

Relación del derecho y la Política: análisis del carácter político del ejercicio de la justicia en Argentina

RODRÍGUEZ, Matilde

Resumo

A proposta do artigo toma como eixo a vinculação do Direito com a política argentina enquadrada no processo de democratização. Tal vinculação se justifica pelo reconhecimento das complexidades de uma sociedade altamente diversificada. Situação que mostra que o Direito não pode ser concebido independentemente do exercício do poder público. Ademais, tal exigência deve ser contemplada nas Faculdades de Direito.

Palavras-chave: Direito. Política. Justiça. Democratização. Cidadania.

Abstract

This paper is concerned with the link between Law and Argentinian politics within the democratization process. Such a link can be explained by the recognition of the complexities of a highly diversified society. This situation shows that Law cannot be conceived of independently from the exercise of public power. In addition, this need must be dealt with and met by Law Schools.

Keywords: Law. Politics. Justice. Democratization. Citizenship.

Derecho y Política

La relación entre el derecho y la Política no es un tema nuevo, por el contrario es recurrente dentro del ámbito del pensamiento político como del jurídico. Así podemos mencionar a Hobbes, Kelsen, Kant, Schmitt y Bobbio y más recientemente a O'Donnell, Pinheiro, Gargarella etc.

Sin embargo cuando hablamos de esta relación, debemos aclarar que no nos vamos a referir ni a la dependencia del Poder judicial respecto del poder político, ni tampoco a la forma en que el Poder Judicial puede intervenir y procesar distintos conflictos políticos. Por el contrario nuestra inserción en este vínculo será para considerar una de las funciones de la justicia dentro de un régimen democrático, la democracia judicial.

Desde este trabajo entendemos que en este contexto no son suficientes las coordenadas economicistas. Por el contrario sostenemos que la meta de profundización del proceso de democratización requiere mejorar el sistema de relación con los ciudadanos (O'Donnell, 1999) Y que como plantea un texto "lo que importa es la política", entendemos también que es el momento de revalorizar y reinventar la política, en su relación con la justicia. Esto en consonancia con lo que dice Ramoneda (1999) que si bien triunfó la democracia, su alma- la Política- continúa fallando.

Extrañamente el tema del derecho o del Poder judicial inclusive fue escasamente un tema relevante dentro de los análisis políticos. Esta particularidad fue interrumpida ante la emergencia democrática. Entre los factores que incidieron podemos señalar: la necesidad de sanción de las tremendas violaciones a los DDHH, la reforma económica que requería de seguridad para la entrada de capitales externos y que se sumaron a una demanda de organismos internacionales que incidieron en el inicio de una reforma judicial. Reforma que si bien no ha sido la única promovida en el país, si tiene de excepcional el haber sido precedida por diagnósticos donde se reflejaron las carencias en este sector del Estado. En ésta no solo se intentó incrementar el personal y la infraestructura sino que fundamentalmente tuvo como objetivo "mejorar la eficiencia y superar la obsolescencia" (Smulovitz, 2008). De modo que tenemos una reforma inconclusa, insatisfactoria, pero entendemos todavía vigente. Y que la entendemos orientada, o que debería estar, al desarrollo del estado democrático de derecho, por ser esta fundamental en el reconocimiento y ejercicio de la ciudadanía.

A partir de allí es que nuestra propuesta de trabajo parte de la constatación que la sociedad actual muestra diferencias y complejidades que las reiteradas reformas judiciales producidas en Argentina, lejos están de mostrar mayor capacidad para asegurar y extender los derechos a todos los ciudadanos. Si bien la justicia continúa respaldándose en densos códigos, se muestra como un derecho no democrático. Aunque está producido dentro de un orden democrático fracasa en el reconocimiento de valores fundamentales de la modernidad, tales como: igualdad y libertad. Tal situación es constatada al mostrar que la confianza en la justicia no logra incrementarse a pesar de las transformaciones producidas.

Otro elemento importante a señalar es que el trabajo se inscribe en el espacio abierto por la emergencia democrática y por la reforma judicial. Espacio donde se inserta un campo de conocimientos y excepcionalmente¹ podían incluirse otros científicos sociales. Este espacio se abrió al entenderse que el sistema jurídico no debía concebirse únicamente como garante de determinados derechos políticos, sino también como expresión de la igualdad entre los individuos, no solo en su carácter de tales sino también como personas jurídicas y, por lo tanto como ciudadanos. La diferencia es que ahora podemos hablar de la conformación de un "campo" de estudios sobre la justicia (O'Donnell, 2001; Méndez, O'Donnell y Pinheiro, 1999) donde el foco no se asienta en una perspectiva formalista.

Por ende, la metodología del trabajo no se orienta en el tradicional análisis jurídico positivista, sino que se sitúa en la confluencia de la sociología política y la sociología del derecho. Haciendo hincapié en la especificidad de la política del derecho, ámbito relacionado con el funcionamiento y la eficacia de las instituciones jurídicas y rechazando lo que ha sido habitual al derecho: el reclamar la autonomía del derecho en relación con la política. En consecuencia, la propuesta de este trabajo requiere de un proceso de transformación epistémico y teórico con el objeto de incorporar la diferencia y la complejidad producida en la sociedad. Entendemos que será solo esa transformación la que posibilite la construcción de criterios normativos de validez.

1 Decimos excepcionalmente dado que hace tiempo, profesionales de la historia se encargaron del estudio de fenómenos vinculados a la ley y la justicia, en Argentina, aunque desde un enfoque normativo e institucional. Ejemplo de ello son: Ricardo Levene, R. Zorroaquin Becu.

Emergencia democrática

Argentina junto con otros países de América latina pudo recuperar, luego de una cruenta dictadura la democracia como régimen político. Sin embargo, subsisten las dificultades para que la democracia emerja como sistema. Una de las brechas que se profundiza es la desigualdad. Son sectores de la sociedad caracterizados por O'Donnell como poseedores de ciudadanía de "baja intensidad" (O'Donnell, 1997).

Esta realidad ha sido construida por el desarrollo de un capitalismo salvaje sin regulaciones políticas que facilitó la desposesión a grandes sectores de la población incluso de las necesidades básicas, configurando una gran deuda social de la democracia. Tal situación conduce a la emergencia de gobiernos débiles que intentan a través de la construcción de hegemonías para sostenerse en el poder aunque eso signifique el desborde de instituciones político-democráticas y que sin embargo no dejan de mostrar que esos ciclos cada vez son más cortos, como lo demuestra Pérez Liñan (2003).

Una de las instituciones básicas en la construcción y materialización del estado Democrático de derecho es el sistema legal, incluyendo el Poder judicial y la administración de justicia. Y lo es porque este sistema es uno de los encargados en reconocer los derechos y las libertades de cada ciudadano/a y poner freno a la exclusión a la marginalidad y discriminación.

Históricamente en Argentina no se desarrolló una cultura limitada en el respeto de las instituciones y en la voluntad de la ley. (Nino, 1992) Por el contrario hemos sido escenario donde predominaron intereses corporativistas, tanto en la falta de ley como en la aplicación de las leyes y las políticas públicas. Incluso en la necesidad de priorizar la gobernabilidad se han vulnerado intentos reformistas, limitando el proceso de democratización y poniendo en juego políticas autoritarias. Incrementado con ello el "déficit político democrático" (latino barómetro, 1998).²

Es como si los funcionarios políticos no advirtieran la relación existente entre la inequidad, la desigualdad, y la pobreza en la configuración de una democracia que oculta el autoritarismo, al decir de Octavio Paz. O bien los decisores políticos no lo advierten, o si lo hacen se muestran poco inclinados a modificarla. Así las voces distintos autores tales

2 Datos en línea disponibles en: <www.latinobarometro.org>.

como Juan E. Méndez, Guillermo O'Donnell, Paulo S. Pinheiro³ (2002) no dudan en mostrar como las crisis de las democracias contemporáneas requieren de la variante jurídico-legal. Variante que reconoce que la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos es uno de los elementos que tiende a expandir la democracia (Holmes y Sunstein, 2000).

Esta variante es que la que pone énfasis en la relación de la justicia con los conflictos políticos y sociales, que a su vez implica otra arista de ese mismo tema: las capacidades institucionales del Poder judicial para realizar sus funciones.

Y este es un tema apremiante para el análisis político, mucho más si comparamos con las funciones delineadas por la reforma constitucional. Cada vez más vemos las diferencias existentes entre las normas orgánicas y el ejercicio de la justicia mostradas entre una ley de carácter republicano y un poder organizado en "clave de subordinación" (Pasara, 2002) tanto hacia núcleos externos como hacia círculos internos. Además de la contribución a cimentar una cultura jurídica interna que no considera dentro de sus obligaciones resolver conflictos sociales y políticos. Lo cual explicaría la teoría del Dr. Binder, que la justicia argentina llevó a cabo históricamente un derrotero incólume frente a todos los cambios operados en el país que desde una lógica preferentemente formalista se limitaron a dos niveles de análisis: el descriptivo de la normatividad y el de la doctrina legal, trayectoria funcional a los poderes autoritarios. Trayectoria histórica, porque desde siempre tanto las ciencias sociales como el derecho se desentendieron en asuntos tales como: funcionamiento de la justicia, quienes y como son sus operadores (jueces, fiscales, abogados), cual es el sentido que las normas adquieren cuando son efectivamente aplicadas y que efectos produce esa aplicación. Estas investigaciones en general fueron inexistentes dentro de la justicia argentina.

Esta realidad fue modificada en parte con la emergencia democrática, donde por las razones enumeradas al principio, la justicia fue incorporada a la agenda pública. Y si bien como señalamos quedó inconclusa, propició una mirada que relacionó la administración de Justicia como lugar institucional de reconocimiento efectivo de derechos.

3 Estos autores son quienes han realizado en los últimos años su aporte, al ocuparse de la relación entre justicia, régimen político y sociedad. Aportes que lógicamente deriva de la necesidad de reformar la justicia.

La destacamos porque compuso una nueva mirada sobre el papel desempeñado por el Derecho.

Qué variables incidieron en los límites de esta reforma⁴ y que además impidieron hacer de la justicia un ámbito más democrático? Varios. Algunos de ellos, podemos mencionarlos, fueron: 1) inercias profesionales y laborales, 2) intereses vinculados al status quo; 3) escaso interés por parte de los ámbitos encargados en la formación profesional.⁵

En el primer ítem podemos señalar una clara vinculación con el tercero. Hacemos mención a la falta de colaboración mostrada por las facultades de Derecho a la reforma judicial. Según la visión de algunos analistas, se siguen reiterando conceptos, programas y métodos más compatibles con el siglo XIX que con la actual realidad⁶, lo cual calificamos como una cuestionable práctica académica. Esto porque se sigue perpetuando un enfoque positivista, sustentado en su necesidad de transformar el derecho en ciencia. Esta perspectiva produjo una conceptualización abstracta que sustenta una concepción casi estática de la realidad social (a imagen y semejanza de la realidad física). Al eliminar lo singular, las diferencias, esto contribuye a cerrar los ojos frente a una realidad cada vez más complejizada, en su empeño en cerrarse en la defensa del carácter científico y autónomo de esa disciplina. Proceso que separa y aísla al derecho de toda relación con otras disciplinas sociales y que se cierra coherentemente con la implementación de la dogmática jurídica como lógica deductiva y como interpretación, la hermenéutica. Además de perpetuar la perspectiva epistemológica y metodológica, también la enseñanza del Derecho continúa otorgándole especial interés al derecho codificado tradicional y no así a las normas de reciente data, aunque hayan sido positivizadas incluidas en la Constitución reformada. Consideradas retóricamente han producido escasos e insuficientes resultados y claramente resultados paradójicos tales

como: por un lado una enorme proliferación de normas que intentan proteger los derechos humanos, y por el otro cada vez mayor número de personas que no pueden gozar de los mismos.

Esta situación de todas maneras no es nueva en nuestro país. Las reiteradas propuestas constitucionales, el margen de discrecionalidad mostrada reiteradamente por distintas autoridades han contribuido a que la ley y la realidad se distanciaran. Situación que Habermas reconoce cuando expresa que “los principios e instituciones constitucionales no se convierten en prácticas sociales ni son fuerzas conductoras de libertad e igualdad” (Habermas, 1994,27) Condiciones producidas por los operadores del derecho quienes continúan subordinados a los esquemas tradicionales ligados al conocimiento dogmático.

Y si bien la situación no es nueva, sí son factores que contribuyen a profundizar la brecha entre las normas constitucionales, ahora con la incorporación del sistema internacional de derechos humanos y la realidad de una sociedad cada vez más complejizada⁷ social, económica y políticamente. Y esta brecha muestra que subsiste la ineficiencia demostrada en una estratificación diferenciada en la aplicación de la ley⁸ y aún más en la falta de responsabilidad de la justicia frente a sus ciudadanos/as.

Sin embargo subsiste en el discurso el principio articulador del derecho como programa de igualdad formal, mientras la realidad se manifiesta atravesada por violentas demandas de derecho generadas por fuertes desigualdades sociales junto a veces por nuevas formas de desigualdades y de exclusión social relacionadas con la diversidad cultural de sus miembros. Situación que conduce a evidenciar una “crisis regulativa del derecho” (Ferrajoli, 1999) Por tal se denomina a la forma de crisis que acontece y se desarrolla desde 3 vertientes: una crisis de la democracia, porque equivale a una crisis de legalidad; una crisis de soberanía popular y por último la que se registra en el modelo del estado de derecho. Este modelo de crisis se constata en la persistente desconfianza en la Administración de Justicia, de los jueces y del derecho en general.

4 Dentro de los diferentes estudios que evaluaron la reforma inconclusa destacamos el realizado por Margaret Popkin (2002) quien realizó un estudio sobre varios países de América latina, siendo uno de ellos específicamente Argentina.

5 La resistencia o la falta de interés por parte de las facultades de derecho, a excepción de tres de ellas, las condujeron a constituirse en uno de los sectores más activos dentro de la oposición a la reforma judicial.

6 En general cuando se interroga a estudiantes o a profesionales del derecho “qué es el Derecho”, la respuesta es que el Derecho es “un conjunto de normas”.

7 Por complejidad entendemos el tejido de constituyentes heterogéneos inseparablemente asociados (Manin, 1995).

8 La población carcelaria en Argentina se mueve entre el analfabetismo y la educación primaria (75%), además, en su mayoría son hombres, jóvenes y habitantes de zonas pauperizadas. (WICC, 2008)

Condición de ciudadanía en Argentina

¿Quiénes son ciudadanos/as? Aquellos quienes según Bendix desempeñan “diferentes papeles que el sistema legal les reconoce en tanto sujetos del derecho” (1964, p.76) Esta categoría tal cual la reconoce O’Donnell es básica en un régimen, un Estado y una sociedad democrática (O’Donnell, 1993:172) Esta centralidad de la ciudadanía forma parte del modelo desarrollado por la modernidad. También es el momento donde se desarrolla una conceptualización tanto de la política como del derecho, que según García Pelayo (1983:1-42) es necesaria para construir un orden de convivencia. En este orden y en esta lógica del poder se diseña el Estado que funciona sobre la base de un serie de controles jurídicos e institucionales que “civilizan” la contienda (Rubio Carracedo, 2007) La política en este modelo tuvo a su cargo la construcción de un “nosotros” como opuesto a un “ellos”.

Y aquí es donde emerge en este modelo la centralidad de la figura del ciudadano. En primer lugar, porque como señala Wolin (1996:152-153) sea en la acepción de individuo el principal actor o sea como lo entiende el autor clásico en el análisis de la ciudadanía, Marshall : que un ciudadano es “un poseedor de derechos los cuales le permiten ser tratados como miembro pleno de la sociedad” (Marshall; 1998) Este autor que anticipó en su propuesta desarrollar la teoría de un ciudadanía moderna frente a la contradicción evidenciada entre la igualdad formal del sistema democrático y la persistente desigualdad real del capitalismo de mercado. Y que además también consideró la necesaria relación entre el desarrollo de la ciudadanía y el sistema de justicia. Dado que es la justicia quien hace por el respeto de los derechos y obligaciones comprendidos en la definición de ciudadano/a, en la configuración de sujetos del derecho. Remarcando que el ejercicio y disfrute de esos derechos debe estar garantizado institucionalmente por medio de los tribunales de justicia (Marshall, 1998) Entendiendo entonces que ciudadanía no se agota en su dimensión política. Tal categoría incluye que cada ciudadano/a obtenga una resolución jurisdiccional para su conflicto de intereses o para su reconocimiento interpersonal grupal o familiar, lo cual posibilita instituir al individuo/a como sujeto de ciudadanía.

Sin embargo, la realidad se ha desarrollado de manera diferente. Dado que ha sido el Estado y no

el ciudadano quien adquiriera tal centralidad. Estado que además se va autonomizando de la sociedad y de la propia ciudadanía.

Este análisis es completado por el mismo O’Donnell quien en su teoría del Estado lo define como el conjunto de relaciones sociales, señalando que muchas de esas relaciones sociales se formalizan en el sistema legal, también surgido del Estado.

Si en Argentina se pueden señalar por todos los factores mencionados anteriormente, la falta de efectividad de la ley en el desarrollo irregular en grandes sectores de la población, lo cual se evidencia como negación de derechos, impunidad, podemos calificar al sistema de justicia como incapaz de hacer efectivas sus propias leyes. Lo cual repercute peligrosamente sobre el proceso de democratización.

Enmarcado en el proceso de democratización la ley convive con fuertes situaciones de desigualdad, exclusión y pobreza mostrando el fracaso de la pretensión de generalidad de la ley. Situación que no solo es propia de Argentina, también la reconoce desde hace tiempo varios países de América Latina, y que algunos analistas denominan “impunidad estructural”. Ilegalidad claramente opuesta al proceso de democratización.

Lo que acertadamente señala O’Donnell es que la crisis del estado en Argentina es también la crisis de la concepción tradicional de su estructura jurídica. Para ello la justicia debe reiniciar su proceso de reforma, y deberá hacerlo dentro de un programa de políticas públicas que tenga por horizonte el llevar la justicia a los miembros más necesitados de nuestra sociedad y convertir el sistema judicial en fuente de igualdad.

Debemos reinstalar el principio justificador de la existencia del Estado, que sostiene como responsabilidad básica de este, la protección de los derechos de sus ciudadanos. De allí el requerimiento de continuar con la reforma judicial que atienda a garantizar y proteger los derechos ciudadanos, la cual converge con la reforma social en el proceso de democratización. Esa profundización de la reforma requerirá fundamentalmente de un profundo cambio cultural de sus agentes (abogados, jueces, fiscales). Esa renovación cultural es esencial dado que como lo demuestra la experiencia, cualquier modificación que no sea incluida dentro del sistema tradicional tiende a enfrentarse a la cultura jurídica formalista y dogmática. Y es esa cultura la refractaria e indiferente la mayoría de las veces a las complejas condiciones en que opera la sociedad argentina atravesada por fuertes desigualdades, ma-

teriales y culturales, expresadas en informalidad, vandalismo, marginación, etc.

En la Modernidad la justicia desde la perspectiva liberal ha intentado funcionar como una institución universalizante articulada alrededor de un sujeto el cual contenía una multiplicidad de sujetos con variadas diferencias. Tal perspectiva se materializó en la codificación del derecho. Proceso gestado por el intento de racionalización y tecnificación de la actividad legislativa a fin de resolver los problemas socio-jurídicos de los Estados- Nacionales. Y que se afirmó en el enunciado básico de la “igualdad de todos frente a la ley”. Construyendo un sujeto abstracto homogeneizante en función de ese objetivo universal tendiente a excluir particularidades que en la actualidad emergen dentro de las políticas de la diferencia y que exigen sus derechos. Es decir, el derecho tiende a desconocer el hecho empírico, lo que aparece como evidente entre los seres humanos, la diferencia. Además como legado histórico de esa modernidad, podemos mencionar la interminable lucha por la anulación de criterios discriminatorios. Por eso es que la contemporaneidad ha visto la configuración de distintos sujetos/as que conlleva un incremento de derechos como de democracia.

Pero si bien ese ha sido un proceso, también debemos reconocer que como expresa Bobbio el principio liberal “como doctrina igualitaria” lo ha sido más en las intenciones que en los resultados (Bobbio 1993:90). Quizás porque el concepto de igualdad ante la ley se redujo a una igualdad formal en la que bastaba para su cumplimiento el que así se estableciera en la letra de la ley, aunque su impacto fuera discriminatorio.

Y es por eso que el proceso de democratización requiere de algún tipo de compensación para los “más diferentes” Esto es, se requiere de “privilegios jurídicos”, lo cual es claramente ajeno a la tradición liberal. Dado que la base fundamental del derecho liberal está históricamente condicionada a la parcialidad. Porque la concepción de igualdad del principio liberal se sustenta en determinados valores, lo cual configura relaciones de poder con los “diferentes”. De allí que la propuesta no es cuestionar al derecho, sino proponer la vinculación de éste con la política, afín que esa vinculación llene de contenidos más inclusivos producidos por la diversidad humana. De allí el reclamo por los derechos de la diferencia y su inmediata implementación, y esto requiere de la Política.

Relación entre el derecho y la Política

En los claustros argentinos de las distintas facultades de derecho, se escucha sostener que el derecho y la Política no son separables en el sentido de considerar que una norma es estructuralmente derecho y sustancialmente política.

Pero simultánea y contradictoriamente se señala la siguiente diferencia:

1. el derecho como la aplicación de una norma que resuelve o no el conflicto
2. y política a la invención de una solución del conflicto sin aplicar la norma concreta la cual es una forma de separar la Política y el derecho

Además doctrinariamente, quienes enseñan derecho advierten que para que esa disciplina pueda tener estatus de ciencia, solo deben reproducir su formalización su configuración como procedimiento como “pura regla de juego”. (Barcellona, 1994) El significado de esto ha sido desarrollar un aparato teórico desde la lógica jurídica y desarrollar complicados análisis de conceptos. Tal doctrina ha olvidado la relación entre política aplicada y el Derecho, como tempranamente lo planteó Kelsen⁹ (1958). El jurista entendió que el Derecho no puede ser separado de la política, porque es un instrumento de la política. Tanto su creación como su aplicación son funciones políticas (Kelsen: 1958:31) Indudablemente este plano del jurista fue olvidado o de alguna manera eclipsado intencionalmente. Para ello se creo la figura de un juez que no decide personalmente, sino que se limita a “declarar la ley”.

Además de este temprano reconocimiento, también otros autores¹⁰ dentro de teorías tales como la “jurisprudencia política” han reconocido por ejem-

9 Kelsen al hablar de la interpretación y la aplicación del derecho, distinguió entre la razón y la voluntad. Esta última se aplica en la decisión, que para él es el momento del acto heroico que no tiene fundamento racional, solo es un hecho de conciencia.

10 Estos autores se inscriben dentro de una perspectiva de investigación denominada indistintamente “ciencia política del Derecho y de la justicia” o también “ciencias sociales de lo jurídico y de lo judicial”. Ellos consideran que el derecho y su relación en el marco del ejercicio de la Administración de Justicia se ven duramente afectados por las mutaciones del poder político.

plo que las Cortes supremas son agencias políticas y los jueces actores políticos (Shapiro y Stone Sweet, 2002)) Entienden que para tal reconocimiento de ese rol político esa institución debe ejercer su porcentaje de poder en el estado.¹¹

Otro argumento en dirección a fundamentar el vínculo entre política y derecho también estaría en el básico reconocimiento que la función judicial siempre ha tenido una naturaleza intrínsecamente política. Así por ejemplo, cuando un juez resuelve una controversia, lo hace en función de normas establecidas, directa o indirectamente, por el sistema político. Por lo tanto, cada decisión asigna valores. Acción que para quienes nos movemos en el ámbito de la política, es característica de ella.

En la misma dirección ubicamos las palabras del jurista argentino Bidart Campos quien ya hace algún tiempo decía:

“Toda la función de administrar justicia es política, esencialmente política, porque es función del poder estatal, que es poder político. No se debe temer la afirmación que rescata la politicidad esencial de la función judicial” (conf. Sagues, Néstor P. “Politicidad y apoliticidad de la decisión judicial”, L-L. 25/9/ 81.

Los juristas que no pudieron soportar el peso de esta responsabilidad, se refugiaron en las comodidades que impone una ciencia jurídica desde un fuerte enfoque positivista y claramente alejada de las tensiones que le proveería el reconocerse dentro de las ciencias sociales. Y así los sistemas desarrollaron una “normatividad profusa” coexistiendo con esa “impunidad estructural”. Esta realidad sin concesiones es descrita por un analista como Alberto Binder (1994) integrante del sistema, quien amplía el concepto sosteniendo que los propios actores del sistema en su mayoría “justifican estos incumplimientos” e incluso “llegan a construir teorías prestigiosas para demostrar que es correcto que no se cumplan o explican el derecho sin advertir el carácter estructural de su ineficacia”.

Ante tal estado de cosas encontramos necesario producir principios de acción políticos que tengan a su cargo la construcción de un orden normativo que posea la perspectiva, la concepción de los dere-

chos fundamentales, que reconozca que dentro de la justicia vive lo político.

Derecho

La inquietud de fundamentar y legitimar la jurisprudencia condujo en siglo XIX a configurarla en términos científicos y por ende ésta debía tener límites absolutamente claros. Por tanto se trazó la delimitación del derecho como una actividad definida y esencialmente diferenciada de la política. Estableciendo que mientras el derecho busca la verdad, la otra busca la política. Estos planteos quizás fueron relevantes en dicho período. Pero las condiciones históricas, sociales y políticas que hicieron sostener estos planteos ya no existen.

Sin embargo a pesar de las profundas transformaciones producidas en las sociedades contemporáneas hay infinidad de autores que recrean dentro de la Teoría del derecho, la confirmación del derecho como ciencia. Autores que reivindicán la racionalidad y el estatus inmanentemente científico que realiza la dogmática jurídica. Así el derecho que se crea, se interpreta y se aplica es abstracto, ajeno a la realidad y carente de fuerza normativa, aunque pretendidamente armonioso y completo. Situación que colabora en ampliar la desigualdad.

Es por ello que si el objetivo es profundizar el proceso de democratización debemos considerar al derecho una dimensión inescindible de la democracia. La vinculación de la democracia y derecho la entendemos un instrumento político al servicio de los diferentes, si consideramos la igualdad una construcción, un producto social. Por tanto tal concepción requiere de instituciones capaces de instaurarla. El derecho debe reconocer que algunos sujetos están impedidos en ser agentes, porque como plantea la feminista Iris Young (2000), esos sujetos están condicionados por sus posiciones en las relaciones sociales estructurales. Esos son los individuos/as que responden a la categoría señalada por O'Donnell como “ciudadanía de baja intensidad”.

Por ello la pertinencia que el derecho en la interacción con estos/as deba modificar las concepciones jurídicas tradicionales por conceptos más amplios y contextuales, es decir modifique sustancialmente la regulación normativa.

Y aquí está el desafío: en revertir la lógica del sistema legal. Para ello se requerirá, como lo señalamos en el comienzo, construir una nueva teoría política sobre lo judicial, que desarrolle entre otras cosas, otras finalidades políticas. A la Administra-

11 Tal situación es comprobable en Argentina, dado el reconocimiento que hace la sociedad hacia las últimas incorporaciones. Reconocimiento que se extiende no solo a la relevancia reconocida en particular sino también al funcionamiento y calidad de la democracia.

ción de justicia entre ellas, le corresponderá una básica, el garantizar el cumplimiento de la ley como una tarea política.

Conclusión Parcial

Constatado el proceso de democratización, también Argentina requiere de la reconstrucción de las relaciones sociales dentro de ese orden democrático. Para ello se requiere revertir el proceso de “in - efectividad de la ley” que se advierte y que es manifestada en la pérdida de confianza que sostiene parte de la ciudadanía sobre la agencia judicial y los operadores jurídicos en general. Para ello deberá construir un derecho que abarque a todos los miembros de ese orden, pero no desde una “universalidad”, generalidad inexistente, sino desde el reconocimiento de su particularidad a fin de restablecer el vínculo jurídico-político.

El superar esa crisis va a requerir entre otras cosas, que el Derecho pueda abordar las comple-

jidades de la presente sociedad, para reconocer lo singular, lo diferente. Porque como tempranamente reconoció el jurista Arnaud “El Derecho tal como nosotros lo conocemos y practicamos no está preparado para dirigir una sociedad moderna” (Arnaud, 1994).

Para ello deberá trascender la rigidez del normativismo abstracto del legalismo y del conceptuismo, que supone estar ordenando una comunidad atravesada por relaciones sociales equitativas, por relaciones recíprocas de poder realizadas entre personas libres e iguales. Tal transformación implicaría reconocer una sociedad compleja, donde una de sus características es la desigualdad social, las diferencias.

El logro de esto significaría además de velar por el cumplimiento de la ley, en todos los grupos sociales, en todos los sectores funcionales de la sociedad y en todo su territorio, alumbrar una justicia política (Aristóteles- Magna Moralia, Ll, Cáp. 31) y democrática. Situación que dista mucho de la realidad argentina contemporánea.

Referências

- ARNAUD, J.A. Los juristas frente a la sociedad (1975-1993). *Cuadernos de Filosofía del Derecho DOXA*, N° 15-16, VII., 1994.
- BARCELONA P. Democracia y Justicia. *Revista Mientras Tanto*, N°. 57, 1994.
- BENDIX, R., *Estado nacional y ciudadanía*. Buenos Aires: Editorial Amorrortu, 1964.
- BINDER, A. Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual. 1994. Disponible em: <http://www.inecip.org/cdoc/democracia_y_estado_de_derecho/luchaxlegalidad.pdf>. Acceso em 30 mai. 2011.
- BOBBIO, N. *Igualdad y Libertad*. Buenos Aires: Paidós, 1993.
- GARCIA PELAYO, M. *Ideas de la política y otros escritos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- HABERMAS J. Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación. *Conciencia moral y acción comunicativa*. Editorial Península, 1994.
- HOLMES S. & SUNSTEIN, C. *The Cost of Rights - Why Liberty Defends on Taxes*. New York: W.W.Norton, 2000
- KELSEN, H. *Teoría General del derecho*. México: Editorial Universitaria, 1958.
- FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.
- MANIN, B. *Introducción al pensamiento complejo*. Madrid: Gedisa, 1995.
- MARSHALL, T.H. y BOTTMORE, T. *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza, 1998.
- MENDEZ, J.E., O'DONNELL, G.; PINHEIRO, P.S. *La in- efectividad de la ley y la exclusión en América latina*. Buenos Aires: Paidós, 2002.
- NINO, C. *Un país al margen de la ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*. Buenos Aires: Emece, 1992.

O'DONNELL, G. Acerca del Estado, la democratización y algunos problemas conceptuales. *Desarrollo Económico*, V.33, 130, 1993.

_____. *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización.* Buenos Aires: Paidós, 1997.

_____. Accountability horizontal. *La Política: Revista de Estudios sobre el Estado y la sociedad*, N° 4, 1999.

PASARA, L. Justicia régimen político sociedad en América Latina. *Revista Política y gobierno*, V.X, N° 2, 2° Semestre de 2002.

PEREZ LIÑAN, A. Pugna de poderes y crisis de gobernabilidad. Hacia un nuevo presidencialismo?" *Latin American Research Review*, V.38, Number 3. University of Texas press, 2003

POPKIN, M. Iniciativas para mejorar la independencia judicial en America latina: una perspectiva comparativa; *Pautas para promover la independencia y la imparcialidad judicial.* Washington: Office of Democracy and governance, US-AID, 2002.

RAMONEDA J., *Después de la pasión política.* Madrid: Taurus 1999.

RUBIO CARRACEDO, J. *Teoría crítica de la ciudadanía democrática.* Madrid: Editorial Trotta, 2007.

SHAPIRO M. y STONE S. *On Law Politics & Judicialization.* Oxford; Nueva York: Oxford University Press, 2002.

SMULOVITZ, C. y URRIBARRI, D. Poderes judiciales en América Latina: entre la administración de aspiraciones y la administración del derecho. *IFHC/CIEPLAN*, 2008.

WOLIN, S. *Política y perspectiva.* Buenos Aires: Editorial Amorrortu, 1973.

YOUNG, I.M. *La justicia y la política de la diferencia.* Madrid: Ediciones Cátedra, 2000.