

BERND MARQUARDT
DAVID LINÁS
CARLOS PÉREZ
(EDITORES)

QUERÉTARO 1917 & WEIMAR 1919

**EL CENTENARIO DEL CONSTITUCIONALISMO
DE LA DEMOCRACIA SOCIAL**

**ANUARIO VIII
DE CONSTITUCIONALISMO COMPARADO**



QUERÉTARO 1917 & WEIMAR 1919

EL CENTENARIO DEL CONSTITUCIONALISMO DE LA DEMOCRACIA SOCIAL

ANUARIO VIII

DEL GRUPO DE INVESTIGACIÓN

CC - CONSTITUCIONALISMO COMPARADO

BERND MARQUARDT & DAVID LLINÁS & CARLOS PÉREZ (Eds.)

QUERÉTARO 1917 & WEIMAR 1919

EL CENTENARIO DEL CONSTITUCIONALISMO DE LA DEMOCRACIA SOCIAL

ANUARIO VIII

DEL GRUPO DE INVESTIGACIÓN

CC - CONSTITUCIONALISMO COMPARADO



Bogotá - Colombia
2019

Marquardt, Bernd, 1966- Querétaro 1917 & Weimar 1919: El centenario del constitucionalismo de la democracia social, Anuario VIII del Grupo de Investigación CC – Constitucionalismo Comparado / Bernd Marquardt, David Llinás, Carlos Pérez. -- Bogotá : Grupo Editorial Ibáñez, 2019.

704 páginas; 17 x 24 cm.

Incluye bibliografía.

ISBN: 978-958-791-062-9

1. Historia constitucional. 2. Estado. 3. Teoría constitucional. 4. Derecho constitucional. 5. Colombia – Política y gobierno.

III. Tit.

342.029 cd 22 ed.

A1630011

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

QUERÉTARO 1917 & WEIMAR 1919: EL CENTENARIO DEL CONSTITUCIONALISMO DE LA DEMOCRACIA SOCIAL, ANUARIO VIII DEL GRUPO DE INVESTIGACIÓN CC – CONSTITUCIONALISMO COMPARADO

- © Bernd Marquardt & David Llinás & Carlos Pérez, editores
- © Autores varios
- © CC - Constitucionalismo Comparado en la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá
<https://sites.google.com/site/constitucionalismocomparadocc/>
- © Grupo Editorial Ibáñez
Carrera 69 Bis No. 36-20 Sur
Bogotá, DC – Colombia
Tels: 2300731 – 2386035
www.grupoeditorialibanez.com

Librería:

Calle 12 B No. 7-12 L.1.
Bogotá, DC – Colombia
Tels: 2847524 – 2386035

Primera edición: mayo de 2019
Impreso y hecho en Bogotá, DC, Colombia

ISBN: 978-958-791-062-9

Diseño & diagramación: Bernd Marquardt

Imagen en la portada: *La Constitución de 1917*, proyecto para un mural del pintor Jorge González Camarena (1908-1980), con el Presidente Venustiano Carranza en el centro, enmarcado por el ejército revolucionario y los diputados de la constituyente; lugar: Museo Nacional de Historia del castillo de Chapultepec, México.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
1. El grupo de investigación CC - Constitucionalismo Comparado.....	1
A) La Escuela socio-cultural y transnacional del Derecho público y del Estado constitucional	2
a) Derecho público comparado	4
b) La Historia del Derecho en perspectiva socio-cultural y transnacional.....	10
B) Las siete líneas de investigación y sus logros	14
2. Idea y contenido del Anuario VIII	22
3. Autores y autoras.....	30
Bibliografía de la Introducción.....	37

PRIMERA PARTE

DESARROLLO HISTÓRICO Y COMPARADO DE LA DEMOCRACIA SOCIAL	43
-------------------------------------------------------------	----

CAPÍTULO I

LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR DE 1919: EL CENTENARIO DE UNA ESTRELLA DEL CONSTITUCIONALISMO COMPARADO Y CARTA MATERNA DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL-LIBERAL	45
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

BERND MARQUARDT

Introducción.....	45
1. Las raíces de una constitución visionaria.....	47
A) Olas de transformación e influencias transnacionales	47
B) La revolución socialdemócrata	50
2. Una constituyente socialdemócrata, complementada por fuerzas sociocatólicas y socioliberales	55
3. Diseño institucional: el dualismo presidencial-parlamentario	59
4. La carta materna del constitucionalismo social-liberal de la democracia social	67
A) Dos otras candidatas de la carta fundadora del Estado social.....	67

a)	La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917	67
b)	La Constitución de la República Socialista, Federativa y Consejista de Rusia de 1918	70
B)	Reforma... ¿de qué?.....	72
C)	El diseño social weimariano.....	73
a)	Observaciones generales: configuración iusfundamental y carácter programático	73
b)	El enfoque en la dignidad humana	74
c)	La disolución de la sociedad estamental	75
d)	Las viviendas dignas	76
e)	La educación con igualdad de oportunidades	78
f)	La salud	81
g)	El seguro social	81
h)	El núcleo del bienestar: el apoyo social para los sin capacidad para mantenerse en el mercado.....	84
i)	La reforma laboral	86
j)	La constitución socialdemócrata de empresa.....	89
k)	La reforma tributaria social.....	90
D)	La separación de poderes entre Estado y mercado: la economía justa orientada al bien común	92
E)	La utopía cumplida.....	98
5.	La muerte de una constitución	99
A)	¿Fallas de diseño en la norma suprema?	99
B)	Las precondiciones reales.....	104
a)	La maldición de las guerras pentárquicas (ida y vuelta).....	104
b)	El reproche de la raíz externa y revolucionaria.....	106
c)	Las dificultades de una primera democratización.....	107
d)	Las élites anti-sistémicas provenientes de la monarquía y del antiliberalismo universitario.....	108
e)	El soberano democrático que no apreció la democracia.....	109
f)	Los grupos paramilitares y la violencia política	110
g)	Las controversias sobre las políticas socioeconómicas	111
h)	La Gran Depresión de 1929	111
i)	La ola antiliberal común de Europa	112
C)	El camino de la votación del soberano democrático contra la democracia hacia la dictadura del consenso	112
D)	La cuestión de la 'legalidad'.....	118
6.	El postludio en el anti-constitucionalismo de 1933 a 1945.....	120
A)	La discontinuidad de la parte orgánica y liberal: el principio del caudillo y la comunidad popular	120
B)	La continuidad del enfoque social y económico.....	121
7.	El renacimiento constitucional a partir de 1946.....	128

CONTENIDO

8. La influencia en el espacio transnacional.....	135
A) El constitucionalismo social-liberal	136
a) Los países vecinos y las penínsulas mediterráneas	136
b) América Latina	138
B) El sistema semipresidencial.....	141
C) Profundización del análisis comparativo del constitucionalismo social: la visión administrativa y la comparación sociológico-económica	141
9. Observaciones concluyentes y perspectiva: ¿democracia social o econocracia?	144
Bibliografía	148
A) Fuentes primarias.....	148
B) Bibliografía secundaria.....	155

CAPÍTULO II

LA CONSTITUCIÓN DE QUERÉTARO DE 1917: ORIGEN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

165

MARÍA ROSALBA BUTRAGO GUZMÁN

Introducción.....	165
1. Contextualización.....	168
A) La Gran Transformación alrededor de 1800: la sociedad moderna.....	168
a) La Revolución ilustrada	169
b) La Revolución industrial europea.....	170
c) La Revolución industrial en América Latina	172
B) Primera Guerra Mundial (1914-1918).....	172
2. Nacimiento del derecho del trabajo y de la seguridad social en el derecho constitucional	174
A) Constitución de Querétaro de 1917	174
B) Constitución de Weimar de 1919.....	179
C) Europa en la ola de las dictaduras.....	184
D) Panorama comparado	189
3. La consolidación de las consagraciones constitucionales del derecho del trabajo y de la seguridad social	188
A) Consagraciones en América Latina.....	188
B) Una Europa en guerra y posguerra.....	190
C) Panorama comparado	191
4. El debilitamiento del derecho del trabajo y de la seguridad social y el retorno a la teleología de nacimiento.....	193
Bibliografía	195
A) Fuentes primarias.....	195
B) Bibliografía secundaria.....	198

CAPÍTULO III

SOBRE LA SIGNIFICACIÓN HISTÓRICA
DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 205

CARLOS M. HERRERA

Bibliografía 223

CAPÍTULO IV

EL PÉNDULO DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL:
DE QUERÉTARO Y PETROGRADO A LA REACCIÓN ANTISOCIALISTA:
APROXIMACIONES AL CASO COLOMBIANO 225

JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN

Noticia preliminar..... 225

1. La incorporación de lo social en América Latina 234

 A) La constitución de Querétaro de 1917 235

 B) Los restantes casos latinoamericanos de 1919 a 1949 242

 a) El primer decenio de incorporación del clausulado social (1919-1929) 242

 b) La segunda ola: un movido quinquenio (1934-1939)..... 245

 c) La tercera fase (1940-1949) 249

2. El crisol europeo (y chino) a nivel constitucional 255

 A) El socialismo y el comunismo constitucionales..... 256

 a) Los primeros ordenamientos (1918-1936) 258

 b) Las constituciones de la segunda posguerra (1946-1954) 264

 B) El reformismo social en Europa (1919-1958)..... 272

3. El enfoque social liberal en Colombia 277

 A) Contexto..... 277

 B) La reforma constitucional de 1936 280

 C) Algunos desarrollos normativos (1930-1945) 285

4. Las dos fases del antisocialismo (1949-1974)..... 289

 A) El inicio y desarrollo de la dictadura (1949-1958) 290

 a) La puerta de entrada..... 291

 b) La selección de un sheriff para cuatro años 294

 c) Los recovecos del pacto obrero patronal 296

 B) La continuidad dictatorial durante el Frente Nacional (1958-1974)..... 298

 a) El anclaje de las normas dictatoriales para la continuación de la
dictadura..... 301

 b) La persecución laboral y el servicio público: el ablandamiento y la
penumbra normativa 303

 c) Los contraplegos: breve historia de un conflicto colectivo durante el
Frente Nacional 309

CONTENIDO

d) La ‘reforma’ agraria	311
e) La técnica de estado de sitio y las capturas sin orden judicial	313
f) Del macartismo y la continuación del conflicto armado.....	315
4. A manera de conclusión: el debate en torno a la implementación de las cláusulas sociales en Colombia.....	319
Bibliografía	321
A) Fuentes primarias.....	321
B) Bibliografía secundaria.....	328

CAPÍTULO V

CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL EN COLOMBIA (1919-1936)

339

AURA HELENA PEÑAS FELIZZOLA

Introducción.....	339
1. Las víctimas y las estrategias de criminalización de la protesta social.....	342
2. El contexto sociopolítico de las décadas de 1920 y 1930: nuevos actores en la arena política	344
3. Conflictos obrero-patronales, nuevas teorías jurídicas y desarrollo de una legislación laboral.....	349
4. Las prácticas de criminalización de la protesta social en Colombia, 1919-1928	351
5. Las leyes de criminalización de la protesta social en Colombia	354
A) La Ley 78 de 1919.....	355
a) Definió la huelga de manera restrictiva, para penalizar las acciones características de la protesta social.....	355
b) Violaba el principio constitucional de legalidad de los delitos y de las penas	356
c) Le daba potestades al gobierno para declarar ilegal la huelga.....	357
d) Reforzaba los antagonismos de clase y el nacionalismo.....	357
e) Suprimió garantías procesales para los huelguistas	358
f) Determinaba un conjunto de servicios públicos en los cuales se prohibía la huelga.....	358
B) La Ley 21 de 1920.....	359
a) Criminalizaba la intervención de sindicalistas expertos en manejo de huelgas	360
b) Criminalizaba la declaratoria de huelga en casos de arbitramento obligatorio.....	360
c) Criminalizaba la convocatoria a huelgas sin el lleno de requisitos legales ...	360
d) Violaba el principio de separación de poderes y de juez natural.....	361
C) El Decreto 707 de 1927.....	362
a) Le dio funciones judiciales a la Policía	362

b)	Criminalizó las reuniones políticas.....	363
c)	Legalizaba la privación de la libertad y los allanamientos por orden de la misma Policía, no por orden judicial	363
d)	Ponía a la Policía en carácter de juez y parte.....	364
e)	Usaba el procedimiento de policía para aplicar sanciones penales	364
f)	Enlistaba a la ciudadanía como pie de fuerza	364
D)	La Ley 69 de 1928 ('Ley heroica')	365
a)	Calificó como organizaciones criminales los grupos opositores del régimen conservador.....	367
b)	Criminalizó la “asociación ilícita” y la “huelga ilícita”	367
c)	Criminalizó hacer propaganda política de oposición al régimen	368
d)	Tipificó el delito de fabricación, uso y conservación de explosivos.....	369
e)	Las acusaciones al gobierno calificadas como calumnias o injurias	369
f)	Vulneraba el principio de juez natural.....	369
g)	Violaba el principio acusatorio, el derecho a la libertad, el derecho a la defensa, el derecho a pedir y a controvertir pruebas	371
h)	Negaba el conflicto social y político existente, e impedía la denuncia del Derecho injusto.....	371
E)	El Código Penal de 1936.....	372
F)	Síntesis de las estrategias represivas y excurso: Estatuto de Seguridad de Turbay de 1978 y Código de Policía de 2016.....	374
a)	Calificar como “tumultos”, o “desórdenes” acciones características de la protesta social, para quitarles su connotación política.....	375
b)	Usar un lenguaje ambiguo que no permite en la práctica diferenciar la protesta y la huelga pacífica, por tanto legítima, de la protesta y la huelga violenta y penalizada.....	376
c)	Etiquetar a los líderes sociales como delincuentes	376
d)	Negar garantías procesales básicas (el habeas corpus), vulnerar los principios de la legalidad de delitos y penas, el de juez natural, el de separación de poderes (ejecutivo-judicial)	377
e)	Permitirles a las autoridades del gobierno declarar como ilegales las reuniones a discrecionalidad, poniendo al poder ejecutivo en posición simultáneamente de juez y parte en el conflicto.....	378
6.	El inicio del constitucionalismo social en Colombia en 1936	379
7.	Conclusiones	384
	Bibliografía	385
A)	Fuentes primarias.....	385
B)	Bibliografía secundaria.....	387

CONTENIDO

CAPÍTULO VI

LES MODÈLES ÉTRANGERS DANS
LA RÉFORME CONSTITUTIONNELLE DE 1936 EN COLOMBIE:
L'INFLUENCE DE LA DOCTRINE JURIDIQUE FRANÇAISE 391

ANDRÉS ABEL RODRÍGUEZ VILLABONA

Introduction	391
1. Les emprunts juridiques et politiques à la Colombie des années trente	393
A) Les conditions de la réception	395
a) Le contexte international	396
b) Les relations internationales et les conditions socio-politiques internes	400
B) Les influences constitutionnelles	405
a) La doctrine constitutionnelle française	405
b) Les modèles étrangers de droit constitutionnel	407
2. La doctrine et le droit constitutionnel français dans la réforme constitutionnelle de 1936 en Colombie	417
A) Le transfert par l'Espagne de la doctrine constitutionnelle française	418
B) La doctrine constitutionnelle française dans les débats parlementaires portant sur la réforme de 1936 en Colombie	423
3. Conclusion	430
Bibliographie	433
A) Sources primaires	433
B) Littérature secondaire	435

SEGUNDA PARTE

JUSTICIA SOCIAL Y DERECHOS SOCIALES 439

CAPÍTULO VII

LA JUSTICIA SOCIAL
EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO:
CONTEXTUALIZANDO EL CASO DE COLOMBIA 441

CARLOS ANDRÉS PÉREZ GARZÓN

Introducción	441
1. Evolución histórica de la justicia social	443
A) La primera etapa: Antigüedad y Edad media	444
B) La segunda etapa: el largo siglo XIX	445
C) La tercera etapa: la primera mitad del siglo XX	448

D) La cuarta etapa: desde la mitad del siglo XX.....	454
2. La justicia social en datos	458
3. La justicia social en el discurso constitucional colombiano desde 1991.....	461
A) El principio de Estado Social de Derecho	463
B) El principio de dignidad humana.....	464
C) El derecho a la igualdad material.....	465
D) Conclusión intermedia.....	466
4. Lograr la justicia social a través del Derecho	470
5. Conclusión.....	472
Bibliografía	472
A) Fuentes primarias.....	472
B) Bibliografía secundaria.....	476

CAPÍTULO VIII

LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO, SOCIAL Y AMBIENTAL: ALGUNAS PROBLEMÁTICAS PARA SU REVISIÓN EN CLAVE SOCIO-CULTURAL 481

DAVID ERNESTO LLINÁS ALFARO

Comentarios introductorios.....	481
1. El Estado constitucional, democrático, social y ambiental de derecho y la crisis del paradigma bipolar.....	484
2. El Estado constitucional, democrático, social y ambiental y los derechos públicos subjetivos	487
A) Breves apuntes históricos acerca de los derechos sociales en América Latina	487
B) Las primeras teorías sobre prestaciones sociales para garantizar la subsistencia humana no se basaron en la idea de los derechos, sino en las actividades de la Administración Pública.....	495
C) El resurgir de los derechos públicos subjetivos y las prestaciones sociales del Estado	498
D) Los derechos públicos subjetivos y su uso por la teoría de los derechos fundamentales	502
3. La idea de los derechos sociales como derechos subjetivos y como derechos fundamentales	508
A) La fundamentalización de los derechos sociales, de Alexy a Arango.....	509
B) La fundamentalización de los derechos sociales en Abramovich y Courtis.....	518
4. Conclusión: la problemática (no resuelta) del ‘hiperindividualismo’ en los derechos subjetivos	521
Bibliografía	525

CONTENIDO

A) Fuentes primarias.....	525
B) Bibliografía secundaria.....	526

CAPÍTULO IX

LOS DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS ¿UNA NOCIÓN RESISTENTE AL TIEMPO Y AL CONSTITUCIONALISMO? UN ESTUDIO SOBRE LA EVOLUCIÓN Y VIGENCIA DE ESTA DOCTRINA	533
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

JOSÉ MANUEL SUÁREZ DELGADO

Introducción.....	533
1. Origen y evolución.....	541
2. La aparente disolución de la doctrina en el período republicano-dictatorial.....	555
3. Influencias latinas.....	559
4. Derechos para un paradigma constitucional y un poco más... ..	572
5. Conclusiones.....	596
Bibliografía.....	598
A) Fuentes primarias.....	598
B) Bibliografía secundaria.....	601

CAPÍTULO X

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN CONTEXTOS DE CONFLICTO: UNA APUESTA EN PRO DE LA DIGNIDAD HUMANA EN EL MARCO DE LA CULTURA DE LA PAZ	613
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

MARIELA INÉS SÁNCHEZ CARDONA

Introducción.....	613
1. Desarrollo del marco jurídico y normativo de la educación en perspectiva comparada.....	614
2. Condiciones normativas de la educación colombiana.....	618
3. Problemas y desafíos en la educación para los conflictos en las instituciones educativas en Colombia.....	621
4. Nueva mirada de los procesos conflictivos desde las ciencias de la paz.....	631
5. Conclusiones.....	638
Bibliografía.....	639
A) Fuentes primarias.....	639
B) Bibliografía secundaria.....	641

CAPÍTULO XI

CONSTITUCIONALISMO ETNO-SOCIAL LATINOAMERICANO:
VIEJAS Y NUEVAS CONTROVERSIAS EN LA GLOBALIZACION
DE MERCADO Y EN EL EXTRACTIVISMO LATINOAMERICANO:

EL CASO COLOMBIANO 645

NATALIA RUIZ MORATO

Introducción.....	645
1. Desarrollo histórico del Constitucionalismo étnico latinoamericano desde la argumentación de la resistencia y sobrevivencia frente a los Estados nacionales en la globalización de mercado	646
2. Viejas y nuevas luchas de las comunidades étnicas en la globalización de mercado y en el neoextractivismo latinoamericano	653
3. Justicia global, comunidades étnicas vs Estados nacionales en el neoextractivismo latinoamericano	657
4. El caso colombiano: comunidades étnicas víctimas del conflicto armado y del extractivismo	661
5. Las propuestas de desarrollo de las comunidades étnicas colombianas, hacia un desarrollo sostenible ecológico en un país turbulento	675
6. Conclusiones	678
Bibliografía	679
A) Fuentes primarias.....	679
B) Bibliografía secundaria.....	681

INTRODUCCIÓN

1. EL GRUPO DE INVESTIGACIÓN CC - CONSTITUCIONALISMO COMPARADO

El Grupo de Investigación *CC - Constitucionalismo Comparado* fue fundado en 2006 por el Prof. Dr. BERND MARQUARDT y es dirigido por el mismo desde entonces. Se trata de un centro de estudios constitucionales históricos, contemporáneos, teóricos, dogmáticos y socio-jurídicos, cuya finalidad es analizar el *Estado constitucional moderno* y otras formas de la estatalidad histórica y del presente. Así, el principal objeto de investigación es la normatividad básica del Estado en cuanto al desarrollo de su organización institucional, sus valores, modelos de legitimación y limitación del poder.

Se examinan los fenómenos de formación y transformación del derecho público, teniendo en cuenta los ciclos de difusión en el ámbito transnacional; se observa la institucionalidad estatal en el contexto de su sociedad concreta, evitando toda separación artificial entre norma y realidad, lo que ha conducido a que el trabajo del grupo integre aproximaciones interdisciplinarias. De otro lado, en términos geopolíticos, el grupo fija su atención particular en Hispano-América, buscando otorgarle a esta zona la importancia que merece en la historia mundial de la estatalidad que ha sido notoriamente subestimada. Para el desarrollo de los estudios se emplea como metodología clave la elaborada y desarrollada a partir de 2009 por su director: la *Escuela socio-cultural y transnacional del Derecho público y del Estado constitucional*¹, la cual aplica en su núcleo el método comparativo tanto en la dimensión del tiempo como en la del espacio.

En el sistema de medición de *Colciencias*, el grupo *CC - Constitucionalismo Comparado* ha alcanzado cuatro veces en serie la categoría más alta, esto es, la *A1*, así en el resultado de las convocatorias *640* de 2013, *693* de 2014, *737* de 2015 y *781* de 2017. El grupo se encuentra adscrito al instituto *Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo*

¹ A partir del texto fundador: BERND MARQUARDT, “La ciencia del constitucionalismo comparado, Aproximación metodológica a una rama de la historia política que debería ser escrita, Con un enfoque particular en el papel de América Latina”, en ÍD. (Ed.), *Constitucionalismo comparado*, Bogotá, UNAL, 2009, págs. 1-139. Variantes actualizadas: ÍD., *Historia constitucional comparada de Iberoamérica, Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Bogotá, Ibáñez, 2016, págs. 3-65; ÍD., *Teoría integral del Estado, Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*, t. 2, *El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2050), La gran transformación al Estado constitucional, democrático, social y ambiental*, Bogotá, Ibáñez, 2018, págs. 1-21. La versión más detallada se ubica en: ÍD., *Historia del derecho de Hispanoamérica en perspectiva transnacional y socio-cultural*, t. 1, *Los métodos & la Modernidad temprana, Los Virreinos de la Monarquía española, 1519-1825*, Bogotá, Ibáñez, 2019, págs. 1-87.

Molina –Unijus– de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia en Bogotá.

Más allá de sus trece años de existencia, las raíces más antiguas de *CC - Constitucionalismo Comparado* se encuentran en el proyecto internacional *Historia constitucional de Latinoamérica en el siglo XIX en una perspectiva global comparada* que fue impulsado, en 2004 y 2005, por el *Fondo Nacional Suizo para la Investigación Científica* y por el *Fondo de Investigaciones del Cantón de Sankt Gallen*, en cooperación con la Universidad de los Andes en Bogotá. En esta tradición, *CC - Constitucionalismo Comparado* ha cooperado con varios socios internacionales, entre otros, con el proyecto *Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century* dirigido por el Prof. Dr. HORST DIPPEL de la Universidad alemana de Kassel², con la red *El camino especial de Europa (Der Europäische Sonderweg)* coordinado por el Prof. Dr. ROLF PETER SIEFERLE de la Universidad suiza de Sankt Gallen³, con el *Instituto Max Planck para el Derecho Público Comparado y el Derecho Internacional Público* en Heidelberg dirigido por el Prof. Dr. ARMIN VON BOGDANDY⁴, con el *Instituto de Derecho Agrario* de la Georg August Universität Göttingen gestionado por el Prof. Dr. JOSÉ MARTÍNEZ y con el *Instituto Colombo-Alemania para la Paz* administrado por el Prof. Dr. STEFAN PETERS de la Justus-Liebig-Universität Gießen⁵.

A) LA ESCUELA SOCIO-CULTURAL Y TRANSNACIONAL DEL DERECHO PÚBLICO Y DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Catorce años antes, en 2005, el historiador constitucional alemán HORST DIPPEL postuló: “La historia del constitucionalismo moderno es una historia que necesita ser escrita”⁶, señalando la falta de la perspectiva comparada y mundial. Lo que pareció en

² Resultados generales: HORST DIPPEL *et al.* (Eds.), *The Rise of Modern Constitutionalism, Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century Online*, <http://www.modern-constitutions.de/> (9.4.2019). Para Colombia y Panamá: BERND MARQUARDT (Ed.), *Constitutional Documents of Colombia and Panamá, 1793-1853*, Berlín & Nueva York, De Gruyter, 2010; ÍD. (Ed.), *El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia, Edición auténtica y comentada*, 2ª ed., Bogotá, Ibáñez, 2011 (ed. en facsimile).

³ Al respecto: ROLF P. SIEFERLE, “El camino especial de Europa”, en ÍD. & BERND MARQUARDT, *La Revolución Industrial en Europa y América Latina, Interpretaciones ecobistóricas desde la perspectiva de la Teoría de los Sistemas de Energía y del Metabolismo Social*, Bogotá, UNAL, 2009, págs. 1-92. Ampliación de la versión original en alemán: ÍD., *Der Europäische Sonderweg*, 2ª ed., Stuttgart, Breuninger, 2004.

⁴ Obra conceptual: ARMIN V. BOGDANDY, “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum conceptual”, en ÍD. *et al.* (Eds.), *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013, págs. 1-24.

⁵ Comp. BERND MARQUARDT & MARIELA SÁNCHEZ & JOSÉ MARTÍNEZ (Eds.), *Paz territorial y tierras*, Bogotá & Göttingen, Ibáñez & UNAL & Georg August Univ. Göttingen, 2018.

⁶ HORST DIPPEL, “Constitucionalismo moderno, Introducción a una historia que necesita ser escrita”, en revista *Historia Constitucional*, núm. 6, Madrid & Oviedo, CEPC & Univ. de Oviedo, 2005, págs. 181-200, núm. 2 y 39.

este momento un *desiderátum*, se ha llenado con una variedad de obras de autores como ARTOLA, BRAVO LIRA, FENSKE, FIORAVANTI, GARGARELLA, PRETTENTHALER y REINHARD que han trabajado comparativamente sobre los desarrollos históricos del derecho público, lo que subraya un creciente interés compartido en una ciencia en pleno proceso de ascenso⁷.

El grupo *CC - Constitucionalismo Comparado* comparte la importancia de efectuar análisis mundiales y comparativos de la estatalidad constitucional moderna, teniendo en cuenta que en casi todos los países occidentales –sea en Alemania o en Colombia, en Suiza o en Chile– se ha tratado la historia constitucional como una sub-rama de la respectiva historia patria, de modo que existe una multitud de historiografías constitucionales aisladas que dejan invisibles los fenómenos de difusión y transculturación, sin aclarar las grandes transformaciones de los regímenes políticos-jurídicos a largo plazo y en el gran espacio. Si la bibliografía clásica ha presentado elementos de una perspectiva comparada, la misma se redujo casi siempre a solo tres Estados selectos, es decir, a Inglaterra, EE.UU. y Francia, lo que resulta no solamente incompleto desde el punto de vista científico, pues ignora casi 200 países de la tierra, sino que también demuestra una marcada tendencia hacia la sobre-idealización de estos países. Otro problema estructural de la bibliografía tradicional consiste en la división artificial del constitucionalismo en dos ciencias más o menos separadas, a saber, en recopilaciones jurídicas sin contextualización y en teorías políticas sin análisis suficiente de las fuentes primarias relevantes.

El modelo de trabajo de *CC - Constitucionalismo Comparado* se mueve en el triángulo de una *teoría de sistemas*, de la *sociología jurídica* y de una *ciencia cultural del Estado*. Pretende evitar todo normacentrismo ‘puro’, pues de los textos normativos no se pueden derivar las realidades socio-culturales, es decir, al lado del *texto* como tal hay que evaluar siempre el *contexto*, en forma de las respectivas precondiciones y consecuencias políticas, económicas, sociales, ambientales, *etc.* En ello, se consideran cardinales las siguientes aproximaciones metodológicas: primero, la *Teoría de la gran transformación* que ofrece entender el nacimiento del constitucionalismo moderno en una de las tres rupturas fundamentales de la historia mundial, ocurrida alrededor de 1800 y solo comparable en su profundidad con la Revolución neolítica de aproximadamente 10.000 a.C.

⁷ MIGUEL ARTOLA, *Constitucionalismo en la historia*, Barcelona, Crítica, 2005; BERNARDINO BRAVO L., *Constitución y reconstitución, Historia del Estado en Iberoamérica, 1511-2009*, Santiago, A. Perrot, 2010; HANS FENSKE, *Der moderne Verfassungsstaat*, Paderborn, Schöningh, 2001; MAURIZIO FIORAVANTI, *Constitución, De la antigüedad a nuestros días*, 2ª reimpr., Madrid, Trotta, 2011; ROBERTO GARGARELLA, *La sala de máquinas de la Constitución*, Buenos Aires, Katz, 2014; ANITA PRETTENTHALER, *Verfassungsgeschichte Europas*, Darmstadt, WBG, 2013; WOLFGANG REINHARD, *Geschichte der Staatsgewalt*, 2ª ed., Múnich, Beck, 2000.

y la Revolución estatal de cerca de 3000 a.C.⁸; segundo, la *distinción fundamental entre el proto-constitucionalismo* del Antiguo Régimen (hasta 1775) y el *constitucionalismo moderno* a partir de esta ruptura sistémica (desde 1776); tercero, la *Escuela socio-cultural y transnacional de la Historia del Derecho*⁹; cuarto, la compleja *dinámica de difusión y variación* de un nuevo modelo de Estado en el espacio planetario; quinto, la idea de ciertas *familias jurídicas* del derecho público; y sexto, la visión del constitucionalismo moderno como un *sistema de valores* con base en veinte *indicadores de transformación*.

El grupo *CC - Constitucionalismo Comparado* incluye en sus análisis el derecho administrativo que puede verse como el “derecho constitucional concretizado”¹⁰. Sin revisar estas precisiones, muchas normas del derecho constitucional no son entendibles en su diseño y significado concreto. De igual forma, se incorpora el derecho penal en la medida en la que afecta a los derechos constitucionales, en particular el derecho penal político (las normas antiterroristas, *etc.*).

a) *Derecho público comparado*

En consecuencia, juegan un papel los debates contemporáneos del *derecho comparado*¹¹. Distanciándose del enfoque en un mero apoyo a la práctica jurídica y superando simplificaciones *plagiadoras* al estilo de *copiar y pegar* normas, la bibliografía especializada ha planteado varias ofertas conceptuales. En vez de las propuestas acentuadamente jerárquicas y mecanicistas –como el *trasplante jurídico* o los *lugares de producción y recepción*¹²–, pero tomando en serio modelos como la *transferencia, migración, circulación y fluctuación* de conceptos jurídicos en forma de normas, jurisprudencia, bibliografía, visitas y estudios en el exterior, la escuela de *CC - Constitucionalismo Comparado* considera adecuado partir de los fenómenos de la *difusión y transculturación* de patrones del derecho en el espacio global¹³. Es cierto que en contextos bélicos ocurrieron implantes consti-

⁸ Básico: STEFERLE, *El camino especial de Europa*, *op. cit.*, págs. 1-92. Comp. JÜRGEN OSTERHAMMEL, *The Transformation of the World, A Global History of the 19th Century*, Princeton, Univ. Press, 2014 (título original en alemán: *Die Verwandlung der Welt*, Múnich, Beck, 2009).

⁹ Véase el subcapítulo 1.A.b. de esta introducción.

¹⁰ MARTIN IBLER, “Derecho administrativo como derecho constitucional concretizado”, en revista *Res Pública*, núm. 2, Bogotá, Univ. Santo Tomás, 2010, págs. 35-47.

¹¹ Obras clásicas con un enfoque civilista: RENÉ DAVID & CAMILLE JAUFFRET, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 11ª ed., México, UNAM, 2010 (título original en francés: *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11ª ed., París, Dalloz, 2002); KONRAD ZWIEGERT & HEIN KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., Oxford, Univ. Press, 1998 (título original en alemán: *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 1996).

¹² ALAN WATSON, *Legal Transplants*, 2ª ed., Athens, Univ. of Georgia, 1993, págs. 21 y ss; DIEGO E. LÓPEZ M., *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis, 2004, págs. 15 y ss.

¹³ Comp. con enfoques diferentes: BOGDANDY, *Ins Constitutionale Commune Latinoamericanum conceptual*, *op. cit.*, págs. 1-24; WILHELM BRAUNEDER, “Transfer europäischer Rechtsnormen”, en portal *Europäische Geschichte Online*, Maguncia, LI, de 14.2.2017, <http://ieg-ego.eu/de/threads/europa-und-die-welt/herrschaft/transfer-europaeischer-rechtsnormen> (9.4.2019); SUJIT CHOUDHRY (Ed.), *The Migration of Constitu-*

tucionales muy jerárquicos –el caso más extremo fue la constitución de Japón de 1946, redactada por los vencedores estadounidenses–, pero en el mundo posbélico y poscolonial predominan cada vez más los modelos horizontales. Típicamente, pueden observarse *olas de difusión* en contextos transnacionales, incluyendo *contra-olas* y *contra-contra-olas*, bajo procesos de mutación, aprendizaje y corrección, por supuesto incluyendo la posibilidad de países en el papel de casos atípicos de las tendencias de su respectivo entorno¹⁴. En ello, nadie es solamente receptor de algo prefabricado, sino siempre hay procesos complejos del intercambio cultural, tanto entre la cultura del pasado y la del futuro como en cuanto a las culturas zonales diversificadas. La evolución y corrección no es excepcional sino normal. No obstante, si el país ‘A’ observa intensamente al país ‘B’, esto no ocurre necesariamente en la otra dirección con la misma intensidad: en Occidente, no es ningún gran secreto que EE.UU., Francia, Alemania e Italia son los cuatro países más observados. Sin embargo, en vez de limitarse a un puro eurocentrismo u occidentalismo, el derecho comparado debe abrirse también al mundo no occidental¹⁵. De igual forma, hay que aclarar que los círculos, familias y sistemas jurídicos considerados como ‘clásicos’ –por ejemplo, el romano, germánico, anglosajón o nórdico–, son precisamente familias del derecho civil, mientras el derecho constitucional muestra una lógica geopolítica diferente, incluyendo una familia constitucional latinoamericana con un perfil propio.

El grupo *CC - Constitucionalismo Comparado* considera el constitucionalismo como un elemento clave del mundo moderno, con raíces en la *gran transformación* occidental que reemplazó, a partir de aproximadamente 1800, el cosmos agrario-preindustrial por el modelo político-jurídico y social de la *doble-revolución ilustrada e industrial* y, en particular, se sustituyó el antiguo modelo estándar de la monarquía dinástica por el nuevo modelo ideal del *Estado constitucional republicano-democrático*, precisamente en la variación lograda en el siglo XX, que el grupo denomina el *Estado constitucional democrático social-ambiental*. Se identifica el punto de partida en las tres grandes revoluciones ilustradas

tional Ideas, Cambridge, Univ. Press, 2011; RAN HIRSCHL, *Comparative Matters*, Oxford, Univ. Press, 2014; LENA FOIJANTY, “Legal Transfers as Processes of Cultural Translation”, en revista *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, núm. 2, Baden Baden, Nomos, 2015, págs. 89-107; UWE KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, Múnich, Beck, 2015; LUCIO PEGORARO, *Derecho constitucional comparado*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2016; ANDRÉS A. RODRÍGUEZ V., *La circulation des modèles juridiques*, Grenoble, Univ. (tesis doctoral), 2015, págs. 147 y ss, 472 y ss; HANS SCHLOSSER, *Neuere Europäische Rechtsgeschichte*, 2ª ed., Múnich, Beck, 2014, pág. 8; MICHAEL STOLLEIS, “Transfer normativer Ordnungen”, en revista *Rechtsgeschichte, Legal History*, núm. 20, Fráncfort, Klostermann, 2012, págs. 72-84; MARK TUSHNET, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Elgar, 2014.

¹⁴ Todavía una inspiración (aunque con evaluaciones problemáticas en los detalles): SAMUEL P. HUNTINGTON, *The Third Wave, Democratization in the late 20th Century*, Norman, Univ. of Oklahoma, 1991.

¹⁵ Justificación de la nueva *perspectiva global* en la historia del derecho: THOMAS DUVE, “Global Legal History, A Methodological Approach”, en *Research Paper Series*, núm. 4, Fráncfort, MPI for Europ. Legal History, 2016, págs. 1-23, 2 y ss. Véase también: PHILIP C. MCCARTY, “Globalizing Legal History”, en revista *Rechtsgeschichte, Legal History*, núm. 22, Fráncfort, Klostermann, 2014, págs. 283-291.

originarias del medio siglo entre 1776 y 1825 –la norteamericana, la francesa y la hispanoamericana– que iniciaron una dinámica compleja de por lo menos *siete olas* de difusión y mutación que se transmitieron en complejos movimientos de expansión, sincronización, corrección y transculturación en el espacio global, a saber¹⁶:

LAS SIETE OLAS DE TRANSFORMACIÓN (1776 - 2019)				
	LAS OLAS	ÉPOCA	PERFIL	FACTORES DE SINCRONIZACIÓN
Fase de la cuestión liberal	Primera ola de transformación	1776 - 1825	Transformación originaria	<ul style="list-style-type: none"> • Atractivo de la Ilustración política • Revoluciones ilustradas • Crisis del antiguo régimen
	Segunda ola de transformación	1848 - 1865	Alto liberalismo	<ul style="list-style-type: none"> • Movimiento liberal transnacional
	Tercera ola de transformación	1870 - 1911	Alto nacionalismo	<ul style="list-style-type: none"> • Estímulo de la transformación francesa
Fase de la cuestión social y ambiental	Cuarta ola de transformación	1917 - 1940	Constitucionalismo socialdemócrata	<ul style="list-style-type: none"> • Primera Guerra Mundial • Sociedad industrial • Revoluciones sociales
	Quinta ola de transformación	1945 - 1973	Estado social de derecho	<ul style="list-style-type: none"> • Segunda Guerra Mundial • Guerra Fría • Segunda revolución fósil-energética • Consumismo masivo
	Sexta ola de transformación	1974 - 1991	Constitucionalismo tridimensional liberal-social-ambiental	<ul style="list-style-type: none"> • Democratización mediterránea y redemocratización latinoamericana • Revolución ecológica
	Séptima ola de transformación	1989 - 1991	"	<ul style="list-style-type: none"> • Transición del comunismo soviético

Tabla 1

Entre la tercera y la cuarta ola ocurrió un cambio cualitativo importante. Mientras en el siglo anterior la controversia determinante fue la *cuestión liberal*, a partir de 1917 la *cuestión social* se convirtió en el desafío del primer rango, finalmente complementada por la *cuestión ambiental*.

En una evaluación estructural y sistémica, pueden caracterizarse los dos siglos y cuatro decenios de la *gran transformación* por la competencia entre nueve grandes sistemas políticos y jurídicos con características propias. Si se dejan aparte tanto las *sociedades*

¹⁶ Véase en detalle: MARQUARDT, *Teoría integral del Estado, Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*, t. 2, *op. cit.*, págs. 273-276, 437-531. Para América Latina son seis olas: ID., *Historia constitucional comparada de Iberoamérica, Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, *op. cit.*, págs. 64 y s.

des pre-estatales en proceso de extinción –sin olvidar que las mismas ocuparon más de la mitad del planeta hacia la mitad del siglo XIX– como los *Reinos dinásticos tradicionales* en proceso de desaparición completa, quedan *siete sistemas estatales modernos*¹⁷:

1. La *monarquía autocrática moderna* –fuerte en Europa entre 1804 y 1918–.
2. El *Estado constitucional republicano-democrático de tipo liberal* –proveniente de las revoluciones americanas entre 1776 y 1825 y actualmente conservado en EE.UU.–
3. La *monarquía liberal* o social-liberal –en los *dominios* británicos y, desde la Primera Guerra Mundial, en las monarquías restantes de Europa–.
4. La *autocracia republicana* –en los años 30 en grandes partes de Europa, en los años 70 en partes significativas de América Latina y en la actualidad en el África subsahariana, los Estados islámicos y Rusia–.
5. La *democracia popular comunista* –de 1918 a 1991 en Rusia y actualmente en la sinósfera cultural y Cuba–.
6. El *Estado constitucional democrático-social-ambiental* –el modelo normal en Europa y América Latina desde las Guerras Mundiales–.
7. La *demo-autocracia híbrida* –en casos ambiguos como la India con su no decisión eficaz entre el constitucionalismo y el derecho hindú–.

Con base en la interpretación del constitucionalismo moderno como un *sistema de valores*, pueden elaborarse *criterios cualitativos de transformación*, según el fin de evaluar el lugar de los Estados particulares en momentos precisos de la historia mundial moderna. A continuación, se quiere presentar, con fundamento en el análisis de más de 600 fuentes primarias¹⁸, un modelo comparativo que contiene veinte indicadores principales para evaluar cualitativamente la introducción, evolución y difusión global de la estatalidad constitucional. En esto, se distinguen entre el *largo siglo XIX* (1776-1916) con la predominancia de controversias sobre los valores liberales y el *siglo desde 1917* como la era del complemento pluralista con valores sociales y ambientales. Para el primero, se proponen trece indicadores de transformación, mientras al segundo se suman siete criterios cualitativos adicionales¹⁹:

¹⁷ Comp. MARQUARDT, *Teoría integral del Estado, Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*, t. 2, *op. cit.*, págs. 437-531.

¹⁸ Véase la lista de las fuentes primarias citadas en MARQUARDT, *Teoría integral del Estado, Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*, t. 2, *op. cit.*, págs. 721-737 e ÍD., *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, *op. cit.*, págs. 663-694.

¹⁹ Comp. MARQUARDT, *Teoría integral del Estado, Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*, t. 2, *op. cit.*, págs. 312 y ss. Versión anterior: ÍD., *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, *op. cit.*, págs. 42 y ss. Primera versión del 2009 en: ÍD., *La ciencia del constitucionalismo comparado*, *op. cit.*, págs. 23 y s.

Criterios cualitativos de transformación liberal del largo siglo XIX (1776-1916):

- 1) El autovínculo normativo del poder estatal por una *constitución formal* al estilo de una *codificación completa y transparente* del derecho político.
- 2) El *republicanismo* en lugar de la monarquía dinástica del antiguo régimen.
- 3) El reconocimiento de los derechos humanos –con base en el derecho natural– como *derechos fundamentales*.
- 4) La especial garantía del derecho a la vida, es decir, la *abolición de la pena de muerte*.
- 5) El reconocimiento de la *pertenencia inmediata e igualitaria de la persona a la nación* post-estamental, sin exceptuar ni los ex esclavos liberados ni las *minorías* religiosas y étnicas, por ejemplo, los judíos europeos y los indígenas americanos.
- 6) La creación de una *democracia electoral material* con la competición entre, por lo menos, dos opciones de un perfil propio, basada en la inclusión del pueblo en el proceso político mediante el *sufragio universal masculino*.
- 7) El desarrollo de un modelo de la *separación horizontal de poderes* con un *balance equilibrado* entre los dos poderes más políticos: el ejecutivo y el legislativo. Esto es típicamente violado, si la rama ejecutiva se apropia de un papel predominante en la normativización.
- 8) Un *jefe de Estado refrenado* temporal e institucionalmente. Entre los subindicadores se encuentran especialmente:
 - a. los cambios de gobierno en la forma establecida en la constitución;
 - b. en ciclos adecuados y cortos (por ejemplo, de cuatro años);
 - c. bajo la responsabilidad por lo menos en caso de delitos.
- 9) El *control judicial*, es decir, la realización de la supremacía constitucional a través de la posibilidad del ciudadano de defender los valores máximos –en particular, los derechos fundamentales– ante la corte suprema o constitucional.
- 10) La *separación vertical de poderes* por el federalismo o regionalismo con sus opciones extendidas de la participación y de la inclusión de la oposición en la responsabilidad política.
- 11) La *emancipación* del Estado del poder de organizaciones supranacionales *religiosas* como la Iglesia católica.
- 12) La eficacia del Estado protector y su habilidad a garantizar la *paz interna* y seguridad colectiva.
- 13) La *vigencia* de la constitución durante un periodo *real*, es decir, la misma no fracasa inmediatamente y tampoco es un mero texto semántico y fingido.

Además: DAVID E. LLINÁS A., *Constitución y ética constitucional, Bosquejo de una propuesta de constitucionalismo cosmopolita desde una concepción cultural de los derechos*, Bogotá, Ibáñez, 2019, págs. 51 y ss.

Criterios cualitativos adicionales de la transformación social y ambiental del siglo desde 1917:

- 14) La realización de la *igualdad entre los géneros*, especialmente por medio del sufragio femenino y la despatriarcalización del derecho civil.
- 15) La inviolabilidad eficaz del *núcleo constitucional*, es decir, la *no elusión* por las nuevas estrategias del estado de sitio y de las facultades especiales; además, la renuncia a intervenciones anti-democráticas en forma de prohibiciones de partidos políticos indeseados.
- 16) El *constitucionalismo social* para garantizar la seguridad y justicia socioeconómica contra los riesgos del empobrecimiento y de la marginación en la sociedad industrial.
- 17) El *constitucionalismo económico* con el fin de promover y acelerar la transformación industrial.
- 18) Desde 1945, la habilidad de *cooperar pacíficamente* en el ámbito internacional.
- 19) Desde la década de 1970, el *constitucionalismo ecológico*, orientado a la sostenibilidad y la viabilización del futuro de la sociedad industrial, reconociendo los límites ecosistémicos de las actividades humanas en un planeta limitado.
- 20) Desde los años 1980, la subordinación material bajo una *jurisdicción supranacional* en derechos humanos, como la del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana.

Los veinte componentes cualitativos del constitucionalismo moderno se han impuesto en la mayoría de los Estados occidentales, pero en momentos y ritmos diferentes. Cabe destacar que el criterio más básico, el de elaborar una constitución formal escrita, faltaba en 1775 en *todo* el mundo, pero en 2019 solo en tres de los 197 Estados del planeta (Gran Bretaña, Nueva Zelanda e Israel), alcanzando a Virginia en 1776, a Francia en 1791, a España en 1808, a Colombia en 1810, a Baviera en 1818, a Portugal en 1822, al Perú en 1823, a México en 1824, a Paraguay en 1844, a Dinamarca en 1849, a Prusia en 1850, a Austria en 1867, a Bulgaria en 1879, a Rusia en 1906, a Hungría en 1949, al Sultanado árabe de Omán en 1996 y al Reino budista de Bután en 2008²⁰. Para plantear un ejemplo llamativo en la esfera del quinto criterio, los judíos tuvieron que esperar su liberación –después del papel precursor de la Revolución francesa de 1791, que se realizó en un Estado casi sin judíos– en Wurtemberg hasta 1828, en Bélgica hasta 1830, en Suecia hasta 1838, en Gran Bretaña hasta 1858, en Austria y Hungría hasta 1867, en Prusia hasta 1869, en Italia hasta 1870, en Rusia hasta 1917, en Polonia hasta 1921, en Rumania hasta 1923 y en España hasta 1924, para ser integrados completamente a la respectiva comunidad nacional de ciudadanos, lo que se suprimió en la contra-ola del dominio fascista en casi toda la Europa a partir de 1933/1941, es decir, los sobrevivientes del *judeocidio* nazi recibieron la ciudadanía

²⁰ Véase los textos constitucionales señalados en la penúltima nota a pie de página.

definitivamente a partir de 1945²¹. En cuanto a la posibilidad del noveno criterio de amparar los derechos fundamentales, hay que indicar el experimento líder cundimarqués de 1811 y el papel precursor del Estado mexicano de Yucatán en 1841, seguido por Colombia en 1853, México en 1857, Austria en 1867, EE.UU. en 1871, Suiza en 1874, Checoslovaquia en 1920, Alemania en 1951, Italia en 1955 y España en 1980²². A veces, el orden de países puede sorprender al lector, por ejemplo en cuanto al papel precursor de Hispanoamérica en la abolición de la pena de muerte y la introducción de la justicia constitucional.

Es preciso señalar que el Estado constitucional nació en la civilización occidental-europea y pudo desarrollarse en la forma más completa adentro de una geografía compuesta por las Américas, Europa occidental y Australia-Nueva Zelanda. En el sentido de que este modelo estimuló a todo el mundo a enfrentarse en el uno u otro sentido con el mismo, puede hablarse de un nuevo modelo universal que se difundió hacia los lugares más lejanos. Sin embargo, no deben ignorarse las variaciones significativas en el proceso de la transculturación mundial. Si se aplican los veinte indicadores de transformación en Asia o África, fácilmente estas variaciones parecen como un déficit a gran escala, aunque las mismas pueden ser adecuadas para la respectiva cultura estatal no europea, especialmente en caso de una larga tradición cultural propia, como en Egipto o China²³. En este sentido, es importante no entrar a la trampa del *universalismo intolerante* de la Ilustración misma –que ha formulado un programa de imponerse uniformemente en el mundo bajo la eliminación de todo desarrollo alternativo–, pues visto empíricamente, los constructos de justicia muestran una clara fundamentación y retroalimentación tan cultural como sistémica. En este sentido, se recomienda aplicar los veinte criterios cualitativos solamente para comparaciones dentro del círculo cultural de ‘Occidente’, pero sin extenderlos burdamente a los demás cinco sextos de la población mundial.

b) *La Historia del Derecho en perspectiva socio-cultural y transnacional*

Para la temática iushistórica del presente libro, parece trascendental precisar los rasgos teórico-metodológicos esbozados por la *Escuela socio-cultural y transnacional de la Historia del Derecho*. La denominación proviene del director de *CC- Constitucionalismo*

²¹ Al respecto: MARQUARDT, *Teoría integral del Estado, Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*, t. 2, *op. cit.*, págs. 313 y s.

²² Comp. MARQUARDT, *Teoría integral del Estado, Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*, t. 2, *op. cit.*, págs. 291 y ss.

²³ Sobre la problemática oriental: BERND MARQUARDT, *El Estado moderno en Asia y África del Norte (1500-2014)*, Bogotá, UNAL, 2014, págs. 208 y ss, 300 y ss; ÍD., *Derechos humanos y fundamentales, Una historia del derecho ¿Valores universales o hegemonía moral de occidente?* Bogotá, Ibáñez, 2015, págs. 181-205.

Comparado que la ha planteado desde 2011²⁴, pero entre los impulsores hay que indicar tanto el *Instituto Max Planck para la Historia Europea del Derecho* en Fráncfort del Meno – en particular bajo la dirección de MICHAEL STOLLEIS y THOMAS DUVE– como la escuela suiza del cambio del milenio²⁵. En este ámbito, se ha diseñado el ideal de un tipo pluralista, interdisciplinario, internacional y contextualizante del historiador del derecho que actúa en el polígono entre el derecho, la historia, lo socioeconómico, la cultura, lo ambiental y la política. Se pretende analizar las dimensiones históricas del desarrollo jurídico bajo la premisa de la necesidad de contextualizar el derecho según sus precondiciones y efectos en la sociedad y cultura concreta, incluyendo una mirada transnacional y comparada. En este marco, la *Escuela socio-cultural y transnacional* se opone al enfoque unilateral en las normas como tales y analiza la relación entre norma y realidad al estilo de una *sociología histórica y ciencia cultural*. La finalidad es la autenticidad y transparencia máxima viable. De todas maneras, el fin pedagógico de los llamados *fundamentos del derecho*, debería ser el jurista crítico que puede analizar una variedad de sistemas de derecho con la distancia y seguridad adecuada.

Con respecto a las otras escuelas iushistóricas más antiguas –como las *Instituciones del derecho romano*²⁶ o el nacionalismo de la *Escuela del derecho germánico*–, la *Escuela socio-cultural y transnacional de la Historia del Derecho* pretende superar seis cargas heredadas: primero, la orientación unilateralmente civilista; segundo, el enfoque aislado en la respectiva historia patria particular; tercero, el norma-centrismo descontextualizado; cuarto, la no-metodología, es decir, el mito de lo objetivo y descriptivo de la historiografía; quinto, la supuesta finalidad de un mero apoyo a la dogmática y doctrina jurídica; y sexto, la invisibilidad de las grandes transformaciones. Una visión central de la

²⁴ De modo detallado en: MARQUARDT, *Historia del derecho de Hispanoamérica en perspectiva transnacional y socio-cultural*, *op. cit.*, págs. 31-86. Por primera vez de modo explícito en: ÍD., *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010)*, t. 1, Bogotá, UNAL, 2011, pág. 22.

²⁵ Sobre los métodos en la tradición centroeuropea: PIO CARONI, *La soledad del historiador del derecho*, 2ª ed., Madrid, Univ. Carlos III, 2014 (título original en alemán de 2005); THOMAS DUVE, “European Legal History, Concepts, Methods, Challenges”, en ÍD. (Ed.), *Entanglements in Legal History*, Fráncfort, MPI for European Legal History, 2014, págs. 29-66; ÍD., *Global Legal History, A Methodological Approach*, *op. cit.*; CLAUDIETTER SCHOTT, “Die Rechtsgeschichte, Restposten eines verstaubten Bildungsideals?” en revista *Plädoyer*, núm. 4, Zürich, Plädoyer, 1999, págs. 30-31; MICHAEL STOLLEIS, “Methode der Rechtsgeschichte”, en ALBRECHT CORDES *et al.* (Eds.), *Handwörterbuch zur dt. Rechtsgeschichte*, t. 3, 2ª ed., Berlín, Schmidt, 2016, págs. 1475-1483. Debates en el mundo hispanoparlante: ANDRÉS BOTERO B., “Presupuestos epistemológicos y metodológicos de la iushistoria”, en *Precedente, Anuario jurídico*, Cali, Univ. Icesi, 2010, págs. 45-70; RICARDO M. FONSECA, *Introducción teórica a la historia del derecho*, Madrid, Univ. Carlos III, 2012; JULIO M. LONDOÑO H., *Teoría de la historia del derecho en Colombia*, Bogotá, Univ. Javeriana, 2014; MAGDALENA MARTÍNEZ A., *Historia del Derecho, Una reflexión sobre el concepto y el método*, Alicante, Univ., 2012; DANIEL SANDOVAL C., “Apuntes para una metodología de la historia crítica del derecho”, en *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, núm. 109, Belo Horizonte, Univ. Federal, 2014, págs. 139-175.

²⁶ Comp. p. ej. FABIO ESPITIA G., *Historia del derecho romano*, 5ª ed., Bogotá, Univ. Externado, 2016.

escuela propuesta, reside en la apertura *mundial*—en vez de los enfoques nacional, europeo²⁷ u occidental—.

A diferencia del civilismo de las *Instituciones del derecho romano*, se amplía la orientación por el análisis del derecho público, dedicándose con la misma atención y profundidad al derecho constitucional, administrativo²⁸, internacional público²⁹ y penal³⁰. De igual forma, son relevantes la historia de la legislación y de la organización judicial, así como los análisis de la jurisprudencia histórica y de la actuación de los jueces y legisladores.

En ello, la *Escuela socio-cultural y transnacional de la Historia del Derecho* se abre a los debates metodológicos de la historia general, teniendo en cuenta, primero, la *historia de sociedad* o social inspirada por la ciencia hermana de la sociología, la teoría de modernización y la teoría de sistemas —bajo una sensibilidad para las injusticias sociales y la intención de visibilizar la influencia estructural de poderes económicos³¹—; segundo, se señala la *nueva historia cultural* conectada con la antropología que pretende entender las culturas del pasado según sus condiciones propias y diversificadas en vez de lamentar meros defectos de una progresión denominada modernización³². Originalmente, la historia cultural se opuso a la social, pero finalmente predomina una síntesis combinada de ambas. Tercero, se indica la *historia de las mentalidades* derivada de la psicología social que busca acercarse a los autoconceptos, actitudes, valores y comportamientos de una época; cuarto, se alude la *historia ambiental* que combina la historia con enfoques de las ciencias naturales y pregunta por las interacciones entre naturaleza y sociedad en una cierta época, analizando precondiciones y limitaciones que resultan de la esfera socio-ambiental o examinando el impacto de la actividad humana en el ambiente³³; y quinto, se apunta la *historia política* relacionada con las ramas de las ciencias políticas, por ejemplo, en términos institucionales, democráticas e internacionales. Especialmente el lector jurídico debe repensar que ninguna obra histórica es simplemente des-

²⁷ Obras con un enfoque europeo: PAOLO GROSSI, *Europa y el derecho*, Barcelona, Crítica, 2008 (título original en italiano de 2007); HANS HATTENHAUER, *Europäische Rechtsgeschichte*, 4ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2004; RANDALL LESAFFER, *European Legal History, A Cultural and Political Perspective*, Cambridge, Univ. Press, 2009; HEIKKI PIHLAJAMÄKI et al. (Eds.), *The Oxford Handbook of European Legal History*, Oxford, Univ. Press, 2018; SCHLOSSER, *Neuere Europäische Rechtsgeschichte*, op. cit.

²⁸ Básico: MICHAEL STOLLEIS, *Introducción al derecho público alemán (siglos XVI-XXI)*, Madrid, Marcial Pons, 2018 (título original en alemán de 2014, mejor: la versión detallada en cuatro tomos publicado en alemán y, parcialmente, en inglés).

²⁹ Véase BARDO FASSBENDER & ANNE PETERS (Eds.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, Univ. Press, 2012.

³⁰ Metodológicamente actual: THOMAS VORMBAUM, *A Modern History of German Criminal Law*, Berlín, Springer, 2014 (título original en alemán actualizado de 2016).

³¹ Profundo: HANS U. WEHLER, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, 5 t., Múnich, Beck, 1996-2009.

³² Comp. PETER BURKE, *¿Qué es la historia cultural?* Barcelona, Paidós, 2006 (título original en inglés de 2004), págs. 47 y ss, 97 y ss, 125 y ss.

³³ Fundamental: SIEFERLE, *El camino especial*, op. cit., págs. 1-92.

criptiva, sino llena de premisas metodológicas que son relevantes para el resultado de interpretación.

Además, para las últimas fases de la historia del derecho, después de 1950, se consideran relevantes los debates de la *historia jurídica del tiempo reciente* que tienen en cuenta la distancia reducida del observador más involucrado y el carácter político del tema investigado que todavía es un asunto ‘caliente’. En particular, esta rama se dedica a revisar experiencias traumáticas como la estatalidad criminal en los regímenes dictatoriales y de estado de sitio³⁴. El gran logro general fue abrir la historia del derecho a la perspectiva del *lado oscuro del derecho*, rompiendo con la tradicional santificación unilateral del objeto de estudio.

Como todas las ciencias históricas, también la historia del derecho trabaja primordialmente con fuentes primarias. Entran por ejemplo constituciones, leyes y sentencias históricas, pero también materiales no jurídicos como la prensa histórica, además fuentes no textuales como excavaciones arqueológicas e imágenes históricas. Toda fuente primaria debe ser estudiada de modo crítico, decodificándola para el lector del presente, teniendo en cuenta expresiones difíciles y la posibilidad de exageraciones, omisiones, falsificaciones y fachadas maquilladas. La confirmación múltiple de la respectiva información –según la regla de orientación en las tres fuentes independientes– es altamente recomendable para evitar errores de interpretación. En cuanto a la bibliografía secundaria, el grupo se enfoca en estándares cualitativos como lo actual, lo especializado y lo completo, teniendo en cuenta los idiomas principales de la ciencia occidental, es decir, al lado del castellano también el alemán, francés, inglés e italiano.

Aparte del encuentro transnacional en el *Instituto Max Planck* de Fráncfort del Meno, la historia del derecho está todavía dividida en varias familias lingüísticas que no siempre se comunican suficientemente entre sí. En cuanto a América Latina, se observan las tradiciones más fuertes de la historia del derecho en México y Chile³⁵. En el contexto colombiano, cabe destacar las siguientes debilidades particulares: primero, grandes partes de la escuela de los indianistas continúan analizando el ‘derecho indiano’ según los mitos de la *leyenda negra* y de modo institucional, análogamente a la

³⁴ Comp. BERND MARQUARDT, “La justicia y el derecho en la injusticia”, en ÍD (Ed.), *El Estado constitucional de los valores (Anuario V de CC - Constitucionalismo Comparado)*, Bogotá, Ibáñez, 2015, págs. 23-140; MARCELA P. BORJA A., “El avance de los estudios del derecho hacia la historia del tiempo presente”, en MARQUARDT, *El Estado constitucional de los valores (Anuario V de CC - Constitucionalismo Comparado)*, op. cit., págs. 141-164; MARCEL SENN & LUKAS GSCHWEND, *Rechtsgeschichte II, Juristische Zeitsgeschichte*, 3ª ed., Zürich, Schulthess, 2010, págs. 1 y ss; THOMAS VORMBAUM, *Juristische Zeitsgeschichte*, Berlín, Lit, 2011, págs. 3 y ss.

³⁵ Véase p. ej. BEATRIZ BERNAL G., *Historia del derecho*, México, UNAM, 2010; BRAVO L., *Constitución y reconstitución*, op. cit.; GUILLERMO F. MARGADANT, *Panorama de la historia universal del derecho*, 6ª reimpr. de la 7ª ed., México, Porrúa, 2013; JUAN P. PAMPILLO B., *Historia general del derecho*, México, Oxford Univ. Press, 2008; JOSÉ L. SOBERANES F., *Historia del derecho mexicano*, 4ª reimpr. de la 2ª ed., México, Porrúa, 2015; *Revistas chilena & mexicana de historia del derecho* (antes anuario).

escuela romanista; segundo, se observan autores que deducen realidades históricas de las abstractas teorías filosóficas y sociológicas que son proyectadas al pasado sin verdadera revisión de la base empírica en las fuentes primarias; tercero, a veces se oculta la escasez del estudio de las fuentes primarias a través de una retórica bombástica y extravagante, tomando FOUCAULT como el gran modelo estilístico; cuarto, hay una hegemonía conservada de la historia patria y del normacentrismo en múltiples libros dedicados a la historia constitucional³⁶; quinto, el empeoramiento cualitativo dirigido por *Coliencias* y su sistema de evaluación cuantitativa de la ciencia, afecta también a la historia del derecho, pues la impulsada cooperación desastrosa entre cazadores de puntos y jurados permisivos, lleva a la masificación de trabajos flojos sin mucha calidad analítica ni perfil innovador que resumen y recalientan perspectivas selectivas bien conocidas o, de modo negligente, incluso visiones ya superadas.

B) LAS SIETE LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN Y SUS LOGROS

El Grupo de Investigación *CC - Constitucionalismo Comparado* tiene un perfil interdisciplinario e interuniversitario. En el transcurso del tiempo, han participado más de 50 integrantes, de los cuales varios miembros primarios muestran el perfil de profesores e investigadores en Universidades como la Nacional de Colombia, Bosque y Santo Tomás. De los 27 miembros actuales, siete cuentan con el título de doctorado y seis son candidatos a doctor. El grupo se define como abierto para todo científico con intereses en el derecho público y su historia, capacidades analíticas elevadas, visiones ambiciosas de un mundo justo, con curiosidad para investigar, con la disciplina real para escribir, la tolerancia para admitir la opinión del otro, la apertura hacia otras culturas y la solidaridad dentro de un conjunto organizado. Es cierto que el control interno de las ofertas de publicación es muy estricto, pero seguimos el ideal de educar en vez de rechazar, es decir, formamos activamente a nuestros investigadores jóvenes y trabajamos conjuntamente en hacer publicables los textos de talentos prometedores.

Los miembros actuales se encuentran activos en un total de siete líneas de investigación:

1) *La ciencia del constitucionalismo comparado y su metodología*

La misma se dedica al derecho comparado en las dimensiones del tiempo y del espacio, a la teoría de la *gran transformación*, a los indicadores de transformación, a las características generales del Estado constitucional moderno, a la tensión estructural entre texto y contexto, norma y realidad (sociología jurídica y ciencia social histórica), mirando tanto a las diferencias entre Europa y América, así

³⁶ Panorama detallado en: MARQUARDT, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica, op. cit.*, págs. 6 y ss.

como entre Oriente y Occidente. Como línea transversal, se conecta con las demás líneas.

Líder de la línea 1: Prof. Dr. BERND MARQUARDT.

2) *El Estado moderno: teoría e historia*

Partiendo de la teoría sociocultural y transnacional del Estado, se investiga el Estado proto-constitucional de la *Modernidad Temprana*, la *gran transformación* (1776-1825), el Estado de la doble-revolución ilustrada e industrial, los nuevos modelos políticos-jurídicos e incluyendo el Estado constitucional republicano-democrático, la Monarquía constitucional, la autocracia republicana, la democracia popular y el Estado constitucional democrático-social-ambiental. Una sublínea se enfoca en el Estado legislador y su evolución histórica (historia del derecho).

Líder de la línea 2: Prof. Mg. DAVID ERNESTO LLINÁS ALFARO.

3) *Democracia y Estado de Derecho*

La tercera línea trabaja con el constitucionalismo liberal de la llamada primera generación, incluyendo las teorías de la democracia, las estrategias de legitimación (soberanía popular), la democracia electoral, las teorías idealistas de la democracia, el parlamentarismo, el presidencialismo, el Estado de derecho formal (legalismo técnico), el Estado de Derecho material, la negación por parte del anti-constitucionalismo y, por supuesto, los derechos fundamentales de tipo liberal, inclusive las garantías penales y los derechos de género. Bajo el líder actual, se ha ampliado el enfoque en términos de la historia del derecho administrativo.

Líder de la línea 3: Prof. Mg. JOSÉ MANUEL SUÁREZ DELGADO.

Líder de la sublínea 3a *Garantías penales*:

Prof. Dra. AURA HELENA PEÑAS FELIZZOLA.

4) *Constitucionalismo social y ambiental*

La cuarta línea analiza el constitucionalismo social (desde 1917), el constitucionalismo ambiental (desde 1971) y el respectivo derecho administrativo; de tal manera, ingresan aquí los derechos fundamentales de la llamada segunda a tercera generación, además el derecho al desarrollo. Se incluyen los derechos de las minorías étnicas.

Líderes de la línea 4: Prof. CARLOS ANDRÉS PÉREZ-GARZÓN (social)
& Prof. Mg. EDUARDO ROMERO RODRÍGUEZ (ambiental).

5) *Constitucionalismo y paz*

Esta línea examina la teoría de la paz positiva, el concepto de promover la paz a través del derecho (teoría, historia y sociología), la pacificación fundamental en el *ius contra bellum* internacional, además las formas de la justicia transicional. La

líder de la línea ha desarrollado un enfoque propio de la pazología, bajo la denominación *Escuela sociocultural de la paz pedagógica*.

Líder de la línea 5: Prof. Dra. MARIELA INÉS SÁNCHEZ CARDONA.

Líder de la sublínea 5a *Derecho y memoria*:

Prof. Mg. MARCELA PATRICIA BORJA ALVARADO.

6) *Justicia constitucional*

Se tematizan el *judicial review*, el amparo constitucional y el ascenso de la justicia constitucional al rango de un verdadero tercer poder garantista o incluso un supra-poder moderador. Esta línea ha tematizado la labor de control desplegada por la Corte Constitucional colombiana desde 1992 y actualmente se propone un observatorio de ese trabajo a través de una base de datos, disponible en la página web del grupo.

Líder de la línea 6: Mg. JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN.

7) *La constitucionalización del sistema internacional y de las culturas no occidentales*

Se observan las dimensiones inter, trans y supranacionales del Estado constitucional, por ejemplo, en cuanto a las Naciones Unidas, su institucionalidad cuasi-estatal y su derecho constitucional, además la continentalización por fenómenos como la Unión de la India y la Unión Europea, de igual forma la adopción y variación del constitucionalismo occidental en Asia y África, así como los efectos de la globalización para la calidad material del Estado constitucional.

Líder de la línea 7: Prof. Dra. NATALIA RUÍZ MORATO.

El Grupo de Investigación *CC - Constitucionalismo Comparado* difunde sus perspectivas y resultados de investigación en varias formas: en primer lugar, se señala la organización de eventos científicos, la participación en congresos y seminarios nacionales e internacionales, el diseño y la oferta de asignaturas de pregrado y posgrado. En segundo lugar, se advierte la dirección de una variedad de tesis de posgrado. En 2015, fueron sustentadas exitosamente tres tesis doctorales elaboradas en el marco del grupo; actualmente, el grupo acompaña seis tesis doctorales.

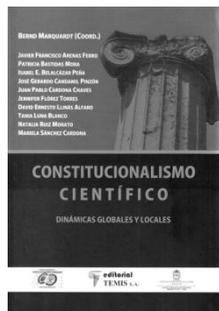
De todas maneras, la actividad principal de *CC - Constitucionalismo Comparado* consiste en la elaboración de publicaciones científicas de alta calidad. Según el *GrupLac* actual en *Colciencias*, el grupo cuenta con 412 productos (al 4 de abril de 2018). En particular, pueden señalarse varios libros científicos publicados en lugares como Bogotá, Berlín, Zürich, Viena y Nueva York. Como el ícono del grupo sirve la serie de investigación de los *Anuarios de Constitucionalismo Comparado* con ocho tomos publicados de 2009 a 2018, de los cuales los últimos cuatro han sido editados por el Grupo Editorial Ibáñez. Mientras los primeros cinco anuarios han mostrado una tendencia miscelánea, los anuarios VI y VIII tienen una dedicación temática.

Dos publicaciones del grupo fueron elegidas por la redacción del periódico *El Espectador* entre los diez mejores libros académicos de los años 2016 y 2017, así *Paz a través del derecho y de la Constitución* y *Ius contra bellum*³⁷. Según el *feedback* de los lectores, una de las publicaciones más llamativas es la edición auténtica de las constituciones históricas de Colombia en facsímile, realizada en 2011 bajo la denominación *El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia* en la editorial de GUSTAVO IBÁÑEZ³⁸. Entre los principales libros de investigación de CC - *Constitucionalismo Comparado*, se pretenden señalar los siguientes ejemplos:

Los anuarios de CC - *Constitucionalismo Comparado* (desde 2009):



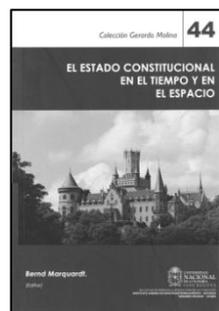
Anuario 1:
Constitucionalismo comparado,
UNAL, 2009



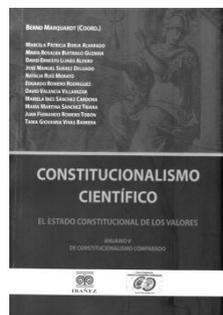
Anuario 2:
Dinámicas globales y locales,
Temis, 2012



Anuario 3:
Entre el Estado y el mercado,
Temis, 2013



Anuario 4:
*El Estado constitucional en el
espacio y en el tiempo*,
UNAL, 2015



Anuario 5:
*El Estado constitucional de los
valores*, Ibáñez, 2015



Anuario 6:
*Paz a través del derecho y de la
constitución*, Ibáñez, 2016



Anuario 7:
*Historia comparada del derecho
público latinoamericano del
siglo XIX*, Ibáñez, 2018

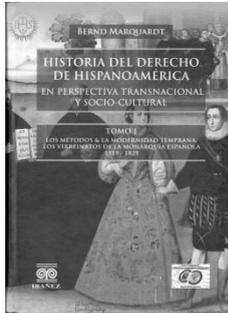


Complemento
(sin número)
Paz territorial y tierras,
Ibáñez, 2018

³⁷ Véase <https://www.elespectador.com/noticias/educacion/los-10-mejores-libros-academicos-de-2016-articulo-674882> y <https://www.elespectador.com/noticias/ciencia/los-10-mejores-libros-academicos-de-2017-articulo-729421> (9.4. 2019).

³⁸ MARQUARDT, *El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia*, op. cit.

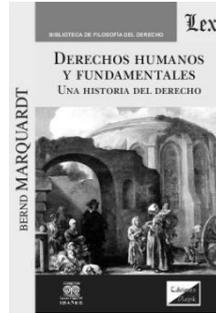
Selección de libros de investigación del director BERND MARQUARDT:



Historia del Derecho de Hispanoamérica, tomo 1, Ibáñez, 2019



Ius contra bellum, 2ª ed., Olejnik & Ibáñez, 2019



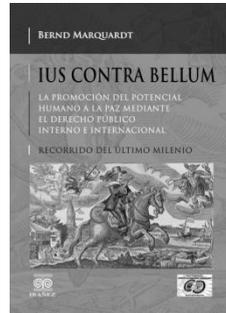
Derechos humanos y fundamentales, 2ª ed., Olejnik & Ibáñez, 2019



Teoría integral del Estado, tomo 1, Ibáñez, 2018



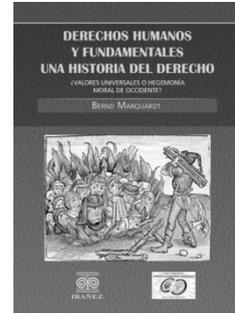
Teoría integral del Estado, tomo 2, Ibáñez, 2018



Ius contra bellum, Ibáñez, 2017



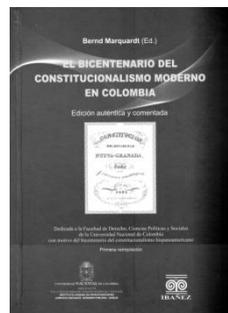
Historia constitucional comparada de Iberoamérica, Ibáñez, 2016



Derechos humanos y fundamentales, Ibáñez, 2015



El Estado moderno en Asia y África del Norte, UNAL, 2014



El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia, Ibáñez, 2011

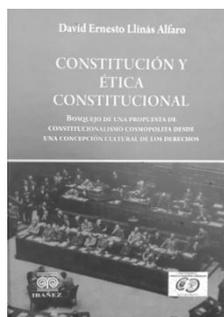


Die alte Eidgenossenschaft und das Heilige Römische Reich, Dike & Nomos, 2007

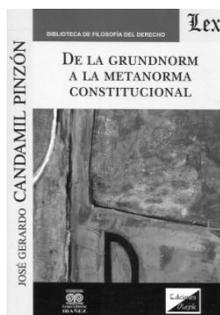


Umwelt und Recht in Mitteleuropa, Schulthess, 2003

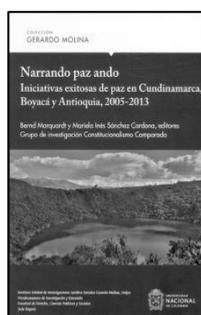
Algunos libros de investigación de los demás miembros de CC (2011-2019):



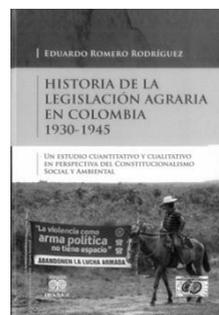
DAVID LLINÁS, *Constitución y ética constitucional*, Ibáñez, 2019



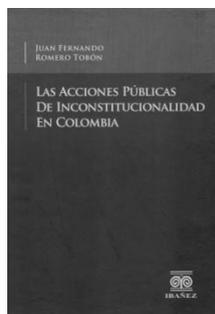
JOSÉ CANDAMIL, *De la Grundnorm a la metanorma constitucional*, 2ª ed, Olejnik & Ibáñez, 2019



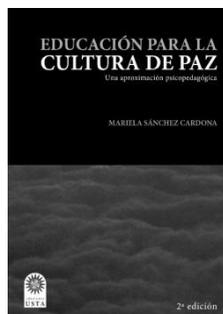
MARIELA SÁNCHEZ et al., *Narrando paz-ando*, UNAL, 2018



EDUARDO ROMERO, *Historia de la legislación agraria en Colombia*, Ibáñez, 2017



JUAN F. ROMERO, *Las acciones públicas de inconstitucionalidad en Colombia*, Ibáñez, 2016



MARIELA SÁNCHEZ, *Educación para la cultura de paz*, 2ª ed., USTA, 2016



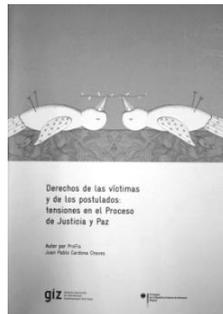
DAVID LLINÁS, *Estado indiano, Estado responsable*, Ibáñez, 2013



JOSÉ CANDAMIL, *De la Grundnorm a la metanorma constitucional*, Ibáñez, 2014



EDUARDO ROMERO, *Desarrollo sostenible*, Produmédios, 2012



JUAN P. CARDONA, *Derechos de las víctimas*, GIZ, 2011

QUERÉTARO & WEIMAR: EL CENTENARIO DE LA DEMOCRACIA SOCIAL

Como seminarios organizados por parte de CC - *Constitucionalismo Comparado*, se indican los siguientes eventos de 2009 a 2018:

INVITACIÓN A SEMINARIO
¿LA PAZ ES POSIBLE?
UNA PERSPECTIVA INTERDISCIPLINARIA



Día: 26 de mayo
Lugar: Auditorio Camilo Torres, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá
Horario: 8:00 AM - 6:00 PM

Objetivo general:
Dar a conocer elementos históricos, filosóficos, políticos, psicológicos y jurídicos, que conllevan a integrar y comprender las posibles alternativas de una paz sostenible.

Conferencistas nacionales e internacionales:
Prof. Dr. Oscar Mejía Universidad Nacional de Colombia
Prof. Dr. Bernd Marquardt Universidad Nacional de Colombia, Suiza
María Sánchez Carabona Candidato a doctorado, Universidad Jaume I Castellón, España
Eduo Iturrón Candidato a doctorado, Universidad de St. Gallen, Suiza
María Beatriz Mora Beatriz Mora, Universidad Jaume I, España
Ricardo Pulido «Constitucionalismo Comparado», Universidad Nacional de Colombia
Grupo de Investigación

Conceptión & Organización: Mariela Sánchez. Mayor información: marielans@unibz.net.co
Entrada libre

26.5.2009

Seminario
Dos SIGLOS del Estado Constitucional en América Latina
Grupo de Investigación
CONSTITUCIONALISMO COMPARADO

¡Estimados Profesores!
Cordialmente invitados...

Lanzamiento de los libros
- Los Dos Siglos del Estado Constitucional en América Latina (1810-2010)
- Historia Constitucional Comparada II TOMOS
- El Bicentenario del Constitucionalismo Moderno en Colombia Edición Ibañez 2011

Mayo 5 y 6 de 2011
Claustro de San Agustín - Auditorio
Carrera 8a # 7-21

UN **UNIJUS**

SISTEMA DE PATRIMONIO PÚBLICO

5.-6.5.2011

Seminario
Constitucionalismo Científico
Dinámicas Globales y Locales

Plenaria Inaugural:
Rafael FERRERQUISTI (Suiza)
Nicolás BAZZANI (Italia)
Cristóbal CARRASQUILLA (Colombia)
Miguel Ángel GONZÁLEZ (España)
Teresa VILLA (España)
David FERRERQUISTI (Suiza)
Jorge DIEZEL SANJOSÉ (Suiza)
Cristóbal CARRASQUILLA (Colombia)
Dora MANTOVANI (Italia)
Eduardo FERRERQUISTI (Suiza)
Eduardo BAZZANI (Italia)
Miguel Ángel GONZÁLEZ (España)
Teresa VILLA (España)
David FERRERQUISTI (Suiza)

Entrada Libre
Inscripciones gratuitas en www.constitucionalismocomparado.com
compared@unijus.com
CATEGORÍA A: Asistencia con Previa Inscripción antes del Lunes 26 de Noviembre

Y el finalista:
Lanzamiento del Libro
“Copa de Vino”
Rafael Ferrerquisti, David Ferrerquisti, Nicolás Bazzani, Miguel Ángel González, Teresa Villa, David Ferrerquisti, Jorge Diezel Sanjosé, Cristóbal Carrasquilla, Dora Mantovani, Eduardo Ferrerquisti, Eduardo Bazzani, Miguel Ángel González, Teresa Villa, David Ferrerquisti

UN **UNIJUS**

28.11.2012

Seminario
El Estado constitucional del siglo XXI: entre la estabilidad institucional de derecho y la globalización neo-liberal

8 Mayo 2014
Entrada Libre: 80 Cupos

Autorelleno del Claustro de San Agustín, Sede del Sistema de Patrimonio Cultural y Histórico de la Universidad Nacional de Colombia (C/ 8a # 7-21)

PALEO: LA TRANSICIÓN DIGITAL DEL ESTADO CONSTITUCIONAL
Séverine
Compartir un análisis de cómo el mundo digital está cambiando la forma en que los estados constitucionales operan y cómo se relacionan con los ciudadanos.

PALEO: ANÁLISIS DE PROBLEMAS CONSTITUCIONALES
Séverine
Compartir un análisis de cómo el mundo digital está cambiando la forma en que los estados constitucionales operan y cómo se relacionan con los ciudadanos.

Horario: 8:30 a.m. a 12:30 p.m. / 1:30 a 5:30 p.m.
El pago se realiza en efectivo por adelantado.

8.5.2014

Seminario
El Estado moderno en Asia y África del Norte

Entrada Libre: 80 cupos
Horario: 8:00 a.m. a 12:00 p.m. / 1:30 p.m. a 5:45 p.m.

Autorelleno del Claustro de San Agustín, Sede del Sistema de Patrimonio Cultural y Histórico de la Universidad Nacional de Colombia (C/ 8a # 7-21)
Entregas de certificado de asistencia posterior al seminario.

16 Octubre 2014

16.10.2014

Seminario
EL ESTADO CONSTITUCIONAL EN EL TIEMPO Y EN EL ESPACIO

26 Marzo 2015
Horario: 8:00 a.m. a 5:00 p.m.

Entrada Libre: 80 Cupos
Inscripciones gratuitas en www.constitucionalismocomparado.com

Horario: 8:00 a.m. a 5:00 p.m.

26.3.2015

Seminario
DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES (INDICADORES UNIVERSALES DE LEGISLACIÓN SOCIAL DE COLOMBIA)

28 Mayo 2015
Horario: 7:00 a.m. a 5:30 p.m.

Autorelleno del Claustro de San Agustín, Sede del Sistema de Patrimonio Cultural y Histórico de la Universidad Nacional de Colombia (C/ 8a # 7-21)

Horario: 7:00 a.m. a 5:30 p.m.

28.5.2015

Seminario
Encuentro con la Vida, la Palabra y la Memoria
¡Narrando... Paz-ando...! Experiencias Exitosas de Paz
Atlixcoatl, Condimancia, Borzón, Zanatecos (México) / Comunidades de Paz

Horario: 8:00 a.m. a 12:00 p.m. / 1:30 p.m. a 5:00 p.m.

Autorelleno del Claustro de San Agustín, Sede del Sistema de Patrimonio Cultural y Histórico de la Universidad Nacional de Colombia (C/ 8a # 7-21)

Horario: 8:00 a.m. a 12:00 p.m. / 1:30 p.m. a 5:00 p.m.

1.10.2015

MARQUARDT & LLINÁS & PÉREZ: INTRODUCCIÓN

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE LOS VALORES

Fecha: 28 de abril de 2016

Hora: 8:00 a las 14:00-17:00

Entrada: Libre - 100 cupos

Lugar: Teatro San Agustín, Santiago, Chile 84-7-21

Agenda Académica:

- 8:15 Prof. Dr. Boris Hruschak, Universidad Nacional de Córdoba
- 9:30 Prof. Dra. María José Llinás, Universidad de la Sábila & Hruschak, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Córdoba
- 10:30 Prof. Dr. Juan Carlos Rodríguez Cordero, Universidad de los Andes
- 11:30 Prof. Dr. Juan Carlos Rodríguez Cordero, Universidad de los Andes
- 12:30 Almuerzo para todos
- 13:30 Prof. Dr. Juan Carlos Rodríguez Cordero, Universidad de los Andes
- 14:30 Prof. Dr. Juan Carlos Rodríguez Cordero, Universidad de los Andes
- 15:30 Prof. Dr. Juan Carlos Rodríguez Cordero, Universidad de los Andes
- 16:30 Prof. Dr. Juan Carlos Rodríguez Cordero, Universidad de los Andes
- 17:30 Prof. Dr. Juan Carlos Rodríguez Cordero, Universidad de los Andes

28.4.2016

CE - CONSTITUCIONALISMO COMPARADO

SIMPOSIUM INTERNACIONAL INTERDISCIPLINAR VI

PAZ A TRAVÉS DEL DERECHO Y DE LA CONSTITUCIÓN

1920

SEPTIEMBRE DE 2016

Lunes, 2:00 - 17:30

Martes, 5:00 - 14:00

Lugar: Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Filosofía y Letras, Sala de Conferencias

Se entregará credencial para galones al día los dos días.

19-20.9.2016

10 años

Constitucionalismo Comparado CC

9 de Noviembre de 2016

8 am - 12 pm

Publicidad de Derechos Fundamentales

8 pm - 10 pm

Lugar: Auditorio de la Universidad Nacional de Córdoba

9.11.2016

SEMINARIO

Jus contra bellum: La promoción del potencial humano a la paz mediante el derecho público.

20 de Abril, 08:00 a 17:00

ENTRADA LIBRE

Lugar: Auditorio Carlos Torres, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba

Programación:

- 8:00 - 8:30: Introducción al evento - Aída G. Álvarez
- 8:30 - 11:30: Presentación teórica de la Paz y el Derecho Público
- 11:30 - 14:00: La Paz y la guerra: un dilema de la ética y del derecho
- 14:00 - 17:00: La Paz y el Derecho Público: un desafío de la teoría y la praxis

20.4.2017

SEMINARIO

"DERECHO PAZ Y POSCONFLICTO"

Programación:

- 8:00 - 8:30: Introducción al evento - Aída G. Álvarez
- 8:30 - 11:30: Presentación teórica de la Paz y el Derecho Público
- 11:30 - 14:00: La Paz y la guerra: un dilema de la ética y del derecho
- 14:00 - 17:00: La Paz y el Derecho Público: un desafío de la teoría y la praxis

Fecha: 26 Mayo 8:00 am

Lugar: Auditorio de la Universidad Nacional de Córdoba

26.5.2017

Hacia el postconflicto exitoso: conversatorio internacional

8 de Junio 10 a 17 AM

ENTRADA LIBRE

Lugar: Auditorio de la Universidad Nacional de Córdoba

Participantes:

- Prof. Dr. María José Llinás
- Prof. Dr. Juan Carlos Rodríguez Cordero
- Prof. Dr. Juan Carlos Rodríguez Cordero
- Prof. Dr. Juan Carlos Rodríguez Cordero

8.6.2017

CAPAZ

Instituto Columbo-Alemán para la Paz

Paz territorial y propiedad - una mirada crítica frente a los Acuerdos de La Habana

Göttingen

11.-14. Octubre 2017

11.-14.10.2017 (evento tri-grupal, tri-universitario y binacional)

SEMINARIO

HISTORIA COMPARADA DEL DERECHO PÚBLICO LATINOAMERICANO DEL SIGLO XIX

24 Mayo 09:00 - 16:00

ENTRADA LIBRE

Lugar: Auditorio Carlos Torres, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba

Programación:

- 9:00 - 9:30: Introducción al evento - Aída G. Álvarez
- 9:30 - 11:30: Presentación teórica de la Paz y el Derecho Público
- 11:30 - 14:00: La Paz y la guerra: un dilema de la ética y del derecho
- 14:00 - 16:00: La Paz y el Derecho Público: un desafío de la teoría y la praxis

24.5.2018

Asimismo, *CC - Constitucionalismo Comparado* cuenta con una página web dinámica en la que además de difundir la actividad del grupo, informa sobre publicaciones y pone a disposición material de apoyo para suscitarse análisis:

<https://sites.google.com/site/constitucionalismocomparadocc/>

Presencia en Facebook: <https://www.facebook.com/constitucionalismocomparadocc/>

2. IDEA Y CONTENIDO DEL ANUARIO VIII

El *Anuario VIII*, elaborado y editado por tres líneas del centro de investigación *CC - Constitucionalismo Comparado* de la Universidad Nacional de Colombia –*La ciencia del constitucionalismo comparado y su metodología* (MARQUARDT), *El Estado moderno: teoría e historia* (LLINÁS) y *Constitucionalismo social y ambiental* (PÉREZ)—, se dedica a la historia constitucional del Estado social³⁹, teniendo en cuenta que, en 2019, cumple cien años la

³⁹ El *Anuario VIII* continúa y profundizar enfoques temáticos que habían aparecido en varios anuarios anteriores de *CC - Constitucionalismo Comparado*: BERND MARQUARDT –BM–, “Democracia social, Una aproximación teórica e histórica al Estado constitucional social en perspectiva comparada”, en ÍD. (Ed.), *Constitucionalismo científico II, Entre el Estado y el mercado (Anuario III de CC)*, Bogotá, Temis, 2013, págs. 3-68; PATRICIA BASTIDAS M., “El modelo de organización política del Estado Social y Democrático de Derecho y sus desafíos”, en BM (Ed.), *Constitucionalismo Comparado, Acercamientos metodológicos, históricos y teóricos (Anuario I de CC)*, Bogotá, UNAL, 2009, págs. 423-448; ISABEL E. BELALCÁZAR P., “Una comparación de los sistemas de salud de Dinamarca, Alemania, y Chile, Caracterización, principios, acceso y planes de beneficios”, en BM (Ed.), *Constitucionalismo científico, Dinámicas globales y locales (Anuario II de CC)*, Bogotá, Temis, 2012, págs. 208-227; MARÍA R. BUITRAGO G., “Análisis comparado de los inicios del constitucionalismo social”, en BM, *Constitucionalismo Comparado (Anuario I de CC)*, op. cit., págs. 391-422; ÍD., “El sistema interamericano de derechos humanos y el derecho social, Retrospectiva y perspectiva”, en BM (Ed.), *El Estado constitucional en el tiempo y en el espacio (Anuario IV de CC)*, Bogotá, UNAL, 2015, págs. 253-293; ÍD., “La exigibilidad directa y autónoma de los derechos sociales, Un presupuesto de la paz material”, en BM (Ed.), *Paz a través del derecho y de la constitución, Anuario VI de CC*, Bogotá, Ibáñez, 2016, págs. 313-370; ÍD., “Liberation dans le travail versus libération dehors du travail”, en BM, *Constitucionalismo científico II (Anuario III de CC)*, op. cit., págs. 380-425; FRANCISCO JIMÉNEZ B., “La paz en Colombia no es posible sin equidad social, Un estudio comparativo”, en BM, *Paz a través del derecho y de la constitución, Anuario VI de CC*, op. cit., págs. 289-312; DAVID E. LLINÁS A., “¿Derecho público multinacional y anti-constitucional? Las reformas estructurales del Consenso de Washington y el derecho social en Brasil, Venezuela, Argentina y Colombia”, en BM, *El Estado constitucional de los valores (Anuario V de CC)*, op. cit., págs. 185-264; ÍD. & JOSÉ M. SUÁREZ D., “La transformación del concepto de ciudadanía dentro del paradigma bipolar weberiano, Sobre las relaciones entre el Estado y los ciudadanos administrados”, en BM, *El Estado constitucional en el tiempo y en el espacio (Anuario IV de CC)*, op. cit., págs. 131-209; ANDRÉS MORALES V., “Derechos sociales y garantías jurídicas, Las líneas de una discusión y las respuestas desde la teoría general del garantismo”, en BM, *El Estado constitucional en el tiempo y en el espacio (Anuario IV de CC)*, op. cit., págs. 295-323; JUAN F. ROMERO T., “Constitucionalismo social en América Latina, Los casos de Argentina, Bolivia, Colombia, Cuba y Uruguay desde el lente de la revolución pasiva y la tragedia”, en BM, *Constitucionalismo científico II (Anuario III de CC)*, op. cit., págs. 69-97; NATALIA RUIZ M., “El derecho al desarrollo y su necesidad de incorporación en el sistema jurídico colombiano”, en BM, *El Estado constitucional de los valores (Anuario V de CC)*, op. cit., págs. 339-376;

alemana *Constitución de Weimar* de 1919, dos años después de la conmemoración análoga de la mexicana *Constitución de Querétaro* de 1917. Ambas cartas pueden ser vistas como las constituciones fundadoras de la *democracia social*, un modelo novedoso de Estado que combina valores liberales y sociales al estilo de dos grandes pilares del mismo rango⁴⁰. El término conceptual de la *democracia social* puede ser entendido como un sinónimo de *Estado constitucional social* y se dedica a fenómenos que varios autores subsumen bajo vocablos como *Estado social de Derecho*, pero parece más preciso por señalar la interdependencia estrecha entre el *dominio del pueblo* y el *dominio para el pueblo*.

La constitución rusa de 1918 fue también una carta fundadora del Estado social, pero no entra plenamente al concepto dirigente de la *democracia social*. Por eso, no aparece en el título del libro, aunque los autores la tocan en varios de sus artículos.

Lo que nació constitucionalmente entre 1917 y 1919, no fue ninguna simple reforma temática entre varias, sino el cambio paradigmático más grande desde los inicios del constitucionalismo moderno. En su profundidad, las revoluciones sociales de entonces –la mexicana y la alemana, pero también su hermana más radical, la rusa– no tienen que esconderse detrás del significado de la ola revolucionaria liberal de 1776 a 1825. Ambas olas tienen un impacto igualitario en la historia mundial del Estado con una larga perduración hasta el presente⁴¹. A Colombia, la reforma social entró a partir de la constitucionalización de 1936.

No todos los autores reconocen este fenómeno fundamental, pues hay que constatar la existencia de escuelas libertarias o neoliberales que interpretan los valores constitucionales de la fase liberal como los únicos axiomas ‘verdaderos’ del constitucionalismo moderno, ignorando o marginando los valores sociales y proponiendo la limpieza de las ‘desfiguraciones’ declaradas erróneas, muchas veces en una relación estrecha con intereses empresariales del globalismo anarco-liberal. Sin embargo, en realidad, la *democracia social* se ha impuesto prácticamente en todas las constituciones de Europa y América Latina. No siempre funciona óptimamente, pero la decisión sisté-

JOSÉ M. SUAREZ D., “El nuevo constitucionalismo latinoamericano, derechos sociales y agenda ideológica crítica, Algunas implicaciones”, en BM, *El Estado constitucional de los valores (Anuario V de CC)*, *op. cit.*, págs. 265-336.

⁴⁰ Sobre el concepto de la *democracia social*: MARQUARDT, *Democracia social, Una aproximación teórica e histórica al Estado constitucional social en perspectiva comparada*, *op. cit.*, págs. 3-68; RODOLFO ARANGO, *Democracia social, Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012; THOMAS MEYER, *The Theory of Social Democracy*, Cambridge, Polity, 2007 (título original en alemán: *Theorie der Sozialen Demokratie*, 2ª ed., Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2011); ÍD., *Soziale Demokratie*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2009; MANFRED G. SCHMIDT, *Demokratietheorien*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008, págs. 231 y ss.

⁴¹ P. ej., MAURIZIO FIORAVANTI, “La Costituzione democratica del Novecento, Genesi e prospettive”, en revista *Historia constitucional*, núm. 17, Madrid, CEPC, 2016, págs. 1-14, 4, entiende como una de las tres características principales de las constituciones democráticas, la previsión e inclusión de los conflictos sociales según el modelo weimariano.

mica como tal es un hecho cumplido con una enorme difusión en el espacio mundial. Según la evaluación de MARQUARDT, la competencia sistémica de los últimos dos siglos está ganada (actualmente) por el modelo pluralista del *Estado constitucional democrático social y ambiental*⁴².

Sin duda, como todo elemento del mundo moderno, también la historia del Estado social muestra facetas diversificadas incluyendo un lado negro. Como se verá, múltiples dictaduras más o menos oscuras de los años 20, 30 o 40 del siglo XX se conectaron con exigencias sociales, muchas veces en una síntesis con el nacionalismo, hasta que la *democracia social* logró imponerse como el modelo de éxito.

Cabe destacar que la historia constitucional y jurídica del *Estado social* en la variante ideal de la *democracia social*, planteada en el presente libro⁴³, no es ninguna simple reedición del extendido enfoque bibliográfico en los *derechos sociales*⁴⁴, sino que busca un acceso más amplio con base en lo público organizado —el Estado— y su soberano —el *demos*— que tiene un evidente interés en la *justicia social*, pues bajo el funcionamiento real de las reglas comunicativas de la democracia⁴⁵, las mayorías de los estratos medios,

⁴² Concepto dirigente en: MARQUARDT, *Teoría integral del Estado. Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*, t. 2, *El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2050), La gran transformación al Estado constitucional, democrático, social y ambiental*, op. cit., págs. 273 y ss, 326 y ss, 437 y ss, 500-519.

⁴³ Obras básicas sobre la historia del derecho social son disponibles de manos del ex director del *Instituto Max Planck para la Historia europea del Derecho*, en traducción inglesa, pero con un enfoque en Alemania: MICHAEL STOLLEIS, *Origins of the German Welfare State, Social Policy in Germany to 1945*, Berlín & Heidelberg, Springer, 2013 (título original en alemán: *“Sozialpolitik in Deutschland bis 1945”*), en BUNDESMINISTERIUM FÜR ARBEIT UND SOZIALORDNUNG & BUNDESARCHIV (Eds.): *Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland seit 1945*, t. 1, *Grundlagen der Sozialpolitik*, Baden-Baden, Nomos, 2002, págs. 199-332; ÍD., *History of Social Law in Germany*, Berlín & Heidelberg, Springer, 2014 (cap. 1-6 como *Origins...*).

⁴⁴ Sobre los derechos sociales, comp. p. ej.: VÍCTOR ABRAMOVICH & CHRISTIAN COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 1ª reimpr. de la 2ª ed., Madrid, Trotta, 2014; ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., Fráncfort, Suhrkamp, 1994 (traducción en español: *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2008), págs. 454 y ss; RODOLFO ARANGO R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2012 (título original en alemán: *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2001); MAURICIO GARCÍA V., “Derechos sociales y necesidades políticas, La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano”, en ÍD. & BOAVENTURA DE S. SANTOS (Eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia, Análisis socio-jurídico*, t. 1, Bogotá, Siglo del Hombre Eds., 2001, págs. 455-484; MIGUEL Á. PACHECO R., “Exigibilidad de los derechos sociales, Algunas aportaciones desde la teoría del derecho”, en revista *Derecho*, núm.79 Lima, PUCP, 2017, págs. 267-286; GERARDO PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías, Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007; LUIS PRIETO S., “Los derechos sociales y el principio de igualdad”, en MIGUEL CARBONELL, et al. (Eds.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2000. Complemento sobre derechos ambientales: GREGORIO MESA C., *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad, Concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el Estado ambiental de derecho*, 3ª ed., Bogotá, UNAL, 2013.

⁴⁵ Crítica en el sentido de la desvalorización de las mismas en forma de crecientes manipulaciones por medios masivos comercializados y expertos de relaciones públicas en beneficio de la élite econó-

medio-bajos y bajos no están dispuestas a regalar toda la torta común a la pequeña minoría empresarial-gerencial.

El concepto de la *democracia social* señala que ambas partes de esta fórmula dual son los dos lados de la misma moneda: en términos materiales, primero, *no hay democracia sin solidaridad social* dentro del *demos* que, en ningún país del mundo, se compone mayoritariamente por empresarios —teniendo en cuenta que la llamada democracia liberal tiende a funcionar efectivamente como una *econocracia* de la pequeña minoría empresarial-gerencial—, así como, segundo, *no hay estatalidad social justa sin democracia*, pues las autocracias sociales —sean las comunistas o las fascistas/nacionalsocialistas— no solo fueron dictaduras unipartidistas, sino que también estuvieron dispuestas a todo tipo de crimen estatal frente a grupos indeseados en sus respectivos constructos y diseños de nuevas sociedades. En otras palabras, la *democracia social* se caracteriza por una *equilibrada separación de poderes entre Estado y mercado*⁴⁶.

La *democracia social* busca materializar la *dignidad humana* de todos en la medida óptima, incluyendo la de los vulnerables, lo que la democracia liberal no logra. Para estipular un ejemplo expresivo: cuando alrededor de 1990 se cayeron las *dictaduras sociales* de Europa oriental, bajo la idea inicial de la estadounidense libertaria, el efecto más visible durante varios años fueron las largas doble filas de mujeres jóvenes en múltiples kilómetros de ambos lados en las carreteras fronterizas que ahora, bajo la influencia de nuevas estructuras de motivación *econocráticas*, vendieron su cuerpo a los ‘ricos’ del otro lado de la ex Cortina de Hierro: el estimado lector puede responder a sí mismo si la eufemísticamente promulgada victoria de la luz sobre la sombra, de la ética sobre la injusticia, puede tener una apariencia de este tipo, o si lo que ocurrió fue una especie de vergonzoso desastre en términos de la dignidad humana.

Además, teniendo en cuenta el desafío principal del siglo XXI, esto es, la cuestión ambiental de la sostenibilidad de las sociedades industriales y su aptitud para el futuro a largo plazo, las democracias libertarias (EE.UU.) articulan una lógica provocadora del colapso humano por motivar sistemáticamente al sobreuso cada vez más excesivo de las capacidades ecológicas del planeta Tierra, mientras las democracias sociales (Unión Europea) han sido mucho más exitosas en adaptarse a nuevos valores colectivos, interiorizando preventivamente los peligros existenciales para el futuro humano.

mica: COLIN CROUCH, *La posdemocracia*, Madrid, Taurus, 2004 (título original en italiano: *Postdemocrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003). La misma idea ha sido profundizada recientemente hasta la advertencia de la *dictadura de las grandes empresas*: THILO BODE, *Die Diktatur der Konzerne, Wie globale Unternehmen uns schaden und die Demokratie zerstören*, Fráncfort, Fischer, 2018.

⁴⁶ Concepto propuesto y desarrollado en: MARQUARDT, *Teoría integral del Estado, Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*, t. 2, *El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2050)*, *La gran transformación al Estado constitucional, democrático, social y ambiental*, *op. cit.*, págs. 269 y ss.

Anticipadamente, hay que advertir de algunos malentendidos comunes con respecto a la *democracia social*: primero, sería falso ver en el derecho social una especie de materialización neo-comunista del marxismo, pues esta normatividad se configuró históricamente como una síntesis compleja entre socialismo, sociocatolicismo y socio-liberalismo; segundo, no se trata de ninguna historia especial de los diversos movimientos sociales subalternos o antisistémicos, tampoco es una especie de romanticismo revolucionario, sino que ocurrió un cambio paradigmático profundo en múltiples niveles de las sociedades occidentales, en el cual nada sería más falso que reducir el Estado o la ciencia jurídica a meros receptores defensivos de supuestas presiones irresistibles desde abajo. En otras palabras, es recomendable evitar mitologizaciones modernas de cualquier color político.

En 1917 y 1919, las constituciones mexicana y alemana, representaron un constitucionalismo *transformador y aspiracional*⁴⁷ –al igual que la estadounidense de 1787, la francesa de 1791 o la tunjana de 1811 lo habían hecho en su tiempo–. El hecho como tal no es sorprendente: en fases de transformación, las constituciones no reflejan antiguos patrones culturales bien establecidos, sino programas utópicos para crear un entorno más justo según la una u otra suposición teórico-ideológica. La idea de las constituciones transformadoras es que, en algún momento, llenarán su proyecto utópico con vida real –así el constitucionalismo social alemán con sus raíces de 1919 en el transcurso del siglo XX, por lo menos en los años 60–. Sin embargo, el constitucionalismo social latinoamericano muestra todavía muchos elementos aspiracionales sin materialización completa y sin tendencias actuales de mejoramiento ante percepciones difundidas según las cuales las élites/oligarquías lo bloquean muy exitosamente. Por lo tanto, no sorprende que, en la actualidad, surjan más teorizaciones exigentes del constitucionalismo social en esta zona del mundo.

El libro *Querétaro 1917 & Weimar 1919: el centenario del constitucionalismo de la democracia social* se encontrará compuesto por dos partes organizadas temáticamente: en la primera, se analizará el *Desarrollo histórico y comparado de la democracia social* y, en la segunda, se profundizarán cuestiones de la *Justicia social y derechos sociales*.

En el primero de los once artículos del *Anuario VIII*, el fundador y director del grupo CC - *Constitucionalismo Comparado*, BERND MARQUARDT, se dedica al tema: *La Constitución de Weimar de 1919: el centenario de una estrella del constitucionalismo comparado y carta materna de la democracia social*. De modo contextualizante, el autor tiene en cuenta

⁴⁷ El *constitucionalismo aspiracional* es un concepto propuesto por MAURICIO GARCÍA V., “Constitucionalismo aspiracional, Derecho, democracia y cambio social en América Latina”, en revista *Análisis Político*, vol. 25, núm. 75, Bogotá, UNAL, 2012, págs. 89-110. Sobre el concepto del *constitucionalismo transformador*, véase BOAVENTURA DE S. SANTOS, *Refundación del Estado en América Latina*, Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010, págs. 71 y ss; RODRIGO UPRIMNY Y., “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina”, en CÉSAR RODRÍGUEZ G. (Ed.), *El derecho en América Latina*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, págs. 109-138, 123.

CAPÍTULO VIII

LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO, SOCIAL Y AMBIENTAL

ALGUNAS PROBLEMÁTICAS PARA SU REVISIÓN EN CLAVE SOCIO-CULTURAL

DAVID ERNESTO LLINÁS ALFARO

*“¿Y hasta cuando cree usted que podemos seguir en este
ir y venir del carajo? – Le preguntó.
Florentino Ariza tenía la respuesta preparada desde
hacia cincuenta y tres años, siete meses
y once días con sus noches
– Toda la vida – dijo.”*

GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ

COMENTARIOS INTRODUCTORIOS

Aspecto central en la teoría del derecho contemporánea es la conceptualización de los derechos fundamentales y su vínculo con el modelo de organización política que, en Occidente, surge en la segunda postguerra alrededor de la idea de la dignidad humana. Pero buena parte de las definiciones que se han elaborado sobre los derechos fundamentales parten de la idea del *sujeto*, y de allí que se tenga la imagen de que ellos solo se predicán de individuos, y no de colectivos de personas, y menos de entidades no humanas, como la naturaleza y el medio ambiente. La consecuencia más importante de esta situación es la consideración según la cual el Derecho en tanto ordenamiento, y los derechos en tanto *posiciones* o *status* de las personas (ya la palabra persona es, por sí misma, problemática) son alienantes y reproductores de un sistema de opresión social¹.

¹ Vid. ÓSCAR MEJÍA Q., *Teoría consensual del derecho*, Bogotá, UNAL, 2016, todo el capítulo II de la parte II del libro; ÍD., *Derecho, alienación e ideología*, Bogotá, Ibáñez, 2013, todo el libro; ÍD. & LINA MÁPURA, “Alienación, ideología y cosificación”, en revista *Pensamiento Jurídico*, núm. 24, Bogotá, UNAL, 2009,

Ahora bien, en 2015, de forma conjunta con el profesor JOSÉ MANUEL SUÁREZ, se publicó un artículo con el título *La transformación del concepto de ciudadanía dentro del paradigma bipolar weberiano. Sobre las relaciones entre el Estado y los ciudadanos administrados*², cuyo propósito era rastrear, en clave histórica, las diferentes causas de la crisis de lo que SABINO CASSESE³, inspirado en MASSIMO SEVERO GIANNINI, denomina *paradigma bipolar*, es decir, la concepción según la cual la separación entre Estado y Sociedad (proveniente de STEIN, HEGEL y WEBER) supone una separación entre el derecho público y el derecho privado, separación que a veces se teoriza en términos absolutos. Se trata de un paradigma porque del mismo hay, inclusive hoy, un amplio consenso entre la comunidad académica, jurisconsultos, sociólogos y politólogos, que vuelve a dicha separación una verdadera estructura doctrinal^{4/5}, influenciados por la doctrina liberal más clásica, aquella que separa tajantemente al Estado de la *Sociedad Civil*. CASSESE diría:

“En torno de este paradigma se han formado y desarrollado las formas de estudio y saber jurídicos, por lo cual puede decirse que cada remoto rincón ha sido influenciado por esta fundamental contraposición”⁷.

Y el paradigma es weberiano porque fue MAX WEBER (1864-1920) quien formuló las bases teóricas sobre las cuales descansa aún hoy la administración pública y el derecho administrativo. La separación entre lo público y lo privado ha tenido, entonces, una gran utilidad práctica, pues sirvió, y sirve todavía en ciertos contextos, para distinguir los *espacios* en los cuales se desarrollan los intereses públicos de los *espacios* donde se desarrollan los intereses privados. Cada espacio cuenta, en este sentido, con un

págs. 131-154, todo el artículo; ÍD., *Cultura política, sociedad global y alienación*, Bogotá, UNAL, 2009, págs. 293-397.

² DAVID E. LLINÁS & JOSÉ M. SUÁREZ, “La transformación del concepto de ciudadanía dentro del paradigma bipolar weberiano”, en BERND MARQUARDT (Ed.), *El Estado constitucional en el tiempo y en el espacio, Anuario IV de CC – Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, UNAL, 2015, págs. 131-209.

³ SABINO CASSESE, *La crisis del Estado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003.

⁴ En este sentido, la apreciación de este modelo teórico de las relaciones entre Estado y Sociedad se ajusta a la exposición que THOMAS KUHN hiciera sobre el concepto de paradigma, como las realizaciones científicas pasadas que son utilizadas por los investigadores como marco de referencia para sus estudios. Es decir, el conjunto de creencias que dominan determinado entorno científico, y plantean la teoría más aceptada para explicar determinado fenómeno, que para los efectos de este artículo son las relaciones entre Estado y Sociedad. Ver a ÍD., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, FCE, 1996 (original en inglés: *The Structure of Scientific Revolutions*, 4ª ed., Chicago, Univ. Press, 2012 [1ª ed. de 1962]), págs. 33 y s.

⁵ Para la crisis del paradigma bipolar, partiendo de esta diferenciación hecha por CASSESE, y aplicándola en el marco de la sociedad de información y la globalización: AGUSTI CERRILLO I M., “E-información, Hacia una nueva regulación del acceso a la información”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 1, Barcelona, Univ. Oberta de Catalunya, 2005, págs. 1-16.

⁶ *Vid.* NANCY FRASER, *Iustitia interrupta, Reflexiones críticas desde la posición ‘postsocialista’*, Bogotá, Siglo del Hombre & Uniandes, 1997 (título original en inglés del mismo año), págs. 128-133.

⁷ CASSESE, *La crisis del Estado, op. cit.*, pág. 104.

régimen jurídico diferente, lo cual hace de cada uno de ellos un *polo* irreductible incapaz de mezclarse con el otro.

Esta diferenciación se basa en la distinción weberiana entre el *poder legal-racional burocrático* y el *actuar económico racional*. El primero es un ejercicio continuado, sometido a reglas, de funciones burocráticas, dentro de una serie de competencias establecidas institucionalmente. El segundo es un actuar que tiene por finalidad satisfacer el pedido de determinadas prestaciones de utilidad, racionalmente, mediante contratos de intercambio, en el entorno del mercado⁸.

Al mismo tiempo, hablando de la *dominación legal con administración burocrática*, WEBER afirmó que “[t]odo derecho según su esencia es un cosmos de reglas abstractas, por lo general instituidas intencionalmente [...] y que la administración supone el cuidado racional de los intereses previstos por las ordenaciones de la asociación, dentro de los límites de las normas jurídicas y según principios señalables que tienen la aprobación [...] de las ordenaciones de la asociación”⁹. Luego añade que la administración burocrática se caracteriza, también, porque el “soberano legal típico [...] en tanto que ordena y manda, obedece por su parte al orden impersonal por el que orienta sus disposiciones”¹⁰.

O como lo expresaba GARCÍA PELAYO, el Estado es concebido como una “organización racional orientada hacia ciertos objetivos y valores y dotada de estructura vertical o jerárquica”, racionalidad que se expresa en leyes y reglamentos, bien en la división funcional del poder público, acaso en la organización burocrática de la administración. Mientras que la sociedad es, al decir de este autor, una ordenación espontánea, dotada de racionalidad, que no es previamente proyectada (como sí lo es la racionalidad legal-burocrática), sino una “racionalidad immanente”¹¹.

En ese ensayo faltaba (en el escrito con el profesor SUÁREZ), sin embargo, un análisis detallado de las implicaciones que tuvo el levantamiento del Estado constitucional de Derecho (o Estado social de Derecho), después de la Segunda Guerra Mundial, en la crisis de dicho paradigma, y en las consecuencias que tal crisis plantea para la teoría de los derechos sociales, pues la hipótesis que se sostuvo en su momento es que la gran ruptura entre ambos polos surge de la desconfianza ciudadana en la burocracia, que es concomitante (al menos de forma sistémica) al neoliberalismo. Como se verá, GARCÍA PELAYO afirmó que la disolución de la línea que separa los dos polos data de

⁸ CASSESE, *La crisis del Estado*, op. cit., pág. 103.

⁹ MAX WEBER, *Economía y sociedad, Esbozo de sociología comprensiva*, reimpr. de la 2ª ed., México, FCE, 2002, págs. 173 y s (original en alemán: *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der verstehenden Soziologie*, Tübingen, Mohr, 1922).

¹⁰ WEBER, *Economía y sociedad, Esbozo de sociología comprensiva*, op. cit., pág. 174.

¹¹ MANUEL GARCÍA P., “El Estado social y sus implicaciones”, en ÍD., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1987, pág. 21 y s.

los años del Estado Social. El propósito de la primera parte de este capítulo es tratar de desentrañar dichas implicaciones, aunque no de forma exhaustiva, para luego hacer referencia a un breve estado del arte sobre los derechos sociales desde la perspectiva de los derechos subjetivos, y desde allí, en una segunda parte del trabajo, problematizar esa noción hiperindividualista de lo que se entiende por derechos fundamentales a partir de una concepción cultural de los mismos¹².

En lo que sigue de este trabajo, cada vez que se haga referencia al *Estado constitucional, democrático, social y ambiental*, se está haciendo referencia a lo que comúnmente se denomina *Estado social*, o *Estado constitucional de Derecho*. El uso de esa expresión, se debe a la adscripción del autor del presente documento a la teoría de las *olas de difusión de la gran transformación*, expuesta por BERND MARQUARDT a lo largo de su obra¹³.

1. EL ESTADO CONSTITUCIONAL, DEMOCRÁTICO, SOCIAL Y AMBIENTAL DE DERECHO Y LA CRISIS DEL PARADIGMA BIPOLAR

Quizás quien mejor ha explicado, al menos en lengua castellana, la principal implicación que tuvo el *Estado constitucional, democrático, social y ambiental* en la configuración de la crisis del paradigma bipolar es el finado MANUEL GARCÍA PELAYO, pues según su parecer la actividad de la planificación económica fundada en el keynesianismo fue una respuesta institucional a la irracionalidad a la cual llegó históricamente la sociedad (esa racionalidad inmanente) debido a la ausencia de regulación. La gran crisis de los años 30 es prueba de ello. Solamente el Estado podía, a través de las tecnologías de la industrialización, neutralizar los efectos ‘disfuncionales’ del desarrollo social y económico no controlado¹⁴, y ello a través de la promoción del potencial científico y tecnológico de la misma sociedad, de la creación de programas de investigación y desarrollo, de la apertura del disfrute de bienes materiales e inmateriales engrandeciendo el sector de los servicios, y en fin, reduciendo mediante medidas jurídicas y económicas

¹² Igualmente, absolutamente crítico con las teorías subjetivistas de los derechos humanos y fundamentales, GREGORIO MESA C., *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad, Concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el Estado ambiental de derecho*, 3ª ed., Bogotá, UNAL, 2013, págs. 326 y ss.

¹³ Vid. BERND MARQUARDT, *Teoría integral del Estado, Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*, t. 2, *El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2050), La gran transformación al Estado constitucional, democrático, social y ambiental*, Bogotá, Ibáñez, 2018, págs. 273 y ss, 437 y s, 500 y ss. Sobre el concepto de la *gran transformación*: KARL POLANYI, *La gran transformación, Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, México, FCE, 1992, pág. 49 (título original en inglés: *The Great Transformation*, Boston, Beacon, 2001 [1944]).

¹⁴ GARCÍA P., *El Estado social y sus implicaciones*, *op. cit.*, págs. 22 y 23.

la intensidad de la lucha de clases¹⁵ (paliando la contradicción capital-trabajo, en términos marxistas¹⁶).

Es por esa razón que GARCÍA P. mencionaba, con cierta razón, que “el Estado [el *Estado constitucional, democrático, social y ambiental*] ha sido y es, ciertamente, un instrumento de dominación de clases, pero es no menos una institución que, bajo la presión de los partidos y de las organizaciones obreras, puede ir consiguiendo constantes mejoras para las clases trabajadoras, las cuales, por tanto, tienen interés en un Estado fuerte, eficaz y socialmente orientado”¹⁷; y por ello las condiciones históricas que hicieron posible el surgimiento de aquella función (de mejora de las condiciones de vida colectivas) deriva del hecho de que este nuevo tipo de Estado no es ni socialista, ni capitalista (al menos no en el sentido clásico del capitalismo), sino más bien un medio *neocapitalista*¹⁸ para “resolver problemas agobiantes irresolubles dentro de la estructura del Estado liberal y de la sociedad del *Hochkapitalismus* y, de otro lado, las posibilidades ofrecidas por el desarrollo cultural y tecnológico de la época industrial”¹⁹.

El *Estado constitucional, democrático, social y ambiental* vendría a ser, observado de ese modo, el resultado de una coacción mutuamente ejercida entre el Estado y la sociedad; y si ambos querían subsistir frente a la amenaza de la revolución socialista, era necesario que los dos polos aceptaran su reestructuración. Las reformas sociales del *Estado constitucional, democrático, social y ambiental* son, por tanto, instrumentos que en cierto modo empoderan a las clases populares, pero no permiten la revolución, porque están

¹⁵ GARCÍA P., *El Estado social*, op. cit., pág. 23.

¹⁶ Citando a PAUL SWEEZY, JÖRG KAMMLER mencionaba que “desde la perspectiva de la clase capitalista, existen dos métodos básicos de contrarrestar el creciente poderío y unidad de la clase obrera: la represión y las concesiones. A pesar de que ambos métodos parecen ser contradictorios, en realidad son complementarios si en momentos diferentes se mezclan en proporciones también diferentes. Ambos hacen precisa una expansión del poder público y de las funciones del Estado. Así asistimos simultáneamente al crecimiento de los instrumentos del poder destinados a mantener la ley y el orden en el interior, como a la expansión de la legislación social en forma de auxilios, seguros de desempleo, pensiones de vejez, etcétera”. Vid. JÖRG KAMMLER, “El Estado social”, en WOLFGANG ABENDROTH & KURT LENK, *Introducción a la ciencia política*, Barcelona, Anagrama, 1971, pág. 98 (original en alemán: *Einführung in die politische Wissenschaft*, Múnich & Berna, Francke, 1968).

¹⁷ GARCÍA P., *El Estado social*, op. cit., pág. 16.

¹⁸ El autor define al neocapitalismo como un estado de las cosas cuya consecución es requisito para que el sistema pueda mantenerse y reproducirse, y para ello tiene unos objetivos: a) el crecimiento del consumo y del bienestar social; b) el pleno empleo; y c) el crecimiento constante de la producción. La tecnología de la industrialización es vital para todo lo anterior, y por ello el interés del Estado en los grandes sistemas capitalistas en la promoción de la innovación y la ciencia en el entorno de una economía de mercado. Vid. GARCÍA P., *El Estado social*, op. cit., págs. 67-82.

¹⁹ GARCÍA P., *El Estado social*, op. cit., pág. 19. *Hochkapitalismus* significa *alto capitalismo*.

diseñados para evitarla. En términos de GRAMSCI (realmente de VICENZO CUOCO, según dice el mismo GRAMSCI), se trataba de una *revolución pasiva*²⁰.

Agarrándose de la teoría de sistemas, GARCÍA P. concluye que el Estado y la sociedad dejaron de ser sistemas autónomos y autorregulados, cada uno con sus propias reglas, sino que ahora (o, más bien, en ese entonces) se interrelacionan por medio de vínculos complejos, con “factores reguladores que están fuera de los respectivos sistemas y con un conjunto de subsistemas interseccionados”, razón por la cual las funciones del Estado se pueden cumplir, por la vía de la concesión o la delegación, por empresas privadas. Por ello, continúa GARCÍA P., la autonomía de cada sistema (o, en los términos de este trabajo, la autonomía de cada polo) no es absoluta, y antes puede decirse que ambos componen un *metasistema*. Por eso, no es extraño que

“hoy estemos ante una cierta decadencia de la teoría del Estado que tiende a ser sustituida por la teoría del sistema político que engloba factores estatales y sociales y que más que ante dos términos definidos nos encontramos con lo que los norteamericanos denominan ‘complejo público-privado’, en el cual muchas de las funciones del Estado se llevan a cabo por entidades privadas a la vez que éstas no pueden cumplir sus fines privados sin participar en las decisiones estatales”²¹.

En lo que GARCÍA P. se podría equivocar, al menos desde un punto de vista histórico, es en el hecho de que esa tensión entre Estado y sociedad no se originó cuando nació el *Estado constitucional, democrático, social y ambiental* durante el Siglo XX, sino antes, durante el Siglo XIX, pues la contradicción entre lo público y lo privado, entre lo estatal y lo no estatal, se manifiesta también con el antagonismo entre el principio de la autoridad y el derecho a la libertad, que, a su vez, deriva de la necesidad que tuvo la administración pública del Estado liberal-burgués de reforzar por la vía autoritaria el régimen democrático censitario, aquel que consagró el principio abstracto de igualdad de los hombres ante la ley, pero que reconocía los derechos políticos solamente a quienes pagaran impuestos directos por encima de cierto límite²².

Ciertamente —afirmaba el también fallecido maestro MASSIMO SEVERO GIANNINI—, el Estado europeo decimonónico, y en este sentido, la administración pública correspondiente, se debatía entre dos principios opuestos: la igualdad formal desde el punto de vista jurídico, y la desigualdad política del sistema censitario. La

²⁰ ANTONIO GRAMSCI, *Cuadernos de la cárcel*, México, Era, 1981, pág. 205. En esta misma clave, JUAN F. ROMERO T., “Constitucionalismo social en América Latina”, en BERND MARQUARDT (Ed.), *Constitucionalismo científico II, Entre el Estado y el mercado (Anuario III de CC)*, Bogotá, Temis, 2013, págs. 69-97.

²¹ GARCÍA P., *El Estado social, op. cit.*, pág. 25. En similar sentido, KAMMLER, *El Estado social, op. cit.*, pág. 91.

²² *Vid.* MASSIMO S. GIANNINI, *Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo*, Madrid, INAP, 1980, págs. 54 y ss.

tendencia natural del Estado liberal fue otorgar un mayor predominio al primero de esos principios, y para ello necesitó de la técnica de la autoridad, pero sin abusar de ella, para que no se “superase el límite de fractura del sistema”. Esto significaba que la autonomía del poder jurisdiccional, y el reconocimiento de los derechos y libertades, no podían “operar más que en un sentido antiautoritario”²³.

2. EL ESTADO CONSTITUCIONAL, DEMOCRÁTICO, SOCIAL Y AMBIENTAL Y LOS DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

La hipótesis, o mejor, la verdad de Perogrullo que se sostiene en este trabajo es que los derechos sociales (y no solo ellos, sino en general el gran espectro de derechos humanos y de derechos constitucionales que involucran, incluso, el derecho de los seres no humanos) solo pueden ser eficaces en el contexto del *Estado constitucional, democrático, social y ambiental*; pero que no es necesario el *Estado constitucional, democrático, social y ambiental* para su existencia, ni siquiera para su validez.

Sobre los *ires y venires* de los derechos sociales hay ya una copiosa literatura que resulta inabarcable, al punto de que puede decirse a modo de broma que *los derechos sociales no saben dónde están situados*. Sin embargo, en esta oportunidad se hablará de los derechos sociales desde dos perspectivas: una histórico-constitucional, que será breve y enfocada en América Latina; y una perspectiva teórica-constitucional, que será mucho más larga, pues se tratará de vincular el hecho histórico del *Estado constitucional, democrático, social y ambiental* y de los derechos sociales con (i) las teorías de prestaciones sociales a cargo del Estado, (ii) la teoría de los derechos públicos subjetivos y (iii) con algunas de las teorías contemporáneas de la fundamentalización de los derechos sociales.

Se advierte, sin embargo, que las menciones que se efectúan sobre la teoría de los derechos públicos subjetivos obedecen a que de ella se desprenden, todavía hoy, los esquemas más utilizados para la clasificación de los derechos fundamentales (derechos positivos, derechos negativos).

A) BREVES APUNTES HISTÓRICOS ACERCA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN AMÉRICA LATINA

Una cosa es hablar de la historia de los derechos humanos, y otra hablar de la historia de los derechos fundamentales. En relación con los primeros, y si se sigue a SAMUEL MOYN, su historia se remonta a la década de 1940, cuando finaliza la Segunda Guerra Mundial, pero sobre todo a partir de la década de 1970, cuando el dis-

²³ GIANNINI, *Premisas, op. cit.*, pág. 55.

curso es usado como el sucesor de las utopías revolucionarias. En ese sentido, la historia de estos derechos coincide en el tiempo con la narrativa histórico-constitucional que se hace desde el neoconstitucionalismo y desde el garantismo jurídico²⁴.

Particularmente, se considera que esa historia inició mucho antes, y que lo sucedido en la segunda posguerra fue más bien la “profundización conceptual de los derechos fundamentales” y humanos, que envolvió la comprensión de aquellos principios solemnes encontrados en los textos superiores como verdaderos derechos subjetivos de defensa, que además instituyeron unos valores objetivos²⁵, y la consecuente teorización sobre los métodos de interpretación constitucional, que en Europa fueron desarrollados por el Tribunal Constitucional de Alemania, y popularizados a través de las traducciones a diferentes idiomas de autores como ROBERT ALEXY²⁶.

Pero si se habla del relato histórico de los derechos fundamentales, si se entiende por estos la consagración de los derechos naturales (del racionalismo ilustrado) en textos constitucionales, y si se incluye a los derechos sociales dentro de esta gigantesca categoría, la cronología de los hechos es necesariamente distinta, y deben tenerse en cuenta incluso las prescripciones sobre el derecho a la educación que se encuentran en la *Constitución de la República de Tunja* de 1811, que dispuso: “en todos los pueblos de la Provincia habrá una Escuela en que se enseñe a los niños, a leer, escribir, contar, los primeros rudimentos de nuestra Santa Religión, y los principales derechos y deberes del hombre en sociedad”²⁷.

Sin embargo, y para efectos de lo que se sostiene en este trabajo, es necesario destacar el hecho de que la idea de las *generaciones* o *categorías* en los derechos va a surgir de la misma polarización del mundo en los dos grandes bloques durante la guerra fría, y ello se demuestra con el hecho de que, pese a la consideración ideológica de los derechos sociales o prestacionales como proyectos políticos o como principios programáticos, las Naciones Unidas insistían en la indivisibilidad e interdependencia de esos derechos. Por ejemplo, la Asamblea General indicaba en 1950 que:

“Por cuanto el Pacto debe ser formulado con el espíritu y sobre la base de los principios de la Declaración Universal de Derechos del Hombre,

²⁴ SAMUEL MOYN, *La última utopía, Los derechos humanos en la historia*, Bogotá, PUJ, 2015, todo el libro (original en inglés: *The Last Utopia, Human Rights in History*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 2012), todo el libro, especialmente págs. 31 y ss.

²⁵ BERND MARQUARDT, *Derechos humanos y fundamentales, Una historia del derecho ¿Valores universales o hegemonía moral de Occidente?* Bogotá, Ibáñez, 2015, págs. 139 y ss.

²⁶ MARQUARDT, *Derechos humanos y fundamentales, op. cit.*, pág. 140.

²⁷ *Constitución de la República de Tunja* de 1811, Santafé de Bogotá, Imprenta de Bruno Espinosa, 1811, Sección VI, ed. por BERND MARQUARDT (Ed.), *El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia, Ed. auténtica y comentada*, Bogotá, 2ª ed., UNAL & Ibáñez, 2011, págs. 391-422, 417.

Por cuanto la Declaración Universal considera al hombre como una persona a la cual pertenecen indudablemente libertades cívicas y políticas, así como derechos económicos, sociales y culturales,

Por cuanto el goce de las libertades cívicas y políticas y el de los derechos económicos, sociales y culturales están vinculados entre sí y se condicionan mutuamente,

Por cuanto el hombre, privado de los derechos económicos, sociales y culturales, no representa esa persona humana que la Declaración Universal considera como el ideal del hombre libre,

7. a) Decide incluir en el Pacto de Derechos del Hombre los derechos económicos, sociales y culturales, y el reconocimiento explícito de la igualdad de hombres y mujeres en cuanto a esos derechos, según consta en la Carta de las Naciones Unidas²⁸.

La polarización entre las dos grandes potencias conllevó una presión política de tal magnitud, que las Naciones Unidas decidieron desarrollar la *Declaración universal de los derechos humanos* de 1948 en dos Convenciones aparte: por un lado, el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, y por el otro, el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, ambos de 1966²⁹.

Desde un punto de vista doctrinal, la clasificación generacional de los derechos es la consecuencia de los debates dados desde inicios de la década de 1960 hasta 1979 sobre el *derecho al desarrollo*³⁰. La idea de quienes lo promovían (fundamentalmente de KAREL VASAK, en 1979) era no solo su consagración como un derecho legal, sino su elevación al estatuto de derecho humano, moral. Dada la necesidad de justificar tal cosa, y teniendo en cuenta tanto la historia constitucional como la existencia de la *Declaración Universal* de 1948, se adujo que este derecho en concreto no era una creación arbitraria, sino un momento más de la historia iniciada a fines del Siglo XVIII

²⁸ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Resolución 421 (V)*, *Proyecto de Pacto Internacional de Derechos del Hombre y medidas de aplicación, Labor futura de la Comisión de Derechos del Hombre*, 4.11.1950, en [https://undocs.org/es/A/RES/421\(V\)](https://undocs.org/es/A/RES/421(V) (4.11.2018).

²⁹ *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Resolución 217 (III) del 10.12.1948, ed. por ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (9.4.2019) y en MARQUARDT, *Derechos humanos y fundamentales*, *op. cit.*, págs. 327-331; *Pacto Internacional de Derecho Económico, Sociales y Culturales*, Resolución 2200A (XXI) del 16.12.1966, ed. por OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx> (9.4.2019), y en MARQUARDT, *Derechos humanos y fundamentales*, *op. cit.*, págs. 363-371.

³⁰ NATALIA RUÍZ M., “El derecho al desarrollo y su necesidad de incorporación en el sistema jurídico colombiano”, en BERND MARQUARDT (Ed.), *El Estado constitucional de los valores, Anuario V de CC – Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ibáñez, 2015, págs. 339-376.

con las primeras revoluciones ilustradas, cuando se consagraron los derechos civiles y políticos, y luego, durante el Siglo XX, con la instauración de los derechos sociales³¹.

Desde ese momento se hizo patente la idea de las generaciones de los derechos, que puede ser válida desde un punto de vista historiográfico y pedagógico, pero peligrosa si se le analiza desde la teoría del derecho, porque introduce artificialmente diferencias que no existen desde un punto de vista estructural o lógico formal, o desde la práctica cotidiana de los derechos. Las consecuencias de una lectura lineal y *generacional* de los derechos son graves, pues con semejante exposición de la historia se suele presentar una mitología alrededor de la universalización abstracta de las garantías cada vez que estas se consagran en textos constitucionales, sin considerar que los derechos suelen reconocerse (cuando no se arrancan a través de la movilización) a unas personas excluyendo a otras, por motivos de clase, por razones de género, e inclusive en virtud de la pertenencia de las personas a determinadas naciones o grupos culturales. Por ejemplo, las políticas sociales dentro de los Estados europeos supusieron, al mismo tiempo, el mantenimiento de políticas coloniales en el exterior; y los derechos sociales, cuando fueron consagrados como elementos de ciudadanía, implicaron la exclusión, de esos mismos derechos, de la población sometida que ostentaban nacionalidades y culturas diferentes a las europeas³².

Tal fenómeno no solo se presentaba en el contexto del colonialismo europeo sobre África, sino que persiste dondequiera que haya procesos de migración masiva de la ciudadanía de un país hacia otro en el que son considerados extranjeros, situación que es particularmente relevante en la actualidad del mundo (agudizada desde 2015), dado el flujo de migrantes desde Siria y otros países del Medio Oriente hacia Europa occidental; o la reciente marcha de ciudadanos centroamericanos, a finales de 2018, hacia la frontera de México con los Estados Unidos; y muy particularmente la salida masiva de ciudadanos venezolanos hacia varios países de Suramérica, especialmente hacia Colombia, desde 2015. GERARDO PISARELLO, en 2007, pronosticaba descarnadamente las consecuencias de este tipo de migración en términos de su impacto social y constitucional:

“En virtud de esta realidad, las minorías no nacionales, sobre todo cuando se trata de migrantes económicos pertenecientes a grupos vulnerables por razones de origen étnico, lingüístico o religioso y por su situación administrativa (las personas en situación de irregularidad o ‘sin papeles’), pasan a convertirse en una ‘infraclase’ que accede con frecuencia a un estatuto de *lumpenciudadanía*³³. Este

³¹ EDUARDO RABOSI, “Las generaciones de derechos humanos, La teoría y el cliché”, en *Lecciones y Ensayos*, núm. 69, Buenos Aires, UBA, 1997, págs. 42 y s.

³² GERARDO PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Trotta, 2007, pág. 31-32.

³³ *Lumpen* es una expresión del alemán antiguo (actualmente fuera del uso) que se traduce como *barapos* o *trapos*. Indica personas pobres que se visten de modo improvisado con lo más básico por falta de recursos, p. ej., los afectados del *pauperismo* de la primera fase industrial del siglo XIX.

estatuto les asegura el derecho a prestaciones sociales mínimas (en materia de asistencia sanitaria, por ejemplo), que les permiten una incorporación debilitada al mercado laboral, pero no les otorga, en la mayoría de los casos, el reconocimiento de genuinos derechos de participación y de ciudadanía política”³⁴.

Otra consecuencia, que es quizás la más examinada por la teoría constitucional, es la consideración de que los derechos civiles y políticos son los únicos justiciables, y por ello mismo, los únicos que son derechos fundamentales; mientras que los derechos de las siguientes generaciones son apenas programas políticos y promesas dirigidas a la sociedad carentes del factor de la justiciabilidad, entre otras cosas, por su proclividad a predicarse de colectividades y no de sujetos³⁵.

En fin, la positivización de esta forma de concebir a los derechos en los ordenamientos jurídicos nacionales involucró la posibilidad de otorgar, bajo el principio de autoridad (es decir, por decisiones políticas del Estado), la justiciabilidad a los derechos de primera generación, y no a los demás.

Ahora bien, en perspectiva histórica, en América Latina la difusión del constitucionalismo social, esto es, la consagración de los derechos sociales, se dio en dos momentos históricos diferenciados: el primero es el comprendido entre 1917 y 1950³⁶ aproximadamente, y surge con ocasión del ingreso tardío de los países de la región en las lógicas de la revolución industrial (a través de lo que MARQUARDT denomina como la *segunda fase de la revolución fósil-energética*³⁷), que con el tiempo va a coincidir con la doctrina económica tradicionalmente conocida como *sustitución de importaciones*, en la cual el Estado desempeñó un papel primordial en la asignación de los recursos del sistema financiero, el control de precios, la regulación de la actividad económica, la protección de la industria local y la prestación de servicios públicos³⁸, que había sido, además, promovida desde la *Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina* (CEPAL) desde su fundación en Santiago de Chile en 1948³⁹.

³⁴ PISARELLO, *Los derechos sociales*, op. cit., pág. 34.

³⁵ RABOSI, *Las generaciones de derechos*, op. cit., todo el documento.

³⁶ Sobre el período, CARLOS M. HERRERA, *Confines del constitucionalismo*, Bogotá, Univ. Externado, 2017, págs. 173-216, correspondientes al capítulo sexto de la obra, titulado “el constitucionalismo social latinoamericano (1917-1950).

³⁷ Vid. BERND MARQUARDT, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica, Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Bogotá, Ibáñez, 2016, pág. 371. La teoría de los sistemas de energía está elaborada en: ROLF P. SIEFERLE, “El camino especial de Europa”, en ÍD. & BERND MARQUARDT, *La Revolución industrial en Europa y América Latina, Interpretaciones ecobistóricas desde la perspectiva de la Teoría de los Sistemas de Energía y del Metabolismo social*, Bogotá, UNAL, 2009, págs. 1-91.

³⁸ MIGUEL CARRERA T. & RAFAEL MUÑOZ DE B., *Tres décadas de economía, ideología económica y políticas en la evolución de la pobreza y la desigualdad en América Latina*, Múnich, MPRA, 2013.

³⁹ Vid. MARQUARDT, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, op. cit., págs. 367 y ss.; ÍD., “La revolución industrial en América Latina, 1840-2009”, en ÍD. & SIEFERLE, *La Revolución industrial en Europa*

La *ola social* del constitucionalismo empieza, como se sabe, a principios de 1917 con la *Constitución de Querétaro*⁴⁰, que no solamente fue la primera en consagrar los derechos de los trabajadores, sino que, en palabras de CARLOS MIGUEL HERRERA, fue la génesis, también, del *dispositivo originario del constitucionalismo social*, que va a encontrarse en las constituciones europeas, sobre todo, después de la Segunda Guerra Mundial. Ese dispositivo funciona (todavía hoy) en torno a (i) la consagración de los derechos sociales, y a (ii) la relativización del derecho a la propiedad privada de los medios de producción a través de instituciones como la *nacionalización*, la *reforma agraria*, la *planificación* y, en el contexto alemán, a través de la *socialización*⁴¹ (ya desde 1919 y todavía hoy con una consagración formal en el artículo 15 de la *Ley fundamental* de Bonn de 1949⁴²).

Desde la década de 1950 y hasta la década de 1980, aproximadamente, América Latina se vio inmersa en la reacción ultraconservadora y anticonstitucional de los golpes de Estado, de la dictadura militar y del estado de sitio. En general, se trató de una ola de regímenes anticonstitucionales en los cuales se perdieron vidas, pero también derechos^{43/44}. BERNARDINO BRAVO LIRA, quien desde la ciencia jurídica se erigió en el principal defensor del régimen horroroso y dictatorial de AUGUSTO PINOCHET,

y América Latina, *Interpretaciones ecobistóricas*, op. cit., págs. 93-324, 219. Un interesante análisis sobre el derecho social derivado de las medidas anticíclicas keynesianas en América Latina, configurado por el capital para prevenir las revoluciones, se encuentra en ROMERO T., *Constitucionalismo social en América Latina*, op. cit., págs. 69-97.

⁴⁰ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* de 1917, en *Diario Oficial, Órgano del Gobierno Provisional de la República Mexicana*, t. 5, 4ª época, núm. 30, 1917, págs. 149-161. Ed. de la parte iusfundamental en: MARQUARDT, *Derechos humanos y fundamentales, Una historia del derecho*, op. cit., págs. 285-304.

⁴¹ HERRERA, *Confines del constitucionalismo*, op. cit., pág. 176. Comp. BERND MARQUARDT, “El ascenso del constitucionalismo social en el Ius Constitutionale Commune de Iberoamérica (1917-1949)”, en FIX-HÉCTOR ZAMUDIO & EDUARDO FERRER M. (Eds.), *Influencia extranjera y trascendencia internacional, Derecho comparado*, 1ª parte, México, Secretaría de la Cultura & Senado de la República & UNAM, 2017, págs. 403-479.

⁴² *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* de 1949, en *Bundesgesetzblatt I*, 1949, págs. 1 y ss. Traducción en español: *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, ed. por *Deutscher Bundestag*, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf> (9.4.2019). Traducción española de la parte iusfundamental en: MARQUARDT, *Derechos humanos y fundamentales, Una historia del derecho*, op. cit., págs. 333-342. *Vid.* MERLE M. WELK, “La socialización del suelo en Alemania, Una disposición constitucional simbólica”, en BERND MARQUARDT *et al.*, *Paz territorial y tierras*, Bogotá, Ibáñez, 2018, págs. 333-346. El art. 15 de la *Ley fundamental* de 1949 permite la socialización de la tierra, de los recursos naturales y de los medios de producción, pero el desarrollo de la agricultura en Alemania hizo innecesaria la reforma agraria en virtud de dicha socialización. La figura se encontraba presente en los arts. 155 y 156 de la *Constitución de Weimar*, y en aquella ocasión tampoco fueron objeto de aplicación material o práctica, aunque por razones completamente diferentes. *Vid.* pág. 335.

⁴³ *Vid.* MARQUARDT, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, op. cit., págs. 429 y ss; JORGE GONZÁLEZ J., *Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur*, Bogotá, PUJ, 2015, todo el libro; DAVID E. LLINÁS A., “Anticonstitucionalismo y dictadura soberana, La responsabilidad de la ciencia jurídica, Schmitt, Guzmán, Bravo Lira y Chile en 1973”, en MARQUARDT, *Constitucionalismo científico II, Entre el Estado y el mercado*, op. cit., págs. 199-249.

⁴⁴ Para el caso chileno, LLINÁS A., *Anticonstitucionalismo*, op. cit., págs. 237-240.

para justificar la necesidad histórica e institucional del militarismo en América Latina acudió al mismo tipo de razonamiento político efectista usado, décadas atrás, por CARL SCHMITT para justificar la dictadura de HITLER en Alemania:

“El punto flaco de los gobiernos constitucionales es su falta de eficacia. No consiguen conciliar legalidad y eficacia. Lo que a la larga y, demasiado a menudo, también a la corta, resulta insostenible. En esos casos no hay más que dos salidas, que no son sino dos maneras de acabar con la constitución. O bien se salta la constitución o bien se sume al país en la ruina. En otras palabras, las causas de la caída de los gobiernos civiles hay que buscarlas en primer lugar entre los propios civiles”⁴⁵.

El segundo momento de la consagración de los derechos sociales corresponde a la ola democratizadora que resultó siendo la respuesta al interludio anticonstitucional brevemente relacionado en el párrafo anterior. Así como Europa occidental experimentó un resurgir del constitucionalismo fundado en la dignidad humana después de la caída de los fascismos, en América Latina habrá un resurgir constitucional, una nueva *hornada* de juridización (usando la terminología de HABERMAS⁴⁶) anclada con el *Estado constitucional, democrático, social y ambiental* a partir de la década de 1980 hasta el día de hoy⁴⁷. Este fenómeno, rastreado históricamente, es atribuido por casi todos los autores al *canon neoconstitucional*, dejando a salvo al profesor MARQUARDT, quien refuta el prefijo *neo* porque, al menos en materia de derechos sociales y de desarrollos constitucionales, en América Latina no hubo nada nuevo. Los derechos colectivos habían sido desarrollados en el primer momento, así como el control constitucional por vía de acción pública, o bien a través del recurso de amparo⁴⁸.

Pero más allá del eventual debate historiográfico, para los efectos de este ensayo resulta preciso indicar que la doctrina neoconstitucional vislumbra en este momento el nacimiento de un problema interno de la teoría constitucional, consistente en las diferentes clases de tensiones que supone el *injerito* (para usar la expresión de GARGARELLA, muy atinada en términos pedagógicos⁴⁹) de los derechos sociales (y aun de

⁴⁵ BERNARDINO BRAVO L., *Constitución y reconstitución, Historia del Estado en Iberoamérica*, Santiago, Abeledo Perrot, 2010, págs. 285 y ss.

⁴⁶ JÜRGEN HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, II, *Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Taurus, 1992, págs. 510, 511 y ss, especialmente, pág. 171 (original en alemán: *Theorie des kommunikativen Handelns*, II, *Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Fráncfort, Suhrkamp, 1981).

⁴⁷ MARQUARDT, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, *op. cit.*, págs. 523 y ss. Quién sabe, de cualquier forma, en qué quedará esta hornada en el futuro próximo latinoamericano e, inclusive, global. El fascismo está regresando, en el Norte y en el Sur; y la única forma de combatirlo es desde un constitucionalismo militante y cosmopolita.

⁴⁸ MARQUARDT, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, *op. cit.*, págs. 523 y ss; ÍD., *Derechos humanos y fundamentales*, *op. cit.*, pág. 141.

⁴⁹ ROBERTO GARGARELLA, *La sala de máquinas de la Constitución, Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz, 2014, págs. 243 y ss.

los ambientales) en constitucionales típicamente liberales. Esas tensiones surgen ahora, y no en el primer momento histórico, debido al protagonismo que tienen hoy los tribunales constitucionales, por lo que se concitan en el marco específico de la interpretación judicial. Un buen ejemplo de la diagnosis sobre tales tensiones lo plantea RODRIGO UPRIMNY en un viejo artículo titulado *la motivación de las sentencias y el papel del juez en el Estado Social y Democrático de Derecho*, en el que, a partir de las contradicciones del modelo social con el modelo liberal y el modelo democrático (todos coincidentes en el texto constitucional colombiano de 1991), demuestra la importancia de la construcción argumental en la motivación de las decisiones jurisdiccionales⁵⁰.

Otro ejemplo es GUSTAVO ZAGREBELSKY, cuando habla de la “aspiración a la convivencia de los principios” que hacen parte de una Constitución⁵¹; y otro más lo es el mismo ROBERTO GARGARELLA, quien explica el fenómeno en el desarrollo de una pregunta que se relaciona directamente con la forma que tiene él de entender la historia constitucional latinoamericana, es decir, como la competencia filosófica e ideológica entre tres proyectos distintos de entender y de organizar la sociedad después de las independencias: el liberalismo, el conservadurismo y el radicalismo. Ciertamente, el autor muestra las complejidades estructurales de esa tensión a partir de tres supuestos: (i) el impacto interno de los “injertos constitucionales”; (ii) la traducción constitucional; y (iii) las *cláusulas dormidas*. En términos generales, indaga por los efectos que puede tener la inserción de los derechos sociales —de estirpe esencialmente radical— en los aspectos dogmáticos y orgánicos de los textos constitucionales, que son tradicionalmente liberales o conservadores: ¿cómo afecta la introducción de una garantía tal sobre instituciones que, filosóficamente, responden a concepciones distintas del mundo y de la sociedad?⁵²

Las tensiones se vuelven incluso más tirantes si de lo que se trata es de los instrumentos internacionales sobre derechos sociales (desde el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* de 1966 hasta el *Protocolo de San Salvador* de 1988, pasando por los *Convenios de la Organización Internacional del Trabajo*, o las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la última organización aludida) y de su aceptación interna por parte de países con constituciones liberales,

⁵⁰ RODRIGO UPRIMNY Y., “La motivación de las sentencias y el papel del juez en el Estado Social y Democrático de Derecho”, en revista *Pensamiento Jurídico*, núm. 4, Bogotá, UNAL, 1995, págs. 131-139.

⁵¹ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2016, pág. 16.

⁵² Vid. GARGARELLA, *La sala de máquinas*, op. cit., pág. 245 y ss; ÍD., *Los fundamentos legales de la desigualdad, El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010, págs. 268 y ss, 276 y ss. En esta última lectura, el profesor argentino desarrolla las tensiones y dificultades que surgen de involucrar el igualitarismo (una versión del radicalismo) en el diseño constitucional. Todo en función de cómo controlar que las mayorías terminen desbocándose y, antes bien, planteen la defensa de los derechos.

porque es poco usual que los operadores jurídicos les den aplicación para resolver casos concretos.

Dicha tensión se evidencia cuando se indaga, por ejemplo en Colombia, a partir de qué momento la Corte Constitucional empezó a considerar los convenios de la Organización Internacional del Trabajo como componentes de lo que se ha denominado como *bloque de constitucionalidad*, el conjunto de disposiciones con rango constitucional que no se encuentran explícitas en el texto constitucional⁵³. Si en el ámbito interno había debate sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales consagrados explícitamente en la Constitución (asunto que se verá más adelante), cómo no habría de generar resistencias, en un ámbito jurídico supremamente formal y dualista, el hecho de que fueran las disposiciones del derecho internacional las que tuvieran rango constitucional, y que fueran exigibles por la vía judicial. Por eso la Corte se demoró hasta 1999 para incluir explícitamente dentro del bloque los instrumentos internacionales originados en la Organización Internacional del Trabajo. UPRIMNY resalta el hecho de que, adicionalmente a los convenios, la Corte determinó que también integran el bloque de constitucionalidad las decisiones de los órganos de control en casos contenciosos, como lo es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, o el Comité de Libertad Sindical, cuando sus recomendaciones están avaladas por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo⁵⁴.

B) LAS PRIMERAS TEORÍAS SOBRE PRESTACIONES SOCIALES PARA GARANTIZAR LA SUBSISTENCIA HUMANA NO SE BASARON EN LA IDEA DE LOS DERECHOS, SINO EN LAS ACTIVIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En el contexto de la industrialización (impulsada por el Estado), la transformación de la relación entre Estado y sociedad se presenta en la forma que tienen las personas para relacionarse con la administración pública. Así, si en el Estado liberal decimonónico se hablaba de la ciudadanía en función de su condición de *administrada* (el ciudadano *administrado* es, en el Estado del *largo Siglo XIX*, la reminiscencia del súbdito del Antiguo Régimen), en el *Estado constitucional, democrático, social y ambiental del corto Siglo XX* se tiende a hablar de la ciudadanía en función de su condición de *usuaría* de los

⁵³ RODRIGO UPRIMNY Y., *El Bloque de Constitucionalidad en Colombia, Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, documento electrónico, https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf (10.11.2018), págs. 22 y ss.

⁵⁴ UPRIMNY, *El Bloque de Constitucionalidad*, *op. cit.*, pág. 24. Este autor cita acá la sentencia T-568 de 1999, MP. CARLOS GAVIRIA D. Por otro lado, en detalle sobre este tema, analizando la problemática de la aplicación interna de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical en el caso de los trabajadores y trabajadoras del Distrito de Bogotá desvinculados durante la segunda administración de ANTANAS MOCKUS. Cfr. DAVID E. LLINÁS A., “¿Derecho público multinacional y anti-constitucional? Las reformas estructurales del Consenso de Washington y el derecho social en Brasil, Venezuela, Argentina y Colombia”, en MARQUARDT, *El Estado constitucional de los valores (Anuario V de CC)*, *op. cit.*, págs. 185-264, 247 y ss.

servicios públicos. El concepto de la *procura existencial* (que es la traducción más extendida del vocablo alemán *Daseinsvorsorge*, si bien no es la única forma de trocar la palabra al castellano⁵⁵) surge para describir la forma en que el ser humano se relaciona con el Estado en ese preciso contexto, y puede explicarse, en términos generales, como el deber de intervención que tiene el Estado en los espacios vitales del ser humano en los que este último carece de control⁵⁶.

O dicho de otro modo, para ERNST FORSTHOFF, quien acuñó el concepto de procura existencial, este explica una consecuencia muy concreta de la industrialización en relación con el individuo de la especie humana, pues a partir de ese gran suceso histórico el ser humano es cada vez más incapaz de reproducir su existencia, de sobrevivir, y se ve reducido a vivir en condiciones de indignidad. Para que pueda pervivir, es necesario que el Estado, a través de la administración pública, supla esas necesidades y garantice su participación en determinadas prestaciones de carácter social.

FORSTHOFF planteó que el hombre desarrolla su existencia dentro una serie de ámbitos constituidos por bienes y servicios materiales e inmateriales, a los que denomina *espacios vitales*, que a su vez clasifica entre *espacio vital dominado* y *espacio vital efectivo*. Mientras el primero hace referencia a los bienes y servicios que el hombre puede controlar y estructurar intensivamente por sí mismo (es decir, es el espacio en el que

⁵⁵ ERNST FORSTHOFF, “La procura existencial”, en ÍD., *Estado de Derecho en mutación, Trabajos constitucionales 1954-1973*, Madrid, Tecnos, 2015 (traducción de varios textos alemanes de 1950-1957), págs. 387-436. LORENZO MARTÍN-R. B. explica las dificultades con la traducción del vocablo *Daseinsvorsorge*, de la que dice que puede trasladarse al español como “preocupación por la existencia humana”, “preocupación de los presupuestos vitales” o, “asistencia vital o de prestaciones vitales”. Al respecto, menciona que “cuando se habla, pues, de la *Daseinsvorsorge* se quiere expresar, por tanto, una actividad que dice relación con la existencia o con la vida humana en su más pleno sentido”. *Vid.* ÍD., “La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de ‘Daseinsvorsorge’”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 38, Madrid, CEPC, 1962, pág. 38. El vocablo también ha sido traducido como *previsión existencial*. Así, p. ej. en ERNST FORSTHOFF, “La previsión existencial en la edad técnica”, en *Revista de Documentación Administrativa*, núm. 100, Madrid, INAP, 1966 (original en alemán: “Daseinsvorsorge im technischen Zeitalter”, en *FS für Elias G. Kyriacopoulos*, Salónica, Univ. Aristóteles, 1966). Es “provision of subsistence” (provisión de subsistencia) en la traducción inglesa de MICHAEL STOLLEIS, *A History of Public Law in Germany, 1914-1945*, Oxford, Univ. Press, 2004 (título original en alemán: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, (t. 3), *Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, 2ª ed., Múnich, Beck, 2002), pág. 393. “Servicios públicos básicos” en otra traducción del mismo al español: ÍD., *Introducción al derecho público alemán (siglos XVI-XXI)*, Madrid, Marcial Pons, 2018 (título original en alemán: *Öffentliches Recht in Deutschland*, Múnich, Beck, 2014), págs. 131 y ss.

⁵⁶ Al respecto: GARCÍA P., *El Estado social*, *op. cit.*, pág. 28; NURIA MAGALDI, *Procura existencial, Estado de Derecho y Estado social*, Bogotá, Univ. Externado, 2007, págs. 70-76; BERND MARQUARDT, “Democracia social, Una aproximación teórica e histórica al Estado constitucional social en perspectiva comparada”, en ÍD., *Constitucionalismo Científico II, Entre el Estado y el mercado*, *op. cit.*, págs. 3-68, 12; SOSA W., *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff*, *op. cit.*, pág. 27; STOLLEIS, *A History of Public Law in Germany, 1914-1945*, *op. cit.*, págs. 392 y ss; ÍD., *Introducción al derecho público alemán (siglos XVI-XXI)*, *op. cit.*, págs. 131 y ss.

ejerce señorío), el segundo guarda relación con el ámbito en el cual el individuo realiza su existencia, constituido por el conjunto de cosas de las que se sirve, pero sobre las que no ejerce ningún tipo de dominio. La civilización industrial ha hecho que, con el paso del tiempo, el hombre no tenga espacios vitales para su dominio, y antes bien, dependa de los espacios vitales efectivos sobre los que no goza de señorío alguno. Es allí, donde la existencia humana se vuelve inestable, donde el Estado debe intervenir para garantizar la subsistencia o, lo que es lo mismo, para *procurar la existencia*. De allí el nombre de la teoría⁵⁷.

Es por lo anterior que FORSTHOFF, analizando la estatalidad alemana desde la *Ley fundamental* de 1949 (de la que sentencia lapidariamente que “no es el resultado de una decisión política, sino el producto de una situación de debilidad sin par a consecuencia de las devastaciones de una guerra perdida”⁵⁸), y reflexionando sobre el impacto de la industrialización en su país, menciona que:

“Con la concentración de grandes masas de población en los reducidísimos espacios de las grandes ciudades surgieron para la procuración de la existencia nuevos conocimientos y exigencias que se hacen notar claramente en la diferenciación entre espacio vital efectivo y espacio vital dominado. Por espacio vital dominado debe entenderse aquél que le está atribuido al individuo de modo tan intenso que pueda disponer de él, o al menos, esté facultado para utilizarlo de forma permanente. Por espacio vital efectivo ha de entenderse aquél en que transcurre efectivamente la existencia de los individuos.

La concentración espacial de la población desatado por la industrialización ha conducido a que el espacio vital dominado por el individuo se redujera extraordinariamente (de la casa familiar, la granja y el taller, antaño, a la vivienda de alquiler y el puesto de trabajo en la fábrica, hoy en día), mientras que la técnica extendía, extraordinariamente también, el espacio vital dominado. Con el espacio vital dominado perdió el individuo las seguridades que habían dotado de cierta autonomía a su propia existencia. Ahora se veía remitido a unas soluciones que remediaban su indigencia social y le hacían posible la existencia sin disponer por sí mismo de un espacio vital dominado: gas, agua, energía eléctrica, alcantarillado, medios de transporte *etc.* Esta situación de indigencia social es independiente de la fortuna personal. En ella se ve todo aquél que no tenga asegurada su existencia mediante un espacio vital dominado. De hecho, hoy en día es una situación en la que todos nos encontramos, pues, como HANS FREYER ha demostrado convincentemente, en el sistema secundario, la forma de vida de los pueblos altamente industrializados, ya no hay formas autónomas y autárquicas de existencia.

⁵⁷ GARCÍA P., *El Estado social, op. cit.*, págs. 27-29.

⁵⁸ ERNST FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, CEPC, 2013 (original en alemán: *Der Staat der Industriegesellschaft*, Múnich, Beck, 1971), pág. 43.

Ayudar a salir de esta situación de indigencia se ha convertido en tarea del Estado [...]. Todo lo que se realiza en cumplimiento de esta tarea es procura de la existencia”⁵⁹.

Pero esa procura, que como puede verse se vincula necesariamente con la actividad de la administración pública (y por eso en alemán la expresión utilizada es *Leistungsverwaltung*, es decir, la *administración de prestación de servicios*⁶⁰), depende de las circunstancias y coyunturas concretas de cada sociedad, por lo que las actividades que debe desplegar el Estado para garantizar la subsistencia humana pueden variar de acuerdo a diferentes contextos. GARCÍA P. incluso menciona que en la actualidad (es decir, su actualidad de 1987), a las acciones de procura deben incluirse las de defensa contra el deterioro del medio ambiente, contra el eventual agotamiento de los recursos naturales, y contra las inseguridades de la economía global⁶¹, dado que de tales acciones depende en gran medida la pervivencia de la especie, en condiciones de dignidad.

C) EL RESURGIR DE LOS DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS Y LAS PRESTACIONES SOCIALES DEL ESTADO

Ahora bien, ¿qué relación tiene lo dicho hasta el momento con la formulación de los derechos sociales? E incluso, ¿qué tiene que ver con la idea de la dignidad humana?

La procura existencial como teoría surge con la publicación, en 1938, del libro titulado *La administración como gestor de prestaciones*⁶², en el que FORSTHOFF desarrolla un modelo autoritario de prestaciones sociales desde el Estado, lo cual se puede entender perfectamente dado el contexto nacionalsocialista en el que escribió su texto⁶³. Su idea fundamental era que el individuo, al hacer parte de la comunidad (o pueblo, o alguna otra idea corporativa), podría estar seguro de la reproducción de su supervivencia a través de las acciones estatales de la procura existencial, pero sin que por ello ostentara algún derecho público subjetivo frente a los mismos⁶⁴. Es más, el elemento corporativo se debía subordinar al principio de la primacía de la voluntad del líder (*Führerprin-*

⁵⁹ FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, op. cit., págs. 53 y 54.

⁶⁰ MARTÍN-R., *La configuración jurídica*, op. cit., pág. 38.

⁶¹ GARCÍA P., *El Estado social*, op. cit., pág. 29.

⁶² ERNST FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart, Kohlhammer, 1938. Comp. CHRISTIAN DÜMKE, *Daseinsvorsorge, Wettbewerb und kommunale Selbstverwaltung im Bereich der liberalisierten Energiewirtschaft*, Potsdam, Univ., 2015, pág. 19; MARTÍN-R., *La configuración jurídica*, op. cit., pág. 38).

⁶³ MARTIN BULLINGER, “El service public francés y la Daseinsvorsorge en Alemania”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 166, Madrid, CEPC, 2005 (título original en alemán: “Französischer service public und deutsche Daseinsvorsorge”, en revista *Juristenzeitung*, vol. 58, núm. 12, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, págs. 597-604), págs. 33 y 37.

⁶⁴ En este sentido, hay similitudes entre FORSTHOFF y LÉON DUGUIT, a quien el primero cita, pues el último tampoco reconocía derechos subjetivos en relación con los servicios públicos. *Vid.* BULLINGER, *El service public*, op. cit., págs. 37 y s.

zip)⁶⁵, que era obligatorio en Alemania durante el régimen nazi (1933-1945) como una variación republicana del anterior *principio monárquico* (hasta 1918)⁶⁶. Se trataba, pues, y en un principio, de una prestación administrativa sin un derecho subjetivo que le fuera correlativo. Por eso la procura existencial no es una teoría sobre los derechos sociales, sino tan solo una de las fundamentaciones teórico-jurídicas y teórico-políticas del *Estado constitucional, democrático, social y ambiental*, siendo la otra la doctrina de los servicios públicos, formulada décadas antes por LÉON DUGUIT y sus discípulos en Francia. Es por esta razón que quienes escribieron sobre el Estado social en aquella época, o en las décadas subsiguientes, no se preocuparon por teorizar acerca de los derechos sociales⁶⁷.

Ambas teorías tienen en común la identificación de la industrialización como problemática para la reproducción de la vida humana, así como la negación de derechos subjetivos en favor de las personas pese a las actividades del Estado, bien para la procura existencial, bien para la organización y control de los servicios públicos. La gran diferencia radica en la abstracción que sustenta cada propuesta, pues mientras para DUGUIT era la regla de la solidaridad social, para FORSTHOFF es el principio corporativo (la pertenencia del individuo a un *todo*)⁶⁸.

⁶⁵ BULLINGER, *El service public*, *op. cit.*, pág. 34. FORSTHOFF abandonó el principio de autoridad en la formulación de su teoría después de que el régimen nacionalsocialista cayera ante los aliados. No debe olvidarse, de cualquier forma, que FORSTHOFF fue miembro del partido nazi, y que bajo esa situación escribió un libro que lo haría famoso aún después de haber caído el Tercer Reich, y le granjeó insufribles problemas personales (*El Estado total*). FRANCISCO SOSA W. publicó en 2008, en español, la correspondencia sostenida entre él y CARL SCHMITT, en la cual se constata el aburrimiento de FORSTHOFF frente al régimen nacionalsocialista. *Vid.* FRANCISCO SOSA W., *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff, Coincidencias y confidencias*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

⁶⁶ BERND MARQUARDT, “La justicia y el derecho en la injusticia, Sobre el papel de los guardianes del derecho en el Estado anticonstitucional nacionalsocialista (1933-1945) y en la subsiguiente justicia transicional”, en ÍD., *El Estado constitucional de los valores (Anuario V de CC)*, *op. cit.*, págs. 23-140, 47. Sobre el *principio monárquico*: ÍD., “Historia constitucional de la monarquía autocrática moderna y parlamentaria, Reflexiones sobre dos modelos de Estado en el bicentenario del constitucionalismo moderno”, en ÍD., *El Estado constitucional en el tiempo y en el espacio (Anuario IV de CC)*, *op. cit.*, págs. 19-130, 80.

⁶⁷ Pero hay también otra razón: durante los años que siguieron de forma inmediata a la finalización de la Segunda Guerra Mundial, el modelo explicativo de los derechos asociados a las prestaciones sociales era el de los derechos públicos subjetivos, como veremos en seguida.

⁶⁸ BULLINGER, *El Service public*, *op. cit.*, todo el artículo. LÉON DUGUIT, por ejemplo, mencionaba sobre la idea de los derechos subjetivos (que se había elaborado bajo las teorías de *la voluntad* –SAVIGNY–, del *interés* –JHERING–, o la mixtura entre ambas) que debían rechazarse, “noción puramente metafísica de la que no se puede demostrar la realidad ni determinar sus elementos; noción de una entidad imaginada bajo el imperio de esta necesidad que se puede calificar de metafísica que, en una cierta época, se impuso imperiosamente al espíritu humano y que condujo a explicar todos los fenómenos del mundo social, igual que los del mundo físico, por ciertas fuerzas misteriosas que estos fenómenos ocultarían”. LEÓN DUGUIT, “La regla de Derecho y la cuestión del derecho subjetivo”, en ÍD.,

Ahora, la importancia de estas teorías, y particularmente la de la procura existencial, deriva del hecho de que, si bien ellas por sí solas no reconocen la importancia de los derechos, luego van a ser recicladas, si se permite la expresión, bajo el tamiz de la nueva ola del derecho público que sí se fundamenta en la subjetividad del ser humano, en su dignidad⁶⁹, en la *imagen del hombre de la subjetividad jurídica*, y, por tanto, vuelve a darle importancia a los derechos subjetivos, a partir de 1949. Téngase en cuenta que, al menos en el caso de FORSTHOFF, su adscripción al corporativismo y al principio de la voluntad del líder se debía tanto a su pasado nazi como al hecho de desarrollar él mismo sus espacios vitales en un Estado totalitario. Pero él, su obra, así como la obra de muchos otros juristas que se desempeñaron antes del régimen dictatorial, durante la República de Weimar (e incluso antes), como el suizo FRITZ FLEINER y el alemán WALTER JELLINEK, fueron utilizadas bajo nuevas perspectivas teóricas y sociales afines al “*giro copernicano* que experimentó el Derecho público tras 1949”⁷⁰.

Según resalta RAINER WAHL, la nueva concepción del hombre una vez perdida la guerra, en la que el individuo no se debe al Estado, y este se debe al individuo, derivó a partir de la *Ley fundamental* en al menos cuatro figuras jurídicas que, desde entonces, se hicieron centrales en el Derecho público alemán, a saber: (i) la creencia de que los individuos tienen el *derecho a exigir* las prestaciones sociales (de la procura existencial, vale decir); (ii) la renovación de la doctrina de los derechos públicos subjetivos, desarrollada profusamente por GEORG JELLINEK desde 1892⁷¹ y también en 1914 por OTTMAR BÜHLER⁷²; (iii) la doctrina según la cual los tribunales son los únicos que pueden determinar la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados; y (iv) como consecuencia directa de la subjetivización, la marginalización de la doctrina de la discrecionalidad administrativa, que antes de 1945 era fundamental para el desempeño del Estado totalitario⁷³.

Interesa resaltar, dado el enfoque del presente trabajo, lo que señala el mismo autor respecto del renacimiento de los derechos públicos subjetivos:

Lecciones de Derecho público general, impartidas en la Facultad de Derecho de la Universidad egipcia durante los meses de enero, febrero y marzo de 1926, Madrid, Marcial Pons, 2011, págs. 47-56, 55.

⁶⁹ MATTHIAS HARTWIG, “Pasado, presente y futuro del derecho público en Alemania”, en *Revista catalana de dret públic*, núm. 41, Barcelona, Escola d’Administració Pública de Catalunya, 2010, págs. 1-25, 17.

⁷⁰ *Vid.* RAINER WAHL, *Los últimos 50 años de derecho administrativo alemán*, Madrid, Marcial Pons, 2013 (original en alemán: *Herausforderungen und Antworten*, Berlín, De Gruyter, 2006), págs. 32 y ss, 36, 40 y s.

⁷¹ GEORG JELLINEK, *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1892. Véase MICHAEL STOLLEIS, *Public Law in Germany, 1800-1914*, Nueva York, Berghahn, 2001 (título original en alemán: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, t. 2, Múnich, C.H.Beck, 1988), págs. 440 y ss.

⁷² OTTMAR BÜHLER, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, Berlín & Stuttgart & Leipzig, W. Kohlhammer, 1914.

⁷³ WAHL, *Los últimos cincuenta años*, *op. cit.*, págs. 42 y s.

“La expansión, pronto visible, de los derechos públicos subjetivos fue impulsada, en una especie de movimiento de pinza, tanto por la idea material de la subjetivación, como por la garantía de la tutela judicial sin lagunas. Esas dos ideas de fondo se comportan como las dos caras de una misma moneda. Aseguran el principio fundamental de que el sujeto individual es sujeto de derechos: sólo quien tiene realmente derechos y –criterio supremo de autonomía– puede hacer valer con éxito por sí mismo esos derechos ante un tribunal es un sujeto, una magnitud originaria en la vida jurídica y frente al Estado”⁷⁴.

Los derechos públicos subjetivos fueron concebidos entre los alemanes, a finales del Siglo XIX y principios del XX, como una respuesta a la idea ilustrada de los derechos naturales, que existían antes e independientemente del Estado⁷⁵. Se trataba por tanto de derechos de creación legal, es decir, que dependían de la voluntad del Estado en su calidad de legislador; luego si las voluntades políticas cambian, el contenido de los derechos también se transmuta. Sin embargo, aun pese a su origen estatalista (según lo interpretan ZAGREBELSKY y FIORAVANTI⁷⁶), y aun cuando no implicaran derechos *originarios* para los particulares, se trató de la única teoría seria para fundamentar los derechos individuales bajo un contexto ideológico y político hobbesiano del Estado⁷⁷. Para MATTHIAS HARTWIG, la implementación de esta teoría supuso el establecimiento de una posición autónoma del individuo respecto del Estado, pues dejaba de ser súbdito para ser un ciudadano, “a quien le correspondían una serie de derechos propios, también ante el Estado”⁷⁸.

Como no eran derechos naturales estaban circunscritos al ámbito del Estado nación⁷⁹, razón por la cual, bajo esta forma de comprender el asunto, las garantías contenidas en las cartas constitucionales eran apenas directivas no vinculantes⁸⁰, y en ese preciso aspecto es que se encuentra la diferencia entre dicha teoría y los desarrollos posteriores acerca de los derechos fundamentales.

Esta doctrina iuspublicista encontró gran acogida durante los cortos años de la República de Weimar, cuya constitución de noviembre de 1919 fue, como se sabe, la primera en Europa occidental y central en consagrar los derechos sociales (la primera,

⁷⁴ WAHL, *Los últimos cincuenta años*, op. cit., pág. 24.

⁷⁵ ALEXEI JULIO E., *La teoría de los derechos públicos subjetivos en la obra de Georg Jellinek*, Bogotá, Univ. Externado, 1997, págs. 12 y ss.

⁷⁶ MAURIZIO FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales*, 6ª ed., Madrid, Trotta, 2009, págs. 97 y ss.

⁷⁷ ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, op. cit., pág. 49.

⁷⁸ HARTWIG, *Pasado, presente y futuro*, op. cit., pág. 6.

⁷⁹ MOYN, *La última utopía*, op. cit.

⁸⁰ ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, op. cit., pág. 49.

realmente, en el gran ámbito continental, fue la soviética de 1918⁸¹), y cuyo artículo 163 es famoso por haber establecido la garantía de la subsistencia humana:

“Todo alemán, sin perjuicio de su libertad personal, tiene el deber moral de invertir sus energías espirituales y físicas de manera que redunde en beneficio de la comunidad.

Todos los alemanes tendrán la oportunidad de ganar su sustento mediante un trabajo productivo. En tanto no sea posible ofrecerle un trabajo apropiado, se deberá atender a su indispensable sustento”⁸².

Pero bajo el nacionalsocialismo, la doctrina de los derechos públicos fue sustituida en su contenido por una concepción acerca del derecho completamente opuesta, vale decir, la *situación jurídica del compañero popular (Volksgenosse)*, esto es, el criterio racial y de pertenencia a la nación alemana como parámetro de identificación del ciudadano o compatriota, y como criterio de asignación de los derechos, que se encuentra establecido, por ejemplo, en los puntos 4 y 5 del *Programa de los 25 puntos del Partido Nacionalsozialista Obrero Alemán* de 1920⁸³.

D) LOS DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS Y SU USO POR LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Si bien la teoría de los derechos públicos subjetivos es alemana, y guarda relación íntima con un modelo de Estado superado por el *Estado constitucional, democrático, social y ambiental*, es válido afirmar que su vigencia ha trascendido las fronteras alemanas y que su utilidad supera el simple ámbito de aplicación en el derecho administrativo (también en Alemania⁸⁴), debido esencialmente a su participación dentro de la configura-

⁸¹ *Constitución de la República Socialista, Federativa y Consejista de Rusia, Конституция Российской Социалистической Федеративной Советской Республики* de 1918, traducción española en: <https://docplayer.es/39401395-Constitucion-de-la-republica-socialista-federativa-de-los-consejos-soviets-de-rusia-10-de-julio-1918.html> (9.4.2019).

⁸² Art. 163 de la *Verfassung des Deutschen Reiches* de 1919, en *Reichs-Gesetzblatt*, núm. 152, 1919, págs. 1383-1418. Traducción española en: ELOY GARCÍA (Dir.), *La Constitución de Weimar*, Madrid, Tecnos, 2010, págs. 149-336. Traducción española de la parte iusfundamental en: MARQUARDT, *Derechos humanos y fundamentales*, op. cit., págs. 305-314. Con respecto a este derecho: MICHAEL STOLLEIS, *Origins of the German Welfare State, Social Policy in Germany to 1945*, Berlín & Heidelberg, Springer, 2013 (título original en alemán: ID.: “Sozialpolitik in Deutschland bis 1945”, en BM FÜR ARBEIT U. SOZIALORDNUNG & BUNDESARCHIV [Eds.], *Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland seit 1945*, t. 1, *Grundlagen der Sozialpolitik*, Baden-Baden, Nomos, 2002, págs. 199-332), págs. 100 y ss; *History of Social Law in Germany*, Berlín & Heidelberg, Springer, 2014 (cap. 1-6 como *Origins...*), págs. 97 y ss.

⁸³ HARTWIG, *Pasado, presente y futuro*, op. cit., pág. 9. Por otro lado, una traducción en castellano se encuentra en la página web de la Univ. de Valencia: <https://www.uv.es/inorra/Historia/SXX/Programa-Nazi.html> (10.10.2018).

⁸⁴ HARTWIG menciona que “en Alemania el derecho administrativo sigue arraigado al principio del derecho público subjetivo”; ID., *Pasado, presente y futuro*, op. cit., pág. 18.

ción actual de la dogmática iusfundamental, que desde el país germánico se ha extendido hacia América Latina gracias, precisamente, a los autores del neoconstitucionalismo. ROBERT ALEXY menciona al respecto, por ejemplo, que “en la actualidad, sigue teniendo vigencia como base para la clasificación de los derechos fundamentales”, y que “partes esenciales de ella se cuentan entre los conocimientos seguros en el ámbito de los derechos fundamentales”⁸⁵. Vale la pena, por tanto, hacer unas breves referencias a los aspectos más importantes de la doctrina de los derechos públicos, en la versión de GEORG JELLINEK (1851-1911)⁸⁶, para luego verificar su importancia en la famosa propuesta doctrinal del profesor de Kiel en materia de derechos fundamentales.

En este orden de ideas, lo que debe empezar mencionándose es que para comprender adecuadamente la definición que JELLINEK ofrece sobre derechos subjetivos, es necesario entender su teoría del *status*; y la comprensión de esta teoría, a su vez, solo se intuye si se tiene una idea clara sobre su propia teoría del Estado, o bien del tipo de relaciones existentes entre el Estado y sus ‘súbditos’⁸⁷ (con lo cual se vuelve al asunto del paradigma bipolar), relaciones que están mediadas por la autolimitación del Estado a través de la Ley. Aquí, la tesis principal consiste en que cualquier derecho que tenga una persona deviene de la autolimitación del Estado, porque es resultante de una concesión que el mismo Estado efectúa en favor del individuo, y a pesar de sí mismo.

Para empezar, JELLINEK hace una síntesis (al mejor estilo hegeliano) entre las dos concepciones que entonces estaban de moda sobre la definición de lo que es un derecho subjetivo: la doctrina de la voluntad (enarbolada por BERNHARD WINDSCHEID, por FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY y por JOHN AUSTIN⁸⁸) y la doctrina del interés (teorizada por JEREMY BENTHAM y por RUDOLF VON JHERING⁸⁹). La definición que, a partir de sendas doctrinas realiza JELLINEK, es la siguiente:

“la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se dirija a un bien o a un interés. Solamente el reconocimiento jurídico de la potestad de querer dirigida a un bien o aun interés puede producir esta individualización del derecho, su conexión con una deter-

⁸⁵ ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, pág. 247 (original en alemán: *Theorie der Grundrechte*, Fráncfort, Suhrkamp, 1986). El célebre profesor de Kiel también es citado por JULIO, *La teoría de los derechos públicos*, *op. cit.*, pág. 12.

⁸⁶ JELLINEK, *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*, *op. cit.* Comp. STOLLEIS, *Public Law in Germany, 1800-1914*, *op. cit.*, págs. 440 y ss.

⁸⁷ Para la siguiente explicación se acudirá, esencialmente, al citado libro de ALEXEJ JULIO E.

⁸⁸ MARTIN BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Univ. Externado, 2003 (original en alemán: *Grundrechte als Prinzipien*, 2ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2007), pág. 43.

⁸⁹ BOROWSKI, *La estructura*, *op. cit.*, pág. 43; JULIO, *La teoría de los derechos públicos subjetivos*, *op. cit.*, págs. 42-44; JOSÉ J. GOMES C., “Tomemos en serio los derechos sociales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, Madrid, CEC, 1988, págs. 245 y 246.

minada persona, que es uno de los elementos esenciales del derecho subjetivo⁹⁰.

Esta célebre definición, sin embargo, englobaría tanto los derechos públicos subjetivos como los derechos de índole privada. Por tal motivo, se vería obligado a hacer una diferenciación entre el *licere* (la calidad de lícito) y el *posse* (la potestad jurídica). El primer concepto hace referencia a las acciones jurídicamente relevantes, que son permitidas por el ordenamiento jurídico; el *posse*, por su parte, es relativo a la capacidad o potestad que tiene el individuo de pretender que sus actos sean reconocidos como hechos jurídicos (relevantes) y, como tal, que sean susceptibles de la tutela del Estado. En síntesis, el *posse* es la capacidad “provocar la acción del Estado” en interés del propio individuo⁹¹.

Según explica ALEXEI JULIO, la potestad jurídica (*posse*) es una *concesión* expresa del ordenamiento jurídico, y todas las disposiciones legales que dan validez a un acto jurídico cualquiera, establecen esa potestad jurídica.

Ahora bien, en los derechos privados los individuos tienen la pretensión de que todos los demás reconozcan su querer o voluntad sobre determinado interés protegido por el ordenamiento. Piénsese en un contrato cualquiera que es incumplido. Si ese negocio jurídico versa sobre un objeto lícito (*licere*), la persona interesada tendrá la potestad de exigir su resolución, o su ejecución, ante el Estado (*posse*). Ese derecho es tal cosa porque lleva implícito el *licere* y el *posse*. En cambio, y aquí está el *quid* del asunto, los derechos subjetivos públicos solo tienen por elemento el *posse*, la potestad de poner en movimiento las normas jurídicas en interés individual⁹².

Por otra parte, para la teoría de los derechos públicos subjetivos es tan importante el *posse*, que el conjunto de todas las potestades con las que cuenta el individuo constituye su capacidad jurídica, o dicho de otro modo, su personalidad. Y si esa potestad es una concesión del Estado, es lógico concluir que la personalidad jurídica del individuo también lo es, y en ese sentido, el Estado es el único que puede variar la personalidad del sujeto de derechos. Dicha variación depende de la voluntad estatal de variar las condiciones de su autolimitación por la vía legislativa. La única forma, además, que tiene el sujeto de variar su personalidad, es a través de la renuncia⁹³. A la relación entre el Estado y el individuo así entendida, JELLINEK le denomina *status*. ALEXEI JULIO lo resume de la siguiente manera:

“La personalidad del ciudadano no es entonces una cantidad constante, sino una cantidad variable que puede acrecentarse o disminuir por la ley o por otro

⁹⁰ Citado por JULIO, *La teoría de los derechos públicos subjetivos*, *op. cit.*, pág. 45.

⁹¹ JULIO, *La teoría de los derechos públicos subjetivos*, *op. cit.*, pág. 46.

⁹² JULIO, *La teoría de los derechos públicos subjetivos*, *op. cit.*, pág. 47 y s.

⁹³ JULIO, *La teoría de los derechos públicos subjetivos*, *op. cit.*, pág. 50.

acto que modifique el derecho, en última instancia por una decisión estatal. Entonces la personalidad depende de la autolimitación estatal que en tutela del interés general puede ampliar o restringir la capacidad jurídica del individuo y en consecuencia su personalidad. Cuando la restricción de dichas capacidades alcanza su máximo, es decir, en cuanto el individuo está sometido al Estado, está desprovisto de personalidad”⁹⁴.

Dada su relación con el Estado, el individuo vive bajo una multiplicidad de *status*. Por ejemplo, en virtud de su deber de obediencia a las autoridades, de su subordinación al Estado, el sujeto se encuentra en un *status pasivo* o *status subiectionis*, en el cual está excluida la autodeterminación, y como consecuencia de ello, de su personalidad (el hombre sólo es persona en función de su pertenencia al Estado, y así, su personalidad es un asunto de derecho público, y no de derechos privados).

Pero como el Estado se limita a sí mismo a través de las leyes, así como de la idea del interés general, por el cual se entiende que el poder estatal está fundado para gobernar hombres libres, se entiende también que hay otro *status* en el que los sujetos son señores de sí mismos. Ese *status* es un ámbito libre del actuar del Estado, y en ese espacio de libertad individual el hombre ejerce un *status negativo*, o *status libertatis*.

De igual forma, como todas las actividades estatales deben desarrollarse en interés de los súbditos, el cumplimiento de las tareas del Estado significa reconocer al hombre la capacidad jurídica de pretender que el poder institucional actúe a su favor. Se trata de un *status positivo*, o *status civitatis*, en el que la persona tiene la posibilidad de valerse del Estado⁹⁵.

Finalmente, según JELLINEK, la actividad del Estado solo es posible a través de las acciones individuales. La idea es que el Estado reconoce en ciertas personas la potestad de actuar por cuenta del mismo Estado, promovéndolo a un *status* elevado y cualificado, al que denomina *status activo*, o *activae civitatis*⁹⁶.

Pues bien, el capítulo quinto de la *teoría de los derechos fundamentales* de ROBERT ALEXY versa sobre el *derecho fundamental y status*, empieza con un breve recuento de la teoría de JELLINEK, y efectúa referencias críticas a los cuatro *status* arriba mencionados, tratando de encontrar fortalezas y debilidades conceptuales y, sobre todo, insumos para sus propias posturas teóricas sobre los derechos fundamentales⁹⁷, siendo evidente su interés de superar aquellas debilidades a través de una teoría de las posiciones jurídicas fundamentales, y concluye que

⁹⁴ JULIO, *La teoría de los derechos públicos subjetivos*, op. cit., pág. 52.

⁹⁵ JULIO, *La teoría de los derechos públicos subjetivos*, op. cit., pág. 53 y s.

⁹⁶ JULIO, *La teoría de los derechos públicos subjetivos*, op. cit., pág. 55.

⁹⁷ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., págs. 247-261.

“[n]o obstante sus numerosas oscuridades y algunas deficiencias, la teoría del status de Jellinek es el ejemplo más grandioso de una teorización analítica en el ámbito de los derechos fundamentales. Los conceptos centrales de esta teoría, los de los cuatro status, son abstracciones sobre posiciones de carácter elemental”⁹⁸.

Ahora bien, para ALEXY hay tres tipos de posiciones jurídicas fundamentales: (i) derechos a algo (derechos de defensa, derechos a acciones positivas), (ii) libertades (a las que vincula el concepto del *status negativo* de JELLINEK), y (iii) competencias⁹⁹ (autorizaciones, facultades y capacidad jurídica). Por esto, la teoría iusfundamental de ALEXY es compatible y, en cierto modo, supone la actualización conceptual de la doctrina de los derechos públicos subjetivos; pero sigue estando atada a la idea sustancial de la teoría de los *status*, cual es la relación entre el Estado y sus ciudadanos: *status* diferentes en la medida del tipo de relación entre el Estado y el particular. O, según la terminología que se usó con el profesor SUÁREZ en su momento, los diferentes *status* van a significar, en la época de JELLINEK y en la época de ALEXY, variaciones en la intensidad real del paradigma bipolar weberiano. En términos concretos, la teoría de los derechos fundamentales de ALEXY, y por tanto, de buena parte de la academia neoconstitucional, es una teoría sustentada a su vez en una teoría de las relaciones entre el Estado y la sociedad.

Esta situación debe resaltarse, porque en el marco de la globalización, y en el contexto de un *constitucionalismo cosmopolita*¹⁰⁰, una teoría de los derechos debería poder construirse desde las mutaciones que han acaecido a esas relaciones Estado-sociedad, de forma que los *status* (si ellos subsisten teóricamente) deberían describir las relaciones entre las personas y el ordenamiento jurídico integrado, no solo al Estado, sino al mundo, a las diferentes culturas, y en fin, a las multitudes¹⁰¹.

Dado el objeto de este trabajo, interesa destacar la posición jurídica fundamental que admite el derecho a una acción positiva fáctica, que según ALEXY supone la actividad directa del Estado en procura de una prestación determinada, como la ayuda que recibe el propietario de una escuela privada a través de subsidios, o el derecho a un mínimo vital, o la pretensión individual de un ciudadano a la creación de plazas

⁹⁸ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pág. 261.

⁹⁹ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, págs. 186 y ss, 189, 193 y ss, 210 y ss, 236 y ss.

¹⁰⁰ Comp. en detalle DAVID E. LLINÁS A., *Constitución y ética constitucional, Bosquejo de una propuesta de constitucionalismo cosmopolita desde una concepción cultural de los derechos*, Bogotá, Ibáñez, 2019.

¹⁰¹ “[M]ultitud significa la pluralidad -literalmente, el ser muchos- como forma durable de existencia social y política, contrapuesta a la unidad cohesionada del pueblo. Es decir, la multitud consiste en una red de *individuos*; los muchos son *singularidades*. El punto decisivo es considerar esas singularidades como puntos de llegada, no como datos previos o puntos de partida; los individuos deben ser considerados como el resultado final de un *proceso de individuación*, no como átomos solipsistas”. PAOLO VIRNO, *Gramática de la multitud, Para un análisis de las formas de vida contemporáneas*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2003, pág. 76.

educativas¹⁰², *etc.* Interesa porque la afirmación del profesor de Kiel al respecto consiste en que

“El hecho de que la realización de este tipo de derechos se lleve a cabo de una forma en algún modo jurídica no altera en nada el carácter del derecho como un derecho a la acción fáctica. Para la realización del derecho es indiferente la forma como ella se lleve a cabo. Lo decisivo es únicamente que después de la realización de la acción, el propietario de la escuela privada disponga de medios suficientes: el necesitado, de las condiciones mínimas de existencia y el que desea estudiar, de una plaza de estudios”¹⁰³.

ALEXY identifica estos derechos a las prestaciones, estos *derechos a algo* en su versión de acciones positivas, con el *status positivo* o *status civitatis* de la teoría de JELLINEK. Es más, su tesis es que el núcleo del *status positivo* es, específicamente, el derecho que tiene el ciudadano frente al Estado a las acciones estatales¹⁰⁴.

Este uso *iusfundamental* de la teoría de los *status* no solo demuestra la pervivencia de sus aspectos cruciales en los ámbitos diferentes al derecho administrativo, sino que, para los efectos de este trabajo, facilita comprender la idea según la cual los derechos a las prestaciones del Estado, a la procura existencial si se quiere, se pueden teorizar, también, como derechos públicos subjetivos, y como derechos fundamentales.

No obstante, debe tenerse mucho cuidado con la lectura de todo lo anterior. Que ALEXY use, en cierto modo, la teoría de los *status* como peldaño para sustentar su explicación de la estructura de los derechos fundamentales, no quiere decir que plante una teoría de los derechos al mismo modo que JELLINEK; los *status* son adoptados por el maestro de Kiel porque le sirven para hacer una propia clasificación de los derechos fundamentales (derechos positivos, derechos negativos)¹⁰⁵, pero hay gigantescas diferencias entre ambas teorías, partiendo del hecho de que la doctrina de la auto-limitación del Estado, de cuño positivista, se contradice con la idea del derecho fundamental como un mandato de optimización, pues lo que está detrás de ambos conceptos es diferente, y lo que es más, contradictorio: en relación con el primero, subyace la preeminencia de la Ley y del individuo; en relación con el segundo, subyace la preeminencia de la Constitución, así como la del pueblo dentro de un sistema democrático.

¹⁰² ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pág. 195.

¹⁰³ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pág. 195.

¹⁰⁴ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pág. 195, 257.

¹⁰⁵ LUIGI FERRAJOLI menciona, de todas formas, que la diferenciación entre *libertades negativas* y *libertades negativas* puede rastrearse, incluso, hasta BENJAMIN CONSTANT, por lo que la teoría de los *status* de JELLINEK sería simplemente otra lectura, mucho más profunda, de una reflexión anterior. FERRAJOLI, “Fundamentos de los derechos fundamentales”, en GERARDO PISARELLO & ANTONIO DE CABO (Eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pág. 302.

Mientras en el primero el Estado es soberano, en el segundo el Estado está compelido por la Constitución y el sistema democrático.

De todas formas, no sobra hacer referencia a la crítica que hace PÉREZ LUÑO sobre los diversos intentos (no solo de ALEXY) de acomodar la teoría de los *status* a las nuevas situaciones surgidas después de finalizada la Segunda Guerra Mundial. Describe tales esfuerzos teóricos como el intento de “injertar nueva savia en un tronco caduco”¹⁰⁶. Un ejemplo interesante de esto es el *status activus processualis* que propone PETER HÄBERLE en el contexto de la *sociedad abierta de intérpretes constitucionales*, pues bajo un Estado democrático la participación es, *per se*, un activo fundamental para la confirmación tanto de los derechos fundamentales como de la Constitución misma, y ello se logra, también, a través de su protección desde “la vertiente procesal”¹⁰⁷.

3. LA IDEA DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS SUBJETIVOS Y COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

Nótese que, en lo que va de este texto apenas se han hecho algunas referencias a la historia constitucional de los derechos. Lo que se ha hecho es un recuento teórico de la justificación, tanto del *Estado constitucional, democrático, social y ambiental* como de los derechos públicos subjetivos, que es una teoría jurídica alemana que tuvo acogida durante la República de Weimar, nula recepción durante el período nazi, y un cierto renacimiento después de la *Ley fundamental* de Bonn de 1949. Se ha dicho, además, que los criterios más básicos de tal doctrina subsisten en la forma de la teoría de los derechos fundamentales, que ha sido recibida en América Latina a partir de la lectura de sus autores más representativos.

Pero desde un punto de vista histórico, no es estrictamente cierto que la *iusfundamentalización* de los derechos constitucionales sea consecuencia de las cartas políticas subsiguientes a la Segunda Guerra Mundial (que es el relato mitológico vendido como historia en casi cualquier facultad de Derecho), ni de la consecuente doctrina constitucional, llámesele neoconstitucionalismo o garantismo jurídico. Como mucho, puede decirse que esa es la narrativa europea de la historia de los derechos subjetivos, pero no la latinoamericana. Existen estudios históricos muy serios estructurados alrededor de esa iusfundamentalización en periodos muy tempranos de la historia constitucional

¹⁰⁶ ANTONIO PÉREZ L., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2010, pág. 36.

¹⁰⁷ P. ej. PETER HÄBERLE, “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, en *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, vol. 1, núm. 1, Madrid, BOE & Univ. Carlos III, 1993, págs. 149-168, 157; MÓNICA C. HENNIG L., “La noción de constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del *amicus curiae* en el derecho brasileño”, en revista *Estudios constitucionales*, año 8, núm. 1, Talca, Univ. de Talca, 2010, págs. 283-304, 284 y ss.

latinoamericana, y hay fuentes primarias que demuestran la hipótesis según la cual en la región era posible judicializar la violación de derechos constitucionales¹⁰⁸.

Ahora bien, como en América Latina la mayor parte de los autores que han construido sus propias lecturas sobre la historia iusfundamental, y sobre la fundamentación teórica de los derechos fundamentales, se adscriben irremediamente al denominado neoconstitucionalismo, acaso al garantismo; y como en las sentencias de los tribunales constitucionales es usual leer referencias a la teoría de ALEXY sobre el tema¹⁰⁹, es necesario ver de qué forma tales elaboraciones se han vinculado con los derechos a las prestaciones del Estado, o derechos a la procura existencial, teniendo en consideración el hecho de que se trata de los derechos más vapuleados por el liberalismo, y que generan resistencias ideológicas y políticas, sobre todo, en lo que llaman *Sur global*.

A) LA FUNDAMENTALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES, DE ALEXY A ARANGO

*“El médico es un ordenador del gasto
y todos los ordenadores del gasto
tienen techos presupuestales”*

ANTANAS MOCKUS

Recientemente, y con ocasión de la movilización estudiantil en Colombia reclamando el incremento presupuestal para financiar el *derecho* a la educación (art. 67 de la Constitución Política colombiana de 1991¹¹⁰), el programa *Opina Bogotá* del *Canal Capital* invitó a DANIEL SEAN RAISBECK, representante del movimiento *libertarios* en el país, para que expresara sus ideas sobre la envergadura de las protestas y sobre el problema presupuestal, así como sobre su direccionamiento hacia el sector educativo. Ante el uso de la expresión “derecho a la educación superior, gratuita y de calidad”, que es la consigna de las movilizaciones, RAISBECK mencionó que los derechos solo pueden ser negativos, que los derechos solo son derechos si implican la no intervención del Estado en las órbitas de libertad del individuo, por lo que la educación, en su criterio, no puede ser considerada un derecho, en la medida que supone una acción prestacional desde el Estado¹¹¹. Obviamente, gracias a la mágica tecnología de las co-

¹⁰⁸ *Vid.* DAVID E. LLINÁS A., “Recurso de Agravios colonial en el Estado constitucional de Cundinamarca, 1814, Un fósil de la acción de nulidad por inconstitucionalidad”, en revista *Pensamiento Jurídico*, núm. 43, Bogotá, UNAL, 2016, págs. 185-243.

¹⁰⁹ Ejemplo paradigmático en Colombia es la sentencia C-022 de 1996, MP. CARLOS GAVIRIA D., consideración jurídica núm. 6.3.2. Ahora bien, este tema ha sido objeto de análisis por parte de la doctrina en Colombia, al punto de que la Universidad Libre (sede Bogotá) publicó el siguiente libro en 2017: CARLOS A. HERNÁNDEZ & CAMILO JIMÉNEZ R., *Robert Alexy y la ponderación en la Corte Constitucional*, Bogotá, Univ. Libre, 2017.

¹¹⁰ *Constitución política de la República de Colombia* de 1991, en *Gaceta Constitucional*, núm. 127, de 10.10.1991.

¹¹¹ <https://www.facebook.com/CanalCapitalOficial/videos/un-cheque-m%C3%A1s-grande-no-garantiza-una-mejor-educaci%C3%B3n-daniel-raisbeck/2196481097294818/> (1.11.2018)

municaciones, el hombre ha recibido del estudiantado un buen montón de respuestas a través, fundamentalmente, de *memes*.

Pero esa es la hipótesis que defiende el liberalismo clásico, e independientemente de quien la sostenga, el argumento principal para sustentarla consiste en desligar la prestación social del Estado de las características de un derecho subjetivo, pues solo así se podría exigir judicialmente^{112/113}. Si la prestación no es un derecho subjetivo, podrá ser cualquier cosa (una promesa política, un principio secundario de justicia, *etc.*), pero nunca un derecho fundamental, pues los derechos subjetivos (y los fundamentales con ellos) se caracterizan porque su incumplimiento acarrea su justiciabilidad: el afectado puede exigir al juez que obligue su cumplimiento. En cambio, ¿cómo lograr que un juez obligue al Estado a efectuar tal o cual prestación social, si esta depende del proceso de presupuestación?¹¹⁴

Lo que resulta interesante desde un punto de vista histórico es que, a partir de una posición distinta al liberalismo, haya sido ERNST FORSTHOFF —uno de los padres de las prestaciones sociales— quien mejor haya captado la nuez de ese argumento, pues, se recuerda, las actividades de la procura existencial implicaban la seguridad del individuo de percibir la prestación, pero no significaban la titularidad de ningún derecho subjetivo exigible frente al Estado. En *El Estado de la sociedad industrial* mencionaba que:

“[e]n los derechos fundamentales se expresa el reparto entre libertad individual y ámbito de actuación soberana del Estado que define la estructura general

¹¹² FRANCISCO CORTÉS menciona que el marco teórico del liberalismo para negar la fundamentalidad de los derechos sociales se divide en dos modelos: el primero es el *libertariano*, que comprende autores que van desde JOHN LOCKE hasta MILTON FRIEDMAN, pasando por FRIEDRICH HAYEK y ROBERT NOZIK; el segundo es el *modelo social de la libertad*, y en él adscribe a KANT, a JOHN RAWLS y a RONALD DWORKIN. *Vid.* FRANCISCO CORTÉS, “El proyecto político democrático y la cuestión de los derechos humanos sociales”, en MANUEL ALONSO & JORGE GIRALDO R. (Eds.), *Ciudadanía y derechos humanos sociales*, Medellín, Escuela Nacional Sindical, 2001, pág. 64.

¹¹³ RODOLFO ARANGO sintetiza los argumentos en contra de la idea de los derechos humanos sociales en tres tipos de razonamientos: (i) el argumento de la imposibilidad (es absurdo exigir como derecho algo que en la práctica no se deja realizar); (ii) el argumento de la no universalidad (no son derechos con validez moral); y (iii) el argumento de la indeterminación (ni el objeto ni los obligados de los derechos sociales están determinados). *Vid.* ÍD., “Protección nacional e internacional de los derechos humanos sociales”, en ALONSO & GIRALDO, *Ciudadanía, op. cit.*, pág. 138.

¹¹⁴ Un excelente estado del arte sobre la literatura crítica a los derechos sociales se encuentra en ANDRÉS MORALES V., “Derechos sociales y garantías jurídicas, Las líneas de una discusión y las respuestas desde la teoría general del garantismo”, en MARQUARDT, *El Estado constitucional en el tiempo y en el espacio, op. cit.*, págs. págs. 295-323, 297 y ss; THOMAS POGGE, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Barcelona, Paidós, 2005, págs. 89-93 (original en inglés: *World Poverty and Human Rights*, Oxford, Polity & Blackwell, 2002). Ahora, críticamente sobre esta postura esencialmente liberal, LUIGI FERRAJOLI, “Prólogo”, en VÍCTOR ABRAMOVICH & CHRISTIAN COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 1ª reimpr. de la 2ª ed., Madrid, Trotta, 2014, pág. 9; LUIS PRIETO S., “Los derechos sociales y el principio de igualdad”, en MIGUEL CARBONELL *et al.* (Eds.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2000, págs. 44 y ss.

de éste. Los derechos fundamentales regulan un ámbito individual que, naturalmente con algunas matizaciones resultantes de las reservas legales, se sitúa fuera de la soberanía del Estado, pero al mismo tiempo también bajo su protección. Ahora bien, entendidos de esta manera, tienen un sentido jurídico practicable e inequívoco. El intento emprendido por la Constitución de Weimar de extender los derechos fundamentales en el sentido de los derechos fundamentales sociales [...] tenía que fracasar, porque formulaciones de este tipo no son aptas para fundamentar derechos y deberes concretos. Sin embargo, el sentido de los derechos fundamentales es estatuirlos porque de otra manera no serían practicables, y esto quiere decir que fracasarían en su función protectora [...].

Conceptos bien intencionados, moralmente encomiables, pero jurídicamente en las nubes, de los que no faltan suficientes en la Ley fundamental, no sólo amplían la protección de los derechos fundamentales, sino que son perjudiciales, porque les hacen perder seguridad¹¹⁵.

Las dificultades de entender a los derechos sociales como derechos subjetivos se encuentran, incluso, en los mismos textos constitucionales. Por ejemplo, en Colombia fueron consagrados en el capítulo II del título I de la Constitución de 1991, pero no están enunciados dentro del artículo que señala cuáles son los derechos de aplicación inmediata (art. 85), de manera que hubo de intervenir la Corte Constitucional para, a través de ejercicios hermenéuticos, ampliar la posibilidad de tutelarlos directamente. En España, por su parte, el artículo 53 de la Constitución de 1978 dispuso que las prestaciones sociales son *principios* rectores de la vida política y social, pero que no pueden ser alegados ante la jurisdicción salvo si así lo disponen las leyes que desarrollen dichos principios¹¹⁶:

“Artículo 53.

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberán respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161. 1, a)

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y

¹¹⁵ FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, op. cit., págs. 114 y s.

¹¹⁶ Vid. PRIETO S., *Los derechos sociales y el principio de igualdad*, op. cit., pág. 45.

la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”¹¹⁷.

Dadas estas dificultades, algunos esfuerzos académicos se han orientado, desde el discurso moral universalista de los derechos humanos, a plantear que los derechos sociales solo implican deberes negativos desde un punto de vista social. Es el caso de THOMAS POGGE, cuando indica que “la fuerza normativa que para mí tienen los derechos humanos de los demás estriba en que no les debo imponer, ni ayudar a mantener, instituciones sociales coercitivas en las que no tengan un acceso seguro a los objetos de sus derechos humanos”. Ese deber de abstención (que, se insiste, es emanación de las teorías clásicas sobre los derechos subjetivos, especialmente de la teoría del *status* de JELLINEK) resultaría vulnerado si un individuo, o la sociedad en su conjunto, ayuda a mantener un *statu quo* en el que tal acceso fuera inseguro. Este empeño individual para el sostenimiento del estado de cosas puede ser directo o indirecto¹¹⁸. Lo llamativo del argumento es que su formulación obedece al intento del autor de plantear una postura lo suficientemente abierta como para lograr su aceptación, sin dificultad, por parte de los críticos ‘libertarios’ de los derechos sociales¹¹⁹.

Como uno de los aspectos del argumento liberal es el relativo a la garantía judicial de los derechos sociales, una respuesta muy inteligente al problema consiste en separar de la definición del derecho subjetivo el hecho de su exigibilidad ante la jurisdicción. Es lo que hace LUIGI FERRAJOLI desde su óptica positivista (garantista) del derecho constitucional¹²⁰. La sola definición que hace el autor italiano sobre lo que es un derecho fundamental esclarece la idea, pues para él un derecho subjetivo es una *expectativa* del cumplimiento de obligaciones, bien de prestaciones (en cuyo caso es una expectativa positiva), acaso de abstenciones (que sería una expectativa negativa), atribuidas a un sujeto jurídico en virtud de una norma jurídica. Veamos:

“Propongo una definición *teórica*, puramente *formal* o *estructural*, de ‘derechos fundamentales’: son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘*status*’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por

¹¹⁷ Constitución española de 1978, en *Boletín Oficial del Estado*, núm. 311, de 29.12.1978. Sobre el art. 53 de la misma, FERNANDO GARRIDO F., “El art. 53 de la Constitución”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 21, Madrid, Civitas, 1979, págs. 173-188; GOMES, *Tomemos en serio*, *op. cit.*

¹¹⁸ POGGE, *La pobreza en el mundo*, *op. cit.*, págs. 92 y 93.

¹¹⁹ POGGE, THOMAS, “Reconocidos y violados por la ley internacional, Los derechos humanos de los pobres globales”, en FRANCISCO CORTÉS R. & MIGUEL GUSTI (Eds.), *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2007, pág. 32.

¹²⁰ *Vid.* LUIGI FERRAJOLI, “Derechos fundamentales”, en GERARDO PISARELLO & ANTONIO DE CABO (Eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas¹²¹.

Para FERRAJOLI, las expectativas de prestaciones o de abstenciones son *garantías primarias*, pero considera que, al lado de estas garantías, existen unas *secundarias*, que son las obligaciones de reparar o de sancionar por la vía judicial las lesiones de los derechos, vale decir, de las garantías primarias (las acciones, bajo su entendido procesal). Las relaciones entre ambos tipos de garantías son de orden lógico y teórico, por lo que en la vida real es posible (y, además, es frecuente) que los ordenamientos jurídicos no establezcan la correlatividad entre los derechos y sus garantías, porque no consagran estas últimas. Y, sin embargo, esa ausencia no afecta el carácter subjetivo de los derechos. De hecho, y así se cierra el argumento de FERRAJOLI, la ausencia normativa de las garantías secundarias constituye una violación de las primarias.

“Frente a la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías, que quiere decir negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas, sostendré la tesis de su distinción, en virtud de la cual la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida *laguna* que debe ser colmada por la legislación¹²².”

Aterrizada la idea, lo que eso significa es que un derecho social cualquiera puede estar consagrado en un texto constitucional, y sigue siendo un derecho subjetivo aunque no exista un medio judicial a favor de su cumplimiento. Lo único que sugiere esta circunstancia es la vulneración sistemática del derecho social subjetivo¹²³.

Ahora bien, entre todas las respuestas que se han dado desde la sociología del derecho y desde la teoría jurídica a las objeciones liberales contra los derechos sociales (la literatura es amplísima e inabarcable), interesa resaltar las dadas por RODOLFO ARANGO, VÍCTOR ABRAMOVICH y CHRISTIAN COURTIS.

¹²¹ FERRAJOLI, *Derechos fundamentales*, op. cit., pág. 19, 45.

¹²² FERRAJOLI, *Derechos fundamentales*, op. cit., pág. 26.

¹²³ El texto de FERRAJOLI que se ha estado citando fue publicado originalmente en 1998, ocasionando con él un debate muy intenso entre los teóricos del derecho alrededor de la definición planteada por el autor sobre los derechos fundamentales. A partir del debate, en el cual participaron DANILO ZOLO, RICARDO GUASTINI y varios autores más, FERRAJOLI publicó en tres tomos su *Principia Iuris*, en el que consolidó sus posiciones acerca de este tema, así como sobre toda su teoría general del garantismo. Un excelente relato de esta historia la ofrece MORALES, *Derechos sociales*, op. cit. *Vid.* FERRAJOLI, *Los fundamentos*, op. cit., págs. 291 y ss. En este último trabajo, el autor expone una brillante tipología de los derechos fundamentales que resulta ser estructural: determina una tipología subjetiva de los derechos, en función de los sujetos a los que se atribuyen los derechos, y otra objetiva, en función del contenido de los derechos. Para desarrollar estas tipologías, el autor acude a las distinciones entre libertad positiva y libertad negativa, si bien acude a CONSTANT, ISALAH BERLIN y a BOBBIO para fundamentar su argumentación, y no a JELLINEK, como sí hizo en el texto previo, *derechos fundamentales*.

El interés en el profesor ARANGO radica en que su libro *el concepto de derechos sociales fundamentales* plantea que los derechos prestacionales son derechos subjetivos, y por tal razón, derechos fundamentales¹²⁴. Su constructo teórico está dirigido al núcleo mismo de las razones propuestas por el liberalismo clásico para resistirse a la fundamentalidad de los derechos sociales, y debido a su relación académica con ALEXY (fue discípulo suyo), parte del concepto que tiene este último sobre los derechos prestacionales. O, dicho de otro modo, de forma muy indirecta acude a la teoría de los derechos públicos subjetivos.

Efectivamente, cuando elabora su definición preliminar de lo que es un derecho subjetivo, acude a la clasificación propuesta por ALEXY en cuanto a la forma y estructura de los derechos subjetivos, que él denomina posiciones jurídicas fundamentales (libertades, derecho a algo, competencias)¹²⁵, y que, como se ha visto, el mismo maestro de Kiel compatibiliza con la teoría de los cuatro *status* de GEORG JELLINEK.

Por eso, para ARANGO, la identificación de los derechos con las libertades negativas (de abstención por parte del Estado, o en términos de JELLINEK, el ámbito del *status libertatis*) es reduccionista, injustificada e incompleta. Injustificada, pues no explica por qué los derechos subjetivos deben asociarse únicamente con los derechos de libertad; e incompleta, porque no tiene “en cuenta el discurso de los derechos a actuaciones positivas o al ejercicio de competencias jurídicas del Estado”. Es decir, para ARANGO la teoría liberal (que también defiende, en ese sentido, HABERMAS) no es correcta porque no se compadece con las posiciones jurídicas fundamentales trazadas por su maestro, que a su vez se cimentan, en buena medida, en los *status negativo* o *status libertatis* (derechos de libertad) y en los *status positivo* o *status civitatis* (derechos de prestación)¹²⁶.

Ahora bien, la definición de derecho subjetivo en ARANGO está atada a las concepciones tradicionales de lo que se entendía por tal cosa en la doctrina del Siglo XIX. Incluso, la definición de la cual toma sus características típicas la toma del derecho administrativo alemán, a saber, de HARTMUT MAURER, quien define al derecho subjetivo como “el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo”¹²⁷. Este concepto, puede notarse, se parece mucho a la síntesis que plan-

¹²⁴ Ese libro ha hecho carrera a lo largo de los doce años desde la publicación de su primera edición en castellano. RODOLFO ARANGO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005 (original en alemán: *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2001).

¹²⁵ ARANGO, *El concepto*, *op. cit.*, págs. 23-31. Por otro lado, esa clasificación sigue a la de JEREMY BENTHAM entre “rights to services”, “liberties” y “powers”. Comp. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pág. 186.

¹²⁶ ARANGO, *El concepto*, *op. cit.*, pág. 28.

¹²⁷ HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9ª ed., Múnich, Beck, 1994, pág. 141. Comp. ARANGO, *El concepto*, *op. cit.*, págs. 8 y 9.

teó JELLINEK entre las definiciones dadas por SAVIGNY (escuela de la voluntad) y JHERING (escuela del interés), señalada en páginas anteriores.

Así, para ARANGO un derecho subjetivo implica, de un lado, una norma jurídica, una obligación jurídica, y una posición jurídica, de tal modo que todo aquello que contenga estas tres características es un derecho subjetivo. Para el autor, los dos primeros elementos de la definición no ofrecen mayores problemas en su explicación, pero el tercero sí conlleva alguna dificultad, porque remite irremediamente a esos dos conceptos problemáticos del *poder*, *querer* o *voluntad* que se desprenden de la norma jurídica, y el *interés* que el sujeto persigue a partir de esa misma norma¹²⁸. La idea de la posición jurídica que usa el autor engloba ambas posibilidades, pero subordinándolas a una teoría analítica de los derechos, que básicamente postula que las posiciones jurídicas pueden ser generadas por la vía de la argumentación racional desde una o varias normas. Las consecuencias lógicas de tal apreciación son interesantes, y por ello vale la pena que el profesor ARANGO lo diga por sí mismo:

“Por esto los derechos subjetivos no son tan sólo aquellas posiciones jurídicas que aparecen de manera expresa o como reflejo de un deber jurídico en un enunciado normativo. Los derechos subjetivos son todas las posiciones jurídicas que se le pueden adscribir a un enunciado normativo o a una ‘red de enunciados normativos’ por medio de razones válidas”¹²⁹.

Bajo esta óptica (que es utilizada por ARANGO, al final de su obra, para justificar filosóficamente los derechos sociales fundamentales), las posiciones jurídicas se sustentan en (i) razones válidas y suficientes (las que pueden ganarse con la ayuda de la argumentación jurídica), y (ii) en que su vulneración genera un daño para el sujeto de derecho¹³⁰.

Por otra parte (y esto es importante para lo que queda de este trabajo), si las posiciones jurídicas suponen detrás de ellas normas jurídicas y obligaciones jurídicas, la pregunta es desde qué concepción sobre la norma debe, o puede, justificarse una posición jurídica. La cuestión es relevante porque la respuesta varía dependiendo de si la otorga un positivista o alguien ajeno al positivismo jurídico. Si es el primer caso, la posición jurídica (y, por extensión, el derecho subjetivo) solo podría surgir de normas que explícitamente la soporten; si es el segundo caso, las normas jurídicas se pueden deducir interpretativamente, de forma que quien alegue tener un derecho debe justifi-

¹²⁸ ARANGO, *El concepto*, *op. cit.*, págs. 9, 14 y 15.

¹²⁹ ARANGO, *El concepto*, *op. cit.*, pág. 20.

¹³⁰ ARANGO, *El concepto*, *op. cit.*, págs. 20 y 21, 298 y ss.

carlo desde la argumentación, indistintamente de si no hay una norma que explícitamente soporte su posición¹³¹.

Este tema obtiene notabilidad al final de la obra de ARANGO, cuando rehace su definición de derecho subjetivo a la luz de la teoría analítica de los derechos, reduciendo su idea de derecho subjetivo al tercer elemento de la doctrina clásica, es decir, a las posiciones jurídicas¹³². El autor cuenta con la suficiente confianza en su postulado como para rotularlo como “un concepto bien desarrollado del derecho subjetivo”¹³³. El concepto reza del siguiente modo:

“Un derecho subjetivo es la posición normativa de un sujeto para la que es posible dar razones válidas y suficientes, y cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente al sujeto”¹³⁴.

Esto quiere decir que, según su noción, son dos los aspectos clave de los derechos subjetivos, pues se trata de (i) *posiciones normativas* que, de no ser reconocidas al sujeto sin justificación, (ii) *le causa al sujeto un daño inminente*.

Así, por un lado, el autor sostiene que los derechos subjetivos son esencialmente posiciones normativas, y que estas deben justificarse racionalmente, mediante argumentos válidos. Distingue, en ese sentido, varios tipos de validez según se trate de diferentes tipos de derechos subjetivos: validez *moral* (para los derechos morales, como los derechos humanos), validez *jurídica* (para los derechos jurídicos); validez *legal* (para los derechos contenidos en textos legales, en normas redactadas como reglas), y validez *constitucional* o *iusfundamental* (para los derechos constitucionales, redactados en forma de principios)¹³⁵. La racionalidad de la argumentación genera derechos *prima*

¹³¹ ARANGO, *El concepto*, *op. cit.*, págs. 22. Más adelante, en este documento, propondremos que la argumentación no solo se debe presentar en términos de lo jurídicamente correcto, sino también en términos de lo que es éticamente correcto, desde la perspectiva de la ética constitucional esbozada en los anteriores capítulos.

¹³² Lo cual tiene sentido, porque una posición jurídica siempre implica tanto una norma jurídica que la soporta, como una obligación jurídica que le es correlativa. *Vid.* BOROWSKI, *La estructura*, *op. cit.*, pág. 43.

¹³³ Le denomina así, presumiblemente, porque ninguna de las teorías que justifican filosóficamente los derechos sociales fundamentales –reseñadas por Arango en los acápites anteriores– partía de la consideración del asunto sin una teoría bien desarrollada sobre el derecho subjetivo. Para semejante propósito, afirma el autor, es indispensable concebir un concepto bien desarrollado sobre el derecho subjetivo. ARANGO, *El concepto*, *op. cit.*, pág. 297.

¹³⁴ ARANGO, *El concepto*, *op. cit.*, pág. 298.

¹³⁵ ARANGO, *El concepto*, *op. cit.*, págs. 304-307. Arango hace notar que los derechos humanos, pese a ser morales, son una excepción a esta regla de distinción entre tipos de validez. Ello se debe a que están consagrados en declaraciones y convenciones internacionales, por lo que los derechos humanos presionan su reconocimiento como derechos constitucionales. STEFAN GOSEPATH, “Consideraciones sobre las fundamentaciones de los derechos humanos sociales”, en ALONSO & GIRALDO, *Ciudadanía*,

facie, que no son definitivos si en determinado momento los argumentos que justifican una u otra posición normativa colisionan entre sí, en cuyo caso se debe acudir a un procedimiento “objetivo y controlable”, es decir, la ponderación (método favorito del neoconstitucionalismo) a través del principio de proporcionalidad (y de sus tres subprincipios de necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto)¹³⁶.

Dado que la objeción liberal a los derechos sociales consiste en que no se puede obligar judicialmente al Estado a cumplir con el objeto de estos, pues es imposible determinar todos los eventos en los cuales estaría obligado a tal cosa, ARANGO va a plantear que todos los derechos (positivos y negativos) son subjetivos (con lo cual se puede acudir al juez en caso de incumplimiento) porque existen razones válidas y suficientes que los justifican en tanto posiciones normativas. Frente a los derechos sociales, estas razones sirven para identificar cuándo se presenta la obligación, por parte del Estado, de efectuar una prestación social determinada a favor de un particular, prestación que además es exigible judicialmente¹³⁷.

Hay, sobre todo, dos argumentos (válidos y suficientes) para deducir aquello. El primero es que el derecho moderno parte de la premisa de la autonomía de la persona, que implica dos subprincipios: la responsabilidad (por el cual el individuo es responsable de su propio destino) y la subsidiariedad (el individuo debe ser ayudado cuando no se puede ayudar a sí mismo). En virtud del segundo subprincipio, la familia y la sociedad “son posibles obligados subsidiarios cuando el peso de las cargas es de tal dimensión [...] para el individuo o el grupo, que no sea razonable exigir su cumplimiento”¹³⁸.

El segundo argumento es la tesis de la urgencia de la situación concreta, que activa, precisamente, el principio de subsidiariedad:

“Si un principal obligado –por ejemplo, la familia de acuerdo con la ley, o el Estado, de acuerdo con la Constitución– no puede cumplir con sus obligaciones positivas, el reconocimiento de una posición normativa válida y suficientemente justificada [...] no puede ser simplemente negado por parte del juez. Esto plantea la pregunta de si el no reconocimiento de un derecho abstracto definitivo está o no justificado”¹³⁹.

op. cit., págs. 19 y ss. Este autor también parte de la teoría del *status* de JELLINEK para distinguir entre libertades negativas, derechos positivos de participación y derechos sociales de participación.

¹³⁶ ARANGO, *El concepto, op. cit.*, págs. 307 y 308.

¹³⁷ La idea se encuentra resumida en GOMES C., *Tomemos en serio, op. cit.*, pág. 246, para quien el derecho de prestación se reduce a lo siguiente: “El derecho de cualquier ciudadano a un acto positivo (*facere*) de los poderes públicos (Estado)”, que no contra únicamente al momento histórico de lo que acá llamamos Estado constitucional, democrático, social y ambiental, sino también al momento de la comprensión liberal de los derechos fundamentales.

¹³⁸ ARANGO, *El concepto, op. cit.*, pág. 315 y s.

¹³⁹ ARANGO, *El concepto, op. cit.*, pág. 316.

Lo anterior puede entenderse mediante un ejemplo, fundado además en una situación cotidiana en Colombia, como lo es la prestación del servicio (con el correlativo derecho subjetivo) de la salud. En el país existe, por decisión del Gobierno, una lista de tratamientos y procedimientos médico-asistenciales que se deben garantizar con cargo al presupuesto público. En principio, si un medicamento o tratamiento no se encuentra dentro de tal listado (denominado ahora como Plan de Beneficios en Salud), es el particular quien debe sufragar los costos correspondientes. No obstante, en aplicación del principio de subsidiaridad, es válido afirmar que cuando la persona se encuentra bajo una urgencia económica de tal magnitud que le impide sufragar los costos, el Estado debe acudir en su ayuda. El derecho es subjetivo porque la persona está en una posición normativa cuyo no reconocimiento implicaría un daño inminente. Y, además, la persona tiene razones válidas y suficientes para exigir del Estado la prestación del servicio. Como se sabe en Colombia, en estas circunstancias la salud es el segundo derecho más pretendido a través de la acción de tutela¹⁴⁰.

Un último aspecto para señalar de la obra del profesor ARANGO es relativo a la titularidad de los derechos sociales fundamentales. La tesis que expone el autor es que quienes ostentan la posición normativa de los derechos sociales son, de forma exclusiva, individuos, no colectividades ni grupos de personas. Según el autor, el motivo de ello no es que los derechos colectivos no sean conciliables con el concepto de derecho subjetivo, ni que deban rechazarse por las dificultades políticas y filosóficas que plantean, sino porque el ejercicio y goce de los derechos sociales siempre “puede” ser individual¹⁴¹. Tal tesis choca fuertemente contra las posiciones de quienes se dedican, en la academia o en la práctica litigiosa, al derecho laboral colectivo, y es quizás el principal fundamento de la argumentación dirigida a tachar de cosificantes, de alienantes, al Derecho y a los derechos.

B) LA FUNDAMENTALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN ABRAMOVICH Y COURTIS

Si el trabajo de RODOLFO ARANGO teoriza la estructura de los derechos sociales desde las clasificaciones *alexianas* de los derechos a algo, derechos de libertad y competencias, la investigación que llevaron a cabo VÍCTOR ABRAMOVICH y CHRISTIAN COURTIS¹⁴² en *los derechos sociales como derechos exigibles* parte de la negación estructural de

¹⁴⁰ Vid. MILENA SARRALDE D., “Los derechos que ha garantizado la tutela en sus 27 años”, en periódico *El Tiempo*, de 26.9.2018, en <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/cifras-de-tutelas-en-la-corte-constitucional-273558> (9.4.2019).

¹⁴¹ ARANGO, *El concepto*, *op. cit.*, págs. 59-90, especialmente la pág. 69.

¹⁴² Que encuentra un antecedente en VÍCTOR ABRAMOVICH & CHRISTIAN COURTIS, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en CHRISTIAN COURTIS & MARTÍN ABREGU, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, 1997.

las diferencias entre los derechos civiles y los derechos sociales, es decir, de las distinciones típicas entre libertades negativas y derechos positivos. Adicionalmente, este trabajo tiene un *plus* que no tiene el de ARANGO, y es que más allá de la argumentación teórica (que se presenta, sobre todo, en la primera parte de la obra), los autores demuestran cómo ha sido, y a través de cuáles procesos, la implementación de esos derechos en el derecho comparado, así como los obstáculos que han recibido, en la teoría y en la práctica, para su consolidación como derechos exigibles judicialmente.

Lo primero que debe señalarse de esta obra es el hecho de que tanto los derechos civiles y políticos, como los derechos sociales, implican para el Estado obligaciones positivas (obligaciones de hacer), como obligaciones negativas (obligaciones de abstención). Por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión (ejemplar representativo de los derechos civiles) no solo exige del Estado una abstención de intromisión, sino que exige “la obligación de crear condiciones favorables para el ejercicio de la libertad de manifestarse” que pueden implicar actividades prestacionales, erogaciones del presupuesto público, como el despliegue eventual de las fuerzas armadas¹⁴³; o, verbigracia, el derecho a la libertad de asociación sindical (que es un derecho social), el cual supone del Estado una obligación negativa para evitar su vulneración¹⁴⁴.

Los autores acuden a una clasificación de los derechos que, por lo tanto, se aleja de las tradicionales distinciones entre derechos negativos y derechos positivos. Y como de lo que se trata es de controvertir la tesis liberal de la no justiciabilidad de los derechos sociales, por razones meramente explicativas adoptan el esquema de “obligaciones de *respeto*, obligaciones de *protección*, y obligaciones de *satisfacción* (que incluyen las [...] obligaciones de *garantía* y de *promoción*)”¹⁴⁵, que son obligaciones del Estado. Es decir, desde un punto de vista teórico, asumen los derechos en función de las obligaciones del Estado frente a ellos, y estos deberes son el resultado de la vinculatoriedad de los diferentes instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Así, frente a un mismo derecho, el de la alimentación (social), la obligación de respetar implicaría el deber del Estado de abstenerse de expropiar las tierras dedicadas a la producción de alimentos; la obligación de proteger implicaría prevenir que las personas sean privadas de sus recursos básicos para satisfacer la alimentación por parte de otras personas, como amenazan los grupos económicos dominantes; la obligación de

¹⁴³ ABRAMOVICH & COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *op. cit.*, pág. 29. En similar sentido, ARANGO, *El concepto*, *op. cit.*, pág. 315.

¹⁴⁴ *Vid.* RODRIGO UPRIMNY Y., “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, en GERMÁN BURGOS (Ed.), *Independencia judicial en América Latina, ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* Bogotá, ILSA, 2003, pág. 344.

¹⁴⁵ ABRAMOVICH & COURTIS, *Los derechos sociales*, *op. cit.*, pág. 31.

garantizar (satisfacer) supone del Estado acciones afirmativas en caso de acreditar que las personas no pueden, por sus medios, darse sus medios de alimentación, *etc.*¹⁴⁶

Ahora, si se lee adecuadamente, ninguna de esas obligaciones constituye de forma exclusiva una obligación positiva o una negativa, ni tampoco una obligación de medio (como se concibe a veces a los derechos sociales) o una obligación de resultado (como se suele concebir a los derechos civiles y políticos), pues cada una de aquellas obligaciones pueden suponer tanto acciones positivas como deberes de abstención¹⁴⁷. La consecuencia de lo anterior es simple, pero trascendental: existen diversos niveles de obligaciones estatales que son comunes a todos los derechos, y no un solo tipo de obligación estatal (negativa o positiva) que corresponda a una categoría de derechos determinada. En palabras de ABRAMOVICH:

“Existen algunos presupuestos comunes a las diversas estrategias que se pretenden desarrollar en este trabajo: a) los derechos humanos no resultan por su naturaleza más o menos justiciables, sino que a cada derecho corresponden más o menos obligaciones justiciables; b) existen niveles de obligaciones estatales comunes a todos los derechos humanos, y no un tipo particular de obligación estatal que corresponda a una determinada categoría de derechos; c) no existe diferencia en la naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos, pues se trata solo de categorías históricas; d) la frontera entre una y otra categoría de derechos tiende a ser cada vez más difusa”¹⁴⁸.

Y en palabras de ambos autores:

“[E]ntre los denominados derechos ‘civiles y políticos’ y los derechos ‘económicos, sociales y culturales’ existe un *continuum* estructural, de modo que las supuestas diferencias entre ambos no constituyen más que diferencias de grado o, a lo sumo, diferencias que radican en el peso simbólico de algunas obligaciones del Estado (en especial, las obligaciones de hacer) cuando se trata de describir los rasgos característicos de un derecho. Todo derecho —llámeselo civil, político, económico, social o cultural— supone un complejo de obligaciones positivas y negativas del Estado, y por ende, es falso que exista alguna característica inherente a los derechos económicos, sociales y culturales que los torne insusceptibles de recibir tutela judicial”¹⁴⁹.

¹⁴⁶ ABRAMOVICH & COURTIS, *Los derechos sociales*, *op. cit.*, págs. 30 y 31.

¹⁴⁷ ABRAMOVICH & COURTIS, *Los derechos sociales*, *op. cit.*, págs. 28-32.

¹⁴⁸ VÍCTOR ABRAMOVICH, “Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en LORENA GONZÁLEZ V. (Ed.), *Presente y Futuro de los derechos humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, pág. 139.

¹⁴⁹ ABRAMOVICH & COURTIS, *Los derechos sociales*, *op. cit.*, pág. 117.

Por otro lado, a diferencia de ARANGO, ABRAMOVICH y COURTIS reconocen que la titularidad de los derechos sociales puede recaer tanto en individuos como en colectividades, y ello se debe a las características del *Estado constitucional, democrático, social y ambiental*, que (como se vio al principio de este trabajo), se sustenta materialmente en la necesidad de intervención estatal cuando el mercado no responde con resultados tolerables en términos de equidad y de igualdad. Los autores señalan que el modelo de derecho que es obsecuente al *Estado constitucional, democrático, social y ambiental* genera la introducción de “dimensiones colectivas en el derecho: entre ellas, la construcción de sujetos de derecho colectivos (tales como sindicatos o asociaciones de consumidores) y la articulación de instancias y facultades de negociación colectivas, que desplazan a las individuales (como los convenios colectivos de trabajo)”¹⁵⁰.

Ahora bien, si el derecho social correlativo al *Estado constitucional, democrático, social y ambiental* involucra a las colectividades como sujetas de derecho, el individuo solo es beneficiario (a título subjetivo) de un derecho en la medida de su pertenencia a un grupo¹⁵¹. Un buen ejemplo de esto es el fuero sindical, que es un derecho de estabilidad laboral reforzada que se predica, subjetivamente, del trabajador que cumpla con ciertas condiciones (como ser el fundador de un sindicato, o ser miembro de su junta directiva), lo que le supone la garantía de no ser despedido. El derecho del trabajador aforado es ejercido en virtud de su pertenencia al sindicato, en función de su servicio al derecho de los demás asociados, razón por la cual es un derecho colectivo, pues si se vulnera, se atenta no solo contra la persona individualmente considerada, sino contra toda la colectividad. Este derecho, además, es exigible judicialmente¹⁵². Así planteado el asunto, la fundamentación de los derechos sociales es sociológica, y no filosófica o moral, como sí lo ha sido la justificación de los derechos privados o de los derechos públicos subjetivos¹⁵³.

4. CONCLUSIÓN: LA PROBLEMÁTICA (NO RESUELTA) DEL ‘HIPERINDIVIDUALISMO’ EN LOS DERECHOS SUBJETIVOS

De las páginas anteriores ha quedado claro que las teorías de los derechos fundamentales están atadas al vínculo jurídico entre el Estado y los individuos, pues se refieren al *status* del sujeto frente al poder del Estado, o bien hacen relación del tipo de obligaciones que el Estado tiene frente a las personas. En ese sentido, aquellas tam-

¹⁵⁰ ABRAMOVICH & COURTIS, *Los derechos sociales*, op. cit., pág. 53 y s. Pero sobre este tema, principalmente, JOSEPH E. STIGLITZ, *El malestar en la globalización*, Madrid, Santillana, 2011, págs. 144 y ss.

¹⁵¹ ABRAMOVICH & COURTIS, *Los derechos sociales*, op. cit., pág. 56.

¹⁵² P. ej., *Ley (colombiana) 584* de 2000, en *Diario Oficial*, núm. 44.043, del 14.6.2000.

¹⁵³ ABRAMOVICH & COURTIS, *Los derechos sociales*, op. cit., pág. 56. No debe dejar de citarse acá la sentencia colombiana T-568 de 1999, MP. CARLOS GAVIRIA D., que habla de los derechos fundamentales (colectivos) del sindicato.

bién son teorías sobre el paradigma bipolar. Pero en el mundo globalizado, en el que la producción de normas está descentralizada y no obedece (únicamente) a las imposiciones del poder estatal¹⁵⁴, ¿tiene sentido seguir utilizando marcos teóricos sobre los derechos que estén anclados al Estado nación?

Una teoría de los derechos fundamentales, y de los derechos sociales sobre todo, debería considerar las condiciones actuales de la globalización, que pareciera replicar en escalas gigantescas el funcionamiento del mundo cuántico, en el que reina la indeterminación y lo aleatorio porque no es posible conocer al mismo tiempo la posición y la velocidad de las partículas. Así, en este ámbito global no existe un sistema normativo estático con niveles jerárquicos de validez, sino, como indica GUNTHER TEUBNER, únicamente la “coordinación heterárquica y espontánea entre varios órganos de creación normativa”, en el que es extraordinariamente difícil identificar algún centro en el cual se tomen decisiones vinculantes (en términos de validez normativa), pues “dondequiera que se mire, la decisión relevante sobre validez siempre parece haberse tomado en otra parte”, y donde la validez se adquiere a punta de repetición, de la práctica continua de una norma¹⁵⁵.

Si las normas jurídicas no son ya el monopolio del poder estatal, y si surgen en contextos privados (entendiendo por privado lo que no es público, y sin ligar la expresión únicamente a lo *empresarial*) neoespontáneos, descentralizados y locales, la única forma que puede asumir una teoría de los derechos, pero concretamente de los derechos sociales y de los derechos de los seres no humanos, y considerando esta circunstancia tan especial de la validez difuminada, es desde la perspectiva cultural, es decir, ligando al Derecho con las comunidades. Pero no eso significa, o al menos no necesariamente, abandonar las distintas definiciones elaboradas por la teoría del derecho sobre los derechos subjetivos, aunque sí significa matizar dichas definiciones, o bien complementarlas, bajo una teoría intercultural que amplifique a los posibles titulares de cualquier derecho. Si no se hace tal complemento, o si no se construye una definición de los derechos que prescindan del atomismo y del individualismo (un derecho se predica solo de un individuo), no tendremos más opción que concebir, tanto al Derecho como a los derechos, como los aspectos de una estrategia de alienación en el capitalismo contemporáneo¹⁵⁶.

Si un derecho subjetivo es la concurrencia de una norma, de una obligación y de una posición jurídica; o una expectativa del cumplimiento de obligaciones adscrita a

¹⁵⁴ GUNTHER TEUBNER, “Regímenes globales privados, ¿Derecho neoespontáneo y constitución dual de sectores autónomos?” en ÍD. *et al.*, *Estado, soberanía y globalización*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2010, págs. 75-78. Título original en alemán: “Privatregimes, Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft?” en DIETER SIMON & MANFRED WEISS (Eds.), *Zur Autonomie des Individuums, Liber Amicorum Spiros Simitis*, Baden-Baden, Nomos, 2000, págs. 437-453.

¹⁵⁵ TEUBNER, *Regímenes globales privados*, *op. cit.*, pág. 81 y s.

¹⁵⁶ MEJÍA, *Teoría consensual del derecho*, *op. cit.*, págs. 110 y s.

un sujeto por una norma jurídica (por poner dos de los ejemplos referidos en el capítulo anterior), el complemento en la definición debería radicar en la manera de entender las implicaciones tanto de la validez de las normas jurídicas como de la noción de posición jurídica.

Se ha mencionado, por ejemplo, que para RODOLFO ARANGO los derechos sociales fundamentales, al ser derechos subjetivos, se predicán de personas y no respecto de colectividades; o que para FERRAJOLI “son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”¹⁵⁷. Para ambos autores, la validez de las normas que adscriben tales derechos subjetivos está vinculada a la existencia histórica del *Estado constitucional, democrático, social y ambiental*. Bajo la estructura de sus definiciones, no caben los derechos de entidades no humanas o de colectividades de seres humanos¹⁵⁸.

Pero según nuestro entendimiento, la organización política de las sociedades bajo el *Estado constitucional, democrático, social y ambiental* propicia una forma distinta de concebir tanto la titularidad como el ejercicio de los derechos. Por eso una gran propuesta en ese sentido le pertenece a GREGORIO MESA CUADROS, con su idea de los derechos humanos en perspectiva de integralidad, para quien

“los derechos ambientales son a la vez derechos individuales y derechos colectivos, tanto en su titularidad como en su ejercicio, ya que si no fuera así, no podríamos afirmar, por ejemplo, la defensa del derecho al ambiente sano en los casos concretos, a individuos concretos y a colectividades concretas (como un pueblo indígena que defiende su derecho como colectivo y no sólo como podría entenderse en principio, la suma aritmética de derechos e intereses de varios o de todos sus miembros), como en el derecho a la autodeterminación de los pueblos, u otras de difícil –aunque no imposible– precisión”¹⁵⁹.

Ahora bien, es posible plantear una teoría de la ética constitucional que suponga unos valores, no universales, sino cosmopolitas e interculturales, que faciliten un diálogo entre culturas diferentes. También es posible afirmar que tal diálogo se da (entre otros mecanismos) a partir de las movilizaciones sociales y del uso político que ellas

¹⁵⁷ FERRAJOLI, *Los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pág. 45.

¹⁵⁸ Lo cual es claro sobre todo en el caso de ARANGO, aunque debe mencionarse que una de las críticas que hace DANILO ZOLO de la citada definición teórica proporcionada por FERRAJOLI, consiste precisamente en la asociación de lo que es un derecho fundamental a un *status* determinado (persona, ciudadano, o individuo con capacidad de obrar), por lo que prescinde del contenido en sí de los derechos, y deja por fuera a *todos* los miembros de un grupo social. *Vid.* DANILO ZOLO, “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los ‘derechos fundamentales’. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”, en GERARDO PISARELLO & ANTONIO DE CABO (Eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, págs. 78 y 79.

¹⁵⁹ MESA C., *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad*, *op. cit.*, págs. 61 y s.

dan al Derecho y a los derechos. El concepto de Constitución sirve como ese espacio dialéctico debido a su aceptación, ahora sí, más o menos global. Así, los valores del constitucionalismo moderno no deben ser entendidos, por tanto, como imposiciones de Occidente al resto del mundo, sino como propuestas culturales susceptibles de modificación, complementación, transformación, adaptación o adecuación; y no implican, en un sentido contrario, la unilateralidad occidental, sino la apertura (de Occidente) a tal transformación y adecuación, como sucede cuando se reconocen derechos a la naturaleza cuya titularidad recae en la misma naturaleza, y no en los seres humanos. La gran virtud del constitucionalismo, así comprendido, es la apertura y, como enfatiza ZAGREBELSKY en un sentido similar, la ductilidad.

Por otro lado, anteriormente se ha acudido a la expresión *sociedad abierta* para justificar una concepción cultural del Derecho constitucional (y de los derechos sociales), anclada a un modelo democrático, social y ambiental, de organización política. Es necesario, sin embargo, advertir que el uso que acá se le ha dado a la noción de *sociedad abierta* —acuñada por BERGSON, profundizada por POPPER y desarrollada en el ámbito constitucional por PETER HÄBERLE— no es el mismo que ha recibido por parte de los autores *anarcoliberales*, que la entienden como una sociedad de mercado libre del intervencionismo estatal. Un ejemplo de esta interpretación neoliberal lo ofrece el premio nobel peruano MARIO VARGAS LLOSA¹⁶⁰.

En este artículo, en cambio, el concepto se utiliza para defender la idea contraria, partiendo de la idea de que el Derecho, y los derechos, son productos culturales y sociales¹⁶¹. Tal como se concibe, el concepto resulta de utilidad para desarrollar una nueva teoría que consiga enlazar a la comunidad (las comunidades, las colectividades, las multitudes) con la definición de los derechos fundamentales. Pero tal definición no puede ni debe prescindir, para efectos de su efectividad institucional y social, del modelo de Estado que surge como respuesta a los autoritarismos (el *Estado constitucional, democrático, social y ambiental*), pues en los ámbitos culturales de Occidente es necesario que ante la apatía liberal (“libertaria”) y la reacción ultraconservadora de ciertos sectores sociales, exista un Estado igual de abierto y dúctil al constitucionalismo moderno. Tanto el desarrollo de lo que implica la sociedad abierta, como la definición de los derechos fundamentales bajo tal concepto, es materia de otras investigaciones de largo alcance.

¹⁶⁰ EDUARDO HARADA O., “Karl Popper, ¿padre del neoliberalismo?” en *Norteamérica*, núm. 1, México, UNAM, 2008, págs. 205-227, 207 y ss.

¹⁶¹ En similar sentido a esta propuesta, HARADA O., *Karl Popper, ¿padre del neoliberalismo? op. cit.*, págs. 205-225.

BIBLIOGRAFÍA

A) FUENTES PRIMARIAS

a) *Constituciones, leyes, instrumentos internacionales, jurisprudencia y programas*

- (1811) *Constitución de la República de Tunja, sancionada en plena asamblea de los representantes de toda la provincia en sesiones continuas desde 21 de Noviembre hasta 9 de Diciembre de 1811*, Santafé de Bogotá, Imprenta de Bruno Espinosa, 1811, Sección VI, ed. por MARQUARDT, BERND (Ed.): *El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia, Ed. auténtica y comentada*, Bogotá, 2ª ed., Ed. Universidad Nacional de Colombia & Ibáñez, 2011, págs. 391-422.
- (1917) *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la de 1857*, en *Diario Oficial, Órgano del Gobierno Provisional de la República Mexicana*, tomo 5, 4ª época, núm. 30, 1917, págs. 149-161. Edición de la parte iusfundamental en: MARQUARDT, BERND: *Derechos humanos y fundamentales, Una historia del derecho*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2015, págs. 285-304.
- (1918) *Constitución de la República Socialista, Federativa y Consejista de Rusia, Консумунуун Респу́блики Социалистической Федеративной Советской Респу́блики*, traducción española de JUAN ÓSCAR PONS en: <https://docplayer.es/39401395-Constitucion-de-la-republica-socialista-federativa-de-los-consejos-soviets-de-rusia-10-de-julio-1918.html> (9.4.2019).
- (1919) *Verfassung des Deutschen Reiches*, en *Reichs-Gesetzblatt*, núm. 152, 1919, págs. 1383-1418. Traducción española en: GARCÍA, ELOY (Dir.): *La Constitución de Weimar*, Madrid, Ed. Tecnos, 2010, págs. 149-336. Traducción española de la parte iusfundamental en: MARQUARDT, BERND: *Derechos humanos y fundamentales, Una historia del derecho*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2015, págs. 305-314.
- (1920) *Programa de los 25 puntos del Partido Nacional Socialista Alemán de los Trabajadores*, ed. por Universidad de Valencia, <https://www.uv.es/iworra/Historia/SXX/ProgramaNazi.html> (9.4.2019).
- (1948) *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Resolución 217 (III) del 10 de diciembre de 1948, ed. por ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (9.4.2019) y MARQUARDT, BERND: *Derechos humanos y fundamentales, Una historia del derecho ¿Valores universales o hegemonía moral de Occidente?* Bogotá, Ed. Ibáñez, 2015, págs. 327-331.
- (1949) *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, en *Bundesgesetzblatt I*, 1949, págs. 1 y ss. Traducción en español: *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, ed. por *Deutscher Bundestag*, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf> (9.4.2019). Traducción española de la parte iusfundamental en: MARQUARDT, BERND: *Derechos humanos y fundamentales, Una historia del derecho*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2015, págs. 333-342.
- (1950) ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: *Resolución 421 (V), Proyecto de Pacto Internacional de Derechos del Hombre y medidas de aplicación, Labor futura de la Comisión de Derechos del Hombre*, 4.11.1950, en [https://undocs.org/es/A/RES/421\(V\)](https://undocs.org/es/A/RES/421(V)) (4.11.2018).
- (1966) *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, Resolución 2200A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, ed. por OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (Ed.): *Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales*, <https://www.obcbr.org/sp/professionalinterest/pages/cesr.aspx> (9.4.2019), y en: MARQUARDT, BERND: *Derechos humanos y fundamentales, Una historia del derecho ¿Valores universales o hegemonía moral de occidente?* Bogotá, Ed. Ibáñez, 2015, págs. 363-371.
- (1978) *Constitución española*, en *Boletín Oficial del Estado*, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
- (1991) *Constitución política de la República de Colombia*, en *Gaceta Constitucional*, núm. 127, de 10 de octubre de 1991.
- (1996) CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: *Sentencia C-022 de 1996*, MP. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
- (1999) CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: *Sentencia T-568 de 1999*, MP. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

(2000) *Ley (colombiana) 584 del 13.6.2000*, en *Diario Oficial*, núm. 44.043, de 14 de junio de 2000.

b) *Autores históricos (hasta 1969)*

- (1892) JELLINEK, GEORG: *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1892.
- (1914) BÜHLER, OTTMAR: *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtssprechung*, Berlín & Stuttgart & Leipzig, W. Kohlhammer, 1914.
- (1922) WEBER, MAX: *Economía y Sociedad, Esbozo de sociología comprensiva*, reimpr. de la 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2002. Título original en alemán: *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der verstehenden Soziologie*, Tübingen, Mohr, 1922.
- (1926) DUGUIT, LÉON: “La regla de derecho y la cuestión del derecho subjetivo”, en ÍD., *Lecciones de Derecho público general, impartidas en la Facultad de Derecho de la Universidad egipcia durante los meses de enero, febrero y marzo de 1926*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2011, págs. 47-56.
- (1938) FORSTHOFF, ERNST: *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart, Kohlhammer, 1938.
- (1944) POLANYI, KARL: *La gran transformación, Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992. Título original en inglés: *The Great Transformation*, Boston, Beacon, 2001 (1944).
- (1950) FORSTHOFF, ERNST: “La procura existencial”, en ÍD., *Estado de Derecho en mutación, Trabajos constitucionales 1954-1973*, Madrid, Ed. Tecnos, 2015, págs. 387-436. Traducción de varios textos alemanes de 1950-1957.
- (1962) KUHN, THOMAS S.: *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996. Título original en inglés: *The Structure of Scientific Revolutions*, 4ª ed., Chicago, University of Chicago Press, 2012 (1ª ed. de 1962).
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO: “La configuración jurídica de la administración pública y el concepto de ‘Daseinsvorsorge’”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 38, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1962.
- (1966) FORSTHOFF, ERNST: “La previsión existencial en la edad técnica”, en *Revista de Documentación Administrativa*, núm. 100, Madrid, INAP, 1966. Título original en alemán: “Daseinsvorsorge im technischen Zeitalter”, en *Festschrift für Elias G. Kyriacopoulos*, Salónica, Universidad Aristóteles, 1966.
- (1968) KAMMLER, JÖRG: “El Estado social”, en ABENDROTH, WOLFGANG & LENK, KURT (Eds.): *Introducción a la ciencia política*, Barcelona, Anagrama, 1971. Título original en alemán: *Einführung in die politische Wissenschaft*, Múnich & Berna, Francke Verlag, 1968.

B) BIBLIOGRAFÍA SECUNDARIA

- ABRAMOVICH, VÍCTOR: “Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en GONZÁLEZ VOLIO, LORENA (Ed.): *Presente y Futuro de los derechos humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.
- & COURTIS, CHRISTIAN: “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en COURTIS, CHRISTIAN & ABREGU, MARTÍN: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, 1997.
- & COURTIS, CHRISTIAN: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 1ª reimpr. de la 2ª ed., Madrid, Ed. Trotta, 2014.

- ALEXI, ROBERT: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Título original en alemán: *Theorie der Grundrechte*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp Verlag, 1986.
- ARANGO RIVADENEIRA, RODOLFO: *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Eds. Legis & Universidad Nacional de Colombia, 2005. Título original en alemán: *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001.
- “Protección nacional e internacional de los derechos humanos sociales”, en ALONSO, MANUEL & GIRALDO R., JORGE (Eds.): *Ciudadanía y derechos humanos sociales*, Medellín, Escuela Nacional Sindical, 2001.
- BOROWSKI, MARTIN: *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2003. Título original en alemán: *Grundrechte als Prinzipien*, 2ª ed., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2007.
- BRAVO LIRA, BERNARDINO: *Constitución y reconstitución. Historia del Estado en Iberoamérica, 1511-2009*, Santiago de Chile, Ed. Abeledo Perrot, 2010.
- BULLINGER, MARTIN: “El service public francés y la Daseinsvorsorge en Alemania”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 166, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. Título original en alemán: “Französischer service public und deutsche Daseinsvorsorge”, en revista *Juristenzeitung*, vol. 58, núm. 12, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, págs. 597-604.
- CARRERA TROYANO, MIGUEL & MUÑOZ DE BUSTILLO, RAFAEL: *Tres décadas de economía, ideología económica y políticas en la evolución de la pobreza y la desigualdad en América Latina*, Múnich, MPRA, 2013, <http://mpa.ub.uni-muenchen.de/51867/> (21.10.2018).
- CASSESE, SABINO: *La Crisis del Estado*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2003.
- CERRILLO I MARTINEZ, AGUSTI: “E-información, Hacia una nueva regulación del acceso a la información”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 1, Barcelona, Universidad Oberta de Catalunya, 2005, págs. 1-16.
- CORTÉS, FRANCISCO: “El proyecto político democrático y la cuestión de los derechos humanos sociales”, en ALONSO, MANUEL & GIRALDO R., JORGE (Eds.): *Ciudadanía y Derechos Humanos Sociales*, Medellín, Escuela Nacional Sindical, 2001.
- DÜMKE, CHRISTIAN: *Daseinsvorsorge, Wettbewerb und kommunale Selbstverwaltung im Bereich der liberalisierten Energiewirtschaft*, Potsdam, Universität Potsdam, 2015.
- FERRAJOLI, LUIGI: “Derechos fundamentales”, en PISARELLO, GERARDO & CABO, ANTONIO DE (Eds.): *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2001.
- “Fundamentos de los derechos fundamentales”, en PISARELLO, GERARDO & CABO, ANTONIO DE (Eds.): *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2001.
- “Prólogo”, en ABRAMOVICH, VÍCTOR & COURTIS, CHRISTIAN: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta, 2014.
- FIORAVANTI, MAURIZIO: *Los derechos fundamentales*, 6ª ed., Madrid, Ed. Trotta, 2009.
- FORSTHOFF, ERNST: *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013. Título original en alemán: *Der Staat der Industriegesellschaft, Dargestellt am Beispiel der BR Deutschland*, Múnich, Verlag C.H. Beck, 1971.
- FRASER, NANCY: *Iustitia interrupta, Reflexiones críticas desde la posición 'postsocialista'*, Bogotá, Siglo del Hombre & Universidad de los Andes, 1997. Título original en inglés: *Justice Interruptus, Critical Reflections on the 'Postsocialist' Condition*, Nueva York, Routledge, 1997.
- GARCÍA PELAYO, MANUEL: “El Estado social y sus implicaciones”, en ÍD.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Ed., 1987.
- GARGARELLA, ROBERTO: *Los fundamentos legales de la desigualdad, El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.

- *La sala de máquinas de la Constitución, Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Ed. Katz, 2014.
- GARRIDO FALLA, FERNANDO: “El artículo 53 de la Constitución”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 21, Madrid, Civitas, 1979.
- GIANNINI, MASSIMO SEVERO: *Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo*, Madrid, INAP, 1980.
- GOMES CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM: “Tomemos en serio los derechos sociales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- GONZÁLEZ JÁCOME, JORGE: *Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur: Argentina, Chile y Colombia (1930-1990)*, Bogotá, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, 2015.
- GOSEPATH, STEFAN: “Consideraciones sobre las fundamentaciones de los derechos humanos sociales”, ALONSO, MANUEL & GIRALDO R., JORGE (Eds.): *Ciudadanía y Derechos Humanos Sociales*, Medellín, Escuela Nacional Sindical, 2001.
- GRAMSCI, ANTONIO: *Cuadernos de la cárcel*, México, Eds. Era, 1981.
- HÄBERLE, PETER: “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania” en *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 1, Madrid, Eds. Boletín oficial del Estado & Universidad Carlos III, 1993, págs. 149-168.
- HABERMAS, JÜRGEN: *Teoría de la acción comunicativa, II, Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Ed. Taurus, 1992 Título original en alemán: *Theorie des kommunikativen Handelns*, tomo 2, *Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp Verlag, 1981.
- HARADA O., EDUARDO: “Karl Popper, ¿Padre del neoliberalismo?” en revista *Norteamérica*, núm. 1, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, págs. 205-227.
- HARTWIG, MATTHIAS: “Pasado, presente y futuro del derecho público en Alemania”, en *Revista catalana de dret públic*, núm. 41, Barcelona, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2010, págs. 1-25.
- HENNIG LEAL, MÓNIA CLARISSA: “La noción de constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del *amicus curiae* en el derecho brasileño”, en revista *Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 1, Talca, Ed. Universidad de Talca, 2010, págs. 283-304.
- HERNÁNDEZ, CARLOS ARTURO & JIMÉNEZ RONCANCIO, CAMILO: *Robert Alexy y la ponderación en la Corte Constitucional*, Bogotá, Ed. Universidad Libre, 2017.
- HERRERA, CARLOS MIGUEL: *Confines del constitucionalismo*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2017.
- JULIO ESTRADA, ALEXEI: *La teoría de los derechos públicos subjetivos en la obra de Georg Jellinek*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1997.
- LLINÁS ALFARO, DAVID E.: “Anticonstitucionalismo y dictadura soberana, La responsabilidad de la ciencia jurídica, Schmitt, Guzmán, Bravo Lira y Chile en 1973”, en MARQUARDT, BERND (Ed.): *Constitucionalismo científico II, Entre el Estado y el mercado (Anuario III del grupo de investigación CC - Constitucionalismo Comparado)*, Bogotá, Ed. Temis, 2013, págs. 199-249.
- *Constitución y ética constitucional, Bosquejo de una propuesta de constitucionalismo cosmopolita desde una concepción cultural de los derechos*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2019.
- “¿Derecho público multinacional y anti-constitucional? Las reformas estructurales del Consenso de Washington y el derecho social en Brasil, Venezuela, Argentina y Colombia”, en MARQUARDT, BERND (Ed.): *El Estado constitucional de los valores (Anuario V del grupo de investigación CC - Constitucionalismo Comparado)*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2015, págs. 185-264.
- “Recurso de Agravios colonial en el Estado constitucional de Cundinamarca, 1814, Un fósil de la acción de nulidad por inconstitucionalidad”, en revista *Pensamiento Jurídico*, núm. 43, *Recorriendo la historia del derecho*, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2016, págs. 185-243.

- & SUÁREZ DELGADO, JOSÉ MANUEL: “La transformación del concepto de ciudadanía dentro del paradigma bipolar weberiano, Sobre las relaciones entre el Estado y los ciudadanos administrados”, en MARQUARDT, BERND (Ed.): *El Estado constitucional en el tiempo y en el espacio (Anuario IV del grupo de investigación CC - Constitucionalismo Comparado)*, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2015, págs. 131-209.
- MAGALDI, NURIA: *Procura existencial, Estado de Derecho y Estado social*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2007.
- MARQUARDT, BERND: “Democracia social, Una aproximación teórica e histórica al Estado constitucional social en perspectiva comparada”, en ÍD. (Ed.): *Constitucionalismo científico II, Entre el Estado y el mercado (Anuario III del grupo de investigación CC - Constitucionalismo Comparado)*, Bogotá, Ed. Temis, 2013, págs. 3-68.
- *Derechos humanos y fundamentales, Una historia del derecho ¿Valores universales o hegemonía moral de Occidente?* Bogotá, Ed. Ibáñez, 2015.
- “El ascenso del constitucionalismo social en el Ius Constitutionale Commune de Iberoamérica (1917-1949)”, en FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR & FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (Eds.): *Influencia extranjera y trascendencia internacional, Derecho comparado*, 1ª parte, México, Secretaria de la Cultura & Senado de la República & Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, págs. 403-479.
- *Historia constitucional comparada de Iberoamérica, Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2016.
- “Historia constitucional de la monarquía autocrática moderna y parlamentaria, Reflexiones sobre dos modelos de Estado en el bicentenario del constitucionalismo moderno”, en ÍD. (Ed.): *El Estado constitucional en el tiempo y en el espacio, Anuario IV del grupo de investigación CC - Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2014, págs. 19-130.
- “La justicia y el derecho en la injusticia, Sobre el papel de los guardianes del derecho en el Estado anticonstitucional nacionalsocialista (1933-1945) y en la subsiguiente justicia transicional”, en ÍD. (Ed.): *El Estado constitucional de los valores, Anuario V del grupo de investigación CC - Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2015, págs. 23-140.
- “La revolución industrial en América Latina, 1840-2009, Una interpretación desde la perspectiva de la Teoría de los Sistemas de Energía”, en ÍD. & SIEFERLE, ROLF PETER: *La Revolución industrial en Europa y América Latina, Interpretaciones ecohistóricas desde la perspectiva de la Teoría de los Sistemas de Energía y del Metabolismo social*, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2009, págs. 93-324.
- *Teoría integral del Estado, Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*, tomo 2, *El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2050), La gran transformación al Estado constitucional, democrático, social y ambiental*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2018.
- MAURER, HARTMUT: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9ª ed., Múnich, Verlag C.H. Beck, 1994.
- MEJÍA QUINTANA, ÓSCAR: *Cultura política, sociedad global y alienación*, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2009.
- *Teoría consensual del derecho, Derecho como deliberación pública*, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2016.
- & MÁPURA RAMÍREZ, LINA: “Alienación, ideología y cosificación, Una mirada desde las teorías críticas a la jurisprudencia colombiana”, en revista *Pensamiento Jurídico*, núm. 24, *Fundamentos del Derecho*, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2009, págs. 131-154.
- MESA CUADROS, GREGORIO: *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad, Concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el Estado ambiental de derecho*, 3ª ed., Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2013.
- MORALES VELÁSQUEZ, ANDRÉS: “Derechos sociales y garantías jurídicas, Las líneas de una discusión y las respuestas desde la teoría general del garantismo”, en MARQUARDT, BERND (Ed.): *El Estado constitucio-*

- nal en el tiempo y en el espacio (Anuario IV del grupo de investigación CC - Constitucionalismo Comparado)*, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2015, págs. 295-323.
- MOYN, SAMUEL: *La última utopía, Los derechos humanos en la historia*, Bogotá, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, 2015. Título original en inglés: *The Last Utopia, Human Rights in History*, Cambridge, Harvard University Press, 2012.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO: *Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución*, Madrid, Ed. Tecnos, 2010.
- PISARELLO, GERARDO: *Los derechos sociales y sus garantías, Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Ed. Trotta, 2007.
- POGGE, THOMAS: *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Barcelona, Ed. Paidós, 2005. Título original en inglés: *World Poverty and Human Rights*, Oxford, Polity Press & Blackwell Publ., 2002.
- “Reconocidos y violados por la ley internacional: los derechos humanos de los pobres globales”, en CORTÉS RODAS, FRANCISCO & GUSTI, MIGUEL (Eds.): *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*, Bogotá, Siglo del Hombre Eds., 2007.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS: “Los derechos sociales y el principio de igualdad”, en CARBONELL, MIGUEL & CRUZ PARCERO, JUAN ANTONIO & VÁZQUEZ, RODOLFO (Eds.): *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- RABOSI, EDUARDO: “Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché”, en *Lecciones y Ensayos*, núm. 69, Buenos Aires, Ed. Universidad de Buenos Aires, 1997.
- ROMERO TOBÓN, JUAN FERNANDO: “Constitucionalismo social en América Latina, Los casos de Argentina, Bolivia, Colombia, Cuba y Uruguay desde el lente de la revolución pasiva y la tragedia”, en MARQUARDT, BERND (Ed.): *Constitucionalismo científico II, Entre el Estado y el mercado (Anuario III del grupo de investigación CC - Constitucionalismo Comparado)*, Bogotá, Ed. Temis, 2013, págs. 69-97.
- RUÍZ MORATO, NATALIA: “El derecho al desarrollo y su necesidad de incorporación en el sistema jurídico colombiano”, en MARQUARDT, BERND (Ed.): *El Estado constitucional de los valores (Anuario V del grupo de investigación CC - Constitucionalismo Comparado)*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2015, págs. 339-376.
- SARRALDE DUQUE, MILENA: “Los derechos que ha garantizado la tutela en sus 27 años” en periódico *El Tiempo*, de 26 de septiembre de 2018, en <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/cifras-de-tutelas-en-la-corte-constitucional-273558> (9.4.2019).
- SIEFERLE, ROLF PETER: “El camino especial de Europa”, en ÍD. & MARQUARDT, BERND: *La Revolución industrial en Europa y América Latina, Interpretaciones ecobistóricas desde la perspectiva de la Teoría de los Sistemas de Energía y del Metabolismo social*, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2009, págs. 1-91.
- SOSA WAGNER, FRANCISCO: *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff, Coincidencias y confidencias*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2008.
- STIGLITZ, JOSEPH E.: *El malestar en la globalización*, Madrid, Ed. Santillana, 2011. Título original en inglés: *Globalization and its Discontents*, Nueva York & Londres, Penguin Books, 2002.
- STOLLEIS, MICHAEL: *A History of Public Law in Germany, 1914-1945*, Oxford, University Press, 2004. Título original en alemán: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, (tomo 3), *Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, 2ª ed., Múnich, Verlag C.H. Beck, 2002.
- *History of Social Law in Germany*, Berlín & Heidelberg, Springer Verlag, 2014 (cap. 1-6 como *Origins of the German Welfare State*).
- *Introducción al derecho público alemán (siglos XVI-XXI)*, Madrid, Marcial Pons, 2018. Título original en alemán: *Öffentliches Recht in Deutschland, Eine Einführung in seine Geschichte, 16.-21. Jahrhundert*, Múnich, Verlag C.H. Beck, 2014.
- *Origins of the German Welfare State, Social Policy in Germany to 1945*, Berlín & Heidelberg, Springer Verlag, 2013. Título original en alemán: ÍD.: “Sozialpolitik in Deutschland bis 1945”, en BUNDESMINISTERIUM FÜR ARBEIT UND SOZIALORDNUNG & BUNDESARCHIV (Eds.): *Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland seit 1945*, tomo 1, *Grundlagen der Sozialpolitik*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2002, págs. 199-332.

- *Public Law in Germany, 1800-1914*, Nueva York, Berghahn Books, 2001. Título original en alemán: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, tomo 2, *Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft, 1800-1914*, Múnich, Verlag C.H.Beck, 1988.
- TEUBNER, GUNTHER: “Regímenes globales privados, ¿Derecho neoespontáneo y constitución dual de sectores autónomos?” en ÍD. & SASSEN, SASKIA & KRASNER, STEPHEN: *Estado, soberanía y globalización*, Bogotá, Siglo del Hombre Eds., 2010. Título original en alemán: “Privatregimes, Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft?” en SIMON, DIETER & WEISS, MANFRED (Eds.): *Zur Autonomie des Individuums, Liber Amicorum Spiros Simitis*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, págs. 437-453.
- UPRIMNY YEPES, RODRIGO: *El Bloque de Constitucionalidad en Colombia, Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, documento electrónico, https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf (10.11.2018).
- “La motivación de las sentencias y el papel del juez en el Estado Social y Democrático de Derecho”, en revista *Pensamiento Jurídico*, núm. 4, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 1995, págs. 131-139.
- “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, en BURGOS, GERMÁN (Ed.): *Independencia judicial en América Latina, ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* Bogotá, ILSA, 2003.
- VIRNO, PAOLO: *Gramática de la multitud. Para un análisis de las formas de vida contemporáneas*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2003.
- WAHL, RAINER: *Los últimos cincuenta años de derecho administrativo alemán*, Madrid, Marcial Pons, 2013. Título original en alemán: *Herausforderungen und Antworten, Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte*, Berlín & Boston, Walter de Gruyter, 2006.
- WELK, MERLE MONIKA: “La socialización del suelo en Alemania: una disposición constitucional simbólica”, en MARQUARDT, BERND & MARTÍNEZ, JOSÉ & SÁNCHEZ CARDONA, MARIELA: *Paz territorial y tierras, Una mirada crítica frente a los Acuerdos de La Habana*, Bogotá & Göttingen, Eds. Ibáñez & Universidad Nacional de Colombia & Georg August Universität Göttingen, 2018, págs. 333-348.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO: *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, Madrid, Ed. Trotta, 2016.
- ZOLO, DANILO: “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los ‘derechos fundamentales’. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”, en PISARELLO, GERARDO & DE CABO, ANTONIO (Eds.): *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2001.