

La construcción del derecho en los Estados constitucionales contemporáneos.

Elena Garcia Cima de Esteve¹

Leyendo una vez más, *La Carta Robada*² vuelve a llamar mi atención la cuestionada cita del epígrafe³, adjudicada por Poe, a Séneca.

En el cuento el autor refiere al valor de la ciencia, del conocimiento y de las prácticas científicas para señalar, refiriéndose a la minuciosa búsqueda del objeto robado, por G. el prefecto de policía y su equipo,

“Las disposiciones y la ejecución eran perfectas; pero no eran aplicables ni al caso ni al hombre. Una serie de recursos muy ingeniosos son para G. una especie de lecho de Procusto, que deforma todos sus planes. Continuamente se equivoca por exceso de profundidad o de superficialidad, y muchos escolares razonan mejor que él”

“G. y sus hombres fracasan porque nunca toman en cuenta el tipo de inteligencia del adversario; se atienen a su propia inteligencia, a su propia astucia; cuando buscan un objeto escondido, se guían fatalmente por los medios que ellos habrían empleado para esconderlo, En general no se equivocan; su astucia es la del vulgo. Pero cuando la astucia del delincuente difiere de la de ellos, éste, por supuesto, los derroca. Así ocurre cuando esa astucia excede a la de ellos, y, a veces, cuando es inferior. Sus principios de investigación no varían; cuando es extraordinario el estímulo, cuando les ofrecen una gran recompensa, exageran las prácticas habituales, sin modificar los principios.”

Pondera Poe la habilidad para actuar, por sobre la inteligencia cognitiva, la astucia por sobre los esquemas del pensamiento de perspectiva unidimensional⁴. Señala caminos de búsqueda del objeto más amplios, entendiendo a la sabiduría como la capacidad para la resolución de problemas, nosotros agregamos, y para producción intelectual, artística, de objetos culturales, sociales de valor.⁵

¹ Abogada Especialista en Derecho de Familia. Profesora Titular *Derecho Privado VI “A” Familia y Sucesiones y Teorías del Conflicto y de la Decisión. Métodos de resolución de conflictos* de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Mediadora. Directora del Laboratorio de resolución pacífica de conflictos de la FDyCs de la UNC.

² Poe, Edgar Allan. *Cuentos 1*. Traducción de Julio Cortázar. Literatura. Alianza Editorial B.A. 2007.

³ “*Nil sapientiae odiosius acumine nimio*” Nada es más odiado por la sabiduría que el exceso de astucia.

⁴ Conf. Gardner Howard. *Inteligencias múltiples. La teoría en la práctica*. Paidós Buenos Aires. 2003. p. 24

⁵ Ídem p. 25

Destaca la importancia del empleo de las herramientas de intelección que sean aplicables al caso y a las personas y nos remite a perspectivas multidimensionales en el esfuerzo de investigación, en el método de indagación, en el mapa de búsqueda.

La multidimensionalidad que adjetiva a los fenómenos de la realidad, caracteriza a los sujetos y los objetos que construye.

Indagando en las dimensiones –antropológica, social, cultural y jurídica- de la realidad, advertía Martínez Paz⁶ que en su positividad y eticidad se interrelacionan en los constructos del pensamiento en el universo -espacio social- de las relaciones personales y sociales.

En los hechos de la vida asociada,⁷ se relacionan, en forma simultánea e indisoluble, elementos pertenecientes a todas las esferas y a todos los niveles de la realidad social (jurídicos, psicológicos, políticos etc.) fenómeno al que se alude con la expresión *fenómeno social total* que acuñara Mauss.

Desde la perspectiva fenomenológica, el sujeto produce sentido, produce realidad social crea fenómenos con sentido e imprime sentido a los hechos.

La dimensión de juridicidad desde esta perspectiva, puede ser considerada como el efecto de las regulaciones del derecho en determinado fenómeno.

Conforme las maneras de actuar de quienes establecen, aplican o imponen las normas jurídicas, y los comportamientos de las personas sometidas al derecho, se constituye la realidad del derecho, derecho que se configura en las relaciones e interrelaciones de la vida social; poder social constituido por normas y leyes, principios y criterios de interpretación en determinadas circunstancias de tiempo y lugar.

El derecho como campo de ordenación de la vida asociada, se propone no solo justificar su legitimidad sino también su responsabilidad social, sus fines y los criterios que informan el ordenamiento de la vida social y su preservación.

En este marco es clara la deriva a la cultura, que integra la relación hombre-sociedad-cultura y derecho.

⁶ Martínez Paz, Fernando. *La construcción del mundo jurídico multidimensional*. Advocatus. Córdoba 2004. p. 45

⁷ Tamashiro de Higa, Noemí G. *Algunas consideraciones sobre el Fenómeno Jurídico Total*. Suplemento del Laboratorio de Resolución de Conflictos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. 2014-1. Revista Digital en proceso de edición.

La cultura es la forma de vida, que los hombres se dan, modifican, inciden en un contexto de lugar y tiempo determinados, y la que a su vez, brinda sentido y construye a los hombres, reproduciendo modos de ser, pensar, valorar y actuar de generación en generación⁸.

A partir del análisis de la expresión y acción de la cultura, es posible descubrir los valores y fuentes de las estructuras institucionales de los ordenamientos jurídicos, de las costumbres y de los significados de la ética que vincula a los sujetos en una determinada comunidad situada.

Es este ámbito de sentido –social cultural- el que brinda sentido a la dimensión jurídica de un grupo humano determinado. Cobija conceptos, símbolos que representan e interpretan la idiosincrasia de grupos sociales determinado y los transmite de generación en generación en forma de valores, principios y criterios o directrices, de interpretación de la realidad y de la producción social de sentido.

Los principios en particular, son las ideas fundamentales que sustentan los conceptos y relaciones de un orden determinado de conocimiento o en los que se sustenta un razonamiento. Son las normas fundamentales que rigen las conductas y el pensamiento de un grupo humano determinado.

En relación con los principios jurídicos, advierte Dworkin⁹ no deben confundirse con las normas jurídicas. Los principios en el campo del derecho, se evidencian en la interpretación y la aplicación del derecho en las decisiones jurídicas.

Zagrebelsky¹⁰ distingue: “con la palabra norma, se alude a que algo deba ser o producirse... a que un hombre deba comportarse de determinada manera” y los principios, lo hacen con relación a las enunciaciones sobre derechos y sobre la justicia, de las Constituciones; diferenciando estas normas-principios de la ley.

Solo los principios desempeñan un papel inminentemente constitucional es decir constitutivo del orden jurídico. Las leyes se agotan en sí, no tienen fuerza constitutiva más allá de lo ellas significan. Las reglas se obedecen, a los principios se presta adhesión. Las reglas nos brindan el criterio de nuestras acciones, nos dicen que debemos hacer lo que no

⁸ Conf. Martínez Paz F. ob. Cit. P.89

⁹ Dworkin Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel Barcelona 1984. P.80

¹⁰ Zagrebelsky Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta S.A. Madrid 2003. P.109

debemos hacer. En cambio los principios dice Zagrebelsky, no nos dicen nada, pero proporcionan criterios *para tomar posición* ante situaciones concretas pero que aparecen indeterminadas, generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo, o de disenso y repulsa, en un caso concreto, no pueden determinarse en abstracto.

En los Estados constitucionales contemporáneos, democráticos y pluralistas, ¿dependen los derechos humanos de la ley, cuál es la relación entre la ley y las exigencias de la justicia? Son interrogantes que se plantea Zagrebelsky en su obra a los que responderá demostrando que las normas jurídicas ya no son expresión de intereses de parte, ni formulación de conceptos universales e inmutables, que alguien pueda imponer y los demás acatar, sino que los principios múltiples y en ocasiones contradictorios de las sociedades globales, entrarán efectivamente en contacto con las situaciones “reales” de la vida social, para guiar la aplicación de la ley en la construcción del derecho.

Las respuestas no están en las Constituciones, en los códigos ni en las sentencias, sino en un ordenamiento por principios, que implica una concepción multidimensional del derecho, que es “derecho viviente”, que no es el que está escrito en los textos, sino el resultado del impacto, del encuentro, del contacto entre la norma en abstracto y sus condiciones reales de funcionamiento.

La aplicación de la ley que se cierra a esta valoración más amplia de las normas, “se condena a la amputación de una parte importante de la función de garantía del Derecho, en un ordenamiento por principios”¹¹.

Por su naturaleza eminentemente práctica el Derecho debe operar en cada caso concreto y hacerlo conforme al valor que los principios asignan a la realidad, no se puede controlar la validez de una norma –postulación abstracta- teniendo en cuenta exclusivamente lo que ésta dice, “no basta considerar el ‘derecho de los libros’ es preciso tener en cuenta el ‘derecho en acción’; no basta una ‘validez lógica’ es necesaria una ‘validez práctica’¹².

El significado abstracto en ocasiones es diferente del significado que cobra el caso concreto. Situaciones reales desvían el sentido que imprimió el legislador a su enunciación.

¹¹ Zagrebelsky G. ob. Cit. P.111

¹² Idem p. 123.

Es que el derecho viviente, no es el que está escrito en los textos, sino que entendemos con el Profesor italiano, es el resultado del encuentro entre la norma en abstracto y sus condiciones de funcionamiento.

Por lo tanto el derecho se enfrenta en el caso concreto, a todas las posiciones que remitan a los principios vigentes –pluralidad de principios en las sociedades globales-, contexto que hace necesario volver “discursivo “ y “persuasivo” del procedimiento, de modo de alcanzar el punto de mayor realización de los principios en juego, en orden a una mayor concreción de los valores, en momentos de aceleración de los cambios sociales y culturales -como el del mundo contemporáneo- en los que los saberes abandonan sus certezas y emergen prácticas alternativas.

La pluralidad de principios sin jerarquización formal entre ellos, permite a las ciencias su articulación, mediante la ponderación amplia y profunda, en las situaciones concretas de la vida social que se iluminan con los múltiples valores que encierran los principios del derecho de que se trata.

Además la naturaleza relativizable de los principios y de los valores, a contrario de la ética y de las reglas jurídicas que no lo son, hace posible que en caso de contradicciones entre ellos, se concilien recíprocamente, en la búsqueda de una más ponderada respuesta al caso concreto.

Para el logro de sus objetivos, el Derecho por principios, apela a procedimientos leales transparentes y responsables, a fin de lograr la confrontación de todos los principios en juego en orden a una mayor concreción de los valores jurídicos.

Ni desnudos intérpretes, ni meros técnicos, los operadores jurídicos (legislativos, judiciales, administrativos, profesionales, ciudadanos, etc) necesariamente deberán ser capaces de representar los principios que constituyen el ordenamiento jurídico del contexto cultural que forman y que los forma, para hacer realidad el derecho en las sociedades contemporáneas.

Córdoba. 2014