

# **Del derecho como institución violenta del Estado a la constitucionalización del derecho<sup>1</sup>**

**Adrian Zeballosf-Cuathin<sup>2</sup>**

**Enrique Cáceres Mendoza<sup>3</sup>**

## **Introducción**

Muchas de las razones que los sociólogos y estudiosos de la violencia han utilizado para pretender explicar las alteraciones sociales negativas hunden sus raíces en estructuras objetivas asociadas a las desigualdades económicas, como la acumulación de capitales y medios de producción, la inequidad en la distribución de los recursos de subsistencia y la acumulación de mercados o la ausencia de instrumentos reales para garantizar una reforma agraria incluyente y equitativa, fenómenos que el derecho, apropiado y monopolizado por el Estado, ha facilitado. Algunas otras de las razones que se exponen se fundamentan en la existencia de ciertas supraestructuras de contenido más subjetivo, como la perpetuación de un sistema social de castas y clases que ha servido en función de determinados tipos de intereses de élite o la continuidad de ciertas instituciones trasplantadas de diferentes modelos

---

<sup>1</sup> El presente documento de investigación se deriva del proyecto “Desarrollo espacio UGC plataforma ARCA: conformación de un laboratorio de análisis y formación legislativa”, dentro de la convocatoria Julio César García 2020. El proyecto fue avalado y financiado por la Universidad La Gran Colombia. Grupo de investigación: Derecho Constitucional, Reforma a la Administración de Justicia y Bloques de Constitucionalidad. Semillero de investigación: Estudios Constitucionales, Derechos Humanos Colectivos y Fundamentales.

<sup>2</sup> Abogado y Psicólogo; Magíster y Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Docente de la misma Universidad y docente investigador de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad La Gran Colombia. Asesor, consultor y conferencista en derecho público. Bogotá, Colombia. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7517-8047>. Correos electrónicos: aazeballosfc@unal.edu.co, adrian.zeballosf@ugc.edu.co, alex.zc@hotmail.es.

<sup>3</sup> Abogado especializado en Instituciones Jurídico -Procesales, Magister en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Nacional de Colombia. Doctor de la misma Universidad. Docente de la Universidad Nacional de Colombia y docente investigador en otras universidades. Litigante, asesor y consultor. Ex asesor de la Dirección Nacional de Personal de la Universidad Nacional de Colombia y ex conciliador de la Fundación Servicio Jurídico Popular Email: aecaceresm@unal.edu.co.

sociopolíticos (como las instituciones coloniales) que han subsistido a pesar del paso del tiempo y de los procesos –tardíos– de modernización del Estado.

Uno de los principales problemas que no se terminan por resolver en el proceso colectivo, social y político de la construcción del Estado como proyecto es que a lo largo de la historia las tensiones y los conflictos violentos (entendidos estos como multiplicidad de tensiones y relaciones dinámicas de diferentes grupos sociales humanos) han caminado de la mano de la consolidación de un fuerte Estado de Derecho, cuyo corpus está integrado por una gruesa capa de normas jurídicas que han sido partícipes de la evolución misma de la sociedad, en función de un apego a la ley y la consolidación de un imaginario colectivo de legalidad, y que al mismo tiempo han servido para reproducir las formas y estructuras de poder.

Este capítulo pretende sostener como idea central que las formas tradicionales y monolíticas del derecho, desde las actividades propias del legislador, hasta algunas decisiones judiciales, han servido para justificar y legitimar ciertos discursos de poder que en manos y funciones incorrectas han perpetuado condiciones inherentes al mismo conflicto. Empero, una nueva revisión del derecho permite identificar un nuevo derecho, el derecho constitucional contemporáneo, derecho que, desde su concepción misma, tiene la finalidad de materializar las demandas de justicia de la sociedad.

El capítulo que se presenta a consideración se encuentra dividido en tres secciones. La primera sección abordará el problema de las violencias pragmáticas mediante las formas y los abusos del poder en ciertos contextos muy cercanos a la realidad colombiana, a partir de la implementación, por vías legítimas y no legítimas, de la llamada doctrina de la seguridad nacional en América Latina.

La segunda sección tratará de examinar cómo el derecho ha sido en general un complejo sistema de formas que cuentan con una eficacia simbólica en un paradigma colectivo imaginario, pero que en muchas ocasiones no han podido responder a las necesidades inmediatas de las sociedades, que se han rebelado al sistema mediante la recuperación y reivindicación de fórmulas comunitarias de justicia y que a pesar de los

formalismos dogmáticos perviven como prácticas sociales mucho más equilibradas en la minimización de los impactos y efectos del conflicto social.

Finalmente, la tercera sección abordará la idea de la necesidad de abrir nuevos campos extrasistémicos al espectro jurídico tradicional como posibles apuestas desde las comunidades y desde sus prácticas, y no desde las rígidas formas tradicionales de la cultura positivista occidental. En este requerimiento, surge el constitucionalismo contemporáneo como una posible respuesta a las demandas de cambio social y emancipación, pues las nuevas constituciones no solo se limitan a reconocer derechos, sino que establecen también garantías para su exigibilidad y justiciabilidad.

## **1. El Estado y la violencia institucional**

León Ferrari, nacido en Buenos Aires en 1920, ciudad en la que moriría un 25 de julio de 2013, 92 años después, se destacó por su trabajo como artista plástico mediante una extensa obra centrada en la política, la guerra, el sexo, la religión y los abusos del poder, que generaría múltiples controversias por sus contenidos, irreverentes y peligrosos para algunos, directos para otros, principalmente por su crítica a las instituciones y a las estructuras tradicionales que parecían estar dadas por una suerte de designio divino. Sobre un grabado que parece salido del arte medieval, en que se identifican cuatro personas desnudas, colgadas de una estructura rústica, que representan las torturas de la Inquisición, se nota un contraste con la foto en blanco y negro del triunvirato militar que gobernó Argentina a partir del 24 de marzo de 1976, fecha en que se produjo el golpe de Estado contra la entonces Presidenta María Estela Martínez de Perón, “Isabelita”, depuesta por la Junta Militar que daría origen al Proceso de Reorganización Nacional, que duraría hasta 1983. Delante de los tres gobernantes *de facto* se representa a un alto jerarca de la Iglesia católica, todos de espaldas a las figuras torturadas de la obra, que hace parte de la serie “*Nunca Más*”, con la que el artista plástico argentino denunciaría de manera iconoclasta las relaciones entre el poder dictatorial y la denegación de la dignidad humana. Buena parte de la obra de Ferrari se caracteriza por presentar cuadros de violentos contrastes entre modernidades y antigüedades, que mezclan

la irrealidad con la realidad política y religiosa que tanto criticó el artista, y que en su momento le valió el exilio.

La primera figura parece estar colgada del cuello o de la lengua, la segunda es una mujer colgada de los cabellos y las otras dos parecen estar colgadas bocabajo de los genitales, caracterizadas todas por la desnudez de sus cuerpos y las manos atadas a la espalda, con las que se evocan los terribles tormentos de la Inquisición que revelan la degradación del individuo por parte de las estructuras de poder, mediante prácticas judiciales que, en estricto sentido, no buscaban la obtención de verdad, sino la quiebra moral del individuo y su debilitamiento. La imagen no llamaría tanto la atención de no ser por la impresión que se genera al identificar a los militares que gobernaron con mano de hierro a Argentina, detrás de un alto prelado, como daguerrotipos extraídos de otros tiempos y trasplantados a una Edad Media que parecía olvidado, y que a todas luces vislumbra las relaciones estrechas entre los militares y algún sector de la curia católica, fuera de todo tipo de conmiseración por las víctimas del terrorismo de Estado.

El contexto de la serie "*Nunca más*" del artista en cita coincide con el periodo en que diferentes totalitarismos y dictaduras gobiernan en muchas latitudes, particularmente en América Latina, poco antes del llamado movimiento del constitucionalismo latinoamericano o neoconstitucionalismo, que tendría dentro de sus principales características la consagración de los derechos fundamentales del individuo como eje central del discurso político y constitucional de las sociedades latinoamericanas que buscaban reaccionar contra los abusos de los poderes que durante décadas habían prevalecido en la región. El neoconstitucionalismo, o simplemente constitucionalismo contemporáneo, -para evitar un debate que nos alejaría del tema central de este trabajo- se nutre y proclama, más allá de una teoría o filosofía, una ideología en función de la garantía de los derechos humanos y fundamentales por un poder que ya no es el legislativo, sino que ahora, con fuerza y sin arrogancia, el poder judicial tiene en sus manos tal responsabilidad. Pero para algunos esta corriente representa una verdadera amenaza para la democracia.

Un segundo cuadro, en un rincón del Guernica, el famoso cuadro de Picasso que retrata los horrores de la Guerra Civil española, se ve reflejado el dolor de la bestia que siente como

suya la masacre de los cuerpos vencidos por el bombardeo. La imagen impactante es una sola sensación de angustia y derrota producida por un foco que representa la bomba que exterminó a la pequeña población republicana en la época de la guerra, y que sería uno de los preámbulos del régimen franquista que duraría hasta la muerte del Caudillo en 1975. A la muerte de Francisco Franco la sociedad española se prepararía para introducir una profunda renovación de sus formas constitucionales, que darían como resultado la famosa Constitución española de 1978, paradigmática en la consolidación de un nuevo imaginario jurídico y político para la España que reivindicaría su monarquía constitucional sobre las bases de la democracia y el Estado de derecho, como conjuro contra las violencias *de facto* que se habían vivido bajo el régimen del general Franco.

Al otro lado del océano, América Latina se debate entre luchas insurgentes, contraofensivas y guerras antisubversivas y tendencias a proteger el modelo de Estado de derecho que parece verse amenazado con alzamientos populares, y parece ser que la mejor manera de contrarrestar estas prácticas de las insurgencias, es combinar el papel de las Fuerzas Armadas institucionales del Estado con las instituciones jurídicas que se alinean en torno a un modelo particular de pensamiento, la doctrina de la seguridad nacional, que se convertirá en buena medida en el eje central discursivo que orientará el derecho positivo de la región.

Tal y como se denunciaría en la obra de Ferrari, sin ser este el único artista latinoamericano que se dedicara al tema, no podemos ignorar cómo el modelo de Estado de derecho, cuyo principal paradigma se sujetó al respeto del principio clásico de la legalidad emanada del pensamiento liberal burgués, coexistió a la par con diferentes prácticas de poder que permitieron garantizar la subsistencia de un sistema lesivo, arbitrario y jurídicamente injusto, que legitimó no solo la implantación de un régimen de terror en el continente, sino que también contribuyó a deslegitimar las instituciones jurídicas tradicionales, llevó a que las sociedades empezaran a reclamar como suyas las urgencias de unas transformaciones de los paradigmas jurídicos en función de un mayor reconocimiento de derechos, libertades y garantías fundamentales.

Esta situación permite pensar que las prácticas de poder de los Estados latinoamericanos han coexistido tanto en sus formas violentas como en sus discursos justificatorios, justamente en función al papel catalizador del derecho como instrumento de control social, desprovisto en la materialidad de todo presupuesto o de toda pretensión moral, como plataforma ideológica de prácticas violentas de poder, para garantizar la continuidad de un sistema político que había adoptado como suyo el discurso del enemigo interno, de la necesaria y legítima guerra contra la subversión y de la lucha contra el comunismo, visto como una amenaza real más que como un paradigma político que en teoría preconizaba valores propios de una sociedad igualitaria en la que el Estado poco a poco desaparecería para retornar a las prácticas comunitarias ancestrales.

En medio de ese espacio creado como *habitus*, aparecen, pues, ciertos referentes contruidos a partir de las correlaciones de fuerzas sociales, prácticas traducidas a discursos que fundamentan determinados tipos de acciones y reacciones. Las comunidades se habitúan a prácticas de vida en función de una subsistencia y una vida pacífica, las instituciones estructurales de poder del Estado se habitúan a prácticas de control y dominación social a partir de paradigmas discursivos tales como el orden, la seguridad, la democracia, el respeto por los valores, las tradiciones o la moral social y las buenas costumbres, con la pretensión de dar respuestas verticales a las tensiones sociales desde la cúspide de la pirámide, que para el caso es el ojo del derecho en cuanto a sus formas tradicionales formalistas, que, según la tradición de Occidente, han demostrado ser violentas por naturaleza.

El derecho así visto se termina por parecer a todo aquello que predica combatir. Y ello es tan así por cuanto las propias formas de producción del derecho, así como sus formas de reproducción mediante los diferentes operadores (jueces en sus providencias, legisladores en las reformas legales, académicos en la enseñanza e investigación del derecho) siguen respondiendo a ciertos tipos de necesidades, factores reales de poder e intereses que rescatan esa eficacia simbólica, justamente porque son la base misma y garantía de su supervivencia.

Justamente las formas monolíticas de reproducir el derecho, que se evidencian en prácticas como la expedición y sanción de las leyes, la forma de ser transmitido en las academias de derecho o la ritualización de los instrumentos para resolver problemas reales,

termina por afectar su legitimidad social en razón precisamente a su poca practicidad en el manejo real y concreto de problemas humanos, más allá de las soluciones formales y tradicionales que nos ofrecen las estructuras procesales que legitiman los discursos de poder de las estructuras de administración de justicia de ese Estado de derecho que reproduce sus instituciones también monolíticas.

En el caso colombiano, los análisis realizados sobre la violencia se han centrado en aspectos como las estructuras económicas, culturales o políticas que han estado presentes a lo largo del recrudecimiento del conflicto armado interno. Sin embargo, se propone a la luz de lo tratado hasta aquí de hablar de otro fenómeno intrínseco al problema jurídico en el espacio del conflicto armado colombiano.

Dentro de los rasgos característicos de la violencia y sistemática imposición de la criminalidad institucional, justificada mediante la solidez de un Estado de derecho, formal y robusto en cuanto a la producción jurídica, encontramos fenómenos como la impunidad como factor estructural en la reproducción de la violencia en Colombia, a partir de un conjunto de prácticas propias de un Estado totalitario que reprime, que persigue y que limita las libertades formalmente consagradas en el *corpus iuris* nacional, además de otros conjuntos de prácticas que parecen contradecir las escalas de valores propias del discurso jurídico, como la corrupción o la impunidad presentes en los procesos de investigación y juzgamiento.

Pero en medio de todas ellas, ha de señalarse que las prácticas sistémicas de violencia y criminalidad del Estado han sido históricamente amparadas por las propias instituciones judiciales, policiales, políticas y comunicativas del establecimiento que han favorecido tanto dichas prácticas de corrupción como esa misma cultura de impunidad, pero que también han utilizado las formas jurídicas tradicionales para reprimir, condenar y reducir al enemigo interno, lógica en la que se basan los regímenes totalitarios que fundamentan su accionar en el sostenimiento y reproducción del *statu quo* al que benefician y que las alimenta.

En este orden de ideas, el Estado de derecho deja de verse como una realidad material para convertirse en un imaginario que ha servido para instrumentalizar prácticas violentas e incluso autoritarias, por lo que se ha quedado en el papel o en la letra muerta de las cátedras obligatorias de Constitución Política, y que solo a partir de los ejercicios emancipadores de

los alcances de las decisiones judiciales permiten pensar en nuevos escenarios de independencia y autonomía de los poderes públicos, así como en la independencia y transparencia de los organismos de control que deben estar al cuidado de las actuaciones públicas. En estas condiciones, el derecho, que tradicionalmente ha sido utilizado para fines diversos a sus principios orientadores, permite recrear nuevos escenarios en los que se permite la discusión en sus procesos de producción, lejos de los vicios que han servido para consolidar esa cultura arbitraria del derecho violento como tradición dogmática que nos ha servido de paradigma durante los últimos siglos de modernidad.

## **2. El derecho como una forma de violencia institucional: su fundamentación**

Algunas teorías discursivas se han encargado de justificar la existencia del derecho a partir de sus efectos prácticos, que no han sido otros que los de lograr una reducción de las formas violentas de los sujetos para hacer prevalecer sus propias razones. El derecho así visto surge, entonces, a partir de una necesidad social de acudir a otras alternativas diferentes de la fuerza física para la regulación del conflicto, a pesar de que el derecho en sí mismo implica un ejercicio material de la fuerza física. Para Hegel, la violencia solo puede ejercer un tipo de coacción como acción sobre la voluntad, capaz de condicionarla y acomodarla a sus circunstancias específicas. Para Benjamín, se produce una *violencia natural* diferente de la *violencia jurídica*, esto es, la que emana del derecho positivo que se respalda en el poder y la capacidad de resistencia del Estado, de modo que es la violencia natural la que emana de las mismas tensiones entre los individuos, y la segunda, la violencia que con mayor fuerza es capaz de superar las relaciones directas entre seres y que se respalda en ciertos discursos de poder (normas jurídicas). Sin embargo, ambos tipos de violencia comparten elementos comunes, por ejemplo los fines justos como orientadores del derecho o la pretensión de la seguridad jurídica o el bienestar común.

El fundamento central del derecho no es propiamente su bondad ni su justicia, sino su capacidad de ser obedecido a partir de la función y el papel de la autoridad. (García Blanco, 2011). Desde el pensamiento liberal de los contractualistas clásicos, se identificó que la ley se obedece no por su capacidad de ser buena sino por ser ley, esto es, por su capacidad de ser

impuesta por la vía de la fuerza estatal. Sin embargo, este no es un problema propio y exclusivo de la modernidad. De hecho, todas las sociedades han sustentado la eficacia del derecho a partir de la eficiencia de la fuerza para hacerlo visible y garantizar su obediencia, ya sea que se le haya asignado al derecho un carácter místico o sobrenatural, mitificado desde lo inexplicable, ya sea que el derecho se vea permanentemente respaldado por la presencia de un cuerpo estatal que se asegure de su cumplimiento.

Vistas así las cosas el derecho se plantea entonces como una sustitución legítima y racional de las formas privadas de violencia, mediante complejos elementos componentes de un sistema que es capaz de monopolizarlas. Así, todo tipo de violencia que se salga del campo jurídico, cualquier violencia extrajurídica, entra a ser una amenaza y un riesgo para los fines orientadores del derecho y, por tanto, debe ser contrarrestada por las formas jurídicas que el derecho brinda. En este sentido, según José María García Blanco, la violencia fundadora del derecho cumple una función de monopolización de las violencias privadas, lo que la despoja de la imagen de instrumento como medio para la obtención de un fin: el derecho se convierte, entonces, en un fin en sí mismo que opera de forma inmediata, a partir de la interrelación de fuerzas de los elementos sistémicos que lo componen.

Y al hablar de los elementos sistémicos del campo jurídico, se habla en concreto de las instituciones jurídicas capaces de sobrevivir a las reformas normativas (defensa de la propiedad privada, formas de adquisición de la propiedad, relaciones obligacionales, elementos de los tipos penales, principios rectores de los procedimientos), pero también a sus factores objetivos y subjetivos que le sirven de sustento, entre los que encontraremos los contextos históricos, las condiciones económicas, las formas de Estado y de Gobierno, por una parte, y por otra, los referidos a los operadores jurídicos, instituciones de administración de justicia, jueces, abogados litigantes, académicos y docentes de las facultades de derecho.

Ese campo jurídico se convierte en un campo de lucha constante, los sistemas jurídicos avanzan, se retiran, crean estrategias, debaten y proponen, y a veces imponen una cierta visión de lo que es el derecho y qué significa. El punto es, como lo dice Teubner, determinar la autoridad que tienen la potestad para decir y decidir sobre el derecho (Zeballosf-Cuathin, 2016, p. 22).

Desde Platón y Aristóteles, e incluso desde antes, las explicaciones iusnaturalistas del derecho han pretendido explicar que todas las formas de regulación de comportamientos, vale decir, las formas jurídicas, buscan reproducir el orden natural de las cosas universales, en función de la manifestación del bien común (Mejía Quintana, 2016). El orden natural de las cosas, para la sociedad ateniense, aplicaba para la justificación de la subsistencia de la esclavitud no solo como modelo de producción económica, sino como fundamento mismo de un modelo de sociedad, la sociedad excluyente, selectiva y clasista, que fundamentó en el modelo de castas una ideología de pensamiento para la que era necesaria la justicia distributiva, que tiempo después acuñaría Ulpiano bajo el clásico y aun odioso concepto reproducido en las facultades de derecho: “justicia es dar a cada quien lo que le corresponde”.

Al avanzar los siglos, y ya con el iusnaturalismo racional de la modernidad, el contractualismo político liberal clásico también pretende dar una explicación satisfactoria del derecho como instrumento para alcanzar el bienestar general; no obstante, estas explicaciones, dadas desde el fundamento de la contradicción de libertades y la necesidad de un ente que las regule, tampoco parecen resultar suficientes para responder las debilidades estructurales de un sistema en que se reproducen los contrastes entre las prácticas sociales (que son las que dan origen a todo un entramado de explicaciones sobre la validez, eficacia y legitimidad del sistema jurídico), que parece encontrar en la sociología de Weber una respuesta a las necesidades de explicación del derecho como “un instrumento de racionalización social”.

Pareciera, entonces, que con la entrada de la sociología y la ciencia política en el espectro académico asociado a la formación y discusión del derecho, más allá de las teorías del Estado y la historia de las ideas políticas clásicas, el mundo del derecho empezara a ser visto desde una óptica más funcionalista y estructuralista que, desde una perspectiva ética o moral, enmarcada en un paradigma que escasamente permite explicar ciertos supuestos racionales que orientan un derecho común universal, y que hoy, en la racionalización contemporánea de la postmodernidad, la asociamos a los derechos humanos como paradigma central de justicia.

Pero el debate acerca del papel estructural, funcional y luego instrumental del derecho que se ha querido sustentar desde ciertas escuelas de avanzada, por ejemplo, en Luhmann, una serie de complejidades sobre la validez material del derecho a partir de ciertas herramientas discursivas y pragmáticas, en función de la materialización de ciertas relaciones de poder, puede resultar arriesgada cuando las formas positivas tradicionales de la dogmática jurídica no resultan ser suficientes para justificar la existencia de ciertas prácticas de poder que se valen de diferentes mecanismos, aun los no jurídicos, para reproducir ciertas conductas y facilitar otras, que garanticen la continuidad de ciertas condiciones estructurales que en últimas terminan por beneficiar a ciertos grupos humanos, en perjuicio de otros.

Encontramos que todas las sociedades, y particularmente las sociedades capitalistas y liberales de la modernidad, se han permitido la correlación y coexistencia de ciertas fuerzas activas y eficaces capaces de condicionar la conducta de los conglomerados sociales, bien a través de instrumentos políticos y jurídicos, o bien a través de prácticas de fuerza y ejercicios de dominio y control, valiéndose de instituciones, teorías, aparatos burocráticos o instrumentos ideológicos que se alimentan de diferentes plataformas y mecanismos capaces de condicionar conductas y voluntades, aun en contra del querer o el imaginario colectivo (Lasalle, 1999). En cierto modo, y como también lo plantearía Althusser, la figura formal de la democracia se figura como un paradigma discursivo e ideológico que supone un ejercicio real del presupuesto clásico de la soberanía popular, pero que permite aún a ciertas minorías calificadas y avaladas por cifras establecer las condiciones de gobernanza de las sociedades a través de sistemas como el voto o la elección popular, aun cuando esta no sea realmente mayoritaria o altamente representativa.

Así las cosas, los paradigmas constitucionales clásicos que dan vida al sistema jurídico, mediante instituciones jurídicas normativas, en forma de leyes o decisiones judiciales, parecen quedar también condicionados por factores reales de poder, esto es, personas o grupos de personas que se hacen a las instancias y escenarios de poder, para hacer prevalecer sus propios intereses, así como otros intereses que parecen comunes, valga decir, como la democracia, la libertad, la igualdad ante la ley, la soberanía popular o la solidaridad, en

función de ciertas prácticas ocultas o no visibles a primera vista, a las que el derecho formal resulta insuficiente.

El derecho positivo, empezando por el propio derecho constitucional, terminará entonces por ser el resultado de la conjugación de fuerzas e intereses de aquellos factores reales de poder, que pondrán a su disposición los instrumentos normativos que el sistema mismo ofrece, en su función de autorregulación y autoprotección, pero también de otra serie de prácticas, aun las no jurídicas, que suelen ser en su gran mayoría prácticas abusivas de control y represión, que trascienden de toda lógica humana y que sin importar su consagración como crímenes o delitos contra los derechos humanos han sido recurrentes en los ejercicios de poder en diferentes latitudes y sociedades.

Así las cosas, puede afirmarse, sin temor a mucho equívoco, que las relaciones de poder de las sociedades capitalistas que reclaman como suya la forma del Estado de derecho como ámbito paradigmático, y que históricamente han estado caracterizadas por los crecientes procesos de acumulación de capital, llevaron consigo la superación del clásico modelo iusnaturalista que se fundamentaba en un cimiento ontológico del derecho, en tanto razón de ser de la ley natural como expresión de justicia inmaterial, pasando de la *lex divina* al imperativo categórico del racionalismo kantiano, y que encontraría en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 su máxima expresión, sin que pudiera responderse con suficiencia el problema de la escasa participación del derecho en la resolución de problemas sociales reales, hasta el punto de requerirse de nuevas explicaciones sobre la eficacia material del derecho y sobre la necesidad de que fueran las autoridades judiciales las que ordenaran la materialización de los fines y contenidos programáticos del sistema jurídico, mediante los alcances de sus providencias judiciales, con el fin de tratar de garantizar una mayor aproximación a los fines del derecho y las prácticas reales, necesidades estas últimas que exigirían una dinamización absoluta de las formas de producir, entender, explicar y aplicar el derecho (Bastida, 2001, p. 6-7)

Y uno de los primeros problemas que el derecho, como sistema complejo debe empezar a enfrentar no se relaciona con la validez práctica de las normas jurídicas, que de por sí han contado en todas las sociedades humanas con un aparato institucional para su eficacia, sino

que debe pasar por su articulación correcta con los principios, fines y propósitos de la organización social, administrativa y política que le sirve de fundamento, esto es, el Estado (en abstracto), en la medida en que la aparición de las sociedades estatales premodernas, modernas y contemporáneas, que permitieron superar los antiguos modelos de fragmentación de núcleos de poder para lograr su centralización en un complejo aparato de estructuras e instituciones, daría lugar a una nueva complejidad en los procesos de producción, materialización y comprensión del derecho.

Con los procesos históricos, políticos y sociales que darían lugar a la consolidación de los Estados nación, por lo menos en Occidente, los procesos de producción del derecho pasarán por una fase de monopolización de las fuentes jurídicas, que permitirían un ejercicio de racionalización del material jurídico que antes se antojaba atomizado y disperso y que se planteaba en diferentes lugares, para tomar un papel central en la construcción del proceso político del Estado, y muy particularmente a partir de la consolidación de los Estados constitucionales de derecho, en los que el principio de legalidad se convertiría en el eje transversal de las relaciones entre el Estado y los particulares.

En el mismo sentido, estos procesos de monopolización del derecho y de la justicia como valor abstracto que se vale de instrumentos de coerción y de instituciones sociales precisas para el ejercicio del poder, tales como las cárceles, los cuarteles, los pabellones psiquiátricos penitenciarios, parecen ser la respuesta central que el modelo de Estado capitalista ofrece para resolver el problema de la comprensión del derecho. El derecho pasa de ser un simple postulado idealista del bien común de la sociedad, a convertirse en la expresión máxima del poder estatal, en función de un discurso positivista y dogmático, que está circundado por una compleja gama de relaciones valorativas, que requieren la participación activa de los actores del sistema (jueces, operadores judiciales, academia) para concretar sus aspiraciones.

Uno de los rasgos característicos de las sociedades modernas lo constituye el hecho de la difusión y el empoderamiento de las relaciones de producción y mercado, ligadas a las relaciones de poder mediante complejos mecanismos de racionalización, que se han valido de diferentes discursos y teorías para justificarse y referenciarse a sí mismas a partir de

prácticas diversas. Pero el juicio que formula Foucault pone de presente que no se trata de una racionalidad abstracta que obedezca a paradigmas universales de justicia, ética, bondad, igualdad o libertad, paradigmas del discurso de la civilización democrática liberal occidental que hundían sus raíces en la ética aristotélica de la Antigüedad, sino que en realidad corresponderían a una serie de racionalidades específicas y particulares que comenzaron a obedecer a ciertos patrones de conducta determinados, que han venido haciendo parte históricamente de las complejas relaciones sistémicas de ciertas estructuras de poder, a las que también históricamente se han pretendido contraponer ciertas formas de resistencia, que son también permanente afán en la investigación del francés.

Estas relaciones de oposición, que pueden derivar en tensiones a las estructuras establecidas, han estado presentes en todas las fases de la evolución histórica de la humanidad como especie y como conglomerado organizado sociopolíticamente bajo diferentes formas de Estado, pero probablemente solo con la aparición de las sociedades modernas estas tensiones y relaciones de oposición se han evidenciado con mayor fuerza, hasta el punto de devenir en una nueva fragmentación de discursos que se terminan por traducir en la forzosa necesidad de construcción de normas jurídicas, tal como sucede con la reacción de los grupos étnicos, los colectivos que defienden la diversidad sexual, los grupos de feministas, las asociaciones de víctimas y familiares de víctimas de crímenes de Estado, las víctimas del conflicto o las organizaciones defensoras de derechos humanos, grupos que de manera cada vez más creciente han reclamado el reconocimiento de ciertos derechos particulares como formas válidas de resistencia a ciertas prácticas institucionales y relaciones de poder no consideradas como legítimas.

Este tipo de resistencias transversales, no fragmentarias, no se limitan a las fronteras de los modernos Estados, sino que parecen ser luchas que trascienden los límites geográficos, y evidencias de una inminente reacción ante los efectos de las prácticas y relaciones de poder, justamente por tratarse de luchas de resistencia que se identifican con uno de los principales afanes del ser humano de la modernidad, el derecho al reconocimiento de sus propias libertades, garantías, derechos y particularidades específicas que lo caracterizan como individuo único, no obstante muchas de estas luchas no se den en solitario, sino como la

sumatoria de múltiples intereses particulares que cuentan con un rasgo común: la necesidad de oponer resistencia a las formas y a los abusos de las estructuras de poder.

Con el tránsito de las sociedades modernas a las sociedades contemporáneas, principalmente a partir de la irrupción de nuevos actores y agentes de incidencia en la dispersión de los poderes, vemos cómo este último tipo de sociedades se ha caracterizado por la creación y el empoderamiento de ciertas estructuras e instituciones que la han llevado a consolidarse como verdaderas “sociedades disciplinarias”, no solo por la existencia de estructuras formales de derecho que les son propias como discursos justificativos del Estado y relaciones de Gobierno, sino también, y quizá lo más relevante, por la existencia de prácticas punitivas que se fundamentan en cierto tipo de relaciones de poder, y que pasaron de utilizar el castigo o el tormento corporal como práctica penal y probatoria por excelencia a la restricción de las libertades mediante la institución carcelaria y penitenciaria, que ya de por sí da cuenta de la principal restricción de la sociedad capitalista moderna: la pérdida de la libertad económica y productiva del individuo (Foucault, 2001).

Rasgos característicos de las relaciones verticales y autoritarias de poder de este tipo de sociedades disciplinarias se encuentran en los modelos pedagógicos tradicionales, en los grandes internados, en las fábricas y en las factorías de los siglos XIX y XX o en los establecimientos penitenciarios, espacios donde se reproducían a escala los modelos de autoridad de las sociedades altamente jerarquizadas, por ejemplo, mediante la aplicación de castigos físicos a estudiantes, a los presidiarios o aun a los obreros. Y a diferencia del iusnaturalismo tradicional, en las sociedades disciplinarias nacidas desde la Modernidad liberal y capitalista, la infracción de la ley deja de verse como una falta al deber moral con la sociedad y a las leyes universales naturales, para convertirse en una infracción que afecta a la sociedad en términos meramente instrumentales y funcionales, de modo que la ley penal se termina por convertir en la representación estatal de lo que resulta útil (no bueno ni justo) para la sociedad.

La condición del infractor, en términos gruesos, será entonces la condición del enemigo social y público que ha quebrantado el orden social establecido, y que por tanto ha de recibir una consecuencia punitiva que lo aparte del común normal de la sociedad. El debate se ha de

plantear entonces cuando es el Derecho mismo el principal instrumento que se usa para aplicar o reproducir prácticas violentas, en la violencia indirecta o estructural planteada por Galtung, o cuando el derecho es insuficiente en aquellos casos en los que las normas jurídicas terminan siendo “ignoradas” por parte de las estructuras de poder que se valen de prácticas como castigos, torturas o tratos crueles, inhumanos y degradantes, ya no como reacción a la comisión de una falta social (infracción, crimen o delito), sino como mecanismo de presión para la obtención de información, como instrumento de atemorización de los antagonicos o simplemente como quiebra de la moral del detenido.

Pero el liberalismo capital de Occidente, caracterizado por la defensa de los fundamentos burgueses de la Revolución francesa de 1789, libertad, igualdad y fraternidad, no permitiría la coexistencia de nuevos espacios para la discusión teórica y política sobre el nuevo papel del derecho en la recuperación de las formas comunes de solución de conflictos, que, contrarias a los esquemas clásicos de las justicias distributivas o conmutativas, destacarían por la pretensión de construir escenarios de justicias restaurativas y transformadoras que realmente respondieran a las necesidades de las comunidades.

El problema central del derecho es que en sociedades plagadas de formas y estructuras jurídicas, lo más usual es que las normas no se cumplan, y que las prácticas sociales humanas sean todo lo opuesto a las que se esperarían del cumplimiento de la ley, justamente porque la función real del derecho no es la de ser cumplido sino la de legitimar a los gobernantes mediante ciertos instrumentos que apenas alcanzan para generar una eficacia puramente simbólica pero no material. A manera de conjuro, hay que reconocer que el papel dinamizador del derecho, y particularmente en los Estados constitucionales, ha sido asumido desde la posición garantista de los tribunales constitucionales en función de la fuerza material de la norma jurídica de rango constitucional y de rango legal, que alcanza a tener una forma de concreción con ocasión de las decisiones judiciales, capaces a veces de restarle la eficacia meramente simbólica a las estructuras y formas jurídicas tradicionales, para permitir la adopción de fórmulas concretas de acercar los efectos del derecho a sus destinatarios y a sus aspiraciones individuales o colectivas de justicia, y que en no pocas ocasiones se han

transformado en verdaderos instrumentos de restricción a los abusos de poder de las autoridades.

Pero el problema de la eficacia simbólica se evidencia también cuando el derecho eventualmente permite que algunos grupos sociales, especialmente las clases menos favorecidas, logren ganar algunas batallas frente al sistema, obtengan algunas conquistas frente a las estructuras de poder y adquieran un reconocimiento por mínimo que sea de alguna aspiración de justicia en la definición de un problema jurídico particular, aspectos que permiten pensar en el derecho como campo específico de la sociedad cuyo lenguaje cumple una utilidad y una función política, que es la de legitimar formas y estructuras de poder y legitimar a las autoridades, esta vez a las autoridades que ejercen el papel de administración de justicia.

Nuevamente, el papel de la eficacia simbólica del derecho enseña que las formas jurídicas en general cuentan con una serie de pretensiones mayores, pero que en las prácticas humanas no se cumplen, toda vez que el derecho no ha sido creado estrictamente para ser cumplido, sino para recrear un nuevo imaginario colectivo que generaliza la idea de un Estado político que cuenta con suficientes estructuras democráticas de participación mediante reglas electorales, o de sujeción a la autoridad mediante la legitimación del Estado de derecho, o la creencia de la libertad otorgada mediante el ejercicio de las leyes, el Estado democrático de derecho, que actúa como mero constructo imaginario que encuentra sus propios referentes en los discursos intrínsecos a su campo jurídico propio, es decir, el principio de legalidad, el principio de soberanía, el principio de solidaridad o el principio de igualdad, referentes ausentes en las prácticas reales en las que se reproduce el derecho.

Pero, por otro lado, la idea paradigmática que brinda el constructo colectivo del Estado constitucional de derecho es que el ordenamiento jurídico sistémico se corresponda con las ideas, las tesis y los postulados planteados en la Constitución visible para y desde el Estado, con correspondencia también directa hacia la sociedad común como su natural destinataria. La dificultad de la sostenibilidad de la tesis anterior radica en las tensiones sociales reales que evidencian fallas estructurales en el sistema, que a su vez son capaces de mostrar las

distancias realmente existentes entre los hábitos y las prácticas de los colectivos humanos y los idearios constitucionales que deben orientar el Derecho.

Lo anterior principalmente por el contenido aspiracional e ideológico de toda Constitución Política que, por antonomasia, parece ser presupuesto axiológico de todas las normas jurídicas, pero que no deja de responder a ciertos intereses políticos o administrativos de un segmento o un grupo social en particular, en atención a que históricamente la transformación de los Estados constitucionales ha estado íntimamente ligada al ascenso, empoderamiento y sostenibilidad de una clase social en particular, la burguesía liberal, en momentos en que se han producido las transformaciones de las relaciones de acumulación de capital, y que para la contemporaneidad se han valido de la fuerza discursiva de los derechos humanos como paradigma universal de derechos y libertades humanas, que en la práctica resultan de difícil concreción y materialización en ciertos contextos específicos, en los que se reproducen prácticas totalitarias del poder.

### **1.3. Las nuevas reclamaciones del derecho: la justicia, entre otras**

Como se señaló, buena parte de las explicaciones que se hacen del derecho en función de una actividad instrumental, que cumple un papel específico en las sociedades modernas, pretenden señalar cómo el ordenamiento jurídico se ha constituido en un método institucional de administración y regulación de conflictos, en una dimensión amplia de instrumento de prevención social y de resolución de controversias, pero también como medio para establecer la prevalencia de ciertos intereses clasificados como derechos subjetivos, frente a otros intereses que no alcanzan a ser correctamente demostrados ante las autoridades judiciales.

Por su misma naturaleza, todos los grupos poblacionales humanos despliegan en mayores o menores grados diferentes tipos de relaciones de choque o antagonismos que se pueden maximizar en tensiones discursivas o prácticas o, incluso llegar a degenerar en conflictos y prácticas violentas, y es allí donde el derecho parece tener una intención de instrumento de resolución pacífica de tales antagonismos. Los análisis que se han realizado al respecto desde las múltiples teorías existentes sobre los conflictos como fenómenos

sociales y humanos tratan de coincidir en que el ordenamiento jurídico en general y abstracto es una de las principales apuestas por la salida pacífica, a partir de una alternativa racional, institucionalizada y reglamentada para resolver las tensiones humanas y sociales.

El derecho adopta una nueva forma instrumental capaz de desplazar las tradicionales violencias privadas aplicadas en comunidades primitivas, para ubicarlas en los espacios del ejercicio del poder del Estado bajo la concepción del monopolio legítimo de la fuerza y la violencia social; en tal sentido, en la medida en que las sociedades se van complejizando, las formas rituales de resolución de conflictos a partir de la fuerza o la razón del más fuerte se van viendo desplazadas por la aplicación de las violencias monopolísticas del Estado, que se valen de la fuerza orgánica e instrumental que le brinda el sistema jurídico, por precario que este sea, para legitimar la violencia del Estado de derecho, esta vez aplicada ya no desde los arbitrios del soberano, como representante del poder divino, sino desde las estructuras institucionales de administración de justicia que se van modernizando a partir de la consagración del principio de legalidad y que asumen el papel de la investigación, el enjuiciamiento y el castigo de las conductas de los particulares.

Sin embargo, a pesar de esta estructura de racionalidad y de aparente legalización del conflicto, para institucionalizar la resolución de conflictos, o mejor, la minimización y posible reducción de los efectos e impactos del conflicto entre los integrantes del cuerpo social, históricamente el Estado no ha sido lo suficientemente coherente ni sólido en lo institucional, para garantizar que aquellos asuntos que no le sean susceptibles de resolverse por las vías jurídicas puedan ser aproximados a las formas legítimas de las que se vale el propio sistema jurídico, y es ahí cuando aparecen otras formas y poderes, aun detrás de las formas *iuspositivistas* dogmáticas, que suplen las carencias y las ausencias del Estado en función de las necesidades y de los intereses del llamado *establishmen*, que no de la sociedad destinataria de las normas de derecho.

La superación de ciertos esquemas binarios de interpretación de las condiciones y de los papeles del derecho en las sociedades modernas, en las que el derecho solo es explicado desde la escuela iusnaturalista o desde la escuela positivista, entiende una realidad práctica que contrapone a los contenidos programáticos del derecho el problema central de los

intereses humanos, tanto los que se crean y recrean en las estructuras de poder como los que se presentan entre los destinatarios de la norma jurídica, sea que se les considere de manera individual o grupal.

El derecho, como expresión de la voluntad del Estado, tiene por fin que responder a ciertos intereses comunes, más o menos amplios, dependiendo de sus propias formas y contenidos, de modo tal que el papel de sus actores sistémicos terminará por ser la protección, armonización, articulación y correlación de tales intereses, en función de la coexistencia social y humana. Esta parece ser la tesis central defendida por la llamada escuela de la jurisprudencia de intereses que obliga al sistema jurídico (y a todos y cada uno de sus elementos) a acomodarse y acoplarse a la variación constante de los valores, intereses y fines perseguidos por cada comunidad, y que o bien pueden ser el resultado de los intereses ya previstos por el constituyente o el legislador, o bien pueden ser la consecuencia directa de las presiones sociales por reclamar o exigir ciertas condiciones jurídicas acordes con las realidades y necesidades inmediatas de las comunidades (Sousa, 2001).

Este hecho implica un ejercicio eminentemente racional y cognitiva sobre la comprensión del sistema jurídico, que encuentra en el proceso de producción del derecho un ejercicio eminentemente racional que se acomoda a circunstancias históricas, económicas y políticas especiales, pero que también evidencia una insuficiencia de la cobertura real de las estructuras jurídicas formalistas sobre todos los hábitos y las prácticas humanas que derivan en tensiones, conflictos, necesidades por satisfacer o simples intenciones de supervivencia. Aunque haya valores y principios que parecen ser comunes a todas las sociedades humanas y a todos los periodos históricos de evolución del derecho, también es necesario reconocer que muchas de las prácticas sociales han cambiado y obligado a las estructuras jurídicas a acomodarse mejor a las condiciones y reclamaciones sociales y colectivas, y de algún modo a establecer también nuevos paradigmas discursivos y valorativos sobre el papel del derecho en la sociedad.

En este mismo sentido, aunque con una visión menos instrumentalista y más cercana a la función de desarrollo social del derecho, como mecanismo útil para resolver conflictos, aparecería luego el llamado movimiento de la jurisprudencia sociológica, que otorga a los

jueces el papel protagónico en la dinamización de las formas jurídicas, mediante sus decisiones judiciales, plenas de nuevas interpretaciones, útiles para determinar valores o intereses sociales que se resolverán mediante reglas de ponderación, susceptibles de ser valoradas a la luz de principios superiores, ya reconocidos como mandatos de optimización del sistema jurídico, desde el punto de vista de los derechos y de las libertades fundamentales.

Que los jueces entren a ser mucho más protagonistas en el desarrollo de las funciones sociales del derecho se convierte en un nuevo paradigma que ubica al juez constitucional en un escenario superior al del simple operador del derecho positivo formal, en tanto lo obliga a establecer nuevos parámetros de interpretación, creación y dinamización de las formas jurídicas a partir de la decisión judicial, de manera que el precedente se torna en un referente obligado para garantizar un presupuesto mínimo de igualdad de los ciudadanos ante las instituciones de la administración de justicia, y que procura más que una simple igualdad formal un criterio de mayor equidad, propuesta que caracteriza a la escuela del realismo jurídico, distinguido por el ropaje que supone para ciertos círculos el poderío especial del decisionismo judicial, en reemplazo de las formas tradicionales previstas por el legislador.

Esta suerte de dictadura judicial, de la que se acusa al realismo jurídico, parece despreocuparse de los límites propios de la estructura formal de las normas de derecho contenidas en densas codificaciones, y sí por el contrario parece que se flexibiliza en tanto los grados de ponderación, interpretación y alcance que la autoridad judicial hace del derecho en el momento de emitir un fallo, que en todo caso ha de tener presente la respuesta dada a otras situaciones similares, que ya han sido objeto de la decisión judicial, lo que se constituye en un importante referente frente al presupuesto de la seguridad jurídica que tanto reclaman los abanderados del positivismo dogmático del derecho. Desde esa perspectiva, hemos de entrar a reconocer cómo con los avances de las decisiones judiciales reconocidas como precedentes puede afirmarse que el derecho ha tenido una desmitificación y una flexibilidad que permite encontrar escenarios de reacción a conflictos reales, más allá de lo que las tradiciones jurídicas imponen acerca de la obediencia irrestricta.

La eficacia simbólica del derecho radica principalmente en que en ciertas ocasiones las normas jurídicas no obtienen el fin que buscan (valores) en cuanto a implementación de sus

contenidos, sino en el impacto que se genera en todo su proceso de producción, desde la creación de la norma hasta la aplicación por parte del juez y la explicación dada por el docente de las facultades, y es allí en donde asiste razón a la escuela del llamado realismo jurídico, que rompe las estructuras (violentas) del derecho formal para obligar a los decisores judiciales a procurar ir más allá de las formas jurídicas tradicionales y llevar a las propias estructuras del Estado a flexibilizar la manera de aplicar los metavalores que se predicen propios del derecho, en la apuesta por una consolidación de Estado con pretensiones realmente democráticas.

Como corolario de lo anterior, las prácticas sociales, particularmente en los escenarios de conflicto, son autorreferenciales frente a la necesidad de crear espacios propios en los que las formas jurídicas sean flexibles y susceptibles de acomodarse a las realidades, un campo jurídico emergente, que se distancie de las rigideces del derecho tradicional institucional del Estado: no de otra manera se puede entender que el derecho cumpla una función social distinta de la de servir de instrumento de dominación social como discurso formal de un determinado grupo de clase o de élite. Esta es la apuesta real por espacios democráticos y consensuados para las formas jurídicas y políticas del Estado, no como estructura u organización política administrativa, sino como constructo social; esto es, como un conjunto de prácticas sociales y humanas que responden a un tipo de necesidades para las que se crean mecanismos, procedimientos e instrumentos que pueden desempeñar un importante papel en los procesos tendientes a limitar el poder del Estado, así como cumplir una función de canal de acercamiento entre intereses antagónicos y contradictorios a partir de formas alternas no tradicionales de justicia, que permitan el reconocimiento de otredad y la recreación de espacios consensuados y democráticos de participación.

Ese campo jurídico que surge como espacio de articulación de intereses, instituciones, agentes, hábitos, prácticas y capitales para crear, interpretar o aplicar formas jurídicas surge de la experiencia histórica colectiva que hunde sus raíces en las tradiciones y creencias ancestrales de los pueblos, por lo que sus propias éticas y estéticas jurídicas “cumplen un rol ordenador en los sujetos” (Castro Herrera, 2016, p. 29) y crean condiciones para un determinado tipo de existencia social que en muchos casos se terminan por ver afectadas por

aquellas normas exógenas a las comunidades de base, normas que impiden una adecuada legitimación de las estructuras jurídicas dogmáticas, habida cuenta de que los productores del derecho y sus dinamizadores, legisladores, jueces, magistrados, autoridades administrativas o de policía, en muchas ocasiones, resultan ser figuras extrañas a las comunidades.

Así las cosas, el papel emancipador, no del derecho en sus formas y estructuras jurídicas, sino del derecho real, cívico y social a la movilización y la resistencia, también permite entender el proceso de producción y aplicación social del derecho mediante la exigencia activa de la participación de los jueces constitucionales en la transformación de las prácticas jurídicas formales o simplemente en la recuperación de los espacios comunitarios y alternativos de justicia, que son los mismos escenarios que permiten pensar en la reconstrucción social y del tejido humano sin cometer el tradicional error de asignarle al derecho el papel ideal de regulador de los conflictos sociales.

De este modo, el nuevo papel de las formas jurídicas no sería servir de fundamento al sostenimiento de las condiciones tradicionales de poder, sino de contribuir como medio de emancipación ante las tradicionales estrategias de violencia que se reproducen en el sistema, “mediante procesos de refundación permanente y la renovación de votos de subordinación de los minorizados en el orden del status, además del ocultamiento del hecho violento generador” (Segato, 2003, p. 111). “La *emancipación humana* significa hoy *cerrar la brecha* entre el individuo *de jure* y el individuo *de facto*. Ser un individuo *de jure* implica no poder culpar a nadie de la propia desdicha, tener que buscar sus causas en nuestra propia indolencia” (Mejía Quintana, 2016, p. 124). De esa manera, la emancipación solo puede producirse con la exigencia del cambio, no simplemente desde el fetiche del reconocimiento. En ese camino, la reacción social y política que se desplegaría en varios países del hemisferio se traduciría en demandas políticas que ahora se garantizarían desde un nuevo campo jurídico, que tendría dentro de sus ingredientes las experiencias de organizaciones sociales en materia de exigibilidad de sus demandas. Pero esas formas jurídicas no corresponden a las de un derecho común, pues son las propias de un derecho *emancipatorio y transformador* de realidades locales y abstractas.

Se abre así el escenario para el constitucionalismo contemporáneo. Y ahí la Constitución, queriendo olvidar su pasado y abriéndose espacio en el éter de la justicia. Este cuerpo político-jurídico, sin olvidar su componente moral, que se reconoce a sí mismo como la sustancia que contiene y dinamiza la defensa y la garantía de los derechos humanos y fundamentales, frente a las diversas formas sistémicas y extrasistémicas de violencia.

En este orden de ideas, la exigencia de cambios estructurales y la movilización social encuentran un espacio de conexión con el mundo jurídico a través de la Constitución. Los presupuestos materiales, no formales, en que se basarían los nuevos textos constitucionales, intentarían guardar un mínimo de principios capaces de condicionar la validez de todo el sistema jurídico en función del contenido material mismo del derecho y su utilidad práctica y social, más allá de una eficacia meramente simbólica. El sistema jurídico así entendido, pasa primeramente por el tamiz de un texto constitucional como conjunto de normas positivas que consagran principios, valores y preceptos básicos de una sociedad en particular, capaces de informar todo el espectro político y normativo del Estado, que a partir de la fuerza vinculante que adquiere el mandato constitucional permite sostener el paradigma de la unidad del derecho en torno a la figura del Estado constitucional y liberal de derecho, dada la prevalencia de las libertades individuales y colectivas, consagradas formalmente como derechos fundamentales, que rigen como mandatos primarios para la sociedad (Saa Velasco, 1996, pp. 174-178).

A tal mencionado fenómeno la doctrina lo conoce como constitucionalización del derecho. Un fenómeno que es inherente al Estado constitucional de derecho es la Constitucionalización del derecho. Este fenómeno se refiere tanto a un proceso como a un resultado.

Como resultado, la constitucionalización del derecho se entiende como la afectación efectiva de la Constitución sobre toda realidad jurídica que ha podido alcanzar, es decir, que la Constitución domina con pleno imperio todo lo que ha sometido a su poder. Como proceso, la Constitucionalización del derecho es una instancia inacabada, continua y constante; además difícil por la misma complejidad que encierra el derecho y la sociedad. Este proceso necesita un tiempo y un espacio para desarrollarse. El tiempo es el necesario

para que la Constitución logre adentrarse hasta en la esencia misma de las cosas; el espacio es un lugar que no es un lugar geográfico, sino más bien un mundo vital. Por esta razón, no puede decirse que el derecho de un Estado está o no completamente constitucionalizado, ya que puede constitucionalizarse en ciertas materias, en distintos grados y con variada intensidad. Lo que los Estados constitucionales pueden mostrar sin caer en exageraciones son los avances o retrocesos en el proceso de constitucionalización, más no un resultado definitivo. De ese modo, como en todo proceso, pueden presentarse tanto avances o retrocesos en el proceso de constitucionalización.

La constitucionalización del derecho en ese sentido es “un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” (Guastini, 2003, p. 49). En la línea de Guastini, Comanducci señala que la constitucionalización es un fenómeno en el que la Constitución ha desplegado todo su poder para subordinar gradualmente al derecho. Con ese poder, la Constitución irradia todo el ordenamiento jurídico, por lo que irradia sus efectos a cuestiones que en principio estarían fuera del derecho, como la moral y la política. Este es un proceso lento pero efectivo; la Constitución no tiene otra pretensión que moldear, definir y precisar cada uno de los sujetos y objetos que están bajo su imperio. En otras palabras, el poder de las constituciones se mueve en escenarios propios de la vida misma. Se trata de un proceso al término del que el derecho es “impregnado”, “saturado” o “embebido” por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por tener una Constitución invasiva, “que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos” (Comanducci, 2009, p. 86).

Este proceso refiere, entonces, a un fenómeno colonizador del derecho, es decir, la Constitución somete a todo el ordenamiento jurídico y, consecuentemente, al mundo de la vida social. No hay un solo insumo jurídico ni una sola realidad que no busque en la Constitución su reconocimiento y validez.

El fenómeno de la constitucionalización supone la presencia, por una parte, de un objeto activo con el suficiente imperio para someter todo lo que está bajo su órbita, y por otra, de un objeto pasivo que es proclive a la dominación. El primer objeto es la Constitución,

el segundo en forma particular es el derecho y en abstracto el mundo de vida social. Desde esta perspectiva, no se está hablando solo de una constitucionalización del derecho, sino de la constitucionalización de la vida misma. En efecto, como una diosa la Constitución hace presencia en todas partes (don de la *ubicuidad*), determina todo a su paso y elabora su propio mundo.

Reafirmando esta idea, Barberis señala que la constitucionalización del derecho ha llegado hasta tal punto de desarrollo que ha permeado varios sistemas de derecho, promovido básicamente por tribunales constitucionales que, a la par de los planteamientos de los estudiosos del derecho, han logrado establecer la esencia misma de la Constitución y su finalidad (Barberis, 2003). De ese modo, una condición fundamental para llevar a cabo el proceso de constitucionalización es la intervención del poder jurisdiccional. Pero no solo la condición de garantía jurisdiccional es relevante en el proceso de la constitucionalización, sino que existen además otras condiciones que se pueden clasificar en sustanciales y procedimentales. Las primeras corresponden a un catálogo de derechos y garantías que conforman el cuerpo constitucional abstracto e indeterminado, en el que se pueden contar, por ejemplo, los valores, los principios y todo tipo de derechos, etc. A esto algunos autores lo denominan la rematerialización de la Constitución o el aspecto material de la Constitución. Las segundas (procedimentales) son las condiciones-cualidades, entre las que se pueden relacionar, sin pretender agotarlas en estas líneas, las siguientes: a) supremacía constitucional, b) rigidez constitucional, c) fuerza vinculante de la Constitución, d) aplicación directa del texto constitucional y e) la presencia de un canon hermenéutico esencial.

El derecho reclama así una nueva oportunidad: la de ponerse al servicio de la sociedad en la Constitución. Y sí puede verse de ese modo, sobre todo porque la Constitución, y utilizando un concepto más amplio, el bloque de constitucionalidad, ha plasmado en su cuerpo un catálogo dogmático extenso y coherente con las aspiraciones y demandas sociales. Y más allá de ese catálogo sustantivo, también ha establecido los mecanismos procesales para garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y fundamentales como parte de estas demandas. Pero, como se dijo líneas atrás, no se trata de un simple reconocimiento constitucional, ni de estructurar una fundamentación (moral, jurídica y política sobre los

mencionados derechos), sino, y con la fuerza necesaria, buscar su efectividad en el mundo sociológico, para hacerles frente a las injusticias y las violencias que se originan y se promueven desde el mismo Estado.

## **Conclusiones**

La prevalencia de doctrinas y pensamientos unidireccionales -como la de la seguridad nacional- impuso el deber jurídico de combatir prácticas sociales de resistencia que se consideraban como una amenaza para la institucionalidad, al amparo de formas jurídicas monolíticas y coercitivas, que han obedecido a determinados tipos de intereses y que han puesto al derecho como fenómeno social al servicio de intereses poderosos y de clase, en una función de instrumentalización desprovista de toda finalidad social. Como consecuencia de este fenómeno, el derecho sale de las esferas del dominio social para consolidarse como un elemento institucional de monopolio y dominación.

Desde esta perspectiva, es evidente entonces el papel funcional e instrumental que el derecho cumple a partir de las relaciones de fuerza y violencia presentes en las sociedades, de modo tal que el derecho engendrará una violencia conservadora propia, que será visible en la formalización y ritualización de procesos y procedimientos que sirven a determinados fines jurídicos, cuyo desconocimiento por parte de sus destinatarios dará lugar a la denegación institucional y válida de las pretensiones de justicia o que permitirán formas específicas de sanción y castigo como expresión del poder estatal frente al individuo. El derecho que nace de un mito fundacional, el de la divinización de la justicia como fin último del derecho. Para ello, la justicia se valdrá de símbolos e íconos capaces de llegar al imaginario colectivo de las sociedades como un valor supremo, como virtud, como principio o como meta a alcanzar por parte de las autoridades. Pero la desmitificación misma del derecho se da a partir de las prácticas mismas de que se valen dichas autoridades para garantizar el cumplimiento material de los mandatos contenidos en los códigos de acceso al

derecho, esto es, en las formas jurídicas expresadas desde el punto de vista de normatividades, decisiones judiciales o constructos doctrinales.

De esta manera, tanto la amenaza del uso de la fuerza como la concreción y la materialización de la violencia y la fuerza del Estado, como estructura de poder que es, dejan de ser simples abstracciones objeto de análisis desde la sociología o la ciencia política, para convertirse en problemas reales que atañen al mundo del derecho, en tanto lo que se encuentra de por medio es el grado, mayor o menor, de afectación de las libertades individuales y colectivas, que, se ha dicho, resultan ser hoy por hoy los paradigmas principialistas del sistema jurídico propio del Estado constitucional de derecho. Pasar de la violencia privada a la violencia estatal, legitimada a partir de las estructuras de poder y de la administración de justicia, no solo ha significado un empoderamiento de las estructuras normativas del derecho en las sociedades modernas, sino que ha permitido también que otro tipo de prácticas estatales guarden cierto tipo de legitimidad entre las estructuras de poder como símbolo de ese monopolio de la fuerza que en múltiples ocasiones no se corresponden con las formas y los contenidos de los paradigmas ontológicos del derecho mismo.

La teoría del derecho en esa perspectiva no hacía más que sustentar y legitimar el mismo derecho en razón de su servicio al Estado, por lo que se alejaba con ese énfasis y con dureza de las realidades sociales y de sus exigencias. Frente a esa realidad, las exigencias de las demandas sociales lograron abrirse espacio en un nuevo campo jurídico, el campo del constitucionalismo contemporáneo. En ese marco, la Constitución, entendida como un cuerpo político-jurídico, logra conciliar y hacer coexistir fundamentos teóricos que anteriormente se excluían. El derecho natural, el positivismo y el realismo jurídico han logrado encontrar un espacio compartido. Al mismo tiempo, esta clase de constitucionalismo ha conseguido reunir en un solo tiempo, espacio y materia la moral, el derecho y la política. De ahí que se conciba como un instrumento para la transformación social.

Con esas razones, en el contexto del constitucionalismo contemporáneo, la eficacia de los derechos, sobre todo de los derechos humanos y fundamentales, es el reto que los guardianes de la Constitución (jueces) y los garantes de los derechos (autoridades) tienen que asumir. En consecuencia, se crea una necesidad de concentrar esfuerzos no en la búsqueda

de una fundamentación racional y universal para los derechos humanos y fundamentales, sino en asumir la responsabilidad histórica que esto demanda, tanto en el plano subjetivo (pasiones, emociones y sentimientos) como en el plano objetivo (reconocimiento, exigibilidad y justiciabilidad de los derechos).

### **Bibliografía**

- Barberis, M. (2003). Neoconstitucionalismo, democracia e imperio de la moral. En M. Carbonell Sánchez (coord), *Neoconstitucionalismos* (p.p. 259-278). Madrid, España: Trotta.
- Bastida, F. (2001). *El silencio del emperador: un ensayo sobre la unidad del ordenamiento jurídico*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Castro Herrera, F. S. (2016). *Justicia Comunitaria en el desplazamiento forzado, un campo jurídico emergente*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Comanducci, P. (2009). *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Foucault, M. (2001). *Vigilar y Castigar*. Bogotá: Siglo XXI.
- García Blanco, J. M. (2011.). *Del derecho y su violencia*. . España: Universidad de Oviedo.
- García Villegas. M, (2014). *La eficacia simbólica del derecho: sociología política del campo jurídico en América Latina*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Guastini, R. (2003). La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell Sánchez (coord), *Neoconstitucionalismos* (págs. 49-73). Madrid, España: Trotta.
- Lasalle, F. (1999). *¿Qué es una constitución?* Bogotá, Colombia: Temis.
- Mejía Quintana, O. (2016). *Teoría consensual del derecho: el derecho como deliberación pública*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Saa Velasco, E. (1996). *Teoría constitucional colombiana*. Bogotá, Colombia: Ibáñez.

Segato, R. L. (2003). *Las estructuras elementales de la violencia, ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*. Bernal, Argentina: Universidad Nacional de Quilmes.

Sousa, M. de L. (2001). *El uso alternativo del derecho: génesis y evolución en Italia, España y Brasil*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

Zeballosf-Cuathin A. (2016). El derecho internacional de los derechos humanos: la justicia convencional y el rol de los estados. *Revista Alma Mater*, 12, 13-53.