

BERND MARQUARDT (COORD.)

MARCELA PATRICIA BORJA ALVARADO

MARÍA ROSALBA BUITRAGO GUZMÁN

DAVID ERNESTO LLINÁS ALFARO

JOSÉ MANUEL SUÁREZ DELGADO

NATALIA RUÍZ MORATO

EDUARDO ROMERO RODRÍGUEZ

DAVID VALENCIA VILLAMIZAR

MARIELA INÉS SÁNCHEZ CARDONA

MARÍA MARTINA SÁNCHEZ TRIANA

JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN

TANIA GIOVANNA VIVAS BARRERA

CONSTITUCIONALISMO CIENTÍFICO

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE LOS VALORES

ANUARIO V
DE CONSTITUCIONALISMO COMPARADO



**EL ESTADO CONSTITUCIONAL
DE LOS VALORES**

ANUARIO V
DE CONSTITUCIONALISMO COMPARADO

BERND MARQUARDT (Ed.)

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE LOS VALORES

ANUARIO V
DE CONSTITUCIONALISMO COMPARADO



Bogotá - Colombia
2015

Marquardt, Bernd, 1966-

El estado constitucional de los valores : anuario V de constitucionalismo comparado /
Bernd Marquardt. -- Bogotá : Grupo Editorial Ibáñez, 2015.

620 páginas ; 17 x 24 cm.

Incluye bibliografía

ISBN 978-958-749-490-7

1. Historia constitucional 2. Teoría constitucional 3. Estado

4. Derecho constitucional I. Tít.

342.029 cd 21 ed.

A1496635

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE LOS VALORES, ANUARIO V

© Bernd Marquardt, editor

© Autores varios

Primera edición: julio de 2015

Impreso y hecho en Bogotá, D.C., Colombia

ISBN: 978-958-749-490-7

Diseño & diagramación: Bernd Marquardt

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales

Impreso en Colombia / Printed in Colombia

CONTENIDO

El Grupo de Investigación CC – Constitucionalismo Comparado.....	1
Introducción.....	11

PARTE PRIMERA

HISTORIA CRÍTICA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO I

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

BERND MARQUARDT

1. Pregunta de investigación y diseño teórico-metodológico	23
2. El camino histórico hacia la dicotomía positivista-iusnaturalista	29
A) Derecho y ley en culturas preilustradas.....	29
B) La gran transformación y las codificaciones del derecho natural	31
C) Jurisprudencia de conceptos y metafísica estatal.....	32
D) La politización y el conflicto de métodos de la época republicana	34
E) Positivismo decapitado y deshonesto.....	35
F) El mago y el conejo.....	36
3. La caída de las constituciones democráticas de Weimar (1930-1933) y Viena (1933-1938).....	37
A) Las maldiciones de la primera república alemana y las debilidades del Estado constitucional de Weimar	37
B) El establecimiento de la dictadura en la República de Weimar.....	41
C) El establecimiento de la dictadura en Austria	47
D) La dictadura carismática y populista de consenso.....	49
E) El contexto europeo.....	51

4. Los elementos del seudo-positivismo jurídico en el Estado anti-constitucional de corte nacionalsocialista	52
A) El seudo-legalismo de la toma de poder y la mentalidad del súbdito	52
B) El derecho penal, especialmente contra enemigos públicos.....	53
C) La expansión administrativa frente a esferas de la justicia: la policía política y la detención de protección	60
D) Una especie de ius barbarum.....	63
5. El Estado dual y su cara complementaria de normas modernas	64
6. La predominancia del iusnaturalismo ideológico	66
A) El antipositivismo como ideología oficial.....	66
B) Las nuevas fuentes supremas del derecho	68
C) Análisis jurisprudencial de los juzgados civiles	70
D) Las cláusulas generales y el método teleológico de interpretación	72
E) Ejemplos adicionales: tributos discriminatorios y eutanasia.....	74
F) El derecho natural de tipo nazi: el bio-derecho social-darwinista y eugenésico.....	75
7. Violentización y desjuridificación: los años de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945).....	77
A) La justicia militar y penal ‘interna’.....	78
B) El fracaso del ius in bellum rudimentario en la guerra total	80
C) El judeocidio	85
D) Observaciones adicionales	88
E) Contextualización: la violentización de la guerra industrial total.....	89
8. Los jueces de la injusticia nazi	91
A) La dictadura militar del Consejo de Control Aliado (1945-1949) y los Juicios de Núremberg	91
B) La RF Alemana: continuidades e inocentismo, prohibición de la retroactividad y privilegio de los jueces.....	98
C) Hacia un camino responsable del manejo crítico del pasado	105
D) El manejo del pasado nazi en Austria	110
E) Epilogo comparativo: el manejo jurídico de la incorporación de la RD Alemana ex comunista en la RF Alemana en 1990.....	111
9. Síntesis.....	112
Bibliografía	117

CAPÍTULO II

EL AVANCE DE LOS ESTUDIOS DEL DERECHO HACIA LA HISTORIA DEL TIEMPO PRESENTE

MARCELA PATRICIA BORJA ALVARADO

1. Introducción.....	141
----------------------	-----

CONTENIDO

2. La historia del tiempo presente como una forma de hacer historia del derecho.....	142
3. Una subdisciplina en obra.....	145
4. Problemas y críticas.....	152
5. La relación historia-memoria.....	155
6. Pasado reciente traumático.....	157
7. Una propuesta de estudio de historia reciente en el derecho colombiano.....	159
Bibliografía.....	161

SEGUNDA PARTE

ELEMENTOS TEÓRICOS

CAPÍTULO III

ENTRE LO BUENO Y LO JUSTO: ELEMENTOS PARA UNA CRÍTICA A LAS TEORÍAS DE JOHN RAWLS Y JÜRGEN HABERMAS

MARÍA ROSALBA BUITRAGO GUZMÁN

1. Introducción.....	167
2. Consideración del paradigma consensual de John Rawls.....	169
3. El paradigma de la democracia deliberativa y la opinión pública de Habermas.....	172
4. Los valores en la justicia y en el derecho.....	177
5. Conclusiones.....	178
Bibliografía.....	179

TERCERA PARTE

LA DEMOCRACIA SOCIAL

CAPÍTULO IV

¿DERECHO PÚBLICO MULTINACIONAL Y ANTI-CONSTITUCIONAL? LAS REFORMAS ESTRUCTURALES DEL CONSENSO DE WASHINGTON Y EL DERECHO SOCIAL EN BRASIL, VENEZUELA, ARGENTINA Y COLOMBIA

DAVID ERNESTO LLINÁS ALFARO

1. Introducción: una aclaración metodológica	185
2. El marco de comparación: los Estados latinoamericanos y el Consenso de Washington.....	191
3. Reformas de primera generación en América Latina.....	197
A) Comentarios preliminares	197
B) La implementación en Brasil	200
C) La implementación en Venezuela	202
D) La implementación en Argentina	210
E) Conclusión preliminar.....	214
4. El impacto de las reformas estructurales en el derecho social colombiano	215
A) Una breve introducción comparativa: el problema de la flexibilización laboral	215
B) La flexibilización laboral en Colombia: el prolegómeno de las dificultades sociales.....	220
C) Mitología oficial: ajuste fiscal o catástrofe	226
D) Desmitificación y contralectura: el Fondo Monetario Internacional y el Estado colombiano	229
E) La crónica de una fatalidad: la Ley 617 contra el derecho social	234
5. Conclusiones	250
Bibliografía	252

CAPÍTULO V

EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO, DERECHOS SOCIALES Y AGENDA IDEOLÓGICA CRÍTICA: ALGUNAS IMPLICACIONES

JOSÉ MANUEL SUÁREZ DELGADO

1. Introducción y planteamiento	265
2. Ideología y constitucionalismo una lucha entre dos por ocupar el mismo lugar	269
3. Algunas consecuencias de la academia militante: los sesgos	291
A) Antiburocratismo o burocratismo parcial.....	292
B) La apreciación contrahegemónica.....	306
4. El futuro de los derechos sociales: algunos aspectos en la agenda de defensa y garantía	317
5. A modo de conclusión.....	323
Bibliografía	323

CONTENIDO

CUARTA PARTE

**EL DERECHO AL DESARROLLO
Y SU VARIANTE SOSTENIBLE**

CAPÍTULO VI

**EL DERECHO AL DESARROLLO Y SU NECESIDAD
DE INCORPORACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO**

NATALIA RUÍZ MORATO

1. Introducción.....	339
2. Contexto local y problemática colombiana.....	340
3. Orígenes y evolución del derecho al desarrollo.....	346
4. Concepto y alcance del derecho al desarrollo.....	355
5. Críticas al derecho al desarrollo: debates políticos, coaliciones y contiendas ideológicas.....	363
6. Conclusiones.....	370
Bibliografía.....	371

CAPÍTULO VII

**EL PRINCIPIO DEL
DESARROLLO SOSTENIBLE EN COLOMBIA**

EDUARDO ROMERO RODRÍGUEZ

1. Introducción.....	377
2. Contexto internacional.....	378
A) Aspectos ‘protoambientales’ del desarrollo sostenible (antes de 1972).....	378
B) Configuración del concepto de Desarrollo Sostenible (1972-1992).....	381
C) Estado actual del desarrollo sostenible.....	383
D) Instrumentos convencionales y legales.....	384
3. El principio de desarrollo sostenible en Colombia.....	386
A) Contexto histórico (antes de 1973).....	386
B) Configuración del desarrollo sostenible en Colombia.....	387
C) Problemas jurídicos del desarrollo sostenible.....	394
a) Significados del desarrollo sostenible.....	394
b) Nominación del desarrollo sostenible.....	394
c) La planeación (un ejemplo necesario).....	395
4. Alcances Jurisprudenciales del Desarrollo Sostenible.....	398
5. Crítica al desarrollo sostenible.....	406

A) Consideraciones globales.....	406
B) Consideraciones para el caso colombiano.....	410
C) El mito de la fórmula de Río 92.....	414
D) Una reinterpretación del artículo 80 constitucional.....	415
6. Síntesis: la sostenibilidad ambiental.....	417
Bibliografía.....	419

QUINTA PARTE

EL DERECHO A LA PAZ

CAPÍTULO VIII

LOS IMAGINARIOS DEL ESTADO Y LA CULTURA DE LA PAZ

DAVID VALENCIA VILLAMIZAR

1. Introducción.....	429
2. Juegos de rol y cultura de paz.....	431
3. Pensar sin Estado (más allá de los sesgos cognitivos).....	434
4. El Estado colombiano y el conflicto armado	435
A) Des-construyendo el conflicto armado en Colombia.....	436
B) Resistir a la guerra en medio del conflicto.....	436
C) Memorias del conflicto armado.....	437
D) Exclusión y cultura de paz	438
5. Conclusiones	442
Bibliografía	442

CAPÍTULO IX

POTENCIALIDADES DE LAS GENERACIONES JÓVENES EN EL FORTALECIMIENTO DEL DERECHO HUMANO A LA PAZ

MARIELA INÉS SÁNCHEZ CARDONA

1. Introducción.....	445
2. El derecho humano a la paz y la educación	446
3. Las nuevas generaciones y su potencial para la paz	447
4. Transformación de la violencia estructural en culturas de paz: gran reto para las juventudes	450
5. Reinterpretación del origen de la violencia en pro de la paz	455
6. Los conflictos y su función en la convivencia pacífica.....	460
7. Conclusiones	464

CONTENIDO

Bibliografía 465

SEXTA PARTE

**LA GARANTÍA DE LA SEGURIDAD
DEL CIUDADANO FRENTE AL ESTADO**

CAPÍTULO X

**LA VIGENCIA DEL DELITO POLÍTICO EN COLOMBIA:
UNA CONTINUIDAD Y DISCONTINUIDAD HISTÓRICA
DEL SIGLO XIX CON PROYECCIÓN AL SIGLO XXI**

MARÍA MARTINA SÁNCHEZ TRIANA

1. Introducción..... 471
2. Delito político: entre la continuidad y la discontinuidad histórica como
método de análisis 472
3. La construcción histórica del tratamiento jurídico del delincuente político y
su vigencia como tradición constitucional y legal actual en Colombia: la
irrupción del enemigo público y su tratamiento privilegiado 476
4. La construcción del orden interno: la configuración de un bien jurídico
tutelado ‘el régimen constitucional y legal vigente’ 483
5. Un tiempo de guerra y paz: la imbricación de normas internas con el
derecho de gentes y la importancia de la conexidad 495
6. Síntesis: la doble visión del tratamiento privilegiado 505
Bibliografía 510

CAPÍTULO XI

**LA PUERTA ALTERNA DE LAS
ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD**

JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN

1. Aclaración preliminar..... 519
2. El efecto espejo de medusa: las acciones en contra de la casa recién
inaugurada y por estrenar 529
3. De cómo es posible remodelar y cambiar las estructuras: las contrarreformas
y las demandas en contra de actos legislativos..... 536
A) El incremento de la partitura intromisionista 537
B) La entrada a saco para la perpetuación del autoritarismo 540

c) La nueva ola neoliberalizante o el efecto locomotora	546
4. La inconformidad frente a las normas de control previo y la sonrisa hierática.....	550
A) Las leyes estatutarias.....	550
B) Leyes aprobatorias de tratados internacionales y algunas otras provenientes del exterior	553
5. Decretos reglamentarios y de otra naturaleza	557
6. El cuarto de San Alejo: rebuscando en el anaquel de una variada gama de actos impugnados.....	560
A) El cuestionamiento de decisiones e interpretaciones judiciales	561
B) Normas pendientes de expedición.....	562
C) Otros casos que salen, como fantasmas, de su escondite	563
7. La mirada en el atardecer: a modo de conclusión	565
Bibliografía	569

SÉPTIMA PARTE

MACROPERSPECTIVAS

CAPÍTULO XII

LA SUPRACONSTITUTIONNALITÉ: UNE REPOSE FACE A L'INTEGRATION DU DROIT REGIONAL EN FRANCE

TANIA GIOVANNA VIVAS BARRERA

1. Introduction	583
2. La supraconstitutionnalité en France: un concept crée pour expliquer l'impact de la primauté du droit de l'Union Européen imposée pour la Cour de Justice des Communautés Européennes	584
3. La résistance des juridictions nationales face au Principe de Primauté du droit communautaire déclaré par la Cour de Justice des Communautés Européennes: Cas Français	585
A) Primauté du droit européen: résultat d'une évolution nécessaire pour la construction d'un ordre juridique communautaire	585
a) La primauté est un principe lié à la nature de l'Union Européenne.....	585
b) La valeur absolue du principe de primauté, l'objectif d'une communauté de droit.....	587
B) Réception du droit communautaire faite par le droit français	588
a) L'héritage d'une opposition à la supraconstitutionnalité face au droit international empêche une position plus ouverte par rapport au droit communautaire	588

CONTENIDO

b) France une position en porte-à-faux	592
4. Défense de la Constitution au sommet de la hiérarchie de normes face à une menace de sa suprématie	594
A) L'exigence des révisions constitutionnelles: la manifestation ultime d'une primauté constitutionnelle.....	595
a) L'exigence constitutionnelle de réviser la Constitution.....	595
b) De l'obligation constitutionnelle de transposition de directives	596
B) Le titre XV de la Constitution dédié à l'appartenance de la France à l'Union européenne, un cheval de Troie?	597
a) Les réserves constitutionnelles à l'exigence constitutionnelle?	597
b) La consécration des normes de différente valeur constitutionnelle?.....	599
5. Conclusion.....	600
Bibliographie	600

CAPÍTULO V

EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO, DERECHOS SOCIALES Y AGENDA IDEOLÓGICA CRÍTICA

ALGUNAS IMPLICACIONES'

JOSÉ MANUEL SUÁREZ DELGADO

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

El ideal del constitucionalismo continúa siendo aún hoy todo un misterio y, sin embargo, de aceptarse un concepto, por convencional que este fuere, debería incluir como un valor principal el apego al pasado, de este hecho se van a ver derivadas consecuencias como la vinculación a compromisos previamente acordados, la limitación de la acción de los poderes públicos y la procura de autonomías cuando esta se garantiza a través de normas² o, en su caso, la existencia de un gobierno limitado³. Esta función limitadora comportara la sustracción de una serie de materias a la competencias decisional de los individuos y reguladas (no reguladas) de una vez por todas⁴. Es,

¹ A ERIKA, AGAPITO y a la memoria de DIANA GONZÁLEZ.

² MAURIZIO FIORAVANTI, *Constitucionalismo, Experiencias históricas y tendencias actuales*, Madrid, Trotta, 2014, pág. 17; M.C. VILLE, *Constitucionalismo y Separación de Poderes*, Madrid, CEPC, 2007, pág. 17. Para una revisión de la dinámica modernismo-posmodernismo, ver PAOLO GROSSI, “La legalità costituzionale nella storia delle legalità moderna e pos-moderna”, en revista *Giornale di Storia Costituzionale*, núm. 16, Macerata, Università, 2008, págs. 1-25. Para consultar una visión divergente del constitucionalismo y el compromiso futuro: SUSANNA POZZOLO, “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, en ÍD. (Ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Lima, Palestra, 2011, págs. 22-60.

³ JON ELSTER, “Introduction”, en ÍD. & RUNE SLAGSTAD (Eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, University Press, 1993, págs. 1-17, 2 y s; CARLOS SANTIAGO NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, pág. 17; PIERANGELO SCHIERA, *El constitucionalismo como discurso político*, Madrid, Dykinson, 2012, págs. 26 y ss.

⁴ SUSANNA POZZOLO, *Neoconstitucionalismo y Positivismo*, Palestra, Lima, 2011 (título original del italiano: *Neoconstituzionalismo e Positivismo Giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011), pág. 20.

igualmente, claro que la esperanza por el futuro de las constituciones, representa por decirlo de alguna manera, un hecho confiado a la providencia y, por ende, no advertido con el suficiente interés por el concepto de constitucionalismo que aquí se viene tratando. En parecida dirección, resulta significativa la sentencia emitida por el profesor italiano CONSTANTINO MORTATI (1891-1985) respecto de la constitución alemana de Weimar de 1919⁵ cuya relevancia hará necesaria la transcripción literal en cuanto sigue: “[u]n determinado tipo de Estado no puede definirse por lo que propone para el futuro, sino por lo que consigne realmente hacer”⁶.

Marginado de las disquisiciones precedentes, el constitucionalismo latinoamericano ha sido forjado ante la sucesión intempestiva de órdenes constitucionales. Sobre esta base, uno de los más agudos comparatistas de la época, JUSTO AROSEMENA (1817-1896), afirmaba en 1878: “La discordancia entre una Constitución y su realidad social [...] ha contribuido a la inestabilidad de las instituciones latinoamericanas”⁷. Pudiendo concluirse con alguna evidencia a partir la afirmación transcrita, que la programación del futuro es un asunto de mayor interés para el constitucionalismo gestado en esta parte del mundo. Eso se explica por qué se ha tratado, en efecto, de un proyecto normativo —el constitucional— implantado sobre un sustrato social y político desigual. Esto último se hace evidente en las fuertes bases presidencialistas de la forma de Gobierno fundadas en el elitismo político⁸, en cuanto a lo primero, la configuración social incide sobre el papel principal que el Derecho puede cumplir como agente de transformación social y, en este aspecto, prima una concepción según la cual, el Derecho es una herramienta privilegiada que se usa selectivamente solo a favor de ciertas capas sociales más favorecidas⁹. En consecuencia, los propósitos perseguidos con una constitución exhibirán un mayor valor futuro, a lo cual lo acompañará en menor medida el valor presente que se compone de la sanción de un orden dirigido al logro de los fines

⁵ *Verfassung des Deutschen Reiches* de 1919, en *Reichsgesetzblatt*, 1919, págs. 1383 y ss.

⁶ CONSTANTINO MORTATI, “Una valoración de conjunto sobre la experiencia de Weimar”, en ÍD. *et al.*, *La Constitución de Weimar (texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919)*, Madrid, Técnos, 2010 (título original: *Introducciones alla Costituzione di Weimar*, vol. 15 de la colección *Testi e Documento Costituzionali*, Firenze, Ministerio della Costituente, 1946), pág. 21.

⁷ JUSTO AROSEMENA, *Estudios constitucionales sobre los gobiernos de la América Latina*, 2 tomos, París, Librería Española i Americana de E. Denne, 1878, págs. 528-793. Cabe resaltar que una obra comparada en semejantes términos sólo vio la luz hasta 1927: ADOLFO POSADA & NICOLÁS PÉREZ S., *Constituciones de Europa y América*, 2 tomos, Madrid, Suárez, 1927. El carácter contradictorio del constitucionalismo ha sido puesto de presente por: ALLAN BREWER CARIAS, *Estudio introductorio a las Constituciones de Venezuela*, Madrid, Instituto de Administración Local, 1985, pág. 15, nota al pie. 2.

⁸ Cfr. ROBERTO GARGARELLA, “Crisis de representación y constituciones contramayoritarias”, en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 2, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1995, págs. 89-108, 93; ÍD., *Los fundamentos legales de la desigualdad, El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Madrid, Siglo XXI Eds., 2005, pág. 251.

⁹ MAURICIO GARCÍA VILLEGAS, *Sociología y Crítica del Derecho, Derecho y Sociedad en América Latina*, México, Fontamara, 2010, págs. 281 y ss.

perseguidos. Todo lo anterior no sería posible sin la adopción de una morfología constitucional adecuada con la relación entre Derecho y sociedad a la que nos hemos referido antes. Bajo el amparo de estas circunstancias, ha sido necesario el recurso a categorías tan explicativas como artificiales, tal como ha ocurrido con la tentadora idea del *constitucionalismo aspiracional*¹⁰, con la cual se dejan consignados los rasgos ya anotados del cambio social a través de proyectos constitucionales.

Esta tendencia tampoco podrá tomarse por ajena de la necesidad de certificar o reafirmar la existencia política a través de un solemne instrumento¹¹, lo que habla a favor de una cultura reformista constitucionalmente hablando. Como se mencionó en un momento anterior, la preocupación por el futuro ha tenido por gozne a los derechos fundamentales y la no menos discutible idea de las generaciones futuras en su doble vertiente ambiental y presupuestaria. Este hecho también es una constatación del proceso de crisis que ha atravesado el Estado en Europa y, de paso, la propia imagen de la constitución¹².

De acuerdo con los rasgos sumarios precedentes, podría concluirse que, en el centro mismo de las dinámicas constitucionales —presentes y futuras—, se ubica una institución como los derechos sociales, al vincularse primariamente al campo constitucional latinoamericano no podrán valorarse sin la necesaria consideración de sus propias morfologías. En concreto, su origen ha sido sustentado a partir de la existencia de un modelo constitucional especial denominado populismo constitucional, una ideología que en Latinoamérica canalizó las expectativas sociales a través de la fusión de dos factores aparentemente contradictorios. El primero de ellos, se condensa en el polo de integración social y la necesaria asunción de responsabilidades en este rubro por los estados. El segundo factor que operara como receptor de las demandas anteriores, se reconduce a la toma del poder por parte de ideologías de corte fascista con marcados tintes militaristas y autoritarios¹³. Lo que, a la postre, se habría de traducir en una fisura constitucional puesta de manifiesto en el enriquecimiento de las partes dogmáti-

¹⁰ MAURICIO GARCÍA VILLEGAS, “Constitucionalismo aspiracional”, en *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, vol. 15, núm. 29, Sevilla, Universidad, 2013, págs. 77-97, 78; GERARDO PISARELLO, “Estado de Derecho y crisis de la soberanía en América Latina”, en MIGUEL CARBONELL *et al.* (Eds.), *Estado de derecho, Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI Eds., 2002, págs. 261-283, 283.

¹¹ PIETRO GIUSEPPE GRASSO, “Questioni in tema di costituzioni scritte”, en MIGUEL AYUSO (Ed.), *Dalla geometria legale statualistica alla riscoperta del diritto e della politica, Studi in Honore di Francesco Gentile*, Madrid, Marcial Pons, 2006, págs. 295-304, 295.

¹² Véase SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *El informe sobre España, Repensar el Estado o destruirlo*, Barcelona, Crítica, 2012, pág. 9; CESARE PINELLI, “L’incivilimento degli italiani e la Costituzione della Repubblica”, en *Giornale di Storia Costituzionale*, núm. 16, Macerata, Università, 2008, págs. 29-39.

¹³ CARLOS MIGUEL HERRERA, “El nacimiento del constitucionalismo social latinoamericano (1917-1949), Una perspectiva comparada”, en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, núm. 350, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2012, págs. 169-189.

cas después de ese proceso y la falta de acople de las disposiciones de las partes orgánicas a los nuevos compromisos que una consagración como la del primer nivel suponía, manteniéndose así, fuertes anclajes decimonónicos en materia de organización del poder¹⁴. Esta situación, pondrá en entredicho la plena aplicabilidad de la función tradicional del constitucionalismo de declararse en rebelión contra el pasado. O, por lo menos, no del todo, como se ha evidenciado con la referencia al modelo de organización¹⁵.

Dicho lo anterior, aparece la necesidad de ensamblar todos los elementos dispersos y alinearlos en cuanto a un mismo lugar común el que se reconduce al propósito perseguido con el presente escrito, el cual es demostrar las implicaciones tanto negativas como positivas que ha supuesto para la formación de una agenda comparada en derechos sociales la adopción de una postura militante a favor de lecturas progresistas, críticas o, lisa y llanamente, de izquierda en Latinoamérica.

Para desarrollar todo lo que hasta aquí se ha propuesto, el presente trabajo se dividirá en tres secciones. La primera explicará el resurgimiento de los conceptos progresistas en el constitucionalismo a partir del *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum* concepto este contendor de las diversas tendencias sobre el constitucionalismo. En este punto será necesario realizar una división en los estudios entre dos movimientos. Por un lado, el neoconstitucionalismo –tendencia italo-iberoamericana– y, del otro, el nuevo constitucionalismo latinoamericano, siendo esta una tendencia igual de amplia a la anterior, pero cuyos confines territoriales han estado más circunscritos a ciertos procesos constitucionales, todo ello con el fin de establecer los mayores niveles de compromiso ideológico presentes en cada tendencia. En la segunda sección se analizarán algunas implicaciones negativas (sesgos) en los que autores vinculados bien directa o bien indirectamente a esta tendencia tienden a incurrir en aspectos medulares como la forma del Estado, la vigencia de las constituciones, la historia institucional (constitucional) de la región, todo esto con claro impacto en la dogmática de interés de la presente investigación; no sin pasar por alto las consecuencias de la participación activa en movimientos políticos sobre los cuales ha estado basada buena parte de los cambios constitucionales. En la tercera y última sección, se tratarán de señalar algunos aspectos sobre los cuales podría volver a fijar su interés la dogmática de los derechos sociales para cumplir con la meta de su exigibilidad.

¹⁴ GARGARELLA, *Los fundamentos legales de la desigualdad*, op. cit., pág. 250.

¹⁵ MARCOS CRIADO DE DIEGO & ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ, “La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del Nuevo Constitucionalismo en América Latina”, en *Revista de Estudios Socio Jurídicos*, vol. 13, núm. 1, Bogotá, Universidad del Rosario, 2011, pág. 15-49, 25.

2. IDEOLOGÍA Y CONSTITUCIONALISMO UNA LUCHA ENTRE DOS POR OCUPAR EL MISMO LUGAR

En lo que sigue trataremos de ideologizar y desideologizar las lecturas construidas desde el pensamiento crítico o, de manera simplificada, de izquierda para explicar la debacle que examina el constitucionalismo que ha sido llamado por GERARDO PISARELLO como *un largo termidor* conociendo como última fase el empoderamiento del constitucionalismo oligárquico¹⁶. En tales condiciones, se comprende, la existencia de un denso conjunto de orientaciones construidas para contener los efectos visibles del neoliberalismo en la desarticulación de garantías constitucionales y la neutralización de contenido de estos últimos instrumentos, esta idea heredera de los pensamientos críticos ha encontrado un fecundo nicho en Latinoamérica. Esta situación se debe al hecho de que, como posible alternativa a los efectos del neoliberalismo, se hubiera encontrado un modelo alternativo fundado en las constituciones adoptadas sucesivamente en la fase finisecular del siglo XX y que han explotado en el XXI, esta explosión no ha significado que las constituciones arrojadas por este proceso no estuvieran cargadas de una polivalencia ideológica que las podría tornar como armas instrumentales a los diversos políticos, lo que ameritará, por supuesto, un análisis posterior.

El hecho anterior podría encontrar una explicación en las condiciones que han rodeado la idea misma del constitucionalismo en esta zona. De una parte, podría afirmarse que la ideología ha estado omnipresente en el discurso constitucional. Eso permite explicar, entre otras manifestaciones, la creación de un modelo constitucional para sustentar el auge del militarismo en las constituciones¹⁷. O, la no menos particular asimilación científica con un experimento consentido por un conjunto naciente de conejillos de indias, como una explicación a la explosión constitucional de la primera fase de evolución del constitucionalismo que siguió al periodo de independencias¹⁸, al punto de afirmar, en casos como el colombiano, que se tuvo constituciones antes que independencia¹⁹. Es ejemplificador, bajo este aspecto, el hecho de que la estadística de un registro constitucional mundial, les haya asignado a los Estados latinoamericanos el récord del mundo en la promulgación de constituciones²⁰. Es sintomática, de otra

¹⁶ GERARDO PISARELLO, *Un largo termidor, La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Trotta, 2011, págs. 169 y ss; ÍD., *Estado de Derecho y crisis de la soberanía en América Latina*, op. cit., pág. 283.

¹⁷ HERRERA, *El nacimiento del constitucionalismo social latinoamericano*, op. cit., pág. 188.

¹⁸ JOSÉ ANTONIO AGUILAR RIVERA, *En pos de la quimera, Reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, págs. 200 y ss.

¹⁹ Cfr. sobre ello BARTOLOMÉ CLAVERO, "Nación y naciones en Colombia entre constitución, concordato y un convenio (1810-2010)", en *Revista de Historia del Derecho Sección Investigaciones*, núm. 41, Buenos Aires, INHIDE, 2011, págs. 79-137.

²⁰ Véase HORST DIPPEL (Ed.), *Verfassungen der Welt vom späten 18. Jahrhundert bis Mitte des 19. Jahrhunderts, Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century, Sources on the Rise of Mo-*

parte, la tendencia a buscar la cura de todos los males en un único remedio: el constitucional. Una explicación ulterior nos indicará que tras el entusiasmo y la fe depositada en las constituciones, se esconde una apuesta en las mismas como instrumentos de configuración social. Este aspecto no es sólo una descripción de la última etapa de evolución del experimento constitucional, sino también puede ser establecido como una característica que lo ha acompañado desde sus propios orígenes, erigiéndose, por tanto, como una constante. A la luz de los presupuestos anteriores entendemos que en esta zona del mundo el constitucionalismo es un meteoro científico llegado para quedarse²¹.

Para examinar análisis que tienden a ocuparse del constitucionalismo no está de más tomar en cuenta una de las más bellas expresiones del ideario de PETER HÄBERLE: “Los Estados constitucionales no viven sólo sobre los hombros de las constituciones anteriores, sino que también se han dado la mano con otras contemporáneas”²². La afirmación anterior refleja las dos direcciones en las que la investigación jurídica se ha dirigido para evaluar el constitucionalismo. Ello, en la medida indiscutida que, los análisis de historia constitucional han privilegiado los hombros de las constituciones anteriores. En el caso de los análisis neo tratados en breve, estos han privilegiado los lazos que el presente ha trazado entre constituciones.

Volviendo al punto inicial, podrá concordarse en la dificultad de establecer una única filiación ideológica de diversas tendencias que se han encargado de poblar un ámbito discursivo tan denso como aquel que se ocupa del constitucionalismo latinoamericano en su actual vertiente, a él contribuirán la defensa y revisión del mismo dentro de tendencias como las formas “neo” y las revisiones vinculadas al proceso de continuación entre las ideologías trascendentes a los procesos constituyentes con acento político como el *Socialismo del Siglo XXI*, como se tratará de explicar.

La continuidad entre los procesos constitucionales y la defensa del *Socialismo del Siglo XXI* ha sido, a fin de cuentas, un camino de desencuentros, debido al ajuste del

dem Constitutionalism, 31 tomos, Múnich & Berlín, K. G. Saur & De Gruyter, 2005-2014; BERND MARQUARDT, *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010)*, *Historia constitucional comparada*, 2 tomos, Bogotá, UNAL, 2011, págs. 92 y ss, 205 y s; PAUL WOLF, “Brasil en busca de una Constitución moderna, La Constitución de la República de los Estados Unidos de Brasil como Magna Carta a la moda americana”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8, Madrid, CEPC, 2004 págs. 377-390, 378.

²¹ En clara referencia a la afirmación de LUIS JORDANA DE POZAS quien, en su momento, se refirió a la policía como “meteoro científico de breve duración y equívoco contenido”, en *Estudios de Administración Local y General*, tomo 1, Madrid, IEAL, 1961 pág. 4.

²² PETER HÄBERLE, “El regionalismo como principio estructural naciente del Estado constitucional y como máxima política de Derecho europeo”, en ÍD., *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñate, Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, págs. 49-97, 51. Título original en alemán: “Der Regionalismus als werdendes Strukturprinzip des Verfassungsstaates und als europarechtspolitische Maxime”, en revista *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 118, Tübingen, Mohr Siebeck, 1992, págs. 1-44.

constitucionalismo a las exigencias políticas de continuidad de los proyectos políticos. En sustancia, esto ha implicado la sanción sucesivas reformas que han buscado la prolongación indebida de los proyectos políticos o de los mandatarios. Con similar propósito se han adelantado reformas de menor entidad normativa e igual impacto sobre la vigencia de las constituciones, como la implementación de políticas públicas en claro sentido de defraudación de los textos, esto aun en casos como el de Ecuador preocupado, como pocos, por la defensa de un derecho a las políticas públicas. Pese a esto último, ni siquiera la sanción constitucional se ha erigido como obstáculo para implementar políticas ambientales extractivas. Por esa razón uno de los avances del más vanguardista proyecto constitucional emprendido en la región se ha dado al traste con la política²³.

Situada en coordenadas distintas a las anteriores y con un valor general, encontramos la llamada con tintes académicos de HORST DIPPEL a reconstruir la historia constitucional²⁴. Este llamado ha sido contestado desde diversas esferas académicas, especialmente, *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*²⁵ impulsada por el *Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional* que cuenta con una activa participación colombiana a través del profesor RODOLFO ARANGO²⁶. A través de esta iniciativa y la del Grupo de Investigación *Constitucionalismo Comparado* se ha operado un proceso de reivindicación histórica de la posición del constitucionalismo latinoamericano en la historia constitucional a partir de 1810²⁷, a semejante conclusión se ha llegado a partir de la revisión de textos constitucionales (niveles textuales) y de los discursos hilvanados alrededor de este (niveles contextuales).

Adicionalmente, es importante tener presente que esta concepción en la vocación transformadora de las constituciones con respecto de las realidades subyacentes a ellas, para este propósito este nuevo lenguaje común ha partido de la afirmación definitiva de tres pilares, a la sazón, derechos humanos, democracia y jurisdicción constitucional²⁸. Algunos otros análisis han insistido en la pertinencia de incluir como ele-

²³ GERARDO PISARELLO, *Los Procesos Constituyentes, Caminos para la ruptura democrática*, Madrid, Trotta, 2014, págs. 127 y ss.

²⁴ HORST DIPPEL, “Constitucionalismo entre legitimación formal y deslegitimación inconfesable entre legitimación formal y deslegitimación inconfesable”, en ÍD., *Constitucionalismo moderno*, Madrid, Barcelona & Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, págs. 185-201.

²⁵ Ver ARMIN VON BOGDANDY & HÉCTOR FIX-FIERRO & MARIELA MORALES ANTONIAZZI (Eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina, Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, 2014.

²⁶ Cfr. RODOLFO ARANGO, “Fundamentos del ius constitutionale commune en América Latina, Derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional”, en BOGDANDY *et al.*, *Ius constitutionale commune en América Latina*, *op. cit.*, págs. 25-36.

²⁷ Una significativa contribución ha sido la obra de: MARQUARDT, *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010)*, *Historia constitucional comparada*, 2 tomos, *op. cit.*

²⁸ ARANGO, *Fundamentos del ius constitutionale commune en América Latina*, *op. cit.*, págs. 25 y ss.

mento principal la vigencia de un Estado de derecho²⁹; debe aclararse que la visión es más cercana a la noción de ELÍAS DÍAZ que a cualquier otra noción descriptiva del concepto³⁰. El gran punto de coincidencia de ambos enfoques se da en la concordancia sobre la vocación transformadora y el acuerdo acerca de la insuficiencia del espacio estatal³¹.

Este razonamiento ha tenido, como era de esperarse, por piedra de toque a los derechos sociales que como institución se han visto confiados constitucionalmente a dispositivos frágiles –inspirados en buena medida en los ordenamientos europeos– o, al menos, no tan resueltos como su predecesor generacional y sometidos a la voluntad política de gobiernos que los emplean antes que como derechos como instrumentos de legitimación política y motorización de empresas electorales o fórmulas de oportunidad política³². Esta posibilidad de utilizar con fines políticos los derechos sociales no es del todo ajena a las dinámicas asociadas con su surgimiento en el constitucionalismo europeo, dado que, el principal *leitmotiv* para su consagración ha sido la contención ideológica de la ideología comunista. En la particular situación del constitucionalismo prusiano y alemán este haya sido el motor de su aparición durante la era del canciller BISMARCK (1862-1890) como una compensación a la lucha que este último habría emprendido en contra de la ideología socialista³³. Este hecho se mantendrá como un dispositivo de contención aún en el proceso de Weimar (1919-1933), caracterizado por la contención del bolchevismo mediante la consagración de instituciones semejantes como los consejos obreros y el *Consejo Económico del Imperio*³⁴. Sobre las cenizas de este orden y alumbrada en circunstancias posbélicas, la *Ley Fundamental de la República Federal Alemana* de 1949³⁵, por obra y gracia de los aliados retiró las disposiciones que contenían derechos sociales explícitos –como había sucedido con su antecesora de 1919– a causa de las pretensiones liberales norteamericanas³⁶.

²⁹ BOGDANDY *et al.*, *Ins constitutionale commune en América Latina*, *op. cit.*, pág. 10.

³⁰ Cfr. ELÍAS DÍAZ, “Estado de Derecho”, en ÍD. & ALFONSO RUIZ MIGUEL (Eds.), *Filosofía Política II, Teoría del Estado*, Madrid, Trotta, 1996, págs. 63-83. Comp. PISARELLO, *Estado de Derecho y crisis de la soberanía en América Latina*, *op. cit.*, pág. 263.

³¹ BOGDANDY *et al.*, *Ins constitutionale commune en América Latina*, *op. cit.*, pág. 10.

³² JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “¿Revisar la/ o romper con la constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 15. núm. 43, Madrid, CEPC, 1995, págs. 9-25.

³³ MORTATI, *Una valoración de conjunto sobre la experiencia de Weimar*, *op. cit.*, pág. 21.

³⁴ MORTATI, *Una valoración de conjunto sobre la experiencia de Weimar*, *op. cit.*, pág. 75.

³⁵ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* de 1949, en *Bundesgesetzblatt I*, 1949, págs. 1 y ss.

³⁶ En detalle: BERND MARQUARDT, “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*, Bogotá, Temis, 2013, págs. 3-68, 18 y s, 21 y ss, 26 y ss. Sobre la influencia de las pretensiones moralistas de EE.UU.: BRUCE ACKERMAN, *La nueva división de poderes*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007 (título original en inglés: “The new Separation of Powers”, en

Conforme a lo anterior, el planeamiento de la cuestión surge de manera natural con relación a la vinculación presentada entre ideología y constitucionalismo. Un dato adicional de incuestionable importancia es la relación presentada entre la vigencia de un cierto grupo de normas y la voluntad constituyente de dotarlas de eficacia indirecta. Esta se ofrece como una consecuencia de la idea transaccional impresa en las constituciones, en tanto son ellas la expresión misma de la mutua neutralización presentada entre ideologías. Para ilustrar este enunciado, tomaremos como marco al caso Italiano, –cuya cita será recurrente a lo largo de este escrito– del que importara notar, las agudas observaciones de un connotado procesalista como PIERO CALAMANDREI, quien no tuvo rubor en calificar a la constitución de 1948 como un orden inactuado y, particularmente, se refirió a las normas, como sigue:

“La distinción jurídica entre normas preceptivas de actuación inmediata, normas preceptivas de actuación diferida y normas meramente programáticas, que en años sucesivos darían lugar a tanto debate doctrinal y jurisprudencial, tuvo su origen en el compromiso político entre fuerzas en conflicto que ya entonces se preparaban para, en futuras luchas parlamentarias, tomarse la revancha por las concesiones a que se habían dejado llevar en el momento constituyente”³⁷.

De lo anterior podría también resultar un importante indicio de carencia de un único techo ideológico³⁸ presente en las constituciones, como se intentará explicar. Quiere así ponerse de manifiesto la configuración de una estructura constitucional contradictoria que una suerte de medidas de esta naturaleza ha supuesto, hecho encubierto por la temprana e ilusoria comprensión del Derecho internacional que los asimiló como generaciones³⁹. Puestas así las cosas, no puede caber ninguna duda del carácter polémico y polisémico ideológicamente de los derechos sociales, aspecto relevado durante su temprana introducción por el constitucionalismo social latinoamericano. Con todo, es bastante claro que todo ello no es fruto de la casualidad, antes

revista *Harvard Law Review*, vol. 113, núm. 3, 2000, págs. 633-725), pág. 16. Una visión distinta ofreció en 1932 ADOLFO POSADA, *La nueva constitución española*, Madrid, INAP, 2006 (1932), pág. 158: “El movimiento que, conforme a lo que se ha indicado, se manifestó como un germen en las antiguas Constituciones (por ejemplo, en la francesa de 1848), alcanza una fuerza expansiva inusitada en Constituciones como la de México de 1917 y en las Constituciones europeas de post-guerra, cuyo tipo mejor construido y que más ha servido de inspiración es la Constitución de Weimar [...] a) el cambio de poder de los elementos sociales gracias a la fuerza obtenida por el proletariado organizado; b) la intensificación y la expansión alcanzadas por la noción del deber social del Estado, noción generadora de sus intervenciones tutelares y que da el impulso en el orden económico, y de una manera especial en el mundo del trabajo, y, finalmente, c) la tendencia histórica irresistible a declarar la enseñanza como función del Estado”.

³⁷ PIERO CALAMANDREI: *La Constitución Inactuada*, Madrid, Ed. Tecnós, 2012, pág. 9. Título original en italiano: *La Costituzione inattuata*, Ed. Avanti, Roma, 1956.

³⁸ TIERNO GALVÁN E., *Sociología y situación*, Murcia, Ed. Aula, 1955, pág. 33.

³⁹ Cfr. GERARDO PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Trotta, 2007, págs. 19-25.

bien, se trata de una constante ligada con las convergencias ideológicas presentes en los procesos por los cuales ven la luz las constituciones, la diferencia radica en el mayor énfasis puesto en la vía latinoamericana en la necesidad de reformar el orden vigente. Entretanto que, en la vía Europea se ha apostado por las reformas legislativas como la forma de equilibrar ideológicamente los vacíos o asimetrías constitucionales puestas de presente en la eficacia diferida de sus normas. Todo esto significa que el concepto de populismo ha venido estando precedido de una decisión constitucional transaccional en los términos que se acaba de aludir, esta noción se asocia sobre todo con el constitucionalismo latinoamericano, en el que puede afirmarse que la implementación de este modelo obedece a los sucesivos procesos de reforma constitucional, como en menor medida, a la instauración definitiva de ordenes nuevos, dadas las mayores posibilidades de la modificación por el uso más frecuente de reformas constitucionales.

Bajo los lineamientos planteados anteriormente, los derechos sociales se ubican en la intersección que marca el cruce de caminos que no siempre han coincidido. Por una parte, el especial de Europa que ha servido de molde al concepto de Estado⁴⁰. Y, por otra, el capítulo aparte dentro de una misma obra, al que convencionalmente podemos llamar camino aún más especial de Latinoamérica, el cual fundado en el primero, pero ha tenido matices particulares⁴¹. Este último debe tenerse como un valioso aporte al constitucionalismo y, a modo de conclusión anticipada, la experiencia obtenida a partir de una fuerte tensión entre ideales constitucionales y normas dirigentes, de una parte, y la ocurrencia con crudas realidades sociales desiguales, por otra, parece arrojar una luz acerca de la pervivencia del constitucionalismo en situaciones extremas⁴².

Retomando el hilo de la argumentación, el *Ius Commune Constitutionale Latinoamericanum* como noción que abarca 200 años de historia y poco menos de 10 de descubrimiento se ofrece como un ámbito discursivo densamente poblado, dentro del que ha cobrado especial relevancia una tendencia particular por profesores de derecho constitucional de la Universidad de Valencia con el sugestivo título de nuevo constitucionalismo latinoamericano⁴³.

Debe entonces ser reconocido que con el *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum* no se ha tratado de un único discurso; antes bien, se trata de un conjunto de dis-

⁴⁰ BERND MARQUARDT, *Historia Mundial del Estado*, tomo 4, *El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2014)*, Bogotá, Eds. Ecoe, 2014, págs. 7 y s, 23 y ss.

⁴¹ Sobre la *familia constitucional latinoamericana*: Véase MARQUARDT, *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010)*, tomo 1, *op. cit.*, págs. 95, 205 y s.

⁴² Ver, EDGAR FUENTES CONTRERAS, *El oasos del Estado moderno*, Bogotá, Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2012, págs. 146 y ss.

⁴³ BOGDANDY *et al.*, *Ius constitutionale commune en América Latina*, *op. cit.*, pág. 3. Además: ROBERTO VICIANO PASTOR, *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

cursos sobre la evolución constitucional. En este orden de ideas, bajo su amparo encontrarán abrigo conceptos variopintos como el nuevo constitucionalismo latinoamericano y, según la explicación de sus autores, ha sido más obra de las circunstancias políticas, que de las propias disquisiciones académicas acerca de un mejor diseño de constitución⁴⁴. Eso se explica a partir la afirmación RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU y ROBERTO VICIANO PASTOR quienes para diferenciar el nuevo constitucionalismo del neoconstitucionalismo afirman que el primero a diferencia de este último “es un fenómeno surgido en el extrarradio de la Academia, producto más de las reivindicaciones de los movimientos sociales que de los profesores de derecho constitucional”⁴⁵. A lo largo de este escrito se va a corroborar esta afirmación⁴⁶.

Tomando como base la precedente disquisición, sobresale el hecho de que el nuevo constitucionalismo latinoamericano sea de mayor interés para autores europeos antes que los latinoamericanos. La cuestión reside en la conjunción del factor ideológico y una menor predisposición hacia los sesgos. Hay que reconocer acerca de esto, que una de las más vivaces fuentes de lectura histórica cuando esta se emprende por autores locales, es la lectura subordinada de la historia constitucional que la ubica como un capítulo menor en la construcción de un ideario nacional, circunstancia esta que tornará fútil realizar comparaciones exhaustivas. Una constatación palmaria de ello, provendrá de los usos subordinados de la historia constitucional a manos de la historia patria o historiografía con estilo político⁴⁷. Es bastante significativo, a tales efectos, el hecho de que, el impulso inicial de este análisis provenga, como se ha dicho, de autores pertenecientes al *Camino Especial de Europa* –al menos formalmente– surgido de las bases de la academia española para verse difundida a lo largo del continente,

⁴⁴ ROBERTO BREÑA, *El imperio de las circunstancias, Las independencias latinoamericanas y la revolución*, Madrid, Marcial Pons, 2012, *in totum*.

⁴⁵ ROBERTO V. PASTOR & RUBÉN MARTÍNEZ D., “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en PASTOR, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano*, *op. cit.*, pág. 19.

⁴⁶ Al parecer, a partir de lo afirmado por estos autores y por las evidencias que se van a examinar en lo sucesivo, la Teoría constitucional se ha encargado de refutar la sentencia del historiador del Derecho ALFREDO GALLEGO ANABITARTE enunciada en el epílogo de su *Formación y Enseñanza del Derecho Público en España, Un ensayo crítico* (1769-2000) como una salida a las inquietudes la reconducción del Derecho público hacia el Derecho constitucional, sobre el particular observaba agudamente: “Para que el Derecho constitucional sea la base natural del Derecho administrativo es necesario que el Texto Constitucional sea estudiado y analizado jurídicamente, y no política o filosóficamente”, Madrid, Marcial Pons, 2002, pág. 335.

⁴⁷ 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, 58; SANTIAGO LEÓN GÓMEZ, “El concepto de constitucionalismo colombiano en el siglo XX ¿Modelo de organización o elemento de dominación?”, en revista *Historia Constitucional*, núm. 14, Madrid & Oviedo, CEPC & Universidad, 2013, págs. 467-488, 468.

aunque no sin resistencias, paralelismos u olvidos voluntarios⁴⁸. Pese a esto último, se ha difundido considerablemente y ha sido de recibo sobre todo por las académicas ecuatoriana y argentina⁴⁹, sin perjuicio de las importantes revisiones de otros autores españoles que se refirieron inicialmente a él como constitucionalismo periférico, para luego reconocer la entidad como movimiento y explicación de los procesos constituyentes⁵⁰.

A lo anterior deberá forzosamente unirse la consideración del trabajo del nuevo constitucionalismo como una teoría comparativa basada, fundamentalmente, en niveles textuales⁵¹ y, con algunas notables excepciones, carece de reconstrucciones completas con respecto de las dinámicas de aplicación de estos niveles⁵². Es decir, se ha privilegiado la dimensión textual por sobre la contextual.

Hasta aquí podríamos sostener, fuera de toda duda, que la fe en este proyecto no se ha debilitado y, al contrario, parece verse más renovada a consecuencia de la superación de la suma de proyectos anticonstitucionales (en general legitimantes de procesos dictatoriales tanto militares como constitucionales) para suscribir nuevos pactos. Esta apuesta ha recibido el nombre de nuevo constitucionalismo latinoamericano. Y, para que esta promesa intentara realizarse, ha sido necesaria la creación de un proyecto transconstitucional⁵³, este proyecto, en lo sustancial, coincide con la defensa de una agenda de izquierda y la entronización del concepto de *constitución dirigente*⁵⁴ en la mayor

⁴⁸ Cfr. RODRIGO UPRIMNY YEPES, “¿Existe un nuevo constitucionalismo latinoamericano? Una visión sintética de las transformaciones constitucionales reciente en América Latina”, en INGRID C. VIASÚS QUINTERO & MARÍA F. MURILLO DELGADILLO (Eds.), *Instituciones Judiciales y Democracia, Reflexiones con ocasión del Bicentenario de la Independencia y del Centenario del Acto Legislativo 3 de 1910*, Bogotá, Consejo de Estado, 2011, págs. 135-157; ÍD., “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina, Tendencias y desafíos”, en CESAR RODRÍGUEZ (Ed.), *El derecho en América Latina, Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Eds., 2012, págs. 109-139; ARANGO, *Fundamentos del ius constitutionale commune en América Latina, op. cit.*, págs. 25 y ss; del mismo autor *Democracia social, Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012, pág. 9.

⁴⁹ ROBERTO GARGARELLA & CRISTIAN COURTIS, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano, Promesas e interrogantes”, en *Revista Cepal*, núm. 153, Santiago, Naciones Unidas, 2009, págs. 1-45.

⁵⁰ OSCAR WILLIAMS ALTAMIRANO, *Nuevo Constitucionalismo en América Latina*, 2010, <https:// analisisjuridicoaltamirano.wordpress.com/2015/04/16/nuevo-constitucionalismo-en-america-latina/> (25.06.2015); CRIADO DE DIEGO & NOGUERA FERNÁNDEZ, *La Constitución colombiana de 1991, op. cit.*, págs. 15-49; PISARELLO, *Un largo temido, op. cit.*, págs. 154 y ss; ÍD., *Los procesos constituyentes, Caminos para la ruptura democrática, op. cit.*, págs. 112 y ss.

⁵¹ HÄBERLE, *El regionalismo como principio estructural naciente del Estado constitucional, op.cit.* págs. 51 y s.

⁵² ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ, *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, *in totum*.

⁵³ MARCELO NEVES, “Transconstitucionalismo con especial referencia a la experiencia latinoamericana”, en ARMIN VON BOGDANDY *et al.* (Eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización, Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* México, UNAM, 2010, págs. 717-758.

⁵⁴ GOMES CANOTILHO, *¿Revisar la/ o romper con la constitución dirigente? op.cit.*, págs. 9-25.

defensa de los compromisos reconocidos ahora como derechos. Desde un punto de vista más general se ha intentado vincular a los dos aspectos anteriores a la ausencia de padres fundadores⁵⁵ o, para ser más exactos, la falta de padres conocidos en los diversos procesos constituyentes, esto podría deberse también al hecho de que las constituciones se hubieran reclamado más por los gobiernos encargados de su aplicación que por quienes intervinieron en el proceso constituyente. Pese a esto, esta aparente característica no es tributaria de un concepto local de constitucionalismo. Se trata, más bien, de un aspecto más vinculado con los procesos constituyentes que, de paso, han supuesto un alejamiento del modelo norteamericano en lo que a los inspiradores se refiere⁵⁶. Lo cierto, al margen de estos aspectos, es que esta forma —nuevo constitucionalismo— se ha identificado con la defensa de, entre otros valores, los relacionados con los derechos sociales; y como líneas transversales tiene las concernientes a: i) el reconocimiento de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos; ii) el constitucionalismo ambiental en un estadio más desarrollado que aquel exhibido por el *Camino Especial de Europa*; iii) la defensa y promoción de un Estado Social, bajo la inspiración europea, pero en este caso, con un marco territorial de sustentación acotado por modelo de ordenación central o centralizado⁵⁷; iv) la adopción del rol principal de los tribunales constitucionales con procesos de mayor apertura de la ciudadanía al control constitucional con instituciones como el *amicus curiae* y la ratificación de las acciones de inconstitucionalidad para acudir a los tribunales constitucionales⁵⁸. En resumen, implica, en sus líneas básicas, una lección de constitucionalismo comparado sobre todo en contexto como el multicultural donde las previsiones constitucionales han cumplido la finalidad de administrar las diferencias multiculturales, las respuestas ofrecidas desde el constitucionalismo europeo son más débiles, precisamente, por la ausencia de respuestas constitucionales a un fenómeno social construido cuando ya las constituciones peinan algunas canas como signo inequívoco de longevidad⁵⁹.

Al arribar a este estado del razonamiento será necesario marcar las distancias del concepto con respecto del más difundido neoconstitucionalismo. Al respecto, conviene tener presente que se ha tratado en este último caso de un concepto *represa*⁶⁰, en

⁵⁵ PASTOR & MARTÍNEZ, *Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, op. cit., p. 25.

⁵⁶ FRANÇOISE OST, *El tiempo del derecho*, México, Siglo XXI Eds., 2005 (título original en francés: *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999), pág. 204.

⁵⁷ Para una descripción transadministrativa: LUCIANO VANDELLI, *El poder local, Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa regional*, Madrid, INAP, 1992, *in totum*.

⁵⁸ ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ, “El neoconstitucionalismo andino ¿Una superación de la contradicción entre democracia y justicia constitucional?”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 90, Oñate, Gobierno Vasco, 2011, págs. 167-196.

⁵⁹ Cfr. sobre este aspecto FUENTES CONTRERAS, *El ocaso del Estado moderno*, op. cit., págs. 146 y ss.

⁶⁰ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “Principios y nuevos constitucionalismos, El Problema de los nuevos principios”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, año 7, núm. 14, Granada, Universidad, 2010, págs. 321-364.

cuanto presenta una capacidad sin par y equivalente a su contenedor más general el constitucionalismo para albergar diversos perfiles teóricos⁶¹, hasta concepciones ideológicas divergentes. En esta última comprensión el neoconstitucionalismo pese a su popularidad, no representa un perfil ideológico único, lo que le priva de las posibilidades explicativas en la dirección en que se ha emprendido la presente pesquisa. Con todo, nos ocuparemos brevemente del concepto y evolución pues no existe una separación total con el concepto nuevo constitucionalismo latinoamericano.

En esta misma línea, lo primero será establecer las circunstancias de origen de esta idea. En particular, con respecto de ello podríamos atribuir dos circunstancias opuestas. Así, de una parte, la noción vinculada con los autores adherentes que ven su punto de origen en un trabajo de SUSANNA POZZOLO alineado en la defensa de los derechos fundamentales teniendo por mecanismos de defensa principales a los tribunales constitucionales. A esta función explicativa de la realidad de buena parte de los ordenamientos constitucionales a los que ha seguido la evolución del Estado, le subyace también una necesidad teórica inspirada, como la propia autora lo reconoce, en la idea inicial de ALBERT CALSAMIGLIA de un post-positivismo. De ahí se va a ver derivado también el carácter antipositivista de esta nueva doctrina. En resumen, siguiendo detenidamente lo establecido por la autora, no podrá hablarse de neoconstitucionalismo sin la concurrencia de los elementos que se enlistan a continuación: a) la adopción de un modelo preceptivo de constitución concebida como norma; b) la adopción de un Derecho que consta (también) de principios, siendo esta una relevancia al lado oscuro de las reglas –categoría binaria con la que se llena el también–; c) la adopción, en correspondencia con el elemento anterior, de un método de ponderación que se extiende a la interpretación del Derecho en su conjunto; d) la defensa de una labor creativa e integrativa de la jurisprudencia a la que la doctrina también debe ver con favor⁶².

No podrá tampoco pasarse por alto, de otra parte, el uso previo de la noción con tintes algo menos favorables. En efecto, se encuentra un importante antecedente y el uso mismo de la expresión como una forma de criticar la actitud asumida por ciertos juristas para dotar de contenido a una constitución puramente jurídica y, a la vez, una noción jurisprudencial de constitución⁶³.

Establecido el origen de la noción, podremos detenernos en los contornos de la teoría. De entrada y concentrándonos en el primer enfoque, podrá sostenerse, sin ambages, la difícil sustentación del neoconstitucionalismo como un concepto o categoría derivado de la evolución del constitucionalismo. Para optar por un perfil cercano

⁶¹ SUSANNA POZZOLO, “Un constitucionalismo ambiguo”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, tomo LII, núm. 238, México, UNAM, 2002, págs. 139-161.

⁶² POZZOLO, *Neoconstitucionalismo y positivismo*, *op. cit.*, pág. 25.

⁶³ Véase PABLO LUCAS VERDÚ, “La Constitución en la Encrucijada (Palingenesia Juris)”, en revista *Pensamiento Constitucional*, año 4, núm 4, 1997, págs. 69-139.

al de su autora, podrá tomarse la referencia a MAURIZIO FIORAVANTI, quien destaca que esta forma se corresponde con un aspecto vinculado con el proceso siguiente a la Segunda Guerra Mundial y, al mismo tiempo, un rasgo anómalo dentro del constitucionalismo en las fases que le antecedieron –originaria y liberal– donde la función conformadora de esta norma dependía por entero de la Ley. Esta referencia no deviene en accidental, pues a este autor se deberá el reclamo proveniente desde los estudios históricos en derecho constitucional, al centrar la discusión acerca del neoconstitucionalismo en bases teóricas antes que históricas⁶⁴.

En lo que tiene que ver con las bases de una doctrina neoconstitucionalista se encuentra una suma de cortocircuitos teóricos, que parten del recurso previo a la constitucionalización del Derecho ordinario como categoría⁶⁵. Desde este punto de vista es necesario recordar que esta idea es postulada, a grandes rasgos, por RICARDO GUASTINI, de quien podrá afirmarse que se trata de un autor ajeno al neoconstitucionalismo. Ello, entre otros argumentos, por la defensa de un sistema interpretativo semejante para la constitución y la ley⁶⁶.

Otro cortocircuito se podrá derivar de la defensa por parte del neoconstitucionalismo del esquema binario que separa los enunciados normativos en general y a los constitucionales en particular en principios y reglas. Una idea así no resultaría posible sin que hubiese estado fundada previamente en la concepción inicial de RONALD DWORKIN⁶⁷. La peculiaridad del uso de este último autor reside en que su uso ha estado atemperado por la recepción de su ideario por un autor que, de nuevo, no hace parte de la doctrina, nos referimos a ROBERT ALEXY⁶⁸. Con ello, se ha olvidado que el primer autor sostiene una tercera noción que se suma a las anteriores. Para corroborar lo anterior, bastará con constatar una de sus últimas traducciones al español: *Una cuestión de principios* donde este autor se pregunta por el uso de las *policy* (políticas públicas), normas generales distintas de los principios como argumento principal y razonable para considerar la implicación que tienen estas en la toma de decisiones judiciales⁶⁹. Ante la simplicidad de un esquema binario se torna, entonces, mencionar algunos otros sistemas encargados de sistematizar los enunciados constitucionales.

⁶⁴ FIORAVANTI, *Constitucionalismo, Experiencias históricas y tendencias actuales*, op. cit., págs. 53, 93.

⁶⁵ Cfr. RICCARDO GUASTINI, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, 2001, págs. 153-164.

⁶⁶ RICCARDO GUASTINI, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2008, págs. 54 y ss.

⁶⁷ Mencionado en POZZOLO, *Neoconstitucionalismo y Positivismo*, op. cit., págs. 14 y s.

⁶⁸ ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2008 (título original en alemán *Theorie der Grundrechte*, Fráncfort del Meno, Surkramp Verlag, 1996), págs. 63 y ss.

⁶⁹ RONALD DWORKIN, *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI Eds., 2012 (título original en inglés: *A Matter of Principle*, Oxford University Press, 1985), págs. 103-139.

El binomio principios y reglas no es, ni por asomo, la única vía de aproximación las normas constitucionales. Un primer orden de consideraciones encontrará el argumento de la alternancia, según el cual, la especificidad de la interpretación constitucional ha sido alternada, de modo y episódico y casi abandonado, con una cota de interpretación ordinaria. Este hecho es observable, particularmente, en las primeras fases de los tribunales constitucionales como ha sucedido con el caso español, donde su tribunal ha empleado métodos de interpretación tradicionales para las normas comunes. Se ha abierto, de esta forma, una puerta a la aplicación de procedimientos de subsunción asociados con criterios de interpretación tradicionales o propios de la codificación. Con todo, esta puerta hubo de cerrarse por el embate neoconstitucionalista⁷⁰.

En un orden complementario de consideraciones, la interpretación constitucional recurriendo a técnicas propias ha escapado al binomio reglas y principios. Cabe observar la existencia de teorías alternativas que se han encargado de poblar el escenario de la interpretación constitucional, mereciendo una especial referencia la sostenida por JUAN RUIZ MANERO. En su trasvase encontramos una clasificación de enunciados normativos constitucionales focalizados a partir de las dos categorías referentes a la organización bajo dos puntos secuenciales, la fundación de un poder y su posterior limitación. Basado en esta precisión, el autor divide a las normas en normas constitutivas o fundadoras de poderes en una constitución y normas regulativas o, con mejor precisión, limitadoras de su posterior ejercicio. En este último grupo será decisiva a nuestros efectos la división en cuatro categorías, a la sazón, las normas de fin, normas de acción y los principios y directrices. Esta división se torna relevante para los análisis emprendidos aquí, en cuanto de ella se deriva una concepción paralela a los principios presentes en los textos constitucionales, pero, en este caso, dotada de un rango menor y subordinado que los principios. La diferencia presentada radica, fundamentalmente, en el objeto perseguido por uno y otro nivel de normas constitucionales. O, lo que es lo mismo, lo ordenado en uno y otro caso. Así los principios traen implicada la realización de acciones valiosas por sí mismas y calificadas así por el constituyente⁷¹. Las directrices presentan un escenario de mayor libertad para los poderes públicos en la procura de estados de cosas ordenados por ellas en la medida en que estos lo juzguen relevante. Sobre ello volveremos más adelante. Por lo pronto, valdrá decir a modo de nota de cierre que, este modelo puede suministrar y sustentar una visión diferente de la reivindicación única del neoconstitucionalismo, la que corre el riesgo de caer en el uniformismo teórico, como se ha podido ver hasta aquí.

⁷⁰ Comp. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, “Los fundamentos constitucionales del Estado”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 18, núm. 52, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998, págs. 11-33, 20; ÍD., “El valor normativo de la constitución española”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 44, Madrid, UNED, 1998, págs. 31-44, 44.

⁷¹ Vid JUAN RUIZ MANERO, “Una tipología de normas constitucionales”, en ÍD. *et al.*, *Fragmentos para una teoría de la constitución*, Madrid, IUSTEL, 2007, págs. 80-120, 86.

A estas divergencias en cuanto al origen se suma el hecho de que el neoconstitucionalismo tenga más una justificación en la arena constitucional actual como un alegato a favor del rol de los tribunales constitucionales y los beneficiosos resultados que este proceso ha generado a lo largo del mundo, que como verdadero discurso histórico acerca de la evolución del Estado, en tanto y en cuanto, la aceptación de la sola expresión supone un resumen de las etapas de evolución del Estado en la forma constitucional que hoy se vería perfeccionada y renovada gracias a los postulados “neo”. Puestas las cosas de esta manera, podemos entender el perfil del neoconstitucionalismo como una noción militante a favor de una cierta concepción de la constitución y su defensa. Esto último, como lo veremos, amerita algunas reservas y profundas distinciones entre los miembros de esta religión civil⁷², esto se deberá a las divergencias teóricas presentadas entre autores que se inscriben, a veces no de modo voluntario, en el credo neoconstitucionalista. Si asimiláramos la vinculación de los autores con la vinculación a un club, podríamos fácilmente concluir que las memberships están abiertas, se ha admitido a este selecto club a nombres tan ilustres y disonantes como ROBERT ALEXY, LUIGI FERRAJOLI y a CARLOS SANTIAGO NINO –después de su temprano deceso caso con el que nos quisimos referir a las adhesiones no voluntarias–, pues no existe uniformidad en los planteamientos, al ser compartido por buena parte de ellos el sobresaliente el clamor antipositivista, que, por otra parte, no es siquiera sostenido por el profesor italiano⁷³. Estas diferencias serán, sin embargo, un dato definitivo, pues en los renovados mandamientos de la disciplina se ha aceptado que no podrá ser neoconstitucionalista quien, de una u otra forma, milite en el credo positivista⁷⁴. Esta última regla de adhesión presenta una orientación condicional cuando admite, parcialmente, la cohabitación entre neoconstitucionalismo y positivismo metodológico en el sentido de NORBERTO BOBBIO⁷⁵.

A pesar de todas las críticas formuladas a la teoría neoconstitucionalista parece ver una luz de supervivencia en la obra de ALONSO GARCÍA FIGUEROA, quien ha contestado a través de su obra todos los argumentos esbozados aquí con dos contundentes apreciaciones, la una de orden tipológico y la otra del tipo taxonómico en función de la polémica de las reglas y principios a la cual se ha tenido oportunidad de hacer referencia. La primera línea alberga las interpretaciones puristas y las ambivalentes, a

⁷² Según la *teología política* de ROBERTH BELLAH, “Civil Religion in America”, en *Journal of the American Academy of Arts and Sciences*, vol. 96, núm. 1, 1967, pág. 1. Comp. PAUL KAHN, *Teología Política, Cuatro capítulos sobre el concepto de soberanía*, Bogotá, Siglo del Hombre, Eds., 2012, pág. 11.

⁷³ ALFONSO GARCÍA FIGUEROA, “El neoconstitucionalismo excéntrico de Luigi Ferrajoli”, en GEMA MANCILLA (Ed.), *Constitucionalismo y Garantismo*, Bogotá, Univ. Externado, 2010, págs. 100-133.

⁷⁴ Cfr. ALFONSO FIGUEROA GARCÍA, *Criaturas de la moralidad, Una aproximación neconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007, págs.17 y ss.

⁷⁵ POZZOLO, *Neoconstitucionalismo y positivismo*, op. cit., pág. 72. Para una reconstrucción a partir de BOBBIO, ver PAOLO COMANDUCCI, “Constitución y neoconstitucionalismo”, en ÁNGELES RODENAS & DANIEL GONZÁLEZ LAGIER (Eds.), *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Coloquio Jurídico Europeo, 2009, págs. 80-111.

las primeras se las llamará neoconstitucionalismo conceptual al cual adhieren todos aquellos que no admitan resquicio positivista dentro de esta teoría. A las segundas, en cambio, se las llamará normativas en tanto admiten, por parcial que esto sea, la subsistencia del ideario positivista a pesar del predominio del neoconstitucionalista. La segunda línea consistirá en tratar de superar el binomio principios y reglas en la medida en que no es necesaria una distinción fuerte entre reglas y principios para llevar a cabo el programa neoconstitucionalista, siendo tan sólo necesaria la reconducción a los segundos para empoderar una defensa teórica y, en, buena parte, descripción de la actividad de interpretación constitucional⁷⁶.

La suma de elementos suministrados por el autor hace necesarias unas consideraciones sumarias. Resulta necesario insistir, por tercera ocasión, en la pervivencia de la objeción historiográfica sobre el neoconstitucionalismo, al no dar este necesaria cuenta de la evolución ni del Estado ni de los derechos fundamentales, tornándose históricamente en una categoría unívoca –por emplear la terminología del autor inmediatamente tratado– es históricamente empírico al recurrir a elementos convencionales para sostener una cierta teoría del Derecho⁷⁷. Sobre esto convendrá recordar las razones por las cuales cada ordenamiento ha realizado su rebelión contra el pasado⁷⁸ como elemento inmediatamente ligado al constitucionalismo, solo de esta manera podrían conectarse las evoluciones históricas con las sobradas razones para defender una visión neoconstitucionalista.

Con el telón de fondo anterior, no es del todo acertado alinear en la misma tendencia al neoconstitucionalismo y al nuevo constitucionalismo⁷⁹, dados los mayores niveles de compromiso presentados en este último para llevar a sus últimas consecuencias el cumplimiento de compromisos sociales en las constituciones canalizados por notables asimetrías con un arco de posiciones que les privan del carácter de derechos (por ejemplo la difícil noción vinculada al Derecho administrativo de los principios rectores de la política económica y social presentes en la *Constitución española* de 1978) o la afirmación de estos instrumentos constitucionales con tutela debilitada. Este último ha sido, en algunas ocasiones, el detonante de la falta de cohesión de un cierto orden constitucional y su posterior derogación, como puede constatarse a través de la experiencia alemana de Weimar (1919-1933)⁸⁰. Sobre este dato se volverá posteriormente.

⁷⁶ ALFONSO GARCÍA FIGUEROA, “Neoconstitucionalismo y ponderación”, en LUIS ORTEGA & SUSANA DE LA SIERRA (Eds.), *Ponderación y Derecho Administrativo*, Madrid, M. Pons, 2009, págs. 73-97, 79, 89.

⁷⁷ Sobre la situación del poder judicial, POZZOLO, *Neoconstitucionalismo y positivismo*, *op. cit.*, pág. 71.

⁷⁸ CRIADO DE DIEGO & NOGUERA FERNÁNDEZ, *La Constitución colombiana de 1991*, *op. cit.*, pág. 25.

⁷⁹ Véase NOGUERA FERNÁNDEZ, *El neoconstitucionalismo andino*, *op. cit.*, págs. 167-196

⁸⁰ MORTATI, *Una valoración de conjunto sobre la experiencia de Weimar*, *op. cit.*, pág. 75.

Si al dato anterior se añaden las divergencias presentadas frente al rol del poder judicial entre ambas formas “neo”, valdrá la pena demarcar las distancias entre uno y otro concepto. En efecto, bastará con mirar la posición de un autor como CARLOS BERNAL PULIDO, inequívocamente neoconstitucionalista⁸¹, quien manifiesta expresamente sus reservas a cualquier intervención judicial en materia de derechos sociales, debido a que, de aceptarse la posibilidad que un juez tome facultades activas, se produciría una invasión por parte de aquel de los márgenes reservados al legislador en virtud del principio democrático⁸². Tal posición no está tan alejada de las coordenadas en las que se sitúa SUSANA POZZOLO quien pese a reconocer el papel principal de los tribunales constitucionales como escalas necesarias dentro de un viaje neoconstitucionalista atribuye un papel primordial a la contención de su labor en ciertas materias de resorte político o democrático⁸³. Además, el hecho de adquirir en el caso del constitucionalismo un mayor perfil teórico hace que las particulares circunstancias nacionales pierdan peso como elemento de análisis. A su vez este hecho no permitirá inscribirlo necesariamente como una teoría comparada. En contravía de esto, estos aspectos han sido el hecho modelador del constitucionalismo latinoamericano.

En lo que sí cabría acortar las distancias presentadas establecidas entre ambas formas de concebir al constitucionalismo es la apreciación simplificada de la historia pues para subrayar las ventajas asociadas a los modelos de control constitucional, punto con respecto del cual se ha argumentado la idea del rescate de las bases previas del constitucionalismo para figurar ahora como un valor agregado de los renovados perfiles del constitucionalismo latinoamericano, en las palabras de ALBERT NOGUERA:

“[se refiere a la institución del control constitucional] Sin embargo, luego de haber figurado desde sus orígenes como parte del constitucionalismo, esta articulación comenzó a desdibujarse con la expansión global del modelo judicializado de control de constitucionalidad. A lo largo del siglo XX, es mucha la literatura y las experiencias constitucionales que han intentado re-establecer, teórica y prácticamente, la citada articulación. Aunque será hasta la aparición del llamado constitucionalismo de tercera generación o (neo) constitucionalismo latinoamericano, de las últimas dos décadas que podemos hablar de una rearticulación de las mismas”⁸⁴.

⁸¹ CARLOS BERNAL PULIDO, *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006, *in totum*.

⁸² CARLOS BERNAL PULIDO, “Derechos Fundamentales, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo en América Latina”, en ARNAUD MARTÍN (Ed.), *Justicia Constitucional, Derechos Humanos y democracia en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado, 2014, págs. 31-63, 60.

⁸³ POZZOLO, *Neoconstitucionalismo y positivismo*, *op. cit.*, pág. 70.

⁸⁴ ALBERT NOGUERA F., “América del Sur ¿Democratizando la justicia constitucional?”, en ÍD. (Ed.), *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*, Valencia, Tirant, 2013, págs. 273-313, 274 y s.

Aparte de la aceptación del concepto constitucionalismo que supone adherir a la postura del profesor de Extremadura, la experiencia comparada ha demostrado la permanencia de este elemento como una variable asociada a la experiencia constitucional latinoamericana⁸⁵. Tampoco han hecho falta algunas voces que la vinculan con la experiencia colombo-venezolana y pretenden ver en ella la creación de un modelo especial de control constitucional⁸⁶. Por todo ello, la tesis de la refundación de las bases, es tan sólo un argumento de impulso para sustentar las virtudes del constitucionalismo andino, estos saltos al pasado son un argumento recurrente en unos autores para subrayar también algunas anomalías presentes en el sistema en su presente visión.

El tratamiento hasta aquí dispensado no suministra suficientes signos de carácter ideológico definitivos que permitan defender una auténtica posición, salvo por las asociaciones más hipotéticas que reales que supone la asimilación del carácter progresista de las constituciones. Es de anotar, no obstante, que el activismo constitucional ha recibido un tratamiento semejante al de la llamada *Magistratura Democrática* en Italia y el uso alternativo del Derecho para servir de inspiración a los procesos de activismo judicial de los tribunales constitucionales con el modélico caso colombiano⁸⁷, cuya Corte Constitucional representa el punto más alto en teoría de la adjudicación en derechos sociales⁸⁸. Ello impone unas consideraciones mínimas, en cuyo primer orden se tendrá a la clara filiación de izquierda de esta tendencia vinculada a procesos tendentes a contestar los efectos del orden fascista en los aciagos momentos vividos en la institucionalidad italiana bajo su faz. De la misma manera, el activismo y no la activación implica la aceptación del papel trasgresor del juez constitucional, que no se limita a meras funciones de control en los términos de la constitución, pudiendo extender sus confines hasta donde lo considere necesario para remediar las injusticias presentes en el tejido social, esta apreciación claramente contra hegemónica tiene asignada una posición principal de izquierda para el juez.

Un segundo aspecto que se ofrece como revelador de la tendencia, es el apoyo indubitado a ciertas opciones ideológicas que se han catapultado a los gobiernos amparados por el nuevo constitucionalismo latinoamericano que coinciden en el variopinto concepto de *Socialismo del Siglo XXI*. En especial, los ataques frente a cualquier crítica que contra este pudiera surgir, esta coincidencia se hace más visible en ciertas académicas que no delimitan las coincidencias ideológicas de las teóricas. En cuanto a la

⁸⁵ Cfr. MARQUARDT, *Los dos siglos del estado constitucional en América Latina*, tomo 2, *op. cit.*, págs. 18 y ss.

⁸⁶ ALLAN BREWER CARIAS, *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia & Universidad Javeriana, 1995, *in totum*.

⁸⁷ Cfr. NOGUERA F., *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, *op. cit.*, pág. 118.

⁸⁸ ROBERTO GARGARELLA, “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, en RODOLFO ARANGO (Ed.), *Filosofía de la democracia, Fundamentos conceptuales*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2007, pág. 379.

defensa de la política, pueden ser citadas las reacciones defensivas de la profesora cubana MARTHA PRIETO VALDÉS:

“En el contexto actual, el tema cobra importancia no solo desde el punto de vista práctico político. Los recientes proceso democráticos de América Latina, resultado de victorias electorales de movimientos democráticos, dígase Movimiento V República en Venezuela, Alianza País en Ecuador y MAS en Bolivia, han desembocado en la elaboración de un nuevo diseño político a través de textos constitucionales, introduciendo cambios sustanciales en los mecanismos de convocatoria, discusión y aprobación de los magnos textos, aun respetando viejos esquemas y conceptos jurídico-políticos. Las nuevas circunstancias han condicionado un desplazamiento de los paradigmas en torno al titular de la soberanía y su actuación en el ejercicio del poder, así como la reforma de la constitución, entre otros. Esos procesos y sus modelos han recibido críticas desde la derecha por suponer un cambio en la asunción e instrumentación de los principios de soberanía popular, la supremacía popular y la rigidez de las constituciones, en tanto ninguno de los principios habría de prevalecer en sacrificio de los otros. Respetar la soberanía popular siempre que se manifieste de acuerdo con la propia voluntad popular; y al respecto cabe preguntarse ¿es posible que la soberanía popular se manifieste en contra de la voluntad popular, si ambas tienen un único y exclusivo titular, que es quien debe ejercerlas?”⁸⁹.

Del texto anterior se advierten los elementos mencionados en cuanto a la continuidad entre modelo ideológico y constitucional. Merece una especial mención el hecho de que la autora profese una actitud adversa en contra del profesor ALLAN BREWER CARIAS, cuyo rol ha sido principal en la adopción final del texto constitucional y quien tuvo la oportunidad de emitir un dictamen desfavorable a la modificación constitucional del gobierno, circunstancia que tuvo ecos hasta en el Sistema Interamericano de Derechos humanos⁹⁰. Sobresale también el empleo de conceptos *boomerang* como el papel del proceso constituyente y la sustitución de un cierto orden constitucional por voluntad popular. La defensa de una idea así tiende a volverse un argumento a contrario cuando se asume que en las bases de un sistema democrático como el instaurado en Venezuela después de 1999 se esconde un fraude al orden constitucional anterior con la admisión del coyuntural argumento de la existencia de un derecho innominado para convocar a un referendo constituyente basado en el orden

⁸⁹ MARTHA PRIETO VALDÉS, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano, nuevos paradigmas constitucionales”, en PASTOR, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano, op. cit.*, pág. 96. Comp. ALLAN BREWER CARIAS, *Reforma constitucional y fraude a la constitución, El caso de Venezuela (1999-2009)*, 2014, <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41e1b849fea2/Content/1,%201,%201076.%20Brewer.%20REFORMA%20Y%20MUTACI%C3%93N%20CONSTITUCIONAL%20EN%20VENEZUELA.%20IV%20Congreso%20DPC%20Bogot%C3%A1%202014.doc.pdf> (25.06.2015).

⁹⁰ Ver, al respecto la sentencia de excepciones preliminares ante la CORTE INTERAMERICANA, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_278_esp.pdf (25.06.2015).

constitucional vigente (1961) para, una vez cumplido esto, aprobar su destrucción. Todo ello se desprende de la sentencia número 17 de 19 de enero de 1999 de la Corte Suprema Venezolana y la sustentación del mismo en el artículo 50 de la constitución de 1961⁹¹. De ahí las posibles reservas suscitadas por los usos apriorísticos del carácter incontenible del poder constituyente, como la que se ha revisado antes. Por otra parte las reivindicaciones en torno al poder constituyente como omnímodo e incondicionado se vuelven coyunturales en tanto se lean a la luz de los procesos constituyentes, los cuales irrumpen como un orden insólito⁹² y desorganizado para dismantelar el edificio constitucional previamente creado.

Al fin, esto es posible solo gracias a la sombra de la ideología. Y, al cabo, no podría verse separado por completo un proceso electivo como fase de consolidación de un proceso constituyente, el que precisa, de una u otra forma, de una intermediación política para su posterior validación en las urnas. Son, en consecuencia, bastante perceptibles los efectos nocivos de la apropiación puramente ideológica de una concepción teórica.

A esta tendencia la ha acompañado la alineación de conceptos comparativamente débiles, como la defensa del carácter mayormente emancipador de los procesos constituyentes tratados, esto por encima, claro, de toda observación comparada sujeta a patrones objetivos como la inocultable influencia de sistemas como el colombiano en Venezuela⁹³:

“El poder que surge de la Revolución Cubana, por ejemplo, o el poder que está emergiendo en forma embrionaria en Venezuela, es un poder emancipador”⁹⁴.

Bajo la consideración inmediatamente reproducida podría asistirse a una inversión de la sentencia de RUDOLF SMEND (1882-1975) por la cual: “Aunque dos constituciones dicen lo mismo, quieren decir cosas distintas”⁹⁵, en esta oportunidad, aunque no

⁹¹ Cfr. *Constitución de la República de Venezuela del 23 de enero de 1961*, ed. por BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES (Ed.), *Constituciones hispanoamericanas*, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/constitucion-de-la-republica-de-venezuela-23-enero-1961/> (25.06.2015); ALESSANDRO PACE, “La muerte de una Constitución (Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Venezuela, núm. 17, del 19 de enero de 1999)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 19, núm. 57, 1999, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, págs. 271-283.

⁹² JAVIER PÉREZ ROYO, *Reforma constitucional*, Madrid, Eds Congreso de los Diputados, 1987, pág. 17.

⁹³ CRIADO DE DIEGO & NOGUERA FERNÁNDEZ, *La Constitución colombiana de 1991*, *op. cit.*, págs. 25 y ss.

⁹⁴ BORÓN ATILIO (2004), cit. por LISSETTE PEREZ HERNÁNDEZ, “Democracia sin estándares, El poder en Cuba y Venezuela”, en PASTOR, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano*, *op. cit.*, 2010, pág. 177.

⁹⁵ RUDOLF SMEND, “Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz”, en revista *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, núm 1, Tübingen, Mohr, 1951, págs. 4-14. Véase RAINER WAHL, *Los últimos cincuenta años del derecho administrativo alemán*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pág. 58.

digán lo mismo, significarán exactamente eso. Ante la evidencia anterior, resultará, entonces, necesaria la separación de los enfoques de quienes realizan una defensa o estudio en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, como se emprenderá posteriormente.

No sería aventurado sostener que exista una única filiación a un movimiento de izquierda con sus variables jurídicas, empresa difícil si no imposible, ante la existencia de la izquierda como una tendencia polimorfa de diversas tendencias que abarcan, entre otros, al comunismo, el situacionismo, el maoísmo, el troskismo, el operatismo, el consejismo, el feminismo y la ecología política con sus diversas variantes⁹⁶ marcan un firmamento ideológico casi inagotable. Esto sin contar con la no menos notable y, a la vez, muy densa tendencia marxista. Sobre la trayectoria de esta tendencia se ha aducido la existencia de *mil marxismos* durante el breve período comprendido entre 1989 y 2005⁹⁷.

En correspondencia con lo anterior, podría resultar infructuoso alinear en una sola tendencia crítica a los movimientos jurídicos que propenden por una orientación igual al momento de defender un cierto modelo constitucional; algo más fructuosa podría ser su incardinación dentro de *una república mundial de las teorías críticas* con las que comparten algunos caracteres⁹⁸. Se ha marcado así un cierto conjunto de rasgos comunes con los movimientos críticos y algunas distinciones con ellos. En cuanto a lo primero, es claro el sustrato común representado por el refugio académico de ambos, esto obedecerá a las bases académicas o universitarias presentes en uno y otro caso. Lo segundo se deberá al mayor pesimismo presente en las tendencias críticas ante la falta de sustituir un orden como el capitalista tenido por inevitable⁹⁹; para la matriz jurídico-constitucional de los estudios críticos el pesimismo se ha invertido, al confiar en la posibilidad de cambiar las realidades a través de instrumentos normativos y, principalmente, el potencial emancipador y transformador que el Derecho ofrece a través de la mirada judicial. Sobre esta base hay pie a resaltar el avance significativo de las perspectivas críticas, sobre la base de defender una interpretación diversa a través de canales institucionales como las constituciones o el control judicial, renunciando de esta forma a cualquier mecanismo alternativo de lucha.

Siguiendo la línea argumental previa resultaría lógico y hasta necesario fundar una cierta doctrina crítica en la defensa de un ideario propio. Ha ocurrido, sin embargo, que las bases del nuevo constitucionalismo latinoamericano, en lugar de basarse en instrumentos de emancipación como es el contenido en las declaraciones de La

⁹⁶ RAZMIG KEUCHEYAN, *Hemisferio izquierda, Un mapa de los nuevos pensamientos críticos*, Madrid, Siglo XXI Eds., 2013 (título original en francés: *Hémisphère gauche*, París, La Découverte, 2010), pág. 64.

⁹⁷ Concepto de IMMANUEL WALLERTEIN, cit. por KEUCHEYAN, *Hemisferio izquierda, op. cit.*, pág. 91.

⁹⁸ KEUCHEYAN, *Hemisferio izquierda, op. cit.*, pág. 35.

⁹⁹ KEUCHEYAN, *Hemisferio izquierda, op. cit.*, pág. 43 (nota al pie 13).

Habana y la vinculación a pensadores políticos como JOSÉ MARTÍ (1853-1895)¹⁰⁰, han tenido por principal fundamento las disquisiciones del constitucionalismo estadounidense, no sin antes, formular algunas objeciones relativas al abandono de sus bases participativas o la defensa de un modelo radical¹⁰¹.

El razonamiento anterior induce a la necesaria consideración de esta conducta como parte de las modas constitucionales¹⁰². Esto por cuanto se habrá incurrido en la fácil tendencia de resumir la evolución a un plano muy limitado de comparación donde los horizontes inalcanzables de los escenarios locales se limitan a tres países, a la sazón, Inglaterra, Francia y Estados Unidos¹⁰³. No debe sorprender este hecho y, sobre todo, en el último caso constitucional dadas las fuertes influencias que este modelo ha presentado en las bases del constitucionalismo latinoamericano en general y del argentino en particular, donde la influencia de los *Cuadernos del Federalista* de 1787 no sólo han estado presentes a lo largo de los procesos de formación constituciones, sino en la misma fundación del Derecho constitucional¹⁰⁴. Interesa preguntarse si esto hará parte de un discurso general del constitucionalismo comparado o si, más bien, constituye una generalización algo exagerada de este dato a raíz de la reivindicación presente de los fundamentos de un proceso constitucional en contextos hoy ya muy distintos de aquel.

Otra inquietud que la situación podría suscitar sería la relativa a las razones por las cuales los autores tienden a caer en la moda constitucional no son tanto de un tinte jurídico, como de uno politológico. En concreto, nos referimos a esta como una forma de lo que, para esos estudios, son los denominados análisis macronegativos, los cuales, en efecto, están dotados de la capacidad de presentar resúmenes parciales de instituciones que requieren de una aproximación más compleja. Bajo esta óptica se caracterizan por exhibir explicaciones, sintéticas y resumidas¹⁰⁵. Tal forma de concebir las instituciones trata de poner un mayor acento en las cualidades negativas, para lo cual, bastará notar, de entrada, el estado involutivo en que se encuentra una institución al compararse con su homóloga de moda. Un caso consciente de esta forma de razonar puede encontrarse en la exposición que, de un concepto como la *Devoluzione*, realiza con estas concretas intenciones el profesor LUCIANO VANDELLI, no sin tintes

¹⁰⁰ PATRICIA FUNES, *Ideas Políticas en América Latina, Un recorrido por las ideas, las corrientes, los pensadores y líderes de la historia intelectual latinoamericana*, México, Colegio de México, 2014, pág. 208.

¹⁰¹ NOGUERA FERNÁNDEZ, *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, *op.cit.* pág. 118.

¹⁰² Aspecto tratado primariamente por ADOLFO POSADA, *Hacia un nuevo derecho político*, Madrid, REUS, 2012, págs. 34 y ss.

¹⁰³ MARQUARDT, *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina*, tomo 1, *op. cit.*, pág. 11.

¹⁰⁴ Ver, MARTÍN ALONSO PINZÓN, *Florentino González, Jurisconsulto y hacendista*, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2009, págs. 134 y ss.

¹⁰⁵ JOAN SUBIRATS & BRUNO DENTE, *El análisis y estudio de los procesos de decisión en políticas públicas*, Barcelona, Ariel, 2014, págs. 112.

burlescos, definido como: “Termino que, curiosamente, en Gran Bretaña tiene un significado serio”¹⁰⁶. La referencia anterior obedece a los vasos comunicantes existentes en la cultura latina visibles a partir de autorepresentaciones negativas tales como el conocido “aquí somos así”¹⁰⁷.

Por fuera de estas picarescas intenciones, la objeción se reproduce con mayor peso con propósitos más serios y no menos irónicos. En esta categoría se incluiría la caracterización de EUGENIO RAÚL ZAFARONI sobre la institución judicial a lo largo y ancho de la región: “América Latina presenta un caos de estructuras judiciales con instituciones copiadas a los Estados Unidos y a Europa en diferentes momentos históricos y generalmente deformadas por incoherencias y fatales invenciones vernáculas”¹⁰⁸. Tras de esta visión se esconde la previa referencia a un constitucionalismo débil inherente a las primeras olas de pensadores constitucionales de la región como JOSÉ MARÍA SAMPER (1828-1888), quien en 1861 sostenía:

“La manía de los gobernantes hispano-colombianos de gobernar a la europea, plagiando sistemas impropios del Nuevo Mundo ha conducido las cosas al contraste más absurdo: la reglamentación en la democracia, ideas que se excluyen esencialmente. Si se quiere, pues, tener estabilidad, libertad y progreso en Hispano-Colombia, es preciso que los hombres del Estado se resuelvan a gobernar lo menos posible, confiando en el buen sentido popular y en la lógica de la libertad que se esfuercen por simplificar y despejar las situaciones, suprimiendo todas las cuestiones artificiales que solo sirven de embarazo”¹⁰⁹.

Explicada la circunstancia anterior, se torna necesaria la elaboración de una cierta taxonomía de estudios críticos orbitados alrededor del nuevo constitucionalismo latinoamericano tomando como criterio principal la mayor o menor vinculación con los procesos constituyentes o el empeño puesto en la defensa del ideario derivado de estos. En primer término, tenemos a los observadores, quienes bajo la posición de analistas reivindicar aspectos tanto negativos como positivos de esta particular forma de aproximarse al ideario constitucional. En este cuadro encontramos a los argentinos ROBERTO GARGARELLA y CRISTIAN COURTIS, en el primer caso con particulares inmersiones de los análisis históricos, y en el segundo, con notables aportes a la

¹⁰⁶ LUCIANO VANDELLI, *Trastornos en las instituciones políticas*, Madrid, Trotta, 2007 (título original en italiano: *Psicopatología delle riforme quotidiane, Le turbe delle istituzioni, Sintomi, diagnosi e terapie*), pág. 172.

¹⁰⁷ PINELLI, *L'incivilimento degli italiani e la Costituzione della Repubblica*, op. cit., pág. 29.

¹⁰⁸ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, “Dimensión política del poder un poder judicial democrático”, en MIGUEL CARBONELL et al. (Eds.): *Jueces y derecho, Problemas contemporáneos*, México, Porrúa, 2004, págs. 113-120. Véase PISARELLO *Estado de Derecho y crisis de la soberanía en América Latina*, op. cit. pág. 285.

¹⁰⁹ JOSÉ MARÍA SAMPER: *Ensayo sobre las revoluciones políticas y la condición social de las repúblicas colombianas*, París, Imprenta de E. Thunot, págs. 486-488. Comp. ROBERTO GARGARELLA: *La sala de máquinas de la constitución, Dos Siglos de Constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz, 2014, pág. 40.

dogmática de los derechos sociales. Una mención especial merece el multicitado profesor GERARDO PISARELLO quien es un observador y, al mismo tiempo, defensor adherente de la teoría y, de paso, de la superioridad de la veste del constitucionalismo latinoamericano aun por sobre el español¹¹⁰. Se ha tratado, en este caso, de uno de los más consistentes críticos de la pérdida de democratización, del constitucionalismo oligárquico y a la vez comentarista del caso Venezolano¹¹¹ y de una de las más juiciosas reconstrucciones de los trabajos publicados en el tema¹¹².

En segundo lugar, tenemos a los impulsores-participantes, donde se incluyen a los profesores también españoles RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU, ROBERTO VICIANO PASTOR y ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ, ocupando lugares destacados en la defensa de la idea del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una posición menos conocida es la que han ejercido como asesores de los procesos constitucionales por los cuales se han gestado las constituciones del nuevo constitucionalismo.

En tercer lugar y con un grado de vinculación remota se tiene a las academias locales comprometidas con la defensa de mayores niveles de progresismo como la colombiana *Dejusticia*, de la cual resultan de mayor interés los estudios emprendidos a partir de la sociología del derecho con notables resultados por parte MAURICIO GARCÍA VILLEGAS.

Para los fines aquí descritos interesa realizar unas breves aclaraciones con respecto de lo sostenido acerca de los impulsores-participantes y, en particular, con respecto del segundo rol. La razón de ello obedece, fundamentalmente, a que el conjunto de profesores ha estado vinculado bajo el singular título de asesores de las asambleas constituyentes. De este hecho se van a ver derivadas algunas consecuencias, como son el entendimiento de estos autores como interpretes autorizados de los procesos constituyentes de la realidad constitucional subyacente. De otra parte, una mínima pesquisa, nos indicará que existe algún nivel de sintonía entre los proyectos políticos que impulsaron los procesos y el ideario sostenido por los profesores. La pesquisa anterior se confirma a partir de la adherencia de buena parte de estos autores a centros de pensamiento crítico que apuestan por realizaciones a través del socialismo y la democratización como es el caso del *Centro de Estudios Políticos y Sociales*. Con ello se habrá ratificado lo afirmado ya por los profesores; y es que, en efecto, con el nuevo constitucionalismo latinoamericano se ha tratado de una defensa académica de un proyecto ide-

¹¹⁰ Cfr. GERARDO PISARELLO, “Derechos sociales, democracia e inmigración con el constitucionalismo español, Del originalismo a un interpretación sistemática y evolutiva”, en MARÍA JOSÉ AÑON (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 37-87, 38.

¹¹¹ GERARDO PISARELLO, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999, Balance de una década”, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 28, 2012, págs. 55-75.

¹¹² RAMÓN SAÉZ, “El derecho, los derechos y el poder”, prólogo a GERARDO PISARELLO & JAUME ASENS, *No hay derechos, la ilegalidad del poder en tiempos de crisis* de, Barcelona, Icaria, 2013, pág. 11.

ológico, donde la primera ha seguido de cerca al segundo, merced de la participación activa de sus propios autores en la gestación del proyecto.

Del anterior recorrido, podrá concluirse con toda facilidad que el camino que ha seguido el constitucionalismo latinoamericano ha sido primordialmente el de las luces. Con todo, como contrapartida podría notarse la existencia de algunas pocas sombras que lo opacan, estas se derivan precisamente de las subsistencia de las patologías en materia de organización y, para su posible solución, el nuevo constitucionalismo latinoamericano ha intentado superarlas mediante la adopción de una particular posición mediante tres actitudes o maneras de abordar variables estructurales del constitucionalismo como la separación de poderes y el lugar del poder judicial; en primer lugar, la activista que aboga por el robustecimiento y activación del poder judicial a través de las cortes constitucionales como vía principal para el reconocimiento de los derechos sociales; y, en segundo lugar, la colectiva a través de los litigios estructurales o complejos donde los tribunales actúan a partir de remedios colectivos como una forma de suplir las ausencias de los restantes poderes públicos y, a su turno, se caracterizan por tener involucradas –partes, grupos e intereses– muy diversas y que requieren para su solución de remedios estructurales¹¹³; en tercer lugar, la indiferente que consiste en la poca atención prestada a cualquier intento de configuración de un derecho social por un poder público distinto al judicial¹¹⁴.

3. ALGUNAS CONSECUENCIAS DE LA ACADEMIA MILITANTE: LOS SESGOS

En lo que sigue, trataremos de ideologizar y desideologizar las lecturas construidas desde el pensamiento crítico. Para esto se hará necesario tomar en cuenta los rasgos ya anotados que presenta el constitucionalismo, nos detendremos en la tercera variante (señalada en el segmento anterior) en tanto esta ha supuesto una actitud de indiferencia a cualquier intento de configuración de los derechos sociales mediante poderes públicos ajenos al judicial. Esto encubre, en realidad, un voto de desconfianza sobre el poder ejecutivo como el llamado a ejecutar y diseñar estas medidas, cuyo activismo político es observado con absoluta incredulidad.

¹¹³ VÍCTOR ABRAMOVICH & LAURA PAUTASSI, “Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales, Ideas para una construcción garantista”, en ÍD. (Eds.), *La medición de derechos en las políticas sociales*, Buenos Aires, Eds. del Puerto, 2010, págs. 1-91.

¹¹⁴ CRISTIAN COURTIS, “Políticas, Programas sociales, derechos sociales, Ideas para una construcción garantista”, en ABRAMOVICH & PAUTASSI, *La medición de derechos en las políticas sociales*, op. cit., págs. 127-152. Al respecto: ROBERTO GARGARELLA, “Justicia dialógica y derechos sociales”, en JAVIER ESPINOZA MONTEROS & JORGE ORDÓÑEZ (Eds.), *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2013, págs. 109-140, 125; SUBIRATS & DENTE, *El análisis y estudio de los procesos de decisión en políticas públicas*, op. cit., pág. 116.

Basados en el dato anterior, se puede estructurar una idea sesgo con fundamento en la toma de posición frente al lugar ideal de los poderes públicos en la realización de los derechos sociales. En primer lugar, el sesgo por antiburocratismo parcial supone la asunción de una posición favorable al rol activo del poder judicial y las sentencias como a ser los medios más constitucionalmente posibles de configurar los derechos sociales. Esto se traduce en un exceso de confianza —previamente anunciado— en el poder judicial, quien es el llamado a la satisfacción *per se* de los derechos sociales, vinculando en contra de una noción histórica de Estado Social, al juez como garante único de esta cláusula¹¹⁵. A favor de la precedente comprensión degradación por la vía de las políticas sociales, lo que facilita su posterior conversión en promesas electorales¹¹⁶. En segundo lugar, como un factor más cotidiano o, en su caso, una visión ortodoxa de los pensamientos críticos se configura un sesgo por apreciación contrahegemónica, desde esa perspectiva, se tienden a priorizar los aspectos negativos en la institucionalidad o su estadio involutivo cuando esta se emplea comparativamente. En correspondencia con lo anterior, esta forma de proceder no sería posible sin la existencia de un presupuesto regional previo como la baja autoestima zonal oculta tras de la autorepresentación negativa y, que podría bien resumirse en la frase: “Europa fue, es y va a ser siempre y en todos los ámbitos mejor que nosotros”¹¹⁷. Establecidos estos vínculos, nos ocuparemos de los sesgos.

A) ANTIBUROCRATISMO O BUROCRATISMO PARCIAL

Como ha sido demostrado por los expertos en ciencias administrativas, al surgimiento de la burocracia lo ha acompañado un creciente sentimiento de impopularidad y resistencia a la organización¹¹⁸. Se trata, sin duda, en este último caso, de una ideología compartida entre los ciudadanos y los políticos que ven en la organización administrativa bien ordenada una amenaza para sus propios intereses. En una visión algo

¹¹⁵ Al respecto, ver, JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La administración del Estado social*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pág. 41.

¹¹⁶ COURTIS, *Políticas, Programas sociales, derechos sociales*, *op. cit.*, pág. 128.

¹¹⁷ Esta visión se halla encerrada en opinión de su autor el profesor BERND MARQUARDT en la existencia de bloqueadores conceptuales presentes en los estudios constitucionales. En un plano complementario tenemos la referencia al primer-tercer-mundismo como forma de aproximación a la geometría global donde las ciencias sociales anteponen la posición económica y la respectiva ubicación geográfica para determinar el carácter principal o subordinado de un Estado, esta forma ha conducido a reducir ciertas categorías, por ejemplo, en materia de separación de poderes a la visión francesa y anglosajona de la misma, otorgando así un carácter periférico a los estados que la adoptaron sin hacer parte de la tradición. El tercer lugar de este deshonroso podio de bloqueadores conceptuales, lo ocupa la emergencia de la idea caudillista en los análisis históricos, y la consecuente subordinación de la historia constitucional a la historia patria o historiografía con estilo político. Ver, MARQUARDT, *La Ciencia del Constitucionalismo Comparado*, *op. cit.*, pág. 58.

¹¹⁸ Cfr. ALEJANDRO NIETO GARCÍA, “Burocracia y democracia”, en ÍD. *et al.*, *Jornadas Administrativas del INAP*, Madrid, INAP, 1978, págs. 53 y ss.

más moderna, a lo anterior se agrega la tendencia la desburocratización, tan solo es así cuando se emparenta a esta última con la concepción neoliberal del Estado con la innegable cuota de adelgazamiento y deslegitimación¹¹⁹ que la aceptación de la idea supone. Lo que puede resultar infrecuente es el hecho de que exista una crítica común a ambos polos ideológicos o la desconfianza profesada con respecto la configuración burocrática del Estado, con distintas causas. Para los neoliberales por la ineficacia que un pesado aparato burocrático tiene implícito. Y para las versiones de izquierda por la pérdida de democracia y participación directa que supone recurrir a instancias no conformadas sobre la base de estos principios¹²⁰. Ambas visiones parecen verse presa de un olvido selectivo respecto del valor de configuración burocrática en lo estatal, representando el centro mismo del Estado y, valga decirlo, su columna vertebral¹²¹. No se ha dimensionado de modo suficiente los parecidos de familia entre ambas formas de actuación estatal, hecho que no supone, en lo absoluto, una novedad al ser tempranamente advertido por la concepción gradualista de Viena con HANS KELSEN (1881-1973) a la cabeza¹²². Lo anterior se traduce en que la objeción antiburocrática pueda trascender al poder judicial, dado que su morfología no es distinta de la administración y una de sus características es que se trata de un poder tan terrible y odioso como aquel¹²³.

A continuación trataremos de demostrar la idea antiburocrática en dos importantes referentes de la academia argentina sobre derechos sociales y nuevo constitucionalismo latinoamericano: CRISTIAN COURTIS y GERARDO PISARELLO.

Para establecer la forma como ha sido concebido el antiburocratismo en el primer autor, presentaremos el resumen del proceso constituyente al cabo del cual surgen los derechos sociales. Debe notarse que se trata de una explicación común a los ordenamientos constitucionales vigentes y no sólo el país del autor. La forma como se desata el proceso constituyente podría explicar, según la argumentación de CRISTIAN COURTIS —que seguiremos de cerca— en los siguientes datos de relevancia que se ordenan a modo de secuencia; el primer dato del que parte este autor es la existencia de un dispositivo constitucional debilitado de los derechos sociales como derechos programáticos. El proceso no se vería perfeccionado, sin la consecuente ampliación de la

¹¹⁹ FRANCISCO SOSA WAGNER & IGOR SOSA MAYOR, *El Estado fragmentado, El Imperio Austro-Húngaro y brote de naciones en España*, Madrid, Trotta, 2006, pág. 201.

¹²⁰ GERARDO PISARELLO, “Constitución y gobernabilidad, Las razones de una democracia de baja intensidad”, en JUAN RAMÓN CAPELLA (Ed.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003, págs. 129-149, 130.

¹²¹ SOSA WAGNER & SOSA MAYOR, *El Estado fragmentado, op. cit.*, pág. 201.

¹²² Cfr. MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Premisas históricas y sociológicas del derecho administrativo*, Madrid, INAP, 1980 (título original del italiano: *Diritto Amministrativo*), págs. 70 y ss.

¹²³ LUIGI FERRAJOLI, “Deontología Giudiziaria”, en *Rivista Diritto y Questioni Pubbliche*, núm 13, Palermo, Dipartimento di Scienze Giuridiche, 2013, págs. 496-511, 500.

discrecionalidad del poder Legislativo que implica esta debilidad constitucional, este dato será contingente, pues el proceso no se detiene allí. El siguiente aspecto a tener presente es que el traspaso de esa discrecionalidad se traduce en una suerte de “cheque en blanco” a favor del Poder Ejecutivo a quien corresponde la decisión final de configuración de derechos, beneficios y prestaciones. Este último hecho hará presa a los derechos (ya debilitados de por sí) de un proceso de descomposición y dilución en servicios públicos y programas focalizados de otorgamiento y cancelación discrecional¹²⁴.

La argumentación posterior del autor parte de reconstruir un modelo de garantías aplicable a los derechos sociales como más deseable, abierto y efectivo que el sistema de otorgamiento discrecional. Para este propósito sitúa —como en una obra anterior de bastante difusión y éxito— la dimensión problemática de estos derechos en las garantías¹²⁵. A renglón seguido, plantea un sistema de garantías mediante diversos niveles partiendo del social y el institucional. Del último se verán derivados, a su vez, los restantes niveles el político o de organismos políticos (ejecutivo y judicial) y el jurisdiccional a cargo, sin ninguna duda, a cargo del poder judicial entendiendo que se trata de un poder independiente. No es del interés de la presente investigación realizar una extensa reconstrucción de un modelo como el del autor que, por lo demás, es uno de los grandes aportes en materia de derechos sociales y, quizá, el más completo por involucrar los aspectos de responsabilidad en los poderes públicos. Sí resulta de mayor interés el diagnóstico final relativo al dilema de caminos cruzados que deja planteado. De ahí que, sea planteado como sistema alternativo al de garantías el del autocontrol de la administración y, finalmente, de la mano de este, el de la penalización las infracciones de los operadores públicos a las normas aplicables a su función. No puede dejar de ser mencionado el hecho de que el autor establece que se trata de caminos complementarios y su discurso se refiere a las posibles ventajas presentadas¹²⁶.

La conclusión general pasa por las innegables ventajas que tiene un sistema de garantías del primer nivel, en los puntos de multiplicación de los guardianes de los recursos afectos para los programas sociales, con la ventaja adicional de un control externo independiente e imparcial a través del poder de reclamo de los directos beneficiados por un programa social. Frente a estas ventajas del sistema de garantías abierto, el cerrado sistema de autocontrol se ofrece como insuficiente y débil en su formulación y ejercicio, al sucumbir a los embates de la política de la administración. No de otra manera podría encontrarse el alcance de las afirmaciones del profesor COURTIS, como se ve en el siguiente pasaje:

¹²⁴ COURTIS, *Políticas, Programas sociales, derechos sociales*, *op. cit.*, pág. 129.

¹²⁵ VICTOR ABRAMOVICH & CRISTIAN COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2004, págs. 112-249.

¹²⁶ COURTIS, *Políticas, Programas sociales, derechos sociales*, *op. cit.*, págs. 133-147.

“En lo que hace al autocontrol administrativo, las presiones institucionales hacia la auto-conformación de las actuaciones de la Administración constituyen un grave obstáculo para confiar únicamente en este mecanismo. Yo señalaría además dos factores que crean serios desincentivos para el autocontrol administrativo y, son típicos de nuestra región. El primero es el hecho de que el manejo discrecional de los recursos destinados a asistencia social ha sido la práctica generalizada en nuestros países, de modo que la ‘cultura’ administrativa en esta materia no percibe mayor irregularidad o inadecuación en el manejo habitual que se hace de estos recursos. El segundo es la subordinación de los cuadros ‘técnicos’ o ‘de carrera’—cuando estos existen— de la Administración a la ‘línea política’. Este cuadro crea paradojas insatisfactorias: mientras los funcionarios o empleados técnicos o de carrera son más proclives a detectar decisiones e asignación de recursos motivadas clientelar o políticamente, su subordinación jerárquica a funcionarios políticos—cuya conducta es más proclive a guiarse por criterios de lealtad o rédito político— genera fuertes desincentivos para ejercer cualquier tipo de control. Frente a ello, son evidentes las ventajas de quien tenga el poder para presentar un reclamo o una queja y quien tenga poder para decidir el reclamo sean ajenos a la administración”¹²⁷.

El tercer nivel o camino es rápidamente despachado por ser ineficaz con una argumentación sociológica, a partir de la cual: “la selectividad del sistema penal juega a favor de los sectores con ingresos medios y altos y en contra de los más necesitados; la mejor predisposición de la justicia penal para funcionar en casos de delitos de sangre o delitos simples, que en delitos de cuello blanco, de mayor complejidad a efectos de la investigación y prueba”¹²⁸.

Todo lo anterior desembocará en el uso parcial o arbitrario de este tipo de programas, entre ellos no estará de más mencionar los usos partidarios o clientelares que dan pábulo para comportamientos proclives a la corrupción.

Una vez concluido el diagnóstico inicial del profesor Argentino, consideramos oportuno volver con respecto de algunos de sus puntos por resistir algunas líneas de análisis adicionales. En efecto, aunque se ha tratado de una descripción más bien próxima a las realidades de la estructura y garantía de los derechos sociales de buena parte de los estados constitucionales del área, consideramos que la primera parte alusiva a los dispositivos constitucionales no constituye una presentación de los derechos sociales en la generalidad de las constituciones latinoamericanas, como pretende serlo. Al contrario, describe muy bien las realidades de las constituciones, colombiana y Argentina donde se exhibe con bastante fuerza las ideas de ejecutivos con un modelo constitucional autoritario o anticonstitucional desvinculados de las restantes partes de

¹²⁷ COURTIS, *Políticas, Programas sociales, derechos sociales*, op. cit., págs. 145 y s.

¹²⁸ COURTIS, *Políticas, Programas sociales, derechos sociales*, op. cit., pág. 146.

las constituciones de contenido más progresista en materia de derechos. Mas no se ha explicado la realidad del constitucionalismo posterior que asume como punto de partida el principio de interdependencia e indivisibilidad ensambles necesarios entre ambas institucionalidades, siendo una muestra de ello la *Constitución de la República del Ecuador* de 2008¹²⁹.

Tampoco se ha tomado en cuenta un concepto claro de discrecionalidad de los poderes públicos pues en todos los casos esta es asociada con arbitrariedad, de donde se reproduce una dinámica constitucional asociada a las particularidades del ordenamiento español con notable peso en nuestra tradición, sin que se desprenda, en ningún lugar, una consagración semejante de aquella a la interdicción de la arbitrariedad¹³⁰. Este uso peyorativo de la discrecionalidad muestra una profunda desconfianza en la institución y, aventurándonos un poco, podríamos sostener que en el propio Derecho administrativo.

Una posible explicación de la forma parcial como ha sido asumida una institución como la discrecionalidad, podría hallarse en una concepción negativa del Derecho administrativo, espacio al que forzosamente remite el uso de la categoría. Bajo tal comprensión, la discrecionalidad solo puede asociarse con la libertad incontrolada de la organización administrativa, esta noción conocida como negativa se considera hoy relegada y, si se prefiere, superada por una visión positiva que, al encontrar límites a la acción administrativa, la supedita, entre otros referentes constitucionales, al interés general¹³¹. Esto significa que la discrecionalidad no es más un sinónimo de libertad sin control. Por el contrario “encierra un mandato de actuación a la administración endeerezado a la consecución de racionalidad y estructurado a través de una serie de variados parámetros”¹³².

En este punto del razonamiento quizá sea necesario advertir lo irremediable de la configuración desde un punto de vista administrativo en los derechos sociales. Resulta de sumo interés traer a colación un viejo trabajo de 1969 del profesor HANS JULIUS WOLFF (1898-1976), donde consideraba como inconveniente la exigencia de reservas propia de los derechos fundamentales¹³³, para el posterior tratamiento los asuntos sociales que deba atender la administración en virtud de la cláusula de Estado Social

¹²⁹ Art. 85 de la *Constitución de la República del Ecuador* de 2008, en *Registro Oficial*, núm. 449, de 20 de octubre de 2008, <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/2008.pdf> (25.06.2015).

¹³⁰ Apartado 3 del art. 9 de la *Constitución española de 6 de diciembre 1978*, en *Boletín Oficial del Estado*, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, págs. 29313-29424, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229 (25.06.2015).

¹³¹ Cfr. TOMAS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la administración*, 5ª ed., Madrid, Civitas, 2008, págs. 105-133.

¹³² EBERHARD SCHMIDT-ASSMAN, *Teoría general del derecho administrativo como sistema normativo*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pág. 221.

¹³³ Argumento sostenido por COURTIS, *Políticas, Programas sociales, derechos sociales*, op. cit., pág. 134.

de Derecho, al implicar esta un derecho público subjetivo limitado¹³⁴ y, por lo mismo, condicionado al ejercicio de las potestades administrativas. Examinemos, entonces, los argumentos del profesor de la Universidad de Münster:

“A pesar de su peso, estos argumentos no pueden imponerse [los relativos al principio de legalidad]. Desconocen, en primer lugar, que la especificidad funcional de la Administración fundada en el principio de la separación de poderes no puede ser abolida por el Legislativo sin perjuicios para ambas partes. La extensión de la reserva de la ley a la Administración prestacional, por una parte, paralizaría su iniciativa, particularmente en situaciones de emergencia; por otra parte, robustecería la ya excesiva labor permanente del legislador, teniendo, por consecuencia, un nuevo aumento de las insuficientes y apresuradas leyes-medida y de situación. Su función protectora se vería igualmente amenazada mediante la aplicación –indispensable en interés de la justicia y flexibilidad administrativa– de conceptos legales indeterminados (como ‘exigibilidad’, ‘urgente necesidad’, ‘importante razón’), así como por la elección de una casuística rígida, inadecuada al rápido cambio de las relaciones sociales y económicas. De esta manera, los patrocinadores de una reserva ampliada de la ley no ven o descuidan: por un lado, la mayor accesibilidad del Legislador a las influencias de grupos de intereses; y, por otro lado, las vinculaciones que son también immanentes al sentido negativo del principio de legalidad. Según él, la Administración proveedora no debe, en modo alguno, proceder arbitrariamente en el campo no vinculado por la ley. Ella está aún mucho más sometida, en particular, a la prohibición de la incompetencia y de las infracciones presupuestarias, así como a los principios generales de Derecho y a los derechos fundamentales. Respecto de todo ello, está sometida al control de la justicia administrativa”¹³⁵.

La idea anterior no puede significar que los derechos sociales pierden todo el acento constitucional que la evolución posterior al escrito referenciado les ha dado. Por el contrario, muestra la necesidad de crear dispositivos de garantía constitucional distintos de los tradicionalmente empleados para derechos fundamentales, estando estos vinculados con la función más tradicional del constitucionalismo consistente en el aseguramiento y petrificación de ciertas posiciones mediante una constitución normativa y una reserva de ley estricta. Ciertamente, supondrá un amplio grado de desencuentro entre teorías liberales de derechos fundamentales vinculadas con su indisponibilidad activa y teorías sociales o democracia social vinculadas más con su progresivo aseguramiento¹³⁶. Igualmente, cierto será que la noción anunciada no resulta del

¹³⁴ HANS J. WOLFF, “Fundamentos del derecho administrativo de prestaciones”, en LEÓN CORTIÑAS PELÁEZ (Ed.), *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX*, tomo 1, Madrid, Instituto de Administración Local, 1969, pág. 370. Obra básica en alemán: Íd. *et al.*, *Verwaltungsrecht I*, 13ª ed., Múnich, Beck, 2015.

¹³⁵ WOLFF, *Fundamentos del derecho administrativo de prestaciones*, *op. cit.*, págs. 375 y s.

¹³⁶ Cfr. LUIGI FERRAJOLI, *Derechos y garantías la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, págs. 45-55.

todo compatible con unos derechos como los sociales que tienen un dispositivo de especificación más amplio y cuya reserva normativa es de más difícil acceso que la mera sujeción a límites legales pues se someten al hecho ineluctable de ser normados y aplicados por la administración, en cuanto deviene como inevitable, el hecho de que existan en respecto suyo niveles de intervención administrativa o garantía administrativa. En efecto, para una comprensión necesaria de la arquitectura normativa que debería rodear a estos derechos, debe decirse que la misma requiere más de marcos constitucionales amplios, que de definiciones de cierre concretizadas en conceptos como el de núcleo esencial o irreductible¹³⁷. Quiere así significarse que las soluciones acerca del contenido y garantía de estos derechos no deben provenir tanto del texto constitucional, como sí del futuro desarrollo, que del mismo, realicen los poderes públicos encargados de su puesta en práctica.

Abundando en lo anterior, para aterrizar la idea en la terminología –casi inabarcable– de las distintas concepciones de constitución, podemos afirmar que los derechos sociales traen implícita más una reivindicación del concepto mecánico de constitución que del normativo, siendo este mucho más recurrido en la actualidad¹³⁸. La distinción se explica porque, en el primer caso, la resolución final de los aspectos cruciales está asociada más con las dinámicas posteriores a su referencia constitucional. Mientras que, en el segundo, todos sus contornos son fijados al detalle directamente por ella.

Dicho todo ello es innegable que el anunciado proceso de inevitabilidad debe venir acompañado de un proceso de revisión judicial. Siendo así, el control judicial deberá concebirse como una fase necesaria del complejo proceso o ciclo que involucra a esta clase de derechos¹³⁹. Con todo, una noción así está más cercana del camino administrativización que de aquel de la constitucionalización, al traer involucradas nociones como la discrecionalidad y sus técnicas de control de la actividad administrativa, respecto de las que, de ahora en adelante, los jueces encargados de juzgar derechos sociales (no siempre administrativos) deberán tomar atenta nota.

Teniendo en cuenta las circunstancias anteriores puede explicarse que la operación de garantía de los derechos sociales en las circunstancias descritas, involucra riesgos potenciales como el uso desviado de la discrecionalidad administrativa. Junto a esta clase de riesgos, encontramos el ya mencionado escenario de garantía deconstituyente donde todo contenido obligatorio de un derecho social se diluye en la suma de po-

¹³⁷ COURTIS, *Políticas, Programas sociales, derechos sociales, op. cit.*, pág. 134.

¹³⁸ MICHEL TROPER, “La máquina y la norma, Dos modelos de Constitución”, en revista *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 22, Alicante, Universidad, 1990, págs. 331-347, 346. En contravía de esta idea y en defensa de una reserva de ley fuerte a derechos sociales puede verse COURTIS, *Políticas, Programas sociales, derechos sociales, op. cit.*, pág. 134.

¹³⁹ JULI PONCE SOLE, “Procedimiento administrativo, Globalización y buena administración”, en ÍD. (Ed.), *Derecho Administrativo Global*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pág. 88.

testades, facultades y diversas fuentes que la administración presenta. Piénsese, por ejemplo, el no menos infrecuente proceso de garantía a través de instrumentos informales como una categoría que se abre espacio en la garantía de derechos sociales¹⁴⁰. En particular, nos interesa llamar la atención sobre las amenazas que una operación en tales términos traería encubierto: la mercantilización¹⁴¹ de las políticas sociales que, cada día más, ve amenazada su estructura por someterse a idénticas dinámicas de aquellas previstas para el sector privado.

No pueden tampoco ser juzgados como superfluos los usos políticos de los derechos sociales, sólo que estos deben estimarse como un coste negativo pero inevitable de su implementación. Esta materia no ha escapado de la órbita de preocupaciones de la Ciencia Política que ve en esta clase de medidas, en la mayoría de los casos, la concurrencia de dos factores. Por un lado, la existencia de beneficios concentrados donde los destinatarios son una porción poblacional bien determinadas. Pero, por el otro, se trata de los costes difusos cuya asunción afecta al común de la población. Esta situación por sí sola, hace de esta clase de medidas impopular para grandes agrupaciones afectadas por su coste, sin que se vean beneficiadas necesariamente por ellas. Al mismo tiempo, la clase menos favorecida se podrá ver condecorada con el beneficio otorgado retribuyendo el favor políticamente con quien les ha autorizado la medida¹⁴². Se quiere así notar que se trata con esta, de una opción más ligada con la condicionalidad de la medida y su inserción en un contexto complejo, que a los posibles problemas vinculados con las condiciones de aplicación. Adicionalmente, puede ser establecido que el riesgo se ve atenuado cuando se trata de derechos sociales que se otorguen con grado general como, por ejemplo, la renta mínima de inserción cuando es incondicionada. También podría desprenderse de aquí una cierta hipótesis a partir de la cual, a mayor grado de condicionalidad de una cierta medida, por citar el ejemplo la superación de la pobreza, mayores dificultades presentarán su aceptación y posible ejecución. En definitiva, podemos entender que algo podrían los estudios de políticas públicas a los análisis constitucionales, idea sobre la que se volverá.

Aclarado lo anterior, nos ocuparemos finalmente de los análisis burocráticos y los escenarios de garantía y los mecanismos de control en la forma como han sido descritos mediante la referencia a modelos (garantías, autocontrol y penalización) y, en la línea antes descrita, se observa por parte del autor los usos proclives a las generalizaciones extensas sobre la discrecionalidad, solo que ahora el problema reside en el manejo más fiscal de la noción ámbito, proceso respecto del que, ha existido, según la

¹⁴⁰ Para Colombia: CONPES, *Diseño e implementación de los beneficios económicos periódicos (BEPs)*, Documento núm. 156, 2012, <http://www.beps.gov.co/normativa/normas/Conpes156.pdf> (25.06.2015).

¹⁴¹ SABINO CASSESE, *La Crisis del Estado*, Buenos Aires, A. Perrot, 2003, págs. 124 y ss

¹⁴² T. J. LOWI, "Four Systems of Policy, Politics and Choice", en *Public Administration Review*, núm. 32, American Society for Public Administration, 1972, págs. 298-310; JOAN SUBIRATS, *Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración*, Madrid, Instituto de Administración Pública, 1989, pág. 85.

visión presentada, una cierta concupiscencia por la cultura administrativa (suponemos la referencia es válida para el ámbito regional latinoamericano) con la forma irregular como tradicionalmente se han manejado los recursos para satisfacción de derechos sociales. Con esta perspectiva se ha ignorado que, a diferencia de lo que ocurre con las competencias tratado antes, rige para el caso de modo invariable el principio de legalidad y la reserva de ley —en un sentido prusiano de la expresión— de donde se podrían establecer similares conclusiones de cualquier otro sistema que adopte tales niveles de discreción presupuestal como, por ejemplo, el español, descartándose así, la objeción local basada en dinámicas culturales internas como una razón de debilidad adicional del paradigma social fundada en las condiciones locales¹⁴³.

Nos queda por examinar el argumento sostenido por el autor con relación a la mayor predisposición a la buena gestión de los burócratas que los políticos, representa un caso aún más requerido de un marco de sustentación. También subyace al mismo un reclamo a la jerarquía como modelo organizativo de las organizaciones encargadas de funciones de previsión social. Sucede, sin embargo, que con este se ha tratado de un elemento vertebrador de cualquier burocracia no solo a nivel regional sino mundial¹⁴⁴. De este hecho se pueden derivar diversas circunstancias que no pueden ser asociadas únicamente con contextos locales como el mensaje implícito del autor lo sugiere. Todo esto significa que no existe un modelo administrativo de gestión de los asuntos sociales como una vía distinta a la política, porque en todos los casos, es esta la vía principal para la asignación de los recursos. Tampoco está comprobado debidamente que los burócratas de carrera sean mejores gestores y garantes de los recursos que los políticos, pues con esta idea se obvian los procesos de interacción e influencia recíprocas existentes entre uno y otro nivel con resultados opuestos. Por una parte, es perfectamente posible que los burócratas se politicen adhiriendo al grupo de los políticos. Es bajo este elenco de posibilidades factible, por la otra, que el político se burocratice vinculándose con las prácticas internas que la organización ha venido desarrollando marginándose, así sea parcialmente, de las prácticas clientelares de su agrupación política¹⁴⁵.

En este punto resultan de sumo interés, nuevamente, los análisis emprendidos desde la Ciencia Política para demostrar la responsabilidad compartida entre burócratas y funcionarios en las debilidades de los sistemas y su falta de disposición hacia el

¹⁴³ Cfr. PAUL LABAND, *Derecho presupuestario*, Madrid, Tecnos, 2012 (título original en alemán: *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preußischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes*, Berlín, Guttentag, 1871), págs. 12 y ss.

¹⁴⁴ MARIANO BAENA DEL ALCÁZAR, *Ciencia administrativa*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2000, págs. 57 y ss.

¹⁴⁵ ALEJANDRO NIETO GARCÍA, *La nueva organización del desgobierno*, Madrid, Tecnos, 1996, págs. 18 y ss.

cambio tomando por igualmente perniciosas las influencias de la política como las debilidades de un cuerpo funcional dedicado a mantener un cierto estatus¹⁴⁶.

Abundando en lo anterior y en aras de presentar una visión más equilibrada del campo burocrático, podemos sostener una idea sociológica por la que, no existe un modelo que pueda revelarse como infalible, tal será la suerte de la vinculación de los funcionarios a la garantía de derechos sociales al ser tomada por el autor que venimos tratando como más correcta que la alternativa burocrática tradicional, por llamarla de alguna manera. En este marco, la idea inicial no ha estado exenta de posibles desviaciones, encontrándose dentro de aquellas plausible el aumento de la discrecionalidad de las llamadas burocracias cercanas al ciudadano o callejeras¹⁴⁷. El argumento es bastante simple: los programas sociales son ejecutados por un cuerpo de efectivos burocráticos que adquieren la discrecionalidad como una consecuencia de su mayor vinculación al programa y sus beneficiarios. Sobre esta base hay pie a sostener entre las posibles implicaciones de este proceso burocrático, la posible la aplicación diferenciada mediante dispensas de requisitos legales a casos sometidos a su conocimiento, esto ante la creciente presión de las comunidades destinatarias de los programas sociales a quienes la racionalidad legal y la legalidad del gasto públicos les resulta más bien indiferente. Al cabo de todo ello, el modelo de garantías descrito por el autor tampoco puede ser presentado como infalible y exento de los propios vicios del de autocontrol. A tal propósito se revela como necesaria la aceptación de la posición de interpretación estratégica a la que se ve sometido el funcionario¹⁴⁸, lo que termina por equiparar su posición –adjudicación– con respecto de la de un juez.

Con el fin de no agotar al lector y, de la misma forma, no satanizar lo dicho por el autor, debe decirse, en justicia, que existen unas condiciones locales más desfavorables para todos los procesos que atraviesan la figura estatal. Para ello, podrá ser útil recurrir a una de las expresiones más importantes de un cultor del Derecho administrativo francés, como MAURICE HARIOU (1856-1929), autor que, al realizar un comentario jurisprudencial, sentenció: “Lo perfecto administrativo puede ser algunas veces enemigo de lo bueno constitucional”¹⁴⁹. Obsérvese que esta afirmación adquiere un mayor relieve con tradición latinoamericana, cuyo constitucionalismo ha sentido tradicio-

¹⁴⁶ GUY PETERS & JON PIERRE, “Funcionarios y políticos, el equilibrio cambiante”, en revista *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 17-18, Madrid, INAP, 2000, págs. 31-40, 32.

¹⁴⁷ AKHIL GUPTA & ARADHANA SHARMA, “La Globalización en los Estados poscoloniales”, en ÍD. *et al.* (Eds.), *Las burocracias*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2014, págs. 97-166.

¹⁴⁸ DUNCAN KENNEDY, *Izquierda y Derecho, Ensayos de teoría jurídica crítica*, Buenos Aires, Siglo XXI Eds., 2010, pág. 32.

¹⁴⁹ MAURICE HARIOU, *La Jurisprudence administrative de 1892 á 1929*, París, Librairie du Recueil Sirey, 1931, pág. 654; CARLOS MIGUEL HERRERA, *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 114.

nalmente un cierto desprecio por el propio Estado¹⁵⁰, de esta forma se entra a albergar una enorme contradicción. En otros términos, el antiburocratismo –tal como ha sido descrito– ha germinado desde dentro gracias al propio Derecho constitucional. Este dato cargado de un valor teórico inicial, ha adquirido un posterior valor al insertarse en la cultura administrativa, al momento de admitir, sin mayor reparo, un sistema de recorte del tamaño del Estado por la vía de las llamadas políticas de ajuste estructural. Por todo lo anterior, la desconfianza profesada por el profesor COURTIS respecto del poder ejecutivo tendría bastantes razones para ser defendida.

Otro autor muy vinculado con la idea de nuevo constitucionalismo latinoamericano es GERARDO PISARELLO, su concepción de la organización administrativa y su forma de concretar la constitución es bastante importante por su militancia fuerte y contestataria de toda innovación institucional que pueda ser tildada de neoliberal o asuma los postulados de esa corriente, como trataremos de demostrar esta concepción aunque cierta en los aspectos de reducción del discurso democrático, no deja de estar exenta de un cierto grado de obcecación al resistir cualquier técnica por su cercanía al discurso neoliberal.

Precisado lo anterior, nos ocuparemos de la crítica emprendida por el autor, la que toma por punto de inicio la pérdida de democracia bajo un orden neoliberal, veamos:

“Una de las paradojas más significativas de la historia contemporánea es el contraste entre la generalización de regímenes de democracia liberal y la profunda crisis que atraviesan sus supuestos pilares, desde la participación asediada por los fantasmas del abstencionismo y la abrupta caída de la afiliación a los partidos, hasta la participación cuestionada por la espuria relación entre dinero y videopolítica y la por la percepción de una creciente e infranqueable brecha entre gobernantes y gobernados. Así, cuanto mayor es la extensión de la democracia liberal, mayor es la impresión de incumplimiento casi estructural de sus promesas”¹⁵¹.

Esta descripción exacta como foto fija de la realidad política española, no es ajena a la realidad de cualquier sistema latinoamericano a once años de ser escrito. Sin embargo, se tratará solo del exordio de su análisis posterior sobre las formas de organización administrativa y su relación con el proceso de erosión democrática:

“Junto a este enfoque restrictivo se la democracia se naturalizan también las reglas básicas de la economía capitalista de mercado, por lo que la democracia actúa como regla de equilibrio, como un artificio técnico recomendable siempre

¹⁵⁰ GARGARELLA, *Los fundamentos legales de la desigualdad*, op. cit., pág. 247. Son notorios los niveles de contradicción con el constitucionalismo alemán; SCHIERA, *Constitucionalismo como discurso político*, op.cit. págs. 100 y s.

¹⁵¹ PISARELLO, *Constitución y gobernabilidad*, op. cit., pág. 129.

que no ponga en peligro la lógica de acumulación capitalista. Allí reside el núcleo de la hegemonía neoliberal en nuestros días: la democracia sólo resulta un régimen aplicable en la medida en que garantice la estabilidad o la seguridad o, si se prefiere, la ‘governabilidad’ de la economía capitalista. Y esa estabilización se consigue por dos vías: mediante la prioridad conferida a la acumulación de capital en relación a la distribución social y la limitación de la participación ciudadana, tanto individual como colectiva, con el objetivo de no ‘sobrecargar’ el régimen democrático con demandas sociales que puedan poner en peligro la prioridad de acumulación sobre la distribución”¹⁵².

La opción sostenida por este autor concuerda con algunos énfasis de izquierda en la existencia de una raíz del mal neoliberal en el informe de la *Comisión Trilateral* conformada por MICHEL CROZIER, SAMUEL HUNTINGTON y J. WATANUKI en 1975. Quizás, el desprecio mayor pueda deberse a que el primer intelectual ha provenido de los estudios críticos lo que le ha valido el repudio de sus antiguos copartidarios¹⁵³. Retomando el autor tratado, sus baterías críticas se enfilan hacia la continuidad del discurso neoliberal presentado entre los conceptos de gobernabilidad y gobernanza al cambiar el marco situacional manteniendo iguales exigencias respecto de un Estado adelgazado en todos los sentidos posibles:

“Pese a su manifiesta debilidad teórica, la tesis de la contención democrática como condición de gobernabilidad, respaldada por poderosos aparatos de difusión ideológica de países centrales, ejerció una importante influencia en numerosos regímenes políticos a lo largo de los ochenta del pasado siglo. El colapso del bloque soviético, por su parte, lejos de servir de acicate para un relanzamiento de programas de democratización radical, permitió a los gobiernos occidentales afirmarse en su elogio de las demediadas democracias realmente existentes. Y cuando el concepto neoliberal de *governability* comenzó a perder carga persuasiva, los centros ideológicos hegemónicos consistieron en una ligera variación semántica adaptada a los nuevos tiempos y arrojaron al debate público un nuevo concepto: el de *global governance*. La noción de ‘governanza global’ fue en efecto utilizada por primera vez en los años noventa por el politólogo norteamericano JACQUES ROSNEAU, con el objeto de destacar que la economía capitalista se había ido volviendo global sin que eso supusiera la instauración de gobierno igualmente mundiales. Lo cierto más allá de los debates suscitados al respecto, es que a pesar del intento de diferenciación terminológica, la tesis de la ingovernabilidad de las democracias estatales y de la gobernabilidad global parecen haber venido a cumplir, cada uno en su contexto funciones similares. En los años setenta se trataba de un alegato en cierto modo reformista: para volver gobernable la democracia, hacía falta menos democracia. En los noventa lo que se formula es casi una propuesta de no innovar: la gobernabilidad global, dominada

¹⁵² PISARELLO, *Constitución y gobernabilidad*, op. cit., pág. 130.

¹⁵³ KEUCHEYAN, *Hemisferio izquierdo*, op. cit., pág. 54.

por las grandes empresas trasnacionales y los órganos carentes de control ciudadano, como los bancos centrales, los organismos financieros internacionales o las burocracias de Bruselas o Estrasburgo en el caso Europeo, es el mundo posible que hoy tenemos”¹⁵⁴.

Esta aproximación no puede estimarse como airada. Su acierto reside en la crítica al estímulo general para el sector público para actuar como si este fuera igual al privado y luego criticarlo por desconocer el interés general¹⁵⁵. También le asiste razón como reclamo en contra del dominio incontestado de la economía en los asuntos públicos¹⁵⁶ y la concepción subyacente a instituciones tan caras jurídicamente hablando como los derechos que, naturalmente, se van a ver desprotegidos.

La visión descrita resulta, en todo caso, comprensible y bastante coherente con uno de los hitos de defensa del Estado, el sometimiento a la disciplina jurídico pública para la institución municipal, antes sometida al Derecho privado. Se trata de la Ley italiana *Sulla Municipalizzazione dei Pubblici Servizi* de 1903¹⁵⁷, la que trajo consigo la importante novedad acerca de la titularidad pública y el sometimiento al régimen especial del Derecho administrativo, hecho que podría elevarla a un grado de importancia mayor o igual a aquella que ha tenido, en su momento, el *Fallo Blanco* de 1873 del *Tribunal de Conflictos Francés*¹⁵⁸; ahora, como cualquier instrumento administrativo, esta fue estimada principalmente como un aparato ideológico. Sobre lo último, merece la pena recordar los difíciles problemas que presenta la posible apropiación ideológica de un cierto instrumento normativo, sobre esto, al desvelar los orígenes convergentes ideológicamente hablando, la profesora NURIA MAGALDI MENDANA observa en su tesis de doctorado:

“La ley de 1903 fue originariamente considerada por muchos como un símbolo del socialismo, sobre todo porque la tendencia municipalizadora se difundió en Italia por obra principalmente de los socialistas, quienes consideraron la aprobación parlamentaria de la ley como una victoria política de su grupo. Sin embargo, un análisis de la ley permite observar que ello no fue exactamente así,

¹⁵⁴ PISARELLO, *Constitución y gobernabilidad, op. cit.*, pág. 131.

¹⁵⁵ QUIM BRUGUÉ, “Políticas públicas, Entre la deliberación y el ejercicio de autoridad”, en *Revista Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, vol. 1, núm. 1, 2014, págs. 37-55.

¹⁵⁶ BRUGUÉ, *Políticas públicas, op. cit.*, pág. 38.

¹⁵⁷ No es este caso el único antecedente en Italia, pues a la ley en mención la preceden las leyes cripsianas (1880-1890). Ver, LUCA MANNORI & BERNARDO SORDI “Justicia y administración”, en MAURIZIO FIORAVANTI (Ed.), *El Estado moderno en Europa, Instituciones y derecho*, Madrid, Trotta, 2003 (traducción del italiano *Lo Stato Moderno in Europa*, Bari, Laterza, 2002), págs. 65-103, 80.

¹⁵⁸ Véase, SABINO CASSESE, *Las bases del derecho administrativo*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1994, pág. 12. En el contexto norteamericano existe un “leading case” el caso *Miller vs. Norton* de 1891 (20 años después del francés) por la responsabilidad del Estado de Massachussets por la Muerte de un Caballo abatido por autoridades sanitarias al creerlo enfermo.

fundamentalmente porque los objetivos que aquella realmente perseguía y los controles que imponía a la municipalización demostraban que no pretendía influir en la distribución del coste de los servicios municipales a favor de una determinada clase social (la clase obrera). Más adecuado parece, por el contrario, calificar la legislación originaria en materia de municipalización como un compromiso entre dos impulsos políticos y sociales contradictorios: socialismo y liberalismo. En este sentido, la municipalización en Italia se explica por tendencias e impulsos no unívocos, pero coincidentes hacia un mismo resultado: la ideología socialista tendente a las colectivizaciones, unida a la idea liberal que propugnaba la eficiencia y la ruptura de los monopolios ejercidos por empresas privadas, que en esa época asumían la prestación de servicios esenciales. Probablemente sea mucho más acorde con la realidad entender que los orígenes de la asunción directa de servicios públicos fue una primera aplicación de normas tendentes a adaptar los derechos de los particulares y de la colectividad al desarrollo de la vida social moderna, al ser este uno de los principales problemas que el progreso estaba imponiendo a los Estados al comenzar el siglo XX. Es este aún incipiente intento de adaptación del Estado liberal a las nuevas exigencias sociales, y no la aplicación del socialismo a los entes locales, lo que posiblemente permite explicar, de forma mucho más veraz, la génesis y el desarrollo de la legislación italiana en materia de municipalización de servicios¹⁵⁹.

Aterrizando lo dicho al planteamiento de PISARELLO, nos queda la pregunta acerca de si es, en efecto, posible que una técnica de garantía con la virtualidad de servir de instrumento de realización de los derechos sociales, pueda ser rechazada por sus orígenes neoliberales. El caso no es hipotético y se puede comprobar en la institución de los estudios de impacto normativo actualmente generalizados en virtud de la *Organización Para la Cooperación y el Desarrollo Económico*, que ha podido servir para nutrir y evaluar los impactos en el marco de políticas públicas de aplicación de derechos sociales, esto significa que, al margen de los colores que exhiba una cierta institución, su evaluación objetiva podría producir resultados mayores a los de su mera dimensión ideológica¹⁶⁰. La aplicación de estas medidas puede estimarse como una consecuencia directa del constitucionalismo multinivel¹⁶¹, esta como una variable distinta del neoconstitucionalismo, presenta sus propias características atinentes a las formas regionales que, como es natural, no podría dejar de estar involucrado con los derechos sociales. No puede dejar de notarse aquí, la falta de la atención requerida por parte del nuevo constitucionalismo latinoamericano de cara a este asunto.

¹⁵⁹ NURIA MAGALDI MENDAÑA, *Los orígenes de la municipalización de los servicios públicos en España, El tránsito del Estado liberal al social a la luz de la municipalización de servicios públicos*, Madrid, INAP, 2012, pág. 92.

¹⁶⁰ Cfr. AUBY & PERROUD, *Introducción, op. cit.*, pág. 21. En cuanto a la regulación podría consultarse ALESSANDRO MORELLI, “Qualità della normazione regionale e tutela dei diritti sociali”, en *Rivista telematica giuridica dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, núm. 1, 2014, págs. 1-14, 2.

¹⁶¹ GOMES CANOTILHO, *Principios y nuevos constitucionalismos, op.cit.* pág. 323.

En abierto contraste con lo anterior, los mayores aportes en materia de configuración social provienen de países tenidos por débiles al interior de la tendencia, como ha sido el caso de Perú, tomado por el plenario de los autores de esta corriente por la excepción que confirma la regla¹⁶². Contrastando con ello, este sistema ha suscitado observaciones comparadas desde el punto de vista regional dentro del conjunto latinoamericano, siendo reconocido como un texto ejemplar de regionalismo el contenido en la *Constitución política* de 1979 (cuya vigencia hoy aparece discutida)¹⁶³.

Desde un punto de vista más general podría establecerse que el aparente predominio neoliberal global al que se ha hecho referencia, ha estado dentro de las preocupaciones de estudios tan diversos, como la mayor imaginación burocrática de MAX WEBER (1864-1920)¹⁶⁴ o, más en concreto, a la temprana observación de GEORG JELLINEK (1851-1911) acerca del devenir futuro de los tratados administrativos internacionales¹⁶⁵.

B) LA APRECIACIÓN CONTRAHEGEMÓNICA

Un patrimonio común de este tipo de estudios emprendidos en la concepción que se ha examinado hasta aquí, es el hecho que se tienda a subvalorar el establecimiento constitucional mediante la crítica, bien sea esta general del gobierno o establecimiento. O bien la crítica mediante el dispositivo constitucional de ciertos poderes constitucionales. No es exacto afirmar la exclusividad de este concepto para los estudios centrados en esta concepción en cuanto esta es también una crítica común de las posiciones ideológicas situadas en el extremo contrario que tildan de comunista cualquier intento por crear obligaciones sociales para el Estado¹⁶⁶, la diferencia radica en que este tipo de posiciones poco o nada han aportado a la dogmática de los derechos sociales. De

¹⁶² NOGUERA FERNÁNDEZ, *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, op. cit., pág. 50.

¹⁶³ *Constitución Política del Perú de 12 de julio de 1979*, ed. por BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES, *Constituciones Hispanoamericanas, Perú*, op. cit. Cfr. HABERLE, *El regionalismo como principio estructural naciente del Estado constitucional*, op.cit. pág. 74.

¹⁶⁴ TOMAS CHANTAL, *Re-Reading Weber in Law and Development, A Critical Intellectual History of Good Governance*, Paper 118, Cornell Law Faculty Publications, 2008; LINA BUCHELY, “Más allá del modelo weberiano, El debate sobre la burocracia y el Estado”, en GUPTA *et al.*, *Las burocracias*, op. cit., págs. 11-85, 24 (nota al pie 32); DAVID LLINÁS ALFARO & JOSÉ MANUEL SUÁREZ DELGADO, “La transformación del concepto de ciudadanía dentro del paradigma bipolar weberiano, Sobre las relaciones entre el Estado y los ciudadanos administrados”, en en BERND MARQUARDT (Ed.), *El Estado constitucional en el tiempo y en el espacio*, Bogotá, UNAL, 2015, págs. 131-209.

¹⁶⁵ GEORG JELLINEK, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Viena, A Hölder, 1882, pág. 111. Véase EBERHARD SCHMIDT ASSMAN, “La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 171, Madrid, CEPC, 2006, págs. 7-34, 8 y s.

¹⁶⁶ Ver, al respecto, STEVEN HOLMES & CASS SUSTEIN, *El costo de los derechos, Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI Eds., 2011, pág. 124.

ahí la preocupación para revisar las posiciones de la izquierda, como se han intentado corroborar, por su significativo aporte a tal tema.

Puesto de otra manera, el antiburocratismo como vicio inicial está necesitado de hundir sus raíces en un cierto suelo fértil histórico, para esto será necesario recurrir a los documentos fundacionales como marca imborrable en las tradiciones constitucionales. Esta ha sido la preocupación de ciertos autores como MAURICIO GARCÍA VILLEGAS y ROBERTO GARGARELLA quienes, de modo distinto y con los pies puestos en sus estudios, han buscado encontrar un antecedente para explicar los desórdenes del presente. El primero de ellos recurriendo a argumentos más estructurales de base sociológica. El segundo, ha hecho lo propio dentro del proceso de reconstrucción de una tradición constitucional comparada mediante la historia.

De acuerdo con lo anterior resulta necesario realizar una revisión de las ideas generales construidas por estos dos autores. Dentro del contexto de la aplicación contra hegemónica suelen ser empleados, de ordinario, argumentos relativos a historia constitucional que bien pueden tender a ratificar las tesis ideológicas del autor o el carácter subordinado, débil de la construcción institucional de que se trate, esto se aclara, sin el debido recurso a una historia constitucional que preste atención a estudios de derecho comparado.

Sea de interés revisar primero el caso de GARCÍA VILLEGAS autor vinculado con la que hemos llamado convencionalmente *generación Dejusticia* y el interés por la defensa de la *Constitución de Colombia* de 1991¹⁶⁷, hecho que no lo hace necesariamente un militante a favor del nuevo constitucionalismo latinoamericano; sin que deje de compartir buena parte de sus postulados aún con mayor reconocimiento internacional como una autoridad en eficacia del derecho¹⁶⁸. Un componente estructural de esta teoría es la presentación de la evolución del campo jurídico latinoamericano, en ella se observa una alta propensión al uso de presentaciones sucintas de la historiografía al punto de resumirla en una frase: la cultura del incumplimiento con una síntesis que bebe a cantaros de la baja autoestima zonal anunciada ya:

“La falta de conciencia de esta relación constitutiva ha creado (desde los tiempos inmemoriales de la Colonia) una visión idealizadas de las instituciones y en particular del Derecho. Según esta visión se piensa que basta con crear normas para cambiar la realidad social. Esto ha hecho que la historia institucional de América Latina sea, en buena parte, historia de la recepción infructuosa de instituciones foráneas que funcionan y producen buenos resultados en sus países de

¹⁶⁷ *Constitución de Colombia* de 1991, en *Gaceta Constitucional*, núm. 127, de 10 de octubre de 1991.

¹⁶⁸ JOSE JOAQUÍN GOMES CANOTILHO, *Teoría de la constitución*, Madrid, Universidad Carlos III, 2002, pág. 32, nota al pie 16.

origen, pero que una vez implantadas en nuestras sociedades, o no sirven para nada, o bien producen otros efectos diferentes a los esperados”¹⁶⁹.

Creemos que esta visión asigna un mayor peso a los elementos negativos respecto de los positivos. Bastará, a esto efectos, con cotejar algunos otros trabajos de este autor donde se pone un énfasis innecesario en las ascendencias negativas del *Derecho indiano* sobre la posterior tradición fundada después de la independencia como uno de los males endémicos de la tradición:

“Para los historiadores clásicos el derecho indiano era esencialmente autoritario e ineficaz. Sin embargo ambas nociones –autoritarismo e ineficacia– son complejas y requieren de explicaciones que pongan de presente sus matices. En primer lugar, respecto de la ineficacia, el ordenamiento jurídico indiano tenía grandes dificultades para permear y determinar la realidad social colonial y en este sentido puede decirse que era ineficaz. Sin embargo es conveniente diferenciar varios tipos de normas dentro del ordenamiento colonial. Siguiendo a lo dicho por VICTOR ANZOATEGUI, podemos distinguir tres tipos de normas [...]. Las primeras comprendían aquellas disposiciones emanadas en España del Consejo de Indias o en el siglo XVIII de la Secretaría de despacho. En segundo lugar estaban las normas recogidas en compilaciones o cedularios, tales como la *Recopilación oficial* de 1680. Finalmente, estaban las disposiciones dadas en América por los virreyes, las audiencias, los gobernadores, alcaldes, cabildos, etc., conocidas como derecho indiano criollo. Es sólo en relación con los dos primeros tipos de normas que podemos hablar de notable ineficacia del Derecho Indiano. Ahora bien, el atributo de ineficacia tiene sentido desde una perspectiva estática, a partir de la cual se constata una enorme brecha entre lo prescrito por el derecho producido en España y el derecho aplicado en los territorios coloniales. Desde una visión dinámica, en cambio, la ineficacia ya no aparece tan clara si se tiene en cuenta que lo que había en el mediano y largo plazo era una adaptación y acomodamiento del derecho indiano criollo a la realidad social y política reinante”¹⁷⁰.

En el segmento anterior no se alcanza a comprender el alcance de los historiadores pues si tomamos como autoridad al historiador del derecho argentino citado por el autor, VICTOR TAU ANZOATEGUI, nos hemos de encontrar con una percepción algo más favorable y menos parecida a la visión actual que se sostiene del derecho en las sociedades actuales, revisemos:

¹⁶⁹ MAURICIO GARCÍA VILLEGAS, *La Eficacia Simbólica del Derecho Sociología Política en el campo jurídico de América Latina*, 2ª ed., Bogotá, UNAL, 2014, pág. 83.

¹⁷⁰ MAURICIO GARCÍA VILLEGAS, “Apuntes sobre la codificación y la costumbre en el derecho colombiano”, en *Precedente, Anuario Jurídico*, Cali, Universidad Icesi, 2003, págs. 97-125, 103.

“El derecho indiano uno de los ordenamientos de los pueblos hispanos, es el que rigió en las llamadas Indias occidentales y orientales, nombre con el cual se designaban los territorios de la América Occidental y Filipinas [...] El profesor alemán RICHARD KONETZKE ha señalado que ‘la preponderancia del Estado en la colonización española fue un factor esencial en la creación de la sociedad colonial’¹⁷¹ HORST PIETSCHMANN¹⁷² ha profundizado esta línea de indagación, ofreciendo una visión más integral de la cuestión, de donde surge que los elementos estatales se dieron más nítidamente en América que en Castilla dada la mayor permeabilidad que ofrecía el cuadro social y el menor peso de la tradición institucional medieval en el Derecho indiano y su relación con los derechos castellano y común”¹⁷³.

En auxilio de la tesis del profesor GARCÍA VÍLEGAS podría tenerse por válida la interpretación final sobre la administración española que la dejó abandonada como un país mal administrado, desordenado donde su administración adquirió el aspecto de carcaza¹⁷⁴ o, para ponerlo en términos más usuales, de cascarón. No es tan claro, finalmente, que esta carcaza envolviera a su hermana menor la administración latinoamericana, pero, lo es un poco más, que la animadversión a la organización administrativa no obedece a un patrimonio exclusivo de las Américas al ser una herencia de la *Madre Patria*.

No puede dejar de mencionarse aquí el esclarecedor trabajo del profesor DAVID LLINÁS ALFARO titulado *Estado Indiano Estado Responsable*¹⁷⁵ como parte del trabajo del grupo de investigación *Constitucionalismo Comparado* de la Universidad Nacional de Colombia, estudio este que, basado en el Derecho administrativo, ha hecho un esfuerzo reconstructivo y metodológico por escudriñar las relaciones entre el mito revolucionario de surgimiento de la responsabilidad del Estado y la invención de la responsabilidad del Estado. En justicia, debe decirse que, con este trabajo, se ha roto todo el mito de la constitucionalización de este fenómeno –responsabilidad– vinculándolo al llamado al llamado “monumento jurídico de la revolución francesa”¹⁷⁶ mediante su con-

¹⁷¹ RICHARD KONETZKE, “Estado y sociedad en las Indias”, en *Estudios Americanos*, núm. 3, Sevilla 1951, págs. 33-58.

¹⁷² HORST PIETSCHMANN, *Staat und staatliche Entwicklung am Beginn der spanischen Kolonisation Amerikas*, Münster, Aschendorff, 1980.

¹⁷³ VICTOR TAU ANZOATEGUI, “El derecho indiano en su relación con los derechos castellano y común”, en PAOLO GROSSI *et al.*, *Hispania, Entre derechos propios y nacionales*, tomo 1, Milano, Giuffrè, 1990, págs. 573-592, 584, 590.

¹⁷⁴ ALEJANDRO OLIVÁN, *De la administración pública en relación a España*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954, pág. 72; MARIANO BAÉNA DEL ALCÁZAR, *Origen y consolidación de la administración liberal en España (1838-1900)*, Madrid, INAP, 2012, pág. 14.

¹⁷⁵ DAVID LLINÁS ALFARO, *Estado indiano, Estado responsable*, Bogotá, Ibáñez, 2013.

¹⁷⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ, *El valor normativo de la constitución española*, *op. cit.*, pág. 34.

sagración inicial en la *Déclaration des Droits de l'Homme en Société* de 1789¹⁷⁷ y su adaptación andina a partir de 1811¹⁷⁸. Pues bien, todo este bello artificio se ha derrumbado con las pesquisas del profesor LLINÁS, dotando de un sustento posterior a las tesis ya esbozadas previamente por el profesor MIGUEL MALAGÓN PINZÓN¹⁷⁹.

También MARQUARDT se ha dirigido en su *Historia Mundial del Estado* contra la *leyenda negra* sobre la *modernidad temprana* hispanoamericana. Este autor expone:

“Respecto a la estatalidad [...] administrativa [...], la Corona de Castilla intentó transformar sus virreinos americanos en una variante perfeccionada de la institucionalidad castellana. La situación de la conquista abrió la posibilidad de experimentar desde arriba con utopías estatales que en Europa misma no fueron viables frente a los derechos adquiridos de las élites nobles y la fuerza de la tradición. [...] En general, tanto la burocracia como la organización jurisdiccional, alcanzaron un buen nivel cualitativo [para su época ...] que fue más comparable con el Imperio de China que con Europa misma”¹⁸⁰.

Volviendo a la *leyenda negra* del Derecho indiano ofrecida por GARCÍA VILLEGAS, puede afirmarse que esta forma de concebir a esta forma preconstitucional, no solamente ofrece una visión sesgada de la historia del Derecho, sino que, ha pretendido fundar toda una tradición cultural de incumplimiento que se remonta hasta nuestros días, teniendo por cordón umbilical de la misma al recurso de suplicación, resumiendo su posible análisis histórico a su uso coloquial, como si su alcance se viera contraído a la mera frase *se obedece pero no se cumple*¹⁸¹. Hemos de concordar en que comporta un uso instrumental, pero en este caso, de la historia del Derecho para fines investigativos, asignando un peso distinto a las instituciones de aquel que, en realidad, merecieron¹⁸². Este último aspecto, no obstante, no le resta el valor actual que exhibe la explicación como radiografía de la configuración contemporánea de las relaciones entre Derecho y Sociedad que es un mérito innegable del autor, no se comprenden, por lo tanto, las

¹⁷⁷ *Déclaration des Droits de l'Homme en Société* de 1789, ed. por STEPHANE CAPORAL (Ed.), *Constitutional documents of France and Corsica 1789-1848*, Berlín & Nueva York, De Gruyter, 2010, págs. 29-32. Cfr. ENRIQUE GIL BOTERO, *La constitucionalización de la responsabilidad del Estado*, Bogotá, Temis, 2013.

¹⁷⁸ Véase la *Declaración de los Derechos del Hombre en Sociedad* en la *Constitución de la República de Tunja* de 1811, ed. por BERND MARQUARDT (Ed.), *El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia, Edición auténtica y comentada*, 2ª ed., Bogotá, UNAL & Ibáñez, 2011, págs. 391-422.

¹⁷⁹ MIGUEL ALEJANDRO MALAGÓN PINZÓN, “Los tres modelos de control de la administración pública en el siglo XIX vistos a través de la Constitución de 1843”, en FRANCISCO R. BARBOSA DELGADO (Ed.), *Historia del Derecho Público en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado, 2012, págs. 565-586.

¹⁸⁰ BERND MARQUARDT, *Historia Mundial del Estado*, tomo 3, *El Estado de la modernidad temprana en Asia, África y las Américas*, Bogotá, Temis, 2014, págs. 179, 185.

¹⁸¹ GARCÍA VILLEGAS, *Apuntes sobre la codificación y la costumbre en el derecho colombiano*, *op. cit.*, pág. 103.

¹⁸² TAU ANZOATEGUI, *El derecho indiano*, *op. cit.*, pág. 290.

razones de trazar una línea demarcadora desde el pasado para reafirmarlas sin la base suficiente para tal afirmación.

Con un molde parecido tenemos al trabajo de ROBERTO GARGARELLA quien emplea igual procedimiento de leyenda negra, solo que en su caso, las apoyaturas son constitucionales antes que culturales o sociológicas, lo cual fuerza al jurista las más de las veces a reconocer lo humilde de su enfoque, lo que no es sino –como lo reconoce FRANCISCO SOSA WAGNER– trasunto de la posición modesta del Derecho ante las demás ciencias sociales¹⁸³. No puede, sin embargo, desligarse definitivamente a las dimensiones descritas si se toma en cuenta el papel basilar asumido por las constituciones y las reformas a lo largo de la historia latinoamericana. El punto residirá en que, para este autor las visiones de historia constitucional presentan un notable empeño por subrayar un diseño irregular en toda la arquitectura constitucional, como una constante histórica o la raíz de buena parte de los males que sufre la institucionalidad actualmente a consecuencia de llevar esa pesada carga sobre sus propios hombros –la vuelta a la frase de HÄBERLE resulta irresistible– como si fuera una enfermedad. Si quisiéramos resumir una de las tesis centrales de su obra, habríamos de aceptar que el constitucionalismo ha vivido a pesar de sus notables contradicciones.

Adicionalmente, la forma concreta como la apreciación contrahegemónica –forma como se ha llamado al sesgo– repercute en la particular lectura de las constituciones latinoamericanas ofrecida por el autor, al señalar que son aparatos complejos ideológicamente hablando, como si se tratara de una singularidad o una particularidad asociada con las dinámicas internas de los procesos constituyentes o su posterior vigencia. Al contrario, desde ahora debe mencionarse que, se trata de un factor común a cualquier proceso constituyente con independencia de la latitud donde este se vea desarrollado, trataremos a continuación algunos posibles escenarios donde se desenvuelve esta tesis y sus posibles postulados de atenuación.

Como se sabe una afirmación en semejantes términos precisa de una comprobación posterior. Por ello quisiéramos tomar las bases vertidas un trabajo reciente ocupado de la reforma de la *Constitución de la Nación Argentina* de 1994¹⁸⁴ con miras a su futuro cambio de cara al siglo XXI con el título la Constitución en 2020, 48 propuestas para una sociedad igualitaria coordinada por este mismo autor¹⁸⁵. En su aporte particular a la obra, como es una constante en su obra de historia, este importante comentarista comienza por subrayar las bases liberales-conservadoras del constitucio-

¹⁸³ FRANCISCO SOSA WAGNER, *Organización y control del sector empresarial público en España*, Madrid, Instituto de Estudios de Administrativos, 1971, pág. 11.

¹⁸⁴ *Constitución de la Nación Argentina* de 1994, ed. por SENADO DE ARGENTINA, <http://www.senado.gov.ar/deInteres> (25.06.2015).

¹⁸⁵ ROBERTO GARGARELLA, “Democracia, representación y participación política”, en ÍD. (Ed.), *La constitución en 2020, 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012, pág. 226.

nalismo latinoamericano y el argentino (motivo principal de su artículo) en particular. De modo más preciso, vuelve sobre los aspectos que marcaban líneas de distancia y acercamiento entre las dos tendencias, en principio, opuestas. La expulsión de la iglesia del dominio público era la demanda de los liberales, para los conservadores sería una precondition necesaria de lo estatal. De las grandes distancias marcadas entre ambos también se derivaban algunas inquietudes que terminarían por unirlos, aunque de nuevo, aquí se harían presentes las divergencias, en la medida en que los liberales sostenían como presupuesto previo su defensa y los conservadores no se mostraban muy partidarios de ubicarlos en el eje de la estructura constitucional, más bien implicaban una cierta subordinación a valores morales. Resultó ser, en todo caso, decisiva la unión entre ambas para frenar la expansión de los derechos canalizando las demandas sociales y la extensión por fuera de los límites elitistas de los derechos políticos, a ambas ideologías les subyacía la desconfianza sobre la ampliación de las variables sociales y una aceptación algo más pacífica de las bases de organización de poder¹⁸⁶.

A la tensa calma que acompañó el siglo XIX en la fundición de proyectos ideológicos la sucedieron las tribulaciones del XX animadas por un fuerte reformismo fundado ahora en ideologías populistas o liber-populistas con la notable consecuencia de la atenuación del carácter elitista que se exhibía como proyecto comúnmente perseguido por las ideologías conservadora y liberal. De este hecho podría, a su vez, ser derivada otra consecuencia relativa a las relaciones entre textos constitucionales y sus posteriores reformas¹⁸⁷.

Condensando los aportes y volviendo a las ideas del profesor de la Universidad Torcuato di Tella, este entiende que la *Constitución de la Nación Argentina* de 1994 se forma por retazos de madeja, que comenzó a tejerse con bases liberales (1857), luego se rehizo en (1945/1957) con bases de diversos lugares para insertar la matriz social en las constituciones basándose en tendencias sociales de la iglesia, el socialismo y el peronismo. Para finalmente, terminar siendo tejida con las transiciones a la democracia (1994)¹⁸⁸.

Todo este enredado escenario constitucional se traduce en la idea de la superposición de capas constitucionales. En este escenario el autor se pregunta: “¿qué se hace cuando nos enfrentamos a un contexto constitucional que alberga componentes con-

¹⁸⁶ ROBERTO GARGARELLA, “El Constitucionalismo en Sudamérica 1810-1860”, en *Precedente, Anuario Jurídico*, Cali, Universidad Icesi, 2006, págs. 53-85, 54 y ss; ÍD., *Democracia, representación y participación política, op. cit.*, págs. 227 y s.

¹⁸⁷ MARQUARDT construyó para la narrativa constitucional colombiana la idea que, con varias reformas no se ha tratado simplemente de modificaciones a un texto constitucional, sino que, por el contrario, han implicado una renovación del pacto constituyente y, por ende, verdaderas constituciones (p. ej. en 1910 y 1936); ÍD., “Estado y Constitución de la Colombia de la Regeneración del Partido Nacional (1886-1909)”, en revista *Ciencia Política*, núm. 11, 2011, Bogotá, UNAL, págs. 57-85, 59.

¹⁸⁸ GARGARELLA, *Democracia, representación y participación política, op. cit.*, pág. 228.

tradictorios entre sí, tal como ocurre en todos los textos constitucionales de la región (llamaremos a este hecho, el hecho de la contradicción)?” La respuesta no se hará esperar y, al parecer, es un drama irresoluto:

“el tema no parece haber sido bien resuelto, ni en la Argentina ni en otros países vecinos. [...] ciertamente, no basta con arrojar algún texto o unas pocas cláusulas sobre un determinado cuerpo constitucional ya ‘vivo’ para asegurar la integración y subsistencia de las novedades introducidas [...] Nuestra costumbre, me parece, ha sido, de modo muy habitual, una que resulta peligrosamente emparentada con la desidia constitucional o la hipocresía, y que se ha expresado en la mera agregación de esos artículos sobre el nuevo cuerpo constitucional existente. Es decir, nos hemos desentendido del difícil trabajo que requiere la integración de ‘lo nuevo’ y lo ‘viejo’”¹⁸⁹.

Y, al final, parecen verse extractados rasgos de desencanto con esta versión híbrida del constitucionalismo, parece enfrentarse con el desencanto de la luna de miel¹⁹⁰, hecho que podría constatarse a partir de la fulminante afirmación de GARGARELLA, aunque claro está en una columna de opinión escenario más político que académico:

“El ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’ tiene poco de nuevo, sencillamente, porque el mismo no introduce novedades relevantes en relación con el ‘viejo constitucionalismo’”¹⁹¹.

De este breve apartado podrán extractarse algunas conclusiones. No debe sorprender a nadie que un proceso constituyente presente elementos contradictorios, en cuanto estos constituyen la médula de los debates y la razón de mantener la oposición entre democracia en constitucionalismo. Puede afirmarse con rotundidad que un aspecto común a todo proceso constituyente es que en su organización y desenvolvimiento son todo menos orden¹⁹². Eso se deberá a la propia estructura deconstituyente¹⁹³ que tiene un proceso de esta naturaleza frente al orden previamente implantado.

La idea no supondrá un cambio superlativo frente a buena parte de los procesos constituyentes emprendidos hasta ahora, puede citarse como paradigmático el caso de

¹⁸⁹ GARGARELLA, *Democracia, representación y participación política*, op. cit., págs. 228 y s.

¹⁹⁰ La referencia corresponde con la evolución de los procesos revolucionarios y es original de RALF DAHRENDORF, *Reflexões sobre a revolução na Europa*, J. Zahar, 1991, pág. 15. Véase GOMES CANO-TILHO, *Revisar la/ o romper con la constitución dirigente?*, op. cit., pág. 18.

¹⁹¹ ROBERTO GARGARELLA, “El ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’”, en *El País, Opinión*, de 20.08.2014, http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.html (25.06.2015).

¹⁹² PISARELLO, *Los Procesos constituyentes, Caminos para la ruptura democrática*, op. cit., pág. 16.

¹⁹³ OST, *El tiempo del derecho*, op. cit., pág. 204.

la constitución alemana de Weimar de 1919 al que nos hemos referido antes, ha estado imbuido de un proceso de concertación ideológica, esto es válido tanto para Weimar como para la *Ley fundamental* de la República Federal Alemana de 1949 su predecesor orden¹⁹⁴. En el primer caso nos queda reproducir las conclusiones de CONSTANTINO MORTATI para 1946 sobre el fracaso de este proyecto, con la cual iniciamos las presentes reflexiones, cuyo triste final es conocido, no lo son tanto las razones del mismo:

“La Constitución de Weimar fue objeto de ataques virulentos y reiterativos tanto por la izquierda como por la derecha, llegando a sufrir un poco glorioso declive, tras apenas quince años de vida. Al final, no conseguiría aglutinar las fuerzas políticas en torno a su defensa, y su desaparición no despertó nostalgia alguna. ¿Qué conclusiones podemos extraer de una valoración contradictoria? ¿Hasta qué punto podemos atribuir sus deficiencias –si es que las tuvo– a la obra del constituyente? La experiencia histórica enseña que, con frecuencia, la vitalidad de las constituciones no está necesariamente vinculada a la perfección formal y a la técnica de los textos que las expresan. Es más, un cierto punto de desarmonía entre las propias disposiciones, unida a la posibilidad de dejar abiertas líneas de desarrollo futuro en el marco de instituciones estatales, puede, en determinados casos y dentro de ciertos límites, resultar de gran utilidad, favoreciendo una adaptación pacífica a las situaciones provocadas por los avatares de la política”¹⁹⁵.

Con respecto de la *Ley fundamental* de la República Federal Alemana de 1949, cuyo carácter modélico para los tribunales constitucionales y experiencias ha despertado el interés de la academia iberoamericana¹⁹⁶. En ese sentido, no es ocioso recordar que uno de los factores que modelaron el proceso constituyente alemán fue la ocupación por los aliados. En este punto merece especial recordación el hecho que, durante la adopción de la constitución, el derecho de la ocupación tuviera un carácter supra-constitucional con respecto del proceso constitucional adoptado con la relativa autonomía ofrecida por la ocupación del país por potencias extranjeras, atribuyéndose a este hecho la estrechez de las consagraciones en derechos sociales presentes en el texto final¹⁹⁷.

Recurriendo a algún otro marco de referencia podría afirmarse del proceso que gestó la *Costituzione della Repubblica Italiana* de 1947, donde la alineación de diversas

¹⁹⁴ *Verfassung des Deutschen Reiches* de 1919, *op. cit.*; y *Grundgesetz für die BR Deutschland* de 1949, *op. cit.*

¹⁹⁵ MORTATI, *Una valoración de conjunto sobre la experiencia de Weimar*, *op. cit.*, pág. 18.

¹⁹⁶ FRANCISCO SOSA WAGNER, *Juristas y enseñanzas alemanas I, 1945-1975, Con lecciones para la España actual*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pág. 193.

¹⁹⁷ OTTO BACHOF, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* 3ª ed., Lima, Palestra Eds., 2010 (título original en alemán: “Verfassungswidrige Verfassungsnormen?”, en *Recht und Staat*, núm. 163/164, Tübingen, Mohr, 1951), pág. 31.

ideologías para superar un cierto estado de cosas fungió como detonante del proceso constituyente, tal estado no era otro que:

“el talón opresivo de la dictadura y de los desastres generados por la guerra. Probados como estaban por sus pasadas angustias y aún por los ultrajes infligidos por las aberraciones del poder despótico, no es difícil ni tendencioso imaginarlos completamente dispuestos a mantener una unidad sustancial, determinados a elaborar algo que perdurara un largo periodo de tiempo y, por consiguiente, preparados para sentar sobre un terreno consistente los sólidos cimientos de un novísimo edificio. Representaban ideologías muy diferentes, respondían a perfiles (y no, por cierto, de escasa importancia) contrapuestos, por lo que podría pensarse que todo podía acabar en contiendas vulgares o en igualmente vulgares transacciones”¹⁹⁸.

Conviene mencionar por otra parte que el hecho de la contradicción también es evidente en aquellos sistemas que mantienen ciertos arreglos constitucionales de órdenes previos, circunstancia, con frecuencia, asociada a procesos de crisis. En este estado de la cuestión un escenario inmejorable para corroborar esta hipótesis es el español donde recientemente se ha planteado como “raíz del mal” territorial del actual Estado autonómico ordenado en 1978 en la reproducción de las bases previas establecidas en el orden constitucional de 1931. En ese sentido, hay un pasaje de SANTIAGO MUÑOZ MACHADO que, por su relevancia y actualidad merece ser traído de nuevo:

“No había ninguna razón que pudiera justificar la utilización, en 1978, de un modelo regulatorio que tuvo razones de ser específicas en 1931, de donde se trajo dando un salto constitucional en el tiempo y desconsiderando que la situación económica, política y social era completamente diferente en una época y en la otra. Tal mezcla actuó como probeta institucional exactamente igual que si la hubiera ideado un aprendiz de brujo”¹⁹⁹.

En resumen, podremos decir que las distancias ideológicas son, en buena medida, el motor de los procesos constituyentes. Y, por supuesto, esta idea no puede dejar de comunicarse al producto final de un proceso de deliberación, su texto. Es cierto que no puede ser de aceptación la tesis de la conflictividad (por más belleza con que esté

¹⁹⁸ *Costituzione della Repubblica Italiana*, en *Gazzetta Ufficiale*, de 27 de diciembre de 1947, págs. 298 y ss. Cfr. PAOLO GROSSI, “La constitución italiana como expresión de un tiempo jurídico posmoderno”, en revista *Historia Constitucional*, núm. 15, Madrid & Oviedo, CEPC & Universidad, 2014, págs. 1-22, 7. Es bastante significativo, además, el hecho de que esta constitución estuviera precedida de un juicioso proceso de derecho comparado que, entre muchos referentes, involucró a las constituciones latinoamericanas por entonces vigentes para tal fin; VINCENZO ATRIPALDI, “El modelo de la ‘democracia latina’ y la formación de la constitución italiana de 1948”, en SANDRO SCHIPANI *et al.*, *Constitucionalismo latino y liberalismo*, Bogotá, Universidad Externado, 1990, págs. 77-88, 83 y ss.

¹⁹⁹ SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Crisis y reconstitución de la estructura territorial del Estado*, Madrid, IUSTEL, 2013, pág. 12.

formulada) como el motor del derecho y, junto a él, el constitucionalismo. La razón de ello, reside en que, de aceptarse, este se vería privado de su principal acento histórico, que no es otro que la generación de la paz²⁰⁰. No es menos cierto que en las dinámicas institucionales albergadas por una constitución, no puede ser subestimado el valor de la divergencia, la que ocupa un lugar principal y determinante en la resolución y determinación de las preguntas cuya respuesta queda pospuesta en el texto constitucional, en tanto y en cuanto, no todo puede ser consenso, sino que deben ser confiados algunos aspectos al debate futuro, sobre el que, emerge el dilema de ascendencia roussoniana –igualmente jacobina– según el cual toda generación debe tener la capacidad de afrontar todas las decisiones fundamentales que las circunstancias de su tiempo puedan exigir²⁰¹.

No bastando con los planteamientos anteriores, puede citarse un ejemplo de resonante actualidad que se separa de los procesos constituyentes para verse insertado en los textos constitucionales tornándolos entidades contradictorias, como la llamada regla fiscal o sostenibilidad que, con el paladino argumento de las generaciones futuras, ha hecho su aparición en la *Constitución Española* de 1978 como segunda gran reforma adoptada tras un poco más de tres décadas de vigencia, en ambos casos se ha tratado de una ilustración de la soberanía del Estado diluida en la de la Unión²⁰². La anterior es, al mismo tiempo, la prueba de la ascensión de las políticas de ajuste estructural dentro de la escala constitucional. Esto es así porque han dado el salto de los “bajos fondos” del *Constitucionalismo Societal*²⁰³ a su posterior reconocimiento constitucional a través de la no desdeñable categoría de principio²⁰⁴.

Algo verdaderamente llamativo y singularizante dentro del constitucionalismo latinoamericano es el mantenimiento de la tensa calma constitucional en ordenes que han permanecido con estructuras opuestas o con capas constitucionales opuestas –siguiendo al autor–, por ejemplo, el caso argentino alberga actualmente una constitución en dos tiempos constitucionales, cada uno con un anclaje en un siglo distinto y un modo de concebir la constitución y el mundo distintos; antes que recurrir a la ruptura, este orden se ha sabido mantener y acoplar a las nuevas exigencias del tiempo. Este

²⁰⁰ Cfr. el clásico texto de HERNANDO VALENCIA VILLA, *Cartas de Batalla*, 3ª ed., Bogotá, Panamericana, 2010. En cuanto a la crítica proveniente de esta postura, ver MARQUARDT, *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010)*, tomo 1, *op. cit.*, pág. 17.

²⁰¹ ALESSANDRO PACE, “Sulle Revisioni Costituzionali”, en *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, núm. 2, 2014, <http://www.rivistaaic.it/sulle-revisioni-costituzionali.html> (25.06.2015).

²⁰² Cfr. FRANCISCO SOSA WAGNER & MERCEDES FUERTES, *Bancarrota del Estado y Europa como contexto*, Madrid, Marcial Pons, 2013, *in totum*; ANTONIO EMBID IRUJO, *La constitucionalización de la crisis*, Madrid, IUSTEL, 2006, págs. 65 y ss.

²⁰³ GOMES CANOTILHO, *Principios y nuevos constitucionalismos*, *op. cit.*, pág. 324.

²⁰⁴ Para una interpretación “distinta” del garantismo: JOSÉ ESTEVE PARDO, “La Evolución del Garantismo, De las garantías personales a la garantía del Estado”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 46, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 2013, págs. 1-13.

hecho podría merecer una valoración positiva, al observarse la permanencia del orden como un dato bastante significativo, dado el curso diverso que asumieron los experimentos constitucionales europeos emprendidos en similares términos²⁰⁵. Obsérvese que, en estos casos, lo efímero ha sido también tenido por una señal de eternidad o, al final, la asunción de un cierto carácter celebre, el constitucionalismo español es rico en ejemplos como el de Cádiz de 1812 o el republicano de 1931²⁰⁶. Por lo demás atribuir, virtudes más azarosas a la experiencia constitucional de esta zona es más producto de una mentalidad académica regional que de una observación sopesada.

4. EL FUTURO DE LOS DERECHOS SOCIALES: ALGUNOS ASPECTOS EN LA AGENDA DE DEFENSA Y GARANTÍA

En un ensayo de 1971, ERNST FORSTHOFF (1902-1974) ponía de presente la polivalencia de ciertas intuiciones públicas como la planeación, pudiendo ser objeto de manipulación por proyectos ideológicos opuestos. Circunstancias parecidas han rodeado a los derechos sociales, al ser girados unos grados a la izquierda, podría ser tenida como un conjunto de declaraciones comunistas²⁰⁷. O, en su caso, al girarse hacia la derecha, se tornarían en dadas presidenciales y formas de ampliar el capital político de un gobierno²⁰⁸.

De esta circunstancia fue consciente uno de los tempranos cultores del Derecho administrativo y crítico de la justicia constitucional italiano²⁰⁹ como VITTORIO EMANUELE ORLANDO (1860-1952) quien iniciaba su tratado –de Derecho administrativo– afirmando que: “el centro de gravedad de las cuestiones políticas tiende a pasar del campo constitucional al administrativo”²¹⁰. Lo anterior en perfecta armonía

²⁰⁵ MORTATI, *Una valoración de conjunto sobre la experiencia de Weimar*, op. cit., pág. 76.

²⁰⁶ *Constitución Política de la Monarquía Española de 1812*, ed. por CLARA ÁLVAREZ ALONSO et al. (Eds.), *Constitutional documents of Portugal and Spain 1808-1845*, Berlín, De Gruyter, 2010, págs. 345-390; *Constitución de la República Española de 1931*, ed. por CONGRESO DE LOS DIPUTADOS DE ESPAÑA, http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf (25.06.2015). Véase: ANDRÉS BOTERO BERNAL, “Una sombra en la noche, En torno al constitucionalismo gaditano y la Nueva Granada”, en revista *Historia Constitucional*, núm. 15, Madrid & Oviedo, CEPC & Universidad, 2014, págs. 311-389; BREÑA, *El imperio de las circunstancias*, op. cit., págs. 18 y 147 y ss; POSADA, *La nueva constitución española*, op. cit.; JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA, *El constitucionalismo español en su contexto comparado*, Documento de Trabajo del Instituto de Estudios Latinoamericanos, núm. 13, Alcalá, Universidad, 2010, <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3664095.pdf> (25.06.2015).

²⁰⁷ HOLMES & SUSTEIN, *El costo de los derechos*, op. cit., pág. 124

²⁰⁸ ERNST FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, 2ª ed., Madrid, CEC, 2013 (título original en alemán: *Der Staat der Industriegesellschaft*, Múnich, Beck, 1971), pág. 84.

²⁰⁹ FIORAVANTI, *Constitucionalismo, Experiencias históricas y tendencias actuales*, op. cit., pág. 96.

²¹⁰ VITTORIO E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1897, pág. XII; MASSIMO SEVERO GIANNINI, *El poder público, El Estado y la administración*

con la vinculación de la omnipresencia del Estado frente a los individuos resumida en la frase de CHARLES JEAN BONNIN (1772-1846): “La función administrativa es permanente pues no existe un instante de vida donde el individuo no se esté en contacto con el Estado”²¹¹. Tuvo bastante razón este precursor del derecho y la ciencia administrativos, solo que las morfologías administrativas han cambiado y, al menos en una gran parte, lo administrativo se tamiza por el filtro de lo social materializado en una administración prestacional que presta servicios sociales y bienes esenciales para la comunidad²¹².

Como se ha hecho notorio a lo largo del texto, los estudios emprendidos a partir del constitucionalismo ven con bastante desconfianza o desinterés afirmaciones surgidas del Derecho administrativo²¹³. Lo que importa resaltar, es la necesidad de una dogmática administrativa de los derechos sociales como una tarea pendiente en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Valdrá la pena, también volver sobre un análisis enfocado en las dinámicas propias de la organización administrativa para perfeccionar el sistema de garantía de los derechos sociales y solucionar el, a veces inevitable, recurso al campo judicial como único mecanismo válido para su adecuado proceso de garantía.

Esta cierta tendencia hacia el rescate administrativo de los derechos sociales presenta como ventaja la necesaria consideración a partir de los análisis de políticas públicas, escenario inmejorable para comprender adecuadamente instituciones como la progresividad²¹⁴ cuyo abordaje jurídico resulta insuficiente. Esto se tornará en obligatorio además por los vínculos entre la garantía de derechos sociales confiada a mecanismos infraconstitucionales. A partir de lo anterior, es necesario diseñar un escenario de garantía a partir de las políticas públicas de contenido social como marco privilegiado para su puesta en práctica buscando, en lo posible, abstraerse de las tentaciones de usos políticos de las mismas. En este complejo escenario, las respuestas deberán provenir, sin duda, del Derecho administrativo, las administraciones independientes se han ensayado como una salida posible más no única.

Se considera necesario insistir en la configuración de los derechos sociales a partir de los distintos niveles de gobierno y la naturaleza de las prestaciones que los distintos

pública, Madrid, Civitas, 1991 (título original: *Il Pubblico Potere, Stati e Amministrazioni Pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986), pág. 17.

²¹¹ CHARLES JEAN BONNIN, *Principes d'administration publique*, París, Clement Frères, 1809. Comp. MANNORI & SORDI, *Justicia y administración*, *op. cit.*, pág. 80.

²¹² MANNORI & SORDI, *Justicia y administración*, *op. cit.*, pág. 102.

²¹³ *Cfr.* JOSÉ MANUEL SUAREZ DELGADO, “La inestable relación entre el derecho constitucional y el administrativo como una causa principal del carácter incompleto de los derechos sociales, Un breve análisis de los casos español y colombiano desde las perspectivas históricas y doctrinal”, en *Liber amicorum a Ernesto Saa Velasco*, Popayán, Universidad del Cauca (en prensa).

²¹⁴ *Cfr.* CRISTIAN COURTIS (Ed.), *Ni un paso atrás*, Buenos Aires, Del Puerto Eds., 2006.

niveles de gobierno encajados dentro de los modernos estados complejos como uno de los ejes animadores de este debate²¹⁵. Finalmente, la asunción de una posición basada en las políticas públicas suministra mayores elementos frente a la forma como se toman las decisiones públicas en un escenario social. En este ámbito, la consideración de los derechos sociales corresponde con la tendencia politológica a resolver asuntos de difícil resolución o, también llamados, los *problemas malditos*²¹⁶. En definitiva y en contra de lo que su nombre pudiera sugerir, el etiquetamiento de la idea dentro de esta categoría, le traería más beneficios que costes a la institución, pues implicará una mayor atención puesta por los poderes públicos sobre su posible resolución.

No bastando con lo anterior, conviene también tener presente que una visión así, permitirá acercar las relaciones entre derechos y políticas, sin que con esto necesariamente se vean sobrevaluados o subestimados los avances logrados en el segundo rubro, al ser incluido este como un signo de avance para efectos de dar aplicación al citado principio de progresividad. Con otras palabras, al desprenderse del fetiche jurídico de los derechos, las políticas pueden ser dimensionadas como escenario de garantía de los derechos sociales y no un escenario deconstituyente.

Una reflexión ulterior se derivará del escenario amplio de aplicación de esta clase de derechos. Nos referimos aquí a la necesidad de prestar la debida atención a las circunstancias territoriales de aplicación como un presupuesto necesario para la comprensión de los derechos sociales, esto cuando el postulado de la centralización favorece la unidad y el acercamiento de los ciudadanos al Estado²¹⁷, también llamado *Quadrillage*²¹⁸, parece examinar signos inequívocos de cansancio²¹⁹, entre otras causas, por la necesidad de atemperar las necesidades locales a circunstancias divergentes y la correlativa ampliación de márgenes de decisión de las instancias de dirección local para satisfacer estas medidas.

La pervivencia de esta idea ha visto su más evidente prolongación en el matrimonio presentado entre forma de gobierno y organización territorial marcado por el binomio presidencialismo-centralismo tan generalizado como renegado por los autores vinculados al nuevo constitucionalismo latinoamericano –con toda razón–, sea la prin-

²¹⁵ JUAN CARLOS GAVARA DE CARA, *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Barcelona, J.M. Bosch, 2010, págs. 48 y ss, 74 y ss.

²¹⁶ QUIM BRUGUÉ & MARC PARÉS, “Entre la deliberación y la negociación el caso de la montaña de Aragón”, en *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 158, Madrid, CEPC, 2012, págs. 75-101.

²¹⁷ GASPAR ARIÑO ORTÍZ, *Descentralización y Planificación*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1972, págs. 30 y ss.

²¹⁸ MANNORI & SORDI, *Justicia y administración*, *op. cit.*, pág. 80.

²¹⁹ JEAN FRANÇOISE JOLLY, *Regir el territorio y gobernar los territorios, Políticas públicas de vivienda de interés social, servicios públicos domiciliarios y educación en Colombia*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2010, *in totum*.

cial fuente de la debilidad institucional que exhiben los derechos sociales puesta en relieve por su uso político, lo que es explicable en términos burocráticos.

Con una mayor distancia la sociología de las organizaciones ha revisado las posibles anomalías que genera el binomio. En particular se quiere llamar la atención sobre la generación de un círculo vicioso burocrático, circunstancia que ocurre ante la concurrencia de cuatro factores, a la sazón, estos son; a) la extensión del desarrollo de las reglas impersonales; la centralización de las decisiones; b) el aislamiento de cada estrato o categoría jerárquica; c) el acrecentamiento concomitante de la presión del grupo sobre el individuo; d) la creación de relaciones de poder paralelas²²⁰. Sobre el último factor MICHEL CROZIER (autor de la noción y citado como objeto de críticas) señala:

“Por mucho empeño que se ponga, no es posible eliminar todas las fuentes de incertidumbre, simplemente multiplicando las reglamentaciones y acrecentando la centralización. En torno a las zonas de incertidumbre subsistentes se desarrollan relaciones de poder paralelas, y con ellas fenómenos de dependencia y conflictos”²²¹.

En el caso que nos venimos ocupando las fuentes de incertidumbre para la satisfacción de los derechos sociales provienen de variables normativas (debilidad legal y discrecionalidad administrativa) y el aprovechamiento de la incertidumbre se da por la, tantas veces anotada ya, capitalización política de los derechos sociales.

Sobrevenidas las anteriores circunstancias devienen en insuficientes las propuestas por confiar la garantía a entes autónomos²²². Ello a la vista de las circunstancias latinoamericanas donde la experiencia ha demostrado la captura por parte del poder ejecutivo de estas agencias o entidades²²³. Una posible salida, no exenta de críticas consistirá en el empoderamiento de instancias territoriales en el marco de su autonomía como llamados directos a garantizar los derechos sociales. Esto no significa, por supuesto, que deban existir iguales niveles de satisfacción de los derechos entre los distintos

²²⁰ MICHEL CROZIER, “Datos elementales para un círculo vicioso burocrático”, en XABIER BALART & CHARLES RAMIÓ (Eds.), *Lecturas de teoría de la organización*, tomo 1, Madrid, Ministerio de Administración Públicas, 1993, pág. 411-423, 413; ÍD., *El fenómeno burocrático*, Buenos Aires, Amorrortu Eds., 1969, págs. 71-81.

²²¹ CROZIER, *Datos elementales para un círculo vicioso burocrático*, *op.cit.*, pág. 418.

²²² ANTONIO J. PORRAS NADALES, “Estado social y políticas de bienestar, Ámbitos problemáticos a comienzos del siglo XXI”, en MANUEL JOSÉ TEROL BECERRA (Ed.), *Los derechos sociales en el siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, págs. 15 y s.

²²³ CARLOS HERRERA GUERRA, “Entes administrativos reguladores independientes y credibilidad institucional ineficiencia y peligros para la democracia latinoamericana advertidos desde el sistema norteamericano de los Creó”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 181, Madrid, CEPC, 2010, págs. 373-404, 402.

niveles territoriales del Estado. Por eso, se vería impuesta una solución de un derecho a las políticas públicas (como el instaurado en Ecuador) donde cada ciudadano tenga el derecho subjetivo al diseño e implementación de una política que presente iguales niveles de satisfacción, al margen de las estrategias empleadas para ello por cada uno de los niveles (central y territorial).

En un orden posterior de consideraciones, resulta necesario volver sobre la configuración de los derechos sociales, la cual a partir del modelo del nuevo constitucionalismo, ha pasado más por instancias judiciales que por las administrativas respecto de las que, se profesa un profundo recelo. Siendo así, es posible advertir a largo plazo los efectos perniciosos de sostener un modelo puramente judicial de garantías en derechos sociales. Encontramos en el primer orden de estos al impacto negativo que una política judicial social traería para la planeación estatal, desdibujándose así la agenda pública como método para garantizar los derechos sociales, esto por responder a decisiones coyunturales, concretas y básicas²²⁴. Lo anterior no tanto en el terreno de las decisiones presentes, ya que, se han logrado grandes avances con la adopción de los litigios estructurales (siendo tenidos como modelo de adjudicación), sino más bien, en el plano de las decisiones futuras que responden a la necesidad de planear la actividad estatal de previsión social a largo plazo, tomando las debidas cautelas en materia de giros políticos para este mismo efecto. En otros términos, la actividad administrativa de dirección que debe realizar las operaciones necesarias de previsión presupuestal a largo plazo, de las que, no podrá ser consciente un juez hasta tanto no se produzca un cuadro concreto de vulneración o amenaza. En ese sentido, cobran significación figuras como los cambios políticos o las crisis sociales que hacen volver la mirada de los aparatos públicos sobre ciertas situaciones como, por ejemplo, la ocurrencia de calamidades o la agenda de lucha contra la pobreza que, en tiempo reciente, ha adquirido un gran peso dentro de la agenda pública en Colombia. Esto último escapa, como es sabido, al conocimiento judicial.

Como una solución complementaria, se tendría a la administrativización de los derechos sociales, con la correspondiente asunción del peso constitucional significativo de los mismos y sin dejar de concebir al control judicial como una instancia de revisión como una contrapartida de radicar su competencia en órganos burocráticos de carácter gubernativo. Acerca de ello, pueden ser de utilidad las experiencias provenientes del Derecho administrativo en clave comparada que ha enseñado las posibles virtudes de un mecanismo de armonización de interés como las Conferencias de Servicios creadas para la gestión de asuntos públicos, por ejemplo, la realización del *Mundial de Fútbol* en el año 1990 en Italia²²⁵, este mecanismo permitió la agrupación no sólo

²²⁴ GAVARA DE CARA, *La dimensión objetiva de los derechos sociales, op.cit.*, pág. 49.

²²⁵ MANUEL FERNÁNDEZ SALMERÓN, “La Conferenza di Servizi in la Reforma Bassanini”, en FRANCISCO SOSA WAGNER (Ed.), *El derecho público en el umbral del siglo XXI*, tomo 2, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, págs. 1665-1685, 1669 (nota 7).

de intereses privados y públicos, sino que, trajo lecciones muy valiosas sobre escenarios donde estos últimos coexisten a través de diversos sectores.

Al mismo tiempo, se ha tratado de un mecanismo que permita solucionar aspectos que, por su complejidad, no pueden organizarse con simples mecanismos de concertación tradicionales. Presenta, de la misma manera, algunas ventajas asociadas como brindar celeridad en la adopción de decisiones y la incorporación de una técnica como el silencio positivo para las administraciones no vinculadas a la conferencia.

Tomando el riesgo de caer en la moda, merece al menos una consideración un modelo distinto de Derecho administrativo como el Norteamericano, el cual ha tenido por acierto el hecho cambiar la polarización negativa de su Derecho administrativo concentrado en evitar los excesos del Estado por una positiva, donde el mismo sirva a doble finalidad de favorecer la revisión judicial y la adopción de mejores decisiones por las autoridades administrativas²²⁶. En este marco, se encuentran algunas soluciones procedimentales que permitan la adopción de mejores decisiones en el ámbito que venimos tratando aquí. Valga mencionar, a modo de ejemplo, el *adversarial legalism* como una forma especial para adoptar políticas públicas en situaciones de conflicto y posible litigiosidad, siendo necesarias las cautelas frente a:

“a. Impugnación jurídica formal: los intereses involucrados involucran derechos subjetivos, obligaciones, impulsados por la amenaza de que se recurra a la revisión judicial o la ejecución; b. Activismo litigante: la recopilación y presentación de pruebas y la articulación de y la articulación de demandas [que] están dominadas o profundamente influenciadas por las partes o intereses en disputa, que actúan principalmente a través de los abogados; c. Incertidumbre sustantiva; las decisiones oficiales, en términos relativos o comparativos, son variables, impredecibles y reversibles, por lo tanto la defensa de lo ‘adversarial’ o de lo concencioso puede tener un impacto sustancial”²²⁷.

De acuerdo con la noción anterior es posible realizar la planeación normativa de las políticas sociales a partir de un procedimiento administrativo que involucre tanto más sea posible a los actores involucrados en las políticas públicas sociales, para prevenir los posibles errores que pudieran ocurrir con su posterior aplicación y los eventuales litigios. En consecuencia, se desplaza al poder judicial como escenario de resolución. Y ¿por qué no? Podría este verse involucrado en este proceso a título meramente consultivo, para no olvidar tampoco las lecciones que arroja un pasado judicial en estos asuntos.

²²⁶ RICHARD B. STEWART, “Il diritto amministrativo nel XXI secolo”, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 1, Milano, Giuffrè, 2004, págs. 1-30, pág. 2.

²²⁷ ROBERT KAGAN, “Do Lawyers cause Adversarial Legalism, A Preliminary Inquiry”, en *Law & Soc. Inquiry*, vol. 19, 1994, págs. 1-62.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Conforme se ha visto la dinámica de los derechos sociales anudada a una lectura ideológica de izquierda (con la indeterminación que es propia del término) han imprimido un dinamismo al concepto de constitucionalismo preso en el letargo del pasado. Ello impone, sobre todo, una serie de retos para las investigaciones futuras en estas materias. También sirve de reto ideológico para la tendencia contraria –la no menos amplia tendencia jurídica de derecha– a ensayar mejores críticas de las débiles lecturas del proteico “asistencialismo” que la aceptación de los derechos sociales, según su visión, supone.

Como se ha hecho perceptible el rescate historiográfico de la historia del Estado en Latinoamérica es una operación forzada a cuyo auxilio han recurrido académicos con menor compromiso que los locales²²⁸. Esto servirá, de la misma forma, para explicar –retomando la frase de PETER HÄBERLE– la forma como la historia y la evolución del Estado han sido objeto de un incipiente tratamiento, este ha privilegiado los lazos con el presente, olvidando el gran pasado que tiene sobre sus hombros. Por ello, es tan imperativo realizar reconstrucciones sobre los órdenes constitucionales, antes de centrarse exclusivamente en los últimos procesos constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

A) FUENTES PRIMARIAS

a) *Constituciones*

- (1789) *Déclaration des Droits de l'Homme en Société de 1789*, ed. por CAPORAL, STEPHANE (Ed.): *Constitutional documents of France and Corsica 1789-1848*, Berlín & Nueva York, De Gruyter, 2010, págs. 29-32.
- (1811) *Declaración de los Derechos del Hombre en Sociedad en la Constitución de la República de Tunja*, ed. por MARQUARDT, BERND (Ed.): *El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia, Edición auténtica y comentada*, 2ª ed., Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia & Ibáñez, 2011, págs. 391-422.
- (1812) *Constitución Política de la Monarquía Española*, ed. por ÁLVAREZ ALONSO, CLARA *et al.* (Eds.): *Constitutional documents of Portugal and Spain 1808-1845*, Berlín, De Gruyter, 2010, págs. 345-390.
- (1919) *Verfassung des Deutschen Reiches*, en *Reichsgesetzblatt*, 1919, págs. 1383 y ss.

²²⁸ La obra del profesor BERND MARQUARDT citada a lo largo del presente trabajo es un intento único por realizar evaluaciones historiográficas sin jugar con dados cargados.

- (1931) *Constitución de la República Española*, ed. por CONGRESO DE LOS DIPUTADOS DE ESPAÑA, http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf (25.06.2015).
- (1947) *Costituzione della Repubblica Italiana*, en *Gazzetta Ufficiale*, de 27 de diciembre de 1947, págs. 298 y ss.
- (1949) *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Ley fundamental para la República Federal Alemana, en *Bundesgesetzblatt I*, 1949, págs. 1 y ss.
- (1961) *Constitución de la República de Venezuela del 23 de enero de 1961*, ed. por BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES (Ed.): *Constituciones hispanoamericanas*, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/constitucion-de-la-republica-de-venezuela-23-enero-1961/> (25.06.2015).
- (1978) *Constitución española de 6 de diciembre 1978*, en *Boletín Oficial del Estado*, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, págs. 29313-29424, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229 (25.06.2015).
- (1979) *Constitución Política del Perú de 12 de julio de 1979*, ed. por BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES (Ed.): *Constituciones Hispanoamericanas, Perú*, <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-politica-del-peru-12-de-julio-1979/html/> (25.06.2015).
- (1991) *Constitución de Colombia*, en *Gaceta Constitucional*, núm. 127, de 10 de octubre de 1991.
- (1994) *Constitución de la Nación Argentina*, ed. por SENADO DE ARGENTINA, <http://www.senado.gov.ar/deInteres> (25.06.2015).
- (2008) *Constitución de la República del Ecuador*, en *Registro Oficial*, núm. 449, de 20 de octubre de 2008, <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/2008.pdf> (25.06.2015).

b) *Bibliografía histórica*

- (1809) BONNIN, CHARLES JEAN: *Principes d'administration publique*, París, Clement Frères, 1809.
- (1871) LABAND, PAUL: *Derecho presupuestario*, Madrid, Técno, 2012. Título original en alemán: *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preußischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes*, Berlín, Guttentag, 1871.
- (1878) AROSEMENA, JUSTO: *Estudios constitucionales sobre los gobiernos de la América Latina*, 2 tomos, París, Liberia Española i Americana de E. Denne, 1878.
- (1882) JELLINEK, GEORG: *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Viena, A Hölder, 1882.
- (1897) ORLANDO, VITTORIO EMANUELE: *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1897.
- (1927) POSADA, ADOLFO & PÉREZ SERRANO, NICOLÁS: *Constituciones de Europa y América*, 2 tomos, Madrid, Librería General de V. Suárez, 1927.
- (1931) HARIOU, MAURICE: *La Jurisprudence administrative de 1892 á 1929*, París, Librairie du Recueil Sirey, 1931.
- (1932) POSADA, ADOLFO: *La nueva constitución española*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2006.

- (1946) MORTATI, CONSTANTINO: “Una valoración de conjunto sobre la experiencia de Weimar”, en ÍD. *et al.*: *La Constitución de Weimar (texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919)*, Madrid, Ed. Tecnos, 2010 Título original en italiano: *Introducciones alla Costituzioni di Weimar*, vol. 15 de la colección *Testi e Documento Costituzionali*, Firenze, Ministero della Costituente, 1946.
- (1946) CALAMANDREI, PIETRO: *La Constitución Inactuada*, Madrid, Ed. Tecnos, 2012. Título original en italiano: *La Costituzione inattuata*, Roma, Ed. Avanti, 1956.
- (1951) BACHOF, OTTO: *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* 3ª ed., Lima, Palestra Eds., 2010. Título original en alemán: “Verfassungswidrige Verfassungsnormen?”, en *Recht und Staat*, núm. 163/164, Tübingen, Mohr Siebeck, 1951.
- (1951) KONETZKE, RICHARD: “Estado y Sociedad en las Indias”, en *Estudios Americanos*, núm. 3, Sevilla 1951, págs. 33-58.
- (1951) SMEND, RUDOLF: “Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz”, en revista *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, núm 1, Tübingen, Mohr, 1951, págs. 4-14.
- (1954) OLIVÁN, ALEJANDRO: *De la administración pública en relación a España*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954.
- (1961) JORDANA DE POZAS, LUIS: *Estudios de administración local y general*, tomo 1, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1961.
- (1967) BELLAH, ROBERTH: “Civil Religion in America”, en *Journal of the American Academy of Arts and Sciences*, vol. 96, núm. 1, 1967.
- (1969) CROZIER, MICHEL: *El fenómeno burocrático*, Buenos Aires, Amorrortu Eds., 1969.
- (1969) WOLFF, HANS J.: “Fundamentos del derecho administrativo de prestaciones,” en CORTIÑAS PELÁEZ, LEÓN (Ed.): *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX*, tomo 1, Madrid, Instituto de Administración Local, 1969.
- (1971) FORSTHOFF, ERNST: *El Estado de la sociedad industrial*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2013. Título original en alemán: *Der Staat der Industriegesellschaft*, Múnich, Verlag C.H. Beck, 1971.
- (1971) SOSA WAGNER, FRANCISCO: *Organización y control del sector empresarial público en España*, Madrid, Instituto de Estudios de Administrativos, 1971.
- (1972) ARIÑO ORTÍZ, GASPAR: *Descentralización y planificación*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1972.
- (1972) LOWI, T. J.: “Four Systems of Policy, Politics and Choice”, en *Public Administration Review*, núm. 32, American Society for Public Administration, 1972, págs. 298-310.
- (1978) NIETO GARCÍA, ALEJANDRO: “Burocracia y democracia”, en ÍD. *et al.*, *Jornadas Administrativas del INAP*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1978, págs. 53 y ss.

B) BIBLIOGRAFÍA SECUNDARIA

- ABRAMOVICH, VICTOR & COURTIS, CRISTIAN: *El umbral de la ciudadanía, La protección de los derechos sociales en un Estado Constitucional*, Buenos Aires, Eds. del Puerto, 2007.
- ABRAMOVICH, VICTOR & COURTIS, CRISTIAN: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Madrid, Ed. Trotta, 2004.
- ABRAMOVICH, VICTOR & PAUTASSI, LAURA: “Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales, Ideas para una construcción garantista”, en ÍD.: *La medición de derechos en las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010, págs. 1-91.
- ACKERMAN, BRUCE: *La nueva división de poderes*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007. Título original en inglés: “The new Separation of Powers”, en revista *Harvard Law Review*, vol. 113, núm. 3, 2000, págs. 633-725.
- AGUILAR RIVERA, JOSÉ ANTONIO: *En pos de la quimera, Reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- ALEXY, ROBERT: *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. Título original en alemán *Theorie der Grundrechte*, Fráncfort del Meno, Surkramp Verlag, 1996.
- ARANGO RIVADENEIRA, RODOLFO: “Fundamentos del ius constitutionale commune en América Latina, Derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional”, en BOGDANDY, ARMIN VON *et al.* (Eds.): *Ius constitutionale commune en América Latina, Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Universidad Nacional Autónoma, 2014, págs. 25-36.
- ATRIPALDI, VINCENZO: “El modelo de la ‘democracia latina’ y la formación de la constitución italiana de 1948”, en SCHIPANI, SANDRO *et al.*: *Constitucionalismo latino y liberalismo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1990, págs. 77-88.
- AUBY, JEAN BERTRAND & PERROUD, THOMAS: “Introducción”, en ÍD. (Eds.): *La Evaluación del Impacto Regulatorio*, Madrid, INAP & Global Law Press, 2013, págs. 11-67.
- BAENA DEL ALCÁZAR, MARIANO: *Ciencia administrativa*, 4ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 2000.
- *Origen y consolidación de la administración liberal en España (1838-1900)*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2012.
- BERNAL PULIDO, CARLOS: “Derechos Fundamentales, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo en América Latina”, en ARNAUD, MARTÍN (Ed.): *Justicia Constitucional, Derechos Humanos y democracia en América Latina*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2014, págs. 31-63.
- *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006.
- BOGDANDY, ARMIN VON & FIX-FIERRO, HÉCTOR & MORALES ANTONIAZZI, MARIELA (Eds.): *Ius constitutionale commune en América Latina, Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.

- BOTERO BERNAL, ANDRÉS: “Una sombra en la noche, En torno al constitucionalismo gaditano y la Nueva Granada”, en revista *Historia Constitucional*, núm. 15, Madrid & Oviedo, CEPC & Universidad, 2014, págs. 311-389.
- BREÑA, ROBERTO: *El imperio de las circunstancias, Las independencias latinoamericanas y la revolución*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2012.
- BREWER CARIAS, ALLAN: *Estudio Introductorio a las Constituciones de Venezuela*, Madrid, Instituto de Administración Local, 1985.
- *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia & Universidad Javeriana, 1995.
- *Reforma constitucional y fraude a la constitución, El caso de Venezuela (1999-2009)*, 2014, [http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%201076.%20Brewer.%20REFORMA%20Y%20MUTACI%C3%93N%20CONSTITUCIONAL%20EN%20VENEZUELA.%20IV%20Congreso%20DPC%20Bogot%C3%A1%202014.doc\).pdf](http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%201076.%20Brewer.%20REFORMA%20Y%20MUTACI%C3%93N%20CONSTITUCIONAL%20EN%20VENEZUELA.%20IV%20Congreso%20DPC%20Bogot%C3%A1%202014.doc).pdf) (25.06.2015).
- BRUGUÉ, QUIM: “Políticas públicas, Entre la deliberación y el ejercicio de autoridad”, en *Revista Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, vol. 1, núm. 1, 2014, págs. 37-55.
- & PARÉS, MARC: “Entre la deliberación y la negociación el caso de la montaña de Aragón”, en *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 158, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, págs. 75-101.
- BUCHELY, LINA: “Más allá del modelo weberiano, El debate sobre la burocracia y el Estado”, en GUPTA, AKHIL *et al.* (Eds.): *Las burocracias*, Bogotá, Siglo del Hombre Eds., 2014, págs. 11-85.
- CASSESE, SABINO: *La Crisis del Estado*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2003.
- *Las bases del derecho administrativo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1994.
- CHANTAL, TOMAS: *Re-Reading Weber in Law and Development, A Critical Intellectual History of Good Governance*, Paper 118, Cornell, Law Faculty Publications, 2008.
- CLAVERO, BARTOLOMÉ: “Nación y naciones en Colombia entre constitución, concordato y un convenio (1810-2010)”, en *Revista de Historia del Derecho Sección Investigaciones*, núm. 41, Buenos Aires, INHIDE, 2011, págs. 79-137.
- COMANDUCCI, PAOLO: “Constitución y neoconstitucionalismo”, en RODENAS ÁNGELES & GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL (Eds.): *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Coloquio Jurídico Europeo, 2009, págs. 80-111.
- CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, CONPES: *Diseño e implementación de los beneficios económicos periódicos (BEPS)*, Documento núm. 156, 2012, <http://www.beps.gov.co/normativa/normas/Conpes156.pdf> (25.06.2015).
- COURTIS, CRISTIAN (Ed.): *Ni un paso atrás*, Buenos Aires, Del Puerto Eds., 2006.

- “Políticas, Programas sociales, derechos sociales, Ideas para una construcción garantista”, en ABRAMOVICH, VICTOR & PAUTASSI, LAURA (Eds.): *La medición de derechos en las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010, págs. 127-152.
- CRiado DE DIEGO, MARCOS & NOGUERA FERNÁNDEZ, ALBERT: “La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del Nuevo Constitucionalismo en América Latina”, en *Revista de Estudios Socio Jurídicos*, vol. 13, núm. 1, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2011, pág. 15-49.
- CROZIER, MICHEL: “Datos elementales para un círculo vicioso burocrático”, en BALART, XABIER & RAMÍO, CHARLES (Eds.): *Lecturas de teoría de la organización*, tomo 1, Madrid, Ministerio de Administración Públicas, 1993, pág. 411-423.
- DAHRENDORF, RALF: *Reflexões sobre a revolução na Europa*, Ed. J. Zahar, 1991.
- DÍAZ, ELÍAS: “Estado de Derecho”, en ÍD. & RUIZ, MIGUEL ALFONSO (Eds.): *Filosofía Política II, Teoría del Estado*, Madrid, Ed. Trotta, 1996, págs. 63-83.
- DIPPEL, HORST (Ed.): “Constitucionalismo entre legitimación formal y deslegitimación inconfesable entre legitimación formal y deslegitimación inconfesable”, en ÍD.: *Constitucionalismo moderno*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2009, págs. 185-201.
- *Verfassungen der Welt vom späten 18. Jahrhundert bis Mitte des 19. Jahrhunderts, Quellen zur Herausbildung des modernen Konstitutionalismus, Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century, Sources on the Rise of Modern Constitutionalism*, 31 tomos, Múnich & Berlín, K. G. Saur & De Gruyter, 2005-2014.
- DWORKIN, RONALD: *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI Eds., 2012. Título original en inglés: *A Matter of Principle*, Oxford University Press, 1985.
- ELSTER, JON: “Introduction”, en ÍD. & SLAGSTAD, RUNE (Eds.): *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, University Press, 1993, págs. 1-17.
- EMBED IRUJO, ANTONIO: *La constitucionalización de la crisis*, Madrid, IUSTEL, 2006.
- ESTEVE PARDO, JOSÉ: “La Evolución del Garantismo, De las garantías personales a la garantía del Estado”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 46, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 2013, págs. 1-13.
- FERASIN, GIOVANNI: “Su di una intuizione di M. S. Giannini intorno all’origine del diritto amministrativo”, en AYUSO TORRES, MIGUEL *et al.*: *Dalla geometria legale-statualistica alla riscoperta del diritto e della politica, Estudios en honor de Francesco Gentile*, Madrid, Fundación Francisco Elías Tejada, 2006, págs. 253-264.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMAS RAMÓN: *De la arbitrariedad de la administración*, 5ª ed., Madrid, Civitas, 2008.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, MANUEL: “La Conferenza di Servizi en la Reforma Bassanini”, en SOSA WAGNER, FRANCISCO (Ed.): *El derecho público en el umbral del siglo XXI*, tomo 2, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2009, págs. 1665-1685.
- FERRAJOLI, LUIGI: “Deontologia Giudiziaria”, en *Rivista Diritto y Questioni Pubbliche*, núm 13, Palermo, Dipartimento di Scienze Giuridiche, 2013, págs. 496-511.

- *Derechos y garantías la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- FIORAVANTI, MAURIZIO: *Constitucionalismo, Experiencias Históricas y tendencias actuales*, Madrid, Ed. Trotta, 2014.
- FUENTES CONTRERAS, EDGAR: *El ocaso del Estado moderno*, Bogotá, Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2012.
- FUNES, PATRICIA: *Ideas Políticas en América Latina, Un recorrido por las ideas, las corrientes, los pensadores y líderes de la historia intelectual latinoamericana*, México, Colegio de México, 2014.
- GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO: *Formación y Enseñanza del Derecho Público en España (1769-2000)*, *Un ensayo crítico*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: “El valor normativo de la constitución española”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 44, Madrid, UNED, 1998, págs. 31-44.
- “Los fundamentos constitucionales del Estado”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 18, núm. 52, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998, págs. 11-33.
- GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO: *Criaturas de la moralidad, Una aproximación neoesntitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.
- “El neoconstitucionalismo excéntrico de Luigi Ferrajoli”, en MANCILLA, GEMA (Ed.): *Constitucionalismo y garantismo*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2010, págs. 100-133.
- “Neoconstitucionalismo y ponderación”, en ORTEGA, LUIS & SIERRA, SUSANA DE LA (Eds.): *Ponderación y derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2009, págs. 73-97.
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO: “Apuntes sobre la codificación y la costumbre en el derecho colombiano”, en *Precedente, Anuario Jurídico*, Cali, Ed. Universidad Icesi, 2003, págs. 97-125.
- “Constitucionalismo aspiracional”, en *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, vol. 15, núm. 29, Sevilla, Ed. Universidad de Sevilla, 2013, págs. 77-97.
- *La eficacia simbólica del derecho, Sociología política en el campo jurídico de América Latina*, 2ª ed., Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2014.
- *Sociología y crítica del derecho, Derecho y sociedad en América Latina*, México, Fontamara, 2010.
- GARGARELLA, ROBERTO: “Crisis de representación y constituciones contramayoritarias”, en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 2, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1995, págs. 89-108.
- “Democracia, representación y participación política”, en ÍD. (Ed.): *La constitución en 2020, 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires, Siglo XXI Eds., 2012.
- “El Constitucionalismo en Sudamérica 1810-1860”, en *Precedente Anuario Jurídico*, Cali, Ed. Universidad Icesi, 2006, págs. 53-85.
- “El ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’”, en *El País, Opinión*, de 20 de agosto de 2014, http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.html (25.06.2015).

- “Justicia dialógica y derechos sociales”, en ESPINOZA MONTEROS, JAVIER & ORDÓÑEZ, JORGE (Eds.): *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2013, págs. 109-140.
- *La sala de máquinas de la constitución, Dos Siglos de Constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz, 2014.
- *Los fundamentos legales de la desigualdad, El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Madrid, Siglo XXI Eds., 2005.
- “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, en ARANGO, RODOLFO (Ed.): *Filosofía de la democracia, Fundamentos conceptuales*, Bogotá, Ed. Universidad de los Andes, 2007.
- & COURTIS, CRISTIAN: “El nuevo constitucionalismo latinoamericano, Promesas e interrogantes”, en *Revista Cepal*, núm. 153, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2009, págs 1-45.
- GAVARA DE CARA, JUAN CARLOS: *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Barcelona, Ed. J.M. Bosch, 2010.
- GIANNINI, MASSIMO SEVERO: *El poder público, El Estado y la administración pública*, Madrid, Ed. Civitas, 1991. Título original del italiano: *Il Pubblico Potere, Stati e Amministrazioni Pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986.
- *Premisas históricas y sociológicas del derecho administrativo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1980. Título original del italiano: *Diritto Amministrativo*.
- GIL BOTERO, ENRIQUE: *La constitucionalización de la responsabilidad del Estado*, Bogotá, Ed. Temis, 2013.
- GOMES CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM: “Principios y nuevos constitucionalismos, El Problema de los nuevos principios”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, año 7, núm. 14, Granada, Ed. Universidad de Granada, 2010, págs. 321-364.
- “¿Revisar la/ o romper con la constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 15. núm. 43, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995, págs. 9-25.
- *Teoría de la constitución*, Madrid, Universidad Carlos III, 2002.
- GÓMEZ, SANTIAGO LEÓN: “El concepto de constitucionalismo colombiano en el siglo XX ¿Modelo de organización o elemento de dominación?”, en revista *Historia Constitucional*, núm. 14, Madrid & Oviedo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales & Universidad de Oviedo, 2013, págs. 467-488.
- GRASSO, PIETRO GIUSEPPE: “Questioni in tema di costituzioni scritte”, en MIGUEL AYUSO (Ed.): *Dalla geometria legale statualistica alla riscoperta del diritto e della politica, Studi in Honore di Francesco Gentile*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2006, págs. 295-304.
- GROSSI, PAOLO: “La constitución italiana como expresión de un tiempo jurídico posmoderno”, en revista *Historia Constitucional*, núm. 15, Madrid & Oviedo, CEPC & Universidad de Oviedo, 2014, págs. 1-22.

- “La legalità costituzionale nella storia delle legalità moderna e pos-moderna”, en revista *Giornale di Storia Costituzionale*, núm. 16, *Il valore della Costituzione italiana*, Macerata, Ed. Università di Macerata, 2008, págs. 1-25.
- GUASTINI, RICCARDO: *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Ed. Fontamara, 2001.
- *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Ed. Trotta, 2008.
- GUPTA, AKHIL & SHARMA, ARADHANA: “La Globalización en los Estados poscoloniales”, en ÍD. et al. (Eds.): *Las burocracias*, Bogotá, Siglo del Hombre Eds., 2014, págs. 97-166.
- HÄBERLE, PETER: “El regionalismo como principio estructural naciente del Estado constitucional y como máxima política de Derecho europeo”, en ÍD.: *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñate, Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, págs. 49-97. Título original en alemán: “Der Regionalismus als werdendes Strukturprinzip des Verfassungsstaates und als europarechtspolitische Maxime”, en revista *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 118, Tübingen, Mohr Siebeck, 1992, págs. 1-44.
- HERRERA, CARLOS MIGUEL: *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2006.
- “El nacimiento del constitucionalismo social latinoamericano (1917-1949), Una perspectiva comparada”, en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, núm. 350, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2012, págs. 169-189.
- HERRERA GUERRA, CARLOS: “Entes administrativos reguladores independientes y credibilidad institucional ineficiencia y peligros para la democracia latinoamericana advertidos desde el sistema norteamericano de los Creó”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 181, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, págs. 373-404.
- HOLMES, STEVEN & SUSTEIN, CASS: *El costo de los derechos, Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI Eds., 2011.
- JOLLY, JEAN FRANÇOISE: *Regir el territorio y gobernar los territorios, Políticas públicas de vivienda de interés social, servicios públicos domiciliarios y educación en Colombia*, Bogotá, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, 2010.
- KAGAN, ROBERT: “Do Lawyers cause Adversarial Legalism, A Preliminary Inquiry”, en *Law & Soc. Inquiry*, vol. 19, 1994, págs. 1-62.
- KAHN, PAUL: *Teología Política, Cuatro capítulos sobre el concepto de soberanía*, Bogotá, Siglo del Hombre, Eds., 2012.
- KENNEDY, DUNCAN: *Izquierda y Derecho, Ensayos de teoría jurídica crítica*, Buenos Aires, Siglo XXI Eds., 2010.
- KEUCHEYAN, RAZMIG: *Hemisferio izquierda, Un mapa de los nuevos pensamientos críticos*, Madrid, Siglo XXI Eds., 2013. Título original en francés: *Hémisphère gauche, Une cartographie des nouvelles pensées critique*, París, Ed. La Découverte, 2010.
- LLINÁS ALFARO, DAVID: *Estado indiano, Estado responsable*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2013.
- & SUÁREZ DELGADO, JOSÉ MANUEL: “La transformación del concepto de ciudadanía dentro del paradigma bipolar weberiano, Sobre las relaciones entre el Estado y los ciuda-

- danos administrados”, en MARQUARDT, BERND (Ed.): *El Estado constitucional en el tiempo y en el espacio*, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2015, págs. 131-209.
- MAGALDI MENDAÑA, NURIA: *Los orígenes de la municipalización de los servicios públicos en España, El tránsito del Estado liberal al social a la luz de la municipalización de servicios públicos*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2012.
- MALAGÓN PINZÓN, MIGUEL ALEJANDRO: “Los tres modelos de control de la administración pública en el siglo XIX vistos a través de la Constitución de 1843”, en BARBOSA DELGADO, FRANCISCO R. (Ed.): *Historia del Derecho Público en Colombia*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2012, págs. 565-586..
- MANNORI, LUCA & SORDI, BERNARDO: “Justicia y administración”, en FIORAVANTI, MAURIZIO (Ed.): *El Estado Moderno en Europa, Instituciones y derecho*, Madrid, Trotta, 2003 (traducción del italiano *Lo Stato Moderno in Europa*, Bari, Laterza, 2002), págs. 65-103.
- 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*, Bogotá, Ed. Temis, 2013, págs. 3-68.
- “Estado y Constitución de la Colombia de la Regeneración del Partido Nacional (1886-1909)”, en revista *Ciencia Política*, núm. 11, 2011, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, págs. 57-85.
- *Historia Mundial del Estado*, tomo 3, *El Estado de la modernidad temprana en Asia, África y las Américas*, Bogotá, Ed. Temis, 2014.
- *Historia Mundial del Estado*, tomo 4, *El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2014)*, Bogotá, Eds. Ecoe, 2014.
- “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, Acercamientos metodológicos, históricos y teóricos*, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2009, págs. 1-139.
- *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010)*, *Historia constitucional comparada*, 2 tomos, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2011.
- MORELLI, ALESSANDRO: “Qualità della normazione regionale e tutela dei diritti sociali”, en *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Contituzionalisti*, núm. 1, 2014, págs. 1-14.
- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO: *Crisis y reconstitución de la estructura territorial del Estado*, Madrid, IUSTEL, 2013.
- *El informe sobre España, Repensar el Estado o destruirlo*, Barcelona, Ed. Crítica, 2012.
- NEVES, MARCELO: “Transconstitucionalismo con especial referencia a la experiencia latinoamericana”, en BOGDANDY, ARMIN VON *et al.* (Eds.): *La justicia constitucional y su internacionalización, Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, págs. 717-758.
- NIETO GARCÍA, ALEJANDRO: *La nueva organización del desgobierno*, Madrid, Ed. Tecnos, 1996.

- NINO, CARLOS SANTIAGO: *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, ALBERT: “América del Sur ¿Democratizando la justicia constitucional?”, en ÍD. (Ed.): *Crisis de la Democracia y Nuevas Formas de Participación*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2013, págs. 273-313.
- “El neoconstitucionalismo andino ¿Una superación de la contradicción entre democracia y justicia constitucional?”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 90, Oñate, Gobierno Vasco, 2011, págs. 167-196.
- *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- OST, FRANÇOISE: *El tiempo del derecho*, México, Siglo XXI Eds., 2005. Título original en francés: *Le temps du droit*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1999.
- PACE, ALESSANDRO: “La muerte de una Constitución (Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Venezuela, núm. 17, del 19 de enero de 1999)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 19, núm. 57, 1999, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, págs. 271-283.
- “Sulle Revisioni Costituzionali”, en *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, núm. 2, 2014, <http://www.rivistaaic.it/sulle-revisioni-costituzionali.html> (25.06.2015).
- PASTOR, ROBERTO VICIANO: *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- & RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en ÍD. (Ed.): *Nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2010.
- PEREZ HERNÁNDEZ, LISSETTE: “Democracia sin estándares, El poder en Cuba y Venezuela”, en PASTOR, ROBERTO VICIANO (Ed.): *Nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, págs. 171-195.
- PÉREZ ROYO, JAVIER: *Reforma constitucional*, Madrid, Eds. Congreso de los Diputados, 1987.
- PETERS, GUY & PIERRE, JON: “Funcionarios y políticos, el equilibrio cambiante”, en revista *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 17-18, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2000, págs. 31-40.
- PIETSCHMANN, HORST: *Staat und staatliche Entwicklung am Beginn der spanischen Kolonisation Amerikas*, Münster, Aschendorff, 1980.
- PINELLI, CESARE: “L’incivilimento degli italiani e la Costituzione della Repubblica”, en *Giornale di Storia Costituzionale*, núm. 16, *Il valore della Costituzione italiana*, Macerata, Ed. Università di Macerata, 2008, págs. 29-39.
- PINZÓN, MARTÍN ALONSO: *Florentino González, Jurisconsulto y hacendista*, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2009.
- PISARELLO, GERARDO: “Constitución y gobernabilidad, Las razones de una democracia de baja intensidad”, en CAPELLA, JUAN RAMÓN (Ed.): *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Ed. Trotta, 2003, págs.129-149.

- “Derechos sociales, democracia e inmigración con el constitucionalismo español, Del originalismo a un interpretación sistemática y evolutiva”, en AÑON, MARÍA JOSÉ (Ed.): *La universalidad de los derechos sociales, El reto de la inmigración*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2004, págs. 37-87.
- “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999, Balance de una década”, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 28, 2012, págs. 55-75.
- “Estado de Derecho y crisis de la soberanía en América Latina”, en CARBONELL, MIGUEL *et al.* (Eds.): *Estado de derecho, Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI Eds., 2002, págs. 261-283.
- *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 2007.
- *Un largo termidor, La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Ed. Trotta, 2011.
- *Los procesos constituyentes, Caminos para la ruptura democrática*, Madrid, Ed. Trotta, 2014.
- PONCE SOLE, JULI: “Procedimiento administrativo, Globalización y buena administración”, en ÍD. (Ed.): *Derecho Administrativo Global*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2010.
- PORRAS NADALES, ANTONIO J.: “Estado social y políticas de bienestar, Ámbitos problemáticos a comienzos del siglo XXI”, en TEROL BECERRA, MANUEL JOSÉ (Ed.): *Los derechos sociales en el siglo XXI*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2009.
- POSADA, ADOLFO: *Hacia un nuevo derecho político*, Madrid, REUS, 2012.
- POZZOLO, SUSANNA: *Neoconstitucionalismo y Positivismo*, Palestra, Lima, 2011. Título original del italiano: *Neoconstituzionalismo e Positivismo Giuridico*, Torino, Giappichelli Ed., 2011.
- “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, en ÍD. (Ed.): *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Lima, Palestra Eds., 2011, págs. 22-60.
- “Un constitucionalismo ambiguo”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, tomo LII, núm. 238, México, UNAM, 2002, págs. 139-161.
- PRIETO VALDÉS, MARTHA: “El nuevo constitucionalismo latinoamericano, nuevos paradigmas constitucionales”, en PASTOR, ROBERTO VICIANO (Ed.): *Nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2010.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ MARÍA: *La administración del Estado social*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2007.
- RUIZ MANERO, JUAN: “Una tipología de normas constitucionales”, en ÍD *et al.*: *Fragments para una teoría de la constitución*, Madrid, IUSTEL, 2007, págs. 80-120.
- SAÉZ, RAMÓN: “El derecho, los derechos y el poder”, prólogo a PISARELLO, GERARDO & ASENS, JAUME: *No hay derechos, La ilegalidad del poder en tiempos de crisis* de, Barcelona, Ed. Icaria-Antrazyt, 2013, pág. 11.
- SCHIERA, PIERANGELO: *El constitucionalismo como discurso político*, Madrid, Dykinson, 2012.
- SCHMIDT-ASSMAN, EBERHARD: “La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 171, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, págs. 7-34.

- *Teoría general del derecho administrativo como sistema normativo*, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- SOSA WAGNER, FRANCISCO: *Juristas y enseñanzas alemanas I, 1945-1975, Con lecciones para la España actual*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2013.
- & FUERTES, MERCEDES: *Bancarrota del Estado y Europa como contexto*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2013.
- & SOSA MAYOR, IGOR: *El Estado fragmentado, El Imperio Austro-Húngaro y brote de naciones en España*, Madrid, Ed. Trotta, 2006.
- STEWART, RICHARD B.: “Il diritto amministrativo nel XXI secolo”, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 1, Milano, Ed. Giuffrè, 2004, págs. 1-30.
- SUAREZ DELGADO, JOSÉ MANUEL: “La inestable relación entre el derecho constitucional y el administrativo como una causa principal del carácter incompleto de los derechos sociales, Un breve análisis de los casos español y colombiano desde las perspectivas históricas y doctrinal”, en *Liber amicorum a Ernesto Saa Velasco*, Popayán, Universidad del Cauca (en prensa).
- SUBIRATS, JOAN: *Análisis de Políticas Públicas y Eficacia de la Administración*, Madrid, Instituto de Administración Pública, 1989.
- & DENTE, BRUNO: *El análisis y estudio de los procesos de decisión en políticas públicas*, Barcelona, Ed. Ariel, 2014.
- TAJADURA, JAVIER: “Estudio introductorio”, en (ID.): *Los preambulos constitucionales en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, págs. 13-36.
- TAU ANZOATEGUI, VICTOR: “El derecho indiano en su relación con los derechos castellano y común”, en GROSSI, PAOLO *et al.*: *Hispania, Entre derechos propios y nacionales*, tomo 1, Milano, Ed. Giuffrè, 1990, págs. 573-592.
- TROPER, MICHEL: “La máquina y la norma, Dos modelos de Constitución”, en revista *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 22, Alicante, Universidad, 1990, págs. 331-347.
- UPRIMNY YEPES, RODRIGO: “¿Existe un nuevo constitucionalismo latinoamericano? Una visión sintética de las transformaciones constitucionales reciente en América Latina”, en VIASÚS QUINTERO, INGRID C. & MURILLO DELGADILLO, MARÍA F. (Eds.): *Instituciones Judiciales y Democracia*, Bogotá, Consejo de Estado, 2011, págs. 135-157.
- “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina, Tendencias y desafíos”, en RODRÍGUEZ, CESAR (Ed.): *El derecho en América Latina, Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Eds., 2012, págs. 109-139.
- VALENCIA VILLA, HERNANDO: *Cartas de Batalla*, 3ª ed., Bogotá, Ed. Panamericana, 2010.
- VANDELLI, LUCIANO: *El poder local, Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa regional*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1992.
- *Trastornos en las instituciones políticas*, Madrid, Ed. Trotta, 2007. Título original en italiano: *Psicopatología delle riforme quotidiane, Le turbe delle istituzioni, Sintomi, diagnosi e terapie*.

- VARELA SUANZES-CARPEGNA, JOAQUÍN: *El constitucionalismo español en su contexto comparado*, Documento de Trabajo del Instituto de Estudios Latinoamericanos, núm. 13, Alcalá, Universidad, 2010, <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3664095.pdf>. (25.06.2015).
- VERDÚ, PABLO LUCAS: “La Constitución en la Encrucijada (Palingenesia Juris)”, en revista *Pensamiento Constitucional*, año 4, núm 4, 1997, págs. 69-139.
- VILLE, M.C.: *Constitucionalismo y Separación de Poderes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- WAHL, RAINER: *Los últimos cincuenta años del derecho administrativo alemán*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2013.
- WILLIAMS ALTAMIRANO, OSCAR: *Nuevo Constitucionalismo en América Latina*, 2010, <https://analisjuridicoaltamirano.wordpress.com/2015/04/16/nuevo-constitucionalismo-en-america-latina/> (25.06.2015).
- WOLFF, HANS J.: *Verwaltungsrecht I*, 13ª ed., Múnich, Verlag C.H. Beck, 2015.
- WOLF, PAUL: “Brasil en busca de una Constitución moderna, La Constitución de la República de los Estados Unidos de Brasil como Magna Carta a la moda americana”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004 págs. 377-390.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: “Dimensión política del poder un poder judicial democrático”, en CARBONELL, MIGUEL *et al.* (Eds.): *Jueces y derecho, Problemas contemporáneos*, México, Ed. Porrúa, 2004, págs. 113-120.