso, condicionan también la teoría de las funciones administrativas<sup>36</sup>.

De otro lado, si bien los Tribunales tienen ciertos límites respecto a la Administración, en particular, los derivados del art. 71.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cuanto prohíbe que estos sustituyan la discrecionalidad administrativa, no es menos cierto que la misma norma prevé incluso el recurso frente a la inactividad material de la Administración.

De igual modo, no sólo sería exigible que la Administración actúe cuando una norma se lo imponga, sino que también sus propias normas y actuaciones no sólo pueden, sino que, deben ser enjuiciadas conforme a la Constitución. Sin

35 En esta línea PAREJO ALFONSO L., *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, op. cit., págs. 90-91.

36 Tal y como ha advertido SCHMIDT AßMANN E., *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, op. cit., pág. 51.

olvidar también el importante papel que los principios generales del Derecho juegan en esta disciplina. Así, por ejemplo, en este caso son elementales el principio de proporcionalidad o el de eficacia, previstos en el art. 103 de la CE en relación con la actuación de la Administración.

Finalmente, en cuanto a esta cuestión, debe hacerse alusión también a otra institución de suma relevancia en el Derecho Administrativo, como es la responsabilidad patrimonial, reconocida en el art. 106.2 de la CE y desarrollada en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>37</sup>, pues incluso podría pedirse responsabilidad patrimonial por acción u omisión siempre que se cumplan los presupuestos de lesión resarcible, imputación y relación de causalidad<sup>38</sup>.

Otra cuestión a tener en cuenta en esta materia y que no es en absoluto baladí, es la referente a la conexión de los derechos sociales con otros, en particular, algún derecho fundamental como la vida y la integridad física, derecho a la tutela judicial efectiva o, muy especialmente, la igualdad, así como otros como la dignidad, a lo que ya se ha hecho referencia. Pudiendo, en el caso de los reconocidos en los arts. 14 y Sección primera del Capítulo Segundo del Título I de la CE, acceder al recurso de amparo. Y, en cuanto a los comprendidos en la Sección 2ª, no debe olvidarse que respecto a los mismos el art. 53.1 de la CE les reconoce la importante garantía del contenido esencial, si bien, como ya se ha indicado, del PIDESC y la interpretación que al efecto hace el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, éstos también gozan de un contenido mínimo indisponible que ha de ser garantizado aunque no tenga idéntico significado a dicha institución.

En todo caso, la CE fija unos fines claros al respecto y un modelo social que ha de ser alcanzado con base en principios como la igualdad, progresividad, asignación equitativa o criterios de eficiencia y economía, conforme establece el art. 31 de la CE, sin olvidar la estabilidad económica del art. 40 y la presupuestaria del art. 135<sup>39</sup>. Aunque todo ello en el marco de un Estado Social

---

37 Regulación que será sustituida a partir del 2 de octubre de 2016 por la contenida en las Leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y Régimen Jurídico del Sector Público, respectivamente.

38 Así, por ejemplo, destaca el tema de las listas de espera, a cuyo respecto véase, entre otras, la sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2000, rec. Núm. 1/1998. Y sobre la misma, GUICHOT REINA E., “Responsabilidad por fallecimiento en lista de espera sin mediar retraso: Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2000”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 38, 2000, págs. 135-142.

39 Así, como ya afirmara PAREJO ALFONSO L., “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la ‘crisis’ de las prestaciones y los servicios públicos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 153, septiembre-diciembre, 2000, pág. 249, la llamada crisis del Estado Social y, por tanto, de los servicios públicos no pone en cuestión el modelo constitucional, sino que rompe los esquemas y categorías establecidos sobre la relación Estado-sociedad, en particular los referidos a la organización de la ejecución administrativa de las políticas públi-

de Derecho, de un modelo social constitucional y europeo, destacando que ese mismo precepto permite precisamente que se excepcione el límite de déficit público, entre otras causas, por razones de sostenibilidad económica o social del Estado, y sin perder de vista principios que los propios Tratados de la Unión Europea recogen como el de desarrollo sostenible desde el prisma también social o la cohesión social<sup>40</sup>.

Como decía, la CE fija unos fines a los que se debe llegar, dejando en muchos casos los medios a elegir en manos del legislador y la Administración dentro del pluralismo político. No obstante, en ocasiones también fija medios, es el caso del sistema público de Seguridad Social o el servicio público de educación o sanidad. De tal modo que en esos supuestos no cabría otra opción, ni respecto del resto cabrían medidas que no fueran tendentes y adecuadas a los fines establecidos constitucionalmente<sup>41</sup>.

De ello se derivan varias consecuencias, en primer lugar, que la actuación de los poderes públicos es enjuiciable no sólo respecto a aquellas medidas que atenten directamente contra el modelo social constitucional y europeo establecido, sino también por cuanto deben encaminarse a los fines establecidos en nuestra Carta Magna, como, por ejemplo, el pleno empleo, e incluso, condicionando en ocasiones los medios para alcanzarlos, es el caso del servicio público de educación o el régimen público de Seguridad Social.

De otro lado, es preciso tener presentes principios como el de eficacia o proporcionalidad para enjuiciar los medios elegidos, de tal modo que sin llegar a sustituir el criterio del legislador ni la discrecionalidad de la Administración, se disponga de medios que hagan posible exigir a los poderes públicos el cumplimiento de las obligaciones que para ellos se derivan de la CE.

Así, ni cualquier medida que suponga un menoscabo de derechos sociales es constitucional por mucho que nos encontremos en crisis, ni pueden adoptarse sin estar suficientemente justificadas, siendo necesario que se acredite debidamente que son adecuadas y proporcionadas al objetivo que persiguen, que se incardinan dentro de los fines que la norma suprema establece y, siguiendo la interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que

---

cas, es decir, de los servicios públicos, poniendo en evidencia el atraso del estudio y teorización de la aludida organización.

40 Como ha indicado BURTON E., “The compact city: Justo or Just Compact? A preliminary Analysis”, en *Urban Studies*, Vol. 37, núm. 11, 2000, pág. 1969, el desarrollo sostenible demanda equidad o justicia social.

41 Y es que, como ha indicado la doctrina, entre otros, PAREJO ALFONSO L., *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, op. cit., págs. 88 y 91, hay que tener en cuenta las distintas formas de postivización constitucional empleadas, pues no será lo mismo que se formule un mandato genérico o un principio, o que por el contrario, se trate de decisión material precisa, cuya transgresión determinará la inconstitucionalidad de las medidas legislativas. Y no debe olvidarse que, como ya se ha indicado, en el Capítulo Tercero del Título I de la CE se engloban previsiones de diversa naturaleza e intensidad.

no vulneran el núcleo indisponible de estos derechos, a lo que se une que se han de destinar los recursos disponibles.

Es más, como bien ha indicado algún autor<sup>42</sup>, no siempre la efectividad de estos derechos implica o viene de un incremento del gasto público. Además también la realización de otros derechos o libertades implican gasto público.

Pero, como se ha visto, la estabilidad presupuestaria y, en particular, los límites al déficit público, no deben ser óbice o, más bien, coartada para incumplir los mandatos que la CE impone a los poderes públicos, o atentar contra el modelo social que la misma claramente ha establecido. Y en esta línea parece apuntar también el TC cuando en el ya mencionado Auto 239/2012, sostiene que las razones económicas no son argumento suficiente para limitar el derecho a la protección de la salud.

En fin, que sin poder hablar de cláusula de irreversibilidad absoluta, sino más bien de mandato de optimización, lo que es indudable es que la Carta Magna ofrece garantías a los derechos sociales, no tanto porque se constituyan como auténticos derecho subjetivos directamente invocables ante los Tribunales sin mediar la actuación del legislador, sino más bien porque responden al objetivo constitucional de Estado Social, porque suponen mandatos no sólo de respeto sino también de hacer para los poderes públicos, que junto a lo establecido en el art. 9.2 de la CE, suponen verdaderas obligaciones positivas o de intervención en la consecución de ese objetivo que busca como fin último hacer real y efectiva la justicia social, principalmente a través de la igualdad material.

Y es que no debe olvidarse que el Estado Social –prisma que se ha adoptado aquí- es el mayor logro histórico alcanzado, pues como se proclamara ya en la importantísima Declaración de Filadelfia de 1944, un país no puede ser sostenible sin una justicia social<sup>43</sup>.

---

42 PONCE SOLÉ J., *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, op. cit., pág. 35.

43 En relación con esta importantísima Declaración véase SUPIOT, A., *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, France, 2010.