APUNTES ACERCA DE LOS ENFOQUES DEL DERECHO: UNA MIRADA MÁS ALLÁ DEL TRIDIMENSIONALISMO[1]

REMARKS ON THE APPROACHES OF LAW: A GLANCE BEYOND TRIDIMENSIONALISM

Rodrigo Giraldo Quintero[2]

Recepción: Junio 26 de 2013
Aceptación: Septiembre 5 de 2013

Cómo citar este artículo:
Giraldo Q. Rodrigo. (2013). Apuntes acerca de los enfoques del derecho: Una mirada más allá del tridimensionalismo. *Inciso*, Vol. (15), 117-139

Resumen

Es necesario ser claro entre si se es iuspositivista, iusnaturalista o partidario de otro enfoque, esto tiene el objetivo de conocer si el derecho es un hecho o es una norma; ahora bien, las definiciones actuales de iuspositivismo e iusnaturalismo no parten de la nada, por generación espontánea; más bien, como la mayoría de las cosas en la vida, las reflexiones sobre la naturaleza y lo concreto empiezan en Grecia, cuando el hombre piensa los problemas desde las cosmologías y desde lo antropológico. La regulación de la fuerza estatal no la hace la norma sino el sistema, es decir, la combinación de los enunciados normativos con los no normativos, la regla general del derecho es entonces la fuerza independientemente de su concepto de justicia, porque el enfoque de lo justo es axiológico (esto es un universo infinito) mas no normativo. El Estado ha dejado de ser el único protagonista de la sociedad en lo corrido del siglo XXI y las relaciones que se tejen, por ejemplo, al interior de la sociedad civil son cada vez más intensas, con una vida propia y totalmente autónomas de cualquier dependencia estatal; en ese contexto, la relación *amigo/enemigo* schmittiana con sentido en lo estatal y en lo político, hoy día es una relación plausible, pero no la única, ni siquiera

1 Este artículo es resultado parcial del proyecto de investigación: "Análisis constitucional de la comunidad Embera- Chamí del Departamento de Caldas". Semillero de investigación *ius in bellum*, Grupo de investigación: "Derechos humanos y conflicto" (Categoría D). Facultad de Ciencias Jurídicas. Programa de Derecho de la Universidad de Manizales.

2 Abogado Universidad de Manizales; Especialista en Derecho Constitucional Universidad Externado de Colombia; Magíster en Derecho Universidad de Manizales. Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires Argentina (UBA); Profesor Investigador de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Manizales. rodrigogiraldoquintero@hotmail.com, rgiraldoq@umanizales.edu.co Colombia.

la más importante. El presente artículo ha sido construido mediante la utilización del método histórico-hermenéutico en tanto parte de una idea comprensivo-interpretativa de los tradicionales enfoques del derecho. Para la realización del mismo, se recurrió a la utilización de resúmenes analíticos y fichas técnicas en cuanto a que es un análisis exclusivamente teórico de orden ius-filosófico.

Palabras clave

Constitución, derecho constitucional, iuspositivismo, iusnaturalismo, lógica schmittiana.

Abstract

It is necessary to be clear on being rather iuspositivist, iusnaturalist, or in favor of another approach; the purpose of this is to acknowledge Law as a fact or as a rule; then, current definitions for iuspositivism and iusnaturalism don´t start from nothing or from spontaneous generation; rather, like most things in life, the reflexion about nature and the concreteness, starts in Greece when man thinks about problémica from the cosmology and the anthropological point of view. The strength of State regulation is not done through the ruling but through the system, ergo, the combination of normative statements with non-normative statements, the general ruling of Law is then its strength independently from its concept of justice because the focus of right is axiological (this is an infinite universe) but non normative. The State has stopped being the unique protagonist of society throughout the XXI century and the relations intertwining, for example, those at the interior of the civil society are becoming more intense with its own life and with total autonomy from any state Agency; in this context, the schmittiana relation *friend/enemy* with a state-political meaning nowadays is a plausible relation but not the only one, not even the most important. This article has been built through the use of the hermeneutic historical method as it departs from a comprehensive-interpretative idea of the traditional approaches of Law. For its accomplishment it resorted to the use of analytical abstracts and technical sheets though it is an exclusively theoretical analysis from an ius-philosofical order.

Key words

Constitution, constitutional law, legal positivism, natural law, schmittiana logic.

Introducción

El carácter define los sujetos, la postura o escuela epistemológica especifica los científicos y sin duda, la claridad en un enfoque del derecho concreta al jurista. Así las cosas, es necesario ser claro entre si se es iuspositivista, iusnaturalista o partidario de otro enfoque, esto con el objetivo de conocer si el derecho es un hecho o es una norma. Ahora bien, ¿el derecho es una norma, un valor o una conducta? Esto se debe definir y delimitar, llegar a la conclusión que el derecho está compuesto por los tres elementos es indeterminado y vago, en ese sentido, es necesario ser consecuente con una línea argumentativa donde la coherencia es fundamental.

En este sentido, las definiciones actuales de iuspositivismo e iusnaturalismo no parten de la nada como por generación espontánea, más bien, como la mayoría de las cosas en la vida, las reflexiones sobre la naturaleza y lo concreto empiezan en Grecia, cuando el hombre piensa los problemas desde las cosmologías y desde lo antropológico.

Seguramente, los pensadores iniciales griegos observaron la naturaleza y pudieron creer que esta y el hombre eran lo mismo, en ese entorno a lo mejor las ideas flotaban. A contrario sensu, el hombre heleno también pudo pensar desde un punto de vista más antropológico y pudo llegar a la conclusión que la tierra es distinta a las ideas, que el hombre y las ideas están escindidos, que este quizás es un animal que evolucionó.

Estas opciones epistemológicas, o incluso si se quiere, decisiones de vida, son fundamentales en la formación del jurista más como convicciones que como teorías.

Los enfoques del derecho se pueden discriminar de la siguiente manera:

1. En un sentido estructural que analiza el derecho desde una perspectiva eminentemente normativa.
2. Desde una mirada axiológica que ve en el derecho un derrotero de valores y tiene un sentido deontológico.
3. Se entiende como funcional, el derecho será entonces lo que los jueces digan qué es y cómo funciona según determinada autoridad lo aplique, así pues, el derecho se cumple o no se cumple.

Esta dimensión tridimensional del derecho permite escoger una de las tres opciones y dar paso al poder argumentativo, aunque los tridimensionalistas dicen que el derecho se compone y se define desde los tres elementos en un sentido holístico, lo cual es muy difícil de sostener, toda vez que sería todo y nada, esto es injustificable desde la lógica. Es por ello que Kelsen sostuvo que una norma para ser reconocida como estructuralmente valida necesita cierta dosis de eficacia. Ello implica que la norma no necesariamente es "justa" e incluso que puede ser más o menos desobedecida. No obstante, las tres perspectivas esbozadas permiten un derecho finito, esto como otros actos de la vida se perfeccionan gracias al lenguaje.

¿Qué papel juega la Constitución en todo este entramado teórico? Las normas o reglas prescriptivas son de diferente tipo o cualidad, hay normas en las constituciones que tienen que ver con el sostenimiento del Estado (normas tributarias por ejemplo) que son similares a las estipuladas en los códigos penales a manera de silogismo, es decir, con un antecedente y su consecuencia, son las normas clásicas de tipo prescriptivo, pero existen normas que son indeterminadas, en Colombia por ejemplo, el artículo primero de la Constitución Política dice que Colombia es un Estado Social de Derecho y el artículo 22 habla de derecho a la paz, existen también las normas primarias que generan derechos y acarrean deberes, aparecen en escena también las secundarias que se refieren a un orden lógico (confieren potestades y organizan el poder del Estado). En ese sentido, existen las reglas del Estado con carácter normativo (las que tienen antecedente y consecuente) y no normativo (las expresiones de deseos –teleológicas-). Las normativas se definen desde el monismo, son enunciados mecánicos y prescriptivos con finalidad sancionatoria como las reglas del derecho penal.

La regulación de la fuerza estatal no la hace la norma sino el sistema, es decir, la combinación de los enunciados normativos con los no normativos, la regla general del derecho es entonces la fuerza independientemente de su concepto de justicia porque el enfoque de lo justo es axiológico (esto es un universo infinito) mas no normativo.

Radbruch y la "Fórmula de la justicia"

Un primer Radbruch cree que la finalidad del sistema jurídico es la certeza, un "segundo" piensa que cuando el derecho es extremadamente injusto

debería ceder la norma ante la justicia (Fórmula de Radbruch). ¿Por qué Radbruch pasó del positivismo al concepto de justicia?

En los ensayos escritos en su obra *Relativismo y Derecho*, Radbruch se decanta en favor de un derecho más justo, supralegal contra la arbitrariedad legal y racional y plantea una serie de ejemplos a partir del nacionalsocialismo como prototipo del sistema jurídico injusto. Al respecto Radbruch (2009) sostiene:

> En un enfrentamientamiento entre seguridad jurídica y justicia, surgido entre una ley impugnable por su contenido, pero de carácter positivo, y un derecho justo, pero no acuñado en forma de ley, hay un conflicto de la justicia consigo misma, esto es entre justicia aparente y justicia real. Este conflicto lo refleja soberbiamente el Evangelio cuando, en una parte ordena: "Obedeced a la autoridad que tiene poder sobre vosotros", y sin embargo en otro lugar manda: "Obedeced más a Dios que a los hombres¨. El conflicto entre justicia y la seguridad jurídica debió resolverse con la primacía del derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto o inconveniente, a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable, que deba considerarse como ¨falso derecho¨y ceder el paso a la justicia (p:12)

En esta cita, se vislumbra la “fórmula de la justicia”, entonces, el derecho positivo “insoportablemente injusto” tendría que ceder ante la justicia, la pregunta sería: ¿qué es la justicia?, probablemente desde las ciencias políticas, muchos estaríamos de acuerdo con la “fórmula de Radbruch” que corresponde a una formulación valiente en un contexto muy difícil de la historia como lo fue el nazismo, no obstante, desde el punto de vista lógico y si se quiere epistémico, parece ser que el concepto de “justicia” no tiene una respuesta plausible, más bien se trata de una palabra ambigua que puede significar todo y nada, lo cual nos centra en un indeterminismo complejo desde la perspectiva de lo que se conoce como seguridad jurídica o incluso, genera incertidumbre frente al concepto de Estado de Derecho.

Así las cosas, siguiendo la lógica de Radbruch, el derecho nazi no fue derecho, creo que muchos estaríamos de acuerdo con que el régimen criminal nacionalsocialista fue un horror para la humanidad y fue protagonista de delitos de lesa humanidad que no se quieren replicar, no obstante, la mencionada dictadura ¿no fue un Estado de Derecho? Acaso allí, en la Alemania de mediados del siglo XX ¿no rigieron normas jurídicas? ¿Se podría plantear que Corea del Norte o Siria no son Estados de Derecho? Es de anotar, que una cosa muy distinta es la situación política y otra, la situación jurídica de los Estados; políticamente se puede estar en contra de muchos regímenes, incluso, considerarlos de facto ante

la comunidad internacional que sería lo mismo que tacharlos de ilegales frente al Derecho Internacional, no obstante, no parece tan incoherente hacer lo propio frente al derecho nacional y decir que las normas de "X" o "Y" régimen son "injustas", se podría decir pues, que efectivamente son "injustas" pero ¿ello llevaría a concluir que son ilegales?, el régimen nazi se legitimó en mayorías, engañadas, sesgadas, como fuere, pero esa fue la decisión del constituyente primario, una medida de la cual se arrepentirá el pueblo alemán durante toda su historia, que marcó a la humanidad por el horror, que es reprochable desde todo punto de vista, pero al fin, una decisión que hizo derecho, que se constituyó en legal, ahora bien, manifestar que fue ilegal por ser "injusto" no borrará que el nazismo se constituyó en su momento en un Estado de Derecho cuyas normas eran válidas y eficaces.

Sobre este acontecimiento histórico sostiene Radbruch (2009) que:

> Los déspotas de la dictadura de doce años le dieron múltiples formas legales a la injusticia y al crimen. Hasta el asesinato oficial debió fundarse en una ley, aunque sin duda en la monstruosa forma de una ley secreta no publicada. El concepto del derecho establecido, el incuestionable positivismo dominante por décadas entre los juristas alemanes y su doctrina de ley es ley, fueron inermes e impotentes frente a semejante injusticia en forma de ley: los partidarios de esta doctrina fueron obligados a reconocer como derecho leyes tan injustas. La ciencia del derecho debe de nuevo recordar la milenaria sabiduría común a la antigüedad, a la Edad Media cristiana y a la época de la ilustración, esto es, que hay un derecho más alto que la ley, un derecho natural; un derecho divino, un derecho racional, en una palabra, un derecho supralegal, ante el cual lo injusto permanece injusto, así sea promulgado en forma de ley, ante el cual también una sentencia pronunciada con fundamento en semejante ley no es administración de justicia, sino más bien injusticia, así no se impute al juez semejante injusticia como culpa personal, precisamente a causa de su educación positiva (p.13).

El impacto causado por el régimen nacionalsocialista en Radbruch fue grande y dio paso a una prolífica literatura que de lejos es interesante y muy importante para entender el derecho del siglo XX e incluso del siglo que transcurre. Muchas veces los hechos y situaciones de los pueblos latinoamericanos, particularmente los sucesos asociados al conflicto armado que ha vivido Colombia en los últimos cincuenta años de su existencia, hacen pensar que definitivamente se vive ante acontecimientos "insoportablemente injustos". No obstante, siendo eso verdad y existiendo consensos sobre ello, lo único que ha permitido que en Colombia no se abuse del concepto de "justicia" que claramente cada cual lo ve como

quiere, es el apego al concepto de legalidad y Estado de Derecho, sostenido y justificado en la norma positivizada.

Schmitt y "el concepto de lo político"

Carl Schmitt es el primer autor en hablar de la "Teoría de la Constitución" en un libro titulado de la misma forma (1928). Esta obra es de una analítica medular, se discierne acerca de la Constitución de Weimar, trae algunos contenidos que resume en otra obra titulada: *El concepto de lo político* donde emite opiniones sobre aspectos muy generales del derecho público y la política, mientras que para Kelsen la vida es la norma, para Schmitt la vida son los hechos, la facticidad. El decisionismo de Schmitt está fundamentado en el Leviatán de Hobbes.

Acerca de la diferencia existente entre amigo y enemigo, Schmitt (2002) plantea lo siguiente:

> La distinción propiamente política es la distinción entre el amigo y el enemigo. Ella da a los actos y a los motivos humanos sentido político; a ella se refieren en último término todas las acciones y motivos políticos y ella, en fin, hace posible una definición conceptual, una diferencia específica, un criterio.
> En cuanto este criterio no se deriva de ningún otro, representa, en lo político, lo mismo que la oposición relativamente autónoma del bien y el mal en la moral, lo bello y lo feo en la estética, lo útil y lo dañoso en la economía. Decir que la distinción es autónoma no significa que constituya un campo de naturaleza pareja a la moral, pero sí que no se funda en una de esas contraposiciones, ni en varias, ni puede ser referida a ellas, como tampoco ser negada o impugnada desde cualquiera de esos planos (p.3).

La dicotomía planteada por Schmitt parece no entender lógicas alternas, eclécticas o sincréticas, para él todo se reduce a blanco o negro, valdría la pena pensar en los cataros o en los tibetanos para entrar a discutir esa dicotomía "infalible" que plantea Schmitt, si bien las tesis mayoritarias y la visión occidental se ha reducido a la guerra y al concepto *amigo-enemigo*, existen excepciones que no pueden obligar a nadie a caer en esa lógica dualista marcadamente bélica y autoritaria.

Pero además, Schmitt plantea la otredad desde la mirada del enemigo, no existe reconocimiento de la alteridad, una suerte de xenofobia "constitucional" que tantos problemas presenta en la actualidad en los asuntos migratorios.

Al respecto, Schmitt (2002) opina que:

> El enemigo político no es preciso que sea moralmente malo o estéticamente feo; no es necesario que aparezca como concurrente económico, y aun puede que fuera ventajoso y productivo hacer tratos con él. Pero sigue siendo otro, un extranjero, con el cual caben, en caso extremo, conflictos existenciales. Estos conflictos no se pueden resolver ni con normas generales preestablecidas, ni por el fallo de un tercero "no partícipe" y, por consiguiente, "imparcial". Ningún extranjero podría decidir la cuestión de si la vicisitud presente es o no un "caso extremo", como tampoco la más amplia cuestión de cuál es el "medio extremo" vitalmente necesario para defender la propia existencia y el ser propio, in suo esse perseverare.
>
> Ya puede el extranjero, el que tiene otra manera de ser, presentarse en actitud "crítica", "objetiva", "neutral", "estrictamente científica" y envolver su fallo en disfraces semejantes. Su "objetividad" es o una simple máscara política, o el absoluto desligamiento, incapaz de percibir lo esencial (p.31).

La identidad no se puede construir desde los derechos de ciudadanía, tampoco desde la discriminatoria mirada del *amigo/enemigo*, porque la identidad es algo inherente a toda persona independientemente de su vinculación a un Estado o comunidad política. Partir del entendimiento de ese postulado es comprender plenamente el verdadero significado del derecho a la igualdad. Así las cosas, tal y como se desprenden del propio ser humano, las necesidades básicas surgen de algo innato y necesario para la persona, pero además de ello, requiere también de la convivencia social como una necesidad ineludible y perentoria, la cual consiste en tener identidad y sobre todo ser reconocido; es, pues, el reconocimiento lo que hace al ser social.

De este derecho depende la inclusión de un inmigrante y de allí su propia existencia desde la dignidad, mientras el turista simplemente quiere no ser reconocido –mientras más invisible sea mejor-, el inmigrante llámese refugiado, asilado o inmigrante económico, quiere ser visibilizado para ser un sujeto pleno de derechos, por ende tener identidad y derecho al reconocimiento de los cuales dependerán el resto de garantías y prerrogativas. Así lo referencia De Lucas (2004) cuando dice:

> De lo dicho hasta ahora [sobre el multiculturalismo y la inmigración] se desprende que la construcción de un concepto de ciudadanía que permita abrir a los inmigrantes la condición de ciudadanos es un objetivo que aún está lejos. De momento, todavía buena parte de ellos aspiran simplemente a la visibilidad, es decir, a un status de residencia que permita unas condiciones de estabilidad y seguridad. Pero eso, a todas luces, es insuficiente. Se trata de conseguir que quienes, como ellos, contribuyen al bienestar común y sufren la ley, puedan participar en las decisiones

> sobre ese bienestar común y, por tanto, a crear la ley. Se trata, en otras palabras, de concretar las condiciones para su integración política. (Lucas, 2004:197).

Paradójicamente, países que han tenido una tradición democrática, por lo menos después de la Segunda Guerra Mundial y en el caso de España, con la obvia tensión política generada por la permanencia en el poder de Francisco Franco Bahamonde (quien estuvo en el poder desde 1936 con el pronunciamiento militar y que fallece en 1975), adoptan políticas discriminatorias pese a haber sido países de emigración y que finalizada la referida guerra recibieron apoyo de los inmigrantes que aportaron en su crecimiento. Tal y como lo menciona Manuel Cruz (2001):

> Pero la democracia no es la comunidad de los idénticos: la democracia es más bien, como dijera Giacomo Marramao evocando a Bataille, la comunidad de los que no tienen comunidad, el espacio público compartido donde las diferencias son posibles, donde la igualdad es la formalidad necesaria para que la heterogeneidad emerja. En consecuencia, no se trataría tanto de negar la pertenencia como de edificarla sobre nuevas bases.
>
> Lo que equivale a proponer que la identidad se construya de otra manera. Obviamente, si planteamos la identidad en la clave compleja, heterogénea y multiforme a la que nos conduce el mundo de hoy, la pretensión de priorizar los vínculos más particulares, específicos, locales, va perdiendo consistencia. Parece claro que, si a alguna pertenencia parecemos abocados es a una pertenencia cada vez más abstracta, universal, y que en todo caso será sobre esa base sobre la que habrá que establecer unos renovados vínculos fraternales, solidarios, etc. Sin embargo, eso está por hacer, y está por hacer en el mundo real. Lo que significa, por lo pronto, que hay que explicitar la propuesta política, el modelo de sociedad, de convivencia y de ciudadanía que se defiende y al que se aspira. El recordatorio, conviene destacarlo, apunta en una doble dirección. Porque, de la misma forma que se podría decir que conviene arrastrar a buena parte de discursos nacionalistas hacia el territorio de la política (y que sea ahí donde expliquen de qué forma proponen defender los intereses comunes de quienes ocupan un territorio), a la inversa cabe afirmar que se debe evitar la huida de la política por parte de quienes están más obligados a defenderla (p.6).

Ahora bien, es claro que la vulneración de los Derechos Humanos a los inmigrantes empieza por desestructurar los referentes de identidad de los mismos o lo que es igual, vulnerarles sus derechos despreciando sus propias idiosincrasias y culturas, llevándolos a interminables anacronismos en la lógica del “mundo occidental” y permitiendo el rompimiento de sus propias vidas u obligándoles a adherirse a una vida ajena, extraña y comúnmente hostil que pone el énfasis en las cifras, en pretendidos derechos superiores de ciudadanía que se camuflan en lo defensivo o

proteccionista de sus fronteras nacionales aumentando al máximo las expulsiones y sanciones.

Entender al *otro*, que es un hermano de la misma especie, como un *enemigo*, es peligroso, discriminatorio y simple. Reducir la relación a una guerra estéril so pretexto de una caprichosa relación entre *amigo/enemigo,* no parece para nada compatible con las necesidades contemporáneas cada día en movimiento y vivas en tanto interculturalidad.

Este reduccionismo, lo plantea Schmitt (2002) del siguiente modo:

> Se puede o no compartir la confianza en el progreso y esas aspiraciones educativas; lo que nadie puede honrada y razonablemente negar es que, hoy por hoy los pueblos se agrupan de hecho en función del antagonismo amigo-enemigo, y todo pueblo que existe políticamente tiene delante esa posibilidad real (p.31).

El Estado ha dejado de ser el único protagonista de la sociedad en lo corrido del siglo XXI y las relaciones que se tejen, por ejemplo, al interior de la sociedad civil son cada vez más intensas con una vida propia y totalmente autónomas de cualquier dependencia estatal, en ese contexto, la relación *amigo/enemigo* schmittiana con sentido en lo estatal y en lo político, hoy día es una relación plausible, pero no la única, ni siquiera la más importante.

La relación entre lo político y lo estatal alrededor de la idea *amigo/enemigo*, la expresa Schmitt (2002) en el siguiente sentido:

> El antagonismo político es el más intenso y extremado y cualquier contraste es tanto más político cuanto más se acerca a la agrupación amigo-enemigo. Estriba la esencia de la unidad política en suprimir ese extremo antagonismo dentro de la unidad. El Estado, que en la historia europea de los últimos siglos representa la forma clásica de la unidad política, trata de concentrar en su mano todas las decisiones políticas, para instaurar la paz interior. Esto justifica que el lenguaje usual difundido sobre todo entre los juristas del derecho público, se identifiquen los términos político y estatal, estatal y político (p.35).

En Schmitt, quien detenta en mejor manera el poder estatal, el sistema de lo público, es la Constitución, dicho documento es el referente de la *unidad política, de las decisiones del pueblo*, ello refleja la *Constitución del Estado*, sus particularidades. Sin embargo, esta sería el reflejo de lo político más no de lo normativo que se tornaría ficticio, abstracto, entonces, si lo normativo es ficticio y abstracto, ¿la "norma" de la *unidad política* será

la detentadora de las mayorías que deciden políticamente? Siendo ello así, la *unidad política* de mayorías ¿qué haría con las minorías? ¿Las desconocería? Si la Constitución es la *unidad política*, ¿qué pasa con el Estado de Derecho y con el principio de legalidad que se suponen garantes de la igualdad formal?

Schmitt (2002) opina lo siguiente:

> La palabra "Constitución" reconoce una diversidad de sentidos. En una acepción general de la palabra, todo, cualquier hombre y cualquier objeto, cualquier establecimiento y cualquier asociación, se encuentra de alguna manera en una "Constitución", y todo lo imaginable puede tener una "Constitución". De aquí no cabe obtener ningún sentido específico. Si se quiere llegar a una inteligencia hay que limitar la palabra "Constitución" a Constitución *del estado*, es decir, de la unidad política de un pueblo. En esta delimitación puede designarse al Estado mismo, al Estado particular y concreto como unidad política de un pueblo. En esta delimitación puede designarse al Estado mismo, al Estado particular y concreto como unidad política, o bien, considerado como una forma especial y concreta de la existencia estatal; entonces significa la *situación total de la unidad y ordenación políticas*. Pero "Constitución" puede significar también un sistema cerrado de normas, y entonces designa una unidad sí, pero no una unidad existiendo en concreto, sino pensada, ideal (p.35).

Entonces, conceptos como el de Constitución como norma de normas o como órgano de creación del resto de leyes infraconstitucionales del ordenamiento jurídico, no tienen sentido en la lógica schmittiana y desvirtúan las tesis positivistas, sobre todo de Kelsen que se comentarán en el siguiente apartado.

El positivismo jurídico

Hans Kelsen afirmó que los derechos políticos no existían, los derechos subjetivos se subsumen en el derecho objetivo, Mario Bunge ha sostenido que no hay peor contradicción que hablar de derecho natural porque el derecho es artificial.

Ahora bien, el derecho positivo es el derecho objetivo, lo que en Kelsen (es un jurista enorme y cuya teoría es imposible analizar en unos pocos párrafos, lo cual sería por demás, irresponsable) se entiende como puro, que no debe mezclarse con otras ciencias para poder ser analizado como fenómeno, entendiendo además que las normas son jerárquicas y dependen unas de otras, estando en la punta del ordenamiento jurídico

la norma hipotética fundamental como una abstracción lógica que le da pie a la Constitución como norma de normas y al resto de leyes del ordenamiento jurídico sin contemplaciones de carácter moral o con referencia a conceptos de raíz política.

Las tesis positivistas las explica el profesor Bulygin (2009) en los siguientes términos:

> Sigo siendo firme partidario del positivismo jurídico, que consiste básicamente en la distinción entre la descripción del Derecho positivo y su valoración como justo o injusto. Esto implica varias cosas: en primer lugar, la distinción tajante entre la descripción y la valoración, lo que implica, a su vez, reconocer que la palabra «Derecho» no debe usarse como término laudatorio (cosa que hacen muchos autores), pues el Derecho es producto de la actividad humana y como tal puede ser bueno o malo, justo o injusto. En segundo lugar, esto implica negar que haya tal cosa como Derecho natural.
>
> Como alguna vez dijo M. Bunge esta expresión se parece mucho a una contradicción en términos, pues el Derecho es fundamentalmente artificial y no tiene nada de natural. Si se considera que una norma injusta no puede ser una norma jurídica (según la conocida fórmula de Radbruch), entonces todo Derecho es justo, pero entonces no hay posibilidad de criticarlo por injusto, pero la crítica del Derecho forma parte muy importante del quehacer de los juristas. Para poder valorar y criticar el Derecho hay que conocerlo, pues el conocimiento de un objeto es lógicamente previo a su valoración (p.87).

El positivismo jurídico además, parte de la idea de un juez "creador de derecho" e intérprete del ordenamiento jurídico, por lo cual, no se debe caer en la falsa creencia que este es un ejercicio de la exégesis o que el positivismo jurídico es la exégesis del siglo XX, más bien es una herramienta metodológica que propicia un análisis que pretende ser neutral con relación al estudio de lo normativo donde los protagonistas son tanto los creadores del derecho (legisladores) como los interpretes del mismo (jueces), entonces la discrecionalidad del juez no es sinónimo de arbitrariedad porque el apartamiento de la norma "injusta", mejor decir en clave positivista arbitraria se justifica apelando al concepto del derecho que debe hallarse en el propio ordenamiento jurídico.

Así lo sostiene Bulygin (2009):

> El juez tiene que dar una solución y si ésta no se encuentra en las normas jurídicas existentes o es, a criterio del juez, muy injusta, entonces tiene que modificar el Derecho. En esto consiste la actividad política del juez. Lo que el juez modifica en tales casos no es el concepto del Derecho, sino las normas que aplica, usando el mismo concepto del Derecho (p.89).

Ahora bien, el positivismo jurídico no parte de la idea de un concepto elaborado o terminado de derecho, que propicie la anhelada y no muy bien entendida certeza o seguridad jurídica, ya que este es vago e indeterminado en estricto rigor iuspositivista, no obstante, dicho concepto sí es analizable desde la perspectiva de un Estado constitucional que es entre otras cosas, tributario de la teoría kelseniana y sus contribuciones a la Constitución austriaca de 1925 y a la conformación del Tribunal checoslovaco de 1930, pero también al desarrollo de las sentencias en la estructura piramidal donde se le da cierta discrecionalidad al juez para obrar.

El positivismo jurídico en un contexto constitucional, se entendería como la garantía que el Estado debe brindar a las personas sometidas a su jurisdicción, el respeto a sus derechos fundamentales y al bloque de constitucionalidad. Además de ello, estos deben ser *leyes ciertas, escritas, estables, justas y razonables* (Pérez Luño). En ese sentido, la racionalidad jurídica se traduce en justicia si es razonable en términos constitucionales (no axiológicos).

Una mirada al bloque de constitucionalidad: ¿Un nuevo enfoque del derecho supralegal y supraconstitucional?

En el derecho constitucional, la racionalidad también debe tener una base de derecho positivo, bien sea en normas de la propia Constitución o justificadas en el bloque de constitucionalidad, así lo entendieron los franceses en 1963, incluyendo en el referido bloque en *lato sensu*, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el preámbulo de la Constitución de 1946. Otro tanto ha establecido la reforma de la Constitución Federal Argentina de 1853 dada en 1994, pues se encarga de desarrollar mejor el bloque de constitucionalidad desde una definición monista, es decir, que parte del presupuesto de la existencia de un solo derecho donde el nacional depende del internacional.

Sobre el respeto que se tiene al bloque de constitucionalidad en Argentina es muy disiente el caso Giroldi[3] y Bramajo[4], sumado a esto, entre los años que comprenden desde 1990 hasta 1995, no solo se firmaron asuntos que tienen que ver con los Derechos Humanos (Tratados) sino también convenios de inversiones asociados al modelo económico neoliberal, la pre-admisibilidad en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que sea admitida una causa comprende entre cinco y siete años, no obstante, es mucho más rápido el otorgamiento de medidas cautelares.
En Colombia, la Constitución Política, contempla el Bloque de Constitucionalidad en el artículo 93 que indica:

> Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

En este sentido está admitiendo el bloque de constitucionalidad en *stricto sensu*, pero adicionalmente contempla como parámetro de control de constitucionalidad las leyes estatutarias que están en el artículo 152 de

3 Giroldi Horacio CSJN 07/04/1995. El Tribunal Oral en lo Criminal Nº 6 de la Cap. Fed. condenó a Horacio David Giroldi a la pena de un mes de prisión en suspenso, como autor penalmente responsable del delito de robo simple en grado de tentativa. La defensora oficial interpuso recurso de casación. El fondo del litigio radicó en la inconstitucionalidad del límite impuesto por el Art. 459, inc. 2, del Código Procesal Penal de la Nación, por contrariar lo dispuesto en el Art. 8, inc. 2, ap. h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que otorga a toda persona inculpada de un delito el derecho "de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior". La Cámara Nacional de Casación Penal, Sala, rechazó el planteo de inconstitucionalidad y dio origen a la queja ante la CSJN, la que declaró admisible el recurso. Consultado en: http://resumendefallos.blogspot.com/2009/05/resumen-del-fallo-giroldi.html.

4 Hernán Bramajo, fue detenido el 1º de julio de 1992. El fiscal acusó al procesado por delito de homicidio calificado en concurso material con el robo doblemente agravado por haber sido cometido en armas, en poblado y en bando y requirió la pena de reclusión perpetua con la reclusión por tiempo indeterminado. El Tribunal anterior, concedió la excarcelación por aplicación del art. 1º de la ley 24.390, al cumplir los tres (3) años de detención en prisión preventiva; concedió la excarcelación bajo garantía real debido a la gravedad de los delitos atribuidos al procesado, la pena solicitada por el fiscal y la circunstancia de que se registra una condena. El representante del Ministerio Público cuestionó la validez del art. 1º de la ley 24.390 debido a que se hallaría en colisión con lo dispuesto por el art. 7º, inc. 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; aduce, también, que bajo el pretexto de reglamentar un tratado internacional, la ley 24.390 lo ha desvirtuado. El recurso federal resulta procedente en la medida en que se ha cuestionado la validez de una ley nacional por ser contraria a un Tratado Internacional; la resolución impugnada es equiparable a sentencia definitiva, ya que se trata de una cuestión que reviste gravedad institucional, en que el criterio adoptado por el a quo compromete la administración de justicia al afecta la forma de aplicación de la ley procesal penal. Consultado en: http://www.altillo.com/examenes/uba/derecho/derehumanos/derehumanos2010casobramajo.asp.

la Constitución y reconoce las opiniones y recomendaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, algunos autores (Humberto Sierra Porto), consideran que el bloque en *lato sensu* no se debería considerar como tal sino como parámetro de control, pues entiende normas de carácter nacional como las referidas leyes estatutarias, e incluso, se considera que el artículo 94 de la Constitución también genera bloque de constitucionalidad en *lato sensu*, dice este artículo que:

> La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

Ante estas circunstancias, ¿el derecho positivo se debe entender hoy como un derecho supralegal aferrado a la positividad de los postulados del derecho internacional con carácter de *iuscogens*?

Para la ONU, después de la Segunda Guerra Mundial se empieza a hablar de un concepto de humanidad como si rigiera en todo el mundo, sin embargo, existen muchos conceptos de humanidad. La ilustración va generando la idea de los derechos fundamentales, después de ello viene la Segunda Guerra y posteriormente los Derechos Humanos con la Carta de San Francisco de 1948 que trata de unificar un sistema entorno a esos derechos, sin embargo, actualmente algunos presidentes regionales plantean reparos a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Estados Unidos es un habitual incumplidor de los postulados del Sistema interamericano porque tienen una cultura constitucional que gira alrededor de la Constitución de Filadelfia de 1787, entonces no parece tan claro que todos quieran "jugar" en el contexto del bloque de constitucionalidad que acá se analiza brevemente.

En Latinoamérica, se habla de neoconstitucionalismo y postconstitucionalismo, se dice bastante de derechos fundamentales, el ciudadano tiene libertad en un estado de naturaleza abstracto pero está constantemente sometido al Estado y hoy dicen algunos, al mundo globalizado. El Estado viene a determinar casi todo lo que se debe hacer en la vida, se vive en una quimera, una simple burbuja artificial.

Cuando Luth produce, la Constitución alemana de 1949, todos están muy apegados a la norma, es decir, eran positivistas –incluso el propio Radbruch- pero Luth plantea los cimientos del neoconstitucionalismo y

ello deja entrever un interrogante: ¿si los valores son subjetivos, por qué se atrevieron los jueces a decir que había un orden objetivo de valores? Las normas se distinguen por la obediencia o no, dice Habermas que las normas jurídicas rigen por temor o convicción, entonces, el orden jurídico internacional con bloque de constitucionalidad incluido tendrá que ajustarse a su propia capacidad para vincular jurídicamente, ya están los ejemplos mencionados (Francia, Argentina y Colombia) que le creen al bloque en la vinculatoriedad de los tratados y convenios, la pregunta sería: ¿también se debe vincular vía bloque de constitucionalidad a aquellos que ya no crean en este tipo de mecanismos? ¿Será adecuado vulnerar los principios de la autodeterminación de los pueblos y la propia soberanía de los Estados ante un derecho supralegal?

Ahora bien, si se llegara a una conclusión en un sentido afirmativo con relación al anterior interrogante, habría que decir entonces que estamos frente a un ordenamiento positivo supralegal que convertiría el derecho positivo nacional en una suerte de trámite, o en términos procesales, en una primera instancia, incluso, en un ordenamiento positivo justificado en cláusulas iusnaturales bajo definiciones abstractas de declaraciones que viran su sentido única y exclusivamente en abstracciones bien intencionadas de difícil materialidad en los Estados latinoamericanos, al respecto, un ejemplo tristemente colombiano, en el país existe desaparición forzosa, ¿el convenio contra la desaparición forzada (principio *pro hominem*) puede detener ese suceso? Es cierto, que podría eventualmente encontrar responsables por las manifiestas desapariciones, siendo el Estado el primero en responder ante el contexto monista del derecho internacional, ¿pero la existencia del convenio frenará la desaparición forzada en Colombia? ¿La protección de los derechos del niño logrará que desparezca el trabajo infantil? Existen ejemplos, donde la vinculatoriedad del bloque de constitucionalidad y los fallos de la Corte Interamericana generan cambios (ver los pies de página de estos trabajos), pero claramente, esas mutaciones suceden porque el derecho nacional mediante el poder del Estado y el ejercicio de su gobierno se ven compelidos a hacerlo ¿es necesario obligarles siempre para que cumplan lo que sus respectivos derechos positivos nacionales contemplan?

El realismo jurídico

El derecho no es una abstracción o una ficción normativa, tiene que ver más bien con el ejercicio cotidiano de la función o el quehacer del jurista,

es el comportamiento de este en el mundo de la vida. El derecho se dinamiza además con las sentencias y fallos de los jueces.

> Cuando estudiamos Derecho no estamos estudiando algo misterioso sino una profesión bien conocida. Estamos estudiando aquello que necesitaremos para actuar ante los tribunales o para aconsejar a la gente al objeto de que se mantenga alejada de ellos. La razón por la que nos hallamos ante una profesión, por la que los ciudadanos pagarán a los abogados para que les defiendan o les aconsejen, es que en sociedades como la nuestra el control de la fuerza pública es confiado a los jueces en ciertos casos y, si es necesario, el Estado desplegará todo su poder para que sus sentencias se cumplan. La gente quiere saber bajo qué circunstancias y hasta qué punto merecerá la pena correr el riesgo de enfrentarse a una instancia tan poderosa, y de ahí que llegue a convertirse en un negocio el averiguar cuándo ha de temerse ese peligro. El objeto de nuestro estudio, entonces, es la predicción: la predicción de la incidencia de la fuerza pública a través de la actuación de los tribunales. (Holmes, 2012: 457)

El realismo jurídico norteamericano trasladó el protagonismo del derecho del legislador al juez. En ese contexto, dinamizó la labor del precedente jurisprudencial creando la necesidad de establecer líneas jurisprudenciales, criterios para el apartamiento del precedente por jueces posteriores (como el *Distinguish y el Overruling*) y en términos generales llevando el derecho a una dimensión más judicial teniendo como protagonista al juez y menos política en cabeza del legislador.

El realismo también bebe de escuelas filosóficas como el empirismo, el pragmatismo y el utilitarismo, y reacciona vehementemente contra las concepciones iusnaturalistas a las cuales considera ideales en tanto plantean un plano axiológico que consideran demasiado subjetivo, y por otro lado, rechaza el iuspositivismo a quien considera demasiado formal, abstracto e insuficiente para solucionar los problemas jurídicos pero sobre todo los socio-jurídicos, toda vez que el derecho no solo es norma (positivismo) o valor (iusnaturalismo) sino que se fundamenta en los hechos sociales siendo más fruto de la sociología que del mundo normativo. En ese sentido, quien mejor interpreta el “derecho social” es el juez sin apego a consideraciones morales o formales. Al respecto Holmes (2012) dice que:

> El primer aspecto a tener en cuenta para una comprensión profesional de nuestra materia es entender sus límites. En consecuencia, creo que es deseable disipar inmediatamente una confusión entre la moral y el Derecho que, en algunas ocasiones, se eleva conscientemente a las cimas de la teoría y, en otras, de manera mucho más frecuente y constante, causa problemas particulares sin que seamos

> conscientes de ello. Podéis ver muy claramente que un hombre malo tiene tantas razones como un hombre bueno para desear evitar un encontronazo con la fuerza pública y, por tanto, podéis entender la importancia práctica de la distinción entre la moral y el Derecho. Es muy probable que un hombre a quien no le importe nada una norma ética que es compartida y respetada por sus vecinos, tenga sin embargo buen cuidado en evitar tener que pagar una suma de dinero y, si puede, querrá mantenerse alejado de la prisión.
>
> Doy por supuesto que ninguno de los oyentes[5] malinterpretará lo que estoy diciendo como un discurso cínico. El Derecho es el testimonio y el depósito externo de nuestra vida moral. Su historia es la historia del desarrollo moral de la especie humana. Su práctica, a pesar de lo que sugieren las chanzas populares, ayuda a hacer buenos ciudadanos y buenas personas. Cuando enfatizo la diferencia entre el Derecho y la moral lo hago con una única finalidad: aprender y entender qué es el Derecho. Para conseguir este objetivo debéis aprehender nítidamente sus rasgos específicos y por ello os pido que, en este momento, dejéis al margen cualquier cosa ajena al mismo. (p. 458).

La escuela del realismo norteamericano propuesta por Holmes, fue seguida por juristas como Benjamin Nathan Cardozo, Llewelyn, Roscoe Pound y Jerome Frank. A su vez, Los juristas escandinavos fundaron una escuela del realismo conocida como la escuela de Upsala, jurisconsultos como Hagerstrom, Lunstedt, Oliverona y Ros volcaron su mirada no solo al juez y los fallos sino también al derecho en acción como hecho social, las relaciones del mismo en el desenvolvimiento cotidiano de los juristas y el ejercicio de la abogacía, todo esto justificado en una crítica implacable al iusnaturalismo e iuspositivismo jurídico al que consideraron derecho abstracto y discusión vacía más fundamentada en formalismos que en contenidos significativos, las leyes son más producto de los hechos y la cotidianidad que por los tecnicismos parlamentarios.

Sobre el particular, Holmes (2012) comenta que:

> Sin duda, podríamos poner casos simples y extremos de leyes imaginables que el poder legislativo nunca se atrevería a decretar, incluso en ausencia de prohibiciones constitucionales expresas, porque la comunidad se levantaría en armas; y esto otorga cierta plausibilidad a la idea de que el Derecho, aunque no sea una parte de la moral, se halla limitado por ella. Pero este límite del poder no es coextensivo con ningún sistema moral. En su mayor parte esta limitación se hallaría comprendida

5 Ya que el libro es reproducción de una conferencia pronunciada por el juez Holmes, magistrado del Tribunal Supremo de Massachusetts, con ocasión de la inauguración del nuevo edificio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Boston el 8 de enero de 1897. Publicada en *Harvard Law Review*, Vol, 10, núm. 8 (March 25, 1897), pp. 457-478).

> dentro de los principios básicos de cualquier sistema moral, y en algunos casos podría ir más allá de los mismos por razón de los hábitos de un pueblo particular en un momento determinado. Una vez oí al profesor Agassiz decir que un pueblo alemán se rebelaría si se subiese dos céntimos el precio de la cerveza. Una ley así sólo sería un conjunto de palabras vacías, pero no porque fuera moralmente incorrecta sino porque resultaría imposible de aplicar. Nadie negará que las leyes inmorales pueden ser aplicadas, y de hecho lo son, aunque no nos podamos poner de acuerdo acerca de cuáles son inmorales (p.55).

En otras palabras, para los realistas, la discusión entre el derecho normado y el que se dinamiza por el juez en sus fallos, es decir, el derecho creado por el juez supone que este último se acerca más a una hermenéutica contextual o social, mientras que el derecho emitido por el legislador fruto de las dinámicas y fuerzas políticas que obedece a una hermenéutica lógico deductiva como presupuesto importante de la lógica silogística es obsoleto o por lo menos no explica satisfactoriamente todos los fenómenos de la dialéctica social. Ante esto cabría la pregunta: ¿el juez es capaz de hilar la sociedad con el derecho? ¿Acaso el juez no es un ser humano corruptible que puede errar el sentido de la ley?

Holmes (2012) opina:

> La falacia a la que me refiero es la idea que la única fuerza que opera en el desarrollo del Derecho es la lógica. Ciertamente, en el sentido más amplio posible, esa idea resultaría cierta. El presupuesto sobre el que se asienta nuestra forma de pensar el universo es que existe una relación cuantitativa fija entre todo fenómeno y sus antecedentes y consecuentes. Si existiera un fenómeno no sujeto a tales relaciones lo consideraríamos un milagro: algo que se halla al margen de la ley causa-efecto y que trasciende nuestra capacidad de pensamiento o que, al menos, no podemos someter a la razón. La condición que permite nuestra concepción del universo es que éste pueda ser pensado racionalmente o, en otras palabras, que cada uno de sus elementos sea efecto y causa en el mismo sentido en que lo son otros elementos con los que nos hallamos más familiarizados. Del mismo modo, en un sentido muy amplio es cierto que el Derecho responde a un desarrollo lógico, como cualquier otra cosa. El peligro del que hablo no es la admisión de que los principios que gobiernan otros fenómenos también gobiernan el Derecho, sino la idea de que un sistema jurídico determinado –el nuestro por ejemplo- puede ser elaborado, como las matemáticas, a partir de algunos axiomas generales de nuestra conducta. Éste es el error natural de las escuelas de pensamiento jurídico, pero no se limita a ellas. Una vez oí decir a un muy eminente juez que nunca emitía una sentencia hasta que estaba absolutamente seguro de que era correcta. Del mismo modo, el disenso judicial criticado a menudo por entender que simplemente es debido a que uno u otro de los bandos discordantes no ha hecho sus sumas correctamente y que, si se hubieran tomado más trabajo, se habría producido inevitablemente un acuerdo (p.57).

Entonces, si el derecho entendido desde la lógica y/o como operación del juez que hace hermenéutica contextual se torna insuficiente: ¿qué tipo de derecho requerirá la sociedad contemporánea?

El derecho constitucional como cultura

> Muchas veces se piensan los derechos humanos desde la naturaleza del hombre, por lo cual le corresponden a todos. Por supuesto. Sin embargo, ¿deben ser concebidos de manera idéntica en todo el mundo, en "el norte y el sur", en "oriente y occidente", como para hacer alusión a Goethe ya en este punto? Los derechos humanos se desarrollan no sólo desde la "naturaleza humana"; si se quiere, desde el "derecho natural" también se desarrollan a partir de la cultura, y esto también quiere decir que son diferentes a nivel nacional, regional, universal, según el nivel de desarrollo, costumbres, usos, tradiciones. Los derechos humanos de la Declaración Africana de Derechos Humanos (1981) no pueden ser inter¬pretados como los altamente diferenciales, en algún sentido "perfectos" derechos humanos en la Ley Fundamental alemana (GG) (cf. Art. 1 Inc. 2) o en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (EMRK). Por ello se deben crear categorías y diferenciar dimensiones (sin el tan extendido "pensamiento encasillado") que puedan representar la idea de derechos humanos en los niveles de desarrollo (cultural): los derechos humanos clásicos del status negativus, derechos de participación como los "dere¬chos sociales fundamentales" a la seguridad social, al mínimo existencial (ejemplarmente en Suiza: Art. 12 Constitución de 1999) y los así llamados derechos de "tercera generación": derecho al desarrollo, derecho a la paz, protección del medio ambiente, etc. En última instancia, todos se originan a partir de una misma idea fundamental: la dignidad humana entendida desde lo social-cultural, definida en el sentido que le otorga I. Kant e interpretada con la ayuda de G. Dürig de manera absoluta, es de¬cir, sin relativizar (¡prohibición de la tortura!). También el derecho al míni¬mo existencial, el derecho político del sufragio, el derecho de petición, la libertad de opinión y de prensa y, principalmente, el derecho fundamental de poder tener trabajo son comprendidos desde este punto de vista. Qui¬zás sea la dignidad humana de cada uno, lo que le corresponde a cada uno por "naturaleza" y "cultura", universal. Sólo algunas manifestaciones concretas, como el derecho de familia, incluso el principio de igualdad, el derecho sucesorio, permiten variantes condicionadas en lo cultural y en el desarrollo histórico (Häberle 2011:32-33).

El concepto de cultura refiere que todos los pueblos y las nacionalidades son distintas, sin embargo, la idea de dignidad humana es única y eso puede unificar la definición y alcance de muchos derechos que se entenderían iguales en todo el orbe y garantizables en un mismo sentido, al igual que implicarían juicios de reprochabilidad similares tanto en Oriente como en Occidente. En otras palabras, es plausible entender que las culturas como es apenas obvio son distintas, pero en todas ellas, el concepto de dignidad es el mismo. Ahora bien, los derechos constitucionales en cuanto garantía de humanidad (principio *pro hominem*)

no deberían someterse a clasificaciones ideológicas que se tornarían injustificables en cuanto se constituyen como pretendidamente históricas o taxonómicamente técnicas, cual es el caso de la clasificación de los derechos constitucionales en generacionales, la idea del Derecho como cultura discernirá que es una taxonomía excluyente y política, toda vez que si bien en Occidente el Derecho a la salud o vivienda podrían verse como sociales no fundamentales en la cultura marxista de la ex Unión Soviética serían sociales fundamentales a diferencia de lo que podría ser la propiedad privada. ¿Es entonces justificable la diferenciación de derechos en generaciones? ¿El Derecho y la Constitución como cultura (Häberle) obligan esta diferenciación?

Los derechos constitucionales, independientemente de su clasificación generacional son todos en perspectiva genérica, derechos humanos, eso implica que todos pueden ser potencialmente fundamentales y culturalmente válidos en cuanto son inmanentes al concepto de dignidad humana, en ese sentido, cualquier criterio de distinción se tornaría discriminatorio e ideológico pues partirá del concepto vetusto de primero en el tiempo, primero en el derecho como si ello marcara un derrotero de cumplimiento y obligatoriedad o importancia.

Con relación a la importancia de los Estados constitucionales y su papel en el cumplimiento de los derechos desde una mirada más cultural que técnica, el profesor Häberle (2011) sostiene que:

> Sin Estados constitucionales poderosos los derechos humanos permanecerían "platónicos" en todos los niveles. El idealismo de los derechos humanos y el realismo de los derechos humanos son una cuestión actual. En especial las comunidades nacionales de científicos (por ejemplo, en el actual seminario plurinacional) tienen una gran responsabilidad conjunta en cuestión de derechos humanos, de los cuales también se deriva la organización política de la democracia. Las comunidades responsables del ámbito nacional, regional y universal deberían trabajar mano a mano. Esto conduce a "ósmosis", a "procedimientos de intercambio", un dar y recibir, como bajo los propios Estados constitucionales nacionales. Mucho debe crecer nacionalmente en el nivel micro para después poder ser apropiado en el nivel regional y universal a través de textos, teorías y prácticas. También vale lo inverso: el nivel regional de las garantías de derechos humanos se refleja en el nivel nacional. Así, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (EMRK) resulta muy imperfecto aún (según el BVerfG, ahora E 111, 307 (317)) a nivel del GG. Ejemplares son, por el contrario, Austria y Suiza, donde el Convenio Europeo de Derechos Humanos (EMRK) tiene jerarquía constitucional. Las teorías de los derechos humanos nacionales y su práctica deberían irradiar, a su vez, en el nivel regional y universal. La "cultura de los derechos humanos" se desarrolla de

> manera especialmente sutil y diferenciada en los grandes tribunales regionales, como Estrasburgo y Costa Rica. El Pacto Andino podría actuar en el largo plazo en América Latina. (p. 35).

Conclusiones

La discusión de otrora en lo pertinente a los enfoques del derecho sigue cobrando importancia en las discusiones teóricas e ius-filosóficas en la contemporaneidad. Auscultar en cada uno de los enfoques del derecho, permitirá al lector preocupado asemejar una tendencia con la cual identificarse, pero sobre todo reconocer las bondades de una u otra escuela, compartiendo la importancia que quien escribe estas líneas le da por ejemplo al concepto de constitucionalismo cultural, al iuspositivismo y al realismo judicial o por el contrario, -que también es la idea-, compartir un enfoque diferente y partir de este artículo como caldo de cultivo para críticas y contradicciones posteriores a las ideas esbozadas que se entienden en permanente análisis e interpretación.

Ahora bien, la idea amigo-enemigo en las relaciones socio-políticas e ius-políticas actuales, permite que la aproximación que acá se hace al concepto polémico de Schmitt se visualice no en exclusiva desde la dicotomía engendrada de esta relación absoluta en clave política, sino también desde el debate que sostiene Schmitt con Kelsen sobre el papel de la Constitución.

Finalmente, se describe de forma somera la importancia de escuelas jurídicas relevantes como lo son el realismo judicial norteamericano y la sui generis mirada de Häberle sobre el constitucionalismo como cultura.

Lo que pretendieron estas páginas fue dar un breve esbozo acerca de las tesis que a manera de argumentación jurídica y como construcción ius-filosófica han hecho algunos autores en lo pertinente al mundo de la constitución y el propio derecho, la utilidad del texto es pues pedagógica porque principalmente quiere acercar en pocas páginas al lector interesado en lo tocante a algunas tesis de relevancia que han estado allí “siempre” y por supuesto, también, en la contemporaneidad. Tesis, que deben ser estudiadas para tener claridad meridiana para saber lo que se quiere a corto plazo y a futuro con las teorías que se construirán en América Latina. El derecho actual, permeado por el fenómeno en construcción y hermenéuticamente vacío engendrado con el sofístico nombre de

globalización, invita a una mirada muy particular de la supranacionalidad y la supralegalidad a la cual pretendemos acercarnos desde perspectivas y tesis diversas que provienen del resto de las Ciencias Sociales, en estas páginas se busca una aproximación a ese concepto en el seno mismo del propio derecho, particularmente, del derecho constitucional con una aproximación muy definida desde el bloque de constitucionalidad que en Colombia permite un análisis extensivo desde las teorías monistas y la realidad que supone en un primer momento de manera simbólica el artículo 93 de la Constitución colombiana. Entonces, el artículo hace un esfuerzo por explicar la importancia del derecho que se ejerce vía convenios y tratados internacionales mediante el bloque de constitucionalidad y su importancia desde la perspectiva de defensa de los derechos fundamentales en las sociedades contemporáneas caracterizadas por el caos y la incertidumbre.

Referencias bibliográficas

Bulygin, E. (2009). *Mi visión de la filosofía del derecho.* Buenos Aires: *Revista Doxa.* Vol 32. pp. 87, 89.

Cruz, M. (2001, 15 de febrero). *¿Hay alguien ahí? Sobre el derecho al reconocimiento.* Scripta Nova. *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*. 82. Consultado en: http/www.ub.edu/geocrit/sn-82.htm . p.6.

De Lucas, J. (2009). Inmigración, diversidad cultural, reconocimiento político. *Revista Papers*, 94, 11-27,36.

De Lucas, J. (2004). La inmigración como res política. *Movimientos de personas e ideas y multiculturalidad*. España, 2, 193-225.

Häberle, P. (2011). Derechos humanos y globalización. *Revista Contextos*. No.3. Revista del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. pp. 32-35.

Holmes, W. (2012). *La senda del Derecho.* Madrid: Editorial Marcial Pons.

Radbruch, G (2011). *Relativismo y Derecho.* Bogotá: Editorial Temis.

Schmitt, C. (2002). *Concepto de lo político.* Buenos Aires: Editorial Struhart & Cía.