

REPENSAR A LEON DUGUIT ANTE LA ACTUAL CRISIS DEL ESTADO SOCIAL

Rafael Aguilera Portales^{*}
Diana Rocío Espino Tapia^{**}

RESUMEN

Ante la actual crisis del Estado social de Derecho, urge repensar pensadores que inspiraron la construcción del modelo de Estado Social. Leon Duguit es un autor significativo en este sentido, pues su pensamiento redefinió la concepción del Estado, trastocando sus fundamentos y reorientando los fines estatales. Su pensamiento político-jurídico, el cual tiene como fundamento el principio de solidaridad social, permite reinterpretar las funciones del actual modelo de Estado Social de derecho y reorientar esta actividad hacia el cumplimiento de la función social, en vista de considerar al Estado como el garante del bienestar social.

PALABRAS CLAVE

Leon Duguit, Constitucionalismo social, Estado Social de Derecho.

SUMARIO

1. El Constitucionalismo Social 2. El pensamiento político-jurídico de León Duguit 3. El Estado de servicios públicos 4. El Estado Social de Derecho 5. La actual crisis del Estado Social 6. Repensar la teoría del Estado de León Duguit ante la actual crisis del Estado social de derecho. Bibliografía

Fecha de recepción: 31-5-2010

Fecha de aceptación: 29-06-2010

1. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL.

En la historia evolutiva de los derechos fundamentales; los derechos sociales surgen como una respuesta a las exigencias de tutela estatal a los sectores más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad. En el momento histórico preciso donde surgen tales construcciones normativas, los sectores más desamparados de la sociedad sufrían las consecuencias del establecimiento de un Estado liberal-individualista, consecuencia de las Revoluciones liberales del siglo XVIII.

En este orden de ideas, las Revoluciones Liberales significaron la apertura hacia la construcción de una nueva forma de Estado basado en el establecimiento de garantías y seguridades a la libertad personal (derechos políticos y civiles), donde el Estado era considerado un mal necesario al que debía someterse a fuertes restricciones: se lo consideraba un simple medio para que el hombre realice sus fines, por lo tanto; su intervención debía ser limitada, idea expresada en el principio "*laissez faire, laissez passer*", donde la preocupación principal es el hombre y su libertad, sacrificando para ello la actividad estatal.

* Profesor titular de Filosofía Política y Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Conacyt), Coordinador del Departamento de Filosofía del Derecho (México).

** Profesora titular de Derechos Fundamentales de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Maestra en Derecho Constitucional y Gobernabilidad (México).

Si bien es cierto que el Estado Liberal-individualista fue garante de los derechos del hombre, esta libertad desbordante tutelada por los Estados burgueses, permitió que, en su nombre, se ultrajara una de las bases de la democracia: la igualdad entre los hombres, es decir, la igualdad filosófica en la libertad. De esta manera, el Estado vigilante de los Derechos humanos descuidó en el fondo, el derecho tal vez más importante de la humanidad: la igualdad, que al lado de la libertad, forman el pensamiento filosófico-jurídico de la democracia¹.

En efecto, la iniciativa capitalista burguesa (*liberalismo económico clásico*) auspició que los poderosos abusaran de su poder en agravio del sector social obrero más frágil y vulnerable. Así, el Estado liberal-individualista no contempló la necesidad de garantizar las relaciones sociales que serían consecuencia de esa nueva percepción de Estado y se convertiría en un instrumento del cual se valdrán los burgueses para defender su propiedad privada e incluso instrumentalizar el trabajo ajeno.

La nueva situación de injusticia social engendrada por el establecimiento de un Estado de exclusión social trajo consigo la respuesta de los desheredados y desfavorecidos socialmente; quienes lucharon por la reivindicación de sus derechos, la erradicación del Estado burgués liberal y el establecimiento de un nuevo modelo de Estado basado en los principios de igualdad, solidaridad y justicia social.

Las críticas al Estado liberal fueron sustancialmente, críticas a sus presupuestos epistemológicos y políticos, a su falta de sentido histórico y a su incompreensión de la realidad social. En efecto, frente a los conceptos racionalistas de derechos y libertad formales, se oponen las libertades e igualdades reales o sustanciales. En oposición al ser humano abstracto y etéreo de la historia (sujeto trascendental kantiano y hegeliano), se opone el ser concreto, instalado en determinadas circunstancias sociales (sujeto social marxista).²

En consecuencia, se produce un *giro epistemológico y antropológico* que marca el inicio de un nuevo fundamento jurídico en

¹ GALINDO CAMACHO, Miguel. "La Constitución mexicana de 1917 como modelo de la evolución del Derecho Constitucional de los países iberoamericanos" en *Memorias del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional T.I. México*. Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, 1987, p. 152

² FERNANDEZ-MIRANDA, Alfonso. "El Estado Social". *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid. Nº 69. Año 23. Sept/Dic. 2003. Para el desarrollo histórico y doctrinal constitucional puede consultarse la obra de GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado social, Naturaleza Jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2002. En este sentido, podemos ver una fuerte inversión de la filosofía jurídica hegeliana que anteponía el espíritu a la materia en oposición a la filosofía jurídica marxista. Como plantea Marx y Engels: "No es la conciencia la que determina la realidad socio-económica, sino la realidad socio-económica la que determina la conciencia del sujeto".

la naturaleza de estos derechos fundamentales. Desde este punto de vista, los derechos económicos, sociales y culturales tienen un fundamento específico, para Rafael DE ASÍS, los derechos sociales "no llevan aparejada una justificación proyectada en la naturaleza de los hombres, sino en sus relaciones sociales y en las nuevas estructuras de las misma"³

En los Estados democráticos y sociales de Derecho se propugnan unos mínimos sociales que, junto a los derechos de libertad, pertenecen a todas las personas, son previos al propio contrato social y, por lo tanto, resultan indisponibles tanto para el Estado como para el mercado. Esos derechos sociales básicos no se oponen a los derechos de libertad, sino que constituyen su natural correlato, cuando ésta última se concibe no sólo en su dimensión negativa, como no intromisión, sino también en su faceta positiva, como libertad-poder⁴.

La tradicional contraposición entre libertad e igualdad con todas sus interpretaciones posibles no aclara el intento de fundamentación filosófica ni constitucional de estos derechos fundamentales. Consideramos que, hoy por hoy, existen propuestas filosóficas sintetizadoras capaces de superar esta tradicional contraposición. La Filosofía Política y Jurídica de Rawls trata de conciliar y compaginar los ideales de libertad e igualdad⁵. Ni individualismo exacerbado, ni igualitarismo que dé lugar a la uniformidad, la mediocridad y la anulación de diferencias. Ni individualismo que venda la igualdad a cambio de libertad total, ni igualitarismo que venda la libertad y la descarte. Como buen liberal, la libertad es fundamental para John RAWLS. No obstante, los otros dos ideales ilustrados, igualdad y la fraternidad, esta última formulada en el segundo principio de justicia o principio de diferencia, están presentes en toda su obra.

A nuestro entender, la constitucionalización de los derechos sociales se concretiza a principios del siglo XX. Posteriormente a la Primera Guerra mundial, se produce un desarrollo nuevo en el Constitucionalismo. Los movimientos sociales del siglo XIX y el crecimiento acelerado que se produce en los primeros años del siglo XX, obligan a replantear la razón de ser del Estado, orientándose al reconocimiento de su cada vez mayor intervención en la vida social. Junto al fortalecimiento de las libertades individuales, surge el

³ DE ASÍS, Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992, p. 91 y 95.

⁴ PISARELLO, Gerardo, "Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 92, México, UNAM. 2006. En su aspecto positivo, su potencial radica en que estos derechos fundamentales concretan la exigencia individual de desarrollo libre y digno en la sociedad lo cual requiere un cierto nivel de libertad jurídica.

⁵ RAWLS, J., *El liberalismo político*, Barcelona. Gedisa, 1996.

establecimiento de las libertades-participación⁶ las cuales obligan a un Estado-protector a intervenir en la vida social y política. Así, los derechos sociales son reconocidos y garantizados por el nuevo Estado-protector el cual, no sólo participa como árbitro en las relaciones capital-trabajo sino que además planifica y regula la cultura y la familia, imprimiendo fuertes restricciones a los clásicos derechos liberales en pro del bienestar social.

Es en este contexto histórico donde surge una ola de constitucionalización de los derechos sociales, extensión de la democracia, ampliación de los derechos fundamentales y tecnificación del aparato constitucional, que inicia durante la Primera Guerra Mundial y se acentúa con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

En conclusión, es mediante el reconocimiento constitucional que se le otorga a los ideales gestados en las luchas sociales una categorización; se les reconoce como nuevas aspiraciones que los Estados deben proteger y garantizar instituyéndoles nuevas obligaciones, a nivel constitucional, de respeto integral de la dignidad humana.

2. EL PENSAMIENTO POLITICO-JURIDICO DE LEON DUGUIT.

La doctrina político-jurídica del publicista francés León DUGUIT parte del supuesto de que el Derecho constituye un producto de la vida social. Su construcción teórica encuentra su fundamento en la teoría sociológica de su maestro, Emile DURKHEIM, donde el punto neurálgico del Derecho se encuentra en la noción de *“solidaridad humana”* o *“interdependencia social”*⁷

La teoría sociológica de DURKHEIM señala que *el Derecho surge del comportamiento humano en un orden social regido por una solidaridad orgánica derivada en la división social del trabajo, la que supone una cooperación de los individuos entre sí.*⁸

Bajo el concepto de *división del trabajo social*, DUGUIT construye su doctrina político-jurídica con un rechazo absoluto a las doctrinas individualistas y formalistas del pensamiento jurídico. Desde un punto de vista realista- positivista, rechaza la presencia en el Derecho de abstracciones metafísicas; construyendo un sistema basado en la

⁶ DUVERGER, Maurice, *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Presses Universitaires de France, Paris, 1963, p.201.

⁷ DURKHEIM, Émile, *Règles de la méthode sociologique*, Paris, PUF, 1963, pp.121-122.

⁸ DURKHEIM, ÉMILE, *La división del trabajo*, trad. Carlos González Posada, Ed. Planeta-De Agostini, Barcelona, 1993, pp.56

verificación de hechos reales, tangibles, desde la comprobación de hechos sociales⁹.

Siguiendo esta visión, el pensamiento político-jurídico Duguitiano intentó destruir tres de los más importantes postulados del Derecho político clásico, fundamentados en el derecho natural: la soberanía nacional, los derechos subjetivos y la tesis de la representación¹⁰.

Su teoría construye un sistema jurídico-político fundado en la teoría de la solidaridad, el derecho objetivo y la llamada "situación jurídica subjetiva. El Derecho emana del hecho social y depende de la realidad social-histórica de la sociedad de la cual surge. *Es un hecho social donde se observa que los individuos se encuentran unidos entre sí por la concurrencia de dos fenómenos: a) La existencia de necesidades comunes y b) Las distintas actitudes de los individuos ante tal sistema de necesidades y gracias a la cual se prestan servicios recíprocos y se establece un comercio de servicios, al que se llega por la solidaridad y por la división de trabajo*¹¹.

Para DUGUIT, *la ética de la solidaridad* nace por esta concurrencia de fenómenos; la similitud de los hombres, por la igualdad de sus necesidades que sólo pueden ser satisfechas mediante la vida en común y mediante la unión de esfuerzos. Así, no existe un poder de voluntad, sino más bien una sumisión a las necesidades solidarias del grupo en el que el hombre vive. Duguit señala: "todo se transforma, por consiguiente, también el derecho obedece a una evolución, cuyo sentido está determinado por el postulado de la maximización de la solidaridad entre los hombres, solidaridad, a la vez que es un hecho, es un motivo de la conducta individual y social, y es un criterio de la justicia del Derecho¹²."

En su teoría jurídica, DUGUIT observa al Derecho Objetivo como una regla de conducta social a la que se impone una sanción también social. De este modo, las reglas de derecho y los criterios de valor se infieren de los hechos sociales determinantes. Duguit entiende que el derecho objetivo y trascendente para la vida social se impone a los

⁹ MONEREO PEREZ, J.L., y CALVO GONZÁLES, J., "León Duguit (1859-1928) Jurista de una sociedad en transformación". *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 4, 2005, pp.483-551

¹⁰ DUGUIT, Leon, *Lecons de droit public general*, E. de Boccard, Paris, 1926, pp.36.

¹¹ DUGUIT, Leon, *Manual de Derecho Constitucional: Teoría General del Estado, el Derecho y el Estado y las libertades públicas*, Granada, Ed. Comares, 2007, pp.36.

¹² DUGUIT, Leon, *Lecons de droit public general*, Ed. De Boccard, Paris, 1926, pp. 36. Respecto al fundamento de la solidaridad social, nuestro autor señala: "Je suis de ceux qui pensent que la science sociale positive n'est point impuissante à définir un ideal et à formuler les règles de conduite pour le réaliser mais cet ideal, il est sur terre, il est humaine, pleinement humaine (...) il se resume en un mot: solidarité sociale.

individuos que componen los grupos sociales por que la solidaridad se impone a todos¹³.

Así, la regla de derecho no busca modificar la voluntad individual. Del principio de solidaridad e interdependencia social nace todo el ordenamiento jurídico, que en él encuentra su idea de justicia, y que debe ser expresada en la ley positiva. La norma jurídica es, entonces, individual y social. Es individual porque se internaliza en la conciencia del individuo y el social porque está fundamentado en una necesidad social. Para Duguit, los derechos del hombre no son intrínsecos en virtud de su naturaleza humana, sino que son facultades que se le atribuyen por el deber, que como ser social, tiene que cumplir¹⁴.

Para Leon DUGUIT, *el Estado no es más que un grupo social entre otros, el que se beneficia de un desarrollo particular y de la asunción de potestades especiales en el conjunto de la sociedad organizada*¹⁵.

El derecho no es un producto de los grupos sociales o del Estado, sino de la vida social, es decir, el derecho proviene de juego de relaciones sociales que existen en la sociedad.

En el pensamiento duguitiano, la solidaridad se impone también a los órganos públicos, debido a su sometimiento al Derecho. Es en el Derecho donde se refleja la contraposición entre los gobernantes y los gobernados; donde los gobernantes no son entes superiores a los gobernados, sino que trabajan al servicio de estos, utilizando legítimamente su potestad para garantizar el respeto del interés general, en virtud del principio de solidaridad. La solidaridad funciona como *fórmula de heterolimitación del Estado*¹⁶.

El primero de los elementos para la construcción de una teoría del Estado para DUGUIT es la nación, entendida esta como una colectividad en la que se desarrolla el Estado. Para él, el factor esencial que mantiene la cohesión nacional es: “[...] la historia, la comunidad de tradiciones, de necesidades y aspiraciones, y la solidaridad por división del trabajo [...] La solidaridad nacional es la forma por excelencia de la solidaridad social en el estado presente de la evolución”¹⁷.

Siguiendo su línea de pensamiento, DUGUIT despoja al concepto de soberanía su significado como potestad de mando para reinterpretarla como vocación de servicio a la comunidad, transformando la *soberanía estatal* de un derecho a un deber, que es lo que en realidad fue siempre. Es en la noción de soberanía como

¹³ DUGUIT, Leon, *Las transformaciones del Derecho Público y privado*, Granada, Ed. Comares, 2007, pp. 265.

¹⁴ DUGUIT, Leon, *Las transformaciones del Derecho Público y privado*, Granada, Ed. Comares, 2007, pp. 267.

¹⁵ DUGUIT, Leon, *Manual de Derecho Constitucional: Teoría General del Estado, el Derecho y el Estado y las libertades públicas*, Granada, Ed. Comares, 2007, p.75.

¹⁶ DUGUIT, Leon, *Manual de Derechos Constitucional*, cit., p.71

¹⁷ DUGUIT, Leon, *Soberanía y libertad*, Buenos Aires, Ed. Tor, 1943, p.69

poder de mando y en la noción de servicio público donde el autor observa el desarrollo del tránsito o transformación del fundamento del Estado y diseña su teoría del Estado.¹⁸ Partiendo de la idea de que el vínculo nacional se fortalece mientras más experiencias negativas sufra un grupo social, Duguit considera que el Estado no es poder de mando; es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes¹⁹.

Rechaza la posición principalista de personalidad colectiva por considerarla una ficción jurídica-política. En consecuencia, es inexistente la concepción de una voluntad propia y soberana del Estado, lo cual significa negar la realidad de las relaciones internacionales y del mismo Derecho Internacional. La legitimidad jurídica-política del poder estatal de los gobernantes lo encuentra en la noción de servicio público. El cumplimiento de las obligaciones positivas y negativas de los gobernantes es la expresión de la solidaridad organizada. Los gobernantes ostentan un poder unitario para la realización de los fines de la solidaridad social, sosteniendo que también es una ficción el principio de división de poderes.²⁰

Duguit traza una frontera al espacio de intervención propia del servicio público respecto del ámbito estricto del desenvolvimiento de la libertad del individuo, el cual deberá ser respetado en todo caso, sirviendo de límite infraqueable para los poderes públicos.

3. EL ESTADO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

En su teoría del Estado, el concepto de *servicio público* sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público²¹.

El objeto del servicio público consiste en una obligación de origen jurídico que impone a los gobernantes una cierta actividad cuyo cumplimiento se considera ineludible para estos. DUGUIT sostiene que a medida que la civilización se desarrolla, el número de actividades capaces de servir de soporte a los servicios públicos aumenta, y por lo mismo también crece el número de los servicios públicos. La civilización consiste en el incremento del número de necesidades de todo género que pueden satisfacerse en menos tiempo. A medida que la civilización progresa, la intervención de los

¹⁸ DUGUIT, Leon, *Soberanía y libertad*, cit., pp.91-92

¹⁹ Duguit, Leon, *Manual de Derecho Constitucional*, cit., p.71.

²⁰ La afirmación de Duguit sobre la ficción del principio de división de poderes está presente desde sus primeras obras. En este sentido afirma que este principio es una creación para darle un fundamento al Estado de derecho, una garantía para proteger los intereses colectivos y los derecho individuales. Pero que en realidad no es más que eso, una ilusión. Véase DUGUIT, Leon, "Les fonctions de l'état moderne" en *Revue internationale de sociologie*, 1894, pp.161-197.

²¹ DUGUIT, Leon, *Las transformaciones del derecho público y privado*, cit., p.27.

gobernantes se va ampliando, pues sólo ella puede realizar lo que supone la civilización.²²

En este contexto, el derecho evoluciona bajo la acción de las necesidades económicas y sociales. La soberanía como legitimador del poder político ha sido superada cuando se ha comprendido que el Estado debía a los gobernados algo más que la seguridad interior y exterior. En el Estado de servicios públicos, el concepto de "*servicio público*" aparece como aquella *actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, al ser indispensable a la realización y desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante*²³.

Partiendo de la idea del avance de la civilización para hacer la construcción de la teoría de los servicios públicos, es preciso considerar las sociedades en el momento de la civilización actual. Esa evolución evidencia el incremento de las tareas del Estado, con el consecuente aumento de los servicios públicos de todas clases. En la doctrina del Estado de servicios públicos, los gobernantes son los gerentes de los negocios de la colectividad. Duguit considera esta representación como un simple hecho de la solidaridad social generadora de una situación jurídica objetiva.

La doctrina jurídico-política de Duguit impactó extraordinariamente en el pensamiento de autores comprometidos con la dirección reformista, y para los cuales *la crisis del estado liberal era un hecho constatable, por lo que la teorización de un estado de servicios públicos (como el que preconizaba Duguit), y la consideración del pluralismo social y sindical era un hecho llamado a incidir en la transformación del estado.*²⁴

El *principio de solidaridad social* confiere una justificación y un fundamento para la intervención del Estado en la reglamentación de la vida económica y social, desde la regulación de la propiedad

²² *Ibid.*, pp.34-37

²³ DUGUIT, Leon, "El servicio público" en *Las transformaciones... op. cit.*, p.27

²⁴ En este sentido podemos encontrar al intérprete de las obras de León Duguit a España, Adolfo Posada, véase MONEREO PÉREZ, J.L., *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2004. Sin embargo, hace una crítica severa a la obra Duguit *La transformación del Estado*, por el mismo traducida. También desde el catolicismo y desde los partidarios del Derecho natural, fue especialmente acusada en los círculos de pensamiento más conservador, como es el caso de PAJARES, P., *Ideas política de León Duguit*, 1924. También hizo observaciones críticas, aunque con signo ideológico-jurídico diferente, SALDAÑA, Q. en su Est. prel. "El pragmatismo jurídico de L. Duguit" en *El pragmatismo jurídico*, Conferencias pronunciadas en Francés en la Universidad de Madrid, recogidas y traducidas por alumnos de Doctorado, 1924. Véase también MONEREO PÉREZ, J.L. *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999, 253 pg.

privada como en la reglamentación del derecho del trabajo o la asistencia social, precisamente en conexión directa con la concepción solidarista de las Instituciones y de la libertad. Desde esta óptica, el concepto solidarista reconoce al Estado nuevas funciones y obligaciones de orden positivo que el concepto individualista de la libertad y de la propiedad rechazaba. Este pensamiento revoluciona la idea de Estado, el Estado deja su rol de observador de la realidad económico-social para adentrarse en la misma actividad social, y hacer suyos los problemas de la sociedad. Esta nueva percepción de Estado es exactamente la misma idea en la cual se fundamenta la construcción político-jurídica del Estado Social.

La actividad que se impone a los gobernantes, cuyo ejercicio constituye para ellos el cumplimiento de una obligación jurídica, y que legitima el poder de mando cuando permanecen dentro de ciertos límites constituye el fundamento de lo que se denomina "*servicio público*". Por tanto, este concepto se convierte en una piedra angular del Derecho Público, los gobernantes están obligados a crear, organizar y asegurar todos los servicios que son indispensables para atender cumplidamente al sistema de las necesidades pública, es decir, al sostenimiento y al desarrollo de la solidaridad social bajo sus dos formas.

4. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

La constitucionalización del Estado social tiene sus primeras manifestaciones en la constitución mexicana de Querétaro (*Constitución de 1917*) y en la alemana de Weimar (*Constitución de 1919*), las cuales no formulan la cláusula jurídica "Estado social" expresamente; pero integran derechos sociales que constituyen una de las más significativas manifestaciones del Estado social como aspiración al Estado de bienestar. Sin embargo, es en las Constituciones de la segunda posguerra cuando la cláusula de "*Estado social*" se hace explícita y cuando gana en consistencia y densidad política y jurídica.²⁵

La doctrina constitucional viene discutiendo largamente la compatibilidad entre los principios básicos fundadores de la fórmulas Estado de derecho y Estado social; discusión que ha sido muy compleja puesto que, aún hoy, no existe unanimidad de opiniones sobre la relación entre el postulado clásico del Estado de Derecho y la realización de la igualdad material que exige el Estado Social, es decir, que estas puedan interrelacionarse sin que resulte afectada la esencia de cada uno de estos postulados ni que se origine una mutación en sus estructuras. De las tres posiciones que han tenido eco en la doctrina, analizaremos sólo la que ha sido fruto de

²⁵ FERNANDEZ-MIRANDA, Alfonso, "El Estado Social" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, N° 69. Año 23, Sept/Dic. 2003.

un esfuerzo de síntesis de posiciones y que hoy constituye la *opinión mayoritaria*: aquella que señala que es el *principio democrático* el que dota de la necesaria cohesión interna a los requisitos y garantías del Estado de Derecho con las exigencias materiales del Estado social²⁶.

Con la noción de "*Estado social y democrático de Derecho*"²⁷ se supera el carácter formal del Estado de Derecho para darle una dimensión social, pluralista y solidaria; donde se le integra los contenidos materiales que le ha dotado la sociedad, mediante el derecho de participación democrática, sometido al principio de legalidad y al marco competencial constitucionalmente establecido, lo que viene a cerrar el círculo del estado social y democrático de Derecho²⁸.

El concepto jurídico-político previo del *Estado Social de Derecho* es el de *Estado de Derecho*, donde se constata que este último concepto al instaurar una igualdad formal ante la Ley produce desigualdades económicas. HELLER²⁹ percibe esta contradicción y plantea la transición del Estado liberal al Estado Social de Derecho; cuya concepción permitiría al movimiento obrero y la burguesía alcanzar un equilibrio jurídicamente regulado, planteando la viabilidad de un orden justo de la autoridad sobre la economía, particularmente mediante la limitación de la propiedad privada, la subordinación del régimen laboral al derecho, la intervención coercitiva del Estado en el proceso productivo y la traslación de la actividad económica del ámbito del Derecho privado al de interés público.

El profesor Elías DIAZ³⁰ considera al Estado Social una etapa de transición, el primero hacia el Socialismo y el segundo hacia el Estado Democrático de Derecho. Respecto a esta última visión, DÍAZ hace tres observaciones trascendentales al tratar el Estado Social de Derecho: 1) que no todo lo que es considerado "Imperio de la Ley" es

²⁶ PEREZ LUÑO. Antonio, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, (3ª edic.), Madrid, 1990, pp. 226-228.

²⁷ "La noción "Estado social y democrático de Derecho" no constituye una simple agregación o yuxtaposición de componentes, sino la articulación de ellos en una totalidad conceptual (...) La afirmación unilateral de un principio no puede llevar más que a su destrucción, a su degeneración o a su transformación en su contrario, lo conocido con el concepto de entropía, es decir la generación producida en una realidad que permanece cerrada en sí misma. La vigencia, pues, de cada principio no solo exige la limitación, sino también la interpretación por otros de su contenido concreto [...] hay épocas en la historia política que se caracterizan por la antítesis y el antagonismo, otras donde se ha buscado la síntesis y la integración de opuestos. Pero también hay épocas donde se trata de buscar la concordia, o si se quiere, el consenso, no solo en el área de la praxis política sino también en el de sus formulaciones conceptuales e ideológicas". GARCIA PELAYO, Manuel. *Obras completas*. Tomo II. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1991.

²⁸ GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, *Ob. cit.* p.44.

²⁹ HELLER, Hermann. *Escritos Políticos*. Alianza Universidad. Madrid, 1985.

³⁰ DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Cuadernos para el diálogo. Madrid. 1969. Véase también VALADÉS, Diego. Diccionario del Instituto Interamericano de Derecho Humanos. San José. 2006

necesariamente Estado de Derecho 2) el Estado Social de Derecho requiere un "ejecutivo fuerte", capaz de hacer prevalecer el interés reivindicatorio de la sociedad y la aptitud intervencionista del Estado, sobre la vocación complaciente del parlamentarismo y; 3) que existe un evidente parentesco entre el Estado Social de Derecho y el Estado de Bienestar.³¹

Igualmente, PEREZ LUÑO³² señala que "en el Estado Social de Derecho, los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para subvenir sus necesidades vitales, es decir, vela por lo que la doctrina alemana ha calificado de procura existencial³³".

Según GARCÍA PELAYO³⁴, este tipo de Estado se caracteriza por: 1) la superación de las contradicciones entre la titularidad formal de derechos públicos subjetivos y su ejercicio efectivo 2) la prosecución de la procura existencial³⁵ (señalado también por PEREZ LUÑO) 3) por la concepción de ciudadanía no solo como común participación en valores y en derechos políticos, sino también en los bienes económicos y culturales 4) por ser un Estado de prestaciones, de modo que los preceptos constitucionales que limitan su actividad le añade otros que le fijan objetivos para su acción legislativa y administrativa y finalmente 5) Por una política orientada hacia la configuración de la sociedad por el Estado, dentro de los patrones constitucionales.

³¹ Los conceptos de *Estado social* y *Estado de Bienestar* son dos conceptos potencialmente interrelacionados pero perfectamente distinguibles e incluso potencialmente independientes, disímiles y antagónicos. La cláusula expresada en la Constituciones sociales, es un concepto estrictamente jurídico que viene a ser el *Estado social de Derecho*; mientras el concepto no-normativo, solo descriptivo, sociopolítico y socioeconómico viene a ser el *Estado de bienestar*. La constitucionalización del Estado Social como cláusula jurídica, como cláusula finalista, "decisión constitucional fundamental", elemento esencial de la "Fórmula política", vínculo sustancial del Estado constitucional está vinculada al objetivo de alguna forma de *Estado de bienestar*. Pero, como habíamos expresado, estos son conceptos independientes entre sí.

³² PEREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, 5ª ed., Tecnos, Madrid 1993. p.193

³³ Concepto de "*Daseinvorsorge*" (procura existencial) formulado por FORSTHOFF, Ernst en 1938 y recogido por la doctrina germana para caracterizar el Estado Social, con este concepto se subraya las medidas concretas necesarias para satisfacer las necesidades vitales de los individuos en las actuales sociedades modernas.

³⁴ GARCIA PELAYO, Manuel, *Obras completas*, Tomo II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

³⁵ GARCIA PELAYO considera el concepto de "*procura existencial*" como la acción estatal destinada a crear las condiciones para la satisfacción de aquellas necesidades vitales, que en las complejas condiciones de la sociedad de nuestro tiempo, no puede ser satisfecha por el individuo ni por el grupo". GARCIA PELAYO, *Obras completas*, Tomo II. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Mencionamos en el punto precedente que esta nueva fórmula de Estado incorpora los llamados "derechos sociales" y las garantías por parte del Estado para su efectivo cumplimiento. Será ahora el Estado quien debe tomar el rol de promotor de estos derechos, donde los principios de libertad e igualdad no sean meras aspiraciones políticas, sino fórmulas de cumplimiento efectivo, removiendo los obstáculos para su cumplimiento, y facilitando la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural.

Respecto al surgimiento del Estado Social como respuesta al Estado liberal burgués, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ señala: "Desenmascarada la supuesta neutralidad del Estado liberal respecto de las relaciones sociales y económicas, el Estado Social interviene en ellas atendiendo en ciertos criterios de justicia material; asimismo, merced de una política presupuestaria redistribuidora y a la dotación de servicios públicos universales, procura condiciones materiales que permitan a cada uno el disfrute efectivo de los derechos"³⁶.

Atendiendo a las ideas expuestas, en nuestra opinión, el Estado Social de Derecho refleja la aspiración del constitucionalismo social, donde solo puede conseguirse un efectivo ejercicio de los derechos fundamentales mediante la garantía, por parte del Estado, de condiciones mínimas existenciales del individuo. Esta noción de Estado implica la reivindicación y tutela de los grupos socioeconómicos más vulnerables de la sociedad y el desarrollo del pluralismo como expresión de las demandas sociales y de control sobre los órganos de poder.

5. LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

Estos derechos sociales garantizados por los Estado social moderno³⁷ se inspiran en los valores axiológicos y constitucionales como igualdad, solidaridad y justicia social que tradicionalmente han reivindicado los movimientos obreros y sociales del siglo XIX. Hoy por hoy, casi todos los autores están de acuerdo en cómo el Estado benefactor ha sido sometido a tensiones que no son fáciles de resolver en los países desarrollados, y muy especialmente, en aquellos países emergentes con necesidades aún más urgentes e ineludibles. El Estado de bienestar (*Welfare State*) nació en este siglo como una respuesta a la crisis de inestabilidad del capitalismo y como remedio a la incapacidad de autorregulación del mercado.

³⁶ GUTIERREZ GUTIERREZ, Ignacio. *A Distancia*, Vol.19 No. 2. Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia. 2001/2002 p. 18.

³⁷ LUCAS VERDÚ, P., *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Salamanca, Acta Salmanticensis, 1955, donde manifiesta cómo junto a los derechos de libertad aparecen con Weimar (1919) los derechos sociales de forma que se conjugan y compatibilizan el Estado material del Derecho junto a su el carácter formal de reconocimiento de derechos y libertades.

El Estado social de Derecho³⁸ es un Estado decididamente intervencionista, un Estado activo con un "ejecutivo fuerte". El Estado social de Derecho es considerado así como una auténtica conquista histórica, como un paso adelante respecto a los tradicionales Estados liberales y la desviación y conversión de éstos en los Estados totalitarios.

El profesor Elías DÍAZ ha insistido y establecido la distinción y oposición entre Estado social de Derecho y Estado de Bienestar (*Welfare state*). El modelo de Estado de bienestar no produce todavía una sociedad suficientemente democrática, una sociedad suficientemente nivelada.

Como dice el profesor TIerno GALVÁN: "Apoyándose en el hecho del crecimiento constante del bienestar, se configura un hombre occidental trivializado por la facilidad y el nivel de consumo. En otras ocasiones lo hemos llamado el *consumidor satisfecho*"³⁹. Económicamente El *Welfare State* (el Estado social de Derecho) supone y significa la culminación del capitalismo, de modo que este modelo de Estado no es todavía Estado democrático de Derecho. El Estado de bienestar representa un intento de compatibilizar dos elementos, neocapitalismo y bienestar en el marco de una sociedad fuertemente tecnificada. "El mayor inconveniente del *Welfare State* es el aflojamiento de la tensión moral. El modelo de *consumidor satisfecho* es más materialista –dice el profesor Aranguren- que el modelo marxista del proletariado revolucionario."⁴⁰

El profesor Elías DÍAZ concibe el "Welfare State como un Warfare State, y que con esta mentalidad –de absoluto desprecio al ser humano- ha pasado de la dirección de los viejos "campos de concentración" del nazismo a la dirección de los nuevos "campos de consumición" del neocapitalismo"⁴¹.

El destacado filósofo del derecho Luigi FERRAJOLI observa cómo estos derechos sociales sufren una laguna de garantías, imperfecciones o incluso aún su conculcación. La ciencia jurídica no ha elaborado aún formas de garantías en eficacia y sencillez a las

³⁸ Ver DÍAZ, ELÍAS, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, (3ªed.), 1998, p. 110. El advenimiento del Estado de bienestar (*Welfare State*), nos impone una sociedad de consumo basada en la manipulación del ciudadano. A cambio de manipulación se le garantiza bienestar, abundancia y seguridad. El *Welfare State* significa la culminación del capitalismo y el surgimiento del *homo consumens*, un nuevo individuo que tiene un papel fundamental como motor de la rueda de producción-consumo, como consumidor insaciable, insatisfecho y alienado, que demanda bienes de consumo nuevos, artificiales y absolutamente innecesarios; por lo cual, el capitalismo se preocupa más de la producción, que de la distribución. Se produce mucho, para consumir mucho; y sólo para un mercado muy reducido.

³⁹ TIerno GALVÁN, Enrique, *Acotaciones a la historia de la cultura occidental en la Edad Moderna*, Madrid, Tecnos, 1964. p. 319.

⁴⁰ ARANGUREN, José Luis, *Ética y Política*, Madrid, Ed. Guadarrama, 1963., pp. 293.

⁴¹ DÍAZ, ELÍAS, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, *op. Cit.*, p. 127.

previstas para los demás derechos fundamentales, como los de libertad y autonomía. Los derechos sociales imponen deberes de hacer por los que su violación no se manifiesta por tanto, como en el caso de los de libertad, en la falta de validez de actos que pueden ser anulados por vía jurisdiccional, sino en lagunas de disposiciones o en carencias de prestaciones que reclamarían medidas coercitivas no siempre accionables. Esto se debe a que los problemas suscitados por los derechos sociales son sobre todo de carácter económico y político, tanto porque estos derechos tienen unos costos elevados, como por todo el complejo y aparatoso sistema de mediación burocrática del Estado de bienestar. Por ejemplo, el derecho al trabajo incluido como derecho fundamental en todas las Constituciones de América latina se convierte en una norma menos efectiva y retórica. Evidentemente, esto se debe a que los problemas suscitados por los derechos sociales son sobre todo de carácter económico y político, tanto porque estos derechos tienen unos costes elevados, como por todo el complejo y aparatoso sistema de mediación burocrática del Estado de bienestar.

El Welfare State no desarrolla una normatividad específica propia, ni una teoría del derecho del Estado social, ni una teoría política del Estado social del Derecho. Como afirma FERRAJOLI, no da origen en suma, "a un garantismo jurídico-social en añadidura al garantismo jurídico-liberal de los tradicionales derechos individuales de libertad."⁴² De este modo, el Welfare State se presenta como un conjunto consolidado de prácticas económicas y políticas marcado por la anomia o ajuricidad, y, en cualquier caso, un rebosamiento exorbitante de la vieja forma de Estado de Derecho con su fachada constitucional.

"El objetivo, en suma, en la fase de crisis del derecho que atravesamos, es un garantismo de los derechos sociales casi completamente por fundar, y un garantismo de las libertades individuales en gran medida por restaurar."⁴³

En la organización práctica de estos derechos económicos y sociales, como el derecho a la educación o la protección de la salud, se equipara con los derechos individuales, civiles y políticos, y se les otorga el carácter de universales, esto es, derechos iguales para todos. No obstante, como ha señalado el profesor Gregorio Peces-Barba, un serio error de concepto de estos derechos es que sirven para mantener la desigualdad, y actúan, para aquellos beneficiarios

⁴² FERRAJOLI, Luigi, "Stato sociale e stato diritto", publicado en *Política del Diritto*, a.XIII, núm. 1, marzo 1982, (trad. Italiano de Alexei Julio y Gerardo Pisarello en ABRAMOVICH, V. AÑÓN, M. J. Y COURTIS, Ch.(comp.) *Derechos sociales*, México, Fontarmara, 2003, pp. 7-21 y p. 12

⁴³ FERRAJOLI, Luigi, *op. Cit.* p. 21

que no los necesitan realmente y, de cierta forma, están potenciando una mayor desigualdad⁴⁴.

John Rawls defiende un "*liberalismo americano del Estado de bienestar social*", la idea de que los gobiernos han de prestar a sus ciudadanos el mayor abanico posible de derechos civiles y de oportunidades económicas. Cualquier gobierno que no sepa conducirse por normas democráticas, que fracase en la apertura de oportunidades económicas y promoción del bienestar de los ciudadanos menos prósperos y más desamparados estaría violando sus derechos morales.

El objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad,⁴⁵ es decir, como las instituciones sociales más importantes regulan la distribución de los derechos y deberes fundamentales y las ventajas derivadas de la cooperación social, en concreto la *Constitución política* y principales ordenamientos económicos y sociales.

Según el último *Informe* del Banco Interamericano de Desarrollo, América Latina en su conjunto cerró el siglo XX como la zona más desigual de la tierra, con bastante más de un tercio de la población por debajo de los niveles de subsistencia usualmente estimados como mínimos y con casi una cuarta parte de sus habitantes carentes de educación. La región padece claramente de una grave situación de desigualdad si la comparamos con otras regiones del mundo con niveles similares de PBI. "América Latina brinda desde hace tiempo el ejemplo por excelencia de una gran *desigualdad* unida a una gran *pobreza* y a una gran *polarización*"⁴⁶

La actual crisis fiscal y económica de los Estados en América Latina producida por la financiación de los mismos, impiden el ejercicio efectivo de estos derechos económicos-sociales. El aumento de la demanda de los titulares de estos derechos, junto al problema interno de la financiación estatal (aumento del déficit público, excesiva deuda externa, mala gestión, corruptelas, mafias) impiden un efectivo desarrollo de los mismos. Como ha manifestado Habermas el Estado social, en su desarrollo, ha entrado en un callejón sin salida, de alguna forma, en él se agotan las energías de la utopía de la sociedad del trabajo; pero, por otra parte, constituye la única esperanza de los más desheredados y desfavorecidos de la sociedad.

"Desde los años setenta están haciéndose evidentes los límites del proyecto del Estado social sin que, hasta la fecha, sea visible una

⁴⁴ PECES-BARBA, G. "La universalidad de los derechos humanos" en NIETO NAVIA, R. (ed.) *La Corte y El Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Corte IDH Ed., San José, 1994, pp. 399-421.

⁴⁵ RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Oxford, 1972 (Ed. cast. *Teoría de la Justicia*, trad. De M.d. González, México, FCE, 1993.)

⁴⁶ NUN, J., *Democracia: ¿gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?* Fondo de Cultura Económica, . Argentina, 2000, p. 125.

forma sustitutoria nítida [...] el programa del Estado social, que sigue alimentándose de la utopía de la sociedad del trabajo, ha perdido la capacidad de formular las posibilidades futuras de alcanzar un vida colectiva mejor y más segura."⁴⁷

La globalización implica el libre movimiento de capitales y el aumento de dominio por parte de los mercados financieros y las corporaciones multinacionales de las economías nacionales. En este sentido, vemos que existe un desequilibrio o desfase al ver cómo el desarrollo de nuestras instituciones internacionales no han seguido el mismo ritmo que el desarrollo de los mercados financieros internacionales: la globalización de la economía ha avanzado mientras nuestras medidas políticas se han quedado atrás.

La pobreza priva a millones de personas de sus derechos fundamentales, derechos políticos, culturales y socio-económicos. Sin embargo, tenemos que abordar una concepción integral y amplia de desarrollo, que dependa de una concepción de democracia, pues la prosperidad económica también está ligada al desarrollo y profundización de las libertades y derechos fundamentales. La democracia está indisolublemente ligada al desarrollo socio-económico, como afirma Giovanni SARTORI: "La teoría economicista no nos debe hacer olvidar que la democracia como sistema político de demo-protección es un bien en sí mismo, y que es siempre mejor ser pobres "libres", en libertad, que no pobres en esclavitud."⁴⁸

El Estado social de Derecho, como agente central de crecimiento y justicia, sufre por un lado el ataque de la internacionalización de la economía, y por el otro el de la fragmentación de identidades culturales, el primero a nivel global, mientras que el segundo es a nivel local; globalización económica y diversificación o fragmentación cultural son los dos filos de la nueva espada de Damocles⁴⁹ que desafía al príncipe del Estado, dejando su trono y reinado semivacío.

⁴⁷ HABERMAS, J., "La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energía utópicas" en *Ensayos políticos*, Península, Madrid, p.166. También puede consultarse una de su trabajo, HABERMAS, J., *Crisis de legitimación del capitalismo tardío*, Madrid, Cátedra, 1989. En este trabajo analiza las distintas crisis sistémicas a que se ve enfrentado el actual Estado de bienestar, crisis económica, racional, de legitimación y motivación.

⁴⁸ SARTORI, Giovanni: *Democracia: exportabilidad e inclusión*, Discurso de entrega del Premio Príncipe de Asturias a las ciencias sociales del 2005, El PAÍS, 22-10-2005. Las teorías economicistas de la democracia han relacionado frecuentemente la prosperidad material y económica de una determinada sociedad (liberalismo económico) con el desarrollo y evolución de sus libertades políticas (liberalismo político) cayendo en un determinismo economicista y no dejando claro ni explícito, a menudo, el tipo de liberalismo que se está defendiendo, pues no hay nada necesariamente democrático en una Estados económicamente liberales donde no se facilita la igualdad de oportunidades a todos sus ciudadanos.

⁴⁹ Maquiavelo, en el siglo XV, contempló la fragmentación y la debilidad de los Estados italianos y apostó por su fortalecimiento y conservación como garantía segura frente al caos, la guerra y la inseguridad. Indudablemente, las amenazas

“En realidad lo que se está produciendo es un hecho muy diferente: en un mundo globalizado y universalizado como el actual, aunque no necesariamente tenga que seguir siendo siempre así, el Estado ya no es la unidad más eficiente para la consecución de objetivos económicos, fiscales, monetarios, sociales, culturales, educativos o incluso militares. El Estado está siendo superado, en cada una de estas parcelas por las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales, las empresas transnacionales, las fuerzas de mercado, todas ellas.”⁵⁰

Estamos asistiendo a un doble proceso, por un lado, la ruptura de las sociedades nacionales en beneficio de los mercados internacionales (transnacionales, corporaciones...) y por el otro, una vuelta a ciertos nacionalismos regresivos y defensivos frente al proceso de globalización económica. La construcción de una ciudadanía social expresada a través del ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina se fundamenta en dos pilares imprescindibles, por un lado, el fortalecimiento y consolidación del Estado Constitucional de derecho y, por otra parte, la vertebración de la sociedad civil en organizaciones no gubernamentales, asociaciones civiles, movimientos cívicos que, de alguna forma, impulsen la participación política-ciudadana y signifiquen una reivindicación y control democrático o contrapeso al poder establecido.

Las instituciones son los órganos constitucionales que ejercen el poder de la soberanía popular. Las instituciones se caracterizan por un sentido de permanencia, estabilidad y durabilidad. HEGEL, el filósofo del Estado, nos dice: “el ámbito de las leyes, debe ser, por una parte, una totalidad cerrada; por otra, es la necesidad permanente de nuevas determinaciones legales [...]. Una fuente importante de desenvolvimiento de la legislación se tiene, en verdad, cuando en las instituciones originarias, que contienen una injusticia y son, por tanto, históricas, penetran con el tiempo lo racional, lo jurídico en sí y para sí”⁵¹

son otras; pero volvemos a asistir a una desintegración de los Estados modernos, por diferente causa. Entonces se constituían los Estados-nación, hoy comienza su crisis crónica, tal vez, irreversible especialmente en algunos países de América Latina. ARAMAYO Roberto-VILLACAÑAS, J. L. (comps), *La herencia de Maquiavelo, (modernidad y voluntad de poder)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

⁵⁰ CARRIÓN RODRÍGUEZ, Alejandro J.: “El derecho internacional a la hora de la globalización” en OLIET PALÁ (comp..) *Globalización, Estado y Democracia, Servicio publicaciones Universidad de Málaga, Málaga, 2003, p. 276*. Aunque también tenemos precisar en oposición a los análisis apocalípticos de los Estados-nación, como afirma el eminente sociólogo Ralf Dahrendorf y Adair Turner, que los gobiernos nacionales todavía tienen aún más margen de maniobra de lo querrían hacernos creer algunas exageradas descripciones de la globalización, véase en Dahrendorf, R., *Después de la democracia*, FCE, México, p.21.

⁵¹ F. W. F. Hegel, *Filosofía del Derecho*, Madrid, p. 216.

Respecto a este aspecto debemos resaltar una clara y nítida diferencia entre Estado de Derecho y Estado Constitucional⁵²; un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente ser un Estado Constitucional. Esta delimitación puede sernos útil para expresar la legitimidad constitucional de nuestras instituciones políticas como garantes y defensoras de los derechos fundamentales. El Estado de Derecho quiere expresar el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas, sin embargo, el Estado Constitucional especifica que es a la Constitución a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado.

Actualmente, el modelo social de Estado considerado como aquel que prevé una redistribución igualitaria de riquezas entre todos sus ciudadanos y les garantiza la igualdad de acceso a oportunidades sociales; en el cual existe la obligación constitucional de dar satisfacción universal a su población respecto del goce de los derechos sociales, de respetar las garantías constitucionales y legales de las libertades democráticas y de la seguridad jurídica en general, ha entrado a una grave crisis. El "Estado fuerte" que requieren los derechos fundamentales (aún con mayor incidencia, los derechos sociales) para encontrar su garantía y ejecución está cediendo ante los avances de la globalización, manifestada en el libre movimiento de capitales y el aumento de dominio por parte de los mercados financieros y las corporaciones multinacionales de las economías nacionales. Esta situación, evidentemente, ha devenido en una ineficacia del imperativo constitucional de la cláusula "Estado social" y ha desnaturalizado la búsqueda de un Estado de bienestar, causando lo que es conocido como "crisis del Estado Social de Derecho"⁵³. En

⁵² Debemos precisar que "Estado constitucional de Derecho" y "Estado de Derecho" en sentido fuerte no son términos sinónimos, sino como bien ha señalado el profesor Luigi Ferrajoli, dos modelos normativos diferentes. Véase FERRAJOLI, Luigi: "Pasado y futuro del Estado de Derecho" en CARBONELL, M.: *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2003. También puede consultarse el artículo del profesor PERALTA, Ramón, "Sobre la naturaleza del Estado Constitucional" En *Revista de Estudios Políticos* num125, Julio-Septiembre 2004, p. 255.

⁵³ Los procesos de globalización, que no son sólo de naturaleza económica, nos presentan lo limitado de nuestro escenario social, los riesgos e incertidumbres que se encuentran ligados a nuestros destinos colectivos. El tradicional Estado soberano ya no se concibe como algo indivisible, sino como algo compartido con agencias internacionales; si los Estados ya no tienen control sobre sus propios territorios, y si las fronteras territoriales y políticas son cada vez más difusas y permeables, los principios fundamentales de la democracia liberal, es decir, el autogobierno, el demos, el consenso, la representación y la soberanía popular se vuelven problemáticos. A. MCGREW, "Globalization and Territorial Democracy", en A. McGraw (comp.), *The Transformation of Democracy?*, Cambridge, 1997 IANNI, Octavio, *La sociedad global, siglo XXI*, México, 1995, 3º edición. NORBERT, Elías, *La sociedad de los individuos*, (trad. Cast. José Antonio Alemany), Barcelona, Ediciones Península

efecto, al tratar desde el punto de vista jurídico la "crisis del Estado Social" no nos referimos a la existencia de una crisis del concepto estrictamente jurídico sino al fracaso en la persecución de sus fines los cuales sí tienen una dimensión constitucional; es la crisis del concepto socioeconómico y sociopolítico de "Estado de bienestar". Vale decir, la crisis radica en la política ineficaz e insuficiente, aplicada por los Estados para concretizar la finalidad última del principio constitucional "Estado social de Derecho".

Conviene resaltar que el Estado de Bienestar es un proceso en el cual se han abandonado, en la práctica, algunos elementos de la teoría liberal del Estado. En efecto, el Estado ha dejado de ser "no intervencionista" y se ha considerado que es de su absoluta responsabilidad combatir el desempleo, crear una política de seguridad social que cubra a la totalidad de la población y de necesidades básicas y garantizar un nivel de vida mínimo incluso para los más desfavorecidos.⁵⁴

Sin embargo, progresivamente se ha ido tomando conciencia de que las políticas públicas de carácter social, tal como lo exige el Estado de bienestar, son incapaces de modificar sustancialmente la estratificación producida por el mercado, ni de eliminar la pobreza o reducir la separación entre clases sociales. En efecto, el Estado no resuelve, ni podrá resolver nunca, todas las necesidades y carencias de la vida humana.

Además, se ha constatado el denominado "efecto Mateo", en el sentido de que se benefician más de los servicios sociales en general, aquellos componentes de la sociedad que tienen más información, nivel de educación y de relaciones, que los que realmente más los necesitan por su escasez económica. Esto quiere decir, que finalmente, los servicios sociales surgidos para aminorar las desigualdades sociales terminan acrecentándola, lo que significa que no se logra el bienestar social perseguido por estas, lo que ha contribuido a la desnaturalización de la finalidad del Estado social⁵⁵.

⁵⁴ El estado de Bienestar es un grupo de manifestaciones, en primer lugar, del deseo de la sociedad de sobrevivir como una totalidad orgánica y, en segundo lugar, del deseo expreso de todas las personas en el sentido de contribuir a la supervivencia de algunas personas. TITMUS, Richard, *Essays of the Welfare State*. Londres, George Allen and Unwim, 1963, p. 39.

⁵⁵ DELEECK, Herman, « L'effet Mathieu » en *Droit Social*. Paris. Num. 11, 1979. Este nombre se debe a un pasaje del Evangelio según San Mateo que indica "pues al que tenga se le dará, y tendrá abundancia; pero al que no tenga se le quitará hasta lo poco que tenga". El efecto Mateo se muestra en los siguientes ejemplos: acumulación de recompensas en personas distinguidas y negación de éstas a los emergentes; en la diferencia en la distribución y acceso a recursos, donde personas y centros con más prestigio logran mejores dividendos.

6. REPENSAR LA TEORÍA DEL ESTADO DE LEÓN DUGUIT ANTE LA ACTUAL CRISIS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

La influencia del pensamiento de León DUGUIT en la construcción de la Teoría de Estado Social es evidente. Su pensamiento fue el punto de partida en la redefinición de los fines del Estado y sobre todo, la construcción de garantías sociales, políticas e institucionales para garantizar la obligación del Estado de la administración de los bienes estatales a fin de satisfacer las demandas de la sociedad. En este sentido, DUGUIT señala que la garantía del cumplimiento por el Estado de las obligaciones negativas y positivas que el incumben se halla, ante todo, en una buena organización de los servicios públicos. Esta garantía no es otra cosa que el derecho que tiene todo individuo de exigir al Estado que se organice de tal manera que el peligro de violación del derecho se reduzca al mínimo. Los elementos protectores por excelencia se encuentran en una sabia y justa repartición y ponderación de funciones, en una jerarquía de los órganos que las ejercen, en un control e intervención jurisdiccional enérgica de todos los actos de poderes y agentes públicos, y en fin, en una responsabilidad fuertemente sancionada del Estado y los funcionarios.⁵⁶

Leon DUGUIT contribuye a la creación de una cultura favorable a la cuestión social y al Estado Social, aunque no directamente a los derechos sociales; pues no acepta la noción de derecho subjetivo, por considerarlo una abstracciones o ficción sin realidad. El modelo de Estado social que su pensamiento inspira tiene como fundamento la idea del "Estado al servicio de la sociedad", que se refleja en la regla de organización y gestión de los servicios públicos. Aquí, la cuestión social y la organización de la sociedad se realizan desde el Estado, pero sin derechos sociales. Por esta razón, se sitúa en el plano del Derecho Administrativo y de ahí señala que "la conciencia moderna quiere otra cosa en el plano intelectual y moral: no admite, por ejemplo, que el Estado no organice los servicios de asistencia."⁵⁷

BIBLIOGRAFÍA.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique *La ciudadanía y la participación política en el Estado democrático de derecho*, México, Porrúa, 2010.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, *Teoría de los Derechos Humanos*, Lima, Griley, 2010.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, BECERRA ROJASVERTIZ, Rubén (coord.) *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos*

⁵⁶ DUGUIT, Leon, "De la resistencia a la opresión" , En: FERRERO COSTA, Raúl (Comp.) *Derecho Constitucional General*. Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2004, pp.525-560.

⁵⁷ DUGUIT, León, *Las transformaciones del Derechos Público y privado*, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1975, pp.35.

fundamentales, (contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea) México, Porrúa, 2010.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique y PRADO MAILLARD, José Luis (coord.), *Las transformaciones del Derecho, el Estado y la Política en el nuevo contexto global*, Universidad Autónoma de Nuevo León-Editorial Oficio, 2010.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique *Constitución y democracia: fundamentos políticos del estado de derecho*, Lima, Griley, 2010.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, *Teoría política y jurídica contemporánea (Problemas actuales)*, México, Editorial Porrúa, 2008.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique y ESCÁMEZ NAVAS, Sebastián (ed.), *Pensamiento Político Contemporáneo: una panorámica*, México, Editorial Porrúa, 2008.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, "Concepto y fundamento de los Derechos Humanos en la Teoría Jurídica Contemporánea" en Aguilar Cavallo, Gonzalo, *60 años después: Enseñanzas pasadas y desafíos futuros*, Santiago de Chile, Librotecnia, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2008, pp.18-76.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, "Participación ciudadana, servicios públicos y multiculturalidad" en Cienfuegos Salgado, David y Rodríguez Lozano, Luis Gerardo (Coord.), *Actualidad de los Servicios Públicos en Iberoamérica*, México, UNAM, 2008, pp.1-38.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, "La igualdad como valor normativo, axiológico y político fundamental" en Figueruelo, Ángela, *Igualdad ¿para qué?*, Editorial Comares, Granada, 2007, pp. 15-49.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, "La encrucijada de una ciudadanía constitucional europea a través del pensamiento federalista" en Torres Estrada, Pedro (ed.) *La Reforma del Estado*, Editorial Porrúa, México, 2007.

DUGUIT, Leon, *Leçons de droit public général*, E. de Boccard, Paris, 1926.

DUGUIT, Leon, *Manual de Derecho Constitucional: Teoría General del Estado, el Derecho y el Estado y las libertades públicas*, Granada, Ed. Comares, 2007.

DUGUIT, Leon, *Las transformaciones del Derecho Público y privado*, Granada, Ed. Comares, 2007.

DUGUIT, Leon, *Soberanía y libertad*, Buenos Aires, Ed. Tor , 1943.

DUGUIT, Leon, "Les fonctions de l'état moderne" En: *Revue internationale de sociologie*, 1894.

DUGUIT, Leon, "The Law and the State", en Harvard Law Review, Número especial, Washington, 1917.

DURKHEIM, Émile, *Règles de la méthode sociologique*, Paris, PUF, 1963.

DURKHEIM, ÉMILE, *La división del trabajo*, trad. Carlos González Posada, Ed. Planeta-De Agostini, Barcelona, 1993.

GÓMEZ GARCÍA, Juan Antonio: *Valores jurídicos y derechos humanos en el Cine*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2002.

GÓMEZ GARCÍA, Juan Antonio: "La dimensión social de la vida humana", pp. 41-50; "Derecho, Moral y Usos Sociales", pp. 85-100 y "El nacimiento de la norma jurídica", pp. 119-129, en VV.AA.: *Teoría del Derecho*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia - Unidades Didácticas, 2003.

GÓMEZ GARCÍA, Juan Antonio: "El Estado del bienestar en la era de la globalización", en VV.AA.: *La globalización y la crisis de los derechos*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2005, pp. 77-92

MONEREO PEREZ, J.L., y CALVO GONZÁLES, J., "León Duguit (1859-1928) Jurista de una sociedad en transformación". *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 4, 2005.

MONEREO PÉREZ, J.L., *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2004.

MONEREO PÉREZ, J.L. *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999.

OLIVAS, Enrique, *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Trotta, 1991.

GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier y FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, *Las transformaciones del Derecho en Iberoamérica, Homenaje a los 75 años de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, Granada, Comares, 2008.

PAJARES, P., *Ideas política de León Duguit*, 1924.

SALDAÑA, Q., "El pragmatismo jurídico de L. Duguit", en *El pragmatismo jurídico*, Conferencias pronunciadas en Francés en la Universidad de Madrid, recogidas y traducidas por alumnos de Doctorado, Madrid, Francisco Beltrán, 1924.

SAHUI, Alejandro (coord.), *Gobernanza y sociedad civil: retos democráticos*, México, Ediciones Coyoacán, 2009.

SAHUI MALDONADO, Alejandro, *Razón y espacio público. Arendt, Habermas y Rawls*, México, Ediciones Coyoacán, 2002.

SANZ BURGOS, Raúl, "¿Ofrecen las transformaciones globales oportunidades a la democratización?" en AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (coord.), *La democracia en el Estado Constitucional*, México, Porrúa, 2009.

VALENCIA SÁIZ, Ángel, y FERNÁNDEZ-LLEBREZ GONZÁLEZ, Fernando, coord., *La teoría política frente a los problemas del siglo XXI*, Universidad de Granada, Granada, 2004.

VALENCIA, Ángel, "Nuevos retos de la Política: Los movimientos sociales y el ecologismo en DE ÁGUILA, Rafael, *Ciencia política*, Trotta, 2003, pp. 451-475.

ZARAGOZA HUERTA, José, AGUILERA PORTALES, Rafael, NÚÑEZ TORRES, Michael, *Los derechos humanos en la sociedad contemporánea*, México, Editorial Lago, 2007.