

Pedro Alirio Sánchez Novoa\*\*

# Estado Social de Derecho frente al neoconstitucional\*

## Social State of Law against the neoconstitutional

*Recibido: 17 de octubre de 2012 / Aceptado: 20 de noviembre de 2012*

### Palabras clave:

Estado, Estado Social de Derecho,  
Ordenamiento jurídico,  
Juez, Neoconstitucional.

### Resumen

El presente artículo de revisión tiene como finalidad reseñar cómo el concepto del Estado Social de Derecho ha evolucionado, desde la perspectiva del neoconstitucionalismo partiendo históricamente desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días, mediante una investigación bibliográfica sobre la posición ideológica y jurídica de autoridades sobre el tema, encontrándose que todos los autores son enfáticos en determinar que dependiendo del tipo de Estado que tenga un país, la democracia avanzará pacificando las civilizaciones, y eso es uno de los acontecimientos más importantes de la posmodernidad, los liberales consiguieron el derecho a la propiedad para acaparar la riqueza, pero cedieron ante la intervención del Estado en las políticas económicas, y se implementó el respeto de los derechos fundamentales de las personas, debido a la tutela efectiva que es controlada por el máximo órgano constitucional, en aras de propender por el cumplimiento de los lineamientos constitucionales, y la democracia participativa, que permita el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

### Key words:

State, Social State of Law,  
Legal system, Judge,  
Neoconstitutional.

### Abstract

The present article of review has as purpose outline as the concept of the Social State of Law has evolved, from the perspective of the neoconstitutionalism dividing historically from the Second World War to the present day, by means of a bibliographical research on the ideological and juridical position of authorities about the topic, thinking that all the authors are emphatic in determining that depending on the type of condition that has a country, the democracy will advance appeasing the civilizations, and it is one of the most important events of the postmodernity, the liberal obtained the right to the property to monopolize the wealth, but they yielded before the intervention of the condition in the economic policies, and there was implemented the respect of the fundamental rights of the persons, due to the effective guardianship that is controlled by the maximum constitutional organ, in order to of tending for the fulfillment of the constitutional limits, and the participative democracy, which allows the fulfillment of the essential purposes of the State.

\* Este artículo de revisión responde al estado del arte del proyecto de investigación sobre “mecanismos de participación ciudadana” que se adelanta por el Grupo de Investigación GIDAC de la Universidad Simón Bolívar Extensión Cúcuta.

\*\* Abogado, Universidad Libre Seccional Cúcuta 1999, Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomás 2007, candidato a Maestría en Derecho Procesal, Universidad Libre –Universidad de Medellín– Miembro del Grupo de Investigación de Derecho Administrativo, Universidad Simón Bolívar Extensión Cúcuta. pedroaliriosanchez@hotmail.com

## INTRODUCCIÓN

Se ha escrito suficiente sobre el Estado Social de Derecho en materia de su configuración democrática de modelo político que involucra las necesidades de los individuos que conforman la sociedad, sin embargo, actualmente constituye una ideología que propende por atenuar las desigualdades sociales marcadas originadas por los intereses contrapuestos de las personas, los grupos económicos y los políticos.

Este artículo conceptualiza y reflexiona la naturaleza del Estado Social de Derecho, desde la perspectiva de autoridades en el tema y lo que el autor percibe de la teoría y de la realidad constitucional de nuestro país.

El Derecho Constitucional siempre será objeto de conflicto de intereses, ya que la Constitución se transforma al aplicar las reglas de juego de los individuos y la Carta Magna ofrece la solución a los conflictos y el respeto de los derechos fundamentales.

Lo anterior solo se logra si se exigen los derechos tutelados por nuestra Carta Magna ante los Jueces Constitucionales que tienen el deber de cumplir los postulados del Estado Social de Derecho y la responsabilidad de direccionar al Ejecutivo y al Legislativo.

### Metodología

Se hace una investigación exploratoria relativa a los modelos de Estado desarrollados históricamente para entender los fundamentos del Estado Social de Derecho, mediante la consulta de varios autores reconocidos y un análisis descriptivo de sus elementos constituyentes, sus

funciones y sus relaciones en el orden jurídico.

El trabajo se desarrolla alrededor de tres ejes centrales, en primer lugar, la posmodernidad que aporta elementos valiosos para comprender el nuevo constitucionalismo; en segundo lugar, el Estado Social de Derecho definido a partir del proceso histórico que culmina con la Europa de la posguerra y que se manifiesta en diversas formas en Latinoamérica, especialmente en Colombia, para generar espacios fértiles para el nuevo constitucionalismo vanguardista del pensamiento constitucional mundial; en tercer lugar, se contempla el papel del juez como garante del Estado Social de Derecho.

Se desarrolló un marco teórico para detectar los elementos del fenómeno jurídico y se ordenaron en una estructura dinámica correspondiente al orden jurídico en el plano lógico-formal (Estado-aparato-institucional), en el plano fáctico (Estado Social de Derecho-Juez) y en el plano del concepto y de la conciencia jurídica. Con esas premisas se profundizó un paradigma adecuado de análisis y comprensión del fenómeno jurídico, sea en las conexiones e interacciones internas del sistema jurídico o en las externas con otros sistemas.

El Derecho, como sistema cultural, radica en los procesos mentales del conocimiento (de la razón, de la intuición y de la acción). En consecuencia, los tres ejes del conocimiento (analítico-lógico, sintético-intuitivo y pragmático-operativo) desarrollan una estructura según la cual los factores operacionales del Derecho se conectan por medio de una dialéctica triádica en diversos niveles de complejidad.

El estado del arte desarrollado por el Grupo de Investigación de Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar, corresponde a un artículo de reflexión basado en las teorías de los autores clásicos, modernos y posmodernos expertos en los temas de Estado Social de Derecho o Estado Constitucional del siglo XX, con el fin de generar una discusión como fundamento del trabajo de investigación referente a los mecanismos de participación ciudadana adelantando por el grupo GIDAC integrado por el doctor Darwin Clavijo Cáceres y el suscrito.

## RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN

### Naturaleza del conflicto humano

El ser humano es guerrero por excelencia, porque todos los hombres quieren bienes terrenales, ser amados y respetados, como lo dice Ernesto Rey Cantor, citando al *Leviatán* de Hobbes, tres cosas enfrentan a los seres humanos entre sí: “primero, competición; segundo, inseguridad; tercero, gloria. El primero hace que los hombres invadan por ganancias; el segundo, por seguridad; y el tercero, por reputación. Los primeros usan la violencia para hacerse dueños de las personas, esposas, hijos y ganado de otros hombres; los segundos, para defenderlos; los terceros, por pequeñeces, como una palabra, una sonrisa, una opinión distinta, y cualquier otro signo de subvaloración, ya sea directamente de su persona o por reflejo en su prole, sus amigos, su nación, su profesión o su nombre” (Rey, 1994, p. 72).

Por tal motivo, así el hombre sea un ser indi-

vidualista, se asocia y crea la figura del Estado, pero jamás perderá la calidad de ser individual y egocentrista, que tendrá siempre sus intereses personales, cederá ante los intereses del grupo para obtener mayores beneficios, y mantendrá un discurso en el interés general que permitirá conservar la paz y la confianza de los demás coasociados, para poder ser una nación.

Siendo evidente que siempre existirá un conflicto entre el individualismo y la autoridad, pues en aras de la protección de un interés general no se pueden transgredir garantías individuales de una persona que sean reconocidas por la Constitución, generando límites, pero que de hecho se violentan, y le corresponde al individuo presentar su conflicto ante la autoridad constitucional competente.

Máxime que en pleno siglo XXI aún no se han podido superar las desigualdades sociales de los individuos en ningún país, ni siquiera en los socialistas, que resultan ser en donde reina la mayor desigualdad, como el caso de la China, que si bien ha reducido la pobreza, no menos cierto es que ha generado dos clases sociales completamente desiguales, los habitantes de zonas urbanas y los habitantes de zonas rurales, estos últimos carecen de los servicios básicos, por falta de recursos económicos, para ellos incluso tener un celular resulta algo imposible de lograr. El Banco Mundial sostiene que son más de 300 millones de pobres en la China, “el sostenido crecimiento económico de la China a lo largo de los últimos 25 años, ha traído consigo no solo una enorme reducción de la pobreza, sino también un brutal aumento de la desigualdad entre las zonas rurales y urbanas...” (Figuerola, 2010).

## Democracia

La democracia es un ingrediente de los Estados que surgen de contratos sociales, y tienen diferentes connotaciones que no siempre reflejan los intereses de una sociedad, sino los de un Estado nacional, como es el caso, del Estado de Derecho, que pone en evidencia el nefasto poder que tiene el Parlamento al ser el creador absoluto de las leyes que rigen tanto al pueblo, como a las demás ramas del poder público, pues en un Estado de Derecho se pretende que “el sufragio universal y el principio de las mayorías son sus condiciones solo formales, esto es, relativas a la forma y al método (al quién y al cómo), y por lo tanto no dijera nada acerca de la sustancia o de los contenidos (el qué) que no es lícito decir a ninguna mayoría” (Ferrajoli, 2009, p. 103). Esto implica, que el simple derecho al sufragio no genera por sí solo que las mayorías sean beneficiadas, debido a que serán oprimidas por las leyes que les imponen, y de las cuales no se pueden defender, porque al crearse el contrato social, se obligaron a cumplir las leyes que le impone la soberanía de la Nación.

La respuesta al conflicto del ser humano en sociedad, es el acuerdo social, que plantea Rousseau en *El Contrato Social*, y que da surgimiento a las Constituciones de Naturaleza Contractualista, por tal motivo, “que una Constitución use la palabra derecho para que se trate de un derecho fundamental.

Es necesario, para ello, como para todas las figuras deónticas, que sea configurable y posible, como condición de sentido, tanto su realización como su violación” (Ruiz & Ferrajoli,

2012, p. 97). Evidentemente cuando se habla de Constitución hay que hablar de derechos, y cuando se habla de Estado, hay que configurar los derechos para mantener la convivencia pacífica y no dejar en manos de un poder Legislativo o Judicial el poder absoluto de configurar el Derecho, bien sea porque se trate de su función o porque tenga que adoptar las decisiones a los conflictos, por eso las Constituciones siempre dejarán claros los derechos mínimos de los ciudadanos, que son sus derechos fundamentales y el respeto de los demás derechos y garantías conocidas como los Derechos Sociales, Económicos y Culturales.

El significado de la palabra democracia, debe ser sesgada de los intereses de los individuos, que de todas maneras ceden ante las mayorías en aras de conservar la paz, por tal motivo, la democracia no debe percibirse como un procedimiento en el cual se toman las decisiones por parte de las mayorías, como suele suceder al interior de una sociedad mercantil o una asociación civil, sino que “implica una serie de requisitos sustanciales sin los cuales sería grotesco calificar una decisión mayoritaria como auténticamente democrática: No solo, claro está, el sufragio universal e igual, sino todas las condiciones que permiten afirmar que las decisiones individuales que se agregan a través del método mayoritario han podido formarse y manifestarse de un modo libre e informado y son, por tanto, verdaderamente autónomas” (Bayón, *Democracia y Derecho: Problemas de fundamentación de constitucionalismo*, 2010, p. 418), de todas maneras no nos podemos apartar de la teoría de

Kelsen, quien siempre explicó en qué consiste el principio de las mayorías y poder absoluto de las mayorías, siendo factible pensar que la democracia debe ser analizada solo desde el plano constitucional para que tenga efectos en los Estados que utilizan este modelo de configuración bien sea representativa o participativa como propiamente en nuestro caso colombiano, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991.

Esto permite hablar del autogobierno por la participación ciudadana en la gestión pública como con la utilización de las veedurías ciudadanas que es el vivo reflejo de la soberanía popular que le permite al ciudadano participar verdadera y activamente, como por ejemplo en la contratación estatal para vigilar la moralidad, transparencia para así evitar que la cosa pública sea despilfarrada, y que además las obras se culminen adecuadamente con miras a ser funcionales para los individuos que se beneficien de la obra, esta forma de participar de los ciudadanos realmente garantiza la autonomía individual de las personas, máxime que los derechos y libertades de los individuos son un prerrequisito para la democracia real, para evitar que la toma de decisiones de las mayorías de un Estado no degeneren en decisiones manipuladas o en imposiciones individualistas de una persona o grupo, y que más bien, se adopten decisiones deliberadas y analizadas por las mayorías políticas que sean una respuesta al querer ser de la Constitución, para que no sean decisiones disimuladamente desequilibradas que afecten ostensiblemente a los individuos de la sociedad.

La democracia como lo dice Juan Carlos Ba-

yón, citando a Dworkin, es considerada: "...un sistema político completo que en su estructura, composición y práctica, trata a todos los miembros de su comunidad, como individuos con igual consideración y respeto" (Bayón, 2010, p. 425), ya que las mayorías no siempre tienen la razón y eso conlleva a que existan mecanismos democráticos que le permitan a un individuo develarse ante las decisiones mayoritarias, como en el caso de la revocatoria del mandato de un mandatario local, si bien es cierto las mayorías decidieron mediante el voto su elección, no menos cierto es que un individuo que no se encuentre conforme con las actuaciones de dicho mandatario puede promover el mecanismo antes enunciado y democráticamente convencer a otras personas para que junto con él, tramiten la respectiva revocatoria del mandato, quedando solo analizar si los mecanismos de participación ciudadana son eficientes o no, para lograr una verdadera democracia constitucional.

Por tal motivo, el autogobierno se convierte en uno de los pilares más importantes de la democracia, como en el caso de Italia que transformó ostensiblemente la forma como se administra la jurisdicción:

El papel de autogobierno desarrollado por el CSM italiano ha favorecido en Italia el desarrollo de una cultura constitucional de la Jurisdicción que ha transformado profundamente la judicatura. Recuerdo perfectamente a la judicatura italiana de los años 50 y 60: tenazmente conservadora, escasamente informada o directamente hostil a los valores constitucionales, gravitando de hecho, tras la

pantalla del apoliticismo, en la órbita del poder. La independencia institucional respecto del poder político ha sido un factor decisivo del desarrollo, entre los magistrados italianos, de una deontología y una cultura garantista tras la bandera de los valores constitucionales de la igualdad y de la tutela de los derechos fundamentales (Ruiz & Ferrajoli, 2012, p. 155).

Esto implica que se debe observar con detenimiento que todas las ramas del poder público deben someterse íntegramente a la Constitución, y el Derecho Especializado como el Civil, Penal, Laboral o de Familia deben sin duda constitucionalizarse para evitar desmanes en contra de los individuos que forman parte de un Estado Democrático Social de Derecho que permite la participación y la protección de los derechos tutelados por la Constitución y las leyes, estas últimas aplicando la regla de Kelsen.

Para que un Estado se considere democrático, hay que partir del hecho de que Estado de Derecho y democracia no son lo mismo, sino que entre estos conceptos existe una conexión interna, porque puede existir un Estado de Derecho en una monarquía, “entendido como la subordinación a la ley, sin distinción, allí donde el poder del gobierno aún no ha sido democratizado (es el caso de Prusia en el pasado); por el contrario existen países indudablemente democráticos con un estado de derecho muy débil como el caso de Rusia, después de la caída de la Unión Soviética (Lazzeta, 2007, p. 22).

En un Estado de Derecho o Social de Derecho democrático el poder estatal no solo procede del

pueblo sino también presupone procedimientos que permitan la elección colectiva y las deliberaciones que se enmarquen dentro del concepto de *soberanía del pueblo*, que exista *universalidad* de los derechos de los conciudadanos para garantizarles sus derechos fundamentales y ampliar la cobertura hasta los derechos económicos, sociales y culturales, porque se trata de un concepto cambiante, que deviene de la ideología y el cambio de paradigma de las instituciones educativas, debido a que la democracia se enseña desde casa, pero se aprende en las escuelas, colegios y universidades, la *razonabilidad* es la forma de ponderar el poder del Estado frente al individuo, pues en aras de proteger los intereses del Estado o de las mayorías, jamás se podrán sacrificar los derechos de un individuo o individuos, porque se atenta contra el ordenamiento jurídico, que si bien cede ante lo social, los particulares tienen derechos inviolables como la vida, la honra y la salud, entre otros.

Solo la razonabilidad puede evitar los abusos o desmanes de las autoridades. El Estado debe ofrecer al público la información suficiente sobre sus derechos, para garantizar *la transparencia y la publicidad* de los actos, actuaciones y decisiones del Estado. El Gobierno debe estar controlado política y económicamente por los entes disciplinarios, por la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación, de igual forma, debe haber participación ciudadana con las veedurías ciudadanas; “para frenar esa pretensión existen órganos de control cruzado que integran el propio apartado estatal como así

también, mecanismos de control ciudadano que complementen los anteriores” (Lazzeta, 2007, p. 24).

Por tal motivo, por tratarse de dos cosas distintas, Estado y democracia, la tendencia es democratizar el Estado, pero ello no se logra con las elecciones y con la elección popular de los mandatarios, sino que requiere que la Constitución de un país contemple controles de autogobierno social sobre el gobierno y el Estado, para permitir a los mismos ciudadanos direccionar las políticas públicas, que siempre deben ser dinámicas debido a los cambios sociales, climáticos, ecológicos, religiosos y culturales.

Lo anterior evita los eventuales desmanes de las autoridades en pro del cumplimiento de los fines del Estado, “De nada sirve que el miedo de matarnos entre sí sea reemplazado por el miedo a que no nos mate el Estado” (Lazzeta, 2007, p. 53). Por lo tanto, aunque Colombia se encuentre por muchos años subsumida en un conflicto interno, la democracia indica que somos más las personas que queremos la paz, y por lo tanto, estamos en un Estado Democrático ideal que no se doblega ante los intereses particulares de grupos al margen de la ley, y que luchará por la protección de nuestra soberanía popular para hacer efectivos los derechos constitucionales y el ordenamiento jurídico.

Al Estado le es imposible asegurar efectivamente los derechos y garantías de los ciudadanos, pues no cuenta con los instrumentos necesarios para ello, dado que su protección se encuentra debilitada por problemas estructurales y presupuestales, y la cobertura no siempre logra

satisfacer todas las necesidades básicas de los ciudadanos, pues si ello se cumpliera, no existiría pobreza, delincuencia, inseguridad, grupos armados al margen de la ley, corrupción y en fin todos los males que afectan nuestra sociedad actual, por tal motivo la cobertura del Estado es aleatoria, como por ejemplo, el Estado proporciona ayuda humanitaria a los desplazados, pero lo hace por ciclos, turnos y por términos predefinidos, debido a que es imposible otorgarles una cobertura completa, suficiente e integral, lo que obliga a que la autogestión de los ciudadanos entre a cubrir los vacíos estatales, pero sin llegar a tomar la fuerza por la mano, ni convertir el remedio en un mal peor, debido a que todos los ciudadanos de un país tenemos que cumplir la regla de oro de convivencia pacífica y dejar el monopolio del poder en manos del Estado para no matarnos entre sí, por cuestiones económicas y sociales.

No obstante, el Gobierno debe estar siempre dispuesto a aumentar las coberturas, y ofrecer mayor seguridad a los habitantes de la Nación, para garantizar la democracia, que solo se logra y materializa cuando se protege la vida de sus ciudadanos, y se le ofrece mecanismos efectivos de defensa de sus derechos tutelados.

El modelo económico incide directamente en la democracia, pues el mercado liberal se aplica siempre que el país pretenda aumentar su capacidad económica con el intercambio de bienes y servicios, pero para ello, el país debe ser competitivo, pues de lo contrario, se está cediendo la democracia, y el autogobierno, como lo sostiene el tratadista Jorge Andrés Díaz Londoño: “el

principio de organización desplaza el potencial de conflictos de la oposición de clases a la dimensión del autogobierno, donde se exterioriza en forma de crisis económica. Típica del capitalismo liberal es la alteración de la coyuntura (crisis y depresión). En ella la oposición de intereses, fundada en la relación de trabajo asalariado y capital, no se manifiesta directamente en enfrentamientos de clases, sino en la ruptura del proceso de acumulación; y, por tanto, en forma de problemas de autogobierno. A partir de la lógica de esta crisis económica puede observarse un concepto general de crisis sistémica” (2011, p. 28).

Esto implica que la democracia no solo son principios básicos de configurar un Estado ideal, sino el otorgamiento en los ciudadanos de una responsabilidad muy grande lo que se conoce como el autogobierno o autogestión, pues no solo es elegir a sus dignatarios nacionales, departamentales o locales, sino ejercer como individuo un verdadero control de la gestión pública, que no solo es lo referente a la actividad estatal propia como tal, sino a los demás acontecimientos de un país, como su economía, pues indirecta o indirectamente, desde el mercado, nos pueden cercenar nuestros derechos fundamentales, generando políticas de represión y austeridad que aumenten los conflictos internos y la desigualdad social.

Jorge Andrés Díaz Londoño, citando a Habermas, sostiene que en un Estado Democrático:

Los ciudadanos se encuentran provistos de derechos de participación política; las leyes solo se consideran válidas cuando cuentan a

su favor con la presunción, garantizada por vía de participación democrática, de que expresan un interés general y de que, por tanto, todos los afectados tendrían que poder asentir a ellas. Estas exigencias son satisfechas mediante un procedimiento que liga la legislación a un proceso de decisión parlamentaria y a la discusión pública. La *jurisdificación* del proceso de legitimación se implanta en forma de derecho a voto, universal e igual, y de reconocimiento de la libertad de organizar y pertenecer a asociaciones y partidos políticos (2011, p. 31).

Muy a pesar de que Colombia se encuentra en Latinoamérica en el cuarto lugar en promedio de participación electoral, con un 44,53% (1978-2006) (Díaz, 2011, p. 48), la abstención es predominante, lo que genera la necesidad de una formación política más temprana en nuestros ciudadanos para que sea legitimado el Estado Social de Derecho mediante la participación democrática de los ciudadanos en las decisiones mayoritarias y en el respeto de sus propios derechos individuales.

### **Estado de Derecho**

Hablar de Estado de Derecho, es sesgar gran parte de las libertades individuales de las personas, pues este tiende a la democracia representativa, en la que las personas ceden abruptamente a las decisiones de las mayorías, que como se dijo en párrafos anteriores no siempre son loables, pues pueden afectar las libertades y/o derechos individuales, ya que la soberanía en este modelo de Estado es una soberanía de la Nación que se

ve representada en un Parlamento o Congreso fuerte que toma todas las decisiones colegiadamente legitimadas por la mayoría al elegirlos.

Tal y como lo sostiene Otto Mayer, citado por Gustavo Zagrebelsky, sostiene que el Estado Liberal o de Derecho:

Se caracteriza por la concepción de ley como el acto deliberado de un Parlamento representativo y se concreta en: a) La supremacía de la ley sobre la administración; b) La subordinación a la ley, y solo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por lo tanto, de que poderes autónomos de la administración puedan incidir sobre ellos; c) La presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley a las controversias surgidas entre los ciudadanos, y entre estos y la administración del Estado. De este modo el Estado de Derecho asumía un significado que comprendía la representación electiva, de los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes; un significado particularmente orientado a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la administración (2009, p. 23).

Es evidente en un Estado Democrático garantizar efectivamente los derechos universales de todo ciudadano dentro del territorio nacional enmarcado en las fronteras, siempre y cuando se encuentren incorporados en el Derecho Positivo Interno, siendo un Estado legal, como lo dice Lazzeta:

El Estado domestica su fuerza brutal, racionalizando el uso de abrumador poder de coerción que la sociedad le confía, sometándose

a la ley. Como ha dicho Paul Ricoeur, el Estado de Derecho representa el lado razonable del Estado y es una conquista de la modernidad la exigencia de racionalizar ese poder. Esa aspiración no está plenamente asegurada en América Latina, donde el Estado sigue representando para muchos sectores sociales y regionales, algo tan necesario como temible al mismo tiempo. Los abusos de autoridad y los atropellos de las fuerzas de seguridad sugieren que ellas aún no han sido sometidas plenamente a la ley y subordinadas a las autoridades civiles electas, representando una fuente de incertidumbre para amplias franjas de nuestras sociedades (2007, p. 23).

### **Estado Social de Derecho**

La posmodernidad no solo es el cambio de época de la moderna a la actual, que si bien es cierto trajo consigo los más variados avances tecnológicos que permiten que la globalización sea una realidad, sino el cambio de panorama de la visión del Derecho Constitucional, que es liderado por Francia y los Estados Unidos de Norteamérica, creando un movimiento de la “*New Age* que abarca, por ejemplo, millones de literatura respectiva llena estantes y muchas editoriales alemanas han escogido en sus programas, series especiales sobre literatura esotérica y de la *New Age*...” (Kaufmann, 2007, p. 3). Desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, la Segunda Guerra Mundial marca un hito muy importante en la historia de la humanidad, por el hecho, de plantearse el renacimiento del Derecho Natural (Kaufmann, 2007, p. 11), ya que

el Derecho Natural no nace de la voluntad normativa, como en el caso del Derecho Positivo, sino que son derechos inherentes a la naturaleza humana, los cuales no se pueden renunciar, transigir o negociar, y en toda Constitución que sea producto de un contrato social, se debe sin lugar a dudas, dejar el discurso correspondiente del respeto de los derechos humanos, que corresponden hoy por hoy al Derecho Natural de los seres humanos que: “le han concedido los mismos derechos a todos los hombres y, estos a su vez, se gobiernan por la ley natural que es un precepto o norma general, establecida por la razón, en virtud de la cual se prohíbe a un hombre hacer lo que puede destruir su vida o privarle de los medios de conservarla; o bien, omitir aquello mediante lo cual piensa que puede quedar su vida mejor preservada” (Rey, 1994, p. 73).

Arthur Kaufmann asegura que:

El modelo de contrato que sobre todo se ha desarrollado en el libro de John Rawls, *A theory of justice*, plantea un cierto renacimiento del *Contrato Social* (Rousseau, Hobbes, entre otros). Rawls quiere obtener con él normas universales, que coloquen a los enjuiciados moralmente en un estadio primitivo ficticio (*original position*) que excluye la diferenciación de poder, y otorga iguales libertades para todos, al paso que –y esta es la pimienta de la cuestión–, deja a cada uno ignorante de la posición que vaya a ocupar en un orden futuro. Rawls opina que en ese estado primitivo ficticio, las partes contratantes se pondrían de acuerdo sobre los siguientes puntos: 1) En dos principios básicos, a saber,

igual derecho a idénticas libertades fundamentales, lo mismo que igualdad de posibilidades; y 2) En dos reglas de prelación, a saber, prelación de la libertad frente a otros valores y prelación de la libertad frente a la capacidad de acción y nivel de vida (2007, p. 47-48).

Recapitulando, la posmodernidad, implica un cambio, en el cual algunos países en los que imperaba el Estado Liberal de Derecho, hicieron transición al Estado constitucional, por cuestiones sociales, económicas, y culturales, y la pregunta que surge es ¿Qué es el Estado Liberal de Derecho?, es un modelo de Estado, fundamentado en el contrato social, democrático pero representativo, y con un ordenamiento sustantivo muy fuerte, poco interviniente en asuntos de los particulares, pero preparado para hacer respetar la soberanía externa e interna, aplicando la ley como *ultima ratio* para conservar el orden público y la convivencia pacífica, y solo a partir del siglo XIX, la sociedad empieza a comprender la filosofía de que la ley es una garantía de la voluntad colectiva, para hacer que un Estado sea sostenible social y económicamente, sin importar los fines hedonistas de sus connacionales.

El Estado Social de Derecho como tal, hace su aparición en los años 30, con la caída de la Bolsa de Valores de los Estados Unidos de Norteamérica, es en la época de la Guerra Fría de finales de la Segunda Guerra Mundial (1945) y la caída del muro de Berlín (1989), donde se gestó un verdadero cambio de paradigma, ya que la Guerra Fría si bien no era tan directa, sí fraccionó el mundo en dos bloques ideológicos,

el capitalismo liderado por los Estados Unidos de Norteamérica y el comunismo que pregona como ideal la comunidad soviética.

Los países con sistemas capitalistas se identifican con la democracia, la protección a la propiedad privada y la libertad individual. Por otro lado, los países que acogieron un sistema comunista, la propiedad de los medios de producción son del Estado y la propiedad individual es muy limitada, solo de subsistencia, como la casa de habitación, con muchas restricciones sociales que les impiden ejercer plenamente su libertad personal, como es el caso de la Unión Soviética que “se reconocía una propiedad colectiva o estatal sobre los medios de producción, pero respecto de un grupo importante de bienes, se consagraba una auténtica propiedad privada” (Tertera, 2011).

El Estado Bienestar (*Welfare State*) que surge en el año de 1945 como consecuencia de la posguerra, fue utilizado por Estados que incluso eran monárquicos; cuando se adopta este modelo, el gobierno es mucho más grande y va mucho más allá al darse así mismo la responsabilidad del cuidado total del ciudadano desde que nace hasta que muere.

Según Gustavo Zagrebelsky, el concepto de Estado Bienestar de la posguerra, no coincide con lo que conocemos hoy de lo que es Estado Constitucional:

Aunque no siempre con un significado perfectamente coincidente, es indudable que en la ciencia constitucional actual el lenguaje de los derechos ha tomado la delantera a cualquier otro lenguaje. Hasta tal punto es

así que, para establecer una diferencia con el Estado de Derecho decimonónico, hoy se habla a veces de Estado de Derechos. En el plano del Derecho Constitucional, este punto de llegada puede considerarse como la consecuencia de fenómenos más generales que sacuden completamente el campo de la experiencia política y ética contemporánea.

Lo que subyace, es ciertamente el descrédito en que, en la segunda posguerra, cayó la idea hegeliana total del Estado como realidad en acto de la idea ética objetiva que se piensa y sabe a sí misma lleva a cabo lo que sabe y en la medida en que lo sabe. El Estado que sabe, con independencia e incluso contra lo que saben los seres humanos particulares, era el Estado al que debían atribuirse las responsabilidades por las tragedias de alcance mundial que se produjeron durante y entre las dos guerras. A los ojos de los supervivientes, era evidente que tanto el Estado nacional-burgués como el totalitario, no sabían en realidad lo que hacían (2009, p. 65).

La Guerra Fría terminó por la presión económica de los demás países al no permitirles el intercambio mercantil, y la Perestroika con la democratización trató de reconstruir la Unión Soviética pero sin éxito alguno, lo que implicó que las empresas soviéticas dejaran de ser competitivas. Por otro lado las políticas globales en pro de la humanidad y de la búsqueda de un mundo más seguro y confiable condujo a que se presentaran revoluciones en las esferas de la Unión Soviética en el año de 1989, como la caída del muro de Berlín, Polonia dejó de ser comunista

tras la revolución sindical para ser democrática, lo mismo pasó con Hungría que trató de salvar el comunismo pero cedió ante los partidos políticos, Checoslovaquia creó en forma provisional un gobierno democrático presidencialista y convocó para elecciones en 1990, Bulgaria dejó de ser comunista en las urnas, pues fueron elegidos dignatarios por elección popular dando paso a la democracia representativa, en Rumania del comunismo se pasó a la democracia pero en forma más sangrienta, dado que fueron ultimados centenares de rumanos que se manifestaron en contra del régimen.

Luego de ese episodio, los países quedaron debilitados, incluso los vencedores, debido a que se hicieron grandes inversiones en la guerra, se causaron daños que dejaron zonas completamente devastadas, y le correspondió al Estado asumir la reconstrucción. De ahí surge lo que se conoce como el Estado Bienestar, que propone la intervención del Estado en la economía y en lo social, esto no es una novedad, en la época feudal, el Estado monárquico intervino en la economía al darse cuenta que la burguesía estaba ganando poder financiero que pronto les podría arrebatarse el poder, esto simplemente, para dejar claro que el Estado ya había intervenido en la economía con otros fines.

Definitivamente el modelo político que adopten los países, determina las garantías de los individuos, por eso, es diferente el Estado de Derecho decimonónico, del Estado Social de Derecho que fue proclamado por las Constituciones de la posguerra. De ahí que muchas civilizaciones aplicaran y aún estén aplicando su

derecho de resistencia para rebelarse legítimamente en contra del Estado gestado un cambio que reivindique sus derechos, como es el caso de los habitantes de la República Árabe de Siria, que empezaron su resistencia civil en contra del régimen del presidente Bachar al Asad “en marzo de 2011, más de 9.000 personas han muerto, 200.000 se han visto desplazadas a otros lugares del interior del país, y unas 30.000 se han refugiado en los estados limítrofes, según datos de la ONU” (la información.com, 2012).

Para Ferrajoli “la guerra es (siempre) un hecho ilícito; tanto es así que Kelsen, para llegar a calificar la guerra, al menos en la mayor parte de los casos, como un hecho ilícito, se vio forzado a atribuirle igualmente una sanción...” “A partir de la prohibición formulada por la Carta de las Naciones Unidas (y por lo que respecta al caso italiano, en el Artículo 11 de la Constitución), la guerra, es decir, el uso de la fuerza, será calificable como ilícito por oposición al uso regulado de la fuerza, que es por el contrario, la sanción...” (Ferrajoli, 2009, p. 40).

En Colombia, la posguerra, trajo consigo transformaciones culturales, como por ejemplo, “la radio se impuso en esta época como el medio de comunicación de masas. El público fue cada vez más alfabeto gracias a la ampliación de la educación pública y privada, pero al popularizar la televisión su impacto produjo una cultura audiovisual...” (Gutiérrez & Urrego, 1995), los medios de comunicación marcan la pauta para que las personas se culturicen, esto hace que generen voces de cambio, al enterarse de asuntos relevantes: Como la declaración de los derechos

humanos, el fin de la guerra y en otros acontecimientos que refuerzan la ideología, y que se ven reflejados en el avance del Derecho.

Por otro lado, la ideología es una declaración de lo que debería ser, particularmente para transformar, las ideologías son para mejorar la sociedad, son el estandarte de la teoría de Occidente, lo que busca es la transformación en aras de la libertad, y la ideología debe ir de la mano con el Derecho, como lo dice Rudolph Von Ihering, citando a Enrique Kleist: “el hombre sin derecho se rebaja a bruto” (Von, 2011, p. 27), el Derecho crea una soberanía que se incrusta en los conciudadanos, de ahí que “el buen Estado y la energía del sentimiento legal del individuo constituyen la fuente más fecunda del poder y la garantía más segura de que exista un país” (Von, 2011, p. 75).

El poder es una energía innata en los hombres y eso no ha cambiado, unos mandan y otros obedecen, lo que implica que el Estado no desaparecerá jamás, pero el Estado Social y Democrático de Derecho es una alternativa frente al Estado liberal, para darle una connotación más social, en donde exista primacía del interés general sobre el particular, pero respetando los derechos fundamentales de los individuos, que genera un ambiente de bienestar y seguridad, ya que la propiedad privada incluso tendrá fines sociales y ecológicos.

El jurista Gerardo Eto Cruz sostiene que el Estado Social de Derecho “requiere de dos aspectos básicos: La existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibili-

dades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en quehacer estatal; y la identificación del Estado con su contenido social, de forma tal que puede evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su obtención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social” (2011, p. 72).

Por ende para que un país tenga una Constitución y Estado Social de Derecho, deben existir normas de rango superior, separación de poderes que impliquen la colaboración armónica y un poder judicial fuerte que pueda direccionar al Ejecutivo y Legislativo, por medio de un Tribunal Constitucional que sirva de órgano de cierre, reconocimiento de los derechos fundamentales, libertades individuales, y participación democrática en la gestión estatal, como los mecanismos de participación ciudadana.

El modelo político adoptado por Colombia en 1991, con la Constitución de ese año, se destaca por ser una “democracia participativa, con procedimientos tales como el plebiscito, el referendo, la consulta popular, la iniciativa legislativa y la revocatoria de mandato” (Hidrón, 1994, p. 125).

Con la creación de la Corte Constitucional, nace el pilar fundamental del Estado Social de Derecho que va a permitir la tutela efectiva de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna, mediante la interpretación bien sea textual, histórica, sistemática y finalista de la Constitución que direcciona políticas gubernamentales o emita órdenes a autoridades o particulares encaminadas al respeto de los derechos

fundamentales como en el caso de la Acción de tutela, así mismo el control de constitucionalidad automático, como el caso de las leyes estatutarias, o control de legalidad cuando son demandadas por inconstitucionales las normas por ser contrarias a los postulados constitucionales.

Como lo dice el jurista Juan Gabriel Rojas López:

Cierto es que las decisiones adoptadas por la justicia constitucional deben tener una fundamentación jurídica, emanada como primera medida del carácter normativo y vinculante de la propia Constitución, pero no debe perderse de vista que la Constitución es también un instrumento político y que es el epicentro de los debates jurídicos, tanto en lo atinente a la creación de las disposiciones jurídicas como en su propia interpretación, subyace un fundamento político, económico y social, de innegable valor e inevitable influencia (2008, p. 33).

En tal sentido, el Estado Social de Derecho “significa que el ordenamiento jurídico colombiano está basado en el principio de legalidad –Estado de Derecho– y en la estructura de los valores o derechos fundamentales y económicos –Estado Social–. Por lo tanto, es indispensable que todas las ramas del poder, incluida la Corte Constitucional y los Jueces en general, protejan tanto el Estado de Derecho como el Estado Social. Si se sacrifica uno en beneficio del otro, estaremos violando el Artículo 1° de la Carta Política” (Tamayo & Jaramillo, 2012, p. 7).

El problema que surge es que el Artículo 230 de la Constitución Política, impone a los jueces

el sometimiento al imperio de la ley, como si se tratase de un Estado de Derecho, y relega a la jurisprudencia como fuente auxiliar, para garantizar el Estado de Derecho. Esto no puede ser analizado en su tenor literal, pues si no hubiere sometimiento a la ley, los jueces simplemente decidirían a su arbitrio, como sucedía en la antigua Roma antes del *Digesto* y las *Institutas* de Justiniano que se agruparon en el *Corpus Iuris Civilis*, los magistrados resolvían los casos en concreto con la doctrina, esto implicaba que el juez tomaba la decisión con fundamento en razón, esto era peligroso, pues cada conflicto generaba una solución no siempre era igual, así el caso fácticamente fuese el mismo, pues el poder se centraba en el Juez quien era creador de ley, más concretamente doctrina, por consiguiente, “a la par con la creación de este cuerpo legal, Justiniano eliminó toda la doctrina que no era concordante este y, en su defecto, prohibió hacer mención a cualquier norma que no estuviera contenida en el *Corpus Iuris Civilis*...” (Agudelo, 2011, p. 52).

Hoy en día, con la adopción de un Estado Constitucional, se les otorgó a los jueces constitucionales la facultad de interpretar la Constitución, y por ende apartarse de la ley, para tomar decisiones, con fundamento en la razón y en la doctrina constitucional, teniendo como fuente primaria la Constitución aplicando los postulados de Hans Kelsen y el precedente.

El Juez que se quiera apartar de precedente, tiene que conocer adecuadamente el precedente anterior y argumentar por qué no lo aplica en el caso en concreto, ya que la jurisprudencia sí es

vinculante, debido a que Colombia solo posee un sistema jurídico, organizada en República Unitaria, con la separación de poderes conlleva a distinción de dos discrecionalidades la política y la judicial, “la discrecionalidad política, que es propia de las funciones del Gobierno y de las funciones legislativas, y la discrecionalidad judicial, vinculada en cambio a la actividad interpretativa y probatoria requerida por la aplicación de las normas legales al objeto del juicio. Se trata de dos tipos de discrecionalidad profundamente distintas, que remiten a fuentes de legitimación a su vez diversas: La representación política de la legis-nación, la sujeción a ley en el caso de la jurisdicción. Conviene preguntarse si es adecuado y oportuno hablar, en estos casos, de conflictos entre derechos” (Ferrajoli, 2009, p. 94).

Es evidente, que sistemas jurídicos o modelos *no adversariales*, o sea los modelos inquisitivos, como en el caso colombiano, respecto de la Jurisdicción Civil, demandan del Juez una mayor actividad, dado que tiene el deber de decretar pruebas de oficio para esclarecer los hechos en la búsqueda de la verdad, debido a que se “involucra el alcance de las consecuencias de la Consagración Constitucional Positiva de la idea de Estado Social de Derecho, como determinante de la figura del Juez Director del Proceso, con poderes concernientes a la vigilancia de la forma y a la salvaguarda de la ética en el proceso. Es sin embargo polémico, si la consagración constitucional, por sí sola implica el entendimiento de unos poderes investigativos para el cumplimiento de la misión que el mensaje es procurar

que la verdad formal coincida con la real, una manera de hacer justicia en el caso en concreto” (Arrendo & Arredondo Quintero, 2010).

Por otro lado, la separación de poderes marca la pauta para determinar si estamos frente a un Estado Social de Derecho o no, pues en donde el Juez es limitado en su discrecionalidad por parte de los demás poderes del Estado como el Legislativo y Ejecutivo, no habrá protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas, ya que la discrecionalidad judicial, se manifiesta en la actividad cognoscitiva de aplicar la ley, aunque sea constitucional, en el “espacio propio de la jurisdicción y de la discrecionalidad judicial pertenecen, en cambio, solamente las controversias y decisiones interpretativas relativas al significado de las leyes que han de ser aplicadas, tanto las ordinarias como las constitucionales. Ello debería ser suficiente para alejar el fantasma de supuesto gobierno de los jueces que obsesiona a una parte de la filosofía política y, sobre todo, de la clase política. En efecto, también el juicio de constitucionalidad consistente, repito, en la aplicación de la ley...” (Ferrajoli, 2009, p. 97).

Bobbio, referenciado por Luigi Ferrajoli en su libro *el Garantismo*. “Una dimensión sobre el Derecho y la democracia”, sostiene que “la validez sustantiva y no solo formal, impuesta a las normas de grado jerárquicamente inferior a la Constitución como condición de su legitimidad constitucional. La teoría del Derecho se limita a identificar las diferentes dimensiones de la democracia constitucional...” (Ferrajoli, 2009, p. 106).

El Estado debe tener un poder negativo, según el liberalismo, esto es, el Estado gendarme, el poder de cumplir tres objetivos, administración de justicia, policía y ejército, lo demás debe quedar en manos de los particulares. En el Estado de Derecho prima el imperio de la ley sobre el imperio del hombre, la sociedad se hace visible con las relaciones comerciales, lo que implica que las relaciones sociales más importantes son las que tienen que ver con el mercado, en donde el individuo es igual. La sociedad es un conglomerado de individuos que se relacionan en el mercado.

De todas maneras de la sociedad y del sujeto depende cualquier tipo de Estado, sea absolutista o liberal, este último se gana a la sociedad y al sujeto porque promueve la libertad y tiene una gran confianza en esta. En el introductorio del Capítulo 3 del libro *En busca de la política*, Zygmunt Bauman radica su trabajo en un contexto político e histórico postrevolución francesa, analizando desde una posición crítica, el modelo de gobierno denominado “Democracia Liberal”, dado a la luz a finales del siglo XVIII.

Califica la meta de este enfoque como una utopía, consistente en el intento de llevar a cabo un equilibrio entre Estado y Sociedad, lo que dista considerablemente de lo que es la democracia real. Se concibió al Estado, como “...un intento de mantener la efectividad como guardián de la paz y mediador entre los intereses particulares y grupales” (Bauman, p. 163), de tal suerte que le permita al Estado manejar sus asuntos, a la sociedad manejar los suyos, con instrumentos también para ocuparse de que los

asuntos del Estado sean dirigidos adecuadamente y para el Estado para defender a la sociedad de sus excesos. Se concluye, que en la vida de la República existen conflictos internos, en donde se presentan dos principios fundamentales que se hacen necesarios para que esta funcione, que son esenciales para su razón de ser: como factor capacitador, en donde es fundamental la libertad de participar logrando perseguir un equilibrio a través de la libertad del individuo de toda injerencia, y el derecho de los ciudadanos a intervenir. Ese derecho que ostentan todos los ciudadanos de intervenir y cooperar en la formación de las leyes que les atañen en el establecimiento del legado histórico de la Nación, su sangre y el suelo, convirtiéndose en la estructura que fusiona a los individuos en una comunidad llamada comunidad republicana, denominado por Cornelius Castoriadis como “sociedad autónoma”, ya que tenemos la capacidad de realizar nuestras propias leyes y de reflexionar sobre el quehacer cotidiano de nuestro trabajo, en forma colectiva integrada por individuos autónomos.

Hay tres modelos clásicos de constituciones que intervienen en el mercado, la primera el Libre Mercado que se enmarca en un Estado de Derecho, y el Estado no interviene en el mercado, ni en la economía del Estado; la segunda es la Economía del Estado soviético, y la tercera la Economía social, planear el mercado para acabar con la pobreza, evitar la extrema pobreza y el aumento de la riqueza en manos de muy pocos, a esto se denomina Estado Social de Derecho.

Nuestra Constitución Política propone el Estado Social de Derecho como postulado en el

Artículo 1, y lo desarrolla a lo largo de la Carta Magna. No obstante el único capaz de hacer cumplir con este postulado es el Juez quien debe involucrarse en la realidad social, para velar por la protección efectiva de los derechos tutelados por el ordenamiento jurídico.

El Juez debe respetar los derechos fundamentales, que proponen desde las sentencias políticas públicas, esto es lo que hace que sea Estado Social de Derecho, ya que si el Poder Ejecutivo no actúa, el juez constitucional le ordena adoptar lo correspondiente, como por ejemplo el caso en lo que respecta a los derechos de los desplazados, la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-025 de 2004, ordenó de manera reiterativa la necesidad de “inclinarse la agenda política del Estado a la solución del desplazamiento interno y el deber de darle prioridad sobre muchos otros tópicos de la agenda pública”, “dada la incidencia determinante que, por sus dimensiones y sus consecuencias psicológicas, políticas y socioeconómicas, ejercerá este fenómeno sobre la vida nacional” (Desplazamiento Forzado, 2004).

En este sentido, ciertos autores han postulado un “principio de defensa de los grupos desaventajados”, consistente en un deber judicial de corregir las injusticias propias del proceso político a través de un rol activo de los jueces orientado a mejorar las condiciones de vida de ciertos grupos de personas que no reciben la debida atención por parte del poder público, o que son directamente discriminados por motivos raciales, sexuales o económicos (Saggese, F., 2010).

En el Estado de Derecho el Juez tiene un con-

tacto inhumano con las causas, no es director del proceso, es un simple espectador, no se puede hablar de un Juez con poderes-deberes, como en el caso del decreto de pruebas de oficio para hacer los derechos sustanciales de las personas en conflicto, para que prevalezca lo formal sobre lo sustancial.

Por el contrario en el Estado Social de Derecho el Juez es el único capaz de hacer efectivo los derechos tutelados a las partes en un proceso, por consiguiente es la figura central del Derecho, completamente opuesta a la que señalaba Montesquieu, es un ser que razona interpretando y argumentando inspirado en los nuevos postulados del Derecho Constitucional o el neoconstitucionalismo y los derechos humanos, teniendo claro que antiguamente la igualdad era frente a la ley, hoy la igualdad es frente a la realidad social, frente a la vida (Colmenares, 2011).

No obstante, esto no lo debemos confundir con un gobierno de los jueces que atenten contra la democracia o su equilibrio; para Ronald Dworkin “democracia significa gobierno del pueblo, pero aquello parece ser, más bien, gobierno de los jueces. De hecho, hay dos aspectos por los cuales una Constitución podría parecer no democrática, y este rápido resumen solo capta uno de ellos: los jueces de los tribunales supremos no son electos sino nombrados, y se desempeñan de por vida, salvo mala conducta extraordinaria” (2010, p. 113).

El Estado Constitucional se caracteriza por un mayor control de poder estatal que evite los abusos y desmanes de los que gobiernan, para cumplir con los fines esenciales del Estado, si-

tuación que se presenta al constitucionalizar el proceso, para fortalecer la figura del Juez, quien tiene en sus manos la facultad y el deber de hacer efectivo los derechos tutelados por la Constitución y la ley de las personas.

Por consiguiente son “los jueces quienes están obligados a determinar en cada caso si ha dado las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático, de modo que la ley en cuestión goce de una presunción de validez que a efectos de justificar una decisión permita al juez poner entre paréntesis su propia reflexión individual” (Vásquez, R., 2010, p. 520), esta situación implica que así el juez pertenezca a una capa social baja, media o alta, pueda analizar socialmente cada decisión para garantizar los derechos de los individuos sin apartarse del deber ser, que es la protección de los derechos y garantías de las personas en un Estado Social y Democrático como el nuestro.

Esta situación se ve marcada en las Constituciones Formales, cuyo objeto es organizar el poder y las fuentes del Derecho, pero dejando la facultad a las autoridades estatales de establecer la regulación. Y las Constituciones Materiales que incorporan un programa político bien definido que prácticamente limita a las autoridades al cumplimiento de los postulados constitucionales.

Es casi imposible que las Constituciones sean puras en su configuración, pues habrá Constituciones que son materiales con matices formales o viceversa, todo depende del texto constitucional y las pretensiones de los pueblos.

La democracia es al mismo tiempo formal

y sustancial, desmintiendo la divulgada concepción “de libertad-democracia como sistema fundado sobre una serie de reglas que aseguran la omnipotencia política de la mayoría y la absoluta libertad de la economía del mercado”, pues precisamente la garantía tanto de la autonomía política como la negociada reside, “con aparente paradoja” en su inderogabilidad política y su indisponibilidad privada; es decir en representar, junto con los demás derechos fundamentales, un límite infranqueable frente a los poderes mayoritarios y del mercado (Sanchis, 2010).

Con las Constituciones de la posguerra, y con el surgimiento del denominado Estado Social de Derecho, del que se ha venido hablando en párrafos anteriores, cambió notoriamente la posición del Juez frente a la sociedad, pues el Juez es el encargado de efectivizar los derechos fundamentales de las personas, que fueron totalmente ultrajados en los Estados en guerra, de ahí que Ferrajoli, citado por Luis Prieto Sanchis, sostiene que “no comparte la imagen del Juez como “Boca Muda” de la ley o la Constitución, una imagen nacida en la Ilustración pero divulgada y asumida como dogma por el *paleopositivismo*” (Sanchis, 2010).

Por tal razón, el Juez tiene el deber de propiciar por un control judicial de los actos de poder, incluyendo la aplicación del ordenamiento jurídico mediante una compleja y ordenada argumentación e interpretación jurídica, pero tomando como parámetros reales a la Constitución, lo que implica que el Juez “está llamado a constatar y, en muy escasa medida, a escoger, valorar o decidir” (Sanchis, 2010), pero no reemplazar

a las partes para enderezarles sus falencias en la petición de pruebas y decretar pruebas de oficio que generan un desequilibrio de las partes en contienda, que atenta contra el derecho de la igualdad frente a la ley, y en aras de la protección de los postulados del Estado Social de Derecho, no se puede transgredir el derecho a la igualdad que tanto se pregona en las civilizaciones actuales.

De ahí que exista una garantía jurisdiccional de la Constitución, “dicha garantía permite hacer de la rigidez algo más que un simple postulado de buenas intenciones. La rigidez, para ser tal, debe poder imponerse frente a las leyes, y al resto del ordenamiento jurídico (Carbonell, 2010, p. 167).

Esto implica, que el Juez en sus racionamientos aplique la discrecionalidad judicial para poder hacer efecto los postulados del Estado Social de Derecho, que en Colombia es desarrollada por la Corte Constitucional, pues todos los Jueces son Jueces Constitucionales, y no solo en los Fallos de Tutela, o de Acción de Inconstitucionalidad, deben apegarse a la Carta Magna, pues en un fallo sobre justicia ordinaria, también se debe aplicar la Constitución como fuente primaria, y hacerla cumplir por encima de la ley, cuando se torne incompatible.

De ahí que se plantee la teoría del Derecho viviente, que puede, “concebirse como una respuesta a la crisis de la ley que caracteriza el tiempo de la sociedad moderna. Es obvio que la jurisprudencia constitucional no puede cerrar los ojos frente a esta concepción de Derecho” (Zagrebelky, 2010, p. 567) que implica sim-

plemente analizar en cada decisión el elemento sociológico y sus consecuencias para producir decisiones más justas que alcancen alto nivel social que garanticen la convivencia pacífica y la solución efectiva del conflicto.

Por otro lado, en un Estado Social de Derecho, la responsabilidad del ciudadano es mayor, pues él tiene a su disposición los mecanismos de participación ciudadana para ser un coadministrador de la gestión pública, que genere beneficios en interés general, en aplicación del principio de transparencia y moralidad.

El *Principio de las mayorías* (Bayón, 2010, p. 419), consiste en que en el Estado Social de Derecho, se cumple fielmente con el interés general de las decisiones mayoritarias, pero respetando la posición de Kelsen, debido a que la democracia es constitucional, como el caso del “autogobierno” que no es más que la soberanía popular, pero respetando los derechos que se le garantizan a cada individuo por la Carta Política, la asociación de estos dos postulados genera el contrapeso necesario, para que no se afecten las libertades individuales de los connacionales.

En este orden de ideas, el Estado Constitucional, como modelo político es el único que puede generar un ambiente de respeto en medio del conflicto constitucional, como lo sostiene el doctor Juan Gabriel Rojas López “se convierte en el escenario adecuado para discusión entre iguales que representan intereses distintos, en la medida que a partir de la utilización de argumentos imparciales y racionales, para tratar de armonizar los diversos intereses particulares con los generales” (2008, p. 31).

### Discusión final

El resultado de la presente investigación no fue cuantitativo como tal, pues no enumera los libros sobre el tema, sino que hace una selección de autores contemporáneos que se destacan por su participación en foros nacionales e internacionales.

Como resultado se abstrae que el Estado Social de Derecho y la democracia son conceptos diferentes que se apoyan recíprocamente para mantener el equilibrio, evitar las desigualdades sociales, la violación del Derecho tutelado a las personas y en caso de ocurrir, que se cuente con los mecanismos efectivos para hacer valer los derechos.

### CONCLUSIONES

Es evidente que el Sistema Jurídico del Estado Social de Derecho permite un poder jurisdiccional más fuerte representado por la Corte Constitucional, para hacer efectivos los postulados, valores y principios consignados en la Carta Magna.

Además que la participación democrática con el voto o la elección de sus representantes, las personas ejercen el autogobierno y la gestión colectiva de su destino para direccionar al Ejecutivo Nacional en las políticas públicas y la función del Legislativo mediante el control automático de constitucionalidad y la declaratoria de inexecutable a la que pueden acceder todos los ciudadanos por ser una acción pública; con esto, se genera un ambiente de respeto de las libertades individuales, bajo interés colectivo siempre que no se vulneren las garantías míni-

mas como la igualdad y la vida de los connacionales, entre otros.

Por lo tanto, en un Estado constitucional el administrado es coadministrador de la gestión pública con los mecanismos de participación ciudadana como el plebiscito, el referendo, el cabildo abierto, el voto, la revocatoria del mandato y las veedurías ciudadanas, entre otros, para generar mayor responsabilidad individual y colectiva, que sea invulnerable debido a que se constituye como uno de los mayores avances de la democracia participativa.

Si nuestro país tiene desempleo, problemas de violencia, pobreza y corrupción, no significa que el Estado constitucional sea un fracaso, toda vez que mediante la participación democrática en el ejercicio de los mecanismos legales, se pueden hacer efectivos nuestros derechos y garantías constitucionales.

Esto hace que la efectividad no pueda medirse en función de los problemas sociales o económicos del país, sino por la forma como se hacen efectivos los postulados constitucionales para proteger a los individuos, mediante las acciones constitucionales o los mecanismos de participación ciudadana que logren la convergencia de los intereses contrapuestos y la verdadera igualdad social.

### REFERENCIAS

- Agudelo, D. A. (2011). *La Jurisdicción y la protección internacional de los Derechos*. Medellín, Colombia: Universidad de Medellín.
- Bauman, Z. (2002). *En busca de la política*. México: Fondo de Cultura Económica.

- Bayón, J. (2010). Democracia y derecho: Problemas de fundamentación de constitucionalismo. En: Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (2009). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Externado de Colombia.
- Carbonell, M. (2010). El Neoconstitucionalismo: Significado y niveles de análisis. En: Carbonell, M. *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Externado de Colombia.
- Colmenares, C. A. (2011). *El rol del juez en el Estado Democrático y Social de Derecho y Justicia*. Caracas: GIDPRO.
- Cordovez, C. (2007). *Un vínculo pendiente entre Estado, ciudadanía y desarrollo*. Washington D.C., USA: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-025 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Díaz, J. (2011). *Estado, poder y neoliberalismo*. (C. A. Parra, Ed.). Manizales, Colombia: Universidad de Caldas.
- Dworkin, R. (2010). Igualdad, democracia y Constitución: Nosotros, el pueblo, en los tribunales. En: Carbonell, M. *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Externado de Colombia.
- Eto, G. C. (2011). *El Derecho Procesal Constitucional, su desarrollo jurisprudencial*. Bogotá: Temis.
- Ferrajoli, L. (2009). *Garantismo* (Trotta Ed.). (Carbonell, M. y Salazar, P., Edits. y Grepipi, A. Trad.). Madrid: Trotta.
- Figuroa, P. (01 de 03 de 2010). <http://suite101.net/article/crecimiento-pobreza-y-desigualdad-en-china-a11648>. Recuperado el 29 de 07 de 2012, de <http://suite101.net/article/crecimiento-pobreza-y-desigualdad-en-china-a11648>
- Gutiérrez, E. C. y Urrego Ardila, M. A. (1995). *1.001 cosas sobre la historia de Colombia que todos debemos saber*. Bogotá: Círculo de Lectores.
- Hidróñ, H. (1994). *Panorama del Derecho Constitucional colombiano*. Bogotá: Temis.
- Kaufmann, A. (2007). *La filosofía del Derecho en la posmodernidad*. Bogotá: Temis S.A.
- lainformación.com. (15 de abril de 2012). [http://noticias.lainformacion.com/politica/defensa/el-regimen-sirio-dice-que-impedira-acciones-terroristas-pese-al-alto-el-fuego\\_fkl0caMsIsMDEUolOdNTv4/](http://noticias.lainformacion.com/politica/defensa/el-regimen-sirio-dice-que-impedira-acciones-terroristas-pese-al-alto-el-fuego_fkl0caMsIsMDEUolOdNTv4/)
- Lazzeta, O. (2007). *Democracias en busca de Estado*. Santa Fe, Argentina: Homo Sapiens Ediciones.
- Periódico *El Espectador* (octubre 11 de 2011). Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/articulo-306567-esperamos-democracia-retorne-libia-santos>
- Rey, E. C. (1994). *Teorías políticas clásicas de la formación del Estado*. Bogotá: Temis.
- Rojas, J. G. (2008). *Conflicto constitucional y Derecho Procesal*. Medellín, Colombia: Universidad de Medellín.
- Ruiz, M. J. & Ferrajoli, L. (2012). *Dos modelos de constitucionalismo*. Madrid: Trotta S. A.
- Saggese, F. (2010). *El derecho a un nivel de vida adecuado*. Argentina: Librería Editora Platenense S.R.L.
- Sanchis, L. P. (2010). Una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado

- Social. En: Sachis, L. P.; García Figueroa, A.; García Jaramillo, L.; García Amado, A.; Bayón, J.; Ferreres Comella, V. y otros. Carbonell, Miguel y García Jaramillo, L. (Edits.). *El canon del neoconstitucionalismo*. Bogotá: Externado de Colombia.
- Tamayo, J. T. y Jaramillo, C. I. (2012). *El precedente judicial en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Tenera, F. B. (2011). *Bienes*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Vázquez, R. (2010). Justicia constitucional y democracia: La independencia judicial y el argumento contramayoritario. En: Carbonell, M. (2010). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Externado de Colombia. p. 659.
- Von, R. I. (2011). *La lucha por el Derecho*. Bogotá: Temis.
- Zagrebelsky, G. (2009). *El Derecho dúctil, ley, derecho, justicia*. Madrid: Trotta.
- Zagrebelsky, G. (2010). Realismo y concreción del control de constitucionalidad. El caso de Italia. En: Carbonell, M. *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Externado de Colombia.