

LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

KELLY PATRICIA ORTEGA HERRERA

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Filósofa

Asesora

LEDIS MUNERA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS

PROGRAMA DE FILOSOFÍA

2013

LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

KELLY PATRICIA ORTEGA HERRERA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS

PROGRAMA DE FILOSOFÍA

2013

A Dios por su amor infinito,
A mi madre por sus oraciones y su apoyo incondicional,
A mi padre por ser mi cómplice,
A Elizabeth por aparecer en mi vida,
A mis hermanos por creer en mí,
A mis amigos, por soportarme, por aceptarme sin reparos, porque fueron ustedes quienes hicieron
más ameno el camino, en especial a Daniela mi compañera de lucha.

... Que la esperanza venza el miedo.

CONTENIDO

INTRODUCCION.	356
DESARROLLO HISTORICO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....	358
ESTADO SOCIAL DE DERECHO.	3513
IMPLICACIONES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....	3516
CONCLUSIONES	3534
BIBLIOGRAFIA	355

INTRODUCCIÓN

El propósito de comprender nuestro entorno social, eleva nuestra imaginación a pensarnos desde el pasado y el presente, desde las teorías y las acciones, nos sitúa frente al reto de plantearnos múltiples realidades para alimentar y fortalecer nuestra cosmovisión, a partir de ese tipo de análisis podemos movernos por el borde o profundizar en lo que se ha comprendido. Es aquí donde se constituye la base para la construcción de una realidad deseada, es decir: la comprensión de la realidad a partir de nuevas formas de existencia social.

Esto revela entonces, la responsabilidad del sujeto en la construcción social y del estado, puesto que la existencia social del hombre moderno se sostiene sobre, la economía de mercado, la esfera pública y la soberanía popular, tres ejes en los que la acción de cada asociado entra a jugar un papel importante. Pero los dos últimos se encuentran amenazados por el primero, es decir: la primacía de la economía sobre la política y el crecimiento del mercado sobre la esfera pública, es esta situación la que han llevado al estado moderno a la evidente crisis que enfrenta actualmente. Ya que es en la realidad donde se valida cualquier teoría y en este caso las teorías del derecho, que justifican la existencia del estado social de derecho, en su contraste con la realidad han perdido validez, debido a esto surge la crisis del estado social de derecho.

Ejemplo de esto es Colombia en donde “una gran parte de la población” no tiene acceso a los servicios públicos que garantizan las condiciones básicas para el desarrollo de una vida digna,

como son: asistencia médica , educación, vivienda y trabajo digno, Y aun así nos hacemos llamar estado social de derecho como lo señala nuestra Constitución Política:

Colombia es un estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.: (Art. 1 constitución 1901)

Bajo este contexto nace este proyecto, teniendo como hilo conductor investigar que tan pertinente es hablar de Estado Social de Derecho en nuestros tiempos, puesto que nos encontramos en un momento histórico en el que impera el capitalismo y se están creando las condiciones para una cultura global, momento histórico en el que no hay cabida para el estado social, sino para un nuevo modelo de gobierno.

Ahora bien, este trabajo tiene como objetivo reflexionar sobre la postura crítica de Jürgen Habermas frente a la crisis del estado social de derecho, partiendo del hecho, que este hace un llamado a la reflexión colectiva de la sociedad civil, para que esta tome las riendas de la institucionalidad de sus derechos y las leyes que los regulan.

Tal objetivo se desarrolla en el siguiente orden: en un principio se introducirá un breve estudio sobre el concepto y el desarrollo histórico del estado social de derecho, esto para contextualizarnos y poder comprender el problema. En un segundo momento, se presentará la crisis del mismo y las implicaciones de esa crisis. Por último, nos extenderemos en la reflexión sobre la recreación conceptual, de la teoría del ESD (Estado Social de Derecho) que permita sostener toda una cadena de derechos sociales que en sus inicios este pretendía garantizar, es decir el surgimiento de un nuevo paradigma dentro de las teorías del derecho.

Ya que el estado social de derecho no solo es una configuración histórica si no también un un sistema democráticamente articulado, es decir, como un sistema en el cual la sociedad no solo participa pasivamente como receptora de bienes y servicios, sino que, atreves de sus organizaciones, toma parte activa tanto en la formación de la voluntad general del estado como en la formulación de políticas distributivas y otras prestaciones estatales.¹

Lo anterior indica que este modelo de gobierno exige que el aparato estatal encamine sus instituciones hacia una organización social justa que garantice libertad e igualdad para todos, superando así el concepto de estado de derecho; el cual se limitaba a garantizar la libertad legal del sujeto. El estado social de derecho va mas allá, en la medida que promueve la participación del individuo y de todos los grupos excluidos, en todos los campos de la vida pública, ya sea política, cultural o económica, y esto también debe desarrollarse en armonía con el medio ambiente, en tanto se protegen, preservan y conservan los medios de soporte vital del planeta.

¹Confróntese a Simón Younes Jerez. (2005). Estado Social De Derecho. Universidad Autónoma de Colombia.

1. DESARROLLO HISTÓRICO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

El siglo XX Se caracterizó por los avances de la tecnología; la medicina y la ciencia en general; el siglo que dio lugar a múltiples crisis y opresiones humanas, causando efectos como las Guerras Mundiales; el genocidio y el etnocidio, esta cadena de hechos profundizó el sentimiento de exclusión, discriminación y violencia entre la humanidad, agudizando así todo tipo de fenómenos sociales. Como consecuencia, se profundizaron las desigualdades en cuanto al desarrollo social, económico y tecnológico, y de la misma manera inequitativa se da la distribución de la riqueza entre los países, generando grandes diferencias en la calidad de vida entre las distintas regiones del mundo.

Si bien, fue un siglo de grandes progresos para algunas naciones del mundo, también significó el fin de la era del imperialismo. Tras la Segunda Guerra Mundial, el mundo toma un nuevo orden económico y político, Estados Unidos se alza como potencia mundial, y Europa tras la postguerra Europea comienza a perder peso en el concierto mundial de naciones, entre 1989-1991 con la caída de los regímenes de Europa. Además surge un nuevo paradigma para el mundo, con el comienzo del fenómeno llamado la globalización o la mundialización, pero este nacimiento se da en un escenario de desigualdades.

Ahora bien, el ámbito político y el marco jurídico no eran ajenos a los cambios que se venían gestando a nivel global, durante los siglos XVIII y XIX el ámbito jurídico-político venía guiado bajo el modelo de estado de derecho, el cual tenía como principio, el aseguramiento de la libertad, la propiedad del ciudadano y sus derechos fundamentales, de esta manera era reducido a un estado de leyes, fortalecido con la creación de la constitución escrita, la separación de los poderes y de esta manera promulgaba y garantizaba las leyes.

Esta forma de organización política se reafirma con las revoluciones liberales del siglo XVIII donde se abre paso a este modelo de estado que se limitaba a garantizar la libertad del sujeto, asegurando sus derechos civiles y políticos, Pero los sectores más vulnerables de la sociedad venían golpeados por los estados liberales- individualistas, puesto que esta libertad garantizada, maltrato uno de los principios de la democracia: la igualdad, según Rafael Aguilera Portales² y Diana Rocío Espino Tapia³, quienes denuncian este hecho en su texto, Repensar a Leon Duguit ante la actual crisis del Estado social, señalando que:

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, 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

² 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

³ Profesor titular de Filosofía Política y Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Miembro del Sistema Nacional de

humanidad: la igualdad, que al lado de la libertad, forman el pensamiento filosófico-jurídico de la democracia.⁴

Entonces, bajo este contexto social ya no se puede hablar de libertad e igualdad real entre los hombres, puesto que este mismo contexto demuestra la falta de garantías para su consecución. Es así como en el marco del desarrollo industrial se da el surgimiento de la clase obrera organizada en sindicatos y partidos, dando paso al surgimiento de los derechos sociales y superando de esta forma el concepto de libertad que garantizaba el estado de derecho, fueron toda una cadena de hechos históricos, los que desataron el surgimiento de los derechos sociales y por ende un modelo de estado que los garantizara: el Estado Social de Derecho. Luis Villar Borda en su artículo, Estado de derecho y estado social de derecho señala que “el desarrollo del capitalismo como consecuencia de la industrialización, la revolución científica y técnica, las ideas de la ilustración y antes de ellas el impulso de la reforma protestante y el renacimiento fueron los escenarios para que se comenzara a esbozar esa idea.”⁵

Este modelo neocapitalista tiene su origen, al igual que el Estado de Derecho en Alemania, donde se dan sus primeras manifestaciones y se pronuncian sus primeros y más notables precursores como lo son : Lorenz Vonstein, Leibniz y Wolff , pero vale la pena señalar que el creador del concepto de Estado social de Derecho es Hermann Heller (1891-1933) este jurista alemán platea en 1930 por primera vez una tesis para mediar entre estado de derecho y dictadura.

⁴ Aguilera Portales Rafael y Espino Tapia Diana Rocío. (2010). Repensar a Leon Duguit ante la actual crisis del Estado social. Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, n° 12.

⁵ Villar Borda, Luis, (2007). Estado de derecho y estado social de derecho. Revista estado de derecho. n° 20.

En el estado de derecho ya se había avanzado con la creación de la constitución escrita, luego de esto la primera constitución en incluir los derechos sociales fue 1919 la llamada constitución alemana de Weimar, luego en 1931 se dan aportes en la constitución de la república española, México en 1917 y más tarde en la constitución colombiana de 1936, así se extendieron los derechos sociales en otras partes del mundo.

Como el reconocimiento de algunos derechos sociales significaría más tarde el establecimiento del estado social de derecho en la constitución de 1991 en Colombia, puede decirse entonces que el estado de derecho no desaparece si no que viene a ser complementado por una dimensión social teniendo como bandera la igualdad social real.

Esta forma de organización política y que se reduce al nombre de estado social de derecho, tiene como objetivo principal velar por el bienestar de los asociados desde la organización política, prestando la asistencia y protección necesarias, combatiendo las privaciones y desventajas económicas y sociales de los diversos sectores.

Después de analizar el contexto histórico-político en el que surge el ESD, es posible ampliar nuestra comprensión sobre el tema y de la misma forma poder profundizar en el marco conceptual de este.

2. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Lo esencial en este segundo aparte es hablar del marco conceptual del estado social derecho, teniendo en cuenta ciertas categorías filosóficas y jurídicas que se encuentra en la base de la teorización de este. El objetivo de este capítulo es por tanto, describir y mostrar de qué manera la crisis del ESD se encuentra inmersa desde la creación misma de su concepto teórico.

Es necesario señalar entonces, que el Estado Social de Derecho es una forma de organización del estado, esta fórmula política promueve un estado de igualdad por medios de la incorporación de los derechos sociales, junto a los clásicos derechos fundamentales, civiles y políticos, a la constitución y el orden jurídico, garantizando de esta manera las condiciones para el desarrollo de una vida digna.

Siendo así surge con la pretensión de corregir y superar la fórmula clásica de estado de derecho, formula que por su parte proclamaba la libertad e igualdad entre los individuos, pero el mismo contexto social evidenció que el ser humano no es realmente libre ni igual, puesto que existen limitaciones y desigualdades sociales y entre éstas las que más sobresalen son las limitaciones y desigualdades económicas, siendo esto un factor importante para el desarrollo y las libertades de los individuos. Esto dejó al descubierto que para el desarrollo fáctico de la libertad y la igualdad entre los hombres en la sociedad, se necesitan de mediaciones, acciones, prestaciones y servicios, que se escapan de la capacidad del individuo para asegurarlas, puesto que las libertades y los derechos, requieren de instituciones sociales y económicas como medios para su

realización. Es así como el estado social de derecho nace para mediar y asegurar la realización material de la libertad y la igualdad para todos.

Ya que el estado de derecho como señala Luis Villar Borda en su artículo Estado de derecho y estado social de derecho, “es insuficiente para hacer realidad el principio formalmente consagrado de la igualdad, pues el legislador tiene en cuenta dentro de tal estado , las relaciones sociales de poder, convirtiendo así el derecho en una expresión de los más fuertes.”⁶

La forma de organización política que se reduce al nombre de estado social de derecho, tiene como objetivo principal velar por el bienestar de los asociados desde la organización política, prestando la asistencia y protección necesarias, combatiendo las privaciones y desventajas económicas y sociales de los diversos sectores. Para hablar de estado social debe existir un escenario de aseguramiento de las condiciones mínimas para la seguridad material, es decir: las condiciones básicas para el desarrollo de una vida digna.

En consecuencia al extenderse las clases de derechos que venían cobijados o garantizados por el estado de derecho e incorporar los derechos sociales, esta nueva forma de organización política asume la obligación de proteger y garantizar los derechos de la mujer, de la juventud y de las minorías, extendiéndose así reconocimiento de: “ principios como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, derecho a la vida, y la integridad personal, igualdad, prohibición de toda discriminación, protección del matrimonio y de la familia, derecho a la vivienda, a la

⁶ Villar Borda, Luis. (2007). Estado de derecho y estado social de derecho. Revista estado de derecho, N° 20.

educación, obligación social de la propiedad, derecho a un ambiente sano y derecho a la cultura⁷⁷, asistencia médica y empleo entre otros.

Entre las manifestaciones concretas del estado social de derecho en Colombia se encuentran, por ejemplo, mandatos generales dirigidos a promover la igualdad real mediante la adopción de medidas a favor de grupos discriminados (*artículo 13 inciso 2 C.P.*); proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (*artículo 3 inciso 3 C.P.*); proteger a la mujer embarazada, a la mujer cabeza de familia, a la niñez, a los adolescentes, a las personas de la tercera edad, a los discapacitados a los pensionados y a los enfermos (*artículo 43 a 49 C.P.*); apoyar a los desempleados (*artículo 54 C.P.*); y promover el pleno empleo así como así como el mejoramiento de la calidad de vida de las personas con menores ingresos (*artículo 334, inciso 2*); y, en general, dar prioridad sobre cualquier otra asignación de gastos social para la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable en los planes y presupuestos de la nación y de las entidades territoriales (*artículo 366 C.P.*)

En esta medida, si lo que se busca es promover la inclusión y participación del sujeto y los grupos con desventajas sociales, se debe partir de la igualdad o de la equidad, como principio determinante para el cumplimiento de las tareas del estado encaminadas a corregir y resarcir las desigualdades existentes. Así el estado social pretende impartir justicia social y promover la dignidad humana por medios del ajuste de las autoridades e instituciones públicas a los derechos, deberes y principios consignados en el orden constitucional y jurídico.

⁷⁷ Ibid, pag 83

3. IMPLICACIONES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

En esta parte del trabajo la pretensión es precisar en la medida de lo posible algunas de las problemáticas generadas por la ejecución de un modelo político como el ESD, además reflexionar sobre la postura que desarrolla Jürgen Habermas en su texto *Facticidad y Validez*, sobre la crisis generada a partir de lo anterior. Por otra parte mostramos la necesidad y la continuidad de este modelo político.

Nuestra existencia se desarrolla bajo el imperio del capitalismo, las reglas y valores morales han perdido valor frente a las lógicas del mercado y del consumo, es este el resultado de la clientelización y burocratización del estado y las empresas e instituciones públicas, que han dejado la solución de los problemas y fenómenos sociales en manos del sector privado y la dinámica del mercado.

En los países subdesarrollados el asunto es aun mas grave y aun mas en países como el nuestro, teniendo en cuenta el conflicto interno que nos azota hace ya varias décadas, todo esto ha llevado al decaimiento del estado social de derecho y por ende a la violación y disminución de los derechos sociales o a la crisis de gobernabilidad como la denominan algunos autores, en la medida que el estado pierde autoridad en el escenario administrativo de lo público.

Las implicaciones de esta crisis, están sujetas a la falta de garantías adecuadas para el cumplimiento de los derechos políticos y socio-económicos, es decir, de los derechos sociales. Lo anterior se haya interconectado con la discrepancia que existe entre libertad e igualdad, idea que

plantea Jonh Rawls en su filosofía política y jurídica, se podría decir que lo que se plantea es “ni individualismo exacerbado, ni igualitarismo que dé lugar a la uniformidad, la mediocridad y la anulación de las diferencias. Ni individualismo que venda la igualdad a cambio de la libertad total, ni igualitarismo que venda la libertad y la descarte.”⁸ Es decir; se debe buscar un equilibrio entre libertad e igualdad, se trata entonces de garantizar los derechos sociales, los que a su vez garantizan la igualdad (igualdad de derechos) y por otro lado las garantías de las libertades individuales.

Otra implicación de dicha crisis y quizás la más importante, radica en el ordenamiento económico y de distribución, bajo un modelo neoliberal y capitalista con políticas de expansión, mundialización y globalización económica, financiera e incluso socio-cultural, ante esto el estado pierde soberanía sobre la regulación de sus propios mercados debilitando así el sistema económico que respalda la realización material de los derechos socio-económicos de los asociados. Ejemplo de esto es el caso de América Latina, “la actual crisis fiscal y económica de los estados de América latina producida por la financiación de los mismos, impiden el ejercicio efectivo de estos derechos económicos-sociales. El aumento de los titulares de estos derechos, junto al problema interno de la financiación estatal (aumento del déficit, junto a la excesiva deuda externa, mala gestión, corruptelas y mafias) impiden un efectivo desarrollo de los mismos”.⁹

⁸ Aguilera Portales, Rafael y Espino Tapia Diana Rocío, Repensar a Leon Duguit ante la actual crisis del estado social de derecho. Universitas, Revista de filosofía, derecho y política, n° 12, julio, 2010, pág. 51

⁹ *Ibíd.*, pág. 63

Otro de los alcances de la crisis en cuestión, es la intermediación de los aparatos burocráticos, además se suman otros efectos de la globalización, que según Rafael Aguilera y Diana Rocío Portales, la globalización también genera un desequilibrio entre ella misma y las medidas políticas, en la medida que sumerge a las economías nacionales bajo el dominio de las corporaciones internacionales, puesto que facilita el libre movimiento de capital y mercados financieros.¹⁰

Por lo tanto, si el estado social de derecho es una especie de pacto constitucional que media entre las clases sociales y sus distintos intereses como lo plantea Luis Villar Borda, es un estado político de la social democracia¹¹, en esta medida el concepto de democracia debe abarcar el concepto de desarrollo, y este debe crear las condiciones para la realización de la democracia y sus principios, es decir: debe existir equilibrio y conexión entre el desarrollo económico y las medidas políticas que garantizan las libertades individuales y los derechos fundamentales en toda su extensión.

Como consecuencia de todo esto, el estado social ha quedado en medio de dos extremos uno a nivel global, como lo es la internacionalización de la economía y por el otro lado, a nivel local está la multiplicidad, diversificación o la fragmentación cultural-identitaria.

En otras palabras; “estamos asistiendo a un doble proceso, por un lado, la ruptura de las sociedades nacionales en beneficio de los mercados internacionales (transnacionales,

¹⁰ *Ibíd.* pág. 64

¹¹ Confróntese a Villar Borda, Luis. (2007). Estado Derecho y Estado Social de Derecho, Revista estado del derecho , n°20.

corporaciones...) y por el otro, una vuelta a ciertos nacionalismos regresivos y defensivos frente al proceso de globalización económica.”¹²

Como resultado de lo anterior se ha provocado también la reorganización social, como un proceso mediante el cual se constituye la subjetividad social y se fortalece la capacidad de determinación de la sociedad, generando el trabajo solidario para elevar a las personas a niveles de vida digna, para hacer crecer efectivamente la dignidad de toda persona, creando así, organizaciones no gubernamentales asociaciones civiles y movimientos cívicos, con el fin de exigir y promover la participación política, las garantías para una vida digna e intervenir en el abandono del estado y el cumplimiento de la ley.

¿Pero qué sucede cuando estos organismos también se crean bajo un contexto de corrupción y clientelismos? La población termina siendo víctima de los mismos y por ende aumentado y profundizado la inequidad.

En otras palabras, podemos señalar que la actual crisis del Estado Social tiene su origen en ciertas patologías ya existentes en el diseño del estado social tradicional, es decir: desde la creación misma del concepto, en la manera como fue pensado y formulado. Puesto que surge como respuesta a las contradicciones generadas por la consolidación del capitalismo. Es decir: en medio de la agudización del conflicto entre el capitalismo, las clases poseedoras y los

¹² Aguilera Portales Rafael y Espino Tapia Diana Rocío. (2010). Repensar a Leon Duguit ante la actual crisis del Estado social. Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 12.

sectores sociales empobrecidos y excluidos. Si analizamos la historia de los derechos sociales, esta orienta nuestra más nuestra comprensión del aprieto en que se sume este modelo de estado.

Es a mitad del siglo XIX con el enfrentamiento entre clases poseedoras y los sectores menos favorecidos por el capitalismo liberal, donde se comienza a hablar de cuestión social y se comienza a pensar en la constitucionalización de los derechos sociales, pero este hecho no pasa de meros arreglos y compromisos políticos, reformas liberales para legitimarse en su poder y deslegitimar los movimientos sociales que surgían en busca del reconocimiento de sus derechos, de esta manera los derechos surgen como meras aprobaciones para beneficios político-económicos con el fin de neutralizar a los sectores inconformes, mas no como una conquista desde el colectivo y para el colectivo, -entendiendo colectivo como los sectores más golpeados por el capitalismo- .

Si bien, se logra institucionalizar y consolidar una serie de derechos e incluir intereses de los sectores vulnerables en el contrato social, esto no logra remover las desigualdades sociales, puesto que de manera alterna a este proceso se lleva a cabo el proceso de estabilización de la producción y los intereses económicos.

De esta manera el estado social actúa como una mano izquierda que se ocupa de la cuestión social y una mano derecha que se encarga de promover los intereses económicos privados. Desmercantiliza, por un lado, una serie de bienes y servicios que se convierten en el eje central de la ciudadanía social keynesiana. Pero actúa, por otro, como un instrumento de asentamiento del mercado y de generación de mercados

secundarios, favoreciendo el proceso de acumulación privada (vid, Esping Andersen, 1993).¹³

Entonces el estado tradicional se ostenta como un estado social legislativo y administrativo, que en su momento no logra garantizar los derechos clásicos liberales, por la constante tensión entre la cuestión de inclusión social y de autoprogramación del aparato estatal y capitalista. De esta manera el estado social tradicional responde a una lógica “legal” inclusiva y excluyente a la vez.

Ejemplo: por un lado están “los sectores que no consiguen acceder a la ciudadanía a través del trabajo formal: mujeres, extranjeros, minorías –y a veces hasta mayorías- étnicas. Y por otro, la de ciertos recursos naturales: tierra, agua, alimentos esenciales para la satisfacción de las necesidades radicales de las personas, que sin embargo se consideran objeto de explotación pública o privada casi ilimitada.”¹⁴ Vulnerando así el principio de equidad e inclusión.

Es necesario señalar también como un estado meramente legislativo, abre paso a la despolitización de la esfera no estatal y privada, y de esta manera se debilitan los mecanismos de control tanto institucional como social.

Así en medio del clientelismo y el paternalismo, pero un paternalismo ilegítimo, -puesto que hay un tipo de paternalismo justificado o legítimo, Victoria Camps por su parte defiende la idea de que la única forma de paternalismo justificado, es aquella que busca la igualdad básica, es decir: es legítimo cuando se encamina hacia la justicia, en la medida que busca poner en igualdad de

¹³ Pisarello Gerardo, (2001). Del estado social legislativo al estado social constitucional, revista isonomía, n°.15.

¹⁴ Ibid pag 85.

condiciones a los más débiles frente a los más fuertes, en suma podríamos decir que se justifica cuando su objetivo es subsanar las necesidades básicas, promueve la distribución de los bienes primarios.- se desarrolla la garantización de derechos sociales además estos se convierten en una herramienta de control para la cualificación, reproducción de la fuerza de trabajo y un mecanismo de disciplina e integración social, en la medida que como ciudadano solo se obtienen estos beneficios si se participa en la actividad productiva, como trabajador y además se aceptan las condiciones del mercado del trabajo y por ende se entra en el juego del capitalismo.¹⁵ Es decir se atienden las necesidades del trabajador como un mero consumidor y las del ciudadano como un cliente del estado.

Así mismo Jürgen Habermas, también nos conduce a una comprensión de las fallas que desde sus inicios vienen inmersas en el concepto del estado social, ya que según este autor fueron varios aspectos importantes que no fueron contemplados a la hora de su formulación teórica.

en el capítulo IX titulado Paradigmas del derecho de su texto Facticidad y Validez, Señala la evidente conexión que existe entre el sistema jurídico y su entorno social, de acuerdo con la imagen subjetiva que los juristas se hacen de sus contextos sociales, y a partir de esto se puede decir que los expertos en este campo, no sólo se preocupan por la interpretación de todas las normas y teorías del derecho, si no que esta interpretación es mediada por una pre comprensión del contexto social, de esta manera la interpretación del derecho busca dar respuesta a los

¹⁵ Véase a Pisarello Gerardo, (2001). *Del estado social legislativo al estado social constitucional*. Revista isonomía, n°.15.

asuntos sociales que se perciben de cierta manera, para Habermas es importante a la hora de aplicar el derecho, reconocer la imagen o la estructura que los sujetos se hacen de su sociedad.

Por tanto la formulación de un nuevo paradigma del derecho, debe ser una formulación inspirada no solo en el ámbito de las teorías jurídicas, sino, en el ámbito de las ciencias sociales, puesto que la jurisprudencia se refiere a un modelo social específico, por ello Habermas hace un llamado a la ciencia jurídica para que opere de manera interdisciplinaria teniendo un acercamiento con las ciencias sociales, para construir teorías más incluyentes y de acuerdo con “la cuestión social”.

En el siglo XIX con el paso de estado liberal al estado social, aumenta la tensión entre el derecho público y el derecho privado y esto conduce a un cambio de paradigma, paradigma que viene a dar un giro en la comprensión que se tiene sobre la relación entre autonomía privada y autonomía ciudadana, entendiendo la relación entre estas ya no como una contraposición sino como una relación de reciprocidad. Se crea una confusa relación entre el derecho público y el derecho privado, pero el estado de derecho viene en defensa del derecho privado en tanto se consideraba que iba más allá del mero aseguramiento de la autodeterminación individual y estaba también al servicio de la realización de la justicia social, en tanto se respetan los intereses privados y se protege al más débil.

Por consiguiente es importante preservar la libertad jurídica pues esto le garantiza al individuo la libertad de hacer o dejar de hacer lo quiera mientras este dentro de la ley, bajo las posibilidades jurídicas y fácticas que el estado le garantice. según Habermas “como los espacios de opción de sujetos de acción que actúan atentos a su propio arbitrio han de venir restringidos lo menos

posible por prohibiciones o mandatos, ese principio garantiza directamente los espacios de acción negativamente delimitados para la persecución de los intereses propios de cada cual; pero a la vez posibilita una configuración autónoma en el sentido ético de persecución de un proyecto de vida racionalmente elegido que sea expresión de la <<autonomía>>, de la <<autorresponsabilidad>> y del <<libre desarrollo>> de la personalidad.¹⁶

Pero este valor ético de uso de la libertad jurídica, es posible por las libertades del derecho privado, como son: los derechos personales y derechos de protección individual, autonomía de contrato, derecho de propiedad y derecho de asociación privada. Sin embargo para Habermas esa teoría de las esferas de lo público y lo privado resultan insatisfactorias ya que se simplifican los contextos funcionales de la sociedad, el cambio de paradigma se centra en la comprensión de la autonomía privada, pero esto implica la inclusión social del individuo y la responsabilidad social de este. una autonomía privada que garantiza a cada cual el estatus de persona jurídica pero ese estatus está constituido por la totalidad de los derechos que surgen de una configuración política de la libertad jurídica.

El estado social o modelo del derecho ligado al estado como lo llama Habermas surge como ya lo hemos señalado antes en medio de la tensión generada por el auge del capitalismo, una crítica reformista al derecho formal burgués. Este nuevo modelo viene en defensa del derecho privado teniendo la pretensión de organizar o institucionalizar la sociedad en términos del derecho privado, acogiendo a su vez la justicia social por medios de la libertad jurídica y el derecho a la igualdad, ya que el derecho o la libertad de que cada uno pueda hacer o no lo que quiera dentro

¹⁶ Jürgen Habermas. (1998). Facticidad y validez. Madrid: Trotta.

del marco de ley, solo se da bajo la leyes que garanticen la igualdad, es decir; la igualdad jurídico material.

Pero para efectiva puesta en práctica de esas libertades Habermas sugiere, deberían ir apoyadas en determinadas hipótesis de teorías de la sociedad, y sobre todo en supuestos de teorías económicas referentes al equilibrio de procesos económicos de mercado, respetando la libertad empresarial y la potestad del consumidor.

Señala Habermas que esta idea del contrato social abre paso a una crítica empirista, en tanto conduce a una práctica reformista,

En las condiciones de de un capitalismo organizado dependiente de las tareas de infraestructura de que se encarga el estado y dependiente también de la planificación de las condiciones marco por parte del estado, y con una creciente desigualdad de posiciones económicas de poder, de valores patrimoniales y de situaciones sociales, no hizo sino volverse cada vez más visible el contenido de derecho objetivo de los derechos subjetivos privados. El derecho general a iguales libertades subjetivas, en un contexto social cambiado de tal suerte, ya no podía garantizarse sólo a través del estatus negativo de los sujetos jurídicos; más bien, resultado necesario, por un lado, especificar, en lo que a contenido se refiere, las normas del derecho privado y, por otro, introducir una nueva categoría de derechos fundamentales que fundasen a pretensiones a recibir un distribución mas justa de la riqueza socialmente producida (y una protección mas eficaz frente a los riesgos producidos también por la sociedad.)¹⁷

Bajo este contexto se amplían los derechos fundamentales, y surge el concepto de estado social, por consiguiente para que se cumplan las expectativas de justicia del estado de derecho, este debe ir acompañado de la materialización de los derechos de libertad, equidad distributiva, y la

¹⁷ Ibid , pag 484

protección jurídica de las libertades subjetivas. Entendiendo la primera como la posibilidad efectiva de ejercer la libertad a la hora de elegir, hacer u omitir algo de acorde a lo establecido en la ley.

Es decir, para un desarrollo efectivo de las capacidades de cada sujeto de se requiere de las garantías de las libertades para hacer u omitir, y para ello también es necesaria la igualdad para ejercer las capacidades jurídicas. Amartya Sen en su texto Desarrollo y Libertad, señala una estrecha relación entre el desarrollo y las libertades individuales y por ello manifiesta que es necesario eliminar las principales fuentes de privación de la libertad.

...el desarrollo exige la eliminación de las principales fuentes de privación de la libertad: la pobreza y la tiranía, la escases de oportunidades económicas y las privaciones sociales sistemáticas, el abandono en que pueden encontrarse los servicios públicos y la intolerancia o el exceso de intervención de los estados represivos. A pesar de que la opulencia mundial ha experimentado un aumento sin precedentes, el mundo contemporáneo niega libertades básicas a un inmenso número de personas quizás incluso a la mayoría. A veces la falta de libertades fundamentales está relacionada directamente con la pobreza económica, que priva a los individuos de las libertad necesaria para satisfacer el hambre...en otros casos, la privación de libertad está estrechamente relacionada con la falta de servicios y atención social públicos, como la ausencia de programas epidemiológicos o de sistemas organizados de asistencia sanitaria o de educación o de instituciones eficaces para el mantenimiento de la paz y el orden locales. En otros casos la negación de la libertad se debe directamente a la negativa de los regímenes autoritarios a reconocer las libertades políticas y civiles y a la imposición de restricciones a la libertad para participar en la vida social, política y económica de la comunidad. ”¹⁸

¹⁸ Amartya Sen. (2000). Desarrollo y libertad. Barcelona, Planeta.

Por el contrario en las sociedades modernas industrializadas, las libertades fundamentales no tienen su fundamento material en un “ámbito de la vida”, en el que cada individuo sea responsable de su propio control, si no que más bien dependen de las actividades estatales.

Se puede decir entonces, que esos vacíos teóricos en los inicios del estado social lo sumen ahora en una crisis conceptual, consintiendo así una frustración en la persecución y realización de sus fines y propósitos, de esta manera también se convierte en una crisis constitucional, puesto que se trata de una dimensión sociopolítica y socioeconómica que no permite concretizar y precisar la declaración constitucional donde un estado se reconoce y declara como estado social de derecho.

Por tanto, si el estado social de derecho proclama unos principios de garantización de los derechos fundamentales, este debe reconocer la particularidad del contexto.

...los derechos pueden volverse socialmente eficaces en la medida que los afectados estén lo suficientemente informados y sean capaces de actualizar en los casos pertinentes la protección jurídica garantizada por los derechos fundamentales relativos a la administración de justicia. La capacidad de movilizar el derecho depende en general de la capacidad de educación formal que uno ha recibido de la procedencia social y de otras variables (como son el sexo, la edad, la experiencia personal, el tipo de relación social afectada por el conflicto, etc.) En construcciones jurídicas muy específicas que abstraen de contextos de experiencia del mundo de la vida¹⁹.

Es decir, los destinatarios de derechos, son autónomos en la medida que pueden entenderse como autores del derecho al cual están sometidos.

¹⁹ Jürgen Habermas. (1998). Facticidad y validez. Madrid: Trotta.

Habermas defiende la idea de que es por medios de la acción comunicativa que se pueden ocasionar cambios en las estructuras sociales, en la medida que los ciudadanos por medio de debates públicos pueden ejercer influencia sobre los procesos de deliberación y decisión, ya que es con el “uso público de la razón” (Rawls y Kant) que las libertades comunicativas de los ciudadanos se hacen efectivas.

Solo una democracia entendida en términos de la teoría de la comunicación es también posible bajo las condiciones de las sociedades complejas. Para ello hay que invertir la relación entre centro y periferia: en mi modelo son las formas de comunicación de una sociedad civil, que surge de esferas de la vida privada que se mantienen intactas, es decir, son los flujos de comunicación de un espacio público activo que se halle inserto en una cultura política liberal los que soportan la carga de la expectativa normativa.²⁰

Se trata entonces de una relación comunicativa entre las esferas públicas y privadas, en tanto hay una relación directa entre la autonomía de los ciudadanos y la legitimidad del derecho, pero este solo es legítimo cuando es producto de la formación discursiva entre ciudadanos dotados de los mismos derechos.

Y de esta manera se podría evitar el paternalismo del estado social ya que el ciudadano puede asumir la protección jurídica como un proceso político, un proceso del cual es participe y promotor de la articulación de procesos sociales.

Es menester recordar entonces, que el estado social surge por la necesidad de regular y garantizar los derechos fundamentales, socioeconómicos, culturales y políticos, pero este

²⁰ Jurgue, Habermas, (1997). más allá del estado nacional, Madrid: editorial trota S.A.

propósito no ha sido muy efectivo, se ha visto tensionado o interrumpido por la inestabilidad del capitalismo, la globalización de la economía, la incapacidad de la autorregulación del mercado, la distribución inequitativa de los recursos y las continuas tensiones en las relaciones contractuales.

Es sobre esto que Habermas plantea el paradigma procedimental del derecho señalando 3 puntos importantes para la existencia del estado social de derecho.

Ese paradigma procedimental del derecho parte de que (a) esté cerrado el camino de vuelta que el neoliberalismo propugna bajo la tesis de un <<retorno de la sociedad civil y su derecho>>; de que sin embargo, (b) la consigna de <<redescubrimiento del individuo>> viene provocada por un tipo de juridificación ligada al estado social que amenaza con convertir en lo contrario lo que es su objetivo declarado a saber, el restablecimiento de la autonomía privada; y de que (c) el proyecto que es el estado social ni simplemente hay que ratificarse en el, ni tampoco se le puede interrumpir, sino que debe proseguirse en un plano superior de reflexión. La intención rectora sigue siendo la de domesticar el sistema económico capitalista, es decir, la de <<reestructurarlo>> social y ecológicamente por una vía por la que simultáneamente quepa <<refrenar>> el empleo de poder administrativo, es decir quepa <<entrenar>> a este desde puntos de vista de efectividad y eficacia en formas moderadas de regulación y control indirectos, así como reconectarlo retroalimentativamente con el poder comunicativo desde puntos de vista de legitimidad.²¹

Esta última propuesta es la que quiero resaltar aquí, considerando que las diferentes posturas sobre el estado social de derecho no deben continuar ratificándose en torno a este, pero tampoco cabe la propuesta de interrumpirlo o desmontarlo, no obstante se debe avanzar en el plano de la reflexión en torno a el mejoramiento y efectividad de este, es decir, la solución ante la crisis del

²¹ Jürgen Habermas. (1998). Facticidad y validez. Madrid: Trotta.

estado social no radica en la liquidación o desmonte de este, si no, su fortalecimiento y/o introducción de nuevas categorías conceptuales a dicha teoría, las cuales puedan subsanar los vacíos conceptuales y además conduzcan a un plano de realización fáctica de los principios del estado social, incluyendo la revisión y reestructuración del sistema capitalista.

Por otra parte antes del desmonte es más viable replantear este proyecto de tal manera que se dé una “adaptación a las condiciones reales del respectivo país. Lo contrario (desmonte), significaría un grave retroceso, que reconduciría la situación de la sociedad a etapas que se creían ya superadas, en perjuicio de la inmensa mayoría de la población y en beneficio exclusivo de pequeñas capas dominantes, como lo muestra la dolorosa experiencia de América latina en la última década.”²²

Estamos hablando entonces de revisar la justa distribución, distribución tanto de derechos como de bienes sociales, lo cual, conduce necesariamente a una redistribución, una política presupuestaria redistributiva para garantizar la existencia de un verdadero escenario que permita a cada asociado el disfrute de sus derechos y el desarrollo de su libertad y de esta manera evitar que los ingresos y la producción se concentre en los extremos y así mitigar la desigualdad social, en otras palabras, se trata de recrear el contrato social.

La idea de una sociedad justa siempre aparejada la promesa de emancipación y dignidad humana. El aspecto distributivo de la equiparación jurídica y de igual trato jurídico, es decir, la justa distribución de las compensaciones sociales, no es sino resultado del sentido universalista de un derecho que tiene por fin garantizar la libertad e integridad de cada uno, en una comunidad jurídica nadie es

²² Aguilera Portales Rafael y Espino Tapia Diana Rocío. (2010). Repensar a Leon Duguit ante la actual crisis del Estado social. Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 12.

libre mientras la libertad de unos haya de pagarse al precio de la opresión de otros. la igual distribución de los derechos solo puede ser consecuencia de la reciprocidad del reconocimiento de todos como iguales y libres.²³

Esta restructuración del estado social, debe conducirnos a una discusión académica que plantee un nuevo paradigma conceptual tanto del estado de derecho, como del sistema económico sobre el cual se fundamentan los costos económicos que este representa, ya que esto también permite la recuperación de legitimidad del poder del estado, en esta medida lo que se promueve es una sociedad más sólida, y la reformulación de prioridades en la economía, permitiendo así la regulación del mercado y desarrollando un sistema de economía mixta.

Entendiendo esta como una economía en la que algunos medios de producción son de propiedad privada y otros de propiedad pública, es decir, que es un modelo económico en el que la asignación de recursos y el nivel de actividad lo deciden los individuos, las empresas, las cooperativas, las corporaciones públicas y las autoridades que reaccionan, crean o controlan las oportunidades de mercado. Se compone de tres sectores fundamentales: El sector público, el sector social y el sector privado, (nacional y extranjero).

“Se pueden encontrar distintos tipos de conceptualizaciones que toman por objeto de definición los aspectos de las relaciones económicas público-privadas en las sociedades contemporáneas”²⁴, se trata de combinar las cuestiones estatales con las privadas en lo que se refiere a la producción,

²³ Jürgen Habermas. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.

²⁴ Ruiz Dueñas Jorge, La economía mixta, pag 464

distribución y los consumos de bienes y servicios, será entonces esta combinación la base de la economía mixta del mercado.

Según Ruiz Dueñas, existen tres modelos básicos de economía mixta, primero plantea la economía mixta como aproximación al capitalismo regulado, la cual le apunta a las formas de control y regulación por parte del estado. “ la concepción misma de esa economía mixta de mercado reposa en un programa de pleno empleo liderado por el gobierno pero sin cuestionar las bases del libre régimen de libre empresa. De allí que la participación estatal en la economía deba guardar ciertas proporciones mucho mas cualitativas que cuantitativas, a fin de no negar el funcionamiento del impulso privado”.²⁵

Entonces se debe poner en marcha un modelo económico que se encamine hacia la creación de un escenario seguro para la realización y el cumplimiento de los derechos fundamentales. Además que este mismo modelo le apunte a la eliminación de la burocracia, la clientelización y la corrupción.

Pero lo mas importante como lo señala Habermas es la capacidad de autodeterminación de la sociedad civil para participar en los procesos discursivos y de institucionalizaciones inteligentes, puesto que los recursos que mas escasean no son los de la productividad organizada en el mercado, ni la capacidad de regulación y control de la administración pública. Algo más importante que eso para Habermas es el trato de respeto y protección que exige una economía extirpada de los recursos naturales y los recursos de la solidaridad social, son estas dos últimas las que la sociedad civil debe regenerar por medios de prácticas comunicativas y participativas.

²⁵ Ibid, pag 466

“Los hombre solo pueden actuar como sujetos libres en la medida que solo obedezcan a leyes que ellos mismos se hayan dado conforme a las convicciones a que intersubjetivamente hayan llegado”.²⁶

²⁶ Jürgen Habermas. (1998). Facticidad y validez. Madrid: Trotta.

CONCLUSIONES

La intención de este trabajo fue mostrar el desarrollo histórico y concepto del estado social de derecho, la crisis del mismo, las implicaciones de esa crisis y como pretensión final se plantean unas sugerencias para la restructuración tanto conceptual como fáctica de este modelo político, todo lo anterior a partir de una posición Habermasiana, apoyada en otros estudiosos del tema.

De este trabajo podemos extraer las siguientes conclusiones:

Primero que el estado social de derecho surge bajo una necesidad de regular la relación entre el capitalismo y las clases sociales oprimidas, Esta forma de organización política tiene como objetivo principal velar por el bienestar de los asociados prestando la asistencia de las necesidades básicas y la protección necesaria de las libertades de cada sujeto.

Segundo, la crisis del ESD es una crisis que surge inmersa desde su misma creación, en tanto, los derechos y los principios del estado social surgen como meras aprobaciones para beneficios político-económicos con el fin de neutralizar a los sectores inconformes, mas no como una conquista desde el colectivo y para el colectivo.

Tercero, siguiendo el llamado de Habermas, es importante la concientización y autodeterminación de la sociedad civil, es esta quien debe tomar las riendas de la institucionalización de sus propios derechos, hacer uso de sus libertades, de su autonomía y hacer uso público de la razón, en constantes debates, en sus relaciones socioculturales, desarrollando sus habilidades comunicativas, pero todo esto debe ser producto de una reflexión consciente e intersubjetiva.

Por último vale la pena resaltar que en este trabajo se promueve el fortalecimiento y restructuración de este modelo político, ya que se defiende la idea de que no debe ser desmontado en aquellas sociedades donde aun no existen condiciones mínimas necesarias para que todos los individuos hagan uso de sus libertades.

BIBLIOGRAFÍA

Amartya Sen. (2000). *Desarrollo y libertad*. Barcelona, Planeta.

Aguilera Portales Rafael y Espino Tapia Diana Rocío. (2010). *Repensar a Leon Duguit ante la actual crisis del Estado social*. Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política. n° 12.

Constitución Política de Colombia. (Actualizada en el 2008). Presidencia de la republica. Secretaria jurídica.

Jürgen Habermas. (1999). *Más allá del estado nacional*. Madrid: Trotta.

Jürgen Habermas. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.

Pisarello Gerardo, (2001). *Del estado social legislativo al estado social constitucional*. Revista isonomia, n°.15.

Rocha Jiménez José, *Constitución y Ciudadanía, Colombia es un estado social de derecho*.

Ruiz Dueñas Jorge, *La economía mixta*, biblio.juridicas.unam.mx/libros

Villar Borda, Luis, (2007). *Estado de derecho y estado social de derecho*. Revista estado de derecho. n° 20.

Younes Jerez Simón. (2005). *Estado Social De Derecho*. Universidad Autónoma de Colombia.