

Capítulo tercero	
LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA	31
I. La democracia	31
II. La libertad y la ley	36
III. Los límites a la autoridad del Estado.	38
IV. Ideales democráticos y gobierno democrático	39
V. La justicia como concepto complejo y como objetivo del Estado.	42
VI. El Estado social de derecho y los derechos de prestación . .	44

CAPÍTULO TERCERO

LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA

I. LA DEMOCRACIA

La expresión *democracia* se identifica, en una primera aproximación, con un procedimiento de toma de decisiones de carácter complejo y formal que regula, a través de mandatos normativos, el modo de convivencia y el comportamiento de los integrantes de una comunidad.

James Bryce²⁴ señala, al referirse a las democracias modernas, que tal concepto se ha convertido en la actualidad en un término encomiástico porque el poder popular es esperado, fomentado y adorado, y los que lo rechazan, rara vez confiesan sus sentimientos. Una de las razones por las cuales no es objeto de estudio y análisis exhaustivo es, según afirma, porque ha pasado a integrar el orden consagrado de las cosas.

La temática de la presente unidad nos impone analizar con brevedad este concepto, incluso desde una perspectiva histórica.

En su significado etimológico, se compone de dos palabras del griego, *demos* cuyo significado es pueblo, y *kratos* que significa autoridad, o también *kratein* que significa gobernar. Se dice que fue en el siglo V a. C., en la época de Pericles, cuando apareció esta expresión. Tucídides, con posterioridad, empleará la palabra *democracia* al referirse al régimen político de Atenas, en su *Historia de la Guerra del Peloponeso*, en ocasión del homenaje que aquél hiciera a los atenienses muertos en ella.

Platón y Aristóteles, al referirse a la *democracia*, la consideraron como una forma de gobierno objetable. Así, el juicio crítico del primero²⁵ acerca de ella se puede apreciar en *La República* y en *El Político*, también en el *Gorgias*, donde expresa que la tarea de conducir la *polis* no debe estar supeditada al azar, puesto que debe reservarse a los más capa-

²⁴ Bryce, James, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, 1962.

²⁵ Platón, *La República*, México, Fondo de Cultura Económica.

ces. Aristóteles,²⁶ al referirse a la democracia, dice que la libertad es un principio fundamental de ella y que de acuerdo con él, todos los ciudadanos mandan y obedecen, accediendo a tales cargos por turnos. La igualdad entonces también es un rasgo característico y, siendo todos los ciudadanos iguales, tienen más poder los pobres que los ricos, ya que los primeros son mayoría. Esta última afirmación la realiza con ciertas reservas.

La caracterización entonces de la democracia sería:

- a) Las decisiones más importantes en la *polis* son tomadas en asamblea general por todos sus integrantes, que deliberan acerca de su conveniencia o inconveniencia.
- b) Los cargos que deben ocupar los ciudadanos son ejercidos sólo por una vez, durante breves lapsos de tiempo y se accede a ellos por sorteo. Se exceptúan de estos requisitos a los militares.
- c) Todos los ciudadanos están llamados a integrar los tribunales para juzgar los casos que procedan.
- d) Todos los ciudadanos tienen la posibilidad de ser elegidos para los cargos y, a su vez, son electores.

En Roma, Polibio en su *Historia* se ocupó de la democracia y afirmaba que era una forma de gobierno que comprendía la igualdad y la libertad, pero existía en ella una tendencia a la degeneración ya que podía convertirse en el gobierno del vulgo (olocracia).

El pensamiento de Locke,²⁷ al referirse a la perfecta democracia dice que es aquella en donde la mayoría es quien dicta las leyes y elige a los que gobiernan. Montesquieu en *El espíritu de las leyes*, afirma que una democracia es aquella en la que el poder soberano reside en el pueblo entero. Si el poder, en cambio, reside en una parte del pueblo, es una aristocracia. Tanto Locke como Montesquieu, cuando se refieren a la democracia, están pensando en el conjunto general de la población reunida en asamblea pronunciándose sobre la cosa pública, en otras palabras, se refieren a la noción de democracia directa. No obstante ello, este último autor no tenía buen concepto de esta forma de gobierno puesto que desconfiaba de

²⁶ Aristóteles, *La Política*, Libro VII, intro. y notas de Julián Marías, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970.

²⁷ Locke, J., *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, 1969.

la capacidad del pueblo no para elegir, pero sí para decidir por sí mismo sobre cuestiones de gobierno.²⁸

Es importante destacar, en cuanto al significado de la expresión, que la noción clásica de *democracia* desde el siglo V a. C. hasta el siglo XVIII hace alusión a la forma de gobierno directa, decisión en asamblea u otro órgano similar por todo el pueblo, mientras que desde el siglo XVIII hasta el presente la noción contemporánea hace referencia al sistema de gobierno indirecto que se lleva a cabo mediante la representación.

En efecto, Hamilton²⁹ opinaba que una democracia representativa evitaba los peligros claramente inherentes a una democracia simple:

Cuando los poderes Legislativo y Judicial están depositados total o parcialmente en el cuerpo colectivo del pueblo, debe esperarse error, confusión e inestabilidad. Pero una democracia representativa, donde el derecho de elección esté bien asegurado y regulado y el ejercicio de las autoridades... esté depositado en personas elegidas real y no nominalmente por el pueblo...

La intención era que los electores eligieran ser gobernados por personas reconocidas como las mejores y más sabias.

Jeremy Bentham (1748-1832),³⁰ fundándose en el principio utilitario de que la mejor acción es aquella que produce la mayor felicidad del mayor número de personas, vio en la democracia una herramienta para lograrlo. En efecto, preguntándose cómo lograr una organización del Estado que cree la suma total posible de felicidad, afirma que los hombres desgraciadamente buscan su propia felicidad y ventaja sin la consideración de la de los otros. Si, en consecuencia, el poder gubernamental está sólo en manos de unos pocos, no será posible defender el bien común o la felicidad de todos. Si, por el contrario, se busca una forma de gobierno donde participen todos, lógicamente se alcanzará la mayor felicidad del mayor número posible y la democracia es la única forma correcta de Constitución de un Estado. Para Bentham, el poder supremo es investido por el pueblo pero, por razones prácticas, tiene que ser ejercido a través de representantes.

²⁸ Montesquieu, Sécondat, *El espíritu de las leyes*, Madrid, 1980.

²⁹ Hamilton, A., Madison y Jay, *El federalista*, México, 1975, p. 66.

³⁰ Bentham, Jeremy, *Constitutional Code*, vol. IX, pp. 10, 47 y 127.

Stuart Mill (1806-1873)³¹ en la línea de la defensa de la democracia, dice que el único defensor fiable de los propios derechos e intereses es uno mismo y, sólo por esto, los derechos de cualquiera están protegidos contra toda falta de respeto cuando la persona interesada es ella misma capaz y está en condiciones de defenderlos. “Todos quedan degradados, sépanlo o no, cuando otras personas, sin consulta de los interesados, se arrojan poder ilimitado para regular el destino de cualquiera” y, por ello, el valor de la democracia —según su punto de vista— consiste en buena parte en el respeto por la personalidad de cada uno. El participar en la vida pública implica que las personas se eduquen en el bien común, se eleven y adviertan los actos debidos que derivan del interés general. Mill pensó, para evitar el abuso de una dominación clasista, que era necesaria una minoría ilustrada que tuviera una influencia destacada en la ejecución del gobierno, y recomendó el sistema proporcional de representación. Algunos autores sostienen que cae en el error de considerar que el criterio de la profesión, de la importancia del papel en la sociedad, es un indicador de mayor capacidad. Si esto es así, los más capaces representan y defienden al sector que pertenecen y, por ello, se está frente a las dificultades de las tesis conservadoras.

Especialmente crítico de la democracia es Émile Faguet³² que, en 1910, escribe expresiones fuertes y afirma que en la moderna sociedad donde el Estado asume cada vez más controles y debe ejercer un conjunto de funciones complejas se hace, no necesario, sino imprescindible el conocimiento experto. El hombre común carece de comprensión y de capacidad suficiente para acometer su dirección. Por otro lado, los mediocres que dominan las masas no son capaces de elegir sus líderes con otros parámetros o valores superadores de los suyos y, por ello, los elegidos también carecen de capacidad. Así las cosas, los resultados son el deterioro en la labor legislativa, la corrupción del Estado, la falta de responsabilidad pública y de conducción adecuada. La obra de James Bryce sobre las democracias modernas, aparecida en 1921, constituye una defensa de la democracia pero también una crítica a los problemas que presentan los sistemas vigentes. Abandonando todo intento de discutir a partir de principios, sin establecer ideales, abre juicio sobre las ventajas y desventajas de la demo-

³¹ Mill, John Stuart, *Essay on Representative Government*, Londres, 1861, p. 120.

³² Faguet, Émile, *El culto a la incompetencia*, París, 1910.

cracia y advierte un conjunto de funciones esenciales del Estado entre las que se encuentran: administración eficiente de la cosa pública en beneficio de los ciudadanos, orden interno, protección contra los enemigos externos y administración equitativa de justicia, entre otras. A estas funciones las considera naturales.

Estas posiciones a las que hemos hecho referencia se identifican con la idea tradicional de la democracia política y es corrientemente definida como la forma de gobierno en donde el poder (la soberanía) no pertenece a un grupo determinado y limitado de personas o a una persona sino, en derecho, a toda la población. Aunque esta definición admite ciertas críticas, creemos que es necesaria sustentarla con las siguientes observaciones:

1. El ejercicio de la autoridad (soberanía) que se refleja en los distintos órganos del sistema se efectúa conforme a derecho. Significa, entonces, que no existe discrecionalidad y, por lo tanto, no hay actuación que no esté prescripta por las normas jurídicas. Estas, como sabemos, son dictadas por el Poder Legislativo que a su vez posee la legitimación del electorado.
2. Los órganos del sistema deben depender del pueblo. Cuando se estipula la definición aludida y se hace referencia a la democracia como gobierno del pueblo, en rigor, es fácilmente apreciable que el pueblo no gobierna. El ideal sería que los tres poderes dependieran del pueblo, en el sentido de intervenir en su designación y control efectivo.
3. Es deseable la tendencia a que todos los miembros del sistema tengan voz y voto en condiciones idénticas a los demás. Las desigualdades deben ser razonables y, en el caso de que no lo sean, debe existir el debido contralor para que dejen de ser efectivas. Piénsese las limitaciones que existían en los sistemas en razón de sexo, o en los actuales en cuanto a la mayoría de edad.

Creemos que un camino correcto para definir la democracia es como lo postula Alf Ross en relación con un ideal, siendo este último un parámetro de referencia que contiene todos los rasgos propios que así lo califican.

Por ello sería más correcto que, en vez de definir a la democracia como aquella forma de gobierno en la que el poder político reside en el pueblo, se dijera que un Estado es democrático en la medida en que el poder político reside en el pueblo.

En la actualidad, la democracia liberal o constitucional contemporánea se asocia con el sentido maximalista del constitucionalismo, es decir, con el logro de la mayor vigencia posible de un conjunto de principios, derechos y garantías, por un lado, y a la limitación del ejercicio del poder, por el otro.

Para lograr los objetivos, se combinan el ideal liberal del respeto por la autonomía personal, donde el ejercicio del poder, aun mayoritario, debe detenerse frente a determinados intereses protegidos (los derechos y garantías) y la participación de todos los miembros del sistema en el proceso de toma de decisiones que a ellos mismo afecta y condiciona.

II. LA LIBERTAD Y LA LEY

La palabra libertad es una expresión que ofrece dificultades a la hora de precisar su significado, no sólo porque tiene una carga emotiva favorable, sino también porque es usada en distintos contextos y para hacer referencia a diferentes fenómenos.

Locke, al abordar el tema, la define de forma distinta en dos de sus obras. En el *Ensayo sobre el entendimiento humano* difiere del concepto que encontramos en el segundo de los *Dos tratados sobre el gobierno civil*. En efecto, en el primero la define como una actuación movida por la determinación del propio yo, mientras que, en la segunda obra, afirma que consiste en no estar sometido a la voluntad inconstante, incierta, desconocida, arbitraria, de otro. Spinoza sostenía que la libertad es la racionalidad perfecta, Leibniz, la espontaneidad de la inteligencia, Kant, la autonomía, Hegel, la aceptación de la necesidad y Croce, el continuo despliegue de la vida.

A los efectos de nuestro estudio, advertimos en primer lugar un concepto material de libertad que se patentiza con la ausencia general de compulsión. Implica entonces un concepto negativo que indica ausencia de algo, de una circunstancia que impide un accionar. Desde el punto de vista del individuo, podría decirse que un individuo actúa libremente cuando la acción que surge de él mismo no tiene restricción alguna, cuando actúa sin constricción. En términos de Hobbes,³³ significa ausencia de impedimentos externos, que no deben entenderse como una reivindicación anarquista. Por oposición, la actuación bajo compulsión denota

³³ Hobbes, Thomas, *El Leviatán*, Madrid, 1979.

una acción realizada en violación a su propia iniciativa y, por lo tanto, impulsada por factores extraños. Esta compulsión puede ser natural, moral interna o social externa.

Ahora bien, es necesario destacar la compulsión social externa por su importancia a la hora de condicionar los deseos individuales. La vida en sociedad, de interrelación forzosa, conlleva naturalmente una restricción necesaria para la integración de los individuos, que no implica franquear el concepto de libertad negativa. Clinton Rossiter³⁴ resume este concepto en un compendio de cinco nociones o rasgos: intimidad, independencia, capacidad, oportunidad y poder.

El otro concepto de libertad es el formal, que está relacionado con otro sentido de la palabra compulsión. No ya con las restricciones comprendidas en el concepto material sino con aquellas exigencias u obligaciones de mayor entidad, que la misma persona se impone, acepta, aunque naturalmente sus inclinaciones sean a no observarlas. Esta restricción surge de normas creadas por el mismo individuo, y puede considerarse un Estado de libertad o de formación autónoma.

Esta restricción, impuesta por él mismo, hace legítima la compulsión y debe entenderse que no afecta a su Estado de libertad. Puede entonces decirse, desde este ángulo de análisis, que una persona es libre o autónoma cuando sólo está obligada por normas que ella misma ha aceptado o convenido.

Si trasladamos esto a un sistema político democrático, éste es el que más garantiza la participación en el dictado de las normas de forma tal que estarán representadas en ellas el máximo de puntos de vista e intereses individuales. Cuanto más pluralista y participativa es la democracia mayor legitimidad habrá en las decisiones puesto que las necesidades individuales se identificarán con el interés de la comunidad.

Desde esta óptica cobra vigencia la expresión de Rousseau en *El contrato social*: “La obediencia a la ley que nosotros nos hemos impuesto, es la libertad”. En este orden de ideas, Mill subraya la importancia de la vida democrática para la educación del pueblo, en cuanto ensancha el interés de los individuos, inculcando el sentido solidario, político y de responsabilidad.

La democracia, en su connotación de autogobierno, es la forma de gobierno que garantiza, en mayor medida, la libertad; herramienta necesaria para el desarrollo de la autonomía de la persona aunque de-

³⁴ Véase en Chevallier, J. J., *Historia de las ideas políticas*.

manda ciertas exigencias sobre el material humano que utiliza, madurez de carácter, y cualificación para dar respuesta a las necesidades del sistema.

III. LOS LÍMITES A LA AUTORIDAD DEL ESTADO

Parece ilustrativo abordar esta cuestión con las palabras de Royer Collard, “las libertades son resistencias” y, con las de Harold Laski, “la libertad no puede evitar ser el valor de resistir a las exigencias del poder en un momento en que se considera decisivo”.

Es necesario resaltar que el Estado posee un poder limitado y tales restricciones se proyectan:

1. Respecto del soberano: en principio esto parece ser una contradicción puesto que, si se admite el carácter absoluto de la soberanía, parecería inadecuado hablar de restricciones a quien detenta el poder. Sin embargo, ya no se discute que en un Estado moderno constitucional la soberanía sólo se concibe como aquella potestad ejercida dentro del marco o imperio de la ley.

Por tal motivo, no habrá actuación legítima si no se dan los presupuestos de la norma que implica el ejercicio del poder limitado.

2. Respecto del poder de las mayorías: esta cuestión aparece patente en *El federalista* de Hamilton, al referirse a la prepotencia de las mayorías legislativas en el poder frente a las minorías, que no tienen en cuenta sus puntos de vista. En ese sentido, los presupuestos de actuación de ellas sólo se basan en sus propias necesidades dejando de lado las de los sectores no representativos.

Aunque es admisible que las mayorías tienen legitimidad *a priori* para imponer sus criterios, existen una serie de vallas infranqueables que son las que el sistema jurídico impone en cuanto a los criterios de participación y representatividad. Esto implica que en el juego democrático, los sectores minoritarios tendrán participación en la elaboración de las normas siendo esto condición de legitimidad. La consecuencia será que el criterio mayoritario tendrá siempre que estar legitimado, como mínimo,

con la participación de la minoría en la decisión y, como máximo, con su adhesión.

3. En cuanto al ejercicio del gobierno, quienes desempeñan tal papel (los gobernantes) lo hacen no en forma irrestricta, sino de forma regulada; es decir, que su actuación está determinada y delimitada también por las normas del sistema. En un Estado democrático constitucional existe un sistema de controles aplicable a todos los ámbitos de la esfera gubernamental, sea centralizada o descentralizada.

Por ello cabe concluir que el control democrático implica un permanente test de legitimidad sobre la actuación del Estado, pudiendo el sistema en cualquier momento considerar no acorde a derecho cualquier conducta.

IV. IDEALES DEMOCRÁTICOS Y GOBIERNO DEMOCRÁTICO

Como lo hemos apuntado, la democracia implica un procedimiento formal en el ejercicio del gobierno, una forma de organización política. Al hablar de los ideales de la democracia debemos referirnos a los valores que encarna esta expresión. Entre otros, podemos identificar:

La vigencia de la libertad, no sólo en su aspecto negativo que es la ausencia de compulsión y donde existe respeto y reconocimiento al individuo en sus motivaciones personales, sino también en el aspecto social, es decir, en la no sujeción a otras exigencias que las obligaciones que él mismo se impone. Dicho en otras palabras, las normas que obligan al individuo son creadas por él mismo.

La fuerza del consenso. El recurso de la fuerza sólo debe utilizarse para contrarrestar ataques violentos. La idea de la democracia reposa en el acuerdo de voluntades, en la libre discusión y en que la imposición de las ideas es por la adhesión voluntaria o por el principio de la mayoría. Por ello, es posible afirmar que el Estado democrático es aquel en el que el poder político se funda en una base ideológica, en la idea del derecho producto de la mayoría.

La vigencia de la igualdad, en el sentido de que existan cargas y beneficios distribuidos de forma armónica entre los miembros del sistema. Esto no significa que no deben existir diferencias, sino que ellas no serán arbi-

trarias o irrazonables. También se trata de la posición de los individuos frente a determinadas realidades, entre ellas, igualdad ante la ley, igualdad política, económica, social y cultural. Existen básicamente dos criterios de igualdad: el primero que postula lo mismo para todos, es decir, reparto igual de beneficios o de cargas entre todos, y el segundo, lo mismo para los semejantes, es decir, reparto igual de beneficios o de cargas entre los iguales y, en consecuencia, reparto desigual entre los desiguales.

En la medida en que se cubran tales realidades se cumplirá con el ideal, aunque también es cierto que la observación crítica de los sistemas contemporáneos los sitúa lejos de hacer realidad tales cometidos.

La libertad política adquiere su máxima dimensión en el contexto democrático, reconociendo el máximo de autonomía a los ciudadanos. Toda persona debe tener, entonces, la posibilidad de participar, de desenvolverse en el sistema por responsabilidad propia y desprovista de lazos de autoritarismo, optando según sus preferencias intersubjetivas y con un alto valor ideológico. Ello implica y conlleva el reconocimiento de la libertad de pensamiento, de expresión y de asociación.

El principio mayoritario es una idea medular en la democracia. De naturaleza formal y jurídica, es el legitimador de los mandatos generales que imponen las conductas deseables a todos los miembros del sistema.

La seguridad pública tiene que ser una necesidad absoluta. Los gobiernos autocráticos están ligados inseparablemente con la represión y la violencia. Por ello, la libertad personal debe ser la piedra angular de la seguridad pública y del sistema democrático.

Esto es lo que los ingleses llaman *the rule of law*: la idea de que todo acto de administración debe realizarse de acuerdo con las normas previamente establecidas y control posterior por los tribunales.

La institucionalización del poder, de forma tal que la tensión conceptual entre el poder y la libertad queda delimitada en un punto de equilibrio a través de la norma fundamental o básica del sistema. No habrá más ejercicio del poder que el que esté expresamente reconocido, y sólo podrá ser ejercido dentro de los límites que se establezcan.

El gobierno democrático, a través de sus actos de administración deberá, en aras de legitimar el sistema, intentar realizar los ideales antes aludidos. El no lograrlo implicará poner en tela de juicio su reconocimiento como tal.

En cuanto a la vigencia de la democracia como forma de gobierno, y haciendo referencia a la antigüedad, en donde no es aplicable el signifi-

cado moderno de la expresión, se puede decir, con las reservas del caso, que el antecedente más remoto lo tuvo en el régimen ateniense. Alcanzó su máximo esplendor en la época de Pericles, donde la *polis* tenía dos órganos, la asamblea de todos los ciudadanos (*ecclesia*) y un Consejo (*bulé*) que tenía como competencia preparar los proyectos de ley y la actividad de la asamblea además de ocuparse de los aspectos propios de la administración.

Durante la Edad Media, no existió la democracia, aunque algunas instituciones reconocían cierta participación de la comunidad en los asuntos de gobierno. La tesis religiosa estuvo, en algún aspecto, ligada con la idea de la democracia, ya que la Iglesia Católica Romana había luchado contra la teoría de la derivación directa del poder del monarca de Dios. La Reforma y el puritanismo también contribuyeron, ya que el respeto por el individuo, su fe y su libertad de conciencia inspiraron, en el terreno de la política, a impulsar los ideales democráticos.

En la Edad Moderna, se considera que la república de Cromwell constituyó un ensayo de democracia, aunque fracasó. Los primeros pioneros de estas ideas fueron los *levelers*, los niveladores, que se oponían no sólo al gobierno parlamentario de clase alta sino también a la monarquía absoluta (Inglaterra, siglo XVII). Las demandas de éstos fueron expuestas en un documento denominado *Acuerdo del Pueblo*, de 1647, que contiene puntos de vista muy actuales siendo un rasgo muy interesante el reconocimiento de derechos innatos que se suponían aceptados al celebrar el contrato de gobierno, al que debían adherir todos mediante su firma. Por medio de él se establecían los límites a los poderes. Pero este movimiento fracasó, y su jefe John Lilburne fue detenido.

Las democracias contemporáneas han adquirido una particular fisonomía, la de la democracia constitucional. Este sistema ha sido definido con claridad por Carl J. Friedrich en su *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, aunque Carl Schmitt³⁵ ya había usado la expresión.

En este tipo se hallan inseparablemente unidos la democracia como forma de gobierno en su concepto actual al que nos hemos referido, con el ordenamiento normativo fundamental del sistema que considera la esencial dignidad de toda persona humana como valor supremo.

³⁵ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1983.

V. LA JUSTICIA COMO CONCEPTO COMPLEJO Y COMO OBJETIVO DEL ESTADO

En filosofía social éste es uno de los temas más extensos y constituye una preocupación central de reflexión en la teoría del derecho y del Estado, en la filosofía, la teología y las artes. El liberalismo clásico del último siglo centró su mayor atención en la libertad pero la filosofía social más moderna identificada con el término liberalismo (como se lo usa en los Estados Unidos) le otorgó central importancia al tema de la justicia y, con el objeto de caracterizar sus puntos de vista, acuñó el término libertarismo.

Es un concepto complejo puesto que no es una expresión que denote fenómenos simples y homogéneos. Ocupa, desde siempre, la reflexión filosófica. Aristóteles, en *Ética a Nicómaco*, *Ética Eudemiana*, *Gran ética* y el *Tratado de las virtudes y los vicios* repasa en el concepto, y aprecia dos diferentes. Uno de ellos, al igual que Platón, considera a la justicia como una virtud individual, definiéndola como el término medio entre el exceso y el defecto; el otro concepto es que la justicia no es simplemente ser justo uno en sí mismo sino en el trato con el otro, considerando éste como un principio de la justicia social.

Ulpiano da una definición clásica y sobradamente conocida de justicia, completando la de Simónides, y dice que es “la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo. El problema que plantea esta definición es determinar que es lo suyo de cada uno”, deduciéndose entonces que tal definición no aclara el concepto. Stamler siguió la corriente neokantiana de la escuela de Marburgo y asocia la idea de justicia con la idea del derecho, como base regulativa del obrar humano. Este es un concepto que sirve para orientar o guiar las conductas. En el derecho hay una compatibilidad de aspiraciones concretas, y en la medida que la voluntad de cada uno se armoniza con la de los demás, se patentiza la idea de la justicia. Así la idea del derecho (justicia) se patentiza en la “comunidad pura”, es decir, en la sociedad de ligados entre sí por autofines.

Otra posición postula que la justicia consiste en administrar la solución que afecte menos a toda la comunidad. Esto significa que el interés individual es correlativo al interés social y, por ende, su reconocimiento no afecta o atenta contra otros sino que se complementa con el de la sociedad en su conjunto. Tal tesis es sostenida por Pound y la escuela pragmática.

La idea de justicia relativa en Kelsen³⁶ es que constituye una característica posible pero no necesaria en un orden social, y es la que se identifica con la paz, la democracia, la tolerancia y la libertad, y en la que florece la ciencia, la verdad y la sinceridad.

Un sistema que regula la conducta de los hombres de forma tal que a todos satisface y a todos permite alcanzar la felicidad puede calificarse de justo, entendiendo por felicidad un sentimiento subjetivo, propio de cada uno pero armónico con el punto de vista de los demás.

Para definir justicia según Rawls³⁷ es necesario partir de una posición que denomina originaria. En ésta se encontrarían seres racionales, ignorantes de su propia condición en la sociedad, pero conocedores de las leyes generales y de la economía que la gobiernan. A esta premisa se le suma otra, hipotética, la cual postula que en esta posición originaria en que se encuentran los individuos hay un cierto grado de escasez, por un lado, y un equilibrio razonable de fuerzas, por el otro.

Si estos seres racionales fueran requeridos para elegir principios de justicia, dada la situación descrita, enunciarían lo siguiente:

- a. Toda persona debe tener un derecho igual a una libertad básica lo más amplia posible, en cuanto sea compatible con una libertad similar de los demás.
- b. Las desigualdades sociales y económicas son admisibles si se cumplen dos condiciones: que sean para ventaja de todos o, al menos, para ventaja de los que se encuentran en la condición socioeconómica más baja, y que todos bajo condición de igualdad de oportunidades puedan acceder a posiciones u oficios.

Estas posiciones expuestas por distintos autores nos sirven de abor-daje para postular que la actividad del Estado deberá estar encaminada a la realización de este valor y, por ello, el diseño de sus instituciones y la producción normativa deberán tener en cuenta tales postulados.

³⁶ Kelsen, Hans, *¿Qué es justicia?*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Córdoba, 1966, p. 86.

³⁷ Rawls, John, *Sobre las libertades*, Barcelona, Paidós, 1990, p. 9.

VI. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LOS DERECHOS DE PRESTACIÓN

Ernst Forsthoff, al referirse al Estado social de derecho, hace referencia a la actividad de naturaleza social que el Estado debe desempeñar con el objeto de superar el principio liberal que abandona a la sociedad a su acción espontánea.

Siguiendo a Vanossi,³⁸ se registra un cambio sustancial en el siglo XIX que consiste en una doble transformación a nivel del Estado y a nivel de los derechos de las personas: por un lado, un tránsito del Estado abstencionista al Estado intervencionista y, por el otro, la complementación de los derechos individuales con el surgimiento de los derechos sociales. Del Estado liberal o gendarme se pasa a una nueva situación donde asume un papel muy importante que es el de regular la vida social asumiendo nuevas funciones públicas. Este nuevo Estado no reniega del principio de legalidad, aunque varía su contenido.

Estos derechos sociales, identificados por el moderno constitucionalismo como de prestación, tienen una característica importante y es que están en estricta relación con la capacidad económica y los recursos disponibles y, por lo tanto, de nada vale en un sistema su reconocimiento explícito, si no existe luego una instrumentación que lo haga realidad. Esta tendencia abarcó distintos aspectos como la sanidad, la seguridad social, la educación, el deporte, la vivienda, e incluso, el ocio en algunos sistemas. Los textos constitucionales, por otra parte, receptando estos nuevos derechos revelaban un espíritu integrador e igualitario con la intención de que no quedaran en una mera declaración retórica.

Los efectos jurídicos que su reconocimiento produce en el Estado tienen una doble vertiente:

1. Su previsión implica el mandato a los órganos estatales de llevar a cabo las medidas para hacerlos efectivos. Para ello, los poderes públicos deben establecer un conjunto de prioridades que implicarán ponderar unos derechos sobre otros para que, desde la perspectiva de la solidaridad y no del individualismo, se cumplan las funciones sociales que se encomiendan.

³⁸ Vanossi, J. R. A., *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Eudeba, 1982, p. 268.

2. Una vez reconocidos, tales derechos implican barreras casi infranqueables para el Estado que no podrá aminorar o desconocer. Antonio Predieri advierte que la instrumentación de normas basadas en el principio de la solidaridad pasan a ser de interés general que no se deben desconocer, ya que ningún interés individual tiene entidad suficiente como para enervar aquellos donde están comprometidos los de la sociedad en general.

La función social del Estado plantea naturalmente una cuestión ética y, en ese orden, se afirma que el bienestar general merece una calificación moral positiva, porque tiende al establecimiento de la justicia social y a la implantación de criterios razonables de reparto para lograr la vigencia del principio de igualdad.

Como consecuencia de tal posición, merece abordar al menos dos temas que son: la dirección pública de la economía y el tratamiento del derecho de propiedad en el Estado.

La crítica al orden liberal postulando la intervención del Estado en algunos aspectos de la vida económica fue que existen determinadas actividades que, por su trascendencia y repercusión en la sociedad, no pueden dejarse sometidos al interés individual. En el siglo XIX, los críticos más radicales del sistema económico liberal plantearon la abolición de la propiedad privada. *El manifiesto comunista*, de Marx y Engels, de 1848 es un meridiano ejemplo, “el proletariado utilizará su supremacía política para arrebatar gradualmente a la burguesía su capital, para centralizar todos los instrumentos de producción en manos del Estado...”.

Sin llegar a los extremos aludidos, los Estados occidentales en general, en el presente siglo, fueron adaptando su sistema económico y, aun manteniendo en manos privadas la parte principal de la actividad económica, se fueron erigiendo a través de la intervención en orientadores y directores de la economía. Como consecuencia de ello, las cartas constitucionales receptaron una serie de principios que caracterizan al denominado constitucionalismo social.

Por ejemplo, la Constitución de México de 1917, la de Weimar de 1919 que, en su artículo 155, establece que puede el Estado intervenir por sí mismo o a través de los Lander y los municipios en la administración de las empresas e incluso convertir en su propiedad aquellas empresas económicas privadas que sean aptas para la socialización; la Constitución italiana de 1948, en su artículo 43 contemplaba la transferencia al

Estado de las empresas cuya actividad sean los servicios públicos esenciales. En igual orden, la Constitución española de 1978 establece un conjunto de principios rectores que legitiman la actuación del Estado en el ámbito de lo social.

En las últimas décadas se ha atenuado esta tendencia poniéndose nuevamente énfasis en la eficiencia de la iniciativa privada y han sido muy importantes dos factores: por un lado, los partidos socialistas que han renunciado a la colectivización de la economía como objetivo político y, por el otro, los resultados de las economías socialistas que se han revelado, en general, como un fracaso en pos de lograr el bienestar general.

No obstante ello, hay que tener en cuenta que los Estados modernos continúan teniendo un sector público de envergadura que gravita en la economía en general y que, generalmente, centra su actividad en la explotación de los servicios públicos y en aquellas actividades relacionadas con la defensa. También disponen de órganos, herramientas institucionales o recursos normativos que permiten planificar u orientar la economía. En ese orden de ideas, piénsese en los consejos económicos sociales como órganos o en las políticas fiscales o presupuestarias como herramientas.

Finalmente, en cuanto al tratamiento del derecho de propiedad en los sistemas constitucionales, en un principio era considerado sagrado e inviolable y, además, el fundamento del orden social vigente. Las declaraciones de derechos y las Constituciones revolucionarias hacían alusión a él, pero admitiendo ciertos límites en su ejercicio fundamentalmente en lo que se refiere a los aspectos impositivos.

Las necesidades sociales posteriores y actuales han arrojado la necesidad de considerarlo un derecho relativo y subordinado a su función social. Así, la Constitución española, en su artículo 33.2, establece que la función social de estos derechos (refiriéndose a la propiedad y a la herencia) limitará su contenido, de acuerdo con las leyes. La ley fundamental de Bonn establece: “La propiedad tiene sus cargas. Su uso debe servir asimismo al bienestar general”, en su artículo 14.2. La Constitución argentina, en su artículo 17, reconoce la inviolabilidad de la propiedad, sin embargo, las leyes que reglamentan su ejercicio, especialmente en el Código Civil, recogen la tendencia limitadora.

En este orden de ideas, entonces, la propiedad en su función social admite un conjunto de restricciones que se traducen en límites a su uso y disposición, en pos de conseguir intereses generales. Como ejemplo, pueden verse las limitaciones en cuanto a la construcción en zonas urba-

nas que hay en la legislación civil. Es interesante también reparar en el tratamiento que se le da a la expropiación, es decir, a la posibilidad que tienen los poderes públicos de disponer, en determinados casos, de la propiedad de los particulares.

En el Estado del constitucionalismo clásico se reconoce la posibilidad de expropiación. La declaración francesa establece en su artículo 17 que “nadie puede ser privado de ella, salvo cuando lo exija evidentemente la necesidad pública, legalmente comprobada, y a condición de una indemnización justa y previa”. La Constitución argentina, también en su artículo 17, establece la misma base legal, no obstante, algunas otras Constituciones además de recoger estos criterios, avanzan y reconocen junto a la utilidad pública, el interés social y también dejan de lado la exigencia que la indemnización sea previa. Así, el artículo 33.3 de la Constitución española menciona sólo “mediante la correspondiente indemnización”.

También este avance del Estado social se manifiesta en la regulación del sistema tributario, sin violentar lógicamente la naturaleza del derecho de propiedad.