

PARTE 2ª:

DERECHO Y SOCIEDAD: DERECHO, MORAL Y POLÍTICA

COMO FORMAS DE ORGANIZACIÓN SOCIAL.

TEMA 7:

7. DERECHO, MORAL Y POLÍTICA EN PERSPECTIVA HISTÓRICA:

TEORÍA Y PRÁCTICA.

7.1. NORMAS DE CONDUCTA Y LEYES NATURALES.

Como punto de partida hay que recordar que las normas jurídicas no son las únicas, la mayoría de las conductas están reguladas positivamente, es decir, en torno a unas pautas impuestas y por tanto junto a las normas jurídicas encontramos: normas éticas-morales, sociales. Este tema nos muestra como distinguir las normas jurídicas de las demás. Es necesario diferenciar las normas de conductas de las leyes naturales. Esta diferenciación ha recibido una respuesta fluctuante, está claro que en ambos casos se habla de leyes. Se tratan de normas que pertenecen a dos esferas distintas: la esfera del ser y la esfera del deber ser. En la esfera del ser, el mundo de la naturaleza, del cosmos, los fenómenos no pueden ser de otro modo y se aplica el principio de causalidad: causa-efecto. Por el contrario, el mundo del comportamiento humano está dentro de la segunda esfera, y se dice que los fenómenos del ser humano se aplican según el principio de finalidad y atendiendo a la idea de libertad. Las normas de conducta humana son medios para conseguir fines. Otra nota de las normas de la conducta humana es que las leyes de naturaleza son indicativas o descriptivas, describen como son los fenómenos. Y las leyes de la conducta humana son prescriptivas, es decir, mandan y ordenan unos determinados para lograr unos fines. Hay algún autor importante como Kelsen que introduce unas teorías novedosas cuando señala que en las normas de conducta rige más bien el principio de imputación que el de finalidad. Para Kelsen, lo característico de las normas de conducta es que a un hecho se le imputa una consecuencia. Por tanto supera el mecanismo de finalidad y lo sustituye por el de imputación.

7.2. REGLAS TÉCNICAS Y NORMAS ÉTICAS.

Hay que diferenciar distintos modos de regular la conducta humana. Dentro de ellos:

- Reglas técnicas, definimos como el conjunto de directrices que se dirigen a posibilitar que cualquier tipo de sociedad humana llegue a la consecución de sus fines. Sus reglas que presuponen condiciones que en caso de cumplirse provocan la concesión de determinados resultados, hay reglas técnicas en cada una de las ciencias, de las artes y de los oficios.
- Normas éticas, conjunto de prescripciones que se dirigen al perfeccionamiento humano, la autorrealización plena de la persona tanto en la dimensión individual como en la sociedad.

Esta distinción está en conexión con la distinción de Kant entre los imperativos hipotéticos y categóricos.

- HIPOTÉTICOS son reglas instrumentales para la consecución de unos fines. Haz esto para conseguir lo otro (Técnicas)
- CATEGÓRICOS son prescripciones absolutas, tienen el valor en sí misma, contienen un fin en sí mismo. Obra el bien y evita el mal (Éticas).

Tradicionalmente, la filosofía del derecho ha discutido si las normas jurídicas deben equipararse a las reglas

técnicas o a las normas éticas. DOCTRINAS:

- EL POSITIVISMO JURÍDICO considera que el derecho está formado por reglas técnicas y utiliza tres grandes argumentos:

1º. El derecho globalmente no es más que un instrumento para conseguir los fines políticos más variables y estos fines cambian históricamente.

2º. Referido a la estructura lingüística de la norma, las normas no imponen mandatos o prohibiciones, sino que solo describen las consecuencias de determinadas actividades humanas, es decir, las normas son descriptivas, no ordenan.

3º. En todos los sistemas jurídicos existen normas de organización, normas procesales que no tienen ningún tipo de referencia a la ética, con lo cual serán normas técnicas.

- EL IUSNATURALISMO se inclina porque las normas jurídicas son normas éticas:

1º. Es falsa la idea de que el derecho es solo un instrumento del estado para lograr los fines más variados, el derecho tiene un sentido superior, nace para garantizar la paz, la convivencia social, para evitar el continuo enfrentamiento de los seres humanos. Tiene una vocación de Justicia.

2º. Respecto a la estructura lingüística, las normas son proposiciones prescriptivas y no meramente descriptivas. Trata de influir en los comportamientos de los sujetos. El legislador no es un ente neutral sino que tiene voluntad en modificar la sociedad.

3º. El iusnaturalismo reconoce que existen normas de organización, normas que carecen de todo contenido ético pero esto no permite atribuir el carácter técnico a todo el ordenamiento jurídico, porque el sistema es unitario y hay un gran número de normas que tienen un contenido ético.

7.3. DERECHO, MORAL Y POLÍTICA EN PERSPECTIVA HISTÓRICA.

Trata de un análisis histórico de cómo han sido el derecho, la moral y la política a lo largo de la historia.

En los pueblos primitivos se aprecia una conclusión entre las fronteras de lo moral, lo jurídico y lo político. Existe lo que se llama un acervo compartido, un conjunto conglomerado de creencias religiosas, principios morales, tradiciones (costumbres), reglas políticas y normas jurídicas. Se dice que este acervo que expresa el ETHOS, las pautas de esa comunidad, lo que debe hacerse y lo que no debe hacerse. En la Antigua Grecia la 1ª idea de justicia se representa con el nombre de THEMIS, con esa expresión se aludía a un compendio de normatividad sagrada, moral, política y jurídica, se transmite por medio de oráculos a los hombres y se impone a través de los THEMISTES.

Con la evolución histórica aparece la DIKÉ, se ve la forma de la justicia griega, representa ya una normalidad que ha ido perdiendo fundamentos racionales y tiende a garantizar la igualdad de trato. Con SOLÓN Y PERICLES, fundadores de la democracia ateniense se produce el triunfo definitivo de la DIKÉ ante la THEMIS.

Con Aristóteles se produce ya una de ese proceso, y ya se pueden distinguir como órdenes diferentes la moral, el derecho y la política.

ETAPA PRECLÁSICA.

En esta etapa está todo presidido por el componente religioso. Con la evolución del derecho romano se va

alcanzando más la distinción entre estos órdenes.

CELSE da la definición de JUSTICIA: el arte de lo bueno y de lo justo. Ars boni et aequi. Preceptos: vivir honestamente, precepto moral; no dañar a otro, es ético y jurídico; y por último: dar a cada uno lo suyo sería el estrictamente jurídico.

Con el imperio se produce un distanciamiento progresivo del derecho y la moral, lo que se hace más intenso en el derecho Justiniano. Sin embargo, se hace una identificación entre el derecho y la política. El derecho se hace autoritario y esto se hace en el Digesto. La voluntad de príncipe tiene fuerza de ley y el príncipe no está sujeto a la ley. Se produjo un movimiento moralizador del derecho que procede de CÍCERÓN y del cristianismo.

EDAD MEDIA Y RENACIMIENTO.

En el medievo se desarrolla el iusnaturalismo tomista o eclesiástico, aquí se puede hablar de unidad del orden moral, político y jurídico. Se dice que en esta etapa el ETHOS social cristiano informa el IUS COMUNE de todos los pueblos de occidente. Sin embargo en Sto. Tomás se observa un criterio distintivo de lo jurídico respecto a la moral. El derecho se dirige a las relaciones sociales verdaderamente esenciales para que suscite la sociedad y el bien común.

Con el tránsito a la Edad Moderna y al Renacimiento, se produce la ruptura entre el ethos social entre el derecho, la moral y la política:

- La reforma protestante produce la ruptura de la unidad religiosa, moral y cultural.
- Los nuevos estados nacionales rompen la unidad política y jurídica del sacro imperio romano germánico.

Aparecen una serie de autores claves que son:

% MAQUIAVELO, que protagoniza la ruptura entre la política y la moral. La política es la regla suprema que rige la moral de los hombres. Para él todo es lícito siempre que sea para la política del estado.

% BODINO, es el autor que protagoniza la escisión entre la política y el derecho. El poder soberano no está limitado por las leyes. Consiste en hacer leyes sin estar sometido a ellos.

% HOBBS, protagoniza la ruptura entre la moral y el derecho. Las leyes las hacen la autoridad no la verdad por esto se dice que es un antecedente claro al positivismo jurídico.

Con la ILUSTRACIÓN en el siglo XVIII y por tanto con el desarrollo del racionalismo se intensifica la unidad entre el derecho, la moral y la política. Surgen los derechos naturales subjetivos del racionalismo:

- Idea del contrato social significa la idea de legitimación racional y democrática a través de ese pacto, vinculación entre el derecho y la política.
- Idea de codificación, sustitución de los conglomerados por códigos que tienen su inspiración en el derecho suprapositivo.

EN EL SIGLO XIX

Se desarrolla el positivismo jurídico que en sus versiones más radicales propugnan la separación tajante entre el derecho y la moral. Sin embargo, con el crecimiento de los problemas sociales hay claras tendencias a moralizar el derecho. Como la escuela del derecho libre y la jurisprudencia de intereses.

EN EL SIGLO XX.

Se dice que hasta la 2ª Guerra Mundial triunfaba el positivismo jurídico, lo que posibilitó la existencia de los derechos sin contenido social y se encuentra la necesidad en occidente de buscar esos fundamentos morales. (Lectura capítulo 7)

TEMA 8:

8. RELACIONES ENTRE EL DERECHO Y OTROS SISTEMAS NORMATIVOS.

8.1. RELACIONES ENTRE EL DERECHO, MORAL Y POLÍTICA.

8.1.1. CRITERIOS PARA DISTINGUIR AMBOS SISTEMAS NORMATIVOS

- CRITERIO MATERIAL O DEL CONTENIDO.
- CRITERIO FORMAL O DE LA SANCIÓN.
- CRITERIO TELEOLÓGICO O DEL FIN.

&CRITERIO MATERIAL O DEL CONTENIDO.

El contenido de un sistema ético y de un sistema jurídico es distinto, a su vez podemos diferenciar el criterio de KANT o de criterio del fuero interno o externo y el criterio de la unilateralidad o bilateralidad o tesis de los neocantianos, y en tercer lugar el criterio de la autonomía o heteronomía.

% **Criterio de fuero interno o externo** (TOMASIO Y KANT). Responde a una necesidad que tuvieron estos filósofos en su vida personal, ambos vivieron en estados absolutos en Prusia que era un auténtico modelo de estado absoluto que se inmiscuía en la vida de los ciudadanos. Estos autores promulgan este criterio, distinguen entre el fuero interno y el fuero externo de la persona. Al fuero interno corresponden las acciones morales, las acciones del hombre, por tanto no pueden ser comprobadas por la experiencia. Mientras que al fuero es externo corresponde todas aquellas conductas sociales del hombre que pueden ser comprobadas y que son reglas por el derecho.

En definitiva, al orden moral le interesaría todo aquello que afecte a la perfección del individuo y el orden jurídico a las conductas sociales. Este criterio es parcialmente válido. Tiene varios problemas: en primer lugar, es difícil apreciar en la práctica actos internos que no se materialicen. En segundo lugar, la moral no solo regula acciones internas. Y en tercer lugar, el derecho también tiene en cuenta el fuero interno. Como conclusión, una misma conducta es regulada o no por el derecho según trascienda o no al orden social. También el derecho se abstiene de regular conductas humanas interiores.

% **Criterio de la unilateralidad o bilateralidad** (Neocantianos). Según esta tesis para que existan actos morales hace falta un solo sujeto, es la unilateralidad. Para que existan actos jurídicos es necesaria la presencia de dos o más sujetos, es la bilateralidad, también llamada la sociabilidad. Un ejemplo sería: Robison Crusoe tiene vida moral pero no vida jurídica. Este criterio tiene sin embargo sus fallos:

- La moral se refiere a muchos actos bilaterales (relación entre cónyuges, entre familia, etc.)
- El derecho también regula actos unilaterales, por ejemplo: actos hereditarios.

% **Criterio de la autonomía o heteronomía.** Lo que caracteriza a la moral es la autonomía, que significa que las normas surgen del propio individuo. Por el contrario, lo que caracteriza al derecho es la heteronomía, es decir, las normas proceden de otros, de sujetos externos a la propia persona, se impide desde fuera. Según este

criterio la moral sería autónoma y el derecho heterónomo. Es parcialmente válido porque las normas morales no son creadas por cada individuo porque existen grandes concepciones morales, por ejemplo las religiones. Es muy difícil defender que la moral surge del propio individuo, cada sujeto escoge o acepta se propia moral, en ese sentido sí se puede decir que la moral es autónoma. Mientras que el derecho es un sistema heterónomo, impuesto desde fuera. El derecho no se puede elegir, estamos sometidos al derecho que existe en el territorio, en la religión, en el estado en que vivimos. También hay que decir, que el derecho no es un sistema absolutamente heterónomo porque el pueblo tiene una participación en ese derecho.

&CRITERIO FORMAL O DE LA SANCIÓN.

Aquí encontramos dos tesis o subcriterios que son: la tesis positivista radical y la tesis moderada.

- La tesis **POSITIVISTA RADICAL**, afirma que la diferencia entre la moral y el derecho está en la existencia o no de la sanción para el incumplimiento de las normas. Es decir, el derecho prevé sanciones para el cumplimiento de las normas, la moral no. Esta tesis fue criticada porque se reconoce que la moral también tiene sus propios criterios de sanciones.
- La tesis **POSITIVISTA MODERADA**, expone que en ambos casos existen sanciones pero que en el derecho existen de una forma más perfeccionadas. Defendida por KELSEN las sanciones morales son inciertas y dependen de cada individuo y de cada grupo.

Mientras que la sanción técnica está más perfeccionada:

- Supuesto de hecho está tipificado, recogido en normas. La descripción del hecho del que se trate.
- La consecuencia jurídica también está tipificada, recogida en un tipo. Esto quiere decir que la sanción es general, está recogida para un tipo de hechos, no depende de cada individuo.

La sanción se completa a través de un procedimiento totalmente cerrado, lo que no sucede en la moral. Este criterio es perfectamente aplicable.

&CRITERIO TELEOLÓGICO O DEL FIN.

Derecho y moral serán dos órdenes de la conducta humana que persiguen fines distintos. La moral persigue el perfeccionamiento del ser humano tanto a nivel individual como en el plano social (perfección de esa proyección social del hombre). Por tanto, la moral busca: el bien, la felicidad,

El derecho persigue simplemente hacer posible la convivencia y la vida en común, regulando las relaciones sociales, creando un orden social y unos cauces mínimos para la convivencia. También se dice que el derecho aparece como una necesidad y que las conductas que regulan son necesarias.

Este sería un criterio bastante válido pero no exacto porque muchos valores morales son considerados y asumidos por el derecho como cauces mínimos que posibilitan la convivencia.

8.1.2. MODELOS DE RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL.

% MODELO DE SEPARACIÓN RADICAL, lo defiende el positivismo jurídico radical. Los tres órdenes normativos son absolutamente autónomos donde no tienen porqué existir ningún tipo de relación única. En nuestro siglo, solo la teoría pura del derecho (KELSEN) se puede considerar representativa de esta tesis, haciendo una ciencia del derecho por el derecho.

% MODELO DE SEPARACIÓN RELATIVA, defendida por el positivismo jurídico moderado. Que admite que existan unos principios morales que representan la instancia última de legitimación del sistema jurídico. Destacamos a HART, que defiende la existencia de unos principios que presiden.

% MODELO DE INTEGRACIÓN ABSOLUTA, todo está integrado en la moral. Defiende el iusnaturalismo más radical. Modelo de Sto. Tomás de Aquino y de San Agustín. Cuando las leyes no son morales, los reinos se transforman en ladrones.

% MODELO DE INTEGRACIÓN RELATIVA, defiende al iusnaturalismo moderado, deontológico. Este modo defiende la independencia relativa del derecho, la moral y la política en determinados aspectos y su coincidencia necesaria en otros. De tal manera que se afirman que en determinados aspectos están interrelacionados. Otra figura representativa es RONALD DWORKIN, dice que en todo ordenamiento jurídico hay tres tipos de normas: PRINCIPIOS, POLICIS, REGLAS:

% Los **principios** son normas genéricas que entrañan un imperativo de justicia, imparcialidad o de moralidad.

% Las **policis** son medidas genéricas que establecen fines que deben alcanzarse en el terreno económico, político o social.

% Las **reglas** son normas concretas, específicas.

Este autor señala que los principios son los fundamentos morales del ordenamiento jurídico y del sistema político.

8.2. RELACIONES ENTRE EL DERECHO Y USOS SOCIALES.

LA COSTUMBRE JURÍDICA (Capítulo 10).

Con el fin de abordar con cierto orden esta cuestión conviene recurrir a unos criterios diferenciadores:

a) El contenido (criterio material).

Desde algunas perspectivas doctrinales se ha defendido la existencia de una neta distinción entre el significado o contenido intrínseco de las normas del trato social y las jurídicas. Henkel reconoce esta distinción de contenido, cuando señala que mientras el derecho se nos presenta como una estructura de la acción cuyas exigencias de comportamiento han encontrado expresión en proposiciones normativas formuladas lingüística y conceptualmente, las reglas de los usos existen en la opinión pública del grupo. Estas últimas carecen por tanto de la formulación precisa de sus exigencias y por ello existe una gran indeterminación para su aplicación a situaciones excepcionales y límites.

La coincidencia material entre el derecho y los usos plantea con especial problematismo cuando se advierte la existencia de costumbres jurídicas manifestadas, al igual que los usos, a través de forma repetidas de comportamiento colectivo. La norma jurídica consuetudinaria posee igual estructura ontológica e idéntica pretensión formal de validez que las reglas sociales del trato. Por otra parte y frente a lo defendido por Henkel, existen usos elevados a forma escrita y codificada y sin embargo, tales reglas no pasan a ser derecho, pese a haber sido formuladas por escrito y en forma de artículos.

b) A la sanción (criterio formal).

En este criterio se arguye que mientras la infracción de la norma jurídica hace que se produzca de inmediato una consecuencia tipificada por el derecho, la lesión de los usos supone, por lo general, una reacción amorfa del grupo; una desaprobación genérica cuyos efectos son difícilmente determinables.

No siempre la sanción jurídica será más grave y efectiva que la que acarrea la infracción de determinados usos.

En todo caso, es inexacto creer que los usos sociales carecen de sanción y el hecho de que la misma sea más o menos eficaz o determinada no afecta a su existencia, sino a su estructuración técnica.

c) Al fin (criterio teleológico).

Es evidente que la finalidad perseguida por las reglas del trato social es meramente de oportunidad y convivencia, teniendo como principal objetivo el hacer la vida de quién impone los usos más agradables. Frente al carácter convencional de los usos surge el carácter necesario del derecho. El derecho no aparece por meras razones de oportunidad o conveniencia, no se dirige a hacer la vida humana más llevadera, sino que su fin es el de posibilitarla. La norma jurídica se dirige antes que nada a crear aquel conjunto de condiciones mínimas en las que la vida social puede desarrollarse pacífica y ordenadamente.

La necesidad social de los usos es puramente adjetiva, frente a la intrínseca perentoriedad de la normativa jurídica para la reglamentación del vivir colectivo.

COSTUMBRES JURÍDICAS.

Los criterios diferenciadores de los usos respecto del derecho se ponen a prueba cuando deben servir para diferenciar las costumbres sociales de las jurídicas.

La costumbre fue la principal fuente jurídica de los derechos primitivos. En el seno de nuestra tradición jurídica desempeñó un importante papel hasta la codificación. Tras el movimiento codificador perdió protagonismo en favor de la ley. La costumbre es en la actualidad una fuente supletoria que ocupa alguno de los pocos resquicios que en el seno de los ordenamientos jurídicos quedan al margen de la omnipresencia legislativa.

En los últimos siglos tentativas doctrinales dirigidas a reivindicar la prioridad de la costumbre como fuente del derecho: desde premisas filosóficas, desde un plano político y desde enfoques sociológicos.

La costumbre sigue siendo una fuente importante para el Derecho internacional y tiene también relevancia para el Derecho constitucional y laboral. Por el contrario, no es fuente aplicable en el Derecho Penal, donde rige el principio estricto de legalidad, de acuerdo con el célebre postulado de la Ilustración jurídica: *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Retomando el problema de la distinción entre las costumbres sociales y jurídicas puede aludirse a 3 posturas:

- El historicismo jurídico reelaboró la concepción del derecho romano a tenor de la cual para que una costumbre sea jurídica es preciso que, junto con la reiteración de determinados comportamientos o prácticas sociales, exista la creencia popular de que esos comportamientos son obligatorios y su incumplimiento es ilícito, por lo que puede comportar sanciones jurídicas.
- El positivismo jurídico criticó esta concepción de la costumbre, basada en el dato psicológico y puramente subjetivo de las creencias o voluntades de quienes establecen o cumplen las costumbres. Sitúa el fundamento de la costumbre en el criterio de la delegación legislativa. Cuando la ley remite expresamente a la costumbre la regulación de determinadas situaciones sociales y permite la invocación ante y su aplicación por los jueces, nos encontraremos ante la existencia de auténticas costumbres jurídicas.
- La teoría positivista es válida para explicar la función de las costumbres que actúan de acuerdo con la ley y en los supuestos previstos en ella; pero resulta insatisfactoria para dar cuenta de la costumbre al margen de la ley, y de las costumbres contrarias a la ley y que pueden tener vigencia social en el seno de determinados sistemas jurídicos.

También la distinción entre las costumbres sociales y jurídicas puede cifrarse en la diferencia entre los motivos de mera oportunidad y convivencia al que obedecen las primeras y las razones de necesidad

implícitas en las segundas.

TEMA 9:

9. PODER POLÍTICO, COACCIÓN Y DERECHO: EL ESTADO DE DERECHO.

9.1. DERECHO Y FUERZA. COACCIÓN Y COERCIBILIDAD.

La relación entre el derecho y la fuerza es una relación paradójica e incluso contradictoria. Por una parte el derecho significa rechazo de la fuerza, pero por otra la fuerza es un elemento esencial del derecho para conseguir sus fines. Históricamente, las teorías positivistas parten de la conexión íntima entre el derecho y la fuerza. En el fondo se trata de un pesimismo antropológico. Por el contrario el pensamiento iusnaturalista tiende a un optimismo antropológico. Esa relación contradictoria es algo que está presente incluso en la expresión simbólica del derecho. En las civilizaciones de la antigüedad por ejemplo en Mesopotamia y Egipto, el derecho se representa con un bastón y una espada que simbolizan la fuerza. Lo mismo sucede en Grecia y Roma, que se representan por los bastes (hachas unidas). Sin embargo hay otros autores que recuerdan que la justicia se representa mediante una diosa, una mujer bella y suele llevar una balanza del equilibrio, de la moderación. Es curioso ver que la figura alegórica más utilizada es la de una mujer con una venda en los ojos, que interpreta que la justicia es ciega, con una balanza (equilibrio) en una mano y la espada en la otra (fuerza).

Por tanto, el derecho significa organización de la fuerza. Esto no se ha entendido siempre de la misma manera en la filosofía del derecho. Se puede decir que se ha ido produciendo una progresiva evolución entre las ideas de derecho y fuerza, un desplazamiento desde las tesis que consideran la fuerza como un instrumento a las tesis del derecho que la consideran como sustancia o contenido del mismo derecho.

Pérez Luño distingue tres momentos distintos en esa evolución:

% 1º. Lo representa el positivismo jurídico del siglo XIX con:

VON HERING, este autor dice: que cuando faltan las instituciones protectoras, el interesado tiene que recurrir a sus propias fuerzas. El derecho sin fuerza es una palabra sin sentido. Solo la fuerza realiza las reglas del derecho y hace de éste lo que debe ser.

AUSTIN, que define el derecho como el mandato revestido de la posibilidad de imponer un daño o una pena al destinatario que lo desobedezca. $\text{DERECHO} = N + F$.

% 2º. El que representa el realismo jurídico escandinavo: El derecho no se define ya como un conjunto de normas que se garantizan por la fuerza sino como un conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, por ejemplo: ROSS y OLIVECRONA. Están en esta línea:

ROSS, el derecho es un sistema de reglas relativas al ejercicio de la fuerza.

OLIVECRONA, el derecho está formado por reglas sobre la fuerza.

$\text{DERECHO} = N ! F$.

% 3º. Su principal representante es:

HANS Kelsen, el derecho no consiste en norma garantizadas por la fuerza (primer momento) ni tampoco es norma reguladora de la fuerza (segundo momento). Sino q son normas que en su interior tienen la fuerza. Una norma es jurídica cuando por sí misma se impone por la fuerza. $\text{DERECHO} = N = F$.

Existe un acuerdo básico entre todos los filósofos del derecho, entre el positivismo y el iusnaturalismo de que la fuerza está presente en el derecho. Pero existe una fuerte diferencia en el modo de considerar la fuerza en el derecho, mientras que el positivismo considera que la coacción o fuerza en acto es elemento esencial del derecho. El iusnaturalismo considera que la coercibilidad o fuerza en potencia es el elemento esencial del derecho. Argumentos que se utilizan:

- El Iusnaturalismo dice que si se afirma que la coacción es elemento esencial del derecho, que integra el contenido de las normas jurídicas, esto implicaría que en todos los casos de aplicación del derecho habría que usar la fuerza. Esto es desmentido por la sociología jurídica que demuestra que en una inmensa mayoría de casos las normas jurídicas se cumplen sin acudir a la fuerza. Y en muchas ocasiones por la convicción de los ciudadanos de que esas normas son buenas por sí mismas para la sociedad. Por tanto, solo cuando la norma suprema se incumple surge el uso de la fuerza.
- En todo ordenamiento jurídico existen ramas del derecho que no son inmediatamente coactivas, que no entrañan el elemento de la coacción. Por ejemplo: el derecho internacional público, que nace y se desarrolla en base a acuerdos internacionales; el derecho canónico que no cuenta con normas coactivas. Junto a este tipo de ramas, existen en todos los ordenamientos una serie de normas que son permisivas, es decir, permiten conductas, establecen premios.
- La teoría de la coacción implica que siempre hay una norma superior que ejerce la coacción o la fuerza hasta llegar a la norma suprema del ordenamiento.

Pero ¿quién sanciona el incumplimiento de la norma superior del ordenamiento por los supremos poderes del estado? Si los supremos poderes del estado destrazan la constitución lo que se produce es una revolución.

CONCLUSIÓN: Es la coercibilidad o fuerza en potencia el elemento esencial del derecho, más que la coacción, ya que ésta no está presente siempre en las normas.

9.2. LA SOBERANÍA POPULAR. (Capítulo 4º) Pérez Luño.

9.2.1. ANÁLISIS GENÉTICO. ORÍGENES DE LA EXPRESIÓN SOBERANÍA POPULAR.

Pérez Luño dice que la expresión soberanía popular es un concepto fundamental de las ciencias políticas y realiza un estudio de ese término siguiendo la técnica del análisis del lenguaje, Lo primero que hace es un análisis genético y señala:

- Que la voz soberanía popular es la unión de dos términos aparentemente contradictorios, por una parte la voz soberanía y por otra popular. La voz soberanía aparece por primera vez en un texto de un feudalista francés que dice: Cada barón es soberano en su baronía y el rey es soberano por encima de todos. Aquí, el término soberanía representa el poder absoluto. Siglos más tarde la palabra soberanía significa poder o fuerza absoluta o perpetua de la República (poder público), libros de la Republica de BODINE. Por tanto, en esa época significa el poder del monarca absoluto. De aquí procede la voz soberanía, que en el siglo XVIII, se cruza con el concepto de pueblo. Fue ROUSSEAU el primero que definió la soberanía popular como voluntad general, es decir, voluntad de todos los ciudadanos, por tanto superior y trascendente a las voluntades individuales, que en lugar de recaer en un solo hombre será patrimonio inalienable del pueblo al que corresponderá su titularidad y su ejercicio.

9.2.2. ANÁLISIS SEMÁNTICO: USOS LINGÜÍSTICOS. (Examen)

En este apartado Pérez Luño aborda los usos lingüísticos de la soberanía popular. ¿Cómo se usa esta expresión? El profesor Pérez Luño distingue dos categorías: categoría lógica o categoría política.

% CATEGORÍA LÓGICA, se trata de dar respuesta a la pregunta de cómo pueden llegar a conocerse el derecho y la política, mediante qué método. Tradicionalmente ha habido dos respuestas:

- La postura intelectualista dice que el derecho y la política son problemas de ciencia que se resuelven mediante el ejercicio de la razón, para ellos están mejor dotados los sabios, los científicos, las elites intelectualistas.
- La postura voluntarista dice que el derecho y la política no son el fruto de una deliberación política sino que son el fruto de unas determinadas preferencias y sentimientos que nacen de la voluntad humana. Por tanto, cualquier hombre estaría capacitada para conocer el derecho y la política.

% **CATEGORÍA POLÍTICA**, dice Pérez Luño que se trata de dar respuesta a la pregunta de ¿Quién debe asentar el poder del estado? A esta pregunta se le puede dar respuesta:

- En sentido aristocrático, deben ejercer el poder sólo unos pocos, determinadas personas que ostentan unas cualidades.
- En sentido democrático, el poder deben de tentarlo todos, el pueblo y aquí está el uso de la soberanía popular como categoría política.

Hay otros dos usos de la voz soberanía popular como categoría descriptiva y como categoría prescriptiva:

% **CATEGORÍA DESCRIPTIVA**, se trata de designar en qué consiste la realidad del derecho, la soberanía popular. Son usos descriptivos de la soberanía popular por ejemplo los que se utilizan en las constituciones cuando definen el origen del poder, ejemplo prototípico (Art. 1.2). El problema que suele plantear es que se pueden convertir en declaraciones retóricas, en lo que LOEWENSTEIN llama declaraciones semánticas.

% **CATEGORÍA PRESCRIPTIVA**, lo que debe ser la soberanía popular, en el mundo del deber ser. Uso doctrinal.

Otros dos usos de soberanía popular son: como titularidad del poder o la soberanía popular entendida como ejercicio simultáneo del poder.

% La primera tiene origen en el Medievo, en aquella época ya que se consideró que el pueblo podía ser titular del poder, pero el ejercicio del poder lo tenía atribuido el monarca. Para poder enlazar la titularidad del poder con su ejercicio se elaboró la teoría de la representación, consistente en una ficción o presunciones: IUS ET DE IURE (no admiten pruebas en contrario) y IURIS TANTUM (admiten pruebas en contrario). Se consideraba que el pueblo había delegado el poder en el monarca como representante, y esto es una presunción IUS ET DE IURE. Esta doctrina permitió legitimar durante mucho tiempo la monarquía absoluta que se basaba en esa representación irrevocable del rey en su pueblo.

% La soberanía popular del siglo XVIII se entiende como titularidad o ejercicio simultáneo del poder. Arranca de ROUSSEAU: la soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser enajenada. Consiste en la voluntad general y la voluntad no se representa porque o es ella o es otra. La postura de Rousseau es muy radical porque no reconoció ni siquiera la representación de los parlamentos. Dice Rousseau: El pueblo inglés cree ser libre y se engaña porque tan solo lo es durante la elección de los miembros del Parlamento y una vez que éstos son elegidos el pueblo ya es esclavo, ya no es nada. A partir de aquí se distinguen dos tipos de soberanía popular: la soberanía popular mediante democracia representativa y democracia directa.

- La democracia representativa, representa la elección por parte del pueblo de un cuerpo representativo (Parlamento).
- La democracia directa consiste en el ejercicio directo del pueblo mediante las Asambleas.

En el Mundo occidental rige el sistema de democracia representativa, el pueblo elige a unos representantes: parlamento, que a su vez elige al gobierno.

Solo en el nivel retórico dogmático se puede sostener actualmente que la soberanía popular es titularidad y ejercicio del poder ya que nuestro sistema democrático representativo.

Hay que completar los usos lingüísticos de la voz soberanía popular con los distintos significados de la voz pueblo. Con la expresión pueblo se puede entender una totalidad que es cuando se usa en singular como expresan las palabras: perple, pueblo, popolo. Aquí significa totalidad de personas, conjunto de personas en una unidad territorial, pero también puede significar idea de pluralidad de sujetos en vez de totalidad, suma de individualidad y en este segundo sentido es característica la voz inglesa: the people (pluralidad). Los sentidos filosóficos jurídicos también son distintos: en singular utilizan la voz pueblo una serie de autores para referirse a él como totalidad orgánica, distinto de la simple suma o agregación de ciudadanos o personas que lo componen es el caso de HEGEL, SCHELLING y los autores de la Escuela Histórica del Derecho. Este concepto unitario sirvió de fundamento a regímenes políticos muy autoritarios, precisamente porque se admitía que una persona, un grupo o un partido político podían llegar a encarnar el pueblo. Desde otra perspectiva totalmente distinta Kelsen, considera que el pueblo en sentido de todo orgánico es fundamental para construir un ordenamiento jurídico. Dice Kelsen: la noción de pueblo en singular no posee en fundamento psicológico, ni histórico, ni sentimental sino jurídica. El pueblo es el ámbito de validez personal del ordenamiento jurídico estatal.

A continuación vamos a ver usos en plural: en sentido sociológico y en sentido ideológico.

– SOCIOLÓGICO, como colectividad de personas físicas mensurables cuantitativamente y que integran el estado.

– IDEOLÓGICO, pueblos sería el conjunto de todos los individuos que por el hecho de profesar ciertas ideas o por el hecho de tener ciertas cualidades o porque son mayoritarios o porque se entiende que equivale al pueblo. Por ejemplo:

Aristóteles, cuando Aristóteles define la democracia se refiere al gobierno de los pobres en interés de su propia clase.

Rousseau, en algunas obras como los proyectos de constituciones de Polonia, y Córcega, pasa de considerar el pueblo desde un punto de vista sociológico a un uso en sentido ideológico. De la totalidad del pueblo, desde una perspectiva sociológica (contrato social) a los patriotas o ciudadanos en sentido ideológico.

Marx, el pueblo es el proletariado que tiene encargada la tarea de la emancipación social de la sociedad.

9.2.3. ANÁLISIS PRAGMÁTICO: LA FUNCIÓN DE LA SOBERANÍA POPULAR Y SU CRISIS (Pág 197– 203).

La soberanía popular actúa como principio de legitimidad del poder. Así ha sido desde el triunfo de la revolución burguesa en el siglo XVIII, en el momento en que se pone fin al Antiguo Régimen, al estado absolutista y nacen los primeros estados liberales. El poder solo es legítimo cuando procede del pueblo. Sin embargo, modernamente atraviesa un momento de crisis.

% Algunos autores creen que es un concepto histórico que se ha agotado una vez que se ha incorporado a la Constitución del estado.

% Otros autores niegan la posibilidad de fundamentar los valores jurídicos en el consenso popular, en la opinión mayoritaria de los ciudadanos. Son nuevas doctrinas elitistas o aristocráticas.

% Otros autores niegan la función legitimadora de la soberanía popular siguiendo una tesis tecnocrática. Destacan: NICOLAS LUHMANN, autor de las tesis SYSTEMTHEORIE, dice que en la sociedad compleja

de nuestros días deben adoptarse del dictamen de los expertos, de los científicos y no solo basándose en la soberanía popular. Y dice esto porque el sistema de legitimación de un estado tiene que ser técnico, el sistema constitucional y el sistema jurídico tienen que ser eficaces. Y en una sociedad técnica esos fundamentos tienen que estar controlados por técnicos.

Crítica del profesor Pérez Luño: Se produce un salto no justificado desde el plano lógico al plano político. Dice Pérez Luño que de la premisa cierta de que la sociedad técnicamente avanzada existen problemas cuya comprensión exacta escapa a las masas populares extraen la conclusión falsa en el plano político de que las decisiones y los valores comunitarios deben ser confiados a una elite científica técnica que debería regir el estado la solución pasa porque esa elite oriente sobre las decisiones políticas más aceptables. Y en un segundo momento la decisión se adopte por la mayoría del pueblo, por la soberanía popular.

(BUSCAR LISTADO DE ART. REFERENTES A LA SOBERANÍA POPULAR).

LA CONCRECIÓN NORMATIVA DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL

Principio democrático, principio de soberanía popular (Art. 1.2: La soberanía nacional reside en el pueblo español del que emana los poderes del estado). El modelo del estado social y democrático del derecho. La soberanía popular se refleja en los tres poderes clásicos del estado: ejecutivo, legislativo y judicial. El poder legislativo es el órgano representativo del primer grado y el poder ejecutivo el de 2º grado.

El **Art. 66** hace referencia al poder legislativo:

1. Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el congreso de los Diputados y el Senado.
2. Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución.
3. Las Cortes Generales son inviolables.

El poder ejecutivo, el gobierno es elegido por el congreso de los diputados, por la soberanía popular en 2º grado. Es controlado por las Cortes, responde solidariamente ante el órgano de primer grado.

El poder Judicial, el Art. ¿? Señala que la justicia emana del pueblo y se administra por orden del rey a través de jueces y magistrados integrantes del poder judicial. El fundamento es la soberanía popular.

¿Cómo se garantiza el ejercicio democrático? Por medio del principio de participación, como señala el Art. 9.2: Corresponde a los poderes público promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

¿Cómo se materializa ese mandato?

Fundamentalmente mediante los partidos políticos (Art. 6.2) Pero también se reconoce directamente (Art. 23). Y también se reconoce en la llamada iniciativa legislativa

(Art. 87.3).

Otra manifestación esta en el Art. 105, la andancia en el procedimiento de disposiciones administrativos,

directamente o a través de asociaciones.

Otra manifestación está en el Art. 125 (acción popular y el jurado popular).

La participación también se reconoce en la esfera económica (Art. 51 y Art. 131.2)

La participación en la vida cultural (27.5) en lo relativo a la enseñanza.

Participación juvenil (Art. 48)

Seguridad Social (Art. 129)

Finalmente, la Constitución garantiza la convivencia democrática y el establecimiento de una sociedad democrática avanzada. Hay que potenciar el papel de la soberanía popular y del principio democrático.

La significación (4.3 del libro de Pérez Luño) filosófico-jurídica de la soberanía popular en el estado de derecho.

9.3. EL ESTADO DE DERECHO. CONCEPTO Y TIPOS.

Pérez Luño (Capítulo 5°):

ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y DERECHOS FUNDAMENTALES.

9.3.1. INTERRELACIÓN DE LAS NOCIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE ESTADO DE DERECHO.

Las ideas de derechos fundamentales y la ley en cuanto a norma coactiva del estado ha sido uno de los problemas más importantes de la teoría político-jurídico. Son ideas que parecen contradictorias. Sin embargo, la síntesis perfecta está en la idea de estado de derecho. En éste, la ley no es un producto del arbitrio o de la voluntad exclusiva de las personas que detectan el poder sino que la ley es producto de la voluntad general y por ello debe garantizar los derechos fundamentales de los individuos, de los titulares de la soberanía popular.

En el estado de derecho, los derechos fundamentales no son concepciones del poder, son el fruto de la soberanía popular. Y la ley siempre implica junto a la obligación o el deber un derecho para el individuo. Históricamente, la teoría de los derechos fundamentales es anterior a la doctrina del estado de derecho. La teoría de los derechos fundamentales surge en el siglo XVIII con el movimiento revolucionario americano y francés, con la independencia de las colonias y con la revolución francesa con la declaración de los derechos del hombre.

9.3.2. LA DECANTACIÓN HISTÓRICA Y DOCTRINAL DEL ESTADO DE DERECHO.

A) LA FORMACIÓN HISTÓRICA DEL ESTADO DE DERECHO:

LA APORTACIÓN KANTIANA.

En la doctrina constitucionalista existe un amplio acuerdo en fijar el origen del concepto de estado de derecho, en la filosofía política de Kant sin embargo, no hay unanimidad sino un fuerte debate hermenéutico. En Kant confluye todos los elementos que van a dar lugar a la idea de estado de derecho:

acepta las tesis del iusnaturalismo, ya que él es un iusnaturalista, del que el estado de derecho es un medio y una condición para asegurar las perspectivas esferas de libertad de los ciudadanos por medio del derecho. Por

eso para Kant, el estado no debe tener como fin la búsqueda de la felicidad concreta del pueblo porque cada persona y cada pueblo puede concebir la felicidad de manera distinta sino que su fin es asegurar y garantizar el libre desarrollo de las libertades personales a través del derecho. Kant define el derecho como: el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede armonizarse con el arbitrio de los demás según una ley universal de libertad. Y la ley universal del derecho como: obra externamente de tal manera que el libre uso de tu arbitrio pueda armonizarse con la libertad de los demás.

aporta otra idea fundamental que es la libertad jurídica concebida en sentido positivo, es decir, como autonomía o participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas que deben regular su conducta. Así en su obra *La paz perpetua* afirma que la libertad jurídica consiste en la facultad de no obedecer a ninguna ley externa salvo a aquellas a las que yo he dado mi consentimiento. En conexión con esta idea de Kant, concibe el contrato social de una manera distinta, para Kant no es un suceso histórico (como en Rousseau), sino que es una idea racional, por tanto una idea a priori que obliga a todo legislador a hacer sus leyes como si éstas hubiesen surgido de la voluntad conjunta de todo el pueblo y en considerar que todos los súbditos se conviertan en ciudadanos por haber prestado su consentimiento a las leyes.

3ª idea de Kant al estado de derecho, es que la idea de libertad es una idea de la razón pura y no de la experiencia o de lo empírico. Kant señala que la situación de los ciudadanos en el estado considerada como situación puramente jurídica se fundamenta en 3 principios a priori:

- La libertad de cada miembro de la sociedad como hombre.
- La igualdad de cada miembro de la sociedad frente a cualquier otro como súbdito.
- La independencia de cada miembro de la comunidad como ciudadano.

Estos principios dice Kant, que no son leyes ya dadas por un estado instaurado sino leyes que por sí mismas hacen posibles la constitución, el estado según los principios de la pura razón y que emanan del derecho externo del hombre, el derecho natural.

SÍNTESIS: La aportación de Kant, el estado de derecho es ante todo un estado de razón. El estado constituye la condición a priori, es decir, como exigencia universal de la razón pura una coexistencia libre de los hombres a través del derecho entendido a su vez como normatividad racional, porque la razón, según Kant, es el único fundamento de cualquier posible legislación positiva. La doctrina que ha estudiado a Kant señala como sus ideas sobre la libertad y el estado se utilizaron posteriormente tanto por autores del liberalismo como por autores del absolutismo, porque su concepción es muy formalista porque no profundiza en las cuestiones referidas al contenido del estado.

B) PRESUPUESTOS DEL ESTADO LIBERAL DE DERECHO.

A su vez distinguimos tres subapartados:

1. Las primeras manifestaciones del estado de derecho. La fórmula RECHTSTAAT (alemana) fue acuñada por WELQUER en 1813, luego fue utilizado por otros autores: VON ARETING y FON MOHE. A este último se le considera el padre del término. Estos autores coinciden en no considerar al estado de derecho como una nueva fórmula política sino como una peculiar forma o tipo de estado con unas exigencias de contenido o materiales, que eran las siguientes:

- Una organización del estado y una regulación de la actividad del estado guiada por los principios racionales que deben traducirse en un orden político justo. Es la idea de estado de derecho como estado racional según la idea procedente de Kant. Por esta razón los autores lo denominaron estado de razón o estado de la racionalidad.
- El estado está al servicio de todos los individuos que lo integran, por tanto frente a concepciones del pasado

no es una institución al servicio de fines trascendentes ni tampoco al servicio de los que detentan el poder.

– El estado debe limitar sus tareas a garantizar la libertad, la seguridad y la propiedad de sus ciudadanos a través de la ley, concebida como la norma general procedente de la soberanía popular.

RESUMEN: En estas formulaciones iniciales del estado de derecho la noción de legalidad supone una síntesis de la idea liberal, la defensa de las libertades con la idea de democracia, idea de la soberanía popular, es la base de la legalidad.

2. Hegel y la idea del estado absoluto. En este apartado damos un cierto salto atrás en la evolución.

En la doctrina jurídica germana apareció simultáneamente una tendencia que potenció el valor del estado como valor absoluto. Este sector doctrinal cuyo máximo representante fue Hegel se dice que produjo una metamorfosis del estado de derecho en estado ético o en estado absoluto. Estado ético porque la idea del estado racionalista de Kant se convierte en una concepción del estado como valor metafísico y absoluto al que deben doblegarse y supeditarse las libertades individuales. Hegel planteó mucho más radicalmente que Kant la necesidad de fundamentar y de legitimar el estado en valores absolutos y universales así por ejemplo concibe el estado como el paso de Dios por el Mundo y afirmó el fundamento del estado en la fuerza de la razón que se realiza como voluntad. Para Hegel, en primer lugar el estado es un fin en sí mismo y la condición necesaria para la realización de la libertad. En segundo lugar, el estado tiene un derecho supremo frente a sus súbditos cuyo deber básico es ser miembro del estado y estar supeditado a éste. Esto significa que rechaza que el estado pueda definirse como un contrato y que los fines del estado sean proteger los derechos de los individuos. En tercer lugar, tiene un concepto distinto de soberanía popular, concibe al pueblo como una totalidad orgánica, como un ente distinto de la suma de los individuos que lo componen, que se realiza y se materializa en el monarca. Por todas estas razones la doctrina del estado ético de Hegel termina siendo el estado totalitario, el estado de fuerza. Los estados totalitarios del siglo XX se inspiraron en gran parte en los postulados hegelianos tanto desde la extrema derecha como la extrema izquierda.

3. El estado liberal de derecho y el positivismo Jurídico.

Una gran importancia en el estado de derecho tuvo el positivismo jurídico formalista a través de la teoría alemana del derecho público.

El positivismo jurídico formalista se convirtió además en la teoría político-jurídica preferida mayoritaria de la burguesía liberal, por lo que el estado de derecho que surge por primera vez en la historia es el llamado estado liberal de derecho, que también aparece denominado como estado de derecho liberal burgués. Es el primer modelo de estado de derecho y está íntimamente relacionado con el positivismo. Este modelo de estado liberal se dice que supuso la igualdad ante el derecho y en el derecho, pero no la igualdad de derecho, de oportunidades y de participación. Es por tanto, una igualdad muy formal y no material. La libertad y la igualdad de todos los ciudadanos fueron entendidos de modo formal como libertades en sentido negativo, como defensa frente al estado y nunca como libertades en sentido positivos, como derechos de participación política en la sociedad. Entre los autores más significativos están: MAYER, GERBER, LABAND y JELLINEK. Son autores alemanes que construyen este modelo.

Se considera que la expresión más completa de estado liberal de derecho es el realizado por Kelsen. Sus caracteres más importantes son:

- El estado liberal de derecho se fundamenta en el principio clásico del liberalismo social y económico que es el principio de no intervencionismo Dejar hacer y dejar pasar LAISSEZ FAIRE LAISSEZ PASSER. El estado debe ser un instrumento neutro que garantice las libertades individuales y principalmente la libertad económica (el libre juego de la oferta y la demanda). El estado no persigue fines políticos propios, no busca transformar la sociedad. La doctrina habla de una aparente

despolitización de este estado porque realmente busca unos fines políticos y esto favorece a la clase social dominante que es la burguesía del siglo XX.

- Identificación del estado de derecho liberal con el principio de legalidad. El principio de legalidad significa el sometimiento pleno del poder ejecutivo y de la administración pública que sirve al poder ejecutivo, su sometimiento pleno a la ley y en la posibilidad de control jurisdiccional de sus actos. Kelsen insistió mucho en este 2º punto, en el principio de legalidad como característico del estado de derecho hasta el punto del que llega a identificar la legalidad con el estado de derecho. Y en su concepción el estado con el derecho.

C) EL TRÁNSITO AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

El estado liberal caracterizado por el liberalismo y la neutralidad no podía satisfacer las necesidades reales de libertad y de igualdad de todas las clases sociales menos favorecidas. Desde la 2ª mitad del XIX comenzaron a producirse grandes conflictos sociales, socio-económico surgen con fuerza los movimientos obreros y nace el socialismo, los movimientos anarquistas. Y esta sociedad influye en la filosofía del derecho. El estado social no aparece en la historia en un determinado momento preciso sino que es fruto de una evolución y es un modelo que se desarrolla a partir de los años 20 (hay algún antecedente de constitución pero no triunfa) una vez finalizada la 1ª Guerra Mundial. Y alcanza su mayor exposición en el mundo al final de la 2ª Guerra Mundial.

El rasgo más característico es el abandono del individualismo y de la neutralidad del estado. Y consecuentemente la opción por el intervencionismo directo del estado en los procesos socio-económicos. El estado tiene que perseguir la justicia social y para ello interviene directamente en la sociedad y en la economía. El modelo de estado social no es fruto de una única ideología, pero con carácter general se le considera un fruto híbrido de dos tendencias sociológicas bastantes dispares, por una parte el liberalismo progresista y por otra el socialismo democrático. Se cita aquí a KEINES (idea de estado de bienestar) y HERMANN HELLER.

Las dos ideas básicas del estado social son:

- Que los poderes públicos tienen atribuido la procura existencial, el conjunto de prestaciones sociales y económicas y de servicios públicos que los ciudadanos requieren para su existencia: trabajo, servicios sanitarios, servicios en la educación, servicios de transportes, servicios culturales, servicios de protección frente al desempleo, seguridad, de limpieza. Es decir, que el estado social no sólo debe garantizar la libertad, seguridad y propiedad sino también los derechos fundamentales de contenido económico, social y cultural.
- El estado social debe asumir el cometido de reestructurar y reequilibrar las rentas mediante el ejercicio de la política fiscal. Por eso se le denomina como el estado administrador de impuestos.

D) EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO: FORTUNA DE UNA FÓRMULA.

Dentro de la doctrina jurídica alemana se produjo un importante debate doctrinal sobre si el estado social era un nuevo modelo o no lo era. Se distinguen dos posturas diferentes:

% Defendida por SCHMITT y FORSTHOPP, estos autores no creen que pueda hablarse de un nuevo modelo de estado de derecho, desde una perspectiva técnico-jurídica. SCHMITT cuando estudia la Constitución de WEIMAR (1919), el estado después de la 1ª Guerra Mundial. Al analizarlo separa tajantemente la constitución como forma jurídica del estado alemán del contenido político del poder que se contiene en la Constitución pero que cambia con cada circunstancia histórica. Esa misma tesis la desarrolla FORSTHOPP, cuando señala que la función social del estado, solamente se vincula a las tareas propias de la administración. El terreno de la realización de los programas socioeconómicos es el de la legislación y el de la administración pero no el de las normas constitucionales.

% El 2º sector del pensamiento considera que el modelo de estado social del derecho es un nuevo modelo de estado de derecho superador del estado liberal.

Dentro también de la doctrina jurídica alemana se desarrolló después una tesis que potenció la tensión democrática del estado social de derecho, a partir de la fórmula que utiliza la constitución alemana, la ley fundamental (grundgesetz) de Bonn.

Utiliza las siguientes fórmulas:

– La República federal es un estado federal de derecho social y democrático. También en otro artículo se prescribe que el orden constitucional de los estados federales landers responda a los principios de los estados de derechos republicanos, democráticos y sociales. Los autores que utilizan esta fórmula señalan que el estado social se tiene que caracterizar por:

% Una relación mutua entre la idea de estado de derecho y los principios sociales y democráticos.

% Tiene que suponer la abolición fáctica de la separación entre el estado y la sociedad, y en este sentido se insiste en que el estado tiene que transformar el orden económico y social, realizando materialmente la idea democrática de igualdad.

% Tiene que sustituir la concepción negativa de los derechos fundamentales por una concepción positiva.

% Requiere una estructura pluralista de la sociedad que permita la participación de los ciudadanos y de los grupos en la acción política, económica, social y cultural, mediante fórmulas autogestionarias y autorganizativas (partidos políticos, sindicatos, asociaciones,).

% Todas estas características no implica reiniciar a las garantías jurídicas-formales del estado liberal de derecho.

E) EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

España optimiza en su constitución una fórmula original, nueva, única que formula el Art. 1.1. (España se constituye en un estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo jurídico). Se produjo un debate doctrinal sobre el significado de esta fórmula, tesis:

! Tesis del Prof. Elías Díaz El estado de derecho y sociedad democrático.

Para el Prof. Elías Díaz el estado democrático de derecho sería una 3ª fórmula superior, tanto al estado liberal como el estado social. Y el lo identifica con un modelo de estado socialista democrático. La fórmula utilizada por la constitución española significaría que España es un estado social que busca un estado democrático.

! Según Pérez Luño. Pérez Luño también critica la fórmula pero interpreta esa fórmula como una integración del modelo de estado social y del principio democrático, en el sentido de que se debe alcanzar el mayor techo democratizador posible, una profunda transformación en sentido democrático del orden económico-social.

Argumentos de Pérez Luño:

– Principios de unidad, coherencia y fuerza integradora.

– No se puede admitir una interpretación auténtica del Art. 1.1 de la constitución basada en la opinión

subjetiva de un solo sector del poder constituyente (la interpretación auténtica sería únicamente la que hace el legislador).

– Influencia que tuvo la constitución alemana (grundgesetz) que utiliza esa fórmula.