

## Estado de derecho y Estado social de derecho

La Constitución política define a Colombia en su artículo 1.º como un “Estado social de derecho”. Fue ésta una de las mayores innovaciones introducidas en 1991, pues ella constituye una norma fundamental o estructural del Estado, de aquellas que configuran la esencia misma del Estado colombiano y no podrían ser reformadas ni sustituidas sin un completo cambio de la Constitución. Está en el mismo rango de otros principios nucleares de nuestro ordenamiento jurídico, como son el de ser una república democrática y el de la autonomía de las entidades territoriales conforme a la idea de la descentralización. Los capítulos 2 y 3 de la Carta desarrollan ese principio en cuarenta artículos, además todo el conjunto normativo de la Constitución debe ser interpretado en consonancia con él.

La incorporación de este principio al cuerpo de las constituciones tiene una historia reciente, pues ella se remonta a la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania promulgada en 1949, en cuyo artículo 20 se proclama como “Estado federal democrático y social”, complementado por el artículo 28 que rubrica la armonía del orden constitucional de los Estados (Länder) con los principios del “Estado de derecho republicano, democrático y social”<sup>1</sup>. Siguiendo esa pauta, la Constitución

Española de 1978, en su artículo 1.º, declara que “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho”<sup>2</sup>.

Las ideas de Estado de derecho y Estado social aparecen estrechamente relacionados en esta nueva concepción del Estado social de derecho, a pesar de no ser eso obvio como lo demuestra la inagotable controversia jurídica y política en torno a dichos términos, considerados por algunos difícilmente conciliables o francamente incompatibles. Esto obliga a un análisis de cada uno de ellos y, finalmente, de la síntesis que los hace necesariamente complementarios, a la luz de la teoría y de nuestra jurisprudencia constitucional.

Lo anterior con mayor razón si se tiene en cuenta que la Constitución no define el Estado social de derecho ni menos aún el Estado de derecho, que nunca se expresó taxativamente en ella, quedando así su aclaración a las exposiciones doctrinales.

### I. ESTADO DE DERECHO.

#### A. DESARROLLO HISTÓRICO Y CONCEPTUAL

El concepto de Estado de derecho, tal como se le conoce en la época moderna,

nace en el ámbito jurídico-político alemán entre los siglos XVIII y XIX y tiene un origen claramente liberal. Se trata de oponer un Estado respetuoso de la ley y de las libertades del ciudadano al despotismo del Estado absolutista. La idea básica de este concepto de Estado de derecho consiste en que su tarea es el aseguramiento de la libertad y propiedad del ciudadano, su objeto la promoción del bienestar del individuo y, de esa manera, conformar su carácter como “ente común (*res publica*)”<sup>3</sup>. Se trataría de un orden estatal justo expresado a través de una Constitución escrita, el reconocimiento de los derechos del hombre, la separación de poderes y garantizado por leyes producidas y promulgadas conforme a procedimientos debidamente establecidos.

Si bien esta noción del Estado de derecho tiene ancestros que pudieran llevarnos hasta la antigüedad griega y romana y la Edad Media, lo mismo que manifestaciones importantes en la época de la Ilustración, sólo puede decirse que se precisa científicamente a partir de la obra del profesor alemán ROBERT VON MOHL (1799-1875). El profesor determina entre las formas de Estado, el Estado de derecho “de los tiempos modernos” y lo caracteriza así: “Su esencia se sitúa en el hecho que protege y estimula el desarrollo de todas las fuerzas naturales, desarrollo reconocido por el pueblo como objetivo de la vida del individuo y el conjunto de la sociedad”<sup>4</sup>.

A pesar de que la idea liberal establece el deber del Estado sólo allí, donde el individuo no se baste a sí mismo, el Estado de derecho así concebido incluye tareas económicas y culturales, superando el concepto de KANT, quien establece una separación entre el Estado de derecho y el Estado de administración<sup>5</sup>.

Para HEINZ MOHNHAUPT, “ese Estado de derecho constituye el único medio que permite lograr una expansión de la personalidad individual y su promoción. De él resultan derechos importantes de los ciudadanos que corresponden a la idea de participación en la vida del Estado y de seguridad de la esfera de libertad: los derechos fundamentales mencionados por la Constitución, la exigencia que el Estado formula para estimular los objetivos de la vida, el aspecto general y constitucional de las leyes, la legalidad de las directivas y la acción de la Administración, la independencia de la justicia y el principio de la proporcionalidad de la acción del Estado. Es así como ROBERT VON MOHL concede a su noción de Estado de derecho elementos materiales modernos, pero en él esa noción se refiere siempre a la forma de Estado de la “Monarquía constitucional”<sup>6</sup>.

Por los elementos que hemos mencionado puede verse claramente que en el concepto “Estado de derecho” hay una acumulación de ideas provenientes de muy diversas fuentes y de distintas épocas: el sometimiento del poder al derecho, el gobierno de la razón, el gobierno de leyes y no de hombres, la obligación del gobernante de proteger el derecho, la repartición o separación del poder, las libertades de los ciudadanos, los derechos del hombre y el Estado constitucional.

Al Estado de derecho, tal como hasta ahora lo hemos descrito, corresponde un “Estado racional” y con él se arraiga la concepción iusnaturalista, según la cual, habría derechos del hombre anteriores al Estado, los cuales éste debe acatar y preservar. Es, pues, una concepción material del Estado de derecho, basada en una noción de justicia y fuertemente impregnada de

ideología, la ideología liberal de la burguesía revolucionaria.

## II. DOCTRINA DEL ESTADO FORMAL DE DERECHO

Desde finales del siglo XIX hasta mediados del siglo XX, la ciencia del derecho se caracteriza por el predominio del positivismo jurídico, que llega a su más alta expresión con la *Teoría Pura del Derecho* de HANS KELSEN (1881-1973).

Como consecuencia de lo anterior, el Estado de derecho material es desplazado por una idea formal del Estado de derecho, para la cual ya no cuenta el fin y contenido del Estado, sino lo reduce exclusivamente a sus principios formales. Estos son, principalmente, los postulados de “legalidad de la Administración: prelación y reserva legal, primacía de la ley formal y la protección del derecho de la Administración mediante tribunales independientes”<sup>7</sup>.

El Estado de derecho se empobrece de esa manera y se estrecha al quedar reducido a un “Estado de leyes”, a través de un concepto puramente formal. La preocupación se centra en la seguridad jurídica y la previsibilidad y control de la acción del Estado, partiendo de la presunción de la ley como la máxima expresión de la voluntad y de la soberanía estatal. Todo el derecho está contenido en la ley y la supremacía del Parlamento, como creador de la legislación, es absoluta. Es comprensible que dentro de esta concepción no cabe el control jurisdiccional de la Constitución y eso explica que Francia, como abanderada del dominio de la ley y la superioridad del Parlamento, no lo admitiera sino hasta hace pocos años.

Aún más, con esas limitaciones, esto es las de un concepto puramente formal, la

idea de Estado de derecho se convertiría en una simple tautología y, como lo sostiene KELSEN consecuentemente, en conocimiento inútil. El mismo reconoce, sin embargo, la validez del concepto si se refiere a una forma específica de Gobierno. Dice KELSEN: “Si se reconoce en el Estado un orden jurídico, todos son un Estado de derecho, dado que esta expresión es pleonástica. En los hechos, es empleada para designar cierto tipo de Estado, a saber aquel que corresponde a las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica. “Estado de derecho”, en este sentido específico, es un orden jurídico relativamente centralizado, en el cual la jurisprudencia y la administración están vinculadas mediante leyes, o sea normas generales, proferidas por un parlamento elegido por el pueblo con o sin participación de un jefe de Estado colocado a la cabeza del Gobierno, los miembros de éste son responsables por sus actos, los tribunales independientes y determinadas libertades de los ciudadanos, en especial las de credos y conciencia y la de libre expresión de opiniones, se encuentran garantizadas”<sup>8</sup>.

El paso del Estado de derecho material al Estado de derecho formal se produce en Alemania luego de la derrota del liberalismo en la Revolución de 1848 y el consiguiente predominio de una idea conservadora del Estado. El representante de esta doctrina es el iuspublicista y filósofo del derecho FRIEDRICH JULIUS STAHL. (1802-1862). Él parte de que “El Estado debe ser Estado de derecho, esta es la solución y está también en la realidad de la tendencia de desarrollo de nuestro tiempo [...] esto no significa de ninguna manera el fin y contenido del Estado, sino sólo la especie y carácter de su realización”<sup>9</sup>.

### III. RECEPCIÓN DEL CONCEPTO DE ESTADO DE DERECHO

El concepto de Estado de derecho, que como hemos visto es típicamente alemán, se difunde en otras familias jurídicas a través de los tratadistas franceses y muy particularmente de CARRÉ DE MALBERG y LEÓN DUGUIT (1859-1928). El primero introduce esta noción en su terminología original *Rechtsstaat* significando así claramente la procedencia y rasgos específicos<sup>10</sup>.

Esa recepción es, por supuesto, la del Estado de derecho formal, como con nitidez se desprende de su exposición sobre la materia. “No hay que confundir este sistema (o sea el constitucional francés) con lo que se llama el régimen de Estado de derecho, en oposición al Estado de policía. El Estado de policía es aquel en el cual puede la autoridad administrativa, de una manera discrecional y con una libertad de decisión más o menos completa, aplicar a los ciudadanos todas aquellas medidas cuya iniciativa juzque útil tomar por sí misma, a fin de hacer frente a las circunstancias y conseguir en cada momento los objetos que se proponen. Este régimen de policía se funda en la idea de que el fin basta para justificar los medios. Al Estado de policía se opone el Estado de derecho, el “*Rechtsstaat*” de los alemanes. Por Estado de derecho debe entenderse un Estado que, en sus relaciones con sus súbditos y para garantía del estatuto individual de éstos, se somete él mismo a un régimen de derecho, por cuanto encadena su acción respecto a ellos por un conjunto de reglas, de las cuales unas determinan los derechos otorgados a los ciudadanos y otras establecen previamente las vías y los medios que podrán emplearse con vistas a realizar los fines estatales: dos clases de reglas que tienen por efecto común

limitar la potestad del Estado subordinándola al orden jurídico que consagran.

Uno de los signos característicos del régimen del Estado de derecho consiste precisamente en que, respecto a los administrados, la autoridad administrativa sólo puede emplear medios autorizados por el orden jurídico vigente, especialmente por las leyes.... Por consiguiente, en sus relaciones con los administrados, la autoridad administrativa no solamente debe abstenerse de actuar *contra legem*, sino que, además, está obligada a actuar solamente *secundum legem*, o sea en virtud de habilitaciones legales. El Estado de derecho es, pues, aquel que al mismo tiempo formula prescripciones relativas al ejercicio de su potestad administrativa, asegura a los administrados, como sanción de dichas reglas, un poder jurídico de actuar ante una autoridad jurisdiccional con objeto de obtener la anulación, la reforma o por lo menos la no aplicación de los actos administrativos que la hubieran infringido.... Por lo tanto, el régimen del Estado de derecho se establece en interés de los ciudadanos y tiene por fin especial preservarlos y defenderlos contra las arbitrariedades de las autoridades estatales”<sup>11</sup>.

Se ha considerado pertinente citar estos textos para mostrar cómo es la idea formal del Estado de derecho, es decir la que considera que éste se establece “simple y únicamente en interés y para la salvaguardia de los ciudadanos y sólo tiende a asegurar la protección de su derecho o de su estatuto individual”, tal como se transmite a través del eminente tratadista galo.

De otra parte, CARRÉ DE MALBERG desenvuelve esta teoría con el fin de aplicarla a la realidad francesa, caracterizada por él como un Estado legal y por consiguiente

que carece de la “perfección “de un Estado de derecho. Su propósito es luchar contra el poder omnímodo del Parlamento. “La teoría del Estado de derecho aparece bajo este ángulo como una máquina de guerra contra el sistema del Estado legal al cuestionar el privilegio de incontestabilidad que beneficia hasta entonces la ley en el derecho francés, ella legitima la institución de un control de constitucionalidad de las leyes<sup>12</sup>.

Otro maestro del derecho público francés, el profesor LEÓN DUGUIT, introduce igualmente la doctrina alemana del Estado de derecho, pero sin aceptar todas sus consecuencias. Rechaza la llamada autolimitación del Estado por considerar que es un derecho existente por fuera y antes del Estado, el que lo limita. Tampoco está de acuerdo con el control constitucional de las leyes, pues sigue sosteniendo la supremacía del Parlamento y teme el “gobierno de los jueces”<sup>13</sup>.

Para resumirlo con CHEVALLIER: “Así, construyendo su propia versión del Estado de derecho, la doctrina francesa viene a tropezar, ella también, en el problema de la limitación del Estado por el derecho: la sumisión de los órganos del Estado a las coacciones de un orden jurídico jerarquizado conducen sin duda a un *Estado regido por el derecho*, pero, en cambio, deja en suspenso el problema de la posición del Estado con relación a ese derecho”<sup>14</sup>.

Pero donde sin duda se hace sentir la influencia de la noción de Estado de derecho es en el derecho administrativo, al ampliar los poderes de control del juez especializado sobre los actos administrativos y desarrollar la responsabilidad de la Administración en beneficio de los ciudadanos.

Nos hemos detenido en este capítulo por haber sido a través del derecho francés que el derecho colombiano conoció primeramente

la doctrina del Estado de derecho y no de su fuente genética alemana.

#### IV. ELEMENTOS DEL ESTADO DE DERECHO

##### A. CONSTITUCIÓN ESCRITA

La Constitución escrita es, sin duda, un elemento importante del Estado de derecho, pues permite más fácil y claramente realizar sus fines y garantiza mejor la seguridad jurídica en las relaciones entre el Estado y el individuo. Las constituciones de Estados Unidos y Francia impulsaron la tendencia a las constituciones escritas y mostraron la importancia de incluir principios que son inherentes al Estado de derecho. Es así como las constituciones deben incorporar los derechos fundamentales, siguiendo en la tradición de los revolucionarios franceses con su Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, luego retomada como preámbulo de la Constitución de 1791<sup>15</sup>.

Entre nosotros, y siguiendo esos mismos ejemplos, se estableció la tradición de las constituciones escritas desde los primeros días de la lucha emancipadora. El profesor CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA ha rescatado del olvido ese rico filón del constitucionalismo colombiano<sup>16</sup>.

##### B. SEPARACIÓN DE PODERES

A pesar de ser un principio con antiquísimos antecedentes, entre ellos las teorías políticas de ARISTÓTELES y PLATÓN y de numerosos pensadores ingleses, es sólo MONTESQUIEU (1689-1755) quien precisa la teoría de la separación o división de poderes tal como se conforma en la edad moderna. Las funciones

del Estado corresponden a distintos órganos o, como lo dice MONTESQUIEU, a “tres clases de poderes”: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Es la forma para que “el poder frene al poder “y, de esa manera, pueda resultar la libertad, que no siempre aparece en los Estados, “sino sólo cuando no se abusa del poder”<sup>17</sup>.

En la idea de MONTESQUIEU se trataba más de un control mutuo entre los poderes, en particular el legislativo y el ejecutivo, para evitar la concentración del poder y proteger y asegurar la libertad personal contra toda arbitrariedad. Su modelo era el gobierno inglés con el sistema de *checks and balances*. Como lo señala SIMONE GOYARD - FABRE, la influencia de LOCKE (1632-1704) sobre MONTESQUIEU es incontestable. El modelo de un gobierno moderado tiene esa clara inspiración. A ambos puede atribuirse el principio de la separación de poderes<sup>18</sup>.

Una total división de los poderes no ha sido nunca posible y no era tampoco esa la opinión de MONTESQUIEU, sino más bien, como se dijo, una limitación del poder.

El principio clásico es entendido hoy en el sentido de una moderación, balanceo y mutuo control de los órganos del poder público, en la búsqueda de cooperación, dada la complejidad del Estado moderno y la multiplicidad de funciones que se le encomiendan. El entrecruzamiento de tareas resulta inevitable, pero lo esencial es que no se acumule el poder en un sólo órgano en detrimento de las libertades y derechos de los asociados, y se respete la esfera propia de cada uno de ellos.

La Constitución Política de Colombia (1991) sigue la división clásica al determinar en su artículo 113 que “son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Pero a ello se agrega que “además

de los órganos que las integran existen otros autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

Se llegó así a una solución híbrida al mantener la idea de la separación que, como ya se dijo, hoy es puramente teórica, pero cambiando la denominación de poderes por la de “ramas” y se mantuvo la de órganos, que había sido introducida a la Constitución de 1936 bajo la inspiración del profesor DUGUIT.

Nadie desconoce que el ejecutivo ejerce funciones legislativas y que el Congreso tiene funciones judiciales y administrativas, pero ello no implica que deba borrarse el principio de la separación en cuanto signifique impedir la concentración de poder en una sola rama u órgano y con ella el implantamiento de un gobierno despótico o dictatorial.

Debe quedar claro que la intromisión de un órgano en la órbita de funciones de otro sólo puede aceptarse cuando se ajusta a las normas constitucionales. Esto refleja el principio según el cual el poder sólo puede asegurarse a través del derecho.

2. Este principio implica que los órganos del Estado no sólo deben estar ligados al derecho, sino que el entero orden estatal y social se ha construido de tal manera que los órganos constitucionales también en la realidad sociológica ejercen sólo las facultades que les son atribuidas por la Constitución. Para ello es decisiva la lealtad a la Constitución de todo el pueblo, de los funcionarios y jueces; un Gobierno que viola la Constitución tiene que perder finalmente el acatamiento<sup>19</sup>.

### C. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

“El principio de legalidad de la Administración significa que ésta no debe tomar ninguna medida que contradiga una ley”, según la definición de EKKEHART STEIN<sup>20</sup>. El término “ley” se entiende en un sentido material y un sentido formal. En sentido formal cuando es expedida por un Parlamento y en sentido material cuando se trata de normas de obligatorio cumplimiento, aún cuando no provengan del legislador. Todas las leyes en sentido formal lo son en sentido material, aunque algunos autores consideran que el presupuesto es sólo ley en sentido formal. Los decretos y reglamentos son ejemplos de leyes en sentido material, a pesar de no serlo formalmente. Del principio de legalidad se desprenden la primacía de la ley y la reserva legal. La primacía significa que la manifestación de voluntad estatal hecha mediante ley está por encima de cualquier otro acto de la Administración. Esto corresponde al concepto positivista de la jerarquía de las normas, que fue particularmente desarrollado por KELSEN. El principio de supremacía de la ley está hoy ligado tanto al de democracia como al de Estado de derecho, en consideración a que la ley es expresión de un órgano elegido popularmente.

La reserva legal se entendió primeramente como el principio según el cual la propiedad y la libertad sólo podían ser afectadas con fundamento en una autorización legal. En este caso se entiende una ley en sentido material, esto es una ley expedida por el Parlamento o bien una norma dictada en virtud de autorizaciones legislativas.

Más adelante se amplió la reserva al conjunto de la actividad administrativa. Este principio tiene especial importancia en vista del ascenso del Ejecutivo y la ampliación de

sus funciones, en gran parte en detrimento de otros órganos del poder y especialmente del Parlamento. El acrecentamiento de poder del Ejecutivo se ha traducido “en un proceso de emancipación jurídica y en la crisis del principio de legalidad”, como observa CHEVALLIER<sup>21</sup>. Y agrega: “Esta ola ha sido no obstante contenida, particularmente con el recurso a una concepción ampliada de la legalidad, que permite mantener el principio de sujeción del Ejecutivo: a pesar de que la relación de éste con la ley ha cambiado, su acción no deja de estar colocada bajo el imperio del derecho”<sup>22</sup>.

La supremacía de la constitucionalidad, por su parte, y con ella la garantía de los derechos fundamentales, se encuentra asegurada por el control de constitucionalidad de las leyes, que ha sido introducido por la mayor parte de los países de cultura jurídica occidental. En Colombia ese control se ejercía por la Corte Suprema de Justicia y se ha perfeccionado al crearse la Corte Constitucional en 1991.

En el artículo 4.º de la Constitución se establece que esta es “norma de normas” y “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”<sup>23</sup>.

### D. PRINCIPIO DE GARANTIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Un componente material básico del Estado de derecho es la garantía de los derechos personales fundamentales. Parte esencial de un orden constitucional es la incorporación de los derechos fundamentales, cuya función principal es poner límites al poder del Estado a fin de preservar al individuo frente a la arbitrariedad de las autoridades. Esta

idea puramente liberal de los derechos individuales asegurados por la Constitución ha conocido una enorme ampliación a los derechos sociales y colectivos, como lo veremos al tratar del Estado social de derecho, en particular después de la Segunda Guerra Mundial. Los derechos fundamentales serán tema de otro capítulo de esta obra.

#### E. SEGURIDAD JURÍDICA Y PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA

Otro elemento esencial del principio de Estado de derecho es la seguridad jurídica y la claridad de las normas, o sea “racionalidad y mensurabilidad de las manifestaciones del poder estatal, que junto con la regulación de la distribución de competencias logren una previsión y precalculación de las acciones estatales”<sup>24</sup>. El Estado se convierte, de esta manera, en garante de la paz jurídica y esto exige que sus normas, en especial las del legislador, sean claras y determinadas y se den a conocer por medios idóneos al público, cuyo acceso a sus textos garantiza el conocimiento de las formas en que haya de actuar el Estado, o sea la pronosticación de sus acciones. La seguridad jurídica incluye los procedimientos en los casos litigiosos y es, en una palabra, fundamento de la justicia material, pues sin ella no es posible clarificar el derecho y decidir con certeza en las contiendas judiciales. De allí la importancia de que las normas sean precisas, sin que pueda exigirse tampoco que lleguen hasta los últimos detalles con desmedro de la propia jerarquía y seriedad de la ley. Lo fundamental es que la seguridad y claridad de la norma impidan la arbitrariedad o interpretaciones abusivas.

De allí depende también la confianza del ciudadano en la legalidad. La incertidumbre

por las disposiciones de un orden jurídico que no ofrezca suficiente seguridad a sus ciudadanos en materias que tienen que ver con su vida, sus intereses y su libertad, conduce a la anarquía social y la inestabilidad de las instituciones.

Un aspecto central de la confianza y la seguridad jurídicas radica en la disposición general de no retroactividad de las leyes, que, sin embargo, tiene excepciones, por ejemplo en materia penal cuando se trata de favorecer a los reos o en materia prestacional si se dirige a mejorar las condiciones de los beneficiados.

La Constitución Política de Colombia estatuye en su artículo 29 lo siguiente: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

#### F. OTROS PRINCIPIOS BÁSICOS

Entre otros varios elementos que se atribuyen a la idea del Estado de derecho debemos mencionar el principio de proporcionalidad, el cual indica que una acción administrativa que afecte a un individuo no sólo debe estar fundada en una ley, sino que debe llevarse a cabo de tal manera que evite al máximo tocar derechos protegidos de los ciudadanos. Sólo es permitida la intervención en la esfera individual en la medida que ello sea necesario para proteger intereses públicos. Debe haber una proporcionalidad entre los medios utilizados y los fines que se persiguen. Esto



se resume en la adecuación de los medios, o sea la aptitud para lograr el fin propuesto; la *necesidad* del medio, o sea la certeza de que no existe otro medio que logrando el mismo fin afecte menos al ciudadano, y finalmente, proporcionalidad, o sea que la medida no afecte más allá de lo soportable al ciudadano o cuya exigencia resulte inadmisibles por irrazonable. Es decir, la intervención estatal debe ser medida, justificada y racional.

Otros principios son los de protección jurídica y derechos fundamentales de justicia. A través de tribunales y jueces independientes debe establecerse una protección jurídica completa en especial contra las violaciones de los derechos de las personas provenientes de la Administración.

En nuestra Constitución se prevén esas garantías a través de los artículos 28 (garantía de la libertad personal), 29 (debido proceso), 30 (*habeas corpus*) 31 (recursos judiciales), entre otros<sup>25</sup>.

#### V. SENTIDO SUBJETIVO Y OBJETIVO DEL PRINCIPIO ESTADO DE DERECHO

Como principio subjetivo de Estado de derecho se conoce la protección de las libertades clásicas en sentido restringido, lo mismo que los derechos subjetivos y los intereses de los ciudadanos. Entre estos hay que mencionar en primera línea los derechos fundamentales. Según ROOS, es un Estado de derecho “el que se fija a sí mismo barreras en las relaciones con sus ciudadanos y a través de ello conforma jurídicamente las relaciones de la comunidad y de los individuos”<sup>26</sup>. Así queda definido el Estado de derecho de manera estrictamente subjetiva. La preocupación es preservar, como hemos visto, la esfera de libertad de las personas y limitar al máximo las

posibilidades que sea invadida o agredida por el Estado. Está inspirada en la desconfianza hacia el poder estatal.

El sentido objetivo, por el contrario, no busca la protección de los derechos fundamentales o el interés individual de los ciudadanos, sino realizar los intereses generales de la población.

Con la ampliación del concepto a este sentido objetivo se regresa a la primera versión del Estado de derecho, la sostenida por RUDOLF GNEIST y ROBERT VON MOHL, como se vio inicialmente y que fue empobrecida por el formalismo positivista. Esto lo sintetiza MANUEL GARCÍA - PELAYO así: “Se trata (se refiere al Estado de derecho) de un concepto que ha tenido una pluralidad de significaciones: dotado al principio de un contenido de índole ontológica y axiológica, fue más tarde desnaturalizado por el positivismo de tal modo, que lo convirtió en fórmula hueca, aplicable a toda clase de Estado”<sup>27</sup>.

#### VI. EL ESTADO DE DERECHO Y SUS CRITICOS

Hoy se conoce la idea del Estado de derecho un renacimiento universal. No sólo todos o casi todos los gobiernos reclaman su adhesión a esta doctrina, sino que proliferan las obras, debates y foros en torno a ella. Es tal la unanimidad que “resulta sospechosa”, como lo observa el profesor MICHEL TROPER<sup>28</sup>.

Las críticas más sistemáticas surgieron en los años 20 y 30 de este siglo, desde distintos ángulos. Por un lado, CARL SCHMITT en su “Teoría de la Constitución”<sup>29</sup>, pero acerbamente en sus escritos políticos en la época de la dictadura nacionalsocialista de ADOLFO HITLER, de la cual fue destacado

jurista, privilegia el aspecto político de la definición estatal, entendiéndolo por tal su rasgo autoritario, sobre el aspecto jurídico. SCHMITT preconiza el Estado *total* o sea la total homogenización de la sociedad absorbida por el Estado, lo que conduce sin duda al totalitarismo<sup>30</sup>. Después de la pavorosa experiencia de ese tipo de Estado sólo la más extrema derecha reivindica estas tesis.

En el polo opuesto, o sea el campo democrático, ya hemos visto que para la noción formalista de Estado de derecho, preconizada sobre todo por HANS KELSEN, “todo Estado es Estado de derecho”, tesis por supuesto en extremo peligrosa y que, paradójicamente, dada la profesión indiscutible de fe democrática del autor, sirvió a regímenes despóticos. Con razón apunta ELÍAS DÍAZ, divulgador en España de la teoría del Estado de derecho: “No todo Estado es Estado de derecho. Por supuesto que todo Estado genera, crea, un derecho, es decir, produce normas jurídicas, y que, en mayor o menor medida, las utiliza, las aplica y se sirve de ellas para organizar y hacer funcionar el grupo social, así como para resolver conflictos concretos surgidos dentro de él. Pero a, pesar de esa constante, no todo Estado merece ser reconocido con este, sin duda, prestigioso rótulo cualificativo y legitimador que es –además de descriptivo– el Estado de derecho: un Estado de derecho (todos o casi todos) no es, sin más, un Estado de derecho (sólo algunos lo son). Este implica –en términos no exhaustivos– sometimiento del Estado de derecho, a su propio derecho, regulación y control de los poderes y actuaciones todas del Estado por medio de leyes, creadas éstas además según determinados procedimientos de alguna abierta y libre participación popular, con respeto pues para

derechos fundamentales concordes con tal organización institucional.

Acerca de las ambigüedades e incertidumbres que desde el punto de vista de la construcción jurídica ofrece sin duda el principio de Estado de derecho, han escrito numerosos autores, entre ellos los ya mencionados SIMONE GOYARD-FABRE y MICHEL TROPER, para mencionar algunos. Sin embargo, casi nadie discute que en el mundo actual el Estado de derecho es un fundamento de la legitimidad de los Estados, sin desconocer sus limitaciones y teniendo buen cuidado de no trivializarlo como un simple producto de moda, o utilizarlo ritualmente para encubrir realidades que nada tienen que ver con un auténtico Estado de derecho democrático. Al hablar del Estado social se ampliarán estos conceptos.

## VII. PRINCIPIO DEL ESTADO SOCIAL

Como Estado social se define aquel que acepta e incorpora al orden jurídico, a partir de la propia Constitución, derechos sociales fundamentales junto a los clásicos derechos políticos y civiles. Se habla de derechos de segunda generación y más adelante se vendrán a complementar aún con los de tercera generación.

La característica de los derechos sociales es que no plantean, como las libertades civiles y políticas, derechos negativos de defensa, sino fundan derechos de prestaciones a cargo del Estado. La primera Constitución en consignar tales derechos fue la alemana de 1919, conocida como Constitución de Weimar. Luego la Constitución de la República española (1931) y varias otras, entre ellas la colombiana de 1936, incluyeron algunos de esos derechos. Esto era apenas un esbozo de lo que después habría de ser

el Estado social de derecho, que además ha recibido otras denominaciones como las de “Estado de bienestar (Welfare State)” o “Estado neocapitalista”. El reconocimiento de algunos de esos derechos, como el derecho al trabajo, la seguridad social, la educación, la asistencia médica, por sí solos no configuran un Estado social y fueron aceptados, incluso por regímenes absolutistas como el de la Alemania de la época del canciller BISMARCK, pues “el Estado social se refiere a los aspectos totales de una configuración estatal típica de nuestra época”<sup>31</sup>.

El surgimiento de los derechos sociales está directamente vinculado al desarrollo industrial de los países más avanzados y a la aparición en la escena política de la clase trabajadora organizada en sindicatos y partidos. Dos tendencias, la una revolucionaria y la otra reformista, nacieron de los movimientos socialistas y obreros del siglo XIX, representada la primera por CARLOS MARX y la segunda por FERDINAND LASALLE. Sin embargo, todos lucharon, por una u otra vía, por la conquista de una sociedad más justa. A partir de la terminación de la primera guerra mundial y después de un período de revoluciones y convulsiones sociales, se impone una nueva corriente constitucional que supera el concepto de libertades clásicas del Estado de derecho y da paso al derecho social<sup>32</sup>.

La idea del Estado social, propiamente tiene su origen, como la del Estado de derecho, en Alemania y entre sus precursores más notables debe mencionarse a LORENZ VON STEIN (1815-1890), para quien el fin principal de la administración es la solución del problema social mediante la protección y asistencia a los más débiles. VON STEIN, discípulo de la doctrina de HEGEL, da cuerpo en el derecho administrativo a ideas sobre

la intervención de un Estado de bienestar originadas en el pensamiento de LEIBNIZ y WOLFF.

#### VIII. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El creador del concepto de Estado social de derecho es el jurista alemán HERMANN HELLER (1891-1933). Por primera vez en 1930 plantea la tesis al formular la alternativa entre Estado de derecho y dictadura<sup>33</sup>. El Estado de derecho es insuficiente para hacer realidad el principio formalmente consagrado de la igualdad, pues el legislador no tiene en cuenta, dentro de tal Estado, las relaciones sociales de poder, convirtiendo así el derecho en una expresión de los más fuertes. Por el contrario, el Estado social de derecho ha de proponerse favorecer la igualdad social real.

Esto trae como consecuencia la obligación de proteger derechos tales como el del empleo, el del arrendatario, el de la mujer y la juventud, el de seguridad social y asistencia médica, el de educación, etc. Como ya se dijo, algunos de esos derechos tenían una historia anterior, pero la novedad está en la tipificación de una forma de Estado, el Estado social de derecho. El concepto, que inicialmente tenía una definición bastante vaga y general, se ha ido concretando a través de la legislación y la jurisprudencia. Su aplicación puede decirse que comprende principios como el de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, derecho a la vida y la integridad personal, igualdad, prohibición de toda discriminación, protección del matrimonio y de la familia, derecho a la vivienda, a la educación, obligación social de la propiedad, derecho a un ambiente sano y derecho a la cultura.

No fue fácil que los juristas alemanes asimilaran la cláusula de Estado social incorporada a la Ley Fundamental de la República Federal. Como lo indica ERNESTO BENDA<sup>34</sup>, las reacciones fueron generalmente adversas o simplemente despectivas. “Concepto en blanco carente de sustantividad”, “norma de carácter programático” o “debilitamiento del concepto de Estado de derecho”, fueron apreciaciones de conocidos iuspublicistas. Entre ellos se destacó E. FORSTHOF en numerosos escritos de contenido constitucional y administrativo. Sus tesis han sido de nuevo evocadas por quienes avizoran la crisis o cuando menos los límites del Estado social.

Si se menciona lo anterior es para mostrar las afinidades entre los puntos de vista de no pocos comentaristas colombianos con sus homólogos del país que vio nacer el concepto de Estado social, al introducirse la mencionada cláusula en la Constitución de 1991 y no de cualquier manera, sino como un principio rector que obliga al Estado, establece sus fines y, en el lenguaje de BENDA, habilita a las tareas de configuración social<sup>35</sup>, dejando al legislador la principal responsabilidad para su realización.

Sin embargo, en el caso colombiano, debemos señalar que la carga de esa configuración se ha desplazado en buena medida a la Corte Constitucional, a través de su abundante doctrina en torno a temas directa o indirectamente relacionados con la condición de Estado social. Corresponde al Parlamento, legitimado democráticamente, recuperar esa función que le es propia y desarrollar adecuadamente el conjunto de disposiciones constitucionales atañedoras a la cláusula social. La anterior afirmación no implica una crítica a la tarea social de la Corte, que en realidad ha llenado vacíos, sino un llamamiento a los legisladores para que

tomen conciencia de sus responsabilidades y restablezcan el equilibrio entre los distintos órganos del Estado, elemento esencial del Estado de derecho, que se puede ver minado por el activismo del Ejecutivo y de los jueces ante la pasividad del Congreso.

En una nación en desarrollo, con una economía débil, una enorme acumulación de necesidades y un grado muy elevado de polarización, social originada en la desigual distribución de la riqueza, se plantean diversas alternativas a las distintas administraciones públicas. La una, que infortunadamente hemos visto en ascenso, es la del desmantelamiento sistemático de los derechos y el consiguiente debilitamiento del Estado social, la otra, que busca fortalecer la democracia, es la de afianzar sus logros y defender la estructura de la Constitución. Esto último, que es lo deseable, deberá salir al paso de dos adversarios poderosos: el neoliberalismo rampante, que busca excluir toda intervención estatal y entregar la suerte de los desfavorecidos a los mecanismos del mercado y los populistas, que ofrecen demagógicamente beneficios y ventajas que exceden las posibilidades financieras de un país.

Las dificultades a las que nos referimos no son exclusivas de las naciones atrasadas, se perciben igualmente en países industriales poderosos, que avanzaron extraordinariamente por la vía del “Estado de bienestar”. Pero no se requiere mucho esfuerzo para comprender que esos problemas se ven agravados por el subdesarrollo, las desiguales condiciones del comercio internacional y la escasez de capital, lo mismo que de ciencia y tecnologías de punta.

Como juristas, a la par de ciudadanos, nos concierne estudiar los efectos que esas políticas han tenido para las concepciones del Estado y el derecho.

## IX. ANTECEDENTES DEL ESTADO SOCIAL

Mucho antes de que se formulara su definición, puede decirse que ya había elementos de lo que más tarde habría de conocerse como “Estado de bienestar” o “Estado social”.

El desarrollo del capitalismo como consecuencia de la industrialización, la revolución científica y técnica, las ideas de la Ilustración y antes de ellas el impulso de la reforma protestante y el Renacimiento fueron los antecedentes necesario para que se comenzara a esbozar esa idea.

ANTONIO BALDASARRE, en un estupendo ensayo sobre los “Derechos sociales”, dice que “en el curso del medio siglo comprendido entre los años ochenta del siglo pasado y los años treinta del presente, casi todos los estados de origen liberal realizaron las principales reformas legislativas y sociales que representaron las premisas esenciales de un moderno “Estado social”<sup>36</sup>. Sostiene, pues, una cierta autonomía con respecto a las teorías y acontecimientos del socialismo revolucionario, sin que por otra parte pueda negarse la influencia que la Revolución rusa y las primeras constituciones soviéticas tuvieron en los trabajos de los constituyentes de Weimar, autores de la Constitución Republicana de Alemania, en 1919, luego de la finalización de la Primera Guerra Mundial y el derrumbe de la monarquía wilhelmiana.

La clientelización y burocratización del Estado y de las empresas públicas encargadas de las tareas prestacionales y los fenómenos de corrupción, especialmente graves en los países subdesarrollados, han contribuido notablemente al decaimiento del “Estado social” y han sido aprovechados como pretexto, junto a los demás aspectos ya mencionados, para desfigurar o buscar

la eliminación o disminución de los derechos sociales de los trabajadores o su desconocimiento como derechos fundamentales.

De nuevo se plantea la lucha que dominó el siglo XIX y las tres primeras décadas del XX, entre dos principios esenciales, el de libertad y el de igualdad. Sabemos bien que dentro del propio liberalismo se perfilaron desde el nacimiento dos tendencias, la una individualista, defendida por JOHN LOCKE y la otra igualitaria, cuyo representante más conspicuo fue JUAN JACOBO ROUSSEAU. En la primera el predominio del sujeto lleva al olvido de la sociedad, con todas las nefastas consecuencias, mientras la segunda, propugna por una identificación de la sociedad y el individuo que permita crear condiciones humanas para su desarrollo. En su famoso “Discurso sobre el origen de la Desigualdad entre los hombres”, sin cuya lectura es imposible comprender genuinamente el *Contrato Social*, nos dice ROUSSEAU: “Hubiese querido nacer en un país donde el soberano y el pueblo no pudiesen tener más que el mismo interés, a fin de que todos los movimientos de la máquina tendiesen únicamente al bienestar común; lo cual no se podría hacer a menos que el pueblo y el soberano fuesen la misma persona; de todo ello se sigue que hubiese querido nacer bajo un gobierno democrático, sabiamente temperado”<sup>37</sup>.

Esa contraposición entre dos extremos de la idea liberal es lo que más tarde se conocería como enfrentamiento entre “derecha” e “izquierda”, que según el filósofo italiano NORBERTO BOBBIO no sólo no ha desaparecido sino que sigue más vivo que nunca, únicamente que ha cambiado, como en general las ideologías, de contenidos<sup>38</sup>.

Muchos temas acerca de la organización del Estado, por ejemplo en lo que toca a los derechos políticos, pueden haber sido

superados, de la misma manera que los antiguos litigios en las relaciones con las confesiones religiosas. Pero esto no indica que las diferencias entre esos dos términos del espectro político hayan desaparecido.

En el debate contemporáneo esa lucha se plantea precisamente en el tema del “Estado social” y más ampliamente puede decirse que su núcleo son los derechos sociales considerados como derechos humanos fundamentales.

#### A. DEFINICIÓN DEL ESTADO SOCIAL

El Estado que acepta e incorpora al orden jurídico, a partir de su propia Constitución, derechos sociales fundamentales junto a los clásicos derechos políticos y civiles, es conocido como Estado social. Los últimos son catalogados como derechos de primera generación, mientras que los derechos sociales se han calificado como derechos de segunda generación. Hoy se habla incluso de derechos de tercera generación.

Los derechos sociales son, a diferencia de los derechos políticos y civiles, positivos, es decir que obligan a determinadas prestaciones por parte del Estado o de los particulares. Los derechos civiles y políticos se han clasificado como negativos o de defensa, pues se trata de evitar que sean conculcados o desconocidos.

La primera Constitución en establecer expresamente los derechos sociales fue la llamada Constitución alemana de Weimar en 1919, bajo la presión del triunfo político del partido socialdemócrata y la influencia doctrinaria de uno de los más eminentes iuspublicistas de la época, HERMANN HELLER<sup>39</sup>, a quien se considera creador del concepto de Estado social de derecho, como lo veremos más adelante.

¿Será suficiente, sin embargo, para configurar un Estado social de derecho que así lo proclame la Constitución Política, o a ello debe unirse una serie de condiciones y el desarrollo de políticas legislativas y gubernamentales que lo materialicen? Es necesario adentrarnos en la historia de esa forma estatal para poder llegar a algunas conclusiones.

Desde ahora debemos decir que después de la Constitución de Weimar hubo aportes en la Constitución de la República española de 1931, que se reflejaron en la Constitución colombiana de 1936, elaborada bajo la administración progresista de ALFONSO LÓPEZ PUMAREJO, sin que todavía pueda afirmarse que el reconocimiento de algunos derechos sociales significara el establecimiento de un “Estado social de derecho”.

Todo esto no fue sino algunas expresiones de lo que luego habría de ser ese tipo de Estado, que recibió otras denominaciones, como la de “Estado de bienestar” (*Welfare State*) o “Estado neocapitalista”. El simple reconocimiento de algunos derechos, como el del trabajo, la seguridad social, la asistencia médica, por sí solos no caracterizan un Estado social y fueron en algunos casos aceptados incluso por estados absolutistas como el de la Alemania de la época del canciller BISMARCK. “El Estado social se refiere a los aspectos totales de una configuración estatal típica de nuestra época”<sup>40</sup>, indica MANUEL GARCÍA-PELAYO.

Lo anterior quiere decir que la entera organización del Estado, a través de sus distintos órganos, debe estar inspirada en la idea del Estado social, comenzando, por supuesto, por el reconocimiento explícito como derechos fundamentales de los derechos sociales.

No podemos, de ninguna manera, como ya atrás se insinuaba, disociar los derechos

sociales de las grandes luchas libradas por la clase trabajadora organizada en sindicatos y partidos, una vez entra en escena el desarrollo industrial de los países más avanzados. Esa lucha asumió también desde un principio rasgos distintos, según fuera de carácter revolucionario o reformista, tendencias animadas respectivamente por CARLOS MARX y FERDINAND LASALLE. La finalidad era la misma, conquistar las posibilidades y condiciones de una sociedad más justa, así las vías y los métodos utilizados fueran distintos y condujeran a diferentes resultados.

#### B. LA HISTORIA DE UN CONCEPTO

La paternidad de la idea del Estado social de derecho puede ser disputada sin que ello incida en su comprensión. Pero naturalmente es necesario encuadrarlo en sus verdaderos términos históricos y conceptuales.

Para KARL-HEINZ SCHÖNEBURG, la génesis se encuentra en la Revolución Francesa de febrero de 1848, cuando surge “como una fórmula de compromiso entre los partidos pequeñoburgueses y partes del movimiento obrero bajo fuerte influencia de la corriente de OWEN en Inglaterra. Se presentó como exigencia de construir un Estado en el que estuviera garantizado el derecho al trabajo, mediante la determinación con fuerza jurídica por el pueblo de lo que es el poder del Estado y lo que puede hacer y en donde es posible que los directos productores gestionen o congestionen sus empresas en forma de cooperativas...”. Esto refleja las ideas de LOUIS BLANC y el llamado socialismo utópico. El objetivo no era crear una sociedad o un Estado socialista, sino dentro del sistema capitalista conseguir que cada uno tuviera derecho al trabajo y a la

determinación o codeterminación del mismo, de su “contenido, resultados y desarrollo” en un Estado social y democrático de derecho<sup>41</sup>.

Sin embargo, el concepto jurídico del Estado social, como el del Estado de derecho, tiene propiamente su origen en Alemania y entre sus precursores más notables debe mencionarse a LORENZ VON STEIN (1815-1890), para quien el fin principal de la Administración es la solución del problema social mediante la protección y asistencia de los más débiles. VON STEIN, muy influido por las doctrinas filosóficas de HEGEL, incorpora al Derecho administrativo la idea de la intervención del Estado con esos propósitos, esto es, un Estado de bienestar. Si rastreamos aún más encontraremos que esto se encontraba en el pensamiento de LEIBNIZ y sobretodo de su discípulo CHRISTIAN WOLFF.

Todavía el concepto de Estado social se limitaba al aspecto puramente asistencial y no se había perfeccionado como Estado social de derecho, lo cual sólo vendría a ocurrir después de la primera guerra mundial.

#### C. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Debemos al jurista alemán HERMAN HELLER (1891-1933), como ya atrás se mencionaba, la creación del concepto de Estado social de derecho. Por primera vez en 1930 plantea esta tesis al formular la alternativa entre Estado de derecho y dictadura<sup>42</sup>. Una alternativa que había de tener trágico desenlace apenas tres años después con el ascenso de HITLER al poder, el posterior avasallamiento de Europa, la Segunda Guerra Mundial, el aniquilamiento de millones de seres humanos, el holocausto judío,

la destrucción de incalculables riquezas materiales y culturales, en síntesis, con la amenaza de expansión del totalitarismo en el mundo, que afortunadamente se frustró con la derrota del nazismo. Quedaba así sobradamente demostrado que la alternativa señalada por HELLER, víctima de la dictadura, era real. La lección en este campo fue la de no menospreciar, como hasta entonces lo habían hecho incluso sectores progresistas, el Estado de derecho, el respecto a la legalidad, el sometimiento de gobernantes y gobernados a las normas del orden jurídico.

Pero lo que puso en evidencia HELLER fue también que el Estado de derecho es insuficiente para hacer realidad el principio formalmente consagrado de la igualdad, pues el legislador no tiene en cuenta, dentro de tal Estado, las relaciones sociales de poder, convirtiendo así el derecho en una expresión de lo más fuertes y no en un medio de protección de los más débiles. Por el contrario, el Estado social de derecho ha de proponerse favorecer la igualdad social real.

Esto trae como consecuencia la obligación de consagrar y proteger derechos tales como el del empleo, el del arrendatario, el de la mujer y la juventud, el de seguridad social y asistencia médica, el de educación, etc. Como ya se dijo, algunos de esos derechos tenían una historia anterior, pero la novedad está en la tipificación de una forma de Estado, el Estado social de derecho.

El concepto, bastante vago y general inicialmente enunciado, se ha ido concretando a través de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia. Su aplicación comprende principios como el de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida y la integridad personal, la igualdad,

la prohibición de toda discriminación, la protección del matrimonio y la familia, derecho a la vivienda, la educación y el trabajo, la obligación social de la propiedad, el derecho a un ambiente sano, el derecho a la cultura.

Como puede verse se extendieron considerablemente las clases de derechos cobijados por la denominación de Estado social de derecho.

Hoy casi todos los países del mundo han incorporado a sus Constituciones esos derechos, en gran medida, en cumplimiento de los pactos y convenios internacionales que obligan a ello, emanados de la Organización de Naciones Unidas (ONU) o de Organismos adscritos a la comunidad mundial<sup>43</sup>.

KATZ resume los elementos de este Estado así: 1. Obligación de establecer condiciones de vida soportables, estándares mínimos para toda la sociedad o mínimo existencial. 2. Seguridad social (seguro social, código de asistencia). 3. Igualdad social (igualdad de oportunidades, protección a los socialmente débiles). La igualdad no es un principio absoluto, se refiere a un tratamiento favorable a los socialmente desfavorecidos y, en todo caso, igualdad de "chances". 4. Equidad social, o sea la eliminación de abusos originados en el poder económico o en relaciones personales de dependencia. El Estado social "penetra todos los derechos fundamentales". 5. Sistema jurídico público de indemnizaciones en el caso de intervenciones del Estado en los derechos de los individuos. 6. Igualmente debe haber un comportamiento social justo del individuo frente al Estado, lo que implica un sentido responsable de la propiedad, cooperación proporcional a las necesidades financieras y subsidiaridad del derecho social<sup>44</sup>.



## X. RELACIONES ENTRE ESTADO DE DERECHO Y ESTADO SOCIAL

Desde que fue enunciado el Estado social existen relaciones tensas con el concepto de Estado de derecho. La discusión se situó desde el comienzo en la determinación acerca de si los principios del Estado social constituyen verdaderos principios y obligaciones jurídicos o no.

ERNST FORSTHOFF, entre otros autores, ha puesto en duda la naturaleza jurídica del principio de Estado social de derecho, considerándolo un postulado ético. Se da así primacía al Estado de derecho y se establece entre éste y el Estado social una contradicción insuperable. Se funda esta crítica en la indeterminación del concepto de lo social y el hecho que se trate de obligaciones a cargo del Estado y no de limitaciones en favor de la libertad. Se piensa que no hay posibilidad de nivelar los dos términos constitucionalmente: “lo único constitucional, cierto, primario y equipado con todas las garantías es el Estado de derecho, el cual deriva inmediatamente de los preceptos de la Constitución, mientras que el Estado social es una línea de acción política susceptible de orientarse por distintos modelos y cuya realización capitalmente corresponde al derecho administrativo, el derecho económico y el derecho laboral; los derechos sociales no pasan de ser proposiciones programáticas que pueden vincular a los poderes públicos, pero de las que no se desprende una aplicación inmediata”, así resume GARCÍA-PELAYO esta tendencia de adversarios del nítido concepto constitucional del Estado social de derecho<sup>45</sup>.

Otros autores, sin embargo, se han encargado de defender el carácter jurídico de las disposiciones del Estado social y, especialmente, los principios de vinculación

y responsabilidad social del Estado y el de los derechos sociales fundamentales.

No hay, pues, conflicto, sino por el contrario el Estado social complementa al Estado de derecho, al proponerse “la creación de los presupuestos materiales para el ejercicio de los derechos de libertad”<sup>46</sup>.

Así lo ha aceptado generalmente la jurisprudencia alemana desde el momento en que su propia Ley Fundamental incorporó el principio de Estado social de derecho. Es claro que la obligación estatal de equiparar intereses y promover un orden social justo requiere verse plasmada en primera línea en la legislación. Como también lo es que el Estado social se realiza con los medios que ofrece el Estado de derecho.

## XI. DIFICULTADES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Las crisis económicas y la acumulación de obligaciones sociales por parte del Estado han conducido en varios países avanzados a la llamada “crisis” del Estado social, o la denominada crisis de “governabilidad”. Frente a esa situación se proponen soluciones extremas, como la de desmontar por completo el Estado social y todo el sistema de políticas de bienestar social, como abogan los adalides del neoliberalismo. Naturalmente que ello llevaría a la deslegitimación del Estado al perder el apoyo de grandes masas de la población. Se hace referencia al Estado democrático, que es un elemento inseparable del Estado de derecho.

Más adecuada es la propuesta de un Estado social y democrático de derecho, que manteniendo las líneas esenciales de su orientación privilegie un tipo de “intervención más cualitativa que cuantitativa”; construya “una sociedad civil más vertebrada, más

sólida y fuerte, con un tejido social más denso” y “el establecimiento de prioridades en la economía”, regulando el mercado y desarrollando un sistema de economía mixta sin dogmatismos<sup>47</sup>.

Es inocultable que muchas naciones industrializadas y ricas no están hoy en capacidad de responder por completo a todas las exigencias de convertir en derechos jurídicos las aspiraciones de sus pueblos y que dan marcha atrás en compromisos constitucionales y legales ya estipulados. Lo anterior se puede predicar con mucha mayor razón de los estados en desarrollo y de las naciones pobres, corriéndose el riesgo de que tales derechos queden como simples buenas intenciones o se reduzcan a retórica sin efectos reales.

Pero esto no les quita el carácter jurídico a los derechos sociales, como tampoco pierde su calidad de derecho una norma que proteja la vida humana o la libertad de las personas porque el Estado concernido no la cumpla.

La legislación, que es la encargada de darles vida a los derechos sociales fundamentales consagrados en la Constitución, tendrá que considerar las condiciones y posibilidades económicas del respectivo país. Pero además en casos de crisis deberán funcionar principios de solidaridad y cooperación que impidan afectar a los más débiles. La imposibilidad del sistema económico no puede llevar a la eliminación del Estado social sino a un acomodamiento que permita “distribuir mejor”.

Ante el problema de la llamada crisis del Estado de derecho y del Estado social, afirma FERRAJOLI que el problema consiste en no haber construido hasta ahora garantías adecuadas para la tutela de los derechos políticos y los derechos sociales<sup>48</sup>. La mayor parte de los derechos sociales se convierten

en promesas sujetas a la “discrecionalidad política y administrativa”. Frente a la opinión según la cual no es posible establecer tal tipo de garantías para los derechos sociales, estima que ello es viable, así sea más complejo que las garantías para los derechos de libertad. “Así, pues no es en absoluto cierto que, como a menudo se repite, los derechos sociales, por comportar para el Estado una obligación de prestaciones positivas, no consentirían técnicas de garantía tan universales y formalizables como las previstas para los derechos de libertad”. Desde su punto de vista, el error radica en considerar al Estado social inevitablemente vinculado a costosas, ineficientes y, en no pocos casos, corruptas burocracias, lo que lleva fatalmente a la quiebra de estos sistemas. Se trataría entonces de establecer un sistema simplificado, más eficiente y menos propicio a la corrupción, eliminando al máximo la intermediación de aparatos burocráticos y estatuyendo una garantía general del derecho a la subsistencia mediante una renta o salario mínimo para todos y la gratuidad y obligatoriedad en “la satisfacción de otros derechos vitales”. El problema principal de tal propuesta es de los costos financieros que representa, pero el autor piensa que serían menores que las formas rapaces y corruptas generadas “por el otorgamiento de las mismas prestaciones de forma selectiva y discrecional, y por los derroches producidos por la jungla de los aparatos predisuestos para ese fin”.

El Estado social de derecho es el producto de un pacto constitucional entre distintos intereses y clases sociales, que pretende buscar un equilibrio y superar el enfrentamiento permanente entre ellos. Es el modelo político de la socialdemocracia. Su base jurídica ha sido erosionada por el modelo económico neoliberal, produciendo una peligrosa ruptura en el pacto social,

que amenaza, como observa MIGUEL ÁNGEL GARCÍA HERRERA de la Constitución española, en “transformarla en un islote social demócrata en el océano neoliberal y en transformar los mecanismos de intervención jurídica y de aplicación del derecho”<sup>49</sup>.

Surge así el problema entre el ser y el deber ser del derecho, entre la realidad y la idealidad de las normas jurídicas, que en Estado social de derecho se expresan en la distancia entre las promesas constitucionales y la posibilidad política, económica, financiera, cultural y social de realización.

Ahí está el origen de la crisis, que no puede ser resuelta simplemente con la liquidación del Estado social de derecho, sino como ya se dijo, con su adaptación a las condiciones reales del respectivo país. Lo contrario significaría un grave retroceso, que reconduciría la situación de la sociedad a etapas que se creían ya superadas, en perjuicio de la inmensa mayoría de la población y en beneficio exclusivo de pequeñas capas dominantes, como lo muestra la dolorosa experiencia de América Latina en la última década.

## XII. ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN COLOMBIA

La Constitución Política vigente, expedida en 1991 por la Asamblea Constituyente, consagra, como ya se dijo, el Estado social de derecho, al definir así en su artículo 1.º al Estado colombiano.

Se pasa de esa manera del Estado de derecho, a cuyos principios correspondía el Estado desde las primeras constituciones republicanas, así no se dijera expresamente, a un nuevo tipo de Estado, que pone especial acento en lo social. Algunos elementos

de este Estado fueron establecidos más de medio siglo atrás en la Reforma de 1936, inspirada en las modernas corrientes constitucionales y en el “solidarismo” del jurista francés LEÓN DUGUIT, expresión constitucional de las teorías sociológicas entonces en boga, en particular las de EMILE DURKHEIM (1858-1917) y GEORGES GURVITCH (1894-1965). Se introdujeron principios tales como el de la función social de la propiedad, los deberes sociales y la intervención del Estado, la gratuidad de la enseñanza primaria y su obligatoriedad en el grado que señale la ley, y la protección al trabajo y la asistencia pública<sup>50</sup>. Al deferirse a la ley la reglamentación de estas disposiciones, su eficacia no correspondió a las expectativas creadas, pero en algunos aspectos, por ejemplo el de los derechos laborales, significó importantes avances. Fue un primer ensayo de Estado democrático-social en Colombia que se vio definitivamente frustrado a causa de la reacción política desatada a partir de 1946 por los sectores más conservadores del país.

El profesor CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA estima que “el Constituyente de 1936 fue previsor cuando postuló” el cumplimiento de los fines sociales del Estado (art. 16 C. P.) y sentó así la premisa ideológica para que el nuestro pueda ser clasificado con razón como un Estado social de derecho”<sup>51</sup>.

Pero el gran viraje hacia la incorporación del principio definitorio de Estado social de derecho se produce sólo en 1991, como resultado de un nuevo pacto político y social en el que participan minorías étnicas, religiosas y partidistas tradicionalmente marginadas de las grandes decisiones políticas.

La Constitución pretende, de esa forma, dar respuesta a la profunda crisis del Estado, manifiesta a través de todas sus instituciones,

la pérdida de credibilidad en sus distintos órganos y, en una palabra, la ingobernabilidad y déficit de legitimidad. La prosecución de la crisis y su agudización por la presencia de otros factores en la política, como el del narcotráfico, el acrecentamiento de la violencia y el escepticismo y aun el cinismo de vastas capas de la población, señalan que la brecha entre la normatividad constitucional y la realidad existencial no se han llenado y, por el contrario, amenaza aumentar y llevarse de calle los restos del Estado de derecho. Se requerirá un gran esfuerzo nacional para salir de este atolladero que supera los esquemas puramente jurídicos.

### XIII. LA CONSTITUCION DE 1991

Como trasunto de la definición de Colombia como Estado social de derecho, la nueva Constitución incluye toda una serie de principios de indudable raigambre ético tanto en el Título I (De los principios fundamentales), como en el Título II (De los derechos, las garantías y los deberes), reiterándolos a lo largo de toda la Constitución. Algunos de ellos son derechos sociales fundamentales: “la vigencia de un orden justo” (art. 2.º); “protección a la diversidad étnica y cultural de la nación” (art. 7.º); “la dignidad humana” (art. 1.º); “y el amparo de la familia” (art. 5.º)<sup>52</sup>.

Entre los derechos fundamentales : el derecho a la vida (art. 11), el derecho a la “igualdad real” (art. 13), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16), el derecho a la paz (art. 22), el derecho al trabajo (art. 25) y un conjunto de derechos sociales, económicos y culturales relativos a la familia, la igualdad y la protección de la mujer, la protección de los jóvenes, los ancianos, los débiles físicos y psíquicos;

el derecho a la salud y el saneamiento ambiental, derecho a la seguridad social, derecho a vivienda digna, a la recreación y el deporte, la cogestión de los trabajadores en las empresas, el pluralismo informativo, los derechos colectivos y del ambiente, etc.<sup>53</sup>.

Para garantizar el cumplimiento de los derechos constitucionales fundamentales o prevenir su violación se estatuyó la acción de tutela (art. 86). Es esta sin dudas la parte de la nueva Constitución que ha contado con mayor acogida, como lo demuestra el inmenso número de acciones intentadas, lo cual también revela la falta de credibilidad de los ciudadanos en la justicia ordinaria<sup>54</sup>.

Para la defensa de los intereses colectivos se dispone que la ley regule las acciones populares (art. 88).

Es claro, sin embargo, que no es esto suficiente para garantizar el cumplimiento por parte del Estado de su obligación de lograr la justicia social. Lo afirma así REINHOLD ZIPPELIUS, al decir que “Las simples garantías de los derechos fundamentales no posibilitan dogmatizar el camino y la completa realización de la justicia social”<sup>55</sup>.

Finalmente en el Capítulo V del Título II se prescriben deberes sociales, cívicos y políticos de los nacionales, con lo cual se remata el abigarrado conjunto de 95 artículos dedicados a los principios fundamentales y a los derechos, garantías y deberes. No se han mencionado los principios y derechos políticos o derechos de libertad ya existentes en las anteriores cartas constitucionales colombianas, para destacar el novedoso carácter de la Constitución de 1991 y su configuración como Estado social de derecho.

Cuanto tenga de ideológico, simplemente idealista o irrealizable el texto de la Cons-

titución en un país con los problemas de pobreza, violencia y atraso de Colombia, es algo que se sale del examen de esta presentación. A los críticos acerbos, sin embargo, habría de responderseles que de todas maneras significa un considerable avance y consigna una intención constituyente por cuya realización deben luchar tanto el Estado como la sociedad a través de los medios de participación que la misma Constitución establece. De otro lado, es evidente que si la contradicción entre la Constitución escrita y la realidad social se amplía, en lugar de acortarse, la Constitución irá perdiendo su vigencia para convertirse en lo que LASALLE llamó un “pedazo de papel”<sup>56</sup>.

La Constitución de 1991 lleva en si misma una contradicción flagrante entre la proclamación del Estado social de derecho y la ampliación de los derechos sociales, de un lado, y el cuadro propicio para la formulación de un modelo económico y social neoliberal, del otro. Escoger uno u otro camino depende de las decisiones políticas del legislador y del Gobierno. Es cierto que la interpretación judicial puede contribuir, y en efecto lo ha hecho en varios aspectos, a la prevalencia del sentido social de la Constitución, pero ello no es suficiente para contrapesar la actividad en sentido contrario del Ejecutivo, si éste, con la dócil cooperación del Congreso, se orienta por el desmantelamiento de los derechos sociales, como ha ocurrido en el curso de las últimas y de la presente Administración.

De otro lado, el Estado social requiere de una base económica y recursos financieros suficientes para poder atender los requerimientos surgidos de los derechos establecidos. Lo contrario es simplemente hacer populismo constitucional y acentuar el carácter ideológico de la Constitución,

patentizando el desfase entre las normas y la realidad.

En síntesis, se podría decir que el Estado social de derecho es un gran avance institucional, jurídico y político, cuyos logros deben ser el resultado de consensos racionales entre el Estado y los factores de producción, para evitar caer en extremos que hagan peligrar la sustancia misma de los derechos sociales. Esto exige dos condiciones necesarias: la redistribución del ingreso, hoy concentrado en extremos insoportables, y la paz nacional sobre la base de un nuevo contrato social.

#### XIV. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional ha procedido a definir en numerosos fallos el concepto constitucional del Estado social de derecho. Entresacamos algunas consideraciones que permiten arrojar más luz sobre los efectos de ese principio estatal. En sentencia No. C-566/95 y ponencia del magistrado EDUARDO CIFUENTES, se dice: “... El Estado social de derecho se erige sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social...”.

Las finalidades sociales del Estado, desde el punto de vista del individuo, son medios para controlar su entorno vital y a partir de allí desarrollar libremente su personalidad, sin tener que enfrentarse a obstáculos cuya superación, dado su origen, exceda ampliamente sus fuerzas y posibilidades [...] El Estado social de derecho, se proyecta en la Constitución, en primer término en la

consagración del principio de igualdad y en la prestación de los servicios públicos. En segundo término, a través de los derechos de participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación, que se compendian en el principio democrático y gracias al cual se socializa el Estado y las diferentes instancias de poder dentro de la comunidad ” [...] “La orientación social del Estado, elevada a rasgo constitutivo suyo, articulada en varias disposiciones de la Constitución, resulta vinculante y obligatoria para todas las ramas del poder público.

En sentencia de 12 de noviembre de 1992 (n.º C-587) ya se había dicho, con ponencia del magistrado CIRO ANGARITA BARÓN:

En el Estado social de derecho –que reconoce el rompimiento de las categorías clásicas del Estado liberal y se centra en la protección de la persona humana atendiendo a sus condiciones reales al interior de la sociedad y no del individuo abstracto–, los derechos fundamentales adquieren una dimensión objetiva, más allá del derecho subjetivo que reconoce a los ciudadanos. Conforman lo que se puede denominar el orden público constitucional, cuya fuerza vinculante no se limita a la conducta entre el Estado y los particulares, sino que se extiende a la órbita de acción de estos entre sí. En consecuencia, el Estado está obligado a hacer extensiva la fuerza vinculante de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado, el Estado juez debe interpretar el derecho siempre a través de la óptica de los derechos fundamentales.

Y en sentencia de 9 de julio del mismo año, con ponencia del MAGISTRADO ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, se dice:

La concepción clásica del Estado de derecho no desaparece sino que viene a armonizarse con la condición social del mismo, al encontrar en la dignidad de la persona el punto de fusión. Así, a la seguridad jurídica que proporciona la legalidad se le aúna la efectividad de los derechos humanos que se desprende del concepto de lo social. El respeto por los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal, por otro lado, constituyen las consecuencias prácticas de la filosofía del Estado social de derecho. En este sentido el concepto de Estado social de derecho se desarrolla en tres principios orgánicos: legalidad, independencia y colaboración de las ramas del Poder Público para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y criterios de excelencia [...] La nueva Constitución Política definió a Colombia como un Estado social de derecho en su artículo 1.º. Se trata de una definición ontológica del Estado, de suerte que el concepto Estado social de derecho no es una cualidad accesorio del Estado sino parte de su esencia misma.

Estos criterios han seguido primando en la Corte como lo muestra la abundante jurisprudencia posterior.

En general, la interpretación que la Corte Constitucional, también ente creado por la Constitución de 1991, ha dado al concepto de Estado social de derecho y a las normas que dentro de la misma Constitución lo reflejan y desarrollan, ha sido progresiva.

En gran medida el Estado social de derecho será lo que el legislador y la interpretación constitucional quieran, pero en ningún caso puede dejarse de lado el factor decisivo de una conciencia ciudadana participante que contribuya a hacer realidad esos preceptos. El Ejecutivo, que en un régimen presidencialista

dispone de tan poderosos instrumentos y palancas, tiene la responsabilidad de la aplicación de esas normas y de reestructurar de tal forma la Administración que sea apta para tales tareas, al mismo tiempo que de orientar los recursos financieros a los fines del Estado social. Esta será la garantía de que otro principio constitucional se cumpla: el derecho a la paz y la convivencia pacífica de los ciudadanos.

La quiebra del Estado social significará un completo retroceso, con efectos y consecuencias imprevisibles en lo jurídico y político, en primer término, un ingrediente adicional al conflicto interno.

LUIS VILLAR BORDA  
Director del Depto. de Gobierno Municipal  
Universidad Externado de Colombia

1. PHILIPP RECLAM JUN. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23 Mai 1949*, Stuttgart, 1953.

2. RAMÓN TAMAMES. *Introducción a la Constitución Española*, Alianza Editorial, 1988.

3. ALFRED KATZ. *Staatsrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 1987.

4. R. VON MOHL. *Encyklopädie der Staatswissenschaften*, Freiburg und Tübingen, 1872.

5. LUIS VILLAR BORDA. *La Paz en la doctrina del derecho de Kant*, pp. 53 y ss., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

6. HEINZ MOHNHAUPT en *L'État de Droit*, Cahiers de philosophie politique et juridique, Caen, 1993.

7. KATZ. Ob. cit., p. 71.

8. HANS Kelsen, *REINE RECHTSLEHRE*, Franz Deuticke, Wien, 1960, p. 314. hay traducción española, *Teoría Pura del Derecho*, México, 1982.

9. E.W. BÖCKENFÖRDE, citado por ALBERT BLECKMANN, en *Staatsrecht I*, Carl Heymanns, Verlag, 1993, p. 190.

10. CARRÉ DE MALBERG. *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, pp. 222 ss, y 449 y ss.

11. CARRÉ DE MALBERG. Ob. cit., p. 450.

12. JACQUES CHEVALLIER. *L'Etat de droit*, París, Montchrestien, 1994, p. 31.

13. LEÓN DUGUIT. *Derecho Constitucional*, Madrid, Francisco Beltrán, 1926.

14. CHEVALLIER. Ob. cit., p. 43.

15. *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Textes Constitutionnels Larousse, París, 1994.

16. CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA. *Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

17. MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*, Madrid, ed. Tecnos, 1987, pp. 106 y ss.

18. JOHN LOCKE. *Traité du Gouvernement Civil*, con prefacio y notas de SIMONE GOYARD- FABRE, Ed. Flammarion, 1984.

19. ALBERT BLECKMANN. Ob. cit., p. 254.

20. EKKEHART STEIN. *Staatsrecht*, J.B. Mohr, Tübingen, 1990, p. 163.

21. CHEVALLIER, op. cit., p. 74.

22. Ídem.

23. Ídem.

24. KATZ. Ob. cit., p. 84.

25. *Constitución Política*, cit., pp. 14, 15 y 16.

26. G. ROOS, citado por BLECKMANN. Ob. cit., p. 193.

27. MANUEL GARCÍA-PELAYO. *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Revista de Occidente, 1959, p. 157.

28. MICHEL TROPER. "L'Etat de Droit", en *Cahiers de philosophie politique et juridique*, Presses Universitaires de Caen, 1993, pp. 9 y ss.

29. CARL SCHMITT. *Teoría de la Constitución*, Francisco Ayala (trad. de la edición alemana de 1927), Madrid, p. 231.

30. CARL SCHMITT. *El concepto de lo político*, traducción del texto alemán de 1932, Alianza Editorial, 1987.

31. MANUEL GARCÍA-PELAYO. *Las transformaciones del Estado constitucional*, Madrid, Alianza Universitaria, 1995 (reimp.), p. 14.

32. HAROLD J. LASKI. *El Estado Moderno*, Barcelona, Librería Bosch, 1932; B. MIRKINE- GUETZEVITCH, *Modernas Tendencias del Derecho Constitucional*, Madrid, 1934; LEÓN DUGUIT, *Derecho Constitucional*, Madrid, 1926 y GEORGES GURVITCH, *L'Idée du Droit Social*, Paris, Recueil Sirey, 1932.

33. Cfr. EKKEHART STEIN, *Staatsrecht*, Tübingen, 1990, p. 229, HERMANN HELLER, *Staatslehre*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1983.

34. ERNESTO BENDA. "El estado social de derecho", en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. *Manual de Derecho constitucional*, 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2001.

35. BENDA. Ob. cit., p. 521.

36. ANTONIO BALDASSARRE. *Los Derechos Sociales*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n.º,

20, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

37. J.J. ROUSSEAU. *Segundo discurso sobre la desigualdad entre los hombres*, Madrid, Ediciones Tecnos, 1987, p. 96.

38. NORBERTO BOBBIO. *Derecha e izquierda*, Madrid, Taurus, 1995.

39. HERMANN HELLER. *Staatslehre*, Tübingen J. C. B. MOHR, 1983; e íd. "Rechtsstaat oder Diktatur?", citado por EKKEHART STEIN, *Staatsrecht*, Tübingen J. C. B. MOHR, 1990, p. 279.

40. MANUEL GARCÍA-PELAYO. *Las Transformaciones del Estado Constitucional*, Madrid, Alianza Universitaria, 1995 (reimp.), p. 14.

41. KARL-HEINZ SCHÖENBURG. "Der demokratische und soziale Rechtsstaat: Ideologie, Utopie, Realität?", en *Recht und Ideologie in historischer Perspektive*, Festschrift für HERMANN KLENNER, Haufe Verlag, Freiburg, Berlín, 1998, pp. 193 y ss.

42. Cfr. EKKEHART STEIN. *Staatsrecht*, cit., p. 229; HERMANN HELLER. *Staatslehre*, cit.

43. Cfr. especialmente: Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, New York, 16 diciembre 1966; Pactos internacional de derechos civiles y políticos, New York, 16 diciembre 1966.

44. KATZ. Ob. cit., pp. 94 y ss.

45. MANUEL GARCÍA-PELAYO. *Las Transformaciones del Estado contemporáneo*, cit., p. 52.

46. E. BENDA. "Der Soziale Rechtsstaat", en *Handbuch der Verfassungsrecht*, 1983, pp. 477 y ss.

47. ELÍAS DÍAZ. Ob. cit., p. 76.

48. Sobre el tema LUIGI FERRAJOLI. *Derecho y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 17, e íd., "El garantismo y la filosofía del derecho", serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, n.º 15, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

49. MIGUEL ÁNGEL GARCÍA HERRERA. "Poder Judicial y Estado social", en *Corrupción y Estado de derecho*, Madrid, Trotta, 1996, p. 69.

50. Cfr. TULIO ENRIQUE TASCÓN. *Derecho Constitucional Colombiano*, Ediciones Gran Colombia, 1944; ÁLVARO COPETE LIZARRALDE. *Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá, Ediciones Lerner, 1960, y FRANCISCO DE PAULA PÉREZ. *Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, Biblioteca de Autores Colombianos, 1954, entre otros.

51. CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA. "Ponencia para la Reforma Constitucional de 1968", en *Historia de la Reforma Constitucional de 1968*, Imprenta Nacional, 1969, p. 74.

52. *Ibíd.*, pp. 8, 9.

53. *Ibíd.*, pp. 11 a 14.

54. *Ibíd.*, pp. 36 y 37

55. . REINHOLD ZIPPELIUS. *Allgemeine Staatslehre*, MÜNCHEN C. H. BECK, 1985, p. 333.

56. FERDINAND LASALLE. *¿Qué es una Constitución?*, Buenos Aires, Ediciones Siglo xx, 1946.