

La Aporía de Los Derechos Fundamentales sin Soberanía (Los casos de Brasil y España y el problema de la jurisdicción)

Antonio Giménez Merino

Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Barcelona.

1. ESTADO DE DERECHO, MAGISTRATURA Y SOBERANÍA AUSENTE

En medio del proceso que ha culminado con el *impeachment* contra la presidenta Rousseff, una nota editorial de la revista *Carta Maior*¹ hacía una analogía entre la situación de confusión política en Brasil y la italiana de 1992. En efecto, en 1992 la histórica operación de la magistratura italiana contra la corrupción conocida como *Mani Pulite* puso fin, en un par de años, a la política de la I República italiana. Todo un triunfo, al menos inicialmente, del estado de derecho y sus contrapoderes independientes frente a la corrupción político-empresarial firmemente arraigada en un país que había contemplado un fuerte crecimiento desde el *boom* económico de los cincuenta, al punto de instalarse en el grupo de los siete países más industrializados del mundo. Esta situación de corrupción generalizada, lejos de ser un fenómeno típico de dictaduras, ha sido la nota dominante en todos aquellos países que han experimentado un desarrollo acelerado, como el caso de Italia o el más reciente de España. Lo mismo que sucede con la grave crisis institucional que atraviesa Brasil, donde de los de 513 diputados de los que tienen datos, 299 aparecen investigados en procesos judiciales y 76 han sido ya condenados —según datos de Transparency Brazil—².

1 LEBLON, Saul. "A tirania dos salvadores da pátria". *Carta Maior*, 30.07.2015.

2 ROMERO, Simon y SREEHARSHA, Vinod. "Dilma Rousseff Targeted in Brazil by Lawmakers Facing Scandals of Their Own". *The New York Times*, 14.04.2016.

Superada la crisis italiana de 1992, con un rosario de cadáveres políticos entre los partidos tradicionales, la continuación por todos conocida fue el largo periodo de gobiernos Berlusconi, con sus reformas legales para adelgazar los instrumentos de control de la legalidad en manos de los magistrados. Italia registraba el dominio de un partido populista con el apoyo de los grandes poderes financieros, de los que formaba parte el gran holding del primer ministro, así como el resurgir de la democracia plebiscitaria instrumentalizada a través de los *media* (tanto los de la red privada Mediaset controlada por el propio Berlusconi, como la RAI, antiguo símbolo del pluralismo político italiano).

Lo paradójico de este proceso es que terminó tal y como había empezado: con la salida forzada de Berlusconi por la inmensidad de procesos judiciales incoados contra sus abusos de poder. Aunque con una democracia avanzada como la de la Italia de la constitución republicana (la misma que permitió la persecución de la corrupción gracias a los amplios poderes otorgados al cuerpo de fiscales, independiente del judicial) sumamente debilitada.

Durante este largo proceso se ha puesto de manifiesto la inexistencia de alternativas consistentes a los programas de estado mínimo que, mientras tanto (desde el Acta Única Europea al Consejo de Lisboa, pasando por el Tratado de Maastrich), se han ido institucionalizando en la Unión Europea, en el sentido de que no ha aparecido en escena ninguna fuerza política de base popular con fuerte implantación social y una alternativa política consistente. El electorado, antes tan activo, estaba a esas alturas fuertemente despolitizado, y el clamor del *demos* contra la corrupción no ha venido acompañado de participación directa estable en la política.

No resulta pues extraño que, mientras se registra por todos lados un clamor popular para que el poder judicial se ocupe de resolver una corrupción político-económica de carácter estructural, haciendo valer la salvaguarda de la legalidad instituida, su capacidad práctica de intervención haya quedado en cambio enormemente disminuida por la actividad adelgazadora de dicho poder por parte de los partidos mayoritarios, tanto a través de reformas tendentes a dificultar su actuación (sometimiento de la fiscalía a los gobiernos, minoración de los tiempos de instrucción de los procesos, protección del honor del imputado, aplicación de tasas onerosas a los justiciables, marginación de los jueces considerados como *peligrosos*, congelación de concursos de magistrados, presión sobre su

ratio de productividad) como a través de una campaña continua de desprestigio de la imagen de los jueces. Con razón éstos, a uno y otro lado del atlántico, se defienden diciendo que no es su función restablecer el anormal funcionamiento de la esfera legislativa y administrativa.

Este escenario apunta a un fenómeno de fondo que señaló Pasolini, con gran anticipación, en los años setenta: el gran “vacío de poder” que asomaba bajo la Italia de los años de su gran desarrollo industrial. Un poder económico cada vez más organizado, internacionalizado e hibridado en las estructuras del estado estaba en condiciones de poder prescindir por fin del sujeto incómodo que fue siempre el “pueblo”³ (en el sentido político, no sociológico, del término). Pues éste se había convertido “en un tugurio de pequeños burgueses que por fin habían logrado comprarse un televisor”⁴ como consecuencia del efecto alucinógeno del consumismo asociado al mismo desarrollo acelerado.

2. EL MIEDO COMO INSTITUCIÓN SIMBÓLICA EFICAZ

Cabe preguntarse, en este punto, cuáles han sido las condiciones que se han dado para que el estado de derecho se encuentre en una situación tan débil como la actual para defender los derechos y garantías proclamados en las constituciones y el orden internacional. Y lo primero que hay que recordar es que, históricamente, la legitimidad inicial de que se han dotado todos los estados fundamentados de algún modo en la referencia a un soberano popular ha corrido en paralelo con otra que finalmente la ha terminado por fagocitar: la del miedo, que ha alumbrado el *paradigma securitario* moderno o hobbesiano (“ese paradigma que sacrificaba toda aspiración ética de la política a la posibilidad de garantizar la paz interna mediante la concentración de la fuerza en manos del organismo soberano”) y también el contemporáneo (“una poderosa máquina de producción de desorden y de inseguridad”)⁵.

La lógica schmittiana del enemigo no es, como muchos creen, el motor de esto, sino más bien algo que lo alimenta. Internamente, como lo estamos viendo en Europa con la deriva autoritaria frente a la “amenaza” de los refugiados que es contemplada desde el punto de vista del agrava-

3 AGAMBEN, Giorgio. **Medios sin fin. Notas sobre la política**. Valencia: Pre-textos, 2001, p. 34.

4 PASOLINI, Pier Paolo. *"Interviste corsare sulla politica e sulla vita. 1955-1975"*. Roma: **Liberal Atlantide**, 1995. p. 57-61).

5 REVELLI, Marco. **La política perdida**. Madrid: Trotta, 2008, p. 53-54.

miento que supondrían para excedente de mano de obra ya disponible, y no desde el derecho internacional humanitario. Y externa o sistémicamente, si contemplamos los fenómenos de la “guerra permanente contra el terrorismo”, por un lado, y la consolidación de la tecnocracia como método normal de gobierno⁶, por el otro.

El miedo generalizado suscitado por la sacudida económica de 2008 y por la idea —reproducida una y otra vez desde los campos político y económico— de hallarnos *ante un único camino* no ha hecho más que profundizar las soluciones tecnocráticas o plutocráticas. La carta tremendamente coactiva enviada por BCE al gobierno Tremonti en 2011 reclamando para Italia la constitucionalización de los presupuestos equilibrados y una batería de recortes sociales sobre áreas protegidas por el mismo texto constitucional⁷ bien puede ser interpretada como una expresión de la *jaula de hierro* que atenaza a los países azotados por la llamada “crisis de la deuda”. En España, en efecto, se produjo un movimiento similar con la reforma constitucional *express* para garantizar el pago de la deuda y la permanencia en la zona euro. Y también en Grecia, más recientemente, con el conjunto de políticas privatizadoras y desreguladoras exigidas por la UE tendentes a lo mismo. Las consiguientes formas legales de excepción (decretos de urgencia, leyes ad-hoc, reformas constitucionales a medida) para gestionar la crisis, y el recurso a la coacción en forma de suspensión del flujo de crédito a los países endeudados, ponen en evidencia la impracticabilidad de la neutralización del conflicto social por medios jurídicos a la que hemos llegado.

El miedo también tiene atenazado a Brasil tras la recesión iniciada en 2014, cuya receta política corre también en la dirección de sentido único de la austeridad —puertas adentro— y el mantenimiento del gasto leonino en devolución de la deuda pública —puertas afuera—⁸. Es decir,

6 RODOTÀ, Stefano. **Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione**. Bari: Laterza, 1997.
RAMONET, Ignacio. **El imperio de la vigilancia**. Madrid: Clave Intelectual, 2016.

7 DRAGHI, Mario y TRICHET, Jean-Claude. “Carta al primer ministro Tremonti de 5.08.2011”. In: CANFORA, Luciano. **La historia falsa y otros escritos**. Madrid: Capitán Swing, 2013, p. 49-51.

8 La gran paradoja brasileña es que, mientras que el país destinó durante los últimos 12,5 años (hasta mediados de 2015) el equivalente a su deuda pública federal (2,5 trillones R\$), ha multiplicado por dos la deuda, debido a una alta tasa de tipos de interés que contrasta, por ejemplo, con la japonesa (1% por una deuda del 120% de su PIB). Si a ello sumamos la permisividad jurídica ante la deslocalización de las grandes fortunas para eludir sus deberes tributarios y la insuficiente inversión en bienes sociales durante el ciclo de crecimiento, es comprensible la disonancia entre el 7º lugar que Brasil ocupa en la economía mundial y el 79º en el Índice de Desarrollo Humano de la ONU. Vid. CANO, Wilson. “A camisa de força do Estado: Neoliberalismo e endividamento”. **Caros Amigos**, ed. digital, 12.03.2014; KHAIR, Amir. “A taxa básica de juros no Brasil é uma anomalia”. Entrevista de Silvio Caccia Brava. **Le Monde Diplomatique Brasil**, junio 2015, p. 6-8.

según las reglas del capital financiero (bien representado en los ministros Levy y Barbosa) que obtiene enormes réditos mediante la compra de deuda pública *soberana*⁹.

El resultado de todo esto, en suma, está siendo la suspensión *por tiempo indeterminado* de muchos derechos y garantías del estado constitucional: tanto en el ámbito social, como consecuencia de la gestión neoliberal de la economía, como en el de los derechos de libertad, sometidos a una creciente limitación desde el 11-S (como estamos viendo en Francia con la segunda prórroga al estado de emergencia decretado por el presidente Hollande tras los atentados de París) y también como respuesta a la creciente indignación de las poblaciones depauperadas por los recortes sociales.

Se trata de medidas populares desde el punto de vista del paradigma securitario que nominalmente se trata de restablecer, pero no desde el del vaciamiento de la democracia que suponen, en el doble sentido del debilitamiento propiamente dicho de los derechos y garantías y en el de la conversión de la “excepcionalidad” en un nuevo *Nomos* de contornos difusos y generalizados. Requieren, por tanto, de una legitimación reforzada.

En el ámbito político-económico, ésta se está produciendo, por un lado, mediante el viejo mecanismo representativo: en el panorama de la gobernanza —considerando su aún débil legitimación democrática— la democracia representativa no es ni mucho menos un obstáculo “nacional” a las políticas globales, sino un instrumento *necesario* para la internalización de dichas políticas por los países (como en la Unión Europea sucede con las transposición interna de las normativas y los programas estratégicos negociados entre sus instituciones formales y los grupos corporativos con sede en Bruselas; o como en Brasil ha sucedido con la utilización de métodos parlamentarios anómalos como el *impeachment*). Y, complementariamente a esto, mediante un importante esfuerzo por adherir a las poblaciones a la gobernanza, sobre todo a través de la responsabilidad social corporativa y la promoción de la llamada “economía de emprendedores”.

Este haz de problemas cuenta con un problema añadido recurrentemente señalado desde la sociología, al que nos referíamos en términos históricos en el primer apartado: la progresiva sustitución del ciudadano activo por el consumidor pasivo. Una manifestación de ello es que la ac-

9 El caso europeo es aún más significativo, pues es el Banco Central Europeo, que se nutre de los fondos de los estados miembros, quien en vez de comprar directamente sus títulos de deuda presta a la banca privada (a intereses ridículos) el dinero con el que comprar dichos títulos.

ción estatal sea crecientemente valorada en términos de su eficacia en la creación de empleo o en la contención de la inflación, y no por su capacidad de mantener el sistema asistencialista público —que en el marco de las viejas políticas keynesianas era percibido como salario indirecto—. Así, la estrepitosa crisis del PT en Brasil tras 30 años de legislatura, o la crisis aguda de la socialdemocracia europea, pondrían de manifiesto que las políticas distributivas dependientes de un crecimiento económico sostenido, a menos que vayan acompañadas de una movilización fuerte de base que mantenga politizado al segmento trabajador mayoritario, están condenadas al fracaso en el momento en que se produce una recesión.

En este sentido, Brasil está reproduciendo el caso español del periodo anterior a la crisis de 2008, donde se extendió la falsa consciencia de un bienestar económico duradero sobre la supuesta estabilidad del ciclo expansivo de la economía, con la consiguiente confianza en la movilidad social ascendente basada en el endeudamiento y en el consumo (condiciones que explican, por un lado, que la deuda privada brasileña se haya multiplicado muy por encima de la pública¹⁰ y, por otro, el aumento exponencial de la corrupción¹¹). La progresión intensa del mercado hipotecario en ambos países ha simbolizado este proceso de financiarización de los consumidores destinada a elevar la demanda agregada del país, pero con el elevado riesgo, como se ha visto, de un endeudamiento insostenible¹².

Una de las caras del miedo a la crisis es la violencia. El malestar social por la evolución de la economía, en condiciones de debilidad del experimentalismo democrático de la ciudadanía, tiende a expresarse en actitudes violentas, como queda plasmado en el ascenso de la extrema derecha en Europa o en la brutalización de las relaciones sociales en Brasil¹³. Un buen caldo de cultivo para las derivas autoritarias de los estados. Si observamos el viraje que en el mismo sentido está teniendo lugar en

10 Cuyas nocivas consecuencias se ven ahora en el Brasil en recesión, con un crecimiento del 31% de quiebras sólo en el primer bimestre de 2016 en comparación con el mismo bimestre de 2015, o con una caída del 5,2 % en la facturación de las empresas de ventas al por menor en 2015 (LIASS, Paulo. "*O estrago generalizado*". **Carta Maior**, ed. digital, 27.04.2016).

11 Un dato muy revelador del problema es que dos semanas antes de la gran manifestación contra el gobierno Roussef del 12 de marzo de 2015 la policía federal brasileña desbaratará un intento de evasión de impuestos por grandes grupos empresariales y financieros con un perjuicio estimado para el tesoro público de R\$ 19 billones, más del triple de las pérdidas por corrupción estimadas en la operación Lava Jato (SANTOS, William. "O DNA da corrupção". **Caros Amigos**, nº 218, maio 2015, p. 24).

12 LORENTE, Miguel Ángel y CAPELLA, Juan Ramón. **El crack del año ocho. La crisis. El futuro**. Madrid: Trotta, 2009.

13 SINGER, André. "*Solução à esquerda*". Entrevista de A. Nabuco, L. Primi y L. Rodrigues. **Caros Amigos**, nº 220, julio 2015, p. 28-32.

EE.UU., en Venezuela, o en Argentina, la perspectiva mundial no parece especialmente alentadora.

3. NI NORMALIDAD NI EXCEPCIONALIDAD: UN NUEVO *NOMOS*

El gran vacío de poder de que partíamos lo es de poder político en su acepción clásica. La soberanía estatal-popular ha sido colonizada por el poder coercitivo de las grandes alianzas y poderes militares agregadas en torno a la OTAN, el poder coactivo de la economía transnacional y el simbólico de los medios de comunicación, ampliamente utilizado por los dos primeros. En consecuencia, es lógico que la producción legislativa (cada vez más dúctil, procedimentalizada, subordinada a la urgencia, negociada con actores extraterritoriales de legitimidad diferida) haya quedado en manos de la voluntad del más fuerte.

Y en este sentido, la idea cada vez más consolidada de hallarnos ante un periodo de excepcionalidad político-jurídica tiene el defecto de dar a entender, *a sensu contrario*, que las cosas pueden volver a la vieja normalidad del estado constitucional de derecho (donde la excepcionalidad era contemplada desde su naturaleza transitoria). Para la doctrina iuspublicista del s. XX, en efecto, las ideas de soberanía y estado constitucional tenían un marco de referencia estable, pero la realidad que se ha impuesto sobre todo desde la crisis de 2008 (cuyos efectos han llegado a Brasil algo después, gracias al consumo interno del país) la contradice.

Por arriba, por las durísimas políticas de ajuste y austeridad impuestas a los países en recesión por organismos que se rigen sin apenas mecanismos de control por las poblaciones afectadas por sus decisiones (La Comisión Europea, el BCE y el FMI en el caso europeo), pero sobre todo por los tenedores de la deuda pública de dichos países (como ejemplifica la oposición alemana a políticas expansivas en Europa, o la presión exterior sobre Brasil para que mantenga elevados los tipos de interés de su deuda¹⁴). Esto choca frontalmente con el carácter temporal de la revocación de los derechos sociales en situaciones de crisis prescrita por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y revierte directamente en la debilidad *estructural* de los estados para dotar de contenido a estos derechos en relación al poder coactivo de los mercados internacionales.

14 KHAIR, Amir. *Op. cit.* p. 6-8.

Por abajo, como ha señalado Ferrajoli¹⁵, por la consolidación de la naturaleza de *status* que ha adquirido la ciudadanía desde el punto de vista del creciente número de personas que carecen de condiciones mínimas de vida, tanto internacionalmente (con más de 60 millones de personas sin ciudadanía formal en el mundo, según los últimos datos de ACNUR¹⁶) como en el interior mismo de los países desarrollados (como ejemplifica la evolución de la pobreza en España significada en los informes independientes, con sólo un 34% de personas que viven sin carestías esenciales¹⁷).

Para las empresas multinacionales y para los mercados financieros la mayoría de estados son vistos como organizaciones administrativas subordinables, que pueden ser atacadas o sostenidas según su disponibilidad o no a garantizar la amortización de su deuda y a crear condiciones favorables a la inversión internacional¹⁸. En este sentido, cobra verosimilitud el trágico análisis de prospectiva sobre el futuro del estado de Faría¹⁹, para quien cabe aguardar una política basada en dos frentes: por un lado, garantizar los derechos de propiedad material e intelectual, los contratos de inversión internacionales, el orden público y los “ambientes de negociación” más propicios para los agentes económicos, en el marco de regímenes regulatorios policéntricos basados en las reglas flexibles de la gobernanza; por otro, diseñar “estrategias de focalización” que, renunciando decididamente a la universalización de los derechos, se limitarían a mantener niveles mínimos de cohesión concentrando los cada vez más limitados gastos sociales en los sectores en situación-límite (desahuciados, desempleados, inmigrantes, trabajadores temporales, jóvenes en espera de su primer empleo, etc.). La firma reciente del Acuerdo Comercial Transpacífico (TTP) o las negociaciones opacas en curso para la firma de la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (TTIP) no harían más que caminar, reforzándola, en esta dirección. Igual que el Do-

15 FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999, p. 37.

16 ACNUR. **Mundo en Guerra. Tendencias Globales. Desplazamiento forzado en 2014** (<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/10072.pdf?view=1>).

17 FOESSA. **VII Informe FOESSA sobre exclusión y desarrollo social en España 2014**. Madrid: Fundación Foessa/Cáritas, 2014.

18 En el caso brasileño, el ejemplo más elocuente es el de los programas de privatizaciones y de concesiones para la exportación de productos primarios, en especial el minero, al constituir una buena parte del proceso de expropiación de las riquezas del país por la prioridad dada a la devolución de los intereses de la deuda (unos 540 billones anuales). Como se ha visto, esto no ha servido para dinamizar la economía brasileña, al tiempo que se traduce en costes públicos adicionales derivados de la insuficiencia de recursos hídricos y la contaminación de capas freáticas por la sobreexplotación de los acuíferos.

19 FARÍA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da Crise**. São Paulo: Saraiva, 2011, cap. VI.

cumento sobre el salario máximo europeo que se está negociando en el seno de la Comisión Europea para instituir una “Competitiveness Authority” independiente con competencia para determinar el nivel máximo de salarios permitido en la zona euro.

Desde este punto de vista, la desigualdad ha dejado de ser considerada en términos morales y ha pasado a serlo en términos pragmáticos: por las disfuncionalidades que implica en materia de orden público, tanto por el lado de la creciente brecha entre ricos y pobres como por el de la respuesta política que puede crecer al abrigo del hecho fundamental de nuestro tiempo que es la desigualdad. El fortalecimiento del poder represivo de los ejércitos, las policías públicas y privadas y los sistemas penales es la consecuencia mas ominosa de esto.

4. LA FUNCIÓN GARANTISTA DE LA JURISDICCIÓN FRENTE A LA CRISIS

En el contexto descrito, de acorralamiento del estado de derecho por un soberano difuso, apátrida, cabe repensar lo que se puede esperar de la función jurisdiccional en el largo plazo, al tratarse de un elemento basilar de la vieja soberanía estatal ahora puesta en cuestión. En consonancia con esto último, la justicia es acusada a menudo de lentitud y exceso de rigor garantista, cuando lo primero es técnicamente necesario —sobre todo en los casos difíciles— y lo segundo resulta de una conquista histórica que los propios que la critican son los primeros en reclamarla para sí mismos cuando son procesados. Ya nos hemos referido a este acorralamiento al principio, con la proliferación de reformas legales que limitan la acción y la extensión de la justicia, y que en relación a otro de los fenómenos mencionados —la corrupción— tiene su manifestación clara en los intentos de acortar los plazos de prescripción de los delitos y penas —sobre todo en materia económica— o en la evidente desidia política a la hora de poner medios para la persecución de los delitos económicos, especialmente difíciles de investigar dada la sofisticación que han alcanzado en las últimas décadas.

Por apuntar sólo algunos aspectos de lo que cabe esperar de la jurisdicción en orden a preservarse como un poder independiente, diría que, en materia de social, es posible elevar un muro de contención a la especulación financiera mediante la anulación de las cláusulas leoninas de determinados contratos de adhesión, como los hipotecarios, como ha sucedido en España con las llamadas “cláusulas-suelo” de las hipotecas de

interés variable por las que los bancos mantenían su tasa de ganancia al margen de las tendencias bajistas de los tipos de interés oficiales en Europa²⁰. También es posible frenar la precarización del trabajo, como sucede en el ámbito español de la universidades con la sucesión de contratos temporales en la mitad de sus plantillas, donde la denuncia ante los tribunales se ha convertido en la única vía ante el blindaje de las autoridades universitarias a la negociación de nuevos itinerarios para la estabilización del profesorado²¹. O incluso pugnar por interpretaciones novadoras del régimen laboral para evitar —en tanto no se obtenga una solución política— la exclusión de muchos trabajadores a los derechos sociales derivados de relaciones no reconocidas por la ley pero que componen importantes substratos de trabajo sumergido, como el de la prostitución²². Y lo mismo se puede decir sobre el reconocimiento de prestaciones sociales por incapacidades laborales derivadas de enfermedades atípicas (como el síndrome de fatiga crónica o la fibromialgia) que a pesar de su frecuencia en la sociedad de nuestro tiempo son consideradas como costes adicionales para el servicio de previdencia público, y no como derechos de las personas (no está de más recordar que la “Agenda Brasil” previó que no puedan ser llevados a la justicia los casos de resarcimiento por “tratamientos experimentales onerosos”).

Y es que los derechos, por muy fundamentales que sean, comportan siempre un coste económico (incluso el derecho a la vida, que depende de un aparato policial que la proteja). En las condiciones de crisis sistémica que atravesamos —donde el principio de eficacia prima desproporcionadamente sobre el de garantía de los derechos— esta característica es más visible que nunca. La propia jurisdicción nacional se ve sometida a esta evolución de las cosas, no quedando al margen del fenómeno que ha venido a llamarse como “privatización de los derechos”²³. En buena

20 **Sentencia de la sala civil del Tribunal Supremo 1916/2013 de 9.05.2013** (<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6703660/Clausulas%20abusivas/20130510>) y **Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid 53/2016 de 7.04.2014** (<http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNALES%20SUPERIORES%20DE%20JUSTICIA/TSJ%20Madrid/JURISPRUDENCIA/Jdo%20Mercantil%2011%20Madrid%207%20abr%202016.pdf>).

21 **Sentencia 87/16 de 18 de marzo de 2016 del Juzgado de lo Social de Sevilla.**

22 Un buen ejemplo es la Sentencia de 18 de febrero de 2015 del Juzgado nº 10 de lo Social de Barcelona que, desde una perspectiva de género, tutela los derechos fundamentales de las trabajadoras de las “saunas” (empresas que eluden el régimen sancionador de la prostitución) reconociendo el carácter laboral de la relación y en consecuencia la obligación de las empresas a satisfacer las consiguientes prestaciones sociales derivadas. Lo contrario — argumenta el magistrado — supondría agravar el atentado a la dignidad, a la libertad y la discriminación por razón de sexo que se comete sobre estas mujeres (<http://www.poderjudicial.es/stfls/SALA%20DE%20PRENSA/NOTAS%20DE%20PRENSA/SENT%C3%88NCIA%20SOCIAL%2010.%20Cente%20Massatges%20er%C3%B2tics.pdf>).

23 ESTÉVEZ ARAUJO, J-A. “La privatización de los derechos”. In: **El libro de los deberes**. Madrid: Trotta, 2013, p. 223-253.

parte, en sus manos está validar o resistir a la tendencia a su sustitución por el arbitraje privado como método “eficaz” de resolución de conflictos internos a la empresa: pensemos, en este sentido, en la evolución de la jurisprudencia norteamericana en materia de discriminación, que desde 1986 ha experimentado una tendencia —de efectos expansivos— a admitir la legitimidad del arbitraje en detrimento de la legislación que desde los años sesenta imponía la responsabilidad subsidiaria objetiva del empleador (*vicarious liability*) en los casos de discriminación social o racial²⁴.

Aunque ligado a lo social, en materia de derechos de libertad la justicia se halla también de frente al problema de cómo lidiar con las protestas derivadas de las políticas desreguladoras de derechos²⁵. España ilustra bien este problema con las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo en torno a la denuncia penal contra ciudadanos identificados con cámaras por el cerco al Parlamento de Cataluña a raíz de la aprobación de recortes sociales en 2011, justo después de haberse constituido el nuevo parlamento salido de las urnas. Para el primer tribunal, el código penal no puede anteponerse a los derechos fundamentales de la Constitución (“porque la sanción penal que no tuviera en consideración que los acusados ejercían un derecho fundamental estaría enviando un mensaje de desestimulación a la participación democrática directa de los ciudadanos en las cosas comunes y al ejercicio de la crítica política”), en particular a los de expresión y reunión en un contexto de “limitación de la opinión pública por la concentración de los medios de comunicación”, e interpreta la protesta como una “acción revocatoria de mandatos” (al no existir mandato imperativo en nuestro marco político-jurídico)²⁶. Para el Supremo, en cambio, “la libertad de expresión y el derecho de reunión chocan con el derecho de participación de los ciudadanos a través de sus legítimos representantes en el órgano legislativo”, por lo que califica la conducta de “delito contra las instituciones del Estado”²⁷.

24 EDELMAN, Lauren B., FULLER, Sally Riggs y MARA-DRITA, Iona. “Diversity Rhetoric and the Managerialization of Law”. *The American Journal of Sociology*, v. 106, nº. 6, may 2001, p. 409.

25 Según el informe del Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos **Balanço das greves em 2013** (Estudos e Pesquisas, nº 79, dezembro 2015), Brasil se batió en 2013 el récord de la serie histórica de huelgas registradas en los 30 últimos años, con 2.050 (<http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2013/estPes-q79balancogreves2013.pdf>).

26 SAN 31/2014, de 7 de julio (http://www.aelpa.org/actualidad/201407/sentencia_parlament.pdf).

27 STS 161/2015, de 17 de marzo 2015 (<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7328310&links=%22161/2015%22&optimize=20150318&publicinterface=true>).

Parece clara la dificultad, pero también lo decisivo, del papel que ha de jugar la jurisdicción en los tiempos que corren, de mutación del paradigma constitucional en que fuimos formados. En sus manos está la preservación de lo que queda del mismo en términos de derechos y garantías conquistados con tanta dificultad en el pasado.

5. CONCLUSIÓN

La dificultad objetiva de los estados para garantizar los derechos sociales, económicos y culturales supone una quiebra material del Estado Constitucional, o, por ser más precisos, la insostenibilidad de la idea de que cada ser humano, por el hecho de serlo, tenga derechos, aunque éstos puedan ser limitados “excepcionalmente” en situaciones de anormalidad. La determinación de las políticas públicas y la consiguiente producción jurídica están orientadas mayoritariamente por fines funcionales, desde el punto de vista de la eficacia, sin importar en exceso la legitimación democrática del proceso de toma de decisiones seguido. La revolución política neoliberal ha convertido al crecimiento, y no ya a los derechos, en el núcleo estructurante del orden social.

Pero a pesar de lo que pueda parecer, la democracia representativa sigue ocupando un lugar central. No tanto por la debilísima capacidad redistributiva que mantiene, sino porque aún no se ha hallado un mecanismo legitimador de decisiones sustitutivo, que las presente como si realmente fuesen fruto de la propia voluntad de sus afectados. El fenómeno se complica desde el momento en que estratos sociales importantes aceptan este nuevo *Nomos*, reaccionando positivamente al recurso político al miedo ante una inseguridad *estructural*. Por eso no parece que nos hallemos en una “tierra de nadie”, sino más bien en una “tierra del más fuerte” donde los grupos de interés más poderosos ocupan el lugar central en el *Nomos* jurídico internacional.

Lejos de ser pacífico, el nuevo *Nomos* político, económico y militar se basa en la aplicación de altas dosis de violencia política (como ejemplifica en España la restricción de los derechos de libertad de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, o de la jurisprudencia reciente sobre el ejercicio de los derechos al conflicto colectivo o a la manifestación; o, en el caso brasileño, las altas dosis de represión empleadas contra las poblaciones desalojadas por la minería o

por la construcción de grandes sedes deportivas, o la reciente minoración de la edad penal). La institución mental de que nos hallamos *ante una única salida* es la idea-fuerza que ha impregnado la gestión tanto de las situaciones de emergencia económica como de la excepcionalidad política global. En el plano económico ha legitimado el traslado de poderes de la instancia legislativa a la gubernamental — con las consiguientes formas legales de excepción para gestionar la crisis — y ha sido funcional a la suspensión del flujo de crédito a los países endeudados y a la especulación con los intereses que han de pagar éstos. En el plano de las relaciones internacionales, ha sido la palanca ideológica para una restricción general de las libertades.

Parece trazarse así una *nueva normalidad* liberada de las constricciones garantistas del estado constitucional de derecho, de la que resulta difícil recomponer coherentemente las ideas de soberanía y derecho. Y ello hace más urgente que nunca la resistencia por parte de lo que queda de refractario a estos procesos, tanto en el interior del estado, como fuera de él. ❖