

RADICALIDAD JURIDICA Y POLÍTICA DEL DERECHO ANTE LA CRISIS. UN PROYECTO PARA ALIMENTAR UN ESPACIO DE REFLEXIÓN EN EL CAMPO DE LA REGULACIÓN JURÍDICA.

Observatorio de Derecho Social de la CTA (Argentina)

La etapa actual requiere de instrumentos jurídicos con que dotar de exigibilidad real a los derechos existentes, que a su vez potencien y consoliden la acción colectiva de los grupos y organizaciones sociales que pugnan por su efectividad en el día a día.

En la trayectoria marcada por los Congresos de Abogados de CTA que lo han precedido, se propone la convocatoria a un encuentro a tener lugar en los últimos meses del año 2010 para lo cual invitamos a participar en su elaboración y diseño.

Del derecho a la garantía de los derechos. Radicalidad jurídica para la emancipación social

Las relaciones entre cambio político y entorno jurídico son una referencia histórica que interpela a la teoría general del derecho.

Por citar sólo “grandes momentos” de esa constatación: la revolución francesa, el iluminismo y el derecho moderno; o la revolución social del siglo XX y la irrupción del derecho social, determinan rupturas en el funcionamiento interno del sistema jurídico y, fundamentalmente, en el destinatario principal de su fuente de regulación.

Fenomenales estructuras normativas, conceptualizadas como Estado de Derecho y Estado Social de Derecho, en ambos casos de carácter constitucional, fueron resultado de una modificación de las relaciones sociales y de producción y tuvieron como protagonistas a sujetos históricos que hegemonizaron un proceso de transformación, la burguesía en un caso, el movimiento obrero, en el otro. Más allá de la complejidad de estos procesos, y de la confluencia de otros actores y factores, como de la funcionalidad que se asigne a esta relación, lo cierto es que, como en otras oportunidades, y en una lectura no necesaria o implacablemente determinista, los márgenes de acción o la apertura de ciertos cauces a lo estructuralmente dado, siguen dando fuerza y fuerzan cambios para la acción política de los dominados, los desplazados, los vulnerables y otras categorías de sujetos en las que se expresa el sistema de dominación. Luego de los hitos señalados, ¿podemos observar o captar otros momentos históricos con potencia suficiente para poner en evidencia esta relación?.

Las postrimerías del siglo XX y el *walk over* de uno de los contendientes de la disputa ideológica que parecía mantener abierta otra salida al antagonismo, la consiguiente ocupación de todos los espacios – ideológicos, políticos, económicos – a través del neoliberalismo y la globalización, parecía que agotaban la fuerza ofensiva y abrían un tiempo de la resistencia. Sin embargo, sea por la propia incapacidad del sistema para sostenerse como régimen de acumulación de parcialidades sociales, sea por la subsistencia, aunque relegada, de los estados nacionales, sea por la acción de quienes organizan la resistencia y generan nuevas formas de actuación sobre el sistema político, especialmente en Latinoamérica, se gestaron y precipitaron cambios políticos a partir del siglo XXI que todavía están madurando, reorientando o plasmando. ¿Puede significar este proceso de cambio una oportunidad de alterar las condiciones en que se ejerce el poder social y puede el sistema jurídico recoger esas trazas de manera de posibilitarlo?

Aquí se abren dos alternativas, no excluyentes. Una, en clave constituyente, como lo materializan países como Bolivia o Ecuador, en los que el poder constituyente real, consecuencia del proceso político, se plasma en la constitución formal que lo recoge, en una constituyente convocada como forma de consolidar la etapa y una nueva correlación de fuerzas, en tensión e inestable. La otra, que puede ejercitarse mientras el proceso político continúa dirimiendo el sentido y el ritmo con que el cambio se expresa, puede a su vez pensarse de dos maneras: 1) desde una lógica más cercana al uso alternativo del derecho, apropiándose de instrumentos, forzando interpretaciones o militando judicialmente por la exigibilidad de los derechos existentes; y otra, 2) más próxima al desarrollo de un proceso constituyente, la búsqueda de un nuevo paradigma jurídico que interpreta o tracciona las exigencias de los grupos sociales que pugnan o sostienen el cambio político. En este último supuesto, y como propuesta de discusión y debate, proponemos hacerlo en torno al concepto de la garantía de los derechos o de una teoría del garantismo (1). Entendemos que esta perspectiva tiene suficiente potencia como para pensar una pluralidad de vías con que dar cauce a la exigibilidad de los derechos. Partiendo de la base que la estructura de los derechos formalmente incorporados a nuestro sistema constitucional tiene aptitud para que, desarrollados, materializados, propugnen cambios reales en la estructura de poder social, este camino tiene virtualidad y merece ser explotado. Dichas vías parten desde el propio diseño constitucional de reparto de poderes entre órganos políticos y sociedad (sistema electoral, elaboración del presupuesto y el régimen impositivo, fórmulas de participación como consultas populares, referendums, etc.); pasando por técnicas jurídico-políticas de desarrollo de la garantía de los derechos por operatividad reglamentaria de índole legal, interpelando al parlamento; o técnicas tendientes a la judicialización y, de este modo, efectividad del derecho constitucional “dormido”.

En consecuencia, y en cuanto a ejes o áreas temáticas en las que desplegar aquella perspectiva en clave de garantía de los derechos proponemos:

a. *del derecho constitucional o de la teoría general*: la garantía de los Derechos

Fundamentales, estructura, expresión como regla o como principio, la “ponderación” de los derechos en supuestos de conflicto, etc.,

b. *del derecho social – laboral*: las garantías de garantías, los derechos a la estabilidad en el empleo y a la Libertad Sindical;

c. *del derecho social – seguridad social*: el derecho a la “asignación universal” o de cómo liberar de la dominación por exclusión social; el derecho a la salud pública como sistema universal y de naturaleza pública;

d. *del derecho penal*: la protección ante las reacciones del sistema penal al ejercicio de los derechos (criminalización de la protesta o la acción colectiva) y la actividad penal para la represión de las conductas de violaciones graves de los Derechos Fundamentales;

e. *del derecho procesal*: como garantizar los derechos en el proceso, procesos abreviados, ejecutivos, medidas cautelares, métodos de compulsión ante la condena y ejecución.

Buenos Aires, julio de 2010.

(1) Una teoría del garantismo parte de la divergencia entre normatividad y efectividad de los derechos, entre su proclamación constitucional y su grado de plasmación legal o sus índices de realización empírica, para intentar reducir dicha distancia y “garantizar” la vigencia de los Derechos Fundamentales. Distintas técnicas resultan utilizables para ello y la noción de “garantía” puede ser definida como los “procedimientos funcionalmente dispuestos por el sistema jurídico para asegurar la máxima corrección y la mínima desviación entre los planos o determinaciones normativas del derecho y sus distintas realizaciones operativas” (cfr. **Peña Freire, Antonio M.**, “La garantía en el estado constitucional de derecho”, Trotta, 1997, pág. 28), en lo que cabe no sólo la exigencia a los poderes públicos sino las diversas adecuaciones tendientes a imponer límites al abuso de poder de los poderes económicos (cfr. **Ferrajoli, Luigi**, “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en **Perfecto Andrés Ibañez**, Editor, Madrid, 1996, pág. 25). Según la Corte Suprema argentina la determinación del contenido de los derechos constitucionales configura uno de los objetos de estudio centrales del intérprete constitucional. “Explica también que al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no pueda obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquél toda la plenitud que le reconozca la Constitución Nacional argentina. Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos (art. 28 cit.), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar “el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos” (Constitución Nacional, art. 75 inc. 23).

El mandato que expresa el tantas veces citado art. 14 bis se dirige primordialmente al legislador, pero su cumplimiento “atañe asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima” a dicho precepto (cfr. CSJN, “Vizotti”).