

LA APLICACION DE LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA DE JOHN RAWLS EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO*

—NOTAS PARA UNA INVESTIGACION—

PATRICIA LINARES PRIETO
Profesor Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Colombia

Uno de los problemas más complejos que han debido enfrentar y estudiar en las últimas décadas los filósofos del Derecho, es el referido a la necesidad de justificar el Estado de Derecho como medio e instrumento para que se institucionalice y funcione una sociedad democrática.

El objetivo de muchos trabajos teóricos ha sido precisamente ese, justificar el Estado de Derecho como la fórmula más adecuada y el medio más justo para soportar la estructura de una sociedad democrática,

siempre bajo el supuesto de que ella implica libertad e igualdad para todos sus miembros.

No obstante, distintos desarrollos teóricos coinciden en aceptar que de la sola connotación de Estado de Derecho no se concluye inherente la condición de Estado de Derecho; si bien todo Estado se sustenta en un sistema normativo jurídico, o sistema de legalidad, su vigencia, por sí misma, no garantiza la existencia de un Estado de Derecho.

En estricto sentido el Estado de Derecho es el Estado sometido al Derecho, es decir el Estado cuyo poder y actividad se regulan y controlan por la ley, entendiendo por Derecho y ley la expresión de la voluntad general. Cualquiera otro que sea el origen del Derecho y de la ley desvirtúa el carácter democrático de la sociedad a la cual se aplica ese sistema de legalidad.

*Este documento hace parte del trabajo de tesis que la autora prepara, bajo la dirección del profesor Guillermo Hoyos V. para el de Programa en Maestría en Filosofía que cursa actualmente en la Universidad Nacional de Colombia.

La doctrina del “imperio de la ley” como fundamento del Estado, surge de la Revolución Francesa y de la implementación en el siglo XIX del Estado liberal, el cual se articula estrechamente con el concepto de Estado de Derecho y prevalece como expresión jurídica de la democracia liberal hasta comienzos del presente siglo, cuando se presenta la denominada crisis del liberalismo y por ende del Estado liberal, crisis que conlleva a la búsqueda de soluciones alternativas, al menos desde la teoría, que la superen y brinden otras “formas” de Estado que se adecúen y respondan a estructuras sociales sustancialmente diferentes.

Una de ellas es el denominado Estado Social de Derecho, propio del neocapitalismo de sociedades industrializadas del mundo occidental y supuesto antecedente del Estado Democrático de Derecho, entendido éste como la afirmación de la posibilidad del paralelismo y correspondencia entre Estado de Derecho y sociedad democrática.

Con base en estas definiciones y en un análisis juicioso de los fundamentos del Estado Social de Derecho y de su caracterización, y teniendo en cuenta que una de las críticas más reiteradas a la propuesta de J. Rawls en su Teoría de la Justicia, es precisamente que ella sólo es aplicable en las denominadas sociedades occidentales, las cuales presentan características específicas derivadas de altos niveles de desarrollo e industrialización, además de la apropiación de una cultura política muy avanzada (sociedades bien ordenadas), que precisamente han adoptado el modelo del Estado Social de Derecho, se pretende realizar un análisis sobre la pertinencia y aplicabilidad de los principios de justicia propuestos por Rawls y en general de su teoría, en el denominado Estado Social de Derecho y su correspondencia con los fundamentos en que éste se soporta.

Para desarrollar el tema propuesto partiremos de un breve análisis de los antecedentes del Estado de Derecho y de un somero estudio sobre el origen y caracterización del Estado Liberal de Derecho, cuyas bases ideológicas en mucho se aproximan a las que soportan el Estado Social de Derecho. Por último, se analizará la pertinencia y

aplicabilidad de los principios de justicia propuestos por Rawls, según la reformulación elaborada por éste para responder las críticas de Hart, al modelo propio del Estado Social de Derecho.

Debo aclarar, que el ejercicio que me propongo realizar se fundamenta en las lecturas realizadas durante el seminario sobre Rawls y en las inquietudes e interrogantes que como abogada me han surgido al adentrarme en los temas propios de la filosofía del Derecho y específicamente de la teoría del Estado. En consecuencia, la pretensión no va más allá de esbozar los elementos que a mi entender justifican la aplicabilidad y pertinencia de las tesis rawlsianas en el denominado Welfare State o Estado de bienestar, con el propósito de un futuro cercano profundizar en el tema.

1. Antecedentes del estado de derecho

Decíamos en la introducción que el Estado de Derecho es el Estado sometido a Derecho. Aquel cuyo poder y actividad se regulan y controlan por la Ley, entendida ésta como la expresión de la voluntad general; así mismo que el hecho de que un Estado, a secas, se soporte en un sistema normativo, no implica necesariamente que ese sea un Estado de Derecho.

Un vistazo general a la historia de la humanidad, nos permite evidenciar como aún en la Grecia antigua, de alguna manera se pretendía imponer la supremacía de la Ley sobre el arbitrio y mera voluntad de los gobernantes, al respecto el tratadista español P.L. Verdú, dice: “La antigüedad griega mantuvo el ideal del dominio de la Ley frente al capricho despótico”¹, lo que puede interpretarse como un precedente del principio fundamental del Estado de Derecho, esto es del principio del “imperio de la Ley”.

En la edad media cristiana surge, de la polémica entre voluntaristas e intelectualistas, lo que se caracteriza como la racionalidad de la ley frente a los caprichos de la voluntad despótica. Este presupuesto encuentra asidero en la

1. Verdú P. L., “Estado liberal de Derecho y Estado Social de Derecho”, Acta Salmanticensis, Salamanca-España, 1955.

doctrina escolástica sobre la justicia de la ley y la obligatoriedad en conciencia de las leyes injustas, lo que puede entenderse como remoto antecedente de los procesos de juridización racional del Estado y eliminación de la arbitrariedad. Se puede afirmar que en la edad media germinan tendencias doctrinales, teológicas y filosóficas, que limitan la voluntad omnímoda de la autoridad, especialmente si ella va en contravía de los principios fundamentales de dichas tendencias. Si bien estos son en esencia controles ético-religiosos, que no pueden aceptarse como fundamentos del Estado de Derecho, si pueden entenderse como antecedentes primarios del mismo.

**“No siempre
que se materializa
el principio del imperio
de la ley en un Estado
podemos afirmar
que ese sea un Estado
de Derecho en estricto
sentido, pues no solo
es derecho y ley
el que se deriva
legítimamente
de la voluntad general”**

El Estado feudal no era un Estado de Derecho, pues aquél era un entresijo de derechos subjetivos y privilegios que impedía toda acción política y toda intervención personal del monarca, de manera tal que si bien no se configura el Estado absoluto, tal como se describe tradicionalmente, los señores feudales y los estamentos si ejercían un poder absoluto², que no obstante, no permite concluir la existencia de un Estado, pues a pesar del juramento del rey de preservar ciertas situaciones (mantener los fueros y franquicias de los vasallos), que tiene un valor social sustentado en un hondo sentido religioso, no puede afirmarse que en él se aplicara el principio de “imperio de la Ley”.

La institucionalización jurídica del Estado liberal creado por la burguesía, configura lo que históricamente se conoce como *Estado Liberal de Derecho*, modelo que se caracteriza por empezar a proteger jurídicamente algunos derechos que se consideraban fundamentales

2. Legaz Luis, “El Estado de Derecho en la actualidad”, Edic. Revis. Madrid, 1934.

para la clase que lo concibió y creó. Ejemplos clásicos de ello son el Decreto de Alfonso IX en las Cortes de León de 1188, y la Carta Magna de Juan II de Inglaterra de 1215, textos otorgados por la presión popular, aunque formalmente se hayan expedido como expresión unilateral de los monarcas.

Con posterioridad se expedieron documentos de trascendencia histórica originados en un pacto o convención entre el monarca y su pueblo, representado éste en el parlamento; el más importante el “Bill of Rights” expedido bajo el mandato de

Guillermo de Orange en 1689; no obstante, en él las garantías para la protección de lo pactado aún son incipientes y carecen de institucionalización jurídica, la que solo empezará a lograrse en los textos constitucionales de los siglos XIX y XX.

Sólo hasta 1776, con la “Declaration of Rights” del Estado de Virginia Estados Unidos, se proclama una declaración emanada del pueblo en su calidad de único soberano, y sólo hasta finales del siglo XIX, como resultado de la Revolución Francesa, se formalizará el sistema político liberal en términos de Estado de Derecho, encontrando su expresión más concreta en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de agosto de 1789, otorgada, según reza en el mismo texto, por los “Representantes del pueblo francés constituidos en Asamblea Nacional”.

2. El estado libetal, estado de derecho

El artículo 16 de la Declaración de derechos y deberes del hombre y el ciudadano establece que “la sociedad en que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes determinada carece de Constitución”. Así, aquellas sociedades que no cumplan con

estas dos condiciones, carecen de sistema constitucional y por lo tanto de Estado de Derecho, pues, reiteramos, no todo Estado por acreditar un sistema normativo que lo soporte es Estado de Derecho.

Además de esos principios la misma declaración consagra otros que son esenciales al Estado Liberal, esto es la primacía de la Ley como expresión de la voluntad general, y la soberanía que se atribuye esencialmente a la Nación.

Remitiéndonos al contexto histórico, vale aclarar que el imperio de la Ley a que se refiere el principio expuesto, hacía alusión a dos presupuestos fundamentales: el imperio de la ley positiva entendida como aquella norma emanada de la Asamblea Nacional, que prima sobre cualquiera otra, y el ejercicio de la soberanía a través de la Nación. Con la Revolución Francesa, se puede afirmar, se da el paso del lunaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII al positivismo liberal del siglo XIX.

El Estado liberal germina en las tesis revolucionarias del siglo XIX, cuyas características iniciales son el individualismo y su condición de ideología propia de la sociedad burguesa; éste se erige como respuesta al absolutismo y se reconoce como una conquista histórica irreversible. Su caracterización se sintetiza en el respeto a la legalidad por parte de todos, incluidos los gobernantes, en la definición de la ley como producto de la soberanía de toda la Nación y no como decisión personal de un dictador o un monarca absoluto, y en la reivindicación de los derechos y libertades del hombre; él, sin duda, afianza los principios del Estado de Derecho; sobre el particular el ya citado profesor Lucas Verdú nos dice: "...el Estado de Derecho, es el Estado Nacional que ha surgido tras lenta evolución rebasando

“El liberalismo clásico concebido en las más arraigadas tesis del individualismo, identificó los derechos naturales del individuo con los derechos que reivindicaba para sí la burguesía, los cuales tan solo de manera formal y parcial se reconocían a quienes pertenecían a clases consideradas inferiores”

las cuatro especies anteriores: Estado patriarcal, patrimonial, teocrático y despótico”³.

Es evidente, en la caracterización señalada, que las tesis que fundamentaron las teorías liberales en el siglo XIX, las cuales expresaban la ideología de la burguesía, restringían los principios de participación democrática tal como se entienden en la actualidad, pues al establecer la propiedad como derecho inviolable y sagrado, artículo 17 Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano⁴, coartaba los derechos y libertades de los hombres no propietarios; tal postulado coincide con la definición de soberanía nacional, la Nación como un todo, distinta del concepto de soberanía popular, que prevalece en el mundo moderno, que entiende la

soberanía como el ejercicio de todos y cada uno de los ciudadanos sin distinción ni condicionamiento, ella posteriormente fundamentará el Estado Social de Derecho.

Así, podemos afirmar que el esquema institucional del Estado de Derecho que surge de las teorías liberales mantiene su vigencia en cuanto sus elementos esenciales: oposición al absolutismo y afirmación de los derechos humanos que prevalecen y permanecen históricamente; no ocurre lo mismo con otros de sus elementos, la libertad económica incondicionada y el abstencionismo estatal, que durante décadas se consideraron contrarios a los fundamentos democráticos de igualdad y bienestar, y que con el surgimiento del neocapitalismo y el neoliberalismo han recobrado con fuerza su vigencia.

Las teorías desarrolladas por las distintas escuelas de la filosofía del derecho, coinciden en la viabilidad de

3. Verdú Lucas, ob. cit. pag.

4. Verdú Lucas, ob. cit. pag. 5.

utilizar el esquema del Estado de Derecho en diferentes contextos ideológicos y socio-económicos, rechazando la exclusividad del mismo con respecto del liberalismo clásico. Ello ha conducido a un replanteamiento y definición precisa, desde la doctrina, de las características generales del Estado de Derecho, de cuya vigencia depende la posibilidad de diferenciación entre un auténtico Estado de Derecho y Estados absolutistas, autoritarios o totalitarios que se encuentren en esta categoría.

Dichas características son:

a. *Imperio de la Ley*, entendida ésta como expresión de la voluntad general.

b. *División de poderes*: legislativo, ejecutivo y judicial.

c. *Legalidad de la administración*: actuación según ley y suficiente control judicial.

d. *Derechos y libertades fundamentales*: garantías jurídico-formales y efectiva realización material.

Estos presupuestos, exigencias básicas indispensables para configurar el concepto de Estado de Derecho, se pueden entender, de manera sintética, de la siguiente manera:

a. *El imperio de la ley*: fundamento primario del Estado de Derecho, entendiéndose por ley la formalmente creada por el órgano popular representativo (Parlamento, Asamblea Nacional), como expresión de la voluntad general. En el Estado de Derecho, dice Elías Díaz, "...la Ley es la concretización racional de la voluntad popular, manifestada, con las posibles intervenciones del ejecutivo, a través de un órgano de representación popular libremente elegido. La Ley ordinaria se conecta y subordina a la Ley fundamental (Constitución) y el control de constitucionalidad de esas leyes asegura precisamente esa conexión y subordinación"⁵.

Ahora bien, no siempre que se materializa el principio del imperio de la ley en un Estado podemos afirmar que ese sea un Estado de Derecho en estricto sentido, pues no

5. Díaz Elías, Estado de Derecho y Sociedad Democrática, Edit, Taurus, Madrid, 1985.

solo es derecho y ley el que se deriva legítimamente de la voluntad general, también lo es el que proviene de una voluntad individual, de un dictador por ejemplo, en la medida en que éste detente el poder y los instrumentos necesarios para hacerse obedecer. La diferencia estriba, obviamente, en la legitimidad de ese poder. Tampoco hay Estado de Derecho si el "imperio de la ley" pretende a toda costa la conservación y defensa de un orden y de una legalidad soportadas en una autoridad que desconoce la participación democrática, en esos casos se puede estar más bien ante "el imperio de la voluntad absoluta del ejecutivo" lo que Verdú denomina un "ejecutivo incontrolado".

b. *La separación de poderes*: este es un presupuesto ineludible del Estado de Derecho que atribuye la creación de las leyes al poder legislativo y la aplicación de las mismas a los poderes ejecutivo y judicial, cada uno en su respectiva órbita de competencia. No puede entenderse este principio en sentido restringido, atribuyendo a cada poder el ejercicio aislado de las diferentes funciones y poderes que se desarrollan en un mismo Estado; este principio en esencia materializa la distribución y división de funciones y poderes relacionados entre sí, de manera tal que ejercen controles e intervenciones mutuas y recíprocas; al respecto es pertinente citar a Hans Kelsen cuando en su Teoría General de la Ley y el Estado manifiesta "...que el significado histórico del principio de la separación de poderes reside precisamente en el hecho de que dicho principio, más que una separación de poderes, lo que pretende es evitar la concentración de los mismos".

Este principio distingue entre la creación y la aplicación del Derecho, atribuyendo esta última función, en sentido amplio, a los poderes ejecutivo y judicial. "El sentido histórico e ideológico del principio de separación de poderes es evitar la concentración de poder en manos, sobre todo, del titular del ejecutivo, a fin de lograr el respeto a los derechos y libertades de los ciudadanos que, representados democráticamente constituyen ahora el poder legislativo"⁶.

6. Díaz Elías, Estado de Derecho y Sociedad Democrática, Edic. Taurus, Madrid, 1985.

Con este sistema se pretende una situación de equilibrio originada en una acción recíproca de control dirigida, coordinada y coherente, una gestión armónica de Estado, por eso él mismo se constituye en requisito indispensable de todo Estado de Derecho.

En este esquema el poder legislativo encuentra su límite en la Constitución y en los tribunales ordinarios o especiales a los cuales corresponda la función de garantizar la constitucionalidad de las leyes. De otra parte este poder es objeto de un control político que ejercen partidos y organizaciones propios del sistema democrático, soportado en el ejercicio libre y efectivo de garantías tales como la crítica de la opinión pública, la libertad de prensa y de opinión, el pluralismo de partidos políticos, las elecciones periódicas, etc.

En lo que se refiere al poder judicial especialmente susceptible a las presiones del ejecutivo y el legislativo, para constituirse en órgano de control eficaz requiere de un sistema procesal regular, ordenado y coherente, que garantice la seguridad jurídica de todos los ciudadanos, sólo tales condiciones garantizarán un verdadero Estado de Derecho. En este punto es pertinente remitirnos al ya citado texto del tratadista español Elías Díaz en el aparte que plantea que "...cuando faltan garantías procesales, cuando los detenidos y procesados no son respetados, cuando hay amplias zonas de la actividad pública a las que injustificadamente no llegan los recursos jurídicos, cuando el poder político se inmiscuye bajo formas diferentes en la actuación de los tribunales, cuando las jurisdicciones especiales actúan con demasiada frecuencia en sustitución de la jurisdicción ordinaria, etc., puede decirse que no existe en modo alguno Estado de Derecho"⁷.

En cuanto al poder ejecutivo, conformado por gobierno y administración, su condición de elemento de equilibrio en el funcionamiento del Estado, deriva en la realización efectiva del principio de "legalidad de la administración", que se señaló como requisito fundamen-

tal de todo Estado de Derecho, aspecto que amerita un espacio de reflexión especial.

c. *El principio de legalidad de la Administración:* Se enuncia como la exigencia de sometimiento de la administración a la ley: esto es que la administración deberá siempre realizar sus actos dentro del marco que establezca la ley preexistente y someterlos al sistema de control y responsabilidad establecido para ella.

Ese control de carácter legislativo y jurisdiccional es necesario para garantizar y preservar el Estado de Derecho, pues es él el que asegura la sumisión de la administración a la ley, su proceder conforme a derecho y la garantía de los ciudadanos.

d. *Derechos y libertades fundamentales:* garantía jurídica formal y efectiva realización material. El objetivo principal de todo Estado de Derecho es lograr garantizar y asegurar los derechos fundamentales de las personas, en cuanto elementos esenciales del sistema de legitimidad que lo soporta.

El liberalismo clásico concebido en las más arraigadas tesis del individualismo, identificó los derechos naturales del individuo con los derechos que reivindicaba para sí la burguesía, los cuales tan solo de manera formal y parcial se reconocían a quienes pertenecían a clases consideradas inferiores. Posteriormente sin que se modificarán los supuestos básicos económicos, se avanza en la conceptualización y fundamentación del Estado Liberal de Derecho, dando paso al denominado Estado Social de Derecho, el cual se concibe como un modelo que permitiría superar ese marcado individualismo, viabilizando el intervencionismo estatal y la prioridad de los derechos sociales lo que permitiría la materialización de los principios básicos de lo que se denominó el Estado de Bienestar o Welfare State.

En ese nuevo modelo, además de indispensable se hace consustancial a su definición la concreción y vigencia real y efectiva de los derechos humanos, a través de su protección formalizada e institucionalizada en el ordenamiento jurídico positivo. Así mismo, se requiere el diseño y puesta en marcha de instrumentos y mecanismos socio-económicos que permitan la realización efectiva y material de esos derechos.

7. *Ibíd.*, pág. 14.

Sobre estas bases, el Estado de Derecho, establece como derechos y libertades fundamentales del individuo, esenciales a cualquier fundamento ideológico los siguientes:

- Derecho a la vida y la integridad física.
 - Respeto a la dignidad moral de la persona.
 - Derecho a la libertad de pensamiento y expresión.
 - Derecho a la libertad religiosa y de creencias.
 - Derecho a la libertad de asociación y de reunión.
 - Derecho a la libertad de circulación y residencia.
 - Derecho a la igualdad ante la ley.
 - Derecho de garantía y seguridad en la administración de justicia.
 - Derechos económicos y sociales tendientes a una efectiva nivelación e igualdad socioeconómica
 - Derechos políticos tendientes a la institucionalización de la democracia y del estado de Derecho.
- Su ausencia, limitación o desconocimiento desvirtúan el auténtico Estado de Derecho, dando paso a estructuras que bien pueden calificarse de absolutistas, autoritarias o totalitarias.

3. El estado social de derecho

Decíamos que el Estado de Derecho encuentra sus orígenes en las tesis del liberalismo desarrolladas en los siglos XVIII y XIX, las cuales fundamentaron el modelo de Estado Liberal de Derecho, el que, con el advenimiento de los procesos de industrialización de comienzos del siglo XIX, se hace incapaz de responder efectivamente a la compleja problemática que caracteriza las denominadas sociedades modernas, cuyos objetivos prioritarios son la expansión y desarrollo económico, generando de manera concomitante fenómenos tales como la cultura de masas, la planificación capitalista, la sociedad de consumo, el acelerado progreso de la técnica, etc., que no encuentran espacios adecuados para su desarrollo en dicho modelo.

La respuesta es un modelo de Estado decididamente intervencionista y activo que requiere de un ejecutivo fuerte que en muchos casos invade la órbita de acción del legislativo, y que no obstante, es fiel y está incurso en el marco del Estado Liberal de Derecho.

Al respecto Elías Díaz dice: "El Estado Social de Derecho es un auténtico Estado de Derecho. Situado en la vía hacia la democracia, no obstante, puede decirse que no se alcanza con él todavía la fase evolutiva que hoy exige una sociedad realmente democrática... El Estado de Derecho, al igual que la democracia, aparecen en esta concepción, como puede verse, no como esencias y conceptos cerrados, sino como procesos siempre abiertos a posibles y necesarios perfeccionamientos"⁸.

Ahora bien, no todo Estado que posea un sistema normativo, un ejecutivo fuerte y un interés retórico y/o real en el bienestar social, es un Estado Social de Derecho, el Estado para configurarse como Estado Social de Derecho deberá en primera instancia cumplir formal y materialmente con las exigencias y presupuestos propios del Estado de Derecho, adecuando sus principios esenciales a las exigencias y características del nuevo modelo.

Es cierto que la adecuación de esos presupuestos en muchos aspectos propios de la sociedad moderna, es dificultosa y compleja; es el caso, por ejemplo, del principio de legalidad de la administración que ha de materializarse en el nuevo modelo con un ejecutivo fuerte que asume el carácter de órgano activo en la dirección política, económica y social del país, el cual en muchos casos opaca y deja fuera de acción al legislativo, dada la composición tradicional y escasa especialización de éste.

Surge la necesidad de una administración rápida, eficaz y creativa, con amplia capacidad dispositiva y decisoria, "la administración, -se dice-, necesita legislar" si quiere ser efectiva y oportuna en sus intervenciones y participación en la actividad socio-económica.

Por lo dicho se acrecienta la necesidad de control jurisdiccional respecto de la actividad del ejecutivo, dando

8. Ibídem. pag. 5.

aplicación al principio de legalidad con una perspectiva renovada y amplia, mucho más cuando es innegable que cada vez con mayor contundencia el Estado determina la esfera vital del individuo y este depende de aquel. Ese control jurisdiccional es posible efectuarlo introduciendo nuevos conceptos e instrumentos que permitan hacerlo operativo, entre ellos: el derecho de impugnación judicial de los actos del poder público, ante una instancia independiente y neutra capaz de enjuiciar la injusticia de los mismos y la institucionalización de la discrepancia de los ciudadanos, de manera tal que se evite el mecanismo de la violencia para dirimir los conflictos. En otras palabras el reconocimiento a un derecho a la oposición política y la institucionalización de la misma para solventar los conflictos en términos pacíficos⁹.

Si bien se acepta un significativo avance en el proceso evolutivo que permite el tránsito del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho, también hay consenso en que este último es insuficiente para responder a las necesidades y expectativas de las actuales sociedades; esa insuficiencia se origina en los mismos fundamentos ideológicos y socioeconómicos del modelo, los cuales vale la pena revisar someramente.

El Estado Social de Derecho pretende ante todo hacer compatibles en una misma estructura, el capitalismo como forma de producción con la ideología que en él subyace y un sólido, general y progresivo proceso de bienestar social. Con ese esquema y base ideológica se han desarrollado y sostenido sistemas tan representativos como el de los Estados Unidos de Norte América, el alemán y el francés, en los que ha prevalecido la filosofía propia del Welfare State, que reivindica la viabilidad de un bienestar general como producto de la implementación del neocapitalismo.

Este tipo de Estado se caracteriza ante todo por ser un Estado administrador en el que se impone el poder ejecutivo, asumiendo cada vez con mayor frecuencia la

función legislativa, y un Estado propiciador de bienestar en cuanto este es el objetivo fundamental de aquél, "...el objetivo del bienestar conexasiónado al objetivo del desarrollo económico aparecen como resortes que movilizan la acción de la técnica y de la burocracia en el marco de las modernas sociedades industriales"¹⁰.

Otra característica esencial del Estado Social de Derecho, Welfare State, o Estado de bienestar, es el predominio de la administración sobre la política y de la técnica sobre la ideología, llegando incluso a argumentarse que basta con una buena administración y una técnica eficaz para lograr altos niveles de desarrollo económico y en consecuencia un bienestar social generalizado. Se afirma que la política y la ideología no sólo son ya conceptos superados sino estorbos anacrónicos. Estas tesis si bien no son plenamente aceptadas por los defensores del modelo y aún se debaten con entusiasmo por algunos de sus sectores, si son las que determinan la base ideológica de las condiciones reales de los Estados de bienestar, pues técnica y administración, desarrollo y bienestar constituyen las exigencias objetivas de la sociedad industrial moderna y los valores que se imponen y aceptan en las mismas.

No obstante que el bienestar generalizado es incuestionable como bien al que legítimamente aspira cualquier sociedad, en el Estado Social de Derecho el problema se plantea no ante dicha pretensión, sino dada la dificultad de hacer compatible ese bienestar general con las tesis propias del neocapitalismo, cuando es precisamente la creencia en esa posibilidad la base de apoyo del Welfare State, que en la fase actual se podría conceptualizar como neocapitalismo para el bienestar.

En el Welfare State se pretende que el progreso tecnológico conduzca a la democratización y nivelación socioeconómica, siempre y cuando el control del Estado lo detenten y ejerzan los técnicos, los expertos, los cuales relevan a los políticos-ideólogos en la trascendente función

9. García de Enterría Edo., "La institucionalización del poder, una nueva perspectiva de la Pacem in Terris", Edit. Taurus, 1963, Madrid.

10. Díaz Elias, "Estado de Derecho y Sociedad Democrática", Edit. Taurus, Madrid, 1985.

de tomar decisiones; en él pues, el predominio de la tecnocracia garantiza el cumplimiento de tan caros objetivos.

Para corroborar estas tesis se acude con frecuencia a ejemplos históricos que efectivamente dan cuenta de 'nivelaciones tecnocráticas', las cuales, es innegable, están muy lejos de un proceso de democratización en sentido estricto, pues se reducen a los aspectos más superficiales de la vida social, aumento de la producción y del consumo, manteniendo radicales desigualdades y deficiencias estructurales de fondo.

Los ideólogos de la sociedad tecnocrática pregonan el 'fin de las ideologías' y la despolitización de la vida colectiva, así, según ellos la administración y la burocracia sustituyen la política y los "expertos en medios" sustituyen a los "expertos en fines", lo que lleva a concluir un marcado matiz conservador de la ideología que soporta a esa tecnocracia.

En este marco la despolitización pretende, en últimas, la conservación del sistema político vigente, suprimiendo la posibilidad de crítica de carácter político a las acciones del sistema, esto es, suprimiendo el ejercicio efectivo de la auténtica oposición; esto aclara el porqué la despolitización, entendida como desideologización, que se produce en el ámbito socioeconómico de un Estado Social de Derecho, produce efectos inesperados en Estados de tendencia autoritaria, o en zonas subdesarrolladas dominadas por una dictadura, en las cuales se intenta trasplantar el sistema presentándose como reacción una marcada resistencia a ese proceso de despolitización, originada en aspectos tales como la concepción misma de bienestar y el procedimiento apropiado para alcanzar ese cierto tipo de bienestar.

La polémica sobre el bienestar, objetivo propio del Welfare State, cobra significativa importancia en las discusiones en torno a la validez de las propuestas del Estado Social de Derecho como vía directa a la democra-

***“No todo Estado
que posea
un sistema normativo,
un ejecutivo fuerte
y un interés retórico
y/o real en el bienestar
social, es un Estado
Social de Derecho”***

tización real de las sociedades desarrolladas, brindando elementos de juicio que llevan a concluir cómo la definición de bienestar, que efectivamente se puede articular al modelo estudiado, es aquella que prevalece en el mundo occidental, y cómo esa misma definición choca y se convierte en óbice para alcanzar progresivos niveles de justicia en sociedades de características diferentes. En últimas, el modelo es objeto de la

misma crítica severa de que es objeto la teoría propuesta por J. Rawls, esto es, que su aplicación real se restringe y únicamente es aplicable a cierto tipo de sociedades, las llamadas industrializadas, que precisamente son aquellas que han implementado la estructura propia del Estado Social de Derecho.

El profesor Tierno Galván describe el contenido de la concepción occidental de bienestar de la siguiente manera: "...en principio, el retroceso de la enfermedad y las mayores garantías ante la muerte, cuando el occidental dice bienestar dice también garantías de buena salud; en segundo lugar, bienestar significa descenso al mínimo de las dificultades en los instrumentos, esta actitud, que es al mismo tiempo un elemento básico del bienestar, puede llamarse genericamente comodidad; en tercer lugar, el bienestar significa un nivel de consumo suficiente para que la conciencia de clase no sea 'mauvaise conscience'. El ámbito de bienestar exige que aquello que en general se entiende que son necesidades primarias y secundarias queden cubiertas para todos con un mismo índice de eficacia. ...Bienestar significa un nivel de consumo estético y de ocio semejante al menos en los niveles mínimos. ...Así, apoyándose en el hecho del crecimiento constante del bienestar, se configura un hombre occidental trivializado por la facilidad y el nivel de consumo, que hemos llamado consumidor satisfecho"¹¹.

11. Galván Tierno Enrique, "Humanismo y Sociedad", Boletín informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca, Nos. 29 y 30, 1963.

Analizando desde una perspectiva ética y humanista al Estado Social de Derecho, el tratadista Español José Luis Arangurén dice que "...económicamente el Welfare State supone y significa la culminación del capitalismo, de hay que no sea aplicable sino a los países que, habiendo franqueado ya las etapas económicas previas del gran desarrollo de la producción y el pleno empleo, estén listos para el ingreso a una economía de consumo. El Welfare State ocasiona la implantación de un alto nivel de vida que es imposible extender o generalizar, puesto que supone una economía superdesarrollada de plena producción y pleno empleo"¹².

Los tratadistas que ven en el Estado Social de Derecho un antecedente del Estado Democrático de Derecho, plantean como necesaria una redefinición del concepto de bienestar, más concreta, que signifique nivelación u homogeneización de los estratos o grupos sociales, pues arguyen, sin eso no hay libertad y en consecuencia no hay democracia ni paz social; hay bienestar cuando éste afecta la generalidad, según Raúl Morodo, "...una legalidad es legítima, un Estado es legítimo, cuando tiene paz, libertad, bienestar y democracia".

Es claro entonces que la institucionalización jurídico-política del Estado de bienestar, del Welfare State, es el Estado Social de Derecho, cuyo principal objetivo es compatibilizar las tesis del neocapitalismo y el bienestar. En él, como lo habíamos dicho, prevalece una concepción "occidentalizada" de bienestar que se origina en una cultura de específicas características; en cuanto a la noción de neocapitalismo podemos decir que en ella permanecen aquellas condiciones que se definieron como esenciales al capitalismo, valga decir, propiedad privada de los medios de producción, economía de mercado y libre iniciativa en la organización de la producción; esto es, que el

“Los ideólogos de la sociedad tecnocrática pregonan el ‘fin de las ideologías’ y la despolitización de la vida colectiva”

neocapitalismo es un sistema de organización fundamentalmente igual a su antecedente, el capitalismo, en el cual se han replanteado aquéllos aspectos que impedirían su propio perfeccionamiento, permitiendo aumentar la eficacia y racionalidad del sistema en beneficio de quienes detentan el poder económico, pues se conserva y fortalece el pilar fundamental del sistema: la

propiedad privada de los medios de producción desigualmente repartida.

En consecuencia, si bien las tesis del neocapitalismo en el Welfare State ha significado un avance positivo por cuanto propenden por la seguridad social del ciudadano, distinta de la seguridad individual, no puede atribuirse a ese modelo y a su materialización jurídico-política, el Estado Social de Derecho, el logro de un sistema democrático de bienestar.

El Estado Social de Derecho, el Welfare State, de acuerdo con lo expuesto, sólo podría materializar sus objetivos esenciales en una sociedad de muy específicas características, esto es de altos niveles de desarrollo, de alto grado de industrialización, una sociedad de avanzada cultura en la cual conceptos tales como libertad, felicidad y bienestar se aceptan bajo una sola y única interpretación, una sociedad que en términos de J. Rawls definiríamos como una 'sociedad bien ordenada'. En el siguiente aparte la reflexión estará dirigida precisamente a establecer los puntos de aproximación y coincidencia entre los presupuestos del Estado Social de Derecho y los principios que sustentan la Teoría de la Justicia de Rawls.

4. Los principios de la justicia como equidad y su aplicación en el estado social de derecho

El primer principio de la teoría de la Justicia de John Rawls, referido a las libertades que se incluyen en la lista de bienes primarios que enuncia en su sistema, a los cuales

12. Arangurén J. L., "Ética y Política". Edt. Guadarrama, Madrid 1983.

atribuye un orden lexicográfico, esto es que no son objeto de transacciones o negociación, en la respuesta que le da a Hart a raíz de las críticas que éste le propusiera, quedó reformulado de la siguiente manera: "Toda persona tiene el mismo derecho a un esquema plenamente válido de iguales libertades básicas que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos"¹³.

Este principio soporta como uno de los dos pilares fundamentales la Teoría de la Justicia que propone Rawls, uno de cuyos méritos más reconocido es precisamente que se erige como una alternativa a las tesis propias del utilitarismo y el intuicionismo; su teoría corresponde en sus principios a lo que podríamos denominar una ética moderna y liberal. Ella es una teoría deontológica que no se origina en una definición preestablecida del bien a la cual se ajusten los principios de justicia, como si ocurre en los sistemas éticos tradicionales. Su argumento de partida es el reconocimiento de todos los hombres como personas morales libres e iguales entre sí.

No obstante, esa igualdad no puede entenderse como un reconocimiento y una materialización homogénea de todos y cada uno de los derechos y prerrogativas de los ciudadanos de una sociedad, en su sistema se reconoce la diferencia como condición de equilibrio e incluso de bienestar; así, su segundo principio de la justicia se enuncia de la siguiente manera: "Las desigualdades sociales y económicas deben satisfacer dos condiciones: en primer lugar, deben estar asociadas a cargos y posiciones abiertos a todos en igualdad de oportunidades; en segundo lugar, deben suponer el mayor beneficio para los miembros menos aventajados de la sociedad".

En cuanto al primero, referido a las libertades básicas, es pertinente recordar como ellas constituyen también la primera parte del cuadro de derechos y libertades básicas del Estado de Derecho, citado en el literal d) del numeral 2 del presente escrito, y como también y en consecuencia, ellos son reconocidos como esenciales al Estado Social

de Derecho, a punto que su omisión o limitación arbitraria o abusiva, desvirtúan la existencia misma del Estado de Derecho, pues más allá de meras enunciaciones programáticas éstos gozan de protección jurídico-positiva.

En lo que se refiere a las libertades básicas, tanto el modelo propio del Estado Social de Derecho como la propuesta Rawlsiana coinciden en el principio de igualdad en el otorgamiento y ejercicio de las mismas por parte de todos los individuos. La concesión de ellas en un grado mayor a ciertos individuos, sólo se justificaría, en la teoría Rawlsiana, si ello acarreará un margen también mayor del que disfrutan en situación igualitaria quienes no se favorecen o son privilegiados, lo cual no es posible bajo ninguna circunstancia, entre otros motivos por no ser éstas libertades instrumentos polivalentes que permitan viabilizar alternativas distintas de la igualdad en sentido estricto.

El cumplimiento de este presupuesto, con miras a la realización del concepto de justicia, se cumple, según Rawls, en una sociedad bien ordenada, la cual él define como aquella cuyas características fundamentales son las que nuestros juicios ponderados encuentran como propias de una sociedad en la que quisiéramos vivir y formar nuestros intereses y nuestro carácter y cuyo rasgo característico es el hecho de estar regida por una concepción pública de la justicia. He aquí otro punto de coincidencia con los presupuestos que soportan el Estado Social de Derecho, el cual garantiza la prevalencia de la ley, entendida como manifestación de la voluntad popular expresada a través del órgano legislativo, expresión que traduce de hecho una concepción de justicia presuntamente compartida por todos los asociados, cuya aplicación y eficacia se garantiza a través de un ordenamiento jurídico protegido por instrumentos que él mismo determina. Sociedades contemporáneas de alto desarrollo, industrializada, presentan innegablemente una cultura mucho más "avanzada", producto entre otras circunstancias de una tradición milenaria, del agotamiento de etapas históricas que se cimentaron en el desarrollo de otros modelos y de la apropiación de conceptos y valores que se asumen como los verdaderos fundamentos de conceptos tales como justicia, democracia, bienestar.

13. Rawls John, "Libertad, Igualdad y Derecho", Conferencias Tanner sobre filosofía moral, Edit. Ariel, Barcelona, 1988.

Todo ello justifica y permite desarrollar una concepción de justicia propia del sistema Rawlsiano, cuyos principios son definidos por individuos en situación original que actúan con velo de ignorancia, (presupuesto heurístico en la tesis Rawlsiana), materializando las aspiraciones de los sujetos que conforman la sociedad, sujetos que se caracterizan por poseer dos clases de autonomía: la plena autonomía y la autonomía racional, esta última "...consiste en actuar exclusivamente a partir de nuestra capacidad racional y de las determinadas concepciones del bien que tenemos en ciertos momentos. La plena autonomía no sólo incluye esta capacidad racional, sino también la de intentar realizar nuestra concepción del bien por vías que respeten las condiciones equitativas de la colaboración social, es decir según los principios de justicia"¹⁴.

En la sociedad a la que se refiere Rawls se configura un esquema autosuficiente de colaboración, en el cual las personas están capacitadas para ser miembros normales y colaboradores plenos de la misma a lo largo de toda la vida, es decir que la colaboración social la asumen los individuos de manera voluntaria, sin coerción; en consecuencia, las únicas alternativas a la colaboración social en sentido rawlsiano son la sumisión resentida, la resistencia y la guerra civil.

En la teoría de Rawls es fundamental la capacidad de cooperación social de los individuos, la cual exige condiciones de colaboración justa que necesariamente son producto de una concepción política y social de la justicia, a la que son esenciales las dos capacidades de la personalidad moral de los individuos: la de comprender el derecho y la justicia, ser razonables, y la de concebir el bien, ser racionales.

Detentar esas dos capacidades morales es condición necesaria y suficiente para ser considerado como miembro de pleno derecho de la sociedad, "...aquellos que tomen parte en la colaboración social toda su vida y que respeten

las condiciones de justa colaboración correspondientes, son considerados ciudadanos de pleno derecho".

Las dos capacidades morales constituyen la base de la ciudadanía en condiciones de igualdad, siempre y cuando los ciudadanos se consideren a sí mismos y a los demás como poseedores en grado suficiente de las mismas. Rawls afirma que existe una conexión entre las libertades fundamentales y su prioridad y las condiciones equitativas de la colaboración social; para él las libertades fundamentales y su prioridad hacen parte de las condiciones de una justa cooperación social. "La unidad social ya no se basa en una concepción del bien del tipo que pueda proporcionar una fe religiosa o una doctrina filosófica común, sino en una concepción pública de la justicia compartida por todos, que sea compatible con la concepción de los ciudadanos de un Estado democrático como individuos libres de iguales derechos"¹⁵.

A la luz del análisis descriptivo de las características propias del Estado Social de Derecho, encontramos que este tipo de colaboración social de que habla Rawls, se facilita en sociedades incursas en procesos de despolitización, entendida no como el desprendimiento paulatino de una base ideológica, sino como el instrumento que se utiliza para preservar la existente; en una actitud marcadamente conservadora los ciudadanos dejan de ser políticamente activos y no ejercen el derecho a la oposición, a cambio de que el sistema que le brinda comodidad y una sociedad bien ordenada se mantenga.

Rawls presupone para la materialización de su Teoría de la Justicia un Estado democrático, en el que prime la colaboración entre individuos capaces plenamente, los cuales dadas sus concepciones sobre el bien conforman una sociedad bien ordenada, en la que la igualdad se predica como esencial respecto de las libertades fundamentales, (primer principio), mientras en lo que se refiere a los que denomina los demás bienes primarios, (segunda parte del listado de derechos fundamentales propios del

14. Rawls John, "Libertad, Igualdad y Derecho", Conferencias Tanner sobre filosofía moral, Edt. Ariel, Barcelona, 1988.

15. Ibídem. pag. 34.

Estado Social de Derecho), opta por calificar las diferencias como posible fuente de mejoras en el sentido paretiano; así, las diferencias económicas, por ejemplo, fortalecen la cooperación en cuanto brindan un beneficio generalizado.

Ese Estado sobre el que Rawls construye su propuesta, tal como lo caracteriza, corresponde al Estado Social de Derecho, que predica la inviolabilidad de los derechos fundamentales, que preconiza los postulados del neoliberalismo y del neocapitalismo, soportados en la validez de la diferencia, como base para el desarrollo económico y en consecuencia del bienestar generalizado, que hace del control jurisdiccional sobre la administración el instrumento para defender las decisiones de la mayoría, y que indudablemente requiere de características muy específicas para un desarrollo armónico de la sociedad, tales como: altos niveles de industrialización, una cultura singular para la definición de los elementos que constituyen el bienestar, efectiva cooperación social con fundamento en el ejercicio propio de las capacidades racional y plena de los individuos etc.

Rawls no se detiene a reflexionar sobre la pertinencia de su modelo en sociedades que no cumplan con los presupuestos que él considera esenciales a un Estado moderno y civilizado, su atención se centra en aquellas en que los individuos son personas morales libres e iguales, ajenas por completo al autoritarismo y el totalitarismo. Tal vez por eso se le inculpa de defender tesis de aplicación restringida, "olvidando el resto del mundo", crítica a mi juicio inmerecida por cuanto su sistema, como todo sistema, se construye sobre unas bases concretas y materiales; el mundo que él conoce es el que está a la vanguardia, el que define y determina en mucho el destino de sociedades soportadas en estructuras débiles, contradictorias en la que prevalece la injusticia, "sociedades desordenadas», en las que los individuos son desiguales y los derechos privilegios; esas sociedades dependen del

mundo altamente civilizado, su problemática y subsistencia son un aspecto más de la agenda de los países desarrollados abanderados del nuevo orden internacional.

No obstante, ese mundo se ve cada vez más perturbado por las sociedades no desarrolladas, pues ellas reclaman un espacio concreto en el ordenamiento mundial, para lograrlo se han visto en la necesidad de avanzar en aspectos tan importantes como el respeto a los derechos humanos, el establecimiento de un ordenamiento jurídico formal y efectivo y la búsqueda de alternativas en el manejo económico que viabilicen un mayor bienestar, en últimas a acercarse al modelo del Estado Social de Derecho, que si bien se ha mostrado insuficiente ante las necesidades y expectativas de sociedades que evolucionan aceleradamente, en las que los desarrollos científico tecnológicos marcan las diferentes tendencias y en las que los individuos se presumen entre sí, constituye una mejor y más justa alternativa.

Bibliografía

1. Díaz Elfas. "Estado de Derecho y Sociedad Democrática", Taurus, Madrid, 1985.
2. García de Enterría Eduardo. "La Institucionalización del Poder una nueva perspectiva". Taurus, Madrid, 1963.
3. Legaz Luis. "Estado de Derecho e idea de la legalidad", Revista de Administración Pública, IEP, No. 6, Madrid, 1981.
4. Rawls John. "Teoría de la Justicia", F.C.E., México, 1978.
5. Rawls John "Justicia como Equidad", Tecno, Madrid, 1986.
6. Rawls John. "Libertad, Igualdad y Derecho", Conferencias Tanner sobre Filosofía Moral, Edit. Ariel, 1988.
7. Tierno Galván Enrique. "Humanismo y Sociedad", Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca Nos. 29-30, 1963.
8. Verdú Elfas. "Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho", Salamanca, 1955.