

Roberto Gargarella

El **derecho** a resistir el **derecho**

Con comentarios de:

Fernando Aguiar

Marcelo Alegre

Joshua Cohen

Christian Courtis

Siri Gloppen

Horacio González

Frances Olsen

Félix Ovejero

Thomas Pogge



Clapp

MIÑO y DÁVILA
EDITORES

www.minoydavila.com.ar

En Madrid:

Miño y Dávila editores

Arroyo Fontarrón 113, 2º A (28030)

tel-fax: (34) 91 751-1466

Madrid · España

En Buenos Aires:

Miño y Dávila srl

Pje. José M. Giuffra 339 (C1064ADC)

tel-fax: (54 11) 4361-6743

e-mail-producción: produccion@minoydavila.com.ar

e-mail-administración: administracion@minoydavila.com.ar

Buenos Aires · Argentina



Ciepp

Ciepp

Centro Interdisciplinario

para el estudio de Políticas Públicas

Rodríguez Peña 557, 2do. F (1020)

tel-fax: (54 11) 4371-5136

e-mail: ciepp@speedy.com.ar

Buenos Aires · Argentina

Índice

- 9 Sobre los autores
- 11 Palabras preliminares
ROBERTO GARGARELLA
- 13 El derecho de resistencia en
situaciones de carencia extrema
ROBERTO GARGARELLA
- 49 Derecho general a la resistencia
y derecho a la rebelión
FERNANDO AGUIAR
- 59 Protestas Sociales:
¿Violación o reivindicación del derecho?
MARCELO ALEGRE
- 79 ¿Sufrir en silencio?
JOSHUA COHEN
- 91 Marginación y violación
de derechos sociales
CHRISTIAN COURTES
- 99 Sobre el derecho de resistencia en
contextos de privaciones severas.
"¿Cómo debería reaccionar el Estado?"
SIRI GLOPPEN

- 117 Resistencia al derecho
HORACIO GONZÁLEZ
- 121 Legitimidad, pobreza y resistencia
FRANCES OLSEN
- 149 ¿Derecho de resistencia
o revolución?
FÉLIX OVEJERO
- 157 La pregunta sobre el derecho
de resistencia
THOMAS POGGE
- 165 Comentarios y respuestas finales:
pensar y repensar el derecho
de resistencia
ROBERTO GARGARELLA

Sobre los autores

ROBERTO GARGARELLA. Abogado y sociólogo. Doctor en Derecho (Universidad de Chicago y Universidad de Buenos Aires). Profesor de Derecho Constitucional en las Universidades Di Tella, UBA (Buenos Aires, y Bergen, Noruega).



FERNANDO AGUIAR. Doctor en Filosofía. Investigador del Instituto de Estudios Sociales de Andalucía (IESA-CSIC, Córdoba, España).



MARCELO ALEGRE. Abogado y Doctor en Derecho (Universidad de New York). Profesor de Filosofía del Derecho en las Universidades de Palermo y de Buenos Aires (UBA).



JOSHUA COHEN (MIT). Cientista Político. Profesor de Filosofía Política en el MIT (Boston).



CHRISTIAN COURTIS. Abogado y Master en Derecho (Universidad de Virginia). Profesor de Teoría del Derecho en las Universidades ITAM (México) y de Buenos Aires (UBA).



SIRI GLOPPEN. Doctora en Ciencias Políticas (Universidad de Bergen). Investigadora en el Christian Michelsen Institute (Noruega), y Profesora de Política Comparada en la Universidad de Bergen.



HORACIO GONZÁLEZ. Sociólogo. Profesor en la UBA (Buenos Aires), y Vice-director de la Biblioteca Nacional (Buenos Aires).



FRANCES OLSEN. Doctora en Derecho. Profesora de Teoría Feminista; Disidencia y Derecho; y Derecho de Familia, en la Universidad de California (UCLA).



FÉLIX OVEJERO. Economista. Profesor de Ética y Economía en la Universidad de Barcelona.



THOMAS POGGE. Sociólogo y Doctor en Filosofía (Universidad de Harvard). Profesor de Filosofía en la Universidad de Columbia (Nueva York).

Palabras preliminares

— ROBERTO GARGARILLA —

El trabajo que aquí se discute parte de la premisa según la cual el constitucionalismo, desde sus orígenes, incluyó como uno de sus elementos básicos el "derecho a resistir al derecho". El compromiso con el derecho de resistencia iba de la mano, entonces, de unos muy pocos principios adicionales: que el gobierno era legítimo en la medida en que descansaba en el consenso de los gobernados; que existían ciertos derechos inviolables; y que el primer deber del gobierno era el de proteger aquellos derechos inalienables de las personas. El derecho de resistencia aparecía inmediatamente luego, y venía a decir que si el gobierno infringía sus obligaciones primarias de modo sistemático, entonces la población tenía el derecho (sino el deber) de resistirlo hasta poner fin a la situación de persistente violación de derechos. En los últimos doscientos años, sin embargo, y por una diversidad de razones, el derecho de resistencia dejó de ocupar el lugar de privilegio que ocupara durante tanto tiempo — lugar de privilegio que se advierte en su protagónica presencia en la Declaración de la Independencia norteamericana, en la Declaración de los Derechos del Hombre francesa, o en buena parte de las Constituciones latinoamericanas del siglo xix.

En este libro se analizan, por un lado, las razones que pueden explicar la repentina "ausencia" del derecho de resistencia de los textos centrales del consti-

tucionalismo moderno. Pero, sobre todo, se exploran aquí preguntas de carácter normativo, como las siguientes: ¿Se justifica dicha "ausencia" del derecho a la resistencia, en el constitucionalismo moderno? ¿Existen o pueden aparecer, actualmente, causas de justificación de la resistencia, equivalentes a las que todos los constitucionalistas coincidieron en afirmar, siglos atrás? ¿Existirían razones, en ese caso, para "recuperar" y volver a invocar aquel derecho perdido?

Según creemos, preguntas de este tipo resultan de interés para todos aquellos atraídos por el estudio de la filosofía política, el derecho constitucional, y las ciencias sociales en general. Pero además, ellas pueden ser de especial relevancia para quienes observan con atención las crecientes luchas sociales que hoy surgen por doquier, lideradas por grupos que intentan preservar, recuperar o reclamar por sus derechos sociales más básicos —derechos ignorados o aniquilados por comunes procesos de "modernización económica"—. Por ello, y para tratar de pensar mejor estas cuestiones, reunimos en este libro las opiniones de distinguidos abogados, sociólogos, cientistas políticos y filósofos políticos de Latinoamérica, Europa y los Estados Unidos, que han aceptado generosamente poner por escrito sus reflexiones sobre el tema, de manera exclusiva para este volumen. A todos ellos, por su buena voluntad y buena fe, les damos nuestro mayor agradecimiento. Así también, agradecemos a todos aquellos que pacientemente colaboraron en la edición de este libro, incluyendo a Nuria Becú, y Gerardo Miño.

El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema

— ROBERTO GARGARELLA —

Desde fines de los 90, y siguiendo una década de severos planes de ajuste estructural, América Latina fue zarcada por numerosas experiencias de revueltas populares. Estas revueltas trajeron consigo masivas manifestaciones colectivas, y altos niveles de agresión física y verbal contra políticos, jueces y funcionarios públicos. Las protestas incluyeron, por ejemplo, la organización de "piquetes" destinados a bloquear el tráfico en las rutas principales, con el objeto de exigir empleo, comida, o el otorgamiento de subsidios, tanto como ruidosas manifestaciones (i.e., "cacerolazos"). Estas agresiones a las autoridades públicas alcanzaron el domicilio y las propiedades de aquellos, y así también como los edificios públicos en los que trabajaban (la sede del gobierno, las legislaturas, los tribunales). Entre otros resultados, dichas protestas forzaron la renuncia del presidente Raúl Cubas, en Paraguay en 1999, la del presidente Alberto Fujimori, en Perú en el 2000, la del presidente Jajil Mahuad, en Ecuador en el 2000 (tanto como la remoción del presidente Abdala Bucaram en 1996), la del presidente Sánchez de Lozada en Bolivia en el 2002 y la del presidente Bertrand Aristide, en Haití en el 2004. En la Argentina, estas protestas culminaron con una profunda crisis que incluyó la presencia de cinco presidentes distintos en menos de dos semanas. Por supuesto, esta manifestaciones fueron promovidas, en cada caso, a partir de circunstancias parcialmente diversas. Algunas fueron

seguramente más legítimas que otras; algunas fueron más "espontáneas" o "genuinas" que otras; algunas resultaron más poderosas y duraderas que otras. De todos modos, la presencia de todas estas variaciones no deberían impedir que reconozcamos las similitudes que vincularon a estos acontecimientos, que aluden al tipo de crisis que se encuentra afectando a muchos órdenes legales contemporáneos.

Introducción

En este escrito quiero explorar algunas de las poderosas implicaciones que se derivan de una premisa que acepto, según la cual la pobreza constituye una violación de derechos humanos. En particular, me interesará examinar algunas de tales implicaciones, vinculadas con la idea de derecho. Fundamentalmente, me preguntaré si aquellos que viven sistemáticamente en condiciones de pobreza extrema tienen un deber de obedecer el derecho. Para ellos, el derecho no ha sido un medio de ganar libertad o de alcanzar el autogobierno, sino más bien un instrumento que ha contribuido decisivamente a forjar la opresión en la que viven. Por lo tanto, deberíamos preguntarnos si para ellos no se justifica desafiar y aun resistir semejante orden legal¹.

1. Tengo en claro que muchas de las observaciones que avance sobre principios, límites y posibilidades aparecerán como enunciados más o menos prolijos que, indudablemente, estarán condenados a que una historia siempre turbulenta los devore e ignore. El objetivo de estas observaciones, de todos modos, es el de ayudarnos a pensar y discutir sobre el tema de la resistencia al derecho, sobre todo teniendo en cuenta las decisiones que —desde cualquier lugar— nos puede tocar asumir, y frente a las cuales conviene que reflexionemos con el mayor cuidado posible.

Reclamamos como el anterior pueden sonar demasiado radicales en la actualidad, pero lo cierto es que ellos representaban el sentido común entre quienes pensaban sobre el derecho, siglos atrás. Tomando en cuenta este hecho, comenzaré mi escrito con un examen de la extensa tradición teórica que conectaba las violaciones de intereses humanos básicos con el derecho de resistencia. Luego, me preguntaré si puede ser razonable o no mantener, en la actualidad, un supuesto como el citado. Mi interés principal, entonces, tiene que ver con la justificación (o no) del derecho de resistencia, antes que con preguntas acerca de la deseabilidad (o no) de las acciones de resistencia, o con una exploración acerca de las condiciones de posibilidad de la misma.

Mi preocupación por examinar preguntas como las señaladas parte de la convicción de que todos nosotros, y en particular todos aquellos interesados en la protección de los derechos humanos, debemos volver a pensar muchas de nuestras ideas más asentadas en relación con el derecho. Especialmente, entiendo que debemos pensar acerca de cuál es el sentido de mantener un orden legal, y cuáles nuestros deberes morales inmediatos hacia los que están peor dentro de ese orden jurídico.

Un derecho perdido

Una de las notas más salientes del constitucionalismo contemporáneo tiene que ver con la falta de discusión en torno al derecho de resistencia, que durante más de cuatro siglos fue considerado uno de los derechos centrales dentro del derecho. En efecto, la idea de resistir a la autoridad del gobierno ha sido un objeto central de estudio para todos aquellos interesados en los aspectos teóricos relacionados con la Constitución,

al menos desde la Edad Media. Tales reflexiones sobre la resistencia tomaron especial relevancia durante el periodo de la Reforma, las sucesivas confrontaciones entre los Católicos Romanos y los protestantes reformistas y, sobre todo, la preocupante posibilidad de que los deberes religiosos aparecieran en tensión con los deberes de obediencia al poder político (Linder, 1966:125-6). Notablemente, y procurando ser consistentes en sus razonamientos, muchos de estos autores, formados en el más rígido conservatismo, se sintieron obligados a cuestionar premisas que formaban parte de sus propias convicciones personales. Fundamentalmente, ¿a quién se le debía obediencia si la autoridad política dejaba de coincidir con la autoridad religiosa? Estas reflexiones, por otra parte, resultaban más urgentes dada la necesidad de confrontar las enseñanzas extraordinariamente influyentes de San Pablo sobre el deber incondicional de obediencia a la autoridad², la idea de San Agustín conforme a la cual los gobernantes debían ser respetados como representantes de Dios (aun en el caso en que estos no cumplieran con sus propios deberes políticos) y, particularmente, las afirmaciones de sectores importantes del Luteranismo para quienes la autoridad absoluta de los monarcas se justificaba en razón de la incapacidad de las personas para reconocer adecuadamente los mandatos provenientes de Dios. Así, la idea de resistencia a la autoridad creció hasta llegar a jugar un papel fundamental dentro del constitucionalismo.

Hacia fines del siglo xviii, y de la mano de John Locke, la resistencia a la autoridad apareció como una

2. Según escribiera San Pablo, el poder político debía ser siempre obedecido, dado que provenía de Dios, por lo que "cualquier resistencia al poder resulta una resistencia a las ordenes de Dios, por lo que aquellos que resisten deben recibir un castigo eterno".

de las cuatro ideas que, me atrevería a decir, distinguieron en sus orígenes al constitucionalismo. Así, la idea de resistencia tendió a aparecer junto con la referida al carácter inalienable de ciertos derechos básicos; la idea de que la autoridad era legítima en la medida en que descansaba sobre el consenso de los gobernados; y aquella que decía que el primer deber de todo gobierno era el de proteger los derechos inalienables de las personas. En dicho contexto se afirmaba que el pueblo podía legítimamente resistir y finalmente derrocar al gobierno de turno en caso de que el último no fuera consecuente con el respeto de aquellos derechos básicos³.

Notablemente, estos cuatro principios constitucionales, fundados todos ellos en una idea igualitaria acerca del valor y las capacidades de los individuos, resultaron trasladados luego a las dos grandes revoluciones del siglo xviii: la norteamericana y la francesa. Primeramente, ellos fueron retomados por Thomas Jefferson, e incorporados casi inalteradamente en la "Declaración de la Independencia" norteamericana,

3. Locke, en particular, desarrolló este tipo de ideas muy especialmente en reacción contra los escritos de Robert Filmer —sobre todo, *Patriarcha*— en donde el último defendía una concepción "patriarcalista" del poder. Conforme a la misma, el rey estaba justificado de ejercer su poder sin atención a la voluntad de sus súbditos, del mismo modo en que un padre ejerce el poder sobre sus hijos sin consultarlos. El poder del rey, afirmaba Filmer, provenía directamente de Dios y no de algún tipo de consenso popular, por lo cual no podía ser resistido en ningún caso (Filmer, 1991). En su opinión, el rey —como el padre— debía tener la capacidad de disponer aun sobre la vida de quienes estaban a su cargo (tal como se desprendía de la parábola religiosa sobre Cassius, que habla arrojado a su hijo desde un acantilado). Tales poderes extremos se justificaban ante la facilidad con que las personas se dejaban arrastrar hacia comportamientos erráticos y anárquicos.

escrita en 1776. Siguiendo estrictamente a Locke, se sostuvo entonces la adhesión a las siguientes "verdades auto-evidentes":

Que todos los hombres son creados iguales; que ellos son dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables; que entre ellos se encuentran el derecho a la vida, la libertad, y la persecución de la felicidad; que los gobiernos son establecidos entre los hombres con el objeto de asegurar tales derechos, y que derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que cuando sea que una forma de gobierno deviene en destructiva de aquellos fines, el pueblo tiene el derecho de alterarlo o abolirlo, para instituir uno nuevo, fundando sus principios y organizando sus poderes en tal forma que sea la más conducente para su seguridad y felicidad.

La "Declaración de los Derechos del Hombre", aprobada por la Asamblea Nacional de Francia el 26 de agosto de 1789, siguió en buena medida el ejemplo anterior. Así, por ejemplo, proclamó la existencia de "derechos naturales, imprescriptibles, e inalienables"; afirmó la libertad e igualdad básicas de cada persona (art. 1); y sostuvo que el objeto principal de toda asociación política era el de preservar los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, que son los derechos a la "libertad, propiedad, seguridad, y resistencia a la opresión" (art. 2).

Finalmente, y sólo para enfatizar aun más la importancia e influencia de estos acercamientos originales a la resistencia a la autoridad, puede mencionarse que muchas de las nuevas Constituciones nacidas al calor de aquellas dos revoluciones reafirmaron desde sus primeras líneas compromisos como los citados. Así, y

para mencionar algún caso especialmente influyente en Latinoamérica, señalaría el ejemplo de la Constitución de 1813 en la Banda Oriental, que hizo referencia a la legitimidad del derecho de resistencia en caso de que el gobierno fuera incapaz de asegurar el bienestar general y los derechos fundamentales, y fundamentó al mismo en el principio de la igualdad y libertad de sus miembros y en el derecho natural⁴. Del mismo modo, podría citar a la Constitución de Apatzingán, aprobada en México en 1814 por un grupo de revolucionarios encabezados por el cura José María Morelos, que hizo referencia al “innegable derecho” popular de “establecer... alterar, modificar, o abolir totalmente al gobierno, cuandoquiera que ello sea necesario para su felicidad” (art. 4).

La alienación legal y la justificación del derecho de resistencia

Durante los siglos en que pervivió, el derecho de resistencia fue defendido por teóricos con formación e ideales diferentes. Todos ellos, sin embargo, parecían compartir un presupuesto común conforme al cual la resistencia resultaba defendible en situaciones a las que llamaré de *alienación legal*. En tales situaciones,

4. Decía la Constitución: “Porque los hombres nacen libres e iguales y gozan de ciertos derechos naturales, esenciales e inalienables —entre ellos, el derecho de gozar y defender su vida y su libertad, el derecho de adquirir, poseer y proteger su propiedad y, finalmente, el derecho de demandar y obtener seguridad y felicidad— es deber [del gobierno] el de asegurar estos derechos... y si no pudiese alcanzarse estos grandes objetivos, el pueblo tiene el derecho de alterar el Gobierno, adoptando todas las medidas necesarias para asegurar su seguridad, prosperidad y felicidad”.

según entiendo, el derecho comenzó a servir propósitos contrarios a aquellos que, finalmente, justificaban su existencia⁵. Esto es, al menos, lo que una mayoría de los defensores del derecho de resistencia parecían defender al objetar, de modos diferentes, la posibilidad de que las mismas normas que debían garantizar la libertad y el bienestar de la gente pasaran a trabajar en contra de los intereses fundamentales de las personas.

Por supuesto, existen muchas lecturas o concepciones diferentes de esta implícita noción de alienación legal. Originalmente, algunos autores enfocaron su análisis en las ofensas cometidas por el derecho contra los intereses objetivos de las personas (razones sustantivas), mientras que en épocas más modernas, las razones procedimentales comenzaron a tornarse más significativas. Entre los primeros defensores del derecho de resistencia, algunos teóricos del derecho natural como Francisco Suárez justificaron el tiranicidio a partir del principio según el cual “la fuerza solo puede repararse con la fuerza”, y la convicción de que el Estado necesitaba ser preservado (Hamilton, 1963; Copleston, 1963). Presupuesta, bajo ambos reclamos, se encontraba la idea que decía que “el Estado, como un todo, es superior al rey, porque el Estado, cuando

-
5. Se podría sostener para el derecho, entonces, lo que Karl Marx sostuvo para el trabajo, en cuanto a que “...el objeto que el trabajo produce, su producto, se enfrenta a él como un ser extraño, como un poder independiente del productor. (...) La enajenación del trabajador en su producto significa no solamente que su trabajo se convierte en un objeto, en una existencia exterior, sino que existe fuera de él, independiente, extraño, que se convierte en un poder independiente frente a él, que la vida que ha prestado al objeto se le enfrenta como cosa extraña y hostil”. En ambos casos, hablamos de una noción objetiva, y no subjetiva, de alienación (ver: Marx, 1968:105-6; y Marx, 2000).

se le asigna el poder, lo recibe bajo la condición de gobernar [de modo no tiránico, y que si lo hace], entonces puede ser depuesto" (Suárez, 1944). En otros términos, para teólogos como Suárez, la alienación legal se daba cuando los gobernantes usaban sus poderes en contra de los intereses del pueblo al que debía servir. Debe notarse, de todos modos, que para Suárez, tanto como para una mayoría de los teólogos tomistas, la posibilidad de resistir la conducta tiránica de los gobernantes dependía de una previa autorización dada por las autoridades religiosas superiores (Hamilton, 1963:61-3; Copleston, 1963:220-2). Sólo ellos podían certificar que las acciones de los gobernantes implicaban ofensas inaceptables.

En la Edad Media, una mayoría de autores pareció adherir a esta visión. Para el suizo Pierre Viret, un amigo personal de Calvino y una figura ampliamente influyente en Francia, la resistencia al poder se justificaba por razones religiosas tanto como por otras vinculadas con las injusticias sociales y económicas cometidas por los gobernantes contra el pueblo (Linder, 1966). El poderoso grupo de los calvinistas escoceses justificó la resistencia a partir de reclamos todavía más radicales (Rueger, 1964:467-486; Skinner, 1978). John Ponet, por ejemplo, consideró que existía un deber de resistencia (ya que no simplemente un derecho) que se ponía en marcha cada vez que el soberano traicionaba a su país, o cometía algún abuso de autoridad. Para Christopher Goodman, el derecho a la resistencia estaba justificado en todas aquellas situaciones en que los gobernantes se convertían en los opresores de su propio pueblo. Los gobernantes, según él, no habían sido colocados en su posición privilegiada para actuar de acuerdo con sus propios juicios, sino para hacerlo en exclusivo beneficio de sus subordinados. Por ello

mismo, cada vez que los gobernantes violaban sus deberes se convertían en ciudadanos iguales a cualquier otro, y podían ser resistidos por cualquiera de sus pares. En un sentido similar, Georges Buchanan sostuvo que el poder que el pueblo concedía en un momento podía ser retirado en cualquier otro: hacerlo no era ir contra la institución del rey, sino contra la persona que circunstancialmente ocupaba ese cargo⁶. Así, vemos que aunque muchos de los religiosos calvinistas asumieron también que la certificación de las ofensas en juego debía ser determinada por las principales autoridades religiosas, hacia fines del siglo xvi algunos otros comenzaron a sostener una posición diferente conforme a la cual cualquier persona tenía la autoridad suficiente para determinar la presencia de ofensas gravísimas⁷.

Estos fueron, finalmente, los antecedentes que conoció Locke, en los inicios de la modernidad, cuando especificó las condiciones que, en su opinión, podían tornar inevitable (y finalmente legítima) la resistencia frente a la autoridad. Sin embargo, desde su punto de vista, la alienación legal aparecería más claramente vinculada con una traición a la voluntad popular. El consenso popular –el consenso tácito– implicaba la aprobación de la ciudadanía a la obra del gobierno, del mismo modo en que su rebelión manifestaba su

6. Al argumentar de ese modo, Buchanan parecía retomar, notablemente, una argumentación avanzada mucho antes por Gerson, quien había procurado defender lo actuado por el Movimiento Conciliar, al deponer al Papa: había sostenido, entonces, la distinción entre la institución papal y la persona que coyunturalmente ocupaba el lugar del Papa, para afirmar la defensa permanente de la primera, aun a costa del sacrificio de la segunda (Rueger, 1940).
7. La visión epistémicamente elitista defendida por una mayoría de religiosos, entonces, comenzaba a abrir lugar a otra diferente, más cercana a lo que podríamos llamar el anarquismo filosófico (ver, por ejemplo, Knox, 1994).

desacuerdo con el gobierno, y debía ser interpretada como un signo de que el mismo comenzaba a actuar abusivamente. Locke habló así de una "larga cadena de abusos" (una idea incorporada luego directamente en la "Declaración de la Independencia" norteamericana), vinculados con el uso tiránico y caprichoso del poder. De modo más específico, Locke hizo referencia a situaciones en las cuales el gobierno prometía una cosa y hacía la contraria, en las que aquél utilizaba artimañas para eludir la ley, en las que el gobernante usaba sus poderes especiales en contra del bienestar del pueblo, en las que los funcionarios inferiores cooperaban con dichas acciones abusivas, y aquellas en donde las acciones arbitrarias se sucedían unas a otras (Locke, 1988:405, sec. 210)⁸. En tales casos, asumía que —y éstas son las líneas finales de su Segundo Tratado sobre el Gobierno—:

8. De todos modos, para Locke, el recurso a la resistencia se justificaba, ante todo, por el hecho de que el gobernante abandonaba el uso de la razón y el recurso a la ley, para reemplazar éstas por el uso de la violencia, que era su contracara (Dunn, 1969:179). Y dado que la violencia era el medio utilizado por las bestias para dirimir sus conflictos, al adoptar este camino el gobernante se auto-reducía el status de las bestias, y merecía el mismo trato que aquellas: de allí que todo individuo quede en su derecho de actuar frente a tal enemigo como se actúa frente a las bestias. En una situación semejante, los gobernantes eran responsables del retorno a una situación que Locke denomina "estado de guerra", y que viene a ser opuesta al estado de naturaleza o al de una sociedad legítimamente constituida. El estado de guerra resulta, entonces, del indebido uso de la fuerza. Y no hay peor situación imaginable que la de un gobernante que se convierte en responsable de retrotraer a la sociedad a este estado, dado que la sociedad ha depositado en él su confianza (*trust*), y ha legado en él la tarea de asegurar la preservación de la paz. El uso continuado de la fuerza resulta, entonces, finalmente, el hecho principal que justifica que cada individuo, por sí mismo, decida cómo es que debe reaccionarse.

"...the People have a Right to act as Supreme, and continue the Legislative in themselves, or erect a new Form, or under the old form place in the new hands, as they think good" (Locke, 1988:428).

Ahora, la gente (y no algunas autoridades superiores) actuando colectiva y espontáneamente por fuera de las instituciones políticas, aparecía teniendo la última palabra respecto de la violación de sus intereses fundamentales.

En los tiempos de la Revolución norteamericana, la justificación del derecho de resistencia adquirió su forma más robusta, combinando razones procedimentales y sustantivas. Siguiendo muy de cerca los razonamientos de Locke, Thomas Jefferson se preocupó por definir una detallada lista de agravios que, a su juicio –y luego a juicio de quienes firmaron la “Declaración”– transformaban lo actuado por el gobierno británico en un irreparable agravio que justificaba la resistencia a la autoridad. Para Jefferson, como para muchos de sus contemporáneos, era posible y necesario comenzar a discutir colectivamente sobre la violación de derechos fundamentales: ése era, finalmente, uno de los propósitos básicos de la Declaración de la Independencia. El documento hizo referencia, entonces, a afrontas como las siguientes: la de no haber aprobado (o haber impedido la aprobación de) leyes necesarias para el bienestar general, la de haber agredido a los cuerpos representativos, la de haber obstruido el funcionamiento de la administración de justicia, la de haber convertido a los jueces en jueces políticamente dependientes, la de haber creado multitud de cargos innecesarios (con el consiguiente impacto económico de los mismos sobre el bienestar de todos), la de haber privilegiado al poder militar sobre el civil, la de haber establecido impuestos sin el consentimiento del pueblo, la de haber

privado al pueblo de los beneficios de la institución del jurado. Todas éstas habían sido demandas presentadas y defendidas por la ciudadanía durante años —demandas que el gobierno británico se había encargado de ignorar sistemáticamente—. Las autoridades inglesas fueron acusadas, entonces, por el fuerte deterioro de las condiciones de vida de los americanos: la presencia de ofensas sustantivas contra los americanos resultaba indudable. Dentro de tales ofensas, sin embargo, destacaba una en particular, referida al derecho de los americanos a su autogobierno —en otros términos, al establecimiento de procedimientos institucionales que obstaculizaban la posibilidad de que los americanos se gobernaran a sí mismos—. Finalmente, al impedir que tomaran control sobre sus propios asuntos, los británicos habían transformado al derecho en un instrumento de opresión, más que en un instrumento de libertad⁹. Los americanos habían pasado a convertirse, entonces, en víctimas de las mismas normas que debían encargarse de mejorar sus vidas, una situación que se entendió como capaz de justificar su levantamiento frente al orden legal vigente.

Durante fines del siglo xviii y principios del xix, Jefferson desarrolló una de las visiones más interesantes sobre el tema —una visión que se hizo explícita no sólo en la Declaración de Independencia, sino también en muchos de sus más importantes escritos y cartas—. En todos estos trabajos, Jefferson clarificó la visión sobre el auto-gobierno que residía detrás de sus principales afirmaciones. Su idea de una *república autogobernada* apareció entonces como contraria a su defensa del derecho de resistencia. Una república autogobernada era, para él:

9. Explorando la idea de alienación como contracara del concepto de autogobierno, ver Elster, 1985.

"...pura y simplemente... el gobierno de los ciudadanos en masa, actuando directa y personalmente, conforme a reglas creadas por la mayoría".

Para él, los gobiernos eran

"...más o menos republicanos de acuerdo con el mayor o menor grado en que contaran con el elemento de elección y control popular en su composición" (Jefferson, 1999).

Estas ideas se conjugaban, además, con su defensa de un sistema basado en el predominio de los controles "exógenos" o populares sobre el gobierno, con su idea de convocar a una convención popular cada vez que fuera necesario resolver un tema constitucional grave, o con sus recurrentes críticas hacia el poder judicial. En definitiva, la idea –que aquí tomaré como presupuesta– era que el orden legal no era merecedor de respeto cuando sus normas infligían ofensas severas sobre la población (condición sustantiva) ni eran el resultado de un proceso en el que dicha comunidad estuviera involucrada de modo significativo (condición procedimental)¹⁰. Cuando estas dos condiciones estaban presentes, la resistencia a la autoridad se encontraba en principio justificada¹¹.

10. Si las normas eran creadas en un proceso del que los propios afectados tomaban parte activa, luego no era esperable que tales normas fueran injustas.

11. Podría mantenerse, con razón, que la exclusiva presencia de una de estas dos condiciones representa una condición suficiente para que hablemos de un sistema legal que no resulta merecedor de nuestro respeto. Sin embargo, como diré más adelante, ambas condiciones tienden a ir de la mano. Típicamente, el hecho de que ciertos derechos resulten sistemáticamente violados (i.e., cuando se le niega a ciertos grupos, sistemáticamente, su derecho a contar con cobijo y alimento), viene a hablarnos de la presencia de fallas procedimentales serias dentro del sistema institucional bajo análisis.

La alienación legal hoy. Del derecho de resistencia a la desobediencia civil

Luego de haber figurado durante siglos como uno de los conceptos centrales del derecho, la idea de resistencia comenzó a desaparecer de nuestros discursos políticos y legales¹². Son muchos los factores que pudieron contribuir a esta desaparición, y aquí me referiré sólo a algunos de ellos.

En la actualidad, y ante todo, la idea de resistencia parece ser menos factible y menos interesante o valiosa que hace siglos. Esto es así, entre otras razones, como consecuencia de los drásticos cambios políticos ocurridos en los últimos dos siglos. Fundamentalmente, el poder político en la actualidad aparece mucho más atomizado que hace cientos de años. Por supuesto, la descentralización del poder no impide necesariamente la emergencia de situaciones de opresión. Sin embargo, aun si dicha opresión existiera, las fuentes de la dominación resultarían múltiples y dispersas, lo cual dificultaría la resistencia en términos prácticos. ¿A quién culpar, entonces, de tales miserias y opresiones? ¿A los empleadores que se niegan a ofrecer más puestos de trabajo o a aumentar los salarios de los trabajadores? ¿A la policía, que con salvajismo ejecuta las órdenes del poder político? ¿A los parlamentarios, que no aprueban las leyes que debieran aprobar para mejorar el bienestar colectivo? ¿A los jueces, que se muestran dóciles frente al poder? ¿Al presidente?

Siglos atrás, la situación era muy distinta porque el poder político se encontraba completamente concen-

12. De todos modos, muchas Constituciones mantienen al mismo como un derecho válido frente a situaciones de las que aquí no me ocuparé, como las relacionadas con golpes de Estado.

trado en una persona —el rey, el tirano—, lo cual permitía que la gente reconociera con facilidad quién era el causante de sus padecimientos. La actual dispersión del poder, en cambio, dificulta la visibilidad de la opresión, al tornar más difícil distinguir quién es responsable de qué. Del mismo modo, esta situación contribuye a diluir la idea de que la resistencia es concebible. En la antigüedad, los oprimidos podían tener la ilusión de que, al menos a partir de algún acto heroico, su situación —y la de la sociedad en general— podía llegar a cambiar drásticamente, dando nacimiento a un nuevo orden. Para bien o para mal, este tipo de ilusiones desaparecieron de nuestro horizonte político.

Otro factor importante que distingue el presente del pasado tiene que ver con la fragmentación social que hoy puede reconocerse, y que reproduce la mencionada fragmentación del poder político. La mayoría de las sociedades contemporáneas, en efecto, aparecen divididas en grupos, algunos de los cuales se encuentran en mejores condiciones que los demás. Esta fragmentación social también contribuye a tornar la resistencia menos concebible, no sólo porque hoy algunos grupos no sufren opresiones graves, sino porque además, y por ello mismo, van a hacer todo lo posible para impedir la desestabilización de una situación que en principio los favorece o no los perjudica. Siglos atrás, podemos presumir, las situaciones de opresión tendían a extenderse sobre toda la sociedad, lo que hacía que la rebelión frente al poder resultara —en un sentido importante, al menos— más fácilmente imaginable: era concebible que, ante la profundidad y extensión de las situaciones opresivas reinantes, una mayoría de la sociedad, a través de sus acciones u omisiones, estuviera dispuesta a acompañar a los movimientos rebeldes¹³.

13. Este argumento, de todos modos, reconoce obvias contra-

Los factores anteriores —que se refieren fundamentalmente a las condiciones de posibilidad del derecho de resistencia— pueden ayudarnos a entender por qué la resistencia es menos imaginable o posible hoy que ayer. Sin embargo, tales factores dicen poco o nada acerca de la razonabilidad o no de seguir llevando a cabo actos de resistencia. En otras palabras, todavía no hemos explorado si aquello que pareció justificar a la resistencia siglos atrás, es decir la presencia de situaciones de alienación legal, continúa siendo un factor distintivo de las sociedades actuales. Pareciera, sin embargo, que algunas de las cruciales innovaciones introducidas por los sistemas democráticos modernos debieran llevarnos a descartar para siempre cualquier propuesta de resistencia a la autoridad.

Ante todo, la propia organización institucional actual, que incluye entre otras novedades la división del poder en distintas ramas, así como sistemas de “frenos y contrapesos”, reduce el riesgo de que el derecho se convierta en un instrumento opresivo. Además, y de modo igualmente significativo, este sistema incluye numerosas herramientas destinadas a facilitar o promover, de modo pacífico y ordenado, cambios políticos —aun cambios de tonalidad radical—. Las elecciones periódicas, en particular, resultan decisivas en esta discusión, al marcar una crucial diferencia entre nuestro tiempo y el pasado. Resulta claro que durante mucho tiempo el derecho de resistencia apareció como el único mecanismo adecuado para garantizar la responsabilidad de los gobernantes y prevenir abusos políticos. Como dijera John Locke, el derecho de resistencia era el único instrumento en poder de la gente

caras: el mayor temor frente a la reacción estatal, mayores niveles de represión ideológica, auto-convencimiento acerca del carácter justificado del orden existente, etc.

El derecho de resistencia
como un instrumento
de cambio político
en sociedades
democráticas

para evitar los excesos de parte de sus gobernantes. La resistencia era entonces lo contrario a la situación habitual, que mezclaba pasividad y consenso tácito por parte del público (Seliger, 1991:603). Desde esta perspectiva, la llegada de las elecciones periódicas resulta decisiva, marcando un antes y un después en las reflexiones sobre la justificación de la resistencia. De hecho, podría preguntársenos, ¿qué es lo que puede justificar el uso de la fuerza física para derrocar a un gobierno o eliminar a su líder, si es posible provocar cambios igualmente profundos a través de la fuerza de los votos?

Podemos avanzar consideraciones similares a la hora de examinar los mecanismos de reforma constitucional incluidos en todas las constituciones modernas. A través de los mismos, en efecto, cada comunidad encuentra la oportunidad de revisar, aun radicalmente, los méritos de su sistema de gobierno, en general, y de cada una de las secciones del mismo, en particular. Teniendo en cuenta esta posibilidad extrema, es razonable que nos volvamos a preguntar acerca de cuál es el sentido de recurrir a la movilización violenta de la población cuando es posible provocar cambios políticos sustantivos a través de medios mucho menos graves y mucho más civilizados.

La aparición de estas nuevas oportunidades políticas torna entendible, de algún modo, la desaparición del derecho de resistencia. Ahora, podríamos decir, prevalecen largamente las situaciones de *integración*, ya que no de *alienación*, legal. Estos cambios institucionales, por lo demás, nos ayudan a entender por qué en la actualidad tendemos a pensar en la *objeción de conciencia* y la *desobediencia civil* como los medios más extremos a nuestro alcance para desafiar el derecho —medios que, notablemente, presumen la validez

general del derecho vigente¹⁴. En efecto (y conforme

14. Tomemos, por caso, una definición más o menos estándar de la desobediencia civil, como es la que ha dado en su momento Hugo Bedau. En opinión del profesor de Harvard, se comete un acto de desobediencia civil "si y solo si una persona realiza una acción ilegal, pública, no violenta, y con la intención consciente de frustrar [una de] las leyes, políticas, o decisiones del gobierno" (Bedau, 1961:661). Autores como John Rawls —que en su definición de la desobediencia civil se apoyan en el clásico análisis de H. Bedau— refuerzan aquellas diferencias al sostener que la desobediencia civil es aquella que se produce a partir de ciudadanos "que reconocen y aceptan la legitimidad de la constitución" (Rawls, 1971:363). Es por este reconocimiento que los que se involucran en acciones de desobediencia civil (a objeción de conciencia) aceptan padecer las penas que el derecho dispone en contra de ellos: existe, finalmente, una aceptación de la validez general del derecho, que se cuestiona en algún aspecto específico (Cohen, 1972:283-314). Aquí, sin embargo, y conforme hemos dicho, nos encontramos con una situación que se distingue particularmente por una disputa en torno a la validez de las bases mismas de la organización constitucional. Lo mismo ocurre si tomamos como punto de referencia los estudios realizados por Ronald Dworkin al respecto. Para él, quienes se involucran en actos de desobediencia civil "aceptan la legitimidad fundamental tanto del gobierno como de la comunidad; y actúan para cumplimentar más que para desafiar su deber como ciudadanos" (Dworkin, 1985:105). Las diferencias entre estos casos de desobediencia civil y los que se encuentran aquí bajo examen resultan, por lo tanto, significativas. Las distancias conceptuales todavía son mayores si lo que comparamos son estos casos de resistencia constitucional, y los llamados actos de objeción de conciencia (*conscientious refusal*). Según John Rawls, la objeción de conciencia implica "no cumplimiento más o menos directo de una orden administrativa o judicial" (Rawls, 1971:368). Esto sería el caso, por ejemplo, del individuo que se resiste a involucrarse en el servicio militar por rechazar la violencia que es propia del mismo. A diferencia del caso de la desobediencia civil, aquí no se apela a las convicciones de justicia de la comunidad, sino a las propias. No se pretende (al menos primariamente) en este caso hacer un

a lo que nos suele decir la literatura existente sobre la materia), aun aquellos que incurren en tales desafíos al poder legal lo hacen aceptando los méritos del orden legal, tanto como su localizada reprochabilidad. Tanto es así que, en estos casos, quienes violan el derecho aceptan, en principio, la validez de la misma pena que se les impone a resultas de los desafíos en los que incurren. Lo que está en juego, entonces, es un cuestionamiento limitado específico, al derecho —derecho al que se ve como un todo fundamentalmente justo—. Nuevamente, lo que parece prevalecer es una situación de integración legal.

Alienación legal en situaciones de carencia extrema

A pesar de lo sugerido en la sección anterior, todavía podría decirse que existe un espacio importante entre las situaciones de completa alienación legal y las situaciones de completa integración legal. En este sentido, ni la objeción de conciencia ni la desobediencia civil parecen ser herramientas útiles para capturar otras situaciones extremas que también distinguen a muchas democracias modernas. Los límites de tales instrumentos aparecen de un modo más claro cuando reflexionamos acerca de la situación que atraviesan *grupos específicos* dentro de nuestra comunidad (aunque no, posiblemente, la enorme mayoría de sus integrantes, como podía ser común siglos atrás), caracterizada por sistemáticas dificultades frente al *derecho como un*

llamado al "sentido de justicia de la mayoría", ni tampoco se actúa, necesariamente, a partir de principios políticos —siendo habitual que se lo haga, por ejemplo, en razón de principios religiosos o de otro tipo— (Rawls, 1971:369).

todo (y no en relación con aspectos localizados del mismo, como ocurría en los casos de la desobediencia civil y la objeción de conciencia). En la actualidad, no deben caber dudas acerca de la existencia de importantes segmentos de la sociedad que tienen serias dificultades para satisfacer sus necesidades más básicas, para hacer conocer sus puntos de vista, para demandar de modo exitoso por la introducción de cambios en el derecho, o para reprochar las acciones y omisiones de sus representantes. La situación que enfrentan estos individuos suele ser mucho más grave —en su amplitud y profundidad— que la que enfrentan los objetores de conciencia o quienes se enrolan en acciones de desobediencia civil. El filósofo John Rawls, por ejemplo, admitió esta posibilidad en su análisis de la desobediencia civil. Para él, existen grupos que, con motivo de las graves circunstancias que enfrentan, tienen razones para creer que el orden legal es severamente “injusto”, hasta el punto de alejarse “ampliamente de los ideales que él mismo profesa” (Rawls, 1971: 367-8). Para estos individuos resulta razonable, entonces, desarrollar “una oposición más profunda hacia el orden legal”¹⁵. Esto es así, según Rawls, porque

“...emplear el aparato coercitivo del Estado con el objeto de mantener instituciones manifiestamente injustas constituye, de por sí, un uso ilegítimo de la fuerza que las personas en su debido curso tienen el derecho de resistir” (1971:391).

Ahora bien, aunque podemos coincidir en un nivel muy general acerca de la existencia de situaciones de

15. Rawls avanza estas consideraciones cuando se refiere a las “acci[ones] militantes” a las que describe como acciones que van más allá de la desobediencia civil, al implicar “una oposición más profunda al orden legal”, motivada en el carácter palmariamente injusto del derecho (Rawls, 1971).

extrema exclusión social, económica, y legal, es doble esperar que disintamos a la hora de definir con precisión qué es lo que distingue a tales situaciones, o a la hora de delimitar cuáles son, concretamente, los grupos afectados. Esta falta de acuerdos es, sin dudas, muy problemática, porque amenaza con socavar la posibilidad de una reflexión fructífera sobre estos problemas que involucran al derecho y la exclusión social. De todos modos, entiendo que podemos realizar algunos avances provisionales si es que aceptamos (como voy a proponer que aceptemos) alguno de entre los múltiples estándares “objetivos” que se han propuesto para caracterizar estas situaciones de extrema exclusión social. Uno de estos estándares tiene que ver con la definición, a nivel internacional, de una línea por debajo de la cual podemos hablar de situaciones de extrema pobreza. Esta línea, propuesta por el PNUD en 1996, se refiere al ingreso

“...debajo del cual no puede satisfacerse un mínimo nutricional adecuado junto con requerimientos básicos más allá de los alimenticios” (Pogge, 2001:7).

Dicha métrica resulta significativa para nuestros propósitos dado que la presencia de situaciones de pobreza o marginación extremas vendría a señalar la existencia de “una masiva insatisfacción de derechos humanos sociales y económicos”, junto con la “insatisfacción de derechos humanos civiles y políticos asociados con el gobierno democrático y el imperio del derecho” (Pogge, 2001:8; Pogge, 2003)¹⁶.

16. Alternativamente, podríamos utilizar una métrica como la propuesta por Martha Nussbaum y Amartya Sen, referida a las capacidades básicas de las personas, y examinar la situación de grupos que caen por debajo de lo que ellos llaman el umbral de las capacidades humanas básicas (y que incluye

Si tomamos en cuenta una métrica como la señalada, según entiendo, quedamos en condiciones de afirmar que aquellos que se encuentran privados de ciertos bienes humanos básicos enfrentan, en la actualidad, situaciones de alienación legal. Las razones que nos permitirían justificar dicha presunción tendrían que ver con la presencia de condiciones sustantivas y procedimentales como las que los primeros constitucionalistas reconocieron como indicativas de una situación de alienación legal. Obviamente, aquellos que se ven sistemáticamente privados de abrigo u hogar; aquellos que padecen diariamente el hambre; aquellos que son víctimas sistemáticas de la violencia, etc., confrontan algunos de los peores agravios que una persona puede enfrentar (condición sustantiva). Al mismo tiempo, tales ofensas, y particularmente su carácter sistemático, nos refieren a la existencia de graves deficiencias procedimentales –deficiencias que se vinculan con el sistema institucional, y que muestran que el mismo es incapaz de reparar los males existentes–. En estas situaciones, resulta muy difícil no culpar al sistema institucional por los males que padecen los miembros de estos grupos marginados. Recordemos que tales individuos resultan privados de bienes que, según filósofos de la talla de Martha Nussbaum, Amartya Sen o John Rawls, son básicos para cualquier plan de vida, por lo que parece irracional rechazarlos. De allí que el hecho de que estos individuos se vean sistemáticamente privados del disfrute de tales bienes aparezca como una indicación de fallas persistentes y muy graves del

la capacidad de vivir de acuerdo con los fines de una vida humana de duración normal, la de recibir nutrición y abrigo adecuados, etc.). Nussbaum se ha preocupado por mostrar los vínculos existentes entre estas capacidades y nociones como la de los "bienes primarios" utilizadas por el filósofo John Rawls (ver: Nussbaum, 2000).

sistema institucional (condición procedimental). De hecho, estas ofensas sistemáticas vienen a decirnos que tales grupos se encuentran experimentando serios problemas políticos, ya sea para transmitir sus demandas a sus representantes, o para responsabilizarlos de sus faltas. Dichas ofensas aluden, además, a los defectos propios del sistema judicial, que parece incapaz de albergar o dar satisfacción a las demandas de los grupos más desaventajados, asegurando la protección de sus derechos fundamentales. En esta situación, podríamos concluir, el orden legal se muestra ciego ante las privaciones de los marginados, sordo frente a sus reclamos, o carente de voluntad para remediar las humillaciones que padecen. De tal modo, puede ser considerado responsable de las privaciones sufridas por tales grupos —responsable en razón de sus acciones y/u omisiones—. Como dijera Amartya Sen y John Dreze en su trabajo sobre el hambre:

"Cuando millones de personas mueren en hambrenas, es difícil evitar el pensamiento de que está ocurriendo un hecho terriblemente criminal. El orden legal, que define y protege nuestros derechos como ciudadanos, debe ser comprometido de algún modo por la ocurrencia de estos trágicos eventos. Desafortunadamente, la brecha existente entre el derecho y la ética puede ser muy grande. El sistema económico que produce el hambre puede ser malo, y el sistema político que la tolera puede ser perfectamente repulsivo, pero sin embargo es posible que, en esta situación en la cual amplios sectores de nuestra población carecen de la posibilidad de adquirir comida suficiente para sobrevivir, no se esté produciendo ninguna violación de derechos legalmente reconocida. La cuestión no es tanto que no existan normas jurí-

dicas contra el morir de hambre. Ello es tan verdadero como obvio. La cuestión es, más bien, que los derechos de apropiación, intercambio y transacción, legalmente garantizados, delinean sistemas económicos que pueden ir de la mano de situaciones en las cuales la gente carezca de la posibilidad de adquirir comida suficiente para sobrevivir” (Drèze y Sen, 1989:20).

Repensando el derecho de resistencia

En las páginas anteriores mantuve que aquellos que sufren situaciones de marginación severa y sistemática pueden ser razonablemente agregados a la lista de individuos viviendo en situaciones de alienación legal. Si reconocemos este punto, y aceptamos a la vez las enseñanzas de los constitucionalistas que nos precedieron siglos atrás, deberíamos concluir diciendo que los grupos que han sufrido aquella grave marginación no tienen un deber general de obedecer el derecho, dado que el orden legal no les ha asegurado la protección que necesitaban contra los daños más severos que sufrían, a la vez que ha sido en parte responsable de la imposición de algunos de esos severos daños. En la medida en que el derecho se encuentra causal y moralmente implicado en su sufrimiento, ciertas formas de resistencia al derecho deberían ser vistas, en principio, como moralmente permisibles.

Ahora bien, y en ese caso, ¿qué formas de resistencia deberíamos considerar aceptables? Para comenzar a precisar la cuestión, permítaseme distinguir, ante todo, dos tipos de resistencia a las que llamaré *resistencia pasiva* o no-cooperación, y *resistencia activa* o confrontación. La primera forma de resistencia, según

presupondré, se refiere a las omisiones de actuar en los modos prescritos por el Estado (una negativa a cumplir con sus órdenes), mientras que la segunda se refiere a acciones destinadas a desafiar ciertas prohibiciones legales. Según entiendo, ambas formas de resistencia (que se encuentran indudablemente asociadas) deben ser consideradas *prima facie* como formas de resistencia admisibles. Ante todo, los oprimidos deben considerarse moralmente libres de desobedecer aquellas órdenes que causan o fortalecen su situación de opresión. Por supuesto, en muchos casos podemos estar en desacuerdo respecto de "qué es lo que causa qué": algunos considerarán que ciertas leyes no afectan los derechos fundamentales de los desaventajados, mientras que otros mantendrán que no hay leyes que, de modo directo o indirecto, no contribuyan al sufrimiento de los que están peor. Aun así, creo que podemos ponernos de acuerdo sobre la existencia de ciertos casos claros a partir de los cuales comenzar nuestro análisis. Piénsese, por ejemplo, en la actitud de los primeros colonos en los Estados Unidos (emulados luego en América Latina) que se negaron a pagar impuestos a los que consideraban injustos, y a los que veían como completamente ajenos a su creación (un caso claro de aquello que llamamos alienación legal). En un sentido parecido, diría que los oprimidos de nuestro tiempo podrían negarse a apoyar un sistema impositivo en cuya creación no han estado involucrados y que tiende a desfavorecerlos sistemáticamente. De modo similar, y sólo para agregar otro ejemplo, los más desaventajados podrían optar por no tomar parte de los proyectos militares y expansionistas promovidos por el Estado (i.e., negándose a servir como soldados en tales iniciativas). En definitiva, ¿por qué es que ellos—víctimas, por ejemplo, de discriminación

y actitudes racistas por parte de las autoridades públicas— deberían ofrecer sus vidas al Estado, cuando éste ha ignorado recurrentemente sus intereses y reclamos más básicos?

En segundo lugar, los oprimidos tendrían el derecho de desafiar ciertas prohibiciones legales cuando estos desafíos pudieran servir, razonablemente, para poner fin a su situación de sufrimiento extremo. Por ejemplo, los marginados podrían arrogarse el derecho de ocupar tierras vacías (¿como lo hace el MST en Brasil, por ejemplo?), o el de usar propiedades en desuso con el objeto de asegurarse y asegurarle a sus familias ciertos derechos básicos (en este caso, la comida, el abrigo) que el Estado no les garantiza. De modo similar, ellos tendrían el derecho de explorar vías no tradicionales para canalizar sus protestas (¿por ejemplo, a través de cortes de ruta, como suele ocurrir en América Latina?), de modo tal de forzar al Estado a atender sus intereses fundamentales —intereses, otra vez, que el Estado ignora y viola de modo sistemático—.

Dicho esto, habría algunos puntos sobre los que quisiera insistir en apoyo de lo recién expresado, y como modo de empezar a delimitar los alcances y límites de tales reclamos. Permítaseme hacer referencia a estos puntos.

En primer lugar, quisiera hacer referencia a lo que llamaré la cuestión de la *causalidad*. La presunción conforme a la cual las situaciones de sistemática marginación son producto del orden legal prevaleciente debería estar abierta a revisión. En muchas ocasiones, en efecto, debería ser irrazonable acusar al Estado por la miseria de los más desaventajados. Ante todo, puede bien ocurrir que el Estado no cuente con alternativas mejores a su disposición para asegurar que no haya grupos sistemáticamente privados de ciertos bienes

básicos. Si éste fuera el caso, entonces el Estado no debería ser calificado como injusto, ni sus decisiones resistidas¹⁷. Teniendo en cuenta este tipo de posibilidades, resulta razonable definir la presunción arriba referida como una *presunción refutable*, es decir, sujeta a prueba en contrario por parte del Estado.

En segundo lugar, mencionaría una cuestión referida a la idea de *mutuo respeto*. La idea es que, aun en el caso de que contemos con un Estado responsable de crear situaciones de marginación y miseria, los más afectados no deberían considerar que tienen una *carta blanca* para actuar como les place contra las autoridades públicas y contra los demás particulares. La afirmación según la cual los más desaventajados, dadas ciertas circunstancias, no tienen un deber general de obediencia al derecho, no significa que ellos no deban sentirse constreñidos por ningún principio moral —que no tengan ciertos deberes básicos que cumplimentar frente a los demás—. Aun en situaciones tales, permanecen vigentes lo que podríamos llamar deberes de humanidad (relacionados con lo que John Rawls ha llamado “deberes naturales” (Rawls, 1971:sec. 19, 51), es decir, deberes morales, no-legales, asociados con las ideas de respeto y reciprocidad¹⁸.

17. Podría ocurrir, por lo demás, que ciertos grupos cayeran bajo el escalón del bienestar mínimo como resultado de su propia falta (i.e., como resultado de su afición al juego), mientras contaban con razonables oportunidades para actuar de un modo diferente. Aquí no me ocupo, sin embargo, del modo en que correspondería frente a todo este tipo de situaciones (i.e., si se deberían hacer todos los esfuerzos posibles para asegurar, a pesar de todo, las necesidades básicas de los individuos en cuestión).

18. De todos modos, convendría aclarar que en la perpetuación de las situaciones de extrema injusticia el gobierno nunca está solo. Debe reconocerse siempre la presencia de grupos que se benefician, directa o indirectamente, de tales situa-

En tercer lugar, quisiera referirme a lo que llamaré la cuestión de *vínculo* o *nexo*. El tema es, en este caso, que aquellos que carecen de ciertos bienes básicos tienen menos razones para cooperar con el derecho en aquellas áreas directamente vinculadas con las desventajas que sufren. Para decirlo con un ejemplo, puede ser razonable para ellos no pagar los impuestos que son usados para mantener un orden legal que trabaja en su contra, pero irrazonable cruzar un semáforo en rojo cuando no se encuentran forzados a hacerlo.

En cuarto lugar, quisiera aludir a una cuestión de *proporcionalidad*. Tal como sabemos, una mayoría de sistemas legales se niegan a castigar a aquellos que hurtan comida para su propio consumo, cuando éstos se encuentran en una situación de extrema necesidad. La discusión arriba presentada podría justificar otras quiebras del derecho (i.e., la ocupación de tierras o casas sin uso) en casos también extremos. Sin embargo, esta re-conceptualización del derecho no debería impedirnos tomar en cuenta cuestiones de proporcionalidad. Típicamente, la decisión de dañar severamente a aquel que se niega a reconocerles el derecho de ocupar la tierra que ocupan, o la de destruir el local de donde se han apropiado de alimentos deberían ser consideradas, en principio, como decisiones injustificadas. La desgracia que envuelve a los más desaventajados no debe llevarles a imponer sacrificios innecesarios sobre el resto de la comunidad. Sus desafíos al derecho deben ser, en tal sentido, tan poco costosos como sea posible.

ciones de injusticia, y que en consecuencia no hacen nada (pudiendo hacerlo) para remediarlas (u obran directamente para mantener el *statu quo*). Pogge (2001) analiza nuestras responsabilidades colectivas en el mantenimiento de severas injusticias a nivel internacional.

Últimas consideraciones

En esta última sección, quisiera ocuparme de algunas cuestiones de las que todavía no me he ocupado y que considero relevantes para este estudio. En primer lugar, quisiera enfrentar la pregunta acerca de si estos comentarios sobre el derecho de resistencia dicen algo en torno a casos como los mencionados en la apertura de este trabajo. Mi respuesta es, en principio, que no dicen demasiado, sobre todo en razón de la necesidad de refinar nuestro conocimiento acerca de la historia y la política de los países citados, antes de adelantar respuestas específicas respecto de los problemas sociales que allí suceden. De todos modos, aun en esta etapa tan preliminar, considero que es posible presentar algunas sugerencias de interés. Ante todo, entiendo que el análisis previo nos alienta a mirar los casos en cuestión de un modo diferente. Así, podría decirse, miraríamos a los mismos de modo equivocado si sólo nos fijáramos en los reclamos particulares de quienes protestan (i.e., sus reclamos en contra de un proceso de privatizaciones, como en Bolivia; sus reclamos en contra de los banqueros, como en la Argentina), sin tomar en cuenta lo que tales protestas nos dicen acerca del sistema institucional dentro del cual ellas ocurren (i.e., la dificultad de la gente para promover ciertos cambios políticos a través del uso de herramientas legales). También perderíamos algo importante si insistiéramos en mirar al derecho desde la perspectiva de ciudadanos bien integrados, y no desde el punto de vista de los más desaventajados (alternativa esta última sugerida por John Rawls). A su vez, creo que actuaríamos de un modo impropio si propusiéramos dejar de lado el valor de tales protestas como consecuencia de las motivaciones "egoistas" o "interesadas"

de muchos de sus líderes, ignorando el hecho de que existen legítimos intereses en juego, que resultan sistemáticamente afectados por el Estado.

En segundo lugar, y luego de haber reconocido algunas de las consecuencias que se siguen luego de considerar la pobreza como la violación de derechos humanos —consecuencias que pueden incluir la activación de un derecho a resistir el derecho—, deberíamos preguntarnos si tiene sentido seguir insistiendo en dicha calificación. Mi respuesta es que sí. Y respondo de este modo porque comparto la actitud de fuerte *confianza* que autores como John Locke o Thomas Jefferson mostraron hacia sus conciudadanos —una actitud que resultaba asociada, en ambos casos, con presupuestos igualitarios sobre las capacidades y la dignidad de la gente. Como ellos, quisiera resistir una actitud muy común en muchos enfoques contemporáneos sobre la materia, a partir de la cual se examinan los casos de desobediencia al derecho como si fueran realizados por sujetos que, simplemente, quieren tomar ventaja de los esfuerzos de los demás. Rechazo, en tal sentido, las posturas que describen a quienes violan la ley (en circunstancias como las referidas) como meros “parásitos” o aprovechadores. Contra dicha actitud, por ejemplo, John Locke sostenía que cuando el gobierno se comprometía sinceramente a respetar los derechos individuales, entonces el pueblo tendía a reconocer y a honrar tales esfuerzos (Locke, 1988:405)¹⁹. Para él, el pueblo estaba “más dispuesto a sufrir” que a comprometerse en acciones de rebeldía contra el gobierno (Locke, 1988:417-8). Encontramos una actitud similar

19. Siempre podía existir algún “espíritu turbulento” destinado a cambiar el orden de las cosas indebidamente, pero en esos casos —anuncia— el aventurero estaba sujeto a su “ruina y pérdida” (Locke, 1988).

reflejada en la Declaración de la Independencia norteamericana, en donde Jefferson mantuvo que:

*"...la experiencia ha demostrado que la humanidad está más dispuesta a sufrir (cuando es posible hacerlo) que a corregir dicha situación por sí misma, aboliendo las formas a las que está acostumbrada"*²⁰.

Estos reclamos —obviamente, reclamos empíricos y vinculados a tiempos y culturas particulares— pueden resultar, todavía hoy, valiosos como presupuestos y puntos de partida en nuestras discusiones al respecto²¹. Tiene sentido que comencemos nuestras reflexiones en la materia reconociendo que quienes viven en situaciones de miseria extrema quieren, sobre todo, vivir de forma más digna (antes que vivir aprovechándose de los esfuerzos de los demás, u obteniendo ventajas de su situación de miseria).

Debido a esa actitud de confianza, autores como Locke o Jefferson miraron a estas situaciones de disrupción legal con amplitud. Para ambos, tales situaciones venían a señalar las profundas deficiencias que caracterizaban a la vida política de sus comunidades. A resultas de ello, trataron de no limitarse a condenar tales quiebras del orden legal. Jefferson, en particular, presentó su postura al respecto en momentos en donde ya existían herramientas institucionales capaces de promover cambios de un modo "legal". Para él, las disrupciones sobre el orden legal resultaban

20. En un sentido similar, contemporáneamente, sostuvo que la desobediencia civil debía ser vista como "uno de los elementos estabilizadores de un sistema constitucional" (Rawls, 1971:383; 385).

21. Aunque seguramente es más importante, como diría Rawls, esforzarse por construir una cultura en donde esas actitudes resulten siempre verdaderas.

situaciones desafortunadas, en razón de los graves costos que traían consigo, pero al mismo tiempo eran situaciones valiosas, porque ayudaban a mantener al gobierno dentro de sus límites, y a los ciudadanos involucrados en cuestiones que les concernían. En este sentido es que se refirió a tales disrupciones como "*medicinas necesarias para la salud de la república*" (Jefferson, 1999:108)²². Consecuentemente, Jefferson sugería restringir el uso del aparato coercitivo del Estado contra los "violadores" del derecho a partir de razones vinculadas, finalmente, con el valor público de las acciones en cuestión. Para él, era importante mantener a los ciudadanos activadamente involucrados en la vida pública (en lugar de desalentarlos a través de la imposición de penas); era necesario mantener al gobierno bajo críticas permanentes; y era crucial, también, que los representantes sintieran el peso de la responsabilidad que estaba a su cargo.

Por supuesto, no es fácil seguir a autores como los citados en sus discusiones sobre los límites del derecho. Por un lado, es esperable que en las situaciones más graves, aquellas en donde prima la alienación legal, las condiciones sean las menos apropiadas para la deliberación individual y colectiva —dada la carencia de foros colectivos apropiados, y la forma en que el dinero y el poder político pueden interferir con una comunicación pública transparente—. Por otro lado, la reflexión acerca de "cómo debe responder" el poder público frente a las disrupciones del orden legal resulta muy problemática: ¿es que, acaso, puede "proponerse" que el Estado actúe de tal o cual modo, cuando se

22. Para él, por tanto, debía actuarse muy cuidadosamente frente a tales hechos, dado que la penalización severa de los mismos podía implicar "*la supresión de la única salvaguarda de la libertad pública*" (Jefferson 1999, 153-4).

asume al mismo como un Estado fundamentalmente viciado? Las reflexiones al respecto resultan entonces obviamente complicadas. Sin embargo, éste y no otro es el marco en el que debemos movernos. Sabemos, al menos, que autores como Locke o Jefferson, reflexionando acerca de la resistencia a la autoridad, al igual que muchos de los que contemporáneamente han reflexionado sobre la desobediencia civil o la objeción de conciencia, reconocieron la posibilidad de estas dificultades radicales y dieron respuestas meditadas, aunque siempre tentativas, acerca de cómo reaccionar frente a tales casos. Hoy, frente a dificultades de gravedad semejante, no podemos sino hacer lo propio: estamos obligados a enfrentar tales dificultades, y a proponer las mejores soluciones imaginables frente a las mismas. Obligados a pensar frente a las urgencias sociales existentes, contamos al menos con una ventaja sobre nuestros antecesores. Dicha ventaja reside en la vasta reflexión teórica acumulada en todos estos siglos, en donde podemos apoyarnos para construir respuestas que hoy vuelven a ser imperiosas.

Referencias bibliográficas

- BEDAU, H. (1961) "On Civil Disobedience", *Journal of Philosophy*, vol. 58, 661.
- COHEN, M. (1972) "Liberalism and Disobedience", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 1, n. 3, 283-314.
- COMBESON, F. (1963) *A History of Philosophy. The Revival of Platonism to Suárez*, New York: Insigne Books.
- DREZE, J. y SEN, A. (1989) *Hunger and Public Action*, Oxford: Clarendon Press, 20.
- DUNN, J. (1969) *The Political Thought of John Locke*, Cambridge: Cambridge University Press, 179.

- DWORKIN, R. (1985) *A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press, 105.
- ELSTER, J. (1985) *Making Sense of Marx*, Cambridge: Cambridge University Press.
- FILMER, R. (1991) *Patriarcha and Other Writings*, Cambridge: Cambridge University Press.
- HAMILTON, B. (1963) *Political Thought in Sixteenth-Century Spain*, Oxford: Clarendon Press.
- JEFFERSON, T. (1999) *Political Writings*, Cambridge: Cambridge University Press.
- KNOX, J. (1994) *On Rebellion*, Cambridge: Cambridge University Press.
- LINDER, R. (1966) "Pierre Viret and the Sixteenth-Century French Protestant Revolutionary Tradition", *The Journal of Modern History*, vol. xxxviii, n. 2, 125-6.
- LOCKE, J. (1988) *Two Treatises of Government*, Cambridge: Cambridge University Press, 405, sec. 210.
- MARX, K. (1968) *Manuscritos: economía y filosofía*, Madrid: Alianza Editorial [trad. de Francisco Rubio Llorente], pp. 105-6.
- MARX, K. (2000) *Selected Writings*, Oxford: Oxford University Press [seleccionado por D. McLellan].
- NUSSBAUM, M. (2000) *Women and Human Development*, Cambridge: Cambridge University Press.
- POGGE, T. (2001) "Priorities of Global Justice", en: T. Pogge, ed., *Global Injustice*, Oxford: Blackwell, 7.
- POGGE, T. (2003) *World Poverty and Human Rights*, Cambridge: Polity Press.
- RAWLS, J. (1971) *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press, 363.
- RUGIER, Z. (1964) "Gerson, the Conciliar Movement and the Right of Resistance", *Journal of the History of Ideas*, vol. 25, n. 4, 467-486;
- SELIGER, M. (1991) "Locke's Theory of Revolutionary Ac-

tion", in: R. Aschcraft ed., *John Locke. Critical Assessments*, vol. 3, New York: Routledge, 603.

SKINNER, Q. (1978) *The Foundations of Modern Political Thought*, vol. 2, Cambridge: Cambridge University Press.

SUÁREZ, F. (1944) *Selections from Three Works*, Oxford: Clarendon Press.

Derecho general a la resistencia y derecho a la rebelión

~ FERNANDO AGUIAR ~

En los artículos de marcado carácter social de la Constitución española de 1978 no sólo se asegura, entre otras cosas, que los españoles tienen derecho a un trabajo remunerado de forma suficiente para satisfacer sus necesidades, así como a una vivienda digna y adecuada, sino que se insta a los poderes públicos a que proporcionen los medios necesarios para que tales derechos se hagan efectivos¹. Además, esos mismos poderes deben fomentar una integración social, política y económica plena de los ciudadanos españoles removiendo para ello los obstáculos que impidan su plena participación política y social y favoreciendo una distribución económica "más equitativa"². Como

1. *"Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo"* (Artículo 35.1). *"Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación"* (Artículo 47).
2. *"Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política,*

otras muchas constituciones actuales, la española de 1978, que contó con un respaldo mayoritario, no se limita a establecer formalmente los derechos sociales y económicos de los ciudadanos, sino que exige a los poderes públicos que satisfagan esos derechos.

En un país de la Unión Europea como España, los derechos sociales y económicos de ciudadanos y residentes que garantiza la Constitución están razonablemente bien cubiertos, en comparación con otros muchos países del mundo, mediante políticas educativas, sanitarias, de empleo, contra la pobreza, etc., propias de los modernos Estados de bienestar. Los ciudadanos pueden exigir, además, el cumplimiento de dichas políticas mediante los más diversos medios de participación social y política, lo que asegura su integración. Sin embargo, a nadie se le escapa que incluso en un país rico de la Unión Europea como España se dan situaciones de pobreza y marginación. En el año 2000, el 4,5% de los hogares españoles se encontraba en una situación de pobreza severa³; los recursos del Estado de bienestar apenas les llegaban, y su participación política y social era nula. Además, el ordenamiento jurídico español impide expresamente que, agotadas todas las vías legales, esas personas puedan aliviar su situación adoptando medidas de re-

económica, cultural y social" (Artículo 9.2). *"Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo"* (Artículo 40.1).

3. Es decir, vivían con menos del 25% de la renta media familiar disponible, lo que equivale a menos de 212 euros al mes. Véase <<http://www.fundacionmujeres.es/foae/secciones/estudio/estudioindex.htm>>.

sistencia activa que hagan efectivos los derechos que la Constitución les otorga. Una persona o una familia que, por ejemplo, carezcan de una vivienda digna y adecuada no podrán ocupar un local o una vivienda que lleve décadas desocupados, pues el código penal tipifica esa acción como delito⁴. Según Roberto Gargarella, en tales circunstancias cabe pensar que dichas personas están alienadas legalmente y tienen derecho *moral* a la resistencia; tienen derecho, en otras palabras, a desobedecer al derecho, dado que el "orden legal no les ha asegurado la protección que necesitaban contra los daños más severos que [sufren]" (p. 37).

Ahora bien, para considerar que un grupo de personas está legalmente alienado se tendrían que dar, en opinión de Gargarella, dos condiciones: una sustantiva y otra procedimental. Según la primera condición, una persona o un grupo de personas están alienadas legalmente cuando el entramado institucional de su sociedad no articula los medios para satisfacer sus necesidades básicas. La condición procedimental supone, por su parte, que existe alienación cuando dicho entramado no surge como resultado de un proceso en el que los ciudadanos participan de forma activa y efectiva⁵. Aunque la mayoría de los ciudadanos de

4. "El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificios ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses" (Artículo 245.2 del Código Penal). La ocupación pacífica de viviendas se tipificó en España como delito en 1995. Ahora bien, en franca oposición a este artículo los jueces de tinte progresista utilizan los recursos legales a su disposición para impedir que quien ocupa una vivienda por necesidad sea multado (agradezco a Horacio Roldán, profesor de Derecho Penal de la Universidad de Córdoba, España, la información tan detallada que me dio sobre esta cuestión).

5. Creo que esta aproximación a la condición sustantiva y a la

los países democráticos se hallan, según Gargarella, en una situación de integración legal, aún hay muchas personas en esos países que carecen de lo más básico y que están social y políticamente excluidas, lo que les hace sufrir una clara alienación legal. Esas personas tienen derecho moral a desobedecer al derecho; esto es, tienen derecho a no acatar aquellas leyes, y sólo aquellas, que contribuyen a perpetuar su situación. Dicho derecho a la resistencia no implica para Gargarella el derecho a la rebelión, al menos en los países democráticos, pues se trata de una respuesta que debe ser proporcional al fin que se busca (la satisfacción de necesidades, no la destrucción de la propiedad privada, por ejemplo), y respetuosa con otras leyes no relacionadas con el problema.

En su interesante artículo, Roberto Gargarella concibe el derecho a la resistencia, pues, de forma restrictiva. En primer lugar, sólo es legítimo cuando se dan a la vez las dos condiciones que definen la alienación legal, y, en segundo lugar, ese derecho no permite trastocar todo el sistema institucional. Así, por ejemplo, en el caso español sólo las personas que padezcan pobreza

procedimental se ajusta bien a lo que quiere decir Gargarella, quien realiza una reconstrucción de ambos conceptos más histórica que analítica. El hecho de que su reconstrucción sea sobre todo histórica parece que le lleva, sin embargo, a ser algo impreciso en alguna ocasión. Así, por ejemplo, en la página 25 se hace referencia a las "ofensas sustantivas" de las autoridades inglesas respecto de los americanos. Esas ofensas tendrían que ver con el deterioro de las condiciones de vida de los americanos (condición sustantiva). Mas, acto seguido, Gargarella afirma que "dentro de tales ofensas... destacaba una en particular, referida al derecho de los americanos al autogobierno". La violación de ese derecho tiene que ver, sin embargo, con la condición procedimental. Ahora bien, pese a ambigüedades como ésta, el sentido de las condiciones resulta claro a lo largo del texto.

severa tendrán derecho a la resistencia, pues sólo en ellas se cumplen ambas condiciones. Mas, a tenor de la propuesta de Gargarella, ese derecho moral no les permite ejercer una resistencia generalizada contra el sistema político español para cambiarlo, pues dicho sistema ha sido avalado mayoritariamente por los españoles. Sin embargo, en lo que sigue veremos que pese a las precauciones que toma Roberto Gargarella, su propuesta no excluye la posible justificación de un derecho general a la resistencia, así como la justificación de la rebelión. Lo primero se deduce de la respuesta que daré a las siguientes preguntas: ¿qué ocurre si sólo se da una de las condiciones de la alienación legal y no las dos? Y ¿qué ocurre si no se cumple ninguna de las dos condiciones? Lo segundo se desprende de la siguiente cuestión: ¿qué ocurre si la pobreza alcanza a la mitad de la población?

Supongamos que no se cumple la condición sustantiva, pero sí se cumple la procedimental. Si he interpretado bien a Gargarella, que la condición sustantiva no se cumpla significa que el orden legal *no* inflige ofensas severas contra la población, al menos desde el punto de vista de la satisfacción de necesidades. Que la condición procedimental se cumpla supone, por su parte, que el orden legal *sí* inflige ofensas severas a la población, al menos en lo que se refiere a su participación en el proceso que da lugar a dicho orden legal. En otras palabras, se trataría de una situación en la que las necesidades básicas están cubiertas pero la población se encuentra políticamente excluida. Cuando en 1989 los estudiantes chinos se rebelaron en la plaza de Tiananmen para exigir mayor libertad, el orden de cosas que querían cambiar era, precisamente, el que describimos aquí. La situación de esos estudiantes —como la que se da en muchas provincias chinas en

las que el crecimiento económico es espectacular—, nada tenía que ver con la pobreza y, sin embargo, parece difícil negarles el derecho moral a la resistencia. La rebelión de las colonias norteamericanas contra la metrópoli inglesa nos ofrece, por otra parte, un ejemplo histórico de una situación en la que se cumpliría la condición procedimental pero no la sustantiva. Los colonos no se opusieron a Inglaterra por su situación de carencia extrema, sino para tomar los asuntos en sus propias manos. Padeían un caso claro de alienación legal, pero lo padecían porque su ordenamiento legal era el resultado de un proceso en el que no estaban plenamente involucrados, no porque se cumpliera la condición sustantiva de Gargarella. Estos ejemplos parecen demostrar, pues, que el derecho a la resistencia es posible cuando se cumple sólo una condición, en este caso la procedimental.

Quizá Roberto Gargarella pueda alegar que en su texto no se excluye que otros grupos específicos —colonos, estudiantes chinos, mujeres discriminadas, etc.— no puedan tener el derecho a la resistencia que él defiende para los grupos que carecen de bienes básicos. Pero entonces tendrá que admitir que según el grupo del que se trate se cumplirán las dos condiciones que establece o sólo una, y tendrá que admitir también que si hay ocasiones en las que basta que se cumpla la condición procedimental para aceptar el derecho moral a la resistencia, ese derecho se podrá extender, en muchos países, a un gran número de grupos específicos.

Por otra parte, dados los ejemplos que he utilizado, quizás Gargarella considere que su defensa del derecho a la resistencia se refiere sólo a países democráticos. El caso de China y la revuelta de 1989 estarían, pues, fuera de lugar, pues se trata de un sistema opresor en el que resulta indudablemente legítima la resistencia, incluso

aunque la gente tuviera cubiertas sus necesidades. En China, donde no todo el mundo tiene sus necesidades cubiertas, tendría derecho a la resistencia el campesino más pobre y el ciudadano más rico del cantón más próspero. Pero entonces Gargarella debería advertir con mayor claridad que, a su entender, en los países democráticos sólo se produce alienación legal cuando se dan las dos condiciones a la vez, la sustantiva y la procedimental, y que eso supone reducir el derecho a la resistencia a un solo grupo específico, a saber, el de las personas en situación de carencia extrema. Mas esta restricción me parece que no está justificada, pues resulta obvio que en las democracias actuales se dan situaciones de alienación legal antidemocrática en las que la condición sustantiva de Gargarella no se cumple, en las que se cumple sólo la procedimental, y en las que no resultaría difícil defender un derecho moral a la resistencia para grupos que no se encuentran en situaciones de carencia extrema.

¿Qué ocurriría, por otro lado, si en una sociedad se cumpliera la condición sustantiva de Gargarella pero no la procedimental? Se trataría sin duda de una extraña sociedad. Se trataría de una sociedad en la que el entramado institucional —económico y legal— inflige cargas u ofensas severas a la población o a parte de ella, pero esa población estaría involucrada de modo significativo en el proceso que dio como resultado la instauración de dicho sistema institucional. En otras palabras, la población habría participado plenamente en el orden legal que ahora perjudica a todo el mundo o a una parte de la población. Caben dos posibilidades aquí: que ese ordenamiento sea revisable o que no lo sea. Si no lo es, el derecho a la resistencia sería legítimo. Si es revisable no lo sería, porque los ciudadanos podrían cambiar aquello que les perjudica. Este caso

hace pensar que el mayor peso en la definición de la alienación legal y, por lo tanto, en la aceptación del derecho a la resistencia, cae del lado de la condición procedimental más que de la sustantiva. Si esto es así, si la condición procedimental es la que justifica en última instancia el derecho de resistencia, habrá que aceptar que se trata de una condición generalizable a grupos que no se hallan en situación de carencia extrema.

¿Ante qué situación nos hallamos, por último, si no se cumple ninguna de las dos condiciones? A tenor de lo que Roberto Gargarella propone en su artículo, la respuesta es inmediata: no existe derecho a la resistencia. Pero no vayamos tan rápido y detengámonos un poco más en este caso. Hemos visto que Gargarella insiste en que un grupo específico que se encuentre en una situación de carencia extrema y legalmente alienado tiene derecho *moral* a la resistencia, tiene derecho moral a desobedecer al derecho. Los derechos morales genuinos generan obligaciones morales. El derecho moral de una persona a recibir un trato digno, por ejemplo, obliga a los demás a tratarla dignamente. El derecho moral de una persona a no ser esclavizada obliga a las demás a no esclavizarla (y la tipificación legal de esa obligación y de ese derecho supone que el sistema jurídico castigará a quien esclavice a otra persona). No puede ser de otra forma si no se quiere que el derecho moral esté vacío de contenido. Si un grupo específico de personas que se encuentran en una situación de carencia extrema tiene derecho a la resistencia, otras personas pueden considerar que tienen la obligación moral de respaldar esa resistencia si el Estado no hace nada por aliviar la situación de quienes no tienen cubiertas sus necesidades. Una persona legalmente integrada no tiene derecho a ocupar una

vivienda si ya posee una, pero puede ayudar a otros a ocuparla violando así la norma legal. Una persona integrada legalmente puede tratar de cambiar el orden legal que esclaviza a otros seres humanos, tanto por medios legales como por medios ilegales. De hecho, a menudo muchas personas que no padecían alienación legal hicieron suyo, como una obligación moral, el derecho a la resistencia para mejorar la situación de quienes sí padecían dicha alienación. De esta forma, cabría plantear un derecho general a la resistencia entendido como el derecho moral de quien padece de forma directa la alienación legal (en situaciones de carencia extrema o no) y como la obligación moral de respaldar activamente ese derecho por parte de quienes están legalmente integrados. Si en el caso de estos últimos las condiciones sustantiva y procedimental no se cumplen, eso no implica que no puedan desobedecer al derecho en solidaridad con otras personas o grupos específicos. No hay, desde luego, nada en la propuesta de Roberto Gargarella que lo impida.

El carácter cuantitativo de la tercera pregunta que me hacía facilita una respuesta más directa. Si el 4,5% de los hogares españoles que se encuentra en una situación de pobreza severa ejerciera su derecho moral a la resistencia se crearía sin duda un clima social de enorme tensión. Pero, ¿y si ese derecho moral se ejerciera en un país en el que la mitad de la población viviera por debajo de la línea de la pobreza? ¿Qué ocurriría si la mitad de la población pobre, y quienes le dan su apoyo, se negaran a obedecer al derecho *como un todo*, en palabras de Gargarella, porque tienen dificultades frente al *derecho como un todo*? ¿Qué ocurriría si, por ejemplo, esa mayoría de la población, aun aceptando el derecho a la propiedad privada, le impusiera severos límites con su resistencia pasiva y activa? ¿Y qué si se

el de la
resistencia

negara a aceptar decisiones judiciales que le perjudican en la satisfacción de sus necesidades básicas? ¿O si esa mayoría asaltara de forma pacífica farmacias y hospitales para conseguir medicamentos imprescindibles para la salud, supermercados para obtener comida y tierras baldías para trabajarlas? El ejercicio colectivo del derecho moral a la resistencia en países pobres –y no tan pobres– no se distinguiría mucho de un derecho a la rebelión, dadas las profundas consecuencias que tendría para el sistema institucional. No es ésta la conclusión a la que parece querer llegar Roberto Gargarella, pero tampoco veo cómo puede evitarla (ni creo que deba evitarla) una vez que ha sentado las bases del derecho moral a la resistencia en situaciones de carencia extrema.

Protestas sociales: ¿violación o reivindicación del derecho?¹

— MARCELO ALEGRE —

— I —

Introducción

En su trabajo, Gargarella reconoce que las protestas sociales y políticas pueden adoptar las formas más diversas, pero entiende que éstas tienen en común la pertenencia a un tipo de manifestación que califica como "resistencia". Luego de rastrear en la historia del constitucionalismo los diversos enfoques sobre la resistencia a la opresión, propone la noción de alienación legal, que emerge cuando el derecho sirve a propósitos contrarios a aquellos que lo justifican. Sugiere que podrían existir diferencias ficticias que hagan menos probable la emergencia de acciones de resistencia hoy que hace cientos de años. Sin embargo, lo que a Roberto le interesa responder no es la cuestión descriptiva o predictiva acerca de la posibilidad de la resistencia en la actualidad, sino la cuestión normativa acerca de su razonabilidad. La resistencia en la actualidad es razonable y justificada, plantea, si se dan condiciones

1. He discutido algunas de las ideas incluidas aquí con Roberto Gargarella, y, además, con Paolo Bergallo, Norman Dorsen, Mariano Fernández Valle, Romina Ferman, Alberto Fohrig, Juan González Bertonea, Lucas Grosman, Jaime Malamud Gotí, Gustavo Maurino, Virginia Menéndez, Frances Olsen, Eduardo Rivera López, Carlos Rosenkrantz, Laura Saldívar y Demián Zayat.

sustantivas y procedimentales. Propone como criterio sustantivo el de la existencia de un gran número de personas viviendo por debajo de la línea de pobreza extrema. El criterio procedimental no es independiente del anterior. Antes bien, Gargarella sensatamente afirma que la mera presencia de las razones sustantivas es razón suficiente para considerar que existen graves fallas estructurales en el sistema institucional. De allí que el orden jurídico pueda ser responsabilizado por dichas privaciones. Finalmente, Gargarella especifica algunos de los cursos de acción que las víctimas podrían legítimamente adoptar, tales como rebeliones fiscales, cortes de ruta, toma de tierras improductivas, y propone algunos límites a dichas conductas. Por ejemplo, éstas deben ser toleradas solamente cuando el Estado sea responsable de la situación de pobreza extrema, y además ajustarse a ciertos "deberes naturales" que vedan causar daños gratuitamente y a un estándar de proporcionalidad que aconseja causar el menor daño posible.

Coincido en general con la premisa normativa principal del artículo: las protestas populares contra el sometimiento estructural y la pobreza extrema son moralmente legítimas. Ahora bien, un reparo preliminar se deriva de que Gargarella agrupa bajo el rótulo de "resistencia" formas muy distintas de protesta. Esto es problemático dado que en el ensayo se utiliza una noción fuerte de lo que significa resistir. Resistir es, de acuerdo al trabajo que comento, desafiar al orden jurídico-político de forma global, rebelarse contra un sistema cuya injusticia es irremediable por otras vías. De acuerdo con esta perspectiva, la objeción de conciencia o la desobediencia civil no serían actos de resistencia, ya que implican impugnaciones localizadas, específicas, parciales, contra algún aspecto

de un orden cuya legitimidad general no se impugna. Algunas de las modalidades de protesta mencionadas por Gargarella pueden ser vistas como levantamientos abiertos contra el orden establecido (el Santiagazo de 1993 podría ser un ejemplo), pero es más difícil entender a otro tipo de manifestaciones (por ejemplo, los cacerolazos de 2001) como instancias de "resistencia" en el sentido que Gargarella le asigna al término. Esta falta de distinción no afecta el argumento central de Gargarella, que es que la resistencia está justificada. Pero sí le resta claridad al aspecto sociológico del ensayo, ya que no nos permite vincular fácilmente sus consideraciones teóricas con fenómenos políticos concretos y específicos.

El segundo punto que me merece observaciones es la idea de alienación legal. El corazón de la tesis de Gargarella tampoco depende de esta idea, por lo que mis prevenciones podrían ser aceptadas (espero) sin mayor esfuerzo por el autor. Por lo tanto, comparto la primera tesis del artículo (que la injusticia propia de la imposición estructural y masiva de pobreza extrema afecta la legitimidad de los sistemas políticos y justifica cierto grado de enfrentamiento contra el orden constituido), y cuestiono dos afirmaciones secundarias (que la situación de injusticia puede caracterizarse como "alienación legal"; que las protestas populares de los últimos años son instancias de resistencia). Mis objeciones a estas dos afirmaciones están vinculadas. Una vez que exponga —en la sección II— por qué recelo de la idea de alienación legal, podré mostrar mejor por qué veo las protestas sociales a que alude Gargarella bajo una luz algo diferente, a lo que dedico la sección III. Finalmente, en la sección IV vuelco algunas conclusiones.

— II —

Alienación legal.
¿Protesta vs. Derecho?

La idea de alienación legal que expone Gargarella es una noción "objetiva"² y, por lo tanto, es independiente de la percepción o conciencia de dicha alienación (de lo que daría cuenta una noción subjetiva de alienación legal).

Esta aclaración es relevante, ya que muchos estallidos se producen en nombre y defensa del derecho, es decir, como reacción contra lo que los manifestantes perciben como violaciones groseras del derecho. En estos casos estaríamos frente a una situación *objetiva* de alienación legal y una falta de percepción subjetiva de esa alienación. Por el contrario, creo que la percepción subjetiva, en estos casos, no es falsa, ya que no es el derecho el que aliena y oprime. Si estuviera en lo cierto, la noción de alienación legal (incluso como noción objetiva) es inadecuada.

Quisiera graficar antes de intentar respaldarla. Javier Auyero (2002) enumera entre los factores que hicieron explotar a los habitantes de Santiago del Estero en los días previos al 16 de diciembre de 1993, la absolución por parte de la justicia de funcionarios acusados de actos de corrupción y (tal vez la causa principal) la falta de pago durante más de tres meses de los salarios de los empleados públicos (que a su vez representaban casi el 50% de la fuerza laboral de la provincia). En este escenario, ¿quién es el que resiste al derecho: el ciudadano que sale a la calle enfurecido contra la impunidad o los jueces venales que la consagran? ¿los docentes y otros empleados públicos que

2. Ver nota 4 del ensayo que comento.

reclaman sus salarios, o el Estado que incumple sus obligaciones al no pagarlos? En casos como éstos la pertinencia de la idea de alienación legal es discutible, ya que oscurece una de las razones más poderosas detrás de las movilizaciones populares de los últimos tiempos: la percepción de la existencia de una irrefrenable arbitrariedad en el ejercicio del poder, de una incontenible corrupción en los funcionarios públicos, y de una sistemática vulneración de la independencia de poderes, especialmente del judicial. La voz del derecho, en estas situaciones, está en boca de los que luchan en contra del poder, no en el poder. Esto nos debería llevar a ver a muchos estallidos populares no como actos de resistencia al derecho, sino de resistencia a quienes violan el derecho desde el Estado³.

Me adelanto a la réplica más natural a mi objeción, que la alienación legal aludiría al derecho tal como se presenta a través de los actos y omisiones del Estado, no a la mejor interpretación de las normas jurídicas.

3. Esta objeción se aplica también a los cacerolazos (fenómenos ahudidos por Gargarella en respaldo de su punto de vista), protestas mayoritariamente de la clase media. Buena parte de quienes maltrataban cacerolas en el verano de 2001-2002 reclamaban sus depósitos en dólares. No interesa aquí si sus reclamos eran legítimos o no. Lo que importa es que el argumento principal que se esgrimía en estas movilizaciones era que el Estado estaba violando la ley, y en particular, el derecho constitucional de propiedad de los ahorristas. Lo mismo se aplica a otros cacerolazos, como el que condenaba la entrevista concedida por el gobierno de Menem a Alfredo Yabrán en la propia Casa de Gobierno: no se manifestaba contra el derecho sino, muy por el contrario, contra lo que se percibía como una alianza mafiosa (Gargarella se centra en su ensayo a la alienación legal de quienes sufren pobreza extrema; no se ocupa de quienes están por encima del nivel de pobreza, aunque sí menciona varias veces a los cacerolazos, por lo que no resulta del todo claro si los considera o no un caso de resistencia).

Pero mi convicción es que debemos evitar la tentación de identificar al derecho con la autoridad. La razón de por qué podemos vernos tentados a esta identificación es que la concepción más simple del derecho nos la provee el convencionalismo jurídico, de acuerdo al cual el derecho es un conjunto de reglas establecidas por quienes tienen el poder para imponerlas al resto. De allí a identificar al derecho con los mandatos y decisiones de quienes ocupan el Estado hay sólo un paso. Si el derecho se reduce a cierto número de reglas positivas, bien puede identificarse con la interpretación dominante de esas reglas, y, en última instancia, con lo que sea que el Estado haga, diga o permita.

Pero el convencionalismo jurídico es una visión inadecuada del derecho, al menos del derecho constitucional moderno, el cual parte de una idea moralizada de legitimidad política. Las ideas que Gargarella lúcida-mente nos recuerda que en la antigüedad respaldaban la resistencia a la opresión, hoy están incorporadas a la noción misma de Estado de derecho. En el presente no estamos dispuestos a ver en el Estado, así como así, la encarnación del derecho. En los años del terror de Estado, esto era claro ya que el derecho no era lo que los militares ordenaban. Antes bien, sus órdenes pisoteaban el derecho. El recuerdo de las dictaduras, es decir de un Estado completamente al margen del derecho, está suficientemente vivo como para que nos resulte complicado entender que el poder político puede escindirse del orden jurídico.

Por supuesto, las formas en que el poder político puede vulnerar o apartarse del derecho en democracia son bien distintas a las formas en que el Estado viola el derecho en las dictaduras. Gargarella muestra una de estas formas: la imposición de condiciones de indigencia económicas sobre millones de personas, buena

parte niños, y la mayoría, mujeres. Ahora bien ¿qué significa que la pobreza es una violación de derechos humanos? ¿Se trata de una consideración extra-jurídica, de naturaleza exclusivamente moral, por ejemplo? Pienso que no, y que debemos entenderla como una afirmación moral y jurídica *al mismo tiempo*: en una democracia constitucional, la pobreza extrema es ilegal ya que las condiciones de legitimidad del Estado, es decir las condiciones para que un Estado merezca nuestra obediencia, no se alcanzan allí donde el Estado niega a millones de personas, a través de un orden institucional inequitativo, los recursos mínimos para conducir una vida digna.

La visión convencionalista del derecho, pues, ignora una faz del fenómeno jurídico contemporáneo, la idea de legitimidad condicionada al cumplimiento de mínimas pautas de justicia. Ahora bien, podría objetárseme que esta observación es meramente lingüística, y que simplemente se resuelve distinguiendo usos de la palabra "derecho". Así, habría un uso descriptivo o sociológico del término, y otro uso, más denso normativamente, que incluiría ciertos estándares de justicia. De acuerdo con esta objeción, no habría aquí un desacuerdo genuino, ya que Gargarella estaría empleando el término en el primer sentido, y yo en el segundo. Pero el núcleo de mi argumento es que el fenómeno jurídico se integra con estas dos caras (por un lado como expresión de poder, y por otro como aspiración de justicia), por lo que el uso puramente aséptico del término derecho es inclusive metodológicamente inadecuado, ya que fracasa en dar cuenta del hecho de que los participantes de las prácticas jurídicas presentan sus argumentos sobre la legitimidad del Estado como argumentos jurídicos, es decir como argumentos relevantes para resolver cuestiones tan propiamente ju-

rídicas como, por ejemplo, la libertad de los activistas sociales y políticos frente al ejercicio de la pretensión punitiva estatal. Por caso, el que la exclusión social y económica justifica —o exculpa— acciones que de otro modo serían delitos, es un argumento *jurídico* tendiente a convencer a los jueces penales de que deben ordenar la libertad de los militantes procesados, siendo ese deber, también, un deber jurídico, no simplemente un deber de humanidad o justicia (que por supuesto lo es).

Es importante tener en cuenta que la visión convencionalista nos coloca más cerca de asimilar el derecho con la voluntad del poder, pero que de ninguna manera esta asimilación se sigue de forma automática. En particular, aun si fuéramos convencionalistas acerca del derecho, por ejemplo al modo del positivismo clásico, tendríamos buenas razones para defender la juridicidad de muchas acciones de protesta, y, como contrapartida, para negarnos a admitir que el derecho como un todo sea un factor de opresión. Por ejemplo, en la Argentina, la Constitución consagra principios y derechos propios del constitucionalismo social⁴, y

4. Constitución Nacional Argentina, Proámbulo, Arts. 14bis, 16, 75 inc. 19. Además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también goza de jerarquía constitucional. Su Artículo 11 dice: "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, inclu-

explícitamente otorga rango constitucional a normas internacionales que ilegalizan el tipo de desigualdad extrema implicadas por la indigencia económica. Por ejemplo, el Artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que:

"...toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a... obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad".

Y el artículo 28, a su vez, consagra el derecho de toda persona

"...a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos" (esta norma consagra, según Thomas Pogge –2002–, un derecho negativo, propio del constitucionalismo clásico, a que no se nos imponga un régimen institucional injusto).

Ahora bien, es un lugar común del discurso conservador el caracterizar estas normas como "meras aspiraciones" sin relevancia jurídica alguna. La idea de alienación legal, paradójicamente, parece compartir esa visión, aunque por supuesto sin endosar-

dos programas concretos, que se necesitan para: a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logre la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades...".

la políticamente. Si, por el contrario, negáramos la subalternización que propone el constitucionalismo reaccionario respecto de los principios y reglas que fijan estándares mínimos de protección en materia socio-económica, ello nos llevaría a reconocer que el derecho no consagra la opresión (como lo supone el concepto de alienación legal), sino que, muy por el contrario, ésta ocurre al margen del derecho y, aun más, que es fundamentalmente antijurídica. Esto no implica negar que el sistema institucional no pueda ser descripto como excluyendo en forma sistemática y completa a quienes están en la pobreza extrema. Implica sí, negar que sea el derecho el que oprime y excluye. Al asimilar el derecho con el régimen institucional se abandona una herramienta discursiva y política muy poderosa: mostrar que es el poder y no sus víctimas quienes vulneran la legalidad⁵.

— III —

Protesta y Derecho

Si la visión defendida hasta aquí es correcta, entonces tendríamos razones para usar el derecho en defensa de quienes protestan, en lugar de verlo como una herramienta de sometimiento. ¿Cómo podemos dar un contenido más específico a la convicción de que las acciones de resistencia pueden ampararse en

5. Soy consciente de que mi punto de vista puede ser calificado de ingenuo desde una postura marxista ortodoxa, según la cual el derecho es una manifestación superestructural más, tendiente a estabilizar la estructura económica subyacente. Creo que el derecho es más complejo que lo que refleja esa descripción reductivista. En este punto concuerdo con Carlos Cárceva, 1998.

el derecho? En lo que resta, quisiera exponer un esquema de algunas de las estrategias posibles que veo para abordar el problema de la criminalización de los cortes de ruta (éste es sólo uno de los tipos de acciones de resistencia descritos en el trabajo de Gargarella, pero me centro en ellos por el rol prominente que ocupan en la discusión pública de los últimos años). De modo no exhaustivo analizaré algunos argumentos que podrían ofrecerse para rechazar el encarcelamiento de los piqueteros. El primero hace referencia a causas de justificación (estado de necesidad, legítima defensa). El segundo, a la protección constitucional de la libertad de expresión. El tercer argumento se basa en una interpretación del derecho de huelga. Por último, considero el argumento basado en la desobediencia civil. Aunque pienso que los cuatro enfoques son válidos, aquí expongo las reservas que los dos primeros (que son los más difundidos) me merecen y, por el contrario, me muestro más favorable a los dos últimos. De todas formas, no pretendo dar una respuesta con pretensión universal, ya que cada caso merece un análisis específico. El propósito detrás de este ejercicio es mostrar cómo el derecho puede ser visto, aun en circunstancias de extrema injusticia como un instrumento de protección (y no de alienación).

a) Estado de Necesidad. Legítima Defensa.

Se ha dicho que los piqueteros se han visto llevados por la necesidad a los cortes de ruta. Otros han apuntado al derecho que les asiste a los piqueteros a defenderse de lo que consideran una agresión (una política de exclusión, un genocidio económico, etc.). Hay casos en que la situación de necesidad se ha dado claramente (pensemos en ciudades enteras que han

colapsado por el cierre de la única fuente de trabajo y actividad económica). Más difícil aun resulta procesar la idea de una legítima defensa, porque la agresión que los piqueteros denuncian es diferente al tipo de agresión que el derecho penal entiende como habilitando una legítima defensa.

La dificultad con este primer grupo de defensas es su carácter contingente. Estas defensas dependen, para que prosperen, de hechos *límite*, los que, una vez superados, dejan a la protesta desnuda de protección. Entender los cortes de ruta como algo idéntico a un robo familiar implica despojar a la práctica de su contenido político y moral. Este puede ser un costo demasiado alto para la libertad de los piqueteros, porque implica que deben presentar su lucha como una práctica a la que son llevados por la hipnosis del hambre y la desocupación, cuando la pretensión de estos movimientos va mucho más allá. Sin embargo, es probable que estas defensas sean aplicables en algunos casos, dado que los límites entre la necesidad y la lucha política se hacen más tenués entre los sectores más desaventajados económicamente.

b) ¿Libertad de expresión?

Otra posible aproximación al problema radica en ver a los cortes como un ejercicio de la libertad de expresión. Creo que esta visión coloca a la práctica bajo una luz mejor a la anterior, sobre todo porque enfatiza el carácter *político* de la protesta. Pero esta estrategia tiene sus puntos débiles, y el que creo más grave se vincula con el requerimiento de *neutralidad*: consideramos que una práctica merece la protección constitucional de la libertad de expresión con prescindencia de su contenido. Pero me parece claro que la poca o mucha tolerancia que provocan los cortes de

ruta no se deriva de la existencia de gente que quiere expresarse, sino del contenido de la expresión. En otras palabras, bajo la libertad de expresión, las expresiones frívolas o pasibles de ser calificadas como irrazonables o manifiestamente falsas están protegidas de todos modos. Si cortar una ruta estuviera permitido por ser la expresión de una idea, entonces deberíamos tolerar, lo que me parece absurdo, que se corte una ruta para manifestar cualquier opinión o punto de vista (para anunciar el fin del mundo, o exigir el despido del técnico de la selección, etc.).

Otra forma en que se apela a la protección privilegiada que la expresión recibe en nuestro sistema constitucional apunta a la falta de acceso a foros públicos de los que protestan. De acuerdo con esta perspectiva, los cortes de ruta son una conducta expresiva que merece tutelarse, dado que la voz de los sectores representados en la protesta sufre de una marginación absoluta. Ante la falta de foros en que los reclamos de los desocupados puedan ser escuchados, los cortes de ruta son una forma de captar la atención de una sociedad que de otros modos permanece sorda. Sin ignorar lo que hay de verdad en este argumento, señalo que su eficacia es tal vez, también, demasiado contingente. Resulta innegable que la voz de los desocupados se ha venido haciendo escuchar con fuerza creciente en los últimos años. Hoy no resulta del todo cierto que los reclamos de los excluidos no sean escuchados⁶. Sin embargo, no creo que eso sea lo relevante. Los cortes de rutas buscan algo más que transmitir un mensaje. De otro modo, la protección constitucional de la práctica no iría más allá del tiempo necesario para hacer conocer las demandas.

6. Por supuesto, me refiero a "escuchados" en el sentido de "escuchados", no de "satisfechos".

c) Los cortes de rutas y el derecho constitucional de huelga

Nuestra constitución ampara el derecho de huelga⁷. Como el ejercicio del derecho de huelga está subordinado a una condición (la de ser un trabajador empleado), en principio podría llegarse a la conclusión de que los desocupados no tienen ese derecho, sencillamente por no pertenecer a la categoría de personas que pueden hacer huelga. Pero si entendemos al derecho de huelga como el derecho a interferir en cierta medida con la vida económica (de una empresa, zona, o región en particular o del país en general, en el caso de un paro general) en defensa de derechos (usualmente sociales y económicos, pero eventualmente también políticos y civiles), entonces resultaría arbitrario negar el derecho al tipo de interferencia que una huelga supone a quienes carecen de trabajo. Sería sorprendente que los jueces protegieran el derecho a interferir con la producción a quienes defienden su salario o condiciones de empleo, y que se lo nieguen a quienes perdieron su salario y su empleo, o a quienes se les niega sistemáticamente el acceso al trabajo. Los cortes de ruta son la huelga de los que no tienen trabajo, que acuden al corte de rutas como la forma más eficaz de presionar para mitigar la exclusión social y económica que se les impone de forma sistemática.

Una posible objeción a este argumento reposaría en la distinción entre acciones y omisiones: la huelga consiste en la omisión de trabajar, mientras que los cortes de ruta implican acciones positivas de interferir. Pero la distinción falla, ya que existen muchas modalidades de huelga que incluyen acciones y no omisiones, como la ocupación de los lugares de trabajo, la realización

7. Constitución Nacional Argentina, Art. 14bis.

de tareas alternativas a las laborales (como la difusión pública de las razones de la huelga), o la huelga "a la japonesa" en la que se trabaja más y no menos, etc, etc. Una segunda objeción se apoyaría en el hecho de que el derecho de huelga no incluye el derecho a realizar "piquetes" que impiden el acceso al trabajo de quienes no adhieren a la huelga. ¿Cómo podría estar tutelado el derecho a hacer piquetes sobre la base de una interpretación analógica del derecho de huelga cuando el propio derecho de huelga no incluye el derecho a hacer piquetes? Sin embargo, como ya expresé, el impedir el funcionamiento de los establecimientos de trabajo durante una huelga si está legalmente protegido, por lo que la prohibición de los piquetes en este contexto se deriva de la idea de proporcionalidad que Gargarella expone en su trabajo: pudiendo los huelguistas lograr su cometido de formas menos violentas, éstas y no otras son las vías permitidas. Esta limitación no se aplica a los desocupados, que deben apelar a mecanismos más intrusivos por falta de otros medios para conseguir la atención a sus reclamos.

d) Desobediencia civil

El argumento para cubrir los cortes de rutas con la protección del derecho de huelga se basa en consideraciones de igualdad: ofende la igualdad ante la ley que se permita a algunas personas realizar cierto tipo de acciones y a otras personas no, máxime cuando una de las razones básicas de su reclamo es que se las excluye de manera sistemática de la posibilidad de pertenecer al grupo al que se le reconoce ese derecho (el de los trabajadores con empleo). En mi opinión, el valor de la igualdad se ve afectado de modo más profundo aun: existe un sector de nuestra sociedad que está justificado en resistir a la autoridad, porque esa autoridad

no completa el tipo de condiciones que son necesarias para exigir obediencia, ya que violenta la obligación principal de un Estado democrático, que es la de tratar como iguales a todas las personas a quienes demanda obediencia. La discriminación estructural que sufren millones de familias, y que tiene su manifestación más palpable en la indigencia económica, erosiona la legitimidad del Estado. Los cortes de ruta son una vía de denuncia de esa legitimidad erosionada.

Entender a los cortes como instancias de desobediencia civil, es decir, como acciones de desafío a los poderes públicos como forma de llamar la atención de la sociedad sobre la existencia de injusticias profundas y de exigir políticas públicas correctivas, tiene la ventaja de otorgarle a la práctica un mayor peso deliberativo, una mayor entidad política. Hay razones para considerar que este tipo de protestas no solamente constituyen el ejercicio de derechos, sino que también resultan en un aporte a la calidad democrática. Es decir que hay razones tanto de principio como políticas para respaldar a los movimientos de resistencia. Estos pueden ser considerados como aportes para el mejoramiento a largo plazo del sistema político y jurídico, como un desafío desprolijo pero imprescindible al *statu quo*, como un invaluable aunque costoso llamado de atención sobre las injusticias estructurales con las que de otro modo estaríamos dispuestos a convivir como parte del paisaje social. En una carta a Madison, en 1787, Jefferson defendía este punto de vista (repárese en que Jefferson se refiere a las rebeliones, por lo que su opinión es aplicable a la desobediencia civil, que implica un desafío mucho menor a la legitimidad del Estado, aun con mayor fuerza).

"Creo que una pequeña rebelión de vez en cuando es algo bueno y necesario en el mundo de la

política, así como las tormentas lo son en el plano físico. Las rebeliones frustradas demuestran la existencia de violaciones de los derechos del pueblo, que son las que las producen. Esta verdad debería llevar a los gobernantes a ser tan leves en el castigo a estos levantamientos como para no llegar a desalentarlos demasiado. Es un remedio necesario para la buena salud del gobierno”⁸.

A diferencia del enfoque basado en la libertad de expresión, la defensa basada en la desobediencia civil hace depender la legitimidad de la protesta, en forma decisiva, de su contenido. Me interesa destacar algunos rasgos de la desobediencia civil tal como ha sido entendido este fenómeno históricamente y como se manifiesta en la práctica en nuestro país. En primer lugar, no se trata de una manifestación anti-sistema. Muy por el contrario, se trata de una apelación al sentido de justicia de la sociedad⁹. Los que protestan no buscan destruir al sistema, sino ser incluidos en él. En segundo lugar, se trata de un desafío localizado y parcial a las instituciones. La protesta popular en la Argentina no implica una insubordinación global frente al Estado, ni un levantamiento contra el orden político. Por el contrario, estamos frente a prácticas de desobediencia puntuales, que tienen un comienzo y un fin, un lugar de desarrollo particularizado, y que contienen demandas concretas. En otras palabras, un piquetero no es alguien que está en la clandestinidad

8. Gargarella también se refiere a este párrafo, en la nota 14 de su ensayo. Puede consultarse un texto actual en el mismo sentido de Reva Siegel (2004), disponible en <http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA.%202004/SiegelPaper/SpanishSELA2004.pdf>

9. Ver las referencias al tratamiento dado por diferentes autores, en el texto de Gargarella.

o desafiando al sistema político en su totalidad. En tercer lugar, es destacable el bajo grado de violencia desplegada en los cortes de ruta. No minimizo el tipo de interferencia que implica impedir el tránsito de personas. Eso sería mostrar insensibilidad frente a quienes sufren los cortes, que en su mayoría son personas humildes (teniendo en cuenta las zonas en que los cortes se llevan en cabo en general). Pero apelo a una simple comparación entre el grado de violencia social y política que sufrimos hoy, cuando el desempleo y el subempleo llegan al 45%, con el que existía en la década del 70, cuando no existía el desempleo, y la pobreza era del 10%.

Dos cuestiones importantes se refieren, en primer lugar, a los sujetos que tienen derecho a desobedecer, y, en segundo lugar, a si los que desobedecen deben aceptar ser penados por su conducta. ¿Quiénes están justificados en desobedecer? Se suele afirmar que solamente las víctimas de las injusticias están justificadas a desobedecer. Esto es un error. Del hecho de que las víctimas tengan el derecho a desobedecer no se sigue, en absoluto, que solamente ellas puedan hacerlo. Todos tenemos el derecho a (y tal vez el deber de) protestar. Lo contrario implicaría castigar la solidaridad y desconocer una de las implicaciones de la evaluación moral (como la que afirma la perversidad de la exclusión socio-económica): ella exige adoptar una perspectiva imparcial. No es necesario padecer los efectos de una agresión para condenarla. Del mismo modo, la injusticia de la desigualdad extrema no es un problema exclusivo de quienes la sufren en forma directa, sino que ofende y compromete a cualquiera que quiera vivir en una sociedad decente.

¿Deben aceptar los que desobedecen ser penados? Se afirma a menudo que la buena fe que mueve a la desobediencia civil exige la aceptación sumisa del cas-

tigo penal consiguiente. No veo por qué. Por supuesto, es perfectamente legítimo que, como parte de una estrategia de confrontación, los que protestan elijan aceptar ser castigados, incluso con la cárcel. Esto puede fortalecer su mensaje de cuestionamiento, ya que puede exhibir con mayor crudeza la arbitrariedad del poder y demostrar el sacrificio que los manifestantes están dispuestos a absorber, lo que denota firmeza en sus convicciones. Pero igual de legítimo es que los que desobedecen resistan los intentos del Estado de reprimir y castigar la protesta. Esto se sigue, además, de la visión defendida párrafos atrás acerca de la constitucionalidad de este tipo de protestas: si el corte de rutas en protesta por la marginación económica está protegido por la Constitución, el encarcelamiento de los manifestantes es ilegal y resulta absurdo pedirle a quienes tienen el valor de luchar contra el *status quo* que además toleren mansamente la persecución judicial.

— IV —

Conclusión

El concepto de alienación legal puede ser entendido como describiendo un estado de exclusión sistemática y estructural, como el que sufren los millones de personas condenadas a la pobreza extrema. Así entendido, es una expresión adecuada del tipo de injusticia que caracteriza a la mayoría de las sociedades latinoamericanas, y ciertamente a la argentina. Si la alienación legal se utiliza, en cambio, para responsabilizar de este tipo de dominación al orden jurídico, entonces caben varias observaciones críticas. Esta idea recae en una personificación injustificada del derecho (como un todo homogéneo investido de una voluntad uniforme)

y deja de lado que existen suficientes elementos en el orden jurídico nacional e internacional que habilitan a calificar a la exclusión estructural como antijurídica. Esta observación no es meramente lingüística, sino que influye en la cuestión crucial del carácter legal o ilegal de varias formas de protesta (entre las que se destaca el corte de rutas). La objeción se ve respaldada por el hecho de que muchas de las protestas violentas son una reacción frente a lo que se percibe como profundas violaciones al derecho.

Exploré una de las implicancias de concebir al derecho como una herramienta de protección y no de opresión, aun (y quizás especialmente) en situaciones de desigualdad extrema. Así, intenté defender la legalidad de las protestas y, centrándome en el caso de los cortes de ruta, analicé brevemente algunas de las vías posibles de encuadramiento jurídico de estas acciones, que caractericé como las huelgas de los desocupados, y de modo más general, como actos valientes de desobediencia civil protegidos por la Constitución.

Referencias bibliográficas

- AUYERO, J. (2002) "Fuego, carpas y barricadas. Retratos de la beligerancia popular en la Argentina democrática". *Nueva Sociedad* (Venezuela) 179 (Mayo-Junio).
- POGGE, T. (2002) *World Poverty and Human Rights*, Polity.
- CÁRCOVA, C. (1998) *La Opacidad del Derecho*, Ed. Trotta, Madrid.
- SINCLAIR, B. (2004) *El rol de los movimientos sociales como generadores de derecho en el derecho constitucional de los EEUU*, SELA.

¿Sufrir en silencio?

~ JOSHUA COHEN ~

Las violaciones persistentes al derecho al autogobierno o a libertades civiles básicas suspenden la obligación ciudadana de obedecer al derecho, y activan un derecho a resistir a las autoridades establecidas. Por ello es que los colonos al momento de la revolución americana, o los brasileños, argentinos o chilenos en tiempos de dictadura militar, o los hugonotes franceses, o los judíos alemanes bajo el régimen de Hitler, o los sudafricanos durante el apartheid, tenían un derecho a resistir a la autoridad bajo la que estaban sujetos.

De acuerdo con Roberto Gargarella, la "pobreza severa y sistemática" también suspende la obligación de obedecer la ley y activa un derecho de resistencia. Gargarella no especifica cuándo es que la pobreza activa tal derecho. Pero supongamos que un grupo enfrenta una situación de severa y persistente privación material (bajos ingresos y educación, alta mortalidad), y que otros en la misma sociedad viven en condiciones materiales relativamente buenas, y que el gobierno estuviese en condiciones de tomar medidas destinadas a mejorar aquellas privaciones, pero sin embargo utiliza su fuerza para mantener las condiciones existentes. Luego, y en la medida en que estas condiciones estén presentes, la obligación de obedecer resulta suspendida y aparece un derecho a resistir. No voy a preocuparme aquí por precisar el significado de términos como "severa" o "persistente", o de examinar si estas solu-

ciones nacen a partir de la existencia de privaciones en condiciones de disparidad social. Cualquiera sea el modo en que definamos estos detalles, la condición suficiente (pero no necesaria) recién mencionada expresaría lo que, en mi opinión, representa el principal objetivo del importante argumento de Gargarella: que en la moralidad política no existe base para distinguir entre el reclamo relativamente poco polémico según el cual una larga cadena de abusos —violaciones severas y sostenidas de los derechos del autogobierno o de las libertades civiles— justifican la desobediencia y la resistencia, y el reclamo más controvertido según el cual las privaciones materiales severas y sistemáticas también habilitan aquella justificación.

Estoy de acuerdo con Gargarella, por lo que, con el propósito de continuar con la línea argumental por él iniciada, quisiera especificar aquí tres puntos. Primero, voy a presentar un esquema desde el cual sostener la tesis de Gargarella sobre la pobreza y el derecho de resistencia —un esquema que se encuentra fundado en un análisis más abarcativo sobre los derechos humanos y la obligación política—. Segundo, voy a hacer un comentario referido a *quién* tiene el derecho a resistir: ésta es la única parte en donde la argumentación de Gargarella me resulta potencialmente equivocada. En tercer lugar, voy a referirme a las complejidades propias de la idea de extender el derecho de resistencia más allá de los casos estándares.

1. Derechos humanos

En primer lugar, entonces, una concepción sobre los derechos humanos incluye una serie de estándares normativos importantes, urgentes, y también univer-

sales, dado que todas las sociedades políticas deben ser evaluadas a partir de ellos, y teniendo en cuenta el modo en que tratan a sus miembros¹. Dicha concepción necesita ser expresada, al menos provisoriamente, en una lista de derechos más o menos definida. De todos modos, ella no se agota con tal enumeración, y mucho menos va a hacerlo un conjunto de normas escritas que enumere esos derechos. La concepción en juego incluye tanto una explicación acerca de los derechos que forman parte de esa lista, como también pautas para interpretarlos, expresadas típicamente en términos muy generales. De este modo, esta concepción de los derechos humanos implica una reflexión sobre por qué los derechos tienen el contenido que tienen y el modo en que dichos derechos pueden ser extendidos, interpretados y revisados. Una concepción de los derechos humanos así definida no implica, de todos modos, una serie de reglas fijas, sino que define un terreno apropiado para la argumentación política.

De acuerdo con la concepción de los derechos humanos que me resulta más plausible, la noción de *inclusión o membresía* en una sociedad política organizada provee la base de los derechos humanos. La idea de membresía es normativa y, por lo tanto, no debe ser identificada con el hecho de vivir dentro de un determinado territorio. Lo que resulta esencial para la membresía es que el bien propio sea tomado en cuenta por las instituciones políticas básicas de la sociedad: ser tratado como un miembro implica que se considere debidamente al bien de uno, tanto en el proceso de toma de decisiones (decisiones que van a tener autoridad sobre todos), como en el contenido de las mismas. Aunque los derechos humanos no se limi-

1. Esta visión aparece desarrollada en AAVV (2004:190-213), y también en AAVV (c/p).

tan a cuestiones de procedimiento –de hecho, muchos de los casos más claros de derechos humanos, como el derecho a no ser torturado o el derecho a no ser hambreado deliberadamente, nos hablan de derechos sustantivos y no procedimentales– los prerequisites del proceso colectivo de autodeterminación (incluyendo los derechos al disenso, a la libre expresión y a la libre conciencia) se encuentran sin duda entre los derechos humanos. De modo similar, los desacuerdos en torno al alcance de los derechos humanos son desacuerdos acerca de lo que es necesario para asegurar la membresía –acerca de la consideración que se debe a cada persona en una sociedad política, y acerca de cómo asegurar tal consideración bajo circunstancias particulares–.

Luego, y de acuerdo con esta teoría sobre la inclusión o la membresía, los derechos humanos no son excluyentes, divisivos, atomizantes, y contrarios a la idea de comunidad –como ocurre en las clásicas críticas a la idea de derechos–, como en las provenientes de Bentham o Marx. Por el contrario, ellos son una parcial expresión de normas de inclusión política y social.

La teoría mencionada, según creo, encaja bien con lo establecido por los principales instrumentos de derechos humanos hoy existentes. Ella aparece sugerida, en su alcance y contenido, por la Declaración Universal de Derechos Humanos y por los Pactos consiguientes –en su referencia, por ejemplo, a derechos como los de educación, trabajo, inclusión cultural, asamblea, expresión, participación–. Sin duda, algunos derechos humanos (por ejemplo, el derecho a la vida o a la seguridad personal) no se encuentran directamente vinculados a la membresía, sino que dependen de demandas básicas de humanidad, que están más allá de la idea de inclusión. Pero el pensamiento-guía detrás

de los principales instrumentos de derechos humanos existentes parece ser que una sociedad política aceptable —una sociedad que no puede ser reprochada por el modo en que trata a los individuos— debe atender al bien común de aquellos que están sujetos a sus regulaciones, a partir de una concepción del bien razonable, y asegurarles los bienes y oportunidades que ellos necesitan para poder formar parte de la sociedad política. Los reclamos en pos de los derechos humanos, entonces, vienen a identificar los bienes y oportunidades que son socialmente importantes en razón de ser requeridos para la membresía (y que, en todo caso, no son proveídos naturalmente). No dar debida consideración al bien de sus miembros, asegurándoles el acceso a los bienes y oportunidades que necesitan, implica tratar a los mismos como “outsiders”, es decir como a personas cuyo bien puede ser dejado de lado a la hora de definir normas y políticas: ellos pasan a ser personas que no cuentan, personas que no forman parte de la sociedad política.

Son varias las consideraciones que apoyan esta teoría inclusiva sobre los derechos humanos, más allá del respeto a los principales instrumentos de derechos humanos. De todos modos, la que es más pertinente en este caso es la sugerida por la idea de obligación política. Así, en un acercamiento plausible a la idea de obligación política, atender al bien común de la sociedad política, en alguna interpretación de tal bien, es algo necesario si es que las exigencias impuestas por la sociedad política pretenden tener el status de genuinas obligaciones y no el de meras imposiciones forzosas —sin una conexión con el bien común de la sociedad, la aplicación de la ley aparece como un mero ejercicio crudo del poder—. Las regulaciones no pueden imponer obligaciones de cumplimiento a menos que

reflejen una preocupación por el bien de las personas a quienes se imponen. Si esta explicación sobre la obligación política es correcta (y sin dudas es más plausible que una teoría de la obligación política más exigente que considera que entre las condiciones necesarias de las obligaciones políticas se encuentran la justicia de los procedimientos que las crean y la justicia de los resultados que producen), entonces los derechos necesarios para que los individuos sean tratados como miembros son idénticos a los derechos necesarios para que las obligaciones legalmente impuestas constituyan obligaciones genuinas.

Si la teoría de la inclusión es correcta —en parte por encajar con la idea de obligación política— entonces la visión de Gargarella según la cual la pobreza sirve para activar una resistencia justificada aparece como una consecuencia natural de la misma. Sin duda, es esencial para el bien de los miembros de la sociedad que ellos no sufran de una pobreza severa y persistente. Si otros miembros de la sociedad se encontrasen viviendo razonablemente bien, y si el gobierno pudiera, a través de las normas y políticas que crea, ayudar a remediar tales condiciones pero no lo hace —si no actúa con el evidente intento de hacerlo—, entonces puede decirse que los intereses de aquellos que sufren no están siendo debidamente considerados. En dicha situación, puede decirse que las víctimas de privaciones materiales persistentes y agudas no son tratadas como miembros de la sociedad, lo que significa que sus derechos humanos están siendo violados. Al mismo tiempo, y por la misma razón, la autoridad política no aparece favoreciendo el bien común, en ninguna interpretación razonable de la idea de bien común. Es por ello que la obligación de cumplir con el derecho resulta suspendida: como diría Locke, el gobierno está

usando la fuerza sin derecho. Está aplicando leyes y políticas que violan el derecho básico de que se tomen debidamente en cuenta los intereses de uno a la hora de crear esas leyes y esas políticas.

2. ¿El derecho de quién? ¿quién tiene el derecho de resistir en estas condiciones?

Gargarella no explora la cuestión, aunque la misma aparecía habitualmente en las tempranas discusiones sobre resistencia que él cita en su texto. Cuando el principio defendido por San Pablo ("no hay autoridad sino la de Dios: los poderes que existen son ordenados por Dios. Por lo tanto, cualquier resistencia al poder, es una resistencia a las órdenes de Dios: y aquellos que resisten deben por tanto ser condenados") perdió autoridad como argumento político, los defensores de la resistencia necesitaron definir quién era el que tenía el derecho (o la obligación) de resistir, o de autorizar la resistencia: ¿Los individuos? ¿Los magistrados inferiores? ¿La gente actuando como un todo corporativo? Y en este último caso, ¿cómo es que debería entenderse su actuación? La presentación de Gargarella sugiere fuertemente que *sólo* los mismos pobres —aquellos que sufren privaciones materiales severas y persistentes— tienen el derecho de resistir: que el derecho pertenece exclusivamente a aquellos individuos que se encuentran afectados por la autoridad, que violenta sus derechos. Sólo ellos sufren lo que él denomina "alienación legal", por lo cual la resistencia "es moralmente permisible" sólo en su caso.

Una visión alternativa, consistente con casi todo lo que Gargarella sostiene, extendería dicho derecho

a muchas otras personas. Locke sugiere esta visión en su doctrina sobre el poder ejecutivo de la ley de la naturaleza, que asigna a cada persona –aun a aquellas que no son víctimas de violaciones de derechos– un igual derecho original a castigar las violaciones del derecho natural. Las partes afectadas tienen, de modo adicional, el derecho de exigir reparaciones frente a los agravios que sufren, pero todos tienen el derecho de prevenir y castigar las conductas inaceptables –en particular las violaciones de los derechos naturales–. Esto es lo que ocurre en el estado de naturaleza descrito por Locke, y también, más tarde, en la sociedad política: cuando el gobierno invade persistentemente los derechos de algunos, nos dice Locke, viola la confianza que le prestó la gente al cederle autoridad, por lo que la responsabilidad de corregir tales faltas recae no sólo sobre las partes agraviadas, sino sobre el conjunto de la gente –tal vez actuando como un organismo corporativo a través de una convención constituyente especial–.

Hay mucho por decir acerca de esta distribución más amplia de los derechos de desobediencia y resistencia. Considérese el hecho de que cuando un gobierno ejerce poder sin derecho, lo hace empleando recursos que son de todos; considérese también que el gobierno habla en nombre de todos y que respalda la aplicación de normas que implican graves sufrimientos humanos. Bajo estas condiciones, un derecho de resistencia limitado implica que otros sean obligados a convertirse en cómplices de tales violaciones. Si el derecho de resistencia se limita de ese modo, entonces quedamos enfrentados a un conflicto político entre los pobres que tienen el derecho de resistir y el resto de la población, cuya obligación de obedecer permanece intacta. Sin duda, existen fuertes razones de estrategia

política para resistir sólo en conjunción con aquellos que sufren directamente estos agravios. Pero el principio básico de moralidad política debería ser que todos aquellos que están sujetos a las leyes sufren lo que Gargarella llama "alienación legal", dado que todos se encuentran sujetos a normas coercitivas que carecen de una justificación mínima, por lo que todos tienen entonces un derecho a desobedecer y resistir.

3. Matizaciones

Aunque una pobreza persistente y aguda establece un derecho presunto a la resistencia, permanece aún una diferencia entre este tipo de justificación de la resistencia y la que se da cuando lo que se niega son otras libertades básicas –incluyendo las libertades asociadas con la autodeterminación colectiva–. En estos últimos casos, la relación entre la ley y la violación del derecho es, en buena medida, clara y directa. En el caso del derecho a la autodeterminación, por ejemplo, resulta en una mayoría de casos muy claro qué es lo necesario para que el derecho sea respetado: el derecho a la autodeterminación colectiva se encuentra obviamente violado por la dominación colonial, mientras que pasa a ser respetado cuando se pone fin a tal dominación. El derecho a la libertad religiosa se encuentra violado cuando las prácticas religiosas de un grupo son prohibidas, y respetado cuando se pone fin a tales prohibiciones. Y el derecho a la libre expresión es violado por las regulaciones que prohíben las críticas al gobierno. Sin duda, existen casos complicados dado que el contenido de estos derechos básicos se encuentra sujeto a interpretación: ¿se viola el derecho a la libertad de expresión cuando existen normas muy

severas en contra de los escritos sediciosos? ¿O cuando el Estado controla toda la prensa escrita? Aun así, en una buena cantidad de casos nos encontramos con un conflicto claro y directo entre el contenido del derecho y derechos básicos como los mencionados.

El caso de la pobreza aguda y persistente es diferente porque estas violaciones no aparecen como el resultado directo de limitaciones impuestas legalmente: no tenemos este tipo de privaciones materiales como resultado de, por ejemplo, impuestos extraídos sólo para favorecer a un grupo. Por ello, las autoridades políticas siempre pueden decir que dicha pobreza no se debe a sus leyes y políticas, y que no puede ser remediada a través de instrumentos públicos. Ellas pueden alegar la existencia de limitaciones materiales, o referirse a la pobreza como una consecuencia no querida de políticas bien intencionadas, o como producto de las restricciones externas existentes, o como resultado de malas elecciones hechas por los propios pobres. Y dado que él no crea la pobreza, entonces no se puede decir que el hecho de que imponga ciertas normas y políticas implica el uso de fuerza sin derecho, por lo que la obligación de obedecer permanecería absolutamente intacta.

Por supuesto, estas afirmaciones pueden ser falsas y cínicas: tal vez lo sean en una mayoría de los casos. Mi punto no es que la presencia de tales reclamos socava el caso de los derechos de desobediencia y resistencia en condiciones de privaciones materiales severas y persistentes: si la pobreza es persistente y aguda, y existe junto con una gran riqueza, entonces que se insista con la idea de que la misma no puede ser remediada y que la ley y las políticas públicas no tienen responsabilidad sobre la misma va a aparecer frente a muchos (correctamente) como vacía y falsa.

De todos modos, la distinción permanece y muestra que la desobediencia y la resistencia dirigidas a evitar las privaciones van a ser, habitualmente y en la práctica, acciones más controvertidas que la desobediencia y la resistencia producidas en el nombre de derechos cuya violación resulta, de modo claro, el producto de restricciones legales. Pero el punto filosófico se mantiene: la moralidad política en sí misma no permite distinguir entre los abusos persistentes sobre el derecho al autogobierno o a las libertades civiles básicas, y las privaciones materiales agudas y sostenidas, como disparadores de un derecho a la desobediencia y resistencia.

Referencias bibliográficas

AAVV (2004) "Minimalism About Human Rights. The Most We Can Hope For?", en *The Journal of Political Philosophy*, vol. 12, n. 2, 190-213.

AAVV (e/p) "A Human Right to Democracy?", en *A Festschrift for G.A. Cohen*.

Marginación y violación de derechos sociales

~ CHRISTIAN COURTIS ~

Estos breves comentarios están dirigidos a señalar algunos puntos en los que creo que el artículo de Roberto Gargarella, cuyo sentido general comparto sustancialmente, podría mejorarse o ampliarse. Me limitaré a algunas pocas apostillas.

La primera tiene que ver con el empleo del término "alienación legal". La observación sería trivial si sólo se refiriera a la mera elección de la palabra. Sin embargo, el reconocimiento explícito del autor —en nota a pie de página— de que el término "alienación" supone cierta afiliación con el uso que de él hace Karl Marx en sus *Manuscritos económico-filosóficos* de 1844 importa al menos la consecuencia de portación del bagaje teórico del que viene revestido ese término.

Lo menos que puede decirse es que se trata de un término radicalmente controvertido, aun dentro de la propia tradición marxista¹, y que ese carácter contro-

1. Marx abandona el empleo de la categoría en sus obras de madurez. Aunque hay algún consenso sobre la relación del término "alienación" con el desarrollo de la noción de "fetichismo de la mercancía" en el Capítulo Primero del Tomo Primero de *El capital* —y con el posterior desarrollo por parte de György Lukács de la noción de "reificación"—, existe un considerable debate acerca de la continuidad o ruptura entre estas dos nociones y, en general, sobre la continuidad o ruptura teórica de la obra del joven Marx y del Marx maduro. Son apenas algunos ejemplos de este debate las tesis contrapuestas de Louis Althusser o Nicos Poulantzas por un lado —a favor de la idea de la existencia de una ruptura abrupta

vertido puede oscurecer el empleo que de él se hace —en especial cuando se trata de un concepto clave en el texto—. Mi impresión es que el alcance que Gargarella le asigna es mucho menos denso y mucho más plano que el de su uso en el andamiaje teórico propuesto por el joven Marx. En los *Manuscritos económico-filosóficos*, la alienación —o “enajenación”, como se la ha traducido con frecuencia al castellano— se vincula centralmente con el trabajo humano bajo el régimen de producción capitalista. Se trata de un rasgo definitorio —casi ontológico— del trabajo bajo ese régimen, del cual el trabajador no puede librarse en la medida en que está forzado a venderse como fuerza de trabajo y a perder el control del producto de ese trabajo. Más aun, en la medida en que —siempre de acuerdo con el primer Marx— tiene como efecto extrañar al trabajador del propio proceso productivo, del objeto que es producto de ese proceso, y aun de su propio “ser genérico” o “ser esencial” a favor del capitalista, la alienación constituye la base del sistema de dominación del capitalista sobre el trabajador².

Semejantes conclusiones distan bastante del alcance que pretende dar Gargarella al término “alienación”.

entre un Marx joven filósofo e impregnado de ideología, y un Marx maduro científico— y las de Galvano della Volpe o Umberto Cerroni, por otro —a favor de la idea de continuidad teórica y gradual enriquecimiento de la obra de Marx. Ver, por ejemplo, Althusser (1975), Cerroni (1972), Della Volpe (1975), Poulantzas (1975:135-161). Si bien existe consenso en resaltar la herencia hegeliana y feuerbachiana que carga la categoría, tampoco hay completo acuerdo sobre su alcance objetivo o subjetivo. Para un panorama de la discusión sobre el alcance de la noción de “alienación” en Marx pueden verse: Bedeschi (1975), Escamilla Hernández (1991), Gorz (1964), Israel (1988), Meszaros (1978), Piñón (1983:161-183), Pappenheim (1965), Silva (1979), Zeitling (1982).

2. Ver Marx, 1968:73-88.

Ninguno de estos tres "niveles" de extrañamiento señalados por Marx se reflejan demasiado bien en la aplicación del término a la relación de los individuos con el sistema legal. Limitándonos a los primeros dos niveles —dado el carácter ciertamente nebuloso del tercero—, parece difícil comparar el proceso productivo llevado a cabo por el trabajador, a la creación de normas jurídicas, y comparar el producto del trabajo del trabajador con las normas jurídicas. El extrañamiento señalado por Marx se refiere a *su* trabajo y al producto de *su* trabajo. Tal análisis de base materialista cuadra pésimamente mal con una concepción que sostenga que, dadas ciertas condiciones, todo ciudadano debe ser considerado al mismo tiempo autor y destinatario del derecho³ —justamente el tipo de asunción que Marx (no importa aquí si joven o maduro) critica por idealista⁴—. La distancia entre la situación analizada por Marx —referida a la enajenación del propio trabajo y de su producto— y la situación de quienes, sólo por vía de una construcción teórica que tiene mucho de metáfora —o, tal vez, de ficción política—, podrían ser considerados "autores" de las normas es evidente.

Me parece, sin embargo, que pese a la elección del término, Gargarella no pretende explotar en su trabajo el bagaje —o el lastre, como se prefiera verlo— teórico que aquel concepto trae aparejado. El propio desarrollo del artículo da alguna pista de ello: cuando en su última parte el autor ofrece algunos ejemplos de aplicaciones posibles de los criterios que propone, opone "alienación legal" a "integración legal". En este uso —bastante menos cargado teóricamente que

3. Una posición reciente e ilustrativa al respecto es la de Habermas (1999:247-258), quien reconoce raíces kantianas y rousseauianas en su análisis.

4. Ver, por ejemplo, Marx y Engels (1971:60-65); Marx y Engels (1973:26, 40-41, 73-76, 371-393).

el marxiano— el sentido del término es equivalente a “exclusión legal” o a “marginación legal”. Mi modesta proposición —para evitar los problemas de inconsistencia entre las connotaciones del concepto clave usado y su efectivo aprovechamiento en el texto— sería el reemplazo de “alienación legal” por alguno de estos dos términos.

Un segundo comentario se refiere a una cierta ambigüedad de la noción de “alienación legal” tal cual es usada por Gargarella —ambigüedad que por ende se trasladaría también al empleo de los términos “marginación legal” o “exclusión legal”—. Uno puede entender la expresión al menos en dos sentidos no totalmente compatibles.

Por un lado, se la puede entender como alienación —o exclusión, o marginación— *por medio del derecho*: esto supone una consideración material o sustantiva del derecho como medio a través del cual se produce la marginación. Importa una consideración causal del derecho como factor de exclusión. En este caso, el problema parece ser justamente el derecho: una posible estrategia política para enfrentar esta forma de alienación consistiría en combatir el derecho vigente que la hace posible.

Por otro lado, la noción puede entenderse como alienación —o marginación, o exclusión— *de los beneficios del derecho*. En este caso, el problema parecería ser el de la falta de aplicación general o falta de universalidad del derecho, y la solución consistiría más bien en extender o ampliar la aplicación del derecho a los grupos sociales que padecen la situación de alienación.

Me parece, sin embargo, que la aparente contradicción podría ser superada si se acepta la tesis de la prácticamente inevitable existencia de antinomias y

lagunas en el ordenamiento jurídico, que frustran en alguna medida los derechos fundamentales establecidos, por ejemplo, en una constitución⁵. En este sentido el derecho vendría a constituirse en medio de marginalización o exclusión justamente cuando –por la existencia de normas o prácticas incoherentes con los derechos fundamentales, o por la inexistencia de normas capaces de hacerlos efectivos– deja de lado a parte de la población de los mismos beneficios que las normas –al menos las normas constitucionales– prometen a todos. Estas incoherencias o faltas de desarrollo del orden jurídico constituyen indicios de ilegitimidad parcial de las autoridades políticas, y requieren mecanismos de denuncia, responsabilización y corrección –bajo esta óptica podría verse, por ejemplo, la resistencia analizada por Gargarella–.

El tercer comentario está relacionado con el anterior, y tiene que ver con la posibilidad de conceptualizar en términos jurídicos –y no sólo en términos morales o políticos– la situación de marginalidad o exclusión de los beneficios del derecho de ciertos grupos sociales. Me parece que esto es posible en la medida en que las bases de organización del Estado social o Estado de bienestar se hayan incluido en la constitución –sea por la vía más firme de constitucionalizar derechos sociales, tales como el derecho al trabajo, a la salud, a la educación, a la vivienda o a la alimentación, sea por la vía más cautelosa de constitucionalizar fines o metas o “principios rectores” del Estado social–.

Se trata, justamente, de la tendencia adoptada por la gran mayoría de los países de América Latina que han efectuado reformas constitucionales o adoptado nuevas constituciones en las últimas dos décadas. En

5. Ver, al respecto, la sintética formulación de Luigi Ferrajoli (1999:15-35).

este sentido, la posibilidad de calificar la situación de marginación en términos de incumplimiento con un programa de gobierno adoptado legalmente no es oblicua –como parece sugerirlo la transcripción de la opinión de Sen y Drèze que hace Gargarella–, sino directa: el Estado ha incumplido llanamente con la satisfacción de estos derechos, o con las metas establecidas por la constitución¹.

Por último, y en la misma línea de ideas, me parece que es posible traducir en términos jurídicos relativamente concretos la indicación general sobre la pobreza como situación de violación a los derechos humanos. En un sentido que profundiza la propuesta de establecimiento de parámetros objetivos de Gargarella, la pobreza puede desagregarse en indicadores referidos al tipo de bienes a cuyo acceso se ha comprometido el Estado cuando incorporó derechos sociales en la Constitución o adhirió a tratados internacionales de derechos humanos que contienen derechos económicos y sociales.

Así, la pobreza puede analizarse a partir de indicadores de acceso al trabajo, de acceso y resultados de los servicios de salud, de acceso y resultados de los servicios educativos, de acceso y resultados de las políticas alimentarias, de acceso y resultados de las formas de distribución del ingreso. Es posible construir a partir de cada derecho social indicadores que den cuenta de la situación que se toma como punto de partida, y de los subsecuentes resultados de las políticas públicas en las materias –de modo de documentar en forma más fehaciente la afirmación que atraviesa el trabajo de Gargarella, verbigracia, que existe una conexión causal entre las políticas (o la falta de políticas) esta-

1. Para una discusión al respecto, ver nuestro trabajo: Abramovich y Cortis (2002:cap. 1).

tales y la situación de marginalidad de gran parte de la población—.

Ciertamente, no puede demandarse al Estado logros imposibles: sin embargo, teniendo en cuenta una serie de herramientas conceptuales que permiten evaluar resultados de políticas públicas en términos de realización progresiva de derechos, no existen dificultades para evaluar jurídica y políticamente al Estado por no haber realizado los esfuerzos requeridos constitucionalmente, o por haber elegido los medios inadecuados para realizar los fines definidos constitucionalmente.

Referencias bibliográficas

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. (2002) *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, Madrid.
- ALTHUSSER, L. (1975) *La revolución teórica de Marx*, Siglo XXI, México.
- BEDESCHI, G. (1975) *Alienación y fetichismo en el pensamiento de Marx*, Alberto Corazón, Madrid.
- CERRONI, U. (1972) *La libertad de los modernos*, Martínez Roca, Barcelona.
- DELLA VOLPE, G. (1975) *Rousseau y Marx*, Martínez Roca, Barcelona. FERRAJOLI, L. (1999) "El derecho como sistema de garantías", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid.
- ESCAMILLA HERNÁNDEZ, J. (1991) *El concepto del derecho en el joven Marx*, Armella-UAM, México.
- GORZ, A. (1964) *Historia y enajenación*, Fondo de Cultura Económica, México.
- HABERMAS, J. (1999) "El vínculo interno entre Estado de derecho y democracia", en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Ed. Paidós, Buenos Aires.

- ISRAEL, J. (1988) *La enajenación: de Marx a la sociología moderna*, Fondo de Cultura Económica, México.
- MARX, K. (1968) *Manuscritos económico-filosóficos de 1844*, Ed. Grijalbo, México.
- MARX, K. y ENGELS, F. (1971) *El manifiesto comunista*, Instituto Cubano del Libro, La Habana.
- MARX, K. y ENGELS, F. (1973) *La ideología alemana*, Pueblos Unidos, Buenos Aires.
- MISSAROS, I. (1978) *La teoría de la enajenación en Marx*, Era, México.
- PAPPENHEIM, F. (1965) *La enajenación del hombre moderno*, Era, México.
- PIRÓN, F. (1983) "La fenomenología de la alineación y la crítica del fetichismo en el pensamiento de Hegel y Marx", en *Economía: Teoría y Política. Marx, cien años después*, UAM, México, n. 3, otoño, pp. 161-183.
- POULANTZAS, N. (1975) "Marx y el derecho moderno", en *Hegemonía y dominación en el Estado moderno*, Cuadernos de Pasado y Presente, Buenos Aires.
- SILVA, L. (1979) *La alienación en el joven Marx*, Nuestro Tiempo, México.
- ZETLING, I. (1982) *Ideología y teoría sociológica*, Ed. Amorrortu, Buenos Aires.

Sobre el derecho de resistencia en contextos de privaciones severas “¿Cómo debería reaccionar el Estado?”

~ SIRI GLOPPIN ~

“En la medida en que el derecho se encuentra causal y moralmente implicado en su sufrimiento, ciertas formas de resistencia al derecho deberían ser vistas, en principio, como moralmente permisibles” (Gargarella, p. 37).

El argumento presentado por Gargarella en torno al derecho de resistencia en situaciones de pobreza extrema es lúcido y persuasivo, además de aparecer en un momento adecuado. La argumentación termina con una pregunta, referida al modo en que el Estado debería reaccionar en tales circunstancias:

“...¿es que, acaso, puede ‘proponerse’ que el Estado actúe de tal o cual modo, cuando se asume al mismo como un Estado fundamentalmente violado?” (p. 45-46).

Gargarella sostiene, de modo convincente, que las privaciones e injusticias socio-económicas sistemáticas socavan la legitimidad del orden social y de la ley misma, y causan una situación de “alienación legal” similar a la que puede causar la sistemática violación de derechos sociales y políticos. Más aun, afirma que esta situación justifica –incluso en Estados democrá-

ticos contemporáneos, y bajo ciertas condiciones— la violación de la ley¹. Pero, por supuesto, la violación de la ley en pos de la justicia social genera dilemas. ¿Bajo qué condiciones es que las acciones ilegales pueden ser condonadas sin amenazar el mismo orden legal? ¿Cuál puede ser un enfoque consistente y viable, en este sentido? Este es el desafío que Gargarella presenta frente a políticos, jueces, y teóricos del derecho. En lo que sigue utilizaré algunos desarrollos recientes provenientes de la jurisprudencia sudafricana, con el objeto de sugerir los contornos que podría tener una actitud “más respetuosa y abierta” hacia las violaciones a la ley basadas en derechos sociales. Ante todo, sin embargo, quisiera realizar algunas aclaraciones.

En su artículo, Gargarella se refiere a una serie de casos en los que una situación de privación severa puede legitimar el quiebre del derecho, que van desde el robo de pan por parte de un pobre, a las invasiones de tierra o al no pago de impuestos por parte de los grupos desaventajados, hasta llegar a las demostraciones violentas en protesta frente a la injusticia social. Gargarella también aporta algunos criterios que pueden resultar de ayuda a los fines de distinguir entre violaciones justificadas y no justificadas de la ley. Ellos son: criterios referidos a la *escala* (que relaciona la violencia utilizada y el alcance del daño creado); la *proporcionalidad* (proporcionalidad entre la violación de la ley y su causa); la *causalidad* (referido a la responsabilidad del Estado en la creación de la injusticia);

-
1. Sosteniendo que el derecho de resistencia se encuentra bien establecido en casos de una ley injusta aprobada por regímenes no-democráticos, Gargarella limita explícitamente su discusión a regímenes que son democráticos (al menos en el sentido mínimo de celebrar elecciones libres y regulares, y respetar derechos y libertades básicas). Este es también el contexto dentro del cual se presentan mis comentarios.

el vínculo con las privaciones del caso, y **afirmación** de *mutuo respeto* como deber básico de **humanidad**.

De todos modos, el emprendimiento **no se reduce** en cuanto al reconocimiento pleno de las **diferencias** cualitativas existentes entre diferentes violaciones a la ley –diferencias que resultan relevantes para **legitimación** normativa de la violación de la ley, tanto como para reflexionar acerca de la que podría ser una respuesta adecuada por parte del Estado–. Quisiera, en este sentido, presentar cuatro distinciones principales.

En primer lugar, existe una diferencia cualitativa entre instancias en donde los individuos que son privados de sus derechos sociales básicos violan la ley, y casos en donde otros (que sufren menos privaciones) actúan en su favor². Esta diferencia en cuanto al agente resulta relevante a la hora de aplicar (o, al menos, a la hora de dar forma) al argumento de la alienación legal, tanto como a la hora de pensar en rutas alternativas al alcance de los actores. El razonamiento de Gargarella justifica directamente el primer tipo de casos –dado que los que violan la ley se encuentran fuera de la protección de la misma en lo que hace a sus derechos sociales básicos, y por lo tanto no se encuentran limitados por el “contrato social”–. Pero la justificación resulta menos clara cuando hablamos de violaciones a la ley hechas en solidaridad con las víctimas de la injusticia social. Existen argumentos para pensar una noción más amplia de alienación legal, dado que un sistema legal injusto en un sentido moral afecta negativamente a todos los que viven bajo él, y no sólo a aquellos a quienes

2. Por este argumento y el que sigue me siento en deuda con las discusiones que tuvimos en ocasión de que Gargarella presentara su trabajo en el Centro de Filosofía de la Ciencia (SVT) en Bergen, el 28 de febrero del 2005, con Anne Granberg, Gunnar Skirbekk y Alf Nilsen, entre otros

victimiza directamente. Todos tenemos el derecho —y la obligación moral— de preocuparnos por las violaciones a los derechos sociales y por la injusticia. Pero en una democracia, los individuos que no sufren de privaciones directas tienen frente a sí un abanico más amplio de acciones, por lo que no puede presumirse que esta “alienación indirecta” crea una justificación normativa para violar la ley, o genera un argumento para dar impunidad a tales acciones ilegales. Dado que en el artículo de Gargarella no encontramos tal distinción, resulta poco claro cómo y bajo qué circunstancias las violaciones al derecho pueden ser justificadas, en situaciones de “alienación indirecta”.

En segundo lugar, existe una diferencia entre casos en los cuales el acto ilegal es *restaurativo*, en cuanto a que contribuye directamente a reparar una violación de derechos humanos (como cuando personas hambrientas roban un pedazo de pan, o personas sin techo ocupan tierras), y actos ilegales *expresivos*, que buscan llamar la atención acerca de ciertas injusticias —por ejemplo, a través del bloqueo de calles, la quema de fábricas o la destrucción de instalaciones eléctricas para protestar contra una determinada política pública (acciones que por sí mismas no reparan la violación de un derecho ni alivian los males que sufren los desaventajados)³—. Mientras que los actos restaurativos ilegales pueden justificarse en ciertos casos como forma de proteger derechos humanos más valiosos, las violaciones expresivas, que no implican directamente un mejoramiento en términos de derechos sociales re-

3. En la práctica, la distinción entre estos dos casos no resultará siempre clara, a la vez que existirán siempre casos intermedios que deberán tomarse en cuenta —ciertas protestas ilegales llevadas adelante por grupos desaventajados pueden estar directamente vinculados con la satisfacción de ciertas necesidades.

sultan más difíciles de justificar. Parece más adecuado juzgarlas como se juzgan otras formas de expresión pública, valuándolas y protegiéndolas como parte de un derecho individual y colectivo a la libertad de expresión. Aunque esto no convierte en irrelevantes ni en menos dramáticas las violaciones de derechos sociales subyacentes, la efectividad y disponibilidad de canales de comunicación alternativos pasan a constituir elementos centrales a ser tenidos en cuenta. Mientras que las violaciones expresivas de la ley (como las desarrolladas por los "piqueteros" argentinos) resultan una preocupación para Gargarella, su razonamiento parece dirigido fundamentalmente a pensar las acciones restaurativas que sirven directamente para reparar violaciones de derechos sociales. Su criterio del *vínculo* —dirigido a distinguir entre formas aceptables e inaceptables de ilegalidad— parece apoyar esta línea de razonamiento. El argumento sería que:

"... aquellos que carecen de ciertos bienes básicos tienen menos razones para cooperar con el derecho en aquellas áreas directamente vinculadas con las desventajas que sufren" (p. 41).

La tercera distinción tiene que ver con el *destinatario* de la reacción por parte de los más desaventajados. Existe una diferencia entre casos en los que el daño causado por la violación de la ley son sufridos por quien de un modo decisivo intervino en la violación de derechos, y casos en los que la acción afecta negativamente a terceros (más o menos inocentes o accidentales). Dado que el Estado carga con las principales responsabilidades en lo que hace a la provisión de condiciones que aseguren el respeto, la protección y satisfacción de los derechos de todos —incluyendo los derechos sociales— las acciones que afecten a las

instituciones estatales pueden ser consideradas *prima facie* como referidas a “destinatarios apropiados” (a diferencia de las acciones que afectan a individuos o emprendimientos particulares). De todos modos, en la práctica las cuestiones son más complejas. Como sostiene Gargarella, el Estado no es siempre responsable por las privaciones o la pobreza existentes. En ocasiones, los individuos pueden ser los principales responsables de la miseria en la que viven, a pesar de la existencia de apoyo público; y las privaciones pueden persistir aun cuando el gobierno haya hecho todo lo posible para aliviar dicha situación⁴. Actores privados –por ejemplo, empresas– pueden ser también responsables directos de las privaciones que sufren algunos, y pueden constituir también, en ciertos contextos, legítimos “destinatarios” de las quejas basadas en violaciones de derechos humanos. De modo más general, en una sociedad democrática en donde se permite que persistan ciertas desigualdades sociales, los beneficiarios del sistema –y la mayoría que permite que esta situación se mantenga– también puede ser vista como cargando con una responsabilidad colectiva por tal injusticia. De allí que son pocos los que puedan considerarse inocentes. De todos modos, existe una diferencia entre las violaciones a la ley dirigidas a agentes directamente responsables de esta injusticia sistemática, y las violaciones a la ley que dañan de un modo serio a terceros “accidentales”. Basándome en el criterio de *causalidad* empleado por Gargarella –que justifica las violaciones a la ley si existe una relación causal entre el hecho de la privación y la responsabilidad estatal–, la distinción podría trazarse

4. Esto se vincula con lo que Gargarella denomina el criterio de *causalidad*, que vincula las privaciones que ocurren y la responsabilidad del Estado en la producción de las mismas.

entre acciones ilegales dirigidas a agentes directamente responsables de las privaciones existentes, y violaciones que dañan a terceros.

Finalmente, el *status jurídico* de los derechos sociales difiere en cada país. Algunos tienen listas de derechos sociales incluidas en sus Constituciones; algunos han ratificado las convenciones internacionales que se refieren a los derechos económicos y sociales, e incorporado instrumentos de derechos humanos en el ámbito doméstico. Esto (al menos en teoría) pone a los derechos sociales en pie de igualdad con —sino en un lugar superior a— otras normas vigentes en el país. De allí que tal vez se pueda trazar una distinción entre las violaciones a los derechos sociales producidas en contextos en donde ellas representan violaciones a la ley positiva, y acciones similares producidas en contextos en donde los derechos sociales no son reconocidos dentro del derecho local. Se podría cualificar esto diciendo que los derechos sociales forman parte de un sistema internacional de derechos humanos, y que como tal conforman el *common law* que reúne a todos los Estados, aun a aquellos que no han ratificado de modo explícito los tratados relevantes. De todos modos, en términos prácticos, el *status jurídico* de los derechos sociales en el derecho doméstico resulta significativo cuando se quiere pensar acerca de violaciones a la ley hechas en el nombre de tales derechos. Por otro lado, en aquellos lugares en donde los derechos sociales no resultan reconocidos formalmente, puede haber un motivo más fuerte para considerar que la ley en cuestión es injusta.

Aunque encuentro que el enfoque de Gargarella es útil y, en líneas generales, convincente, no creo que por sí mismo nos provea de una respuesta acerca del modo en que el Estado debería reaccionar frente a las

violaciones de derechos sociales. El mismo necesita ser suplementado, entonces, con enfoques diferentes relacionados con las distintas violaciones que se puedan cometer, tal como se las ha identificado más arriba.

Puede trazarse un continuo, entonces, entre casos relativamente "fáciles", en términos de justificación, y "casos difíciles". El "caso fácil" es aquel en el que aparecen grupos desaventajados que, viendo que sus derechos sociales constitucionalmente garantizados resultan incumplidos de modo sistemático, violan la ley (de modo no violento), de forma tal de asegurar un remedio directo a su situación, y en el que los costos implicados en la violación de derechos recaigan sobre el Estado (o en alguien que sea directamente responsable de las violaciones de los derechos sociales del caso). Los "casos difíciles" aparecen cuando la ley es violada por personas que no se encuentran directamente afectadas por las violaciones de derechos, y con el objeto de protestar y atraer la atención sobre problemas de injusticia social que no son reconocidos por el derecho positivo, y en los que se usa la violencia y se afectan a terceros accidentales, antes que a aquellos más directamente responsables por las violaciones de derechos sociales.

Gargarella parece particularmente preocupado por los "casos difíciles" –uso expresivo de acciones ilegales, que incluyen violencia, con el objeto de atraer la atención sobre problemas de justicia social–. De todos modos, su justificación, como se muestra arriba, deriva fundamentalmente de los "casos fáciles", y no cubre de modo convincente casos tales como el de las acciones de protestas militantes realizadas por los activistas anti-globalización o los "piqueteros".

Pero aun en los "casos fáciles", en donde existe un argumento fuerte contra las autoridades estatales para

que asuman actitudes “más respetuosas y honestas”, no es obvio *cómo* es que debería reaccionar el aparato jurídico estatal, en nombre de la justicia social. Usaré, entonces, un ejemplo proveniente de la jurisprudencia sudafricana, para indicar una “actitud” que el Estado podría adoptar, que parece apropiada frente a los aquí llamados “casos fáciles”.

El ejemplo de Sudáfrica resulta particularmente relevante porque, siendo un país de ingresos medios, se caracteriza por una desigualdad extrema y estructural, tal vez la mayor en el mundo⁵. El desempleo registra índices devastadores, superiores al 40%⁶. El porcentaje de crímenes violentos se encuentra entre los más altos conocidos para un país fuera de una zona de guerra (Barclay y Tavares, 2002)⁷, y una cuarta parte de todos los hogares viven en condiciones de pobreza crónica (Aliber, 2001)⁸. El actual régimen heredó una estructura social extremadamente desigual, y las disparidades han crecido, antes que descendido, con las políticas de libertad económica adoptadas con posterioridad a

5. “El coeficiente Gini para Sudáfrica [donde 0 representa una distribución igual y 1 una desigualdad máxima] se elevó de 0.69 en 1996 a 0.77 en el 2001. Dado que históricamente Sudáfrica había sido uno de los países con distribución de ingresos más desiguales del mundo, este incremento probablemente ponga al país al tope del ranking mundial” Craig Schwabe (2004) (puede obtenerse en www.sarpm.org.za/documents/d0000990/index.php).

6. Esta es la cifra expandida sobre desempleo, según Statistics SA. La figura oficial, más restrictiva, de personas buscando empleo de modo activo es de 28% (marzo 2004). Statistics SA (2005) (puede obtenerse en <http://allafrica.com/stories/200503240323.html>).

7. Puede obtenerse en <http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs2/hosb502.pdf>.

8. Puede obtenerse en <http://www.sarpm.org.za/CountryPovertyPapers/SouthAfrica/policy/>

1994. Luego de una década de transición democrática, una parte sustancial de la población sufre una severa exclusión social, y se ve privada de derechos humanos básicos. Las condiciones de la "alienación ilegal", tal como las describe Gargarella, parecen encontrarse aquí claramente presentes.

Al mismo tiempo, el status de los derechos sociales dentro del derecho doméstico resulta comparativamente fuerte. Desde 1994, Sudáfrica puede ser caracterizado como un país de "constitucionalismo fuerte", con supremacía constitucional y con una Corte Constitucional que sirve como "control interno" frente a aquellos que están en el poder. El ámbito del constitucionalismo parece amplio, y la Declaración de Derechos incluye, más allá de los derechos civiles y políticos tradicionales, un amplio abanico de derechos sociales y económicos reconocidos en los tratados de derechos humanos internacionales.

El país tiene, además, una interesante historia de resistencia en contra de las "leyes injustas". Bajo el apartheid, la mayoría negra tuvo una actitud ambigua en relación con el derecho (Ellman, 1995:407-479). Estrategias dirigidas a buscar la justicia a través de la ley, y a reformar el derecho desde adentro, aparecieron entonces combinadas con resistencias masivas, que incluyeron desafíos a las regulaciones zonales en materia racial, y el no pago de servicios. Estas prácticas han dejado una herencia particular; una cultura de protestas masivas y de desafíos en respuesta a las iniciativas gubernamentales más inadecuadas o impopulares, y una considerable legitimidad para un derecho de resistencia en condiciones de severa injusticia⁹.

9. Esto coincide con una notable utilización de estrategias jurídicas desde la sociedad civil, también para las demandas a favor de derechos sociales. Ver Gloppen (s/p).

Las acciones ilegales que pueden ser caracterizadas como de resistencia incluyen boicots en los pagos de renta, ocupaciones de tierra por parte de personas sin techo, y la destrucción de instalaciones eléctricas como respuesta a la instalación de medidores pre-pagados en zonas desventajadas. En otras palabras, encontramos aquí un caso en donde el "crimen" de resistencia contra el derecho constituye una práctica dominante (típicamente a través de la violación de derechos de propiedad privados o públicos). El Estado sudafricano reconoce que tiene una responsabilidad por los derechos de todos los ciudadanos, incluyendo sus derechos sociales y económicos, y los tribunales toman en serio el desafío que propone Gargarella en cuanto a adoptar una actitud respetuosa hacia las violaciones del derecho basadas en las privaciones sistemáticas de los derechos sociales.

El área en donde los tribunales sudafricanos han tenido que negociar de modo más directo estos derechos es la que tiene que ver con la vivienda. La dimensión del problema es abrumadora. A pesar de los masivos programas de vivienda implementados desde 1994, aproximadamente 7.5 millones de sudafricanos se encuentran todavía necesitados de un techo, y muchos de ellos viven en una situación desesperada¹⁰. Como consecuencia de ello, la ocupación ilegal de tierras, públicas y privadas, aparece como un fenómeno común,

10. Ver Richard Knight (2001), "Housing in South Africa", en <http://richardknight.homestead.com/files/nisahousing.htm>. Las cifras estimadas de los sin techo en Sudáfrica no son confiables, y varían enormemente. Algunos indican que existen alrededor de 3 millones de personas sin casa (sobre una población de 47 millones), mientras que 8 millones vivirían en barrios carenciados. Ver Aliber, M. (2001) (puede obtenerse en <http://www.sarpn.org.za/CountryPovertyPapers/SouthAfrica/policy/>).

y la cuestión de la expulsión de los ocupantes surge como un asunto de primera importancia. Algunas leyes nuevas, tanto como la jurisprudencia, han tratado de balancear todas estas preocupaciones: los derechos de los ocupantes, los derechos de propiedad de los dueños de las tierras, y la preocupación por no premiar a los aprovechadores y así poner en riesgo las posibilidades de una política de vivienda basada en principios.

El caso más interesante al respecto es el llamado *Modderklip*¹¹. Se trata de 40.000 personas estableciéndose en una finca privada, y la pregunta era si los ocupantes debían ser expulsados de la tierra y, en ese caso, de qué modo. El Tribunal de Apelaciones había decidido que la responsabilidad del Estado hacia tales personas en situación desesperada incluía la obligación de asegurar que el retiro de dichas personas fuera realizado de un modo humano, lo cual requería, entre otras cosas, que se las retirase sólo en la medida en que ellas tuvieran asegurado un lugar alternativo de alojamiento¹². En este caso, no existía alojamiento alternativo. Las personas que habían ocupado las tierras de modo ilegal no tenían adonde ir. Poniendo en balance el derecho de los ocupantes a la vivienda,

11. South African Supreme Court of Appeal, *Modder East Squatters, Greater Benoni City Council v. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd.*, (SCA 187/03); *President of the Republic of South Africa, the Minister of Safety and Security, the Minister of Agriculture and Land Affairs, the National Commissioner of Police v. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd.*, (SCA 213/03) (a los que se refiere conjuntamente como *Modderklip*). Una revisión del caso en Christmas (2004) (puede obtenerse en communitylawcentre.org.za/series_review.php).

12. El caso se basa en –y expande a la vez– las protecciones a los ocupantes vulnerables desarrolladas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, particularmente en el caso *Grootboom* (*Grootboom v. Oostenbe Municipality and Others* 2000 (3) BCLR 277 C.).

y los derechos constitucionales de los propietarios, la corte encontró que los ocupantes se encontraban autorizados a permanecer en la tierra hasta que se hiciera accesible otro alojamiento alternativo. De todos modos, los propietarios no debían ser perjudicados por el fracaso del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones. Por tanto, el Estado se vio obligado a pagar por los daños cometidos hacia los propietarios, de modo tal de compensar las pérdidas sufridas por aquellos hasta que se encontrase una solución de largo plazo (por ejemplo, a través de la expropiación de la tierra y la compensación a los propietarios conforme a la legislación existente).

Aquí, los tribunales no sólo decidieron no castigar las acciones ilegales (ocupación de tierras), sino que sostuvieron que poner fin a las mismas (a través de la expulsión) crearía en tales circunstancias una injusticia aun mayor en términos de derechos sociales. Así, la acción ilegal creaba una base para reconocer y proteger los derechos sociales de los violadores de la ley (aunque de un modo mínimo). Este caso indica de qué modo el Estado, dentro del esquema de una democracia constitucional, puede reconocer derechos sociales, condonar y, hasta cierto punto, recompensar ciertas acciones ilegales —en este caso la ocupación de tierras ilegales por parte de personas sin techo—. Lo que hizo la corte fue balancear los derechos de propiedad con el derecho a la vivienda, reconociendo a ambos como derechos legítimos, y ordenando que se pague una compensación, con lo que se transfirió el peso del daño desde el tercero “incidental” hacia el principal responsable de la violación de derechos sociales, esto es el Estado.

De todos modos, esta “actitud” frente a las ilegalidades motivadas por violaciones de derechos socia-

les sólo puede existir en aquellos casos en donde los derechos sociales tienen un status legal, en donde las acciones ilegales tienen un efecto restaurativo, y en donde los daños causados a terceros pueden ser minimizados. En todo caso, estos son casos "fáciles".

¿Y qué decir sobre los casos "difíciles", en donde los derechos sociales carecen de status legal, en donde la ilegalidad es expresiva (y muchas veces destructiva) antes que restaurativa, y en donde las víctimas son terceras personas accidentales? ¿Cómo pueden las autoridades estatales adoptar una actitud más "respetuosa y abierta" hacia tales violaciones sin comprometer el orden legal?

No creo que sea posible dar una sola respuesta a estas preguntas. Los "casos difíciles" varían, y no pueden ser tratados en bloque. Ya he señalado que, en términos de justificación, el argumento sobre la alienación legal sobre el que se basa Gurgarella para desarrollar su derecho a la resistencia resulta problemático en casos en donde los actores involucrados no son, ellos mismos, sujetos que sufren privaciones severas. El argumento puede tener problemas para ser aplicado, también, cuando no existe un vínculo directo entre la violación de la ley y la causa por la cual fue cometida, tal como habitualmente es el caso en las situaciones de violaciones expresivas. Esto no es para decir que esas acciones ilegales no pueden justificarse, moral y legalmente —en muchos casos pueden ser justificadas, pero con la ayuda de otros argumentos adicionales—. Podría pensarse a dichas acciones, por ejemplo, como formas de expresión pública o de desobediencia civil.

Para saber cuál es el enfoque adecuado frente a estas violaciones a la ley necesitamos saber más sobre la naturaleza misma de las violaciones producidas, los recursos a disposición de los actores, la severidad de la

injusticia, y el modo en que la ley está implicada en ella. ¿Son las violaciones a los derechos sociales producidas por o a pesar de la ley y los esfuerzos que ella hace para remediar aquellas dificultades? Los argumentos para un derecho de resistencia en estos casos resultan más plausibles cuando las violaciones sistemáticas de derechos se encuentran claramente inducidas por la ley. En tales casos, aspectos sustantivos del orden jurídico pueden llegar a considerarse ilegítimos.

¿Y qué es lo que las autoridades estatales —y más específicamente los jueces (con una orientación favorable a los derechos humanos)— pueden hacer en tales circunstancias? Nuevamente, el caso de Sudáfrica puede resultarnos de interés, aunque no para tomarlo directamente aplicable a otros casos. Durante el *apartheid* existió un acalorado debate en la comunidad jurídica y dentro del poder judicial acerca de si los jueces favorables a los derechos humanos debían renunciar o trabajar desde dentro de un sistema injusto¹³. Uno de los argumentos dados a favor de la permanencia en el cargo fue el vinculado con el mejoramiento de la situación de los desaventajados a través del desarrollo de la ley “desde dentro”, mediante el recurso a principios de derecho natural propios del *common law*. De este modo, algunos jueces pudieron evitar ciertas condenas o reducir los castigos en otros casos en donde la ley era considerada injusta. Uno puede pensar en un enfoque similar —en donde los jueces se basen en “principios inherentes al derecho natural”— para los casos en que las acciones ilegales aparezcan en razón de violaciones de derechos sociales inducidas por la ley.

Para estos casos graves, por lo demás, puede resultar útil prestar atención a los enfoques adoptados en los

13. Wacks (1984:266-285), Dugard (1984:286-294), Dyzenhaus (1991).

casos de justicia transicional. Aquí, la cuestión acerca de si se debe castigar o perdonar aparece en primer plano, a la vez que se hace necesario distinguir entre criterios a aplicar en situaciones de violaciones políticas (y por lo tanto perdonables) y criterios a aplicar frente a crímenes comunes. Por ejemplo, durante el tiempo de la transición política, en Namibia, se desarrollaron los (así llamados) *Noogard Principles*, a partir del trabajo del presidente de la Comisión Europea de Derechos Humanos¹⁴. Los factores establecidos para distinguir las ofensas políticas tuvieron que ver con los siguientes elementos:

- la *motivación* (determinar si la ofensa fue cometida por razones personales o políticas);
- las *circunstancias* en que fue cometida la ofensa; en particular, si ella fue llevada a cabo en el curso o como parte de un levantamiento o disturbio político;
- la *naturaleza del objetivo político*, por ejemplo, si el mismo se proponía derrocar el gobierno o forzar un cambio de políticas;
- la *naturaleza legal y fáctica de la ofensa*, incluyendo su gravedad;
- el *objeto de la ofensa*, por ejemplo si la misma se llevó a cabo contra personas o bienes del gobierno, o fundamentalmente contra ciudadanos particulares;
- la *relación entre la ofensa y el objetivo político* perseguido, lo que implica tener en cuenta, por ejemplo, la *proximidad* de la relación, o la *proporcionalidad* existente entre la ofensa y el objetivo perseguido.

14. Los principios fueron utilizados más tarde en Sudafrica. Ver: van der Merwe (1999) (puede consultarse en <http://www.crrc.org.za/papers/pap040.htm>); Boraine y Levy (1995).

Estos principios tienen un gran parecido con los criterios de *escala, proporcionalidad, causalidad, vínculo y mutuo respeto* definidos por Gargarella, pero creo que pueden ayudarnos a desarrollar un enfoque constitutivo sobre las ofensas a la ley surgidas a partir de la violación de derechos sociales, en donde el derecho mismo se encuentra implicado.

Referencias bibliográficas

- ALIBER, M. (2001) *Study of the incidence and nature of chronic poverty and development policy in South Africa: An overview*, PLAAS and the Chronic Poverty Research Centre, mayo.
- BARCLAY, G. y TAVARES, C. (2002) *International Comparison of Criminal Justice Statistics 2000*, Londres.
- BORAHNE, A. y Levy, J. (1995) [eds.] *The Healing of a Nation?* Cape Town.
- CHRISTMAS, A. (2004) "Property rights of landowners vs. socio-economic rights of occupiers", en *ECR Review*, vol. 5, n. 3, Julio.
- DUGARD, J. (1984) "Should Judges Resign? A Reply to Professor Wacks", en *South African Law Journal* v. 101, pp. 286-294.
- DYZENHAUS, D. (1991) *Hard Cases in Wicked Legal Systems, South African Law in the Perspective of Legal Philosophy*, Oxford: Oxford University Press.
- ELLMAN, S. (1995) "Law and Legitimacy in South Africa", en *Law and Social Inquiry - Journal of American Bar Foundation* 20 (2): 407-479.
- GLOFFEN, S. (e/p) "Social Rights Litigation as Transformation: South African Perspectives", en P. Jones y K. Stokke (eds.) *Democratizing Development: The Politics of Socio-Economics Rights in South Africa*, La Hay: Martinus Nijhoff.

- SCHWABE, C. (2004) "Fact Sheet: Poverty in South Africa", en *Human Sciences Research Council*, 26 de julio.
- STATISTICS S.A. (2005) "Unemployment Barometer Barely Moves As status SA Applies New Counting Method", en *Business Day*, marzo 24.
- VAN DER MERWE, H. (1999) "The Truth and Reconciliation Commission and Community Reconciliation: An Analysis of Competing Strategies and Conceptualizations" (tesis doctoral, George Mason University. Wacks, R. (1984) "Judges and Injustice", en *South African Law Journal* vol. 101, pp. 266-285.

Resistencia al derecho

— HORACIO GONZÁLEZ —

El derecho es lo que realmente nos oprime. Lo demás nos utiliza, engaña o abusa. Pero la noción de opresión es lo que forma la idea de derecho, su malla de estipulaciones que ponen la acción humana frente al tipo, el catálogo, la definición. Puede invocarse el derecho como la raíz misma de la civilización si se entiende ésta como la conjura del acto sin nombre. El derecho pone los nombres cabales; no los nombres que surgen de la dubitación de los hablantes cotidianos. Es cierto que hablar bajo la corte infinita y ambigua de los conceptos que acechan, sea en estado real —una clase, un trato de compraventa—, sea en estado borroso —la mera conversación amistosa—, siempre entraña la ensayada comodidad de la clasificación o del arquetipo. Una simple broma, incluso un saludo, revelan que nunca hay ausencia de encuadre en cualquier sociabilidad hablada.

¿Pero nos sentimos oprimidos por “reglas” de conversación? Más bien las agradecemos, si es que ellas no tuviesen un rango misterioso y yacente, una hermandad con lo que todo el siglo xx llamó “inconsciente”, o con lo que los retóricos de todas las épocas llamaron prosopopeya o metáfora. Pero las reglas del derecho son de otra índole, pues la experiencia de la que forman parte ya han ocurrido. En verdad, la trama del derecho siempre está a la espera de un hecho que pueda ser atraído a modo de caso singular, subsumido

con estricta inmediatez. Esta inmediatez revela que todo acto existencial ordinario goza de una libertad rústica relativa o inconsciente hasta que pueda entrar en la malla del derecho. Todo acto humano es de por sí incivil, pero el sobrevuelo de la conciencia social —como ilusión, utopía, realidad colectiva, etc.—, acaba sustrayéndolo de su incierta discreción anterior a los predicados de la cultura.

Sin embargo, todas las ciencias humanas, desde hace siglos, advierten que no hay tales actos desnudos de signos, ni que ellos sean "capturados" luego por redes de sentido. No hay sobrevuelo de la cultura; ella sólo puede ser anterior, sólo puede estar ahí donde comienza el ser colectivo, conformar la propia idea de comienzo, antes de la cual nada hay. No habría un "pescador social" que con sus categorías del entendimiento capturaría los átomos sin expresión, para darles la vida del nombre y de los juicios sintéticos a priori. Siempre hay nombres, siempre se pescan designios, es decir, propósitos completos que son de ese modo —irreductiblemente significativos— desde su surgimiento. El surgir mismo es un acto que se hace cargo de todo lo que entraña su propio despliegue cultural.

¿Por qué, entonces, la gran leyenda de la anterioridad salvaje que subyace al sentido de la cultura nunca puede ser extinguida? La filosofía ofreció diversos nombres a ese mundo previo, precategorial. Lo dispuso como un hecho asombroso, antepuesto a los nombres, foco preliminar de lo que emerge ya fundado. Quizás se sospeche que esa anterioridad a lo fundado, antes de la fundación, también merece nombre. No se ha dejado nunca de mentar una ontología animal, el ser antes de la palabra, pero ya intuyéndola, recelando la ante-palabra, y entonces, palabra ella misma. La ilustre quimera de lo a-social, de lo previo al *nomos*, nunca

puede desabastecerse, pues se asemeja al comienzo del pensar, que siempre imagina que se sustrae de los significados ya preparados del mundo.

Mientras batallones de especialistas —humanistas de las ciencias sociales, filósofos del ser social, antropólogos de los signos culturales— insisten en que nada hay fuera de lo social, el pensamiento de lo que existe intenta recrear un momento sin esas lenguas o grafías, esto es, sin su *sí mismo*. Pura sustracción del sentido, defensor de la idea de que ese sustraer no es otra forma de sentido, que ese abandono de la representación no es otra forma de mentarla. Siendo así, se mantendría como mito (¿y el mito no es un sentido civilizador de la barbarie?) de lo fáctico intocado del origen. En la densidad de las culturas no deja de ser extraño que subsista la imaginación nadificada de la cosa sin nombre.

Es fácil refutarla, nadie quiere permanecer bajo la amenaza de lo *sin nombre*, pero no es justo privarse de esa imaginaria radical. Ella funda la cultura como riesgo y posibilidad de desaparición, por lo tanto, como completa creación humana. Desde luego, sería cruel e inadecuado el ataque a la cultura como manejo de impedimentos al ser bruto de las cosas. Por eso, el mundo del derecho, que condensa como ninguno la idea del rito y el protocolo de las culturas, es visto como todo lo que representa la palabra clasificadora, la "carátula" que le pone a los hechos no solo nombre, sino pena. El juicio emanado de las categorías del derecho y sus "figuras", que son formas vivas de la lengua, procedimientos salidos del gabinete de la ley, muchas veces es considerado como el fiel representante de la cultura tipificada. El necesario arquetipo, acumulación de sabidurías sin vida, que si vuelven a la vida lo hacen en términos de justicia.

Cuando surge la necesidad de resistir a esa red de palabras normalizadas, aun admitiendo que permiten la utopía del vivir común, encontramos el sentimiento de resistencia al derecho. La verdadera opresión. Solo que el derecho opresor vive en el deseo de las gentes. En esta complacencia, habita en las sociedades y las culturas, como el rostro de la ley que puede ser rechazado pero sin el cual algo brutal retornaría a la superficie. Este dilema no obsta a que, de tiempo en tiempo, aparezcan movimientos contrarios al modo en que opera la ley.

Son formas de resistencia a la cultura compartida, que el derecho encarna con sus figuras desvitalizadas, necesariamente apáticas. Resistir al derecho es el descubrimiento de los grandes artistas del escepticismo social, la crítica a su antipatía e indiferencia. Es necesario guardar ese sentimiento utópico y expresarlo valientemente. Y al mismo tiempo comprender que sus logros estarán mucho más cercanos a la propia reforma del derecho y de la retórica, que a la vuelta figurada al impulso sin locuciones ni prescripciones, sin esos destinos que los antiguos llamaron *instituciones oratorias*.

Legitimidad, pobreza y resistencia¹

— FRANCES OLSEN —

El cantante *folk* Pete Seeger ha sabido señalar que, para un niño que quiere quedarse despierto hasta tarde, las canciones de cuna representan una forma de propaganda. Para los colonos británicos del siglo xviii, los revolucionarios norteamericanos eran un grupo de cobardes, matones y terroristas². Cuando nuestros vecinos —cercanos o lejanos— que viven en una situación de pobreza extrema roban alimentos, ocupan edificios, bloquean las autopistas o sabotean otros proyectos llevados a cabo por un gobierno más o menos democrático ¿nosotros deberíamos considerarlos criminales, matones, tontos o rebeldes que actúan de un modo justificado? De modo más relevante ¿de qué modo deberíamos proceder para responder a tales interrogantes? ¿Cuál es el sentido y cuáles las implicaciones de tratar de establecer criterios tan abstractos

-
1. Agradezco a Hugo, y también a la UAH y al decano de la Universidad de California (UCLA) por el apoyo financiero otorgado.
 2. Los colonos rebeldes americanos fueron considerados rebeldes por esconderse detrás de los árboles para disparar contra las tropas británicas en lugar de enfrentarse a ellos "como hombres". Los rebeldes se enfrentaron con los colonos leales, arrojando ilegalmente el té inglés en los puertos de Boston y Nueva York cuando no pudieron persuadir a los americanos de llevar adelante un boicot, y eventualmente forzándolos a tantos de ellos al exilio en el norte de Canadá, de manera que dicha área, fundamentalmente franco-parlante, terminó convirtiéndose en una región anglo-parlante.

para determinar la legitimidad de actos de agresión o resistencia?

El profesor Roberto Gargarella sostiene que la teoría política democrática apoya –y debería apoyar– la afirmación conforme a la cual los miembros de una comunidad democrática que sufren de pobreza extrema tienen el derecho de violar la ley, en la medida en que ellos y sus acciones satisfagan determinados criterios. Para aquellos que

“...viven sistemáticamente en condiciones de pobreza extrema (...) el derecho no ha sido un medio de ganar libertad o de alcanzar el autogobierno, sino más bien un instrumento que ha contribuido decisivamente a forjar la opresión en la que viven” (p. 14, en este volumen).

Por lo tanto, ellos no tienen el mismo deber de obediencia a la ley que aquellos a quienes la ley les ha servido de modo apropiado –esto es, aquellos para quienes la ley ha servido para ganar en libertad y alcanzar el autogobierno–.

“...los grupos que han sufrido aquella grave marginación no tienen un deber general de obedecer el derecho, dado que el orden legal no les ha asegurado la protección que necesitaban contra los daños más severos que sufrían, a la vez que ha sido en parte responsable de la imposición de algunos de esos severos daños. En la medida en que el derecho se encuentra causal y moralmente implicado en su sufrimiento, ciertas formas de resistencia al derecho deberían ser vistas, en principio, como moralmente permisibles” (p. 37).

Por una parte, la sugerencia del profesor Gargarella es muy radical, y mucha gente estaría preparada para

disputarla. Seguramente, la pobreza no puede constituir una justificación para que alguien se sienta exento de la obligación de obedecer el derecho. Ninguna sociedad podría sentirse segura si sus miembros que viven en la pobreza fueran libres de quebrar el derecho. No basta con denominar a la pobreza una "violación de derechos humanos" para justificar una desviación tan radical de las normas generales de la sociedad.

Anticipando tales objeciones, el profesor Gargarella ha tratado de limitar y controlar las situaciones en las que la quiebra del derecho por parte de aquellos que viven en situaciones de extrema pobreza deberían considerarse justificadas. Ante todo, sugiere el uso de un estándar "objetivo" destinado a definir situaciones de extrema exclusión social, vinculado con la línea de pobreza definida internacionalmente³. Además, para encontrar justificadas sus acciones, los que desobedecen al derecho deben estar "viviendo en una situación de alineación legal" (una situación en la que se presume que se encuentran aquellos que se ven privados de ciertos bienes humanos básicos), y deben encontrarse afectados por "serios problemas políticos" para transmitir sus demandas a sus representantes o para hacerlos responsables por sus conductas. Para los casos en que se dan tales condiciones, Gargarella autorizaría dos tipos de quiebra del derecho. En primer lugar, y en relación con las leyes u órdenes que refuerzan su situación de opresión, los que viven en extrema pobreza podrían violar las normas vigentes en la medida en que tales violaciones puedan servir "razonablemente para poner fin a su sufrimiento extremo". En segundo lugar,

3. Gargarella define a la misma como el ingreso "debajo del cual no puede satisfacerse un mínimo nutricional adecuado junto con requerimientos básicos más allá de los alimenticios" (p. 34), tomando a la misma de la definición propuesta por la UNDP en 1996, de acuerdo con Poggo (2001).

y bajo ciertas circunstancias, ellos podrían explorar "vías de protesta no tradicionales", como el "corte de rutas", con el objetivo de obligar a que el Estado deje de ignorar sus intereses fundamentales. Pero hay varias salvedades que se agregan. Si el Estado no contase

"...con alternativas mejores a su disposición, para asegurar que no haya grupos sistemáticamente privados de ciertos bienes básicos (...) entonces (...) no debería ser calificado como injusto, ni sus decisiones resistidas" (p. 39).

Los pobres no deben ser responsables de los padecimientos que viven, y no deben tener buenas alternativas a su disposición. Los últimos tres requisitos impuestos por Gargarella son los siguientes: (1) ellos deben obedecer deberes morales básicos de respeto y reciprocidad; (2) debe existir un vínculo entre las acciones que se realizan y las desventajas que se sufren, y (3) tales acciones deben afectar a terceros tan poco como sea posible, a la vez que no deben imponer sacrificios innecesarios sobre el resto de la sociedad⁴.

4. Es interesante que, aun con todas estas salvedades, el profesor Gargarella parece sugerir que su aprobación hacia la resistencia civil por quienes se encuentran severamente desaventajados depende de una saludable confianza hacia sus conciudadanos, del tipo que mantenían John Locke o Thomas Jefferson, una actitud que reconoce asociadas con los "presupuestos igualitarios" de los que partían tales autores. Considera que los que viven en situaciones de extrema pobreza quieren, ante todo, vivir con dignidad, más que usar su situación para obtener ventajas indebidas. Y comparte con Locke el presupuesto según el cual "el pueblo [tiende] a reconocer y a honrar los sinceros esfuerzos del gobierno destinados a asegurar respeto a los derechos de los ciudadanos" (p. 43), y aquel según el cual los pueblos están "más dispuestos a sufrir" que a levantarse contra sus gobiernos. También cita aprobatoriamente a Jefferson cuando, en la Declaración de la Independencia norteamericana sostuvo que "la experiencia ha demostrado que la humanidad

Por otra parte, cuando alguien se acerca a la cuestión de la legitimidad de que gente en situación de pobreza extrema quiebre el derecho, en términos concretos y no en términos abstractos, son pocas las personas de buena voluntad que aceptarían la imposición de penalidades sobre quienes satisfacen los criterios definidos por el profesor Gargarella. Si una persona que ha resultado injusta y severamente empujada a la pobreza pudiera poner fin a su pobreza a través de acciones que violaran alguna norma pero causarán mínimos daños a otros, nadie exigiría la imposición de sanciones penales contra la misma.

En lo personal, mi primer impulso fue el de rechazar directamente el proyecto iniciado por el profesor Gargarella. ¿A quién le importa en definitiva qué es lo que dice la teoría política liberal acerca del deber abstracto de obedecer el derecho? Y en todo caso ¿no es que el profesor Joseph Raz ha convencido a la mayor parte de los intelectuales liberales de que no existe un deber abstracto de obedecer el derecho? Así, en el mejor de los casos, el proyecto de Gargarella resultaba una pérdida de tiempo; y en el peor de los casos –y ésta fue mi primera impresión al respecto– el mismo resultaba dañino, del mismo modo en que en mi opinión resulta dañino el intento de establecer criterios destinados a limitar y controlar la desobediencia civil.

La última vez que publiqué algo con mi visión sobre el tema fue hace 20 años, en un simposio organizado por la *Georgia Law Review* (Olsen, 1984). Entonces escribí un texto denominado "Socrates on Legal Obligation: Legitimation Theory and Civil Disobedience", en parte para protestar contra –o quejarme frente a– los

esté más dispuesta a sufrir [cuando es posible hacerlo] que a corregir dicha situación por sí misma, aboliendo las formas a las que está acostumbrada" (p. 44).

jueces que, desde mi punto de vista, empleaban impropriadamente las “reglas” de la desobediencia civil, para eludir o escaparse de su propia responsabilidad moral. El juez federal para quien trabajaba en 1971-72 tenía, al menos, la humanidad de reaccionar con culpa o cierta tristeza cada vez que enviaba a prisión a un individuo que se negaba a participar en la guerra de Vietnam. Demasiados jueces, según creo, se defienden de la posibilidad de considerar la justicia o injusticia de la cuestión en juego, con una mera referencia a la elección que llevara a Sócrates a beber cicuta⁵, o con una parcial cita de Gandhi, tomada fuera de contexto, a partir de la cual sostienen que los jueces deben aplicarle al desobediente la máxima sentencia⁶.

-
5. Esto es, a la opción que tomara en lugar de aceptar la oferta de un amigo para abandonar la cárcel y trasladarse a un Estado vecino. Pero he sostenido, entiendo que con razón, que estos jueces malinterpretan lo dicho por Sócrates. Más aun, creo que Sócrates se sorprendería si conociera el modo en que lo están citando, cuando él pretendía evitar toda posibilidad, de su parte o de parte de otros, de escaparse de las responsabilidades morales que les correspondía enfrentar. Provocativamente, sostuve que su ejemplo permite apoyar el último levantamiento armado de los aborígenes nativos en América (*Wounded Knee, Dakota del Sur, 1973*), más que la decisión de los jueces, en dicho caso, de imponer sentencias de prisión a los rebeldes, sin considerar la justicia o injusticia de su causa. Sostuve entonces que, en lugar de debatir cuestiones abstractas acerca de la definición de la desobediencia civil, y establecer “reglas” a seguir por aquellos involucrados en acciones de desobediencia civil, los jueces –tanto como todos nosotros– deberían haber prestado atención a la justicia o injusticia de la causa en juego. En el contexto de la desobediencia civil procuré desafiar la justeza y sabiduría de los intentos de dar respuestas “objetivas” a la cuestión de si se justifica que una persona viole una ley que considera, de buena fe, injusta.
6. Ver más abajo. Se cita habitualmente a Gandhi diciendo al juez que, si él creía que el derecho británico aplicado en

En los Estados Unidos existió un vivo debate capaz de concitar una considerable atención popular durante los años turbulentos de las luchas por los derechos civiles y los movimientos populares contrarios a la guerra a Vietnam. La cuestión que se discutía tenía que ver, ante todo, con temas sobre la definición y justificación de la desobediencia civil. Una mayoría de los que tomaron parte del debate parecieron compartir la idea de que la desobediencia civil debía ser tratada de un modo "objetivo", y que las respuestas referidas a la desobediencia civil no debían estar influidas por las "simpatías" de los jueces —esto es, se decía que la cuestión sobre el modo en que se justificaba la desobediencia civil debía ser respondida de un modo abstracto, sin considerar la causa particular, en la medida en que la persona que llevaba adelante un acto de desobediencia actuaba de buena fe—.

Una forma de explicar esta posición —una posición apoyada por muchos liberales y progresistas, tanto como por conservadores— puede encontrarse en la historia de las luchas por los derechos civiles de los años 50 y 60, sobre todo en la región sur de los Estados Unidos. Muchos de los jueces apoyaban, en lo personal, la causa de la segregación racial, que era muy popular entre los ciudadanos blancos del sur. Aunque las cortes estatales dieron fuerza y perpetuaron la segregación racial, aun luego de 1954, cuando a partir

India era justo, entonces debía sentenciarlo a la máxima penalidad. Pero él también dijo que si el juez no creía que ese derecho era justo, entonces debía renunciar. Sin embargo, esta porción de su proclama es normalmente olvidada (por lo menos, se la ha omitido en los juicios que hemos leído; puede haber ocurrido también, aunque ello no sea muy probable, que otros jueces hayan renunciado a sus posiciones, y que esa información haya sido opacada).

del caso *Brown v. Board of Education*⁷ se cuestionó la constitucionalidad de la segregación. Los jueces sureños impresionaron entonces a los del norte, a partir de su voluntad de obedecer las leyes y el orden discriminatorio impuesto por las instituciones del sur. Típicamente, estos jueces justificaron sus decisiones sobre la base de una obligación de mantener "el derecho" más allá de sus propias creencias —aun en el caso en que ellos viesen a la discriminación no sólo como algo popular entre los blancos, sino también como algo justo—. Apelando a los requerimientos supuestamente propios de su posición, que exigían en apariencia que se deshicieran de sus propias visiones sobre los hechos, los jueces ignoraban o evitaban confrontar las cuestiones relativas a la justicia o injusticia de la segregación. Estos jueces federales fueron elogiados por su coraje e integridad, al mantener normas con las que personalmente estaban en desacuerdo⁸. Me pregunto si no existe otra explicación en el hecho de que reconocían la injusticia de las discriminaciones, pero querían complacer a sus amigos y vecinos escondidos detrás de su rol como jueces⁹.

7. 347 U.S. 483 (1954).

8. Los jueces federales en los Estados Unidos tienen empleo asegurado. Los jueces de primera instancia que quieran ascender hasta una Corte de Apelaciones o la Corte Suprema pueden sentir presión por satisfacer a los políticos que puedan favorecerlos en sus carreras. Los jueces de las cortes estatales, típicamente, no sienten la misma seguridad en el empleo, pero tienen incentivos por buscar su reelección o para cuidar que el electorado no los remueva directa o indirectamente. Estas pautas institucionales también ayudan a explicar el comportamiento de los jueces.

9. La subordinación racial de los no-blancos contribuyó a la supresión de empleos asalariados en el sur y terminó afectando tanto a blancos como a negros. No es imposible pensar que una decisión fuerte de algún juez federal en el sur hubiera

Sea como fuere, el folklore propio de elogiar a los corajudos jueces del sur, que obedecían la ley porque era la ley, creó alguna dificultad a los defensores de la desobediencia civil. Martín Luther King, por ejemplo, fue habitualmente acusado por inconsistente, dado que insistía en que los jueces del sur debían aplicar las leyes contra la segregación que no le gustaban, a la vez que alentaba a los activistas afroamericanos a violar activamente las normas que él rechazaba. Martín Luther King se refirió a esta cuestión en su famoso ensayo "Carta desde la prisión de Birmingham" (1963).

"Ustedes se muestran muy ansiosos por nuestra disposición a quebrar el derecho. Esta preocupación es legítima, sin ninguna duda. Dado que urgimos a las personas a obedecer la decisión de la Corte Suprema de 1954 que prohibía la discriminación en las escuelas públicas, puede resultar a primera vista paradójico que luego violemos conscientemente las leyes. Uno puede preguntarse: '¿cómo es que defienden la ruptura del derecho en algunos casos, y la obediencia del derecho en otros?' "

Martín Luther King distinguió entonces entre leyes justas e injustas. La obediencia a las leyes justas —aun cuando ellas fueran impopulares— resultaba elogiabile,

podido influir la conducta de otros jueces de los tribunales federales sureños, y aun la conducta de la ciudadanía en general, en la misma zona. Según dijera Martín Luther King en su carta desde la prisión de Birmingham: "...he escuchado a muchos líderes religiosos sureños advirtiendo a los feligreses de la necesidad de cumplir con las decisiones de-segregacionistas porque es lo que ordena la ley, pero he echado en falta que dijeron 'sigan estas normas porque la integración es moralmente correcta y porque los afroamericanos son mis hermanos'".

pero en cambio las leyes injustas debían ser confrontadas e incluso violadas en caso de ser necesario.

"Uno tiene no sólo una responsabilidad legal, sino también moral, de obedecer las leyes justas. Por el contrario, uno tiene la responsabilidad moral de desobedecer las leyes injustas. Yo estaría de acuerdo con San Agustín en que 'una ley injusta no es de ningún modo una ley'".

El método de Dr. King para distinguir entre leyes justas e injustas nos ofrece una suerte de base "objetiva" para realizar distinciones en cierta clase específica de casos:

"Una ley injusta es un código que una mayoría en número o de poder impone sobre un grupo minoritario, pero no sobre sí misma. Es un modo de convertir las diferencias en diferencias legales. Del mismo modo, una ley justa es un código que la mayoría impone sobre la minoría, pero al mismo tiempo sobre sí misma. Este es un modo de convertir la igualdad en igualdad legal".

Su "Carta desde la prisión de Birmingham" se encuentra abierta a interpretaciones que parecen decirnos que él basaba su justificación de la desobediencia civil en creencias acerca de un tipo de objetividad religiosa o moral¹⁰. En su opinión:

"Una ley justa es un código hecho por el hombre que se adecua con la ley moral o la ley de Dios. Una ley injusta es un código que no se encuentra en armonía con la ley moral. Para ponerlo en términos de Santo Tomás de Aquino: Una ley injusta

10. Debe notarse que esta carta estaba dirigida a un grupo de religiosos, por lo que no debe sorprender que Martin Luther King, él mismo un reverendo, apelara a argumentos religiosos.

es una ley humana que no se encuentra enraizada en la ley eterna y la ley natural. Todas las normas que segregan son injustas porque la segregación distorsiona el alma y daña la personalidad. Le otorga a quien discrimina una sensación falsa de superioridad, y al segregado una falsa sensación de inferioridad. La segregación, como dijera el filósofo judío Martin Buber termina relegando a las personas al estatus de cosas. Por lo tanto, la segregación no sólo es política, económica, y sociológicamente inaceptable, sino que además es moralmente equivocada y desagradable. Paul Tillich dijo que el pecado es la separación”.

En mi opinión, no es necesario apoyarse en tales nociones objetivas sobre la moral y la religión con el fin de apoyar la distinción entre normas justas e injustas. El mero hecho de que existen algunas personas que consideran que la discriminación es justa no significa que los jueces y demás ciudadanos que reconocen la injusticia de la misma tengan que mostrarse ciegos frente a aquello que saben y aquello en lo que creen. No se trata, ni se trató nunca, simplemente, de una cuestión de segregación entre razas. Se trataba de un método para subordinar a los negros (y a otros no-blancos) frente a los blancos —así de simple—. El reconocimiento de esta injusticia constituye la base para muchas decisiones progresistas. Negar o tratar la discriminación como si fuera una simple cuestión de separación entre razas o una creencia en la conciencia racial representa un legado que sigue dando base a muchas decisiones conservadoras.

El masivo movimiento de desobediencia civil en contra de la discriminación resultó un método fundamental para impedir que dicho tema se convirtiera en una cuestión puramente legal, reservada para los

abogados –un desarrollo que el fallo *Brown v. Board of Education* pudo haber alentado–. Alguna vez, Malcolm X sostuvo que el fallo había producido exactamente dicho resultado, y que ese era el propósito, también, que había tenido la Corte al redactarlo. Aunque creo que estuvo en lo cierto sobre muchas cosas, creo también que se equivocó sobre este punto. Lejos de alentar a la gente a sentarse y esperar nuevas decisiones del tribunal¹¹, el fallo de la Corte abrió el camino –y proveyó de una justificación– para acciones masivas en contra de la discriminación. Personas que, de otro modo, hubieran tenido más resistencias para confrontar el derecho se vieron alentadas para dar el crucial paso desde una tranquila objeción hacia una resistencia activa. Muchos encontraron más fácil el desafiar y desobedecer una ley inmoral una vez que advirtieron que la misma era a la vez injusta e inconstitucional. Cuando los tribunales afirman la constitucionalidad de una ley injusta¹², como en ocasiones lo hacen, algunos optan por obedecerla, mientras que otros siguen afirmando su inconstitucionalidad y la desobedecen, y otros más optan por desobedecerla simplemente porque es injusta¹³. Henry David Thoreau sigue siendo uno de los

11. Este tipo de prácticas puede en ocasiones limitar, más que facilitar, la desobediencia civil. Puede alentar, por ejemplo, las violaciones capaces de sobrepasar los desafíos constitucionales, favoreciendo que la protesta se canalice por esas vías. Concentrarse en los derechos puede alentar un enfoque abstracto e individualista, mientras que concentrarse en el poder, la política y la organización puede ser más efectivo a la hora de alentar la producción de cambios. Puede crear también sutiles conflictos entre activistas que provienen del derecho y activistas que no.
12. En apoyo de esta posición, ver Dworkin (1968), y también Dworkin (1977).
13. Gandhi, en *Hallucination of Law Courts*, reconoció que, en ocasiones, es necesario derribar el derecho antes que alentar su cumplimiento (Gandhi, 1999).

mejores ejemplos de alguien que afirmó la importancia y la legitimidad de violar una ley injusta:

"¿Es que debe el ciudadano resignar su conciencia frente a la legislación, aunque sea por un momento, o de un modo acotado? ¿Cuál es entonces la razón de que cada hombre tenga conciencia? Pienso que deberíamos ser hombres en primer lugar, y recién luego sujetos. No es deseable que cultivemos el respeto hacia la ley, tanto como el respeto hacia lo que es correcto. La única obligación que tengo derecho a asumir es la de hacer en todo momento lo que considero correcto" (Thoreau, 1849)¹⁴.

El tópico volvió a concitar una generalizada atención hacia fines de los 60, cuando uno de los miembros de la Corte Suprema norteamericana, Abe Fortas, escribió un breve libro en apoyo de la desobediencia civil. En una lectura atenta del libro, el tipo de desobediencia civil que se apoya resulta ser muy limitado. Esencialmente, en *Concerning Dissent and Civil Disobedience* (1968), Fortas afirma que las personas tienen el derecho de violar una ley inconstitucional. Dado que una ley que es contraria a la Constitución es, ante todo, una ley nula, esto implica que uno no necesita obedecer una ley que sea nula o no sea realmente una ley. Fortas va todavía un poco más allá. Sugiere que se justifica –y “justifica” es un término importante sobre el que volveré más adelante– violar una ley que considera incorrectamente que es inconstitucional. Así, si uno cree que una norma es inconstitucional, él

14. Allí mismo sostuvo que “las leyes nunca convirtieron a las personas en personas más justas. Por medio de su cumplimiento, aun las personas mejor dispuestas se convierten, diariamente, en agentes de la injusticia”.

o ella puede violarla, y si resulta el caso de que uno está en lo cierto —es decir, si la justicia le da la razón a uno— entonces las acusaciones penales pueden dejarse de lado apropiadamente. Si uno se equivoca —es decir, si la justicia no está de acuerdo con uno en que la ley es inconstitucional— entonces, y de acuerdo con Fortas, uno debería estar satisfecho de ir a prisión o sufrir cualquier otra penalidad establecida por la ley. El hecho de que uno crea de buena fe que la ley es inconstitucional, aun cuando esa creencia sea totalmente razonable, parece no proveernos de ninguna defensa. Elegir la violación de una ley que uno cree inconstitucional aparece entonces como una cuestión de responsabilidad objetiva: si uno está equivocado, entonces va a prisión. Ya en prisión, tal vez uno pueda encontrar satisfacción al conocer que, conforme al juez Fortas, uno estaba “justificado” en su intento de testear la ley. Presumiblemente, Fortas quiso decir que una persona estaba moralmente justificada¹⁵. Para él, la

15. Ver, especialmente, Fortas (1968:58-59, 65, 68, 124-125). La cuestión que parece más importante y controvertida es la de si alguien está justificado a violar una ley cuando cree que la misma es injusta. En muchas jurisdicciones, como en los Estados Unidos, una persona que cree que la ley es injusta va a encontrar, probablemente, argumentos para sostener que la ley es inconstitucional. Para evitar que la pregunta sobre la violación de la ley injusta se convierta en la pregunta de Fortas sobre la inconstitucionalidad de la ley, supongamos como hipótesis que uno viola una ley que cree que es constitucional pero aun así injusta.

Otra vez, puede resultar útil separar dos casos, como lo hiciera Fortas: cuando la creencia es correcta —esto es, que la ley es injusta—, y cuando la creencia es incorrecta —esto es, que la ley no es injusta—. Por supuesto, algunos negarían la posibilidad de establecer cualquier paralelismo. Para el caso de una ley que se cree que es inconstitucional, correctamente o no, existe normalmente un árbitro cuya autoridad se acepta: la Corte Suprema, que va a decidir si la creencia

voluntad de una persona de ir a la cárcel cuando se ha equivocado acerca de la constitucionalidad de la ley parece ser el punto crucial que convierte a la violación del derecho en algo justificado. Desde el punto de vista

es correcta o no. Muchos verían la cuestión de la justicia o moralidad de la ley como una completamente diferente, dado que para estos casos no se tiene un árbitro final semejante. De hecho, muchos negarían la existencia de una respuesta objetivamente correcta frente a la pregunta de si la ley es injusta o no, moral o no —o por lo menos afirmarían que hay muchos casos en los cuales no hay una respuesta objetiva al alcance de la mano—. Tal vez podrían sostener que algunas leyes resultan manifestamente injustas, aunque la mayoría de las leyes pueden ser consideradas justas por algunos e injustas por otros.

Aunque estoy de acuerdo con la inexistencia de una "verdad" objetiva o verificable respecto de todas —o la mayoría de— las cuestiones morales, pienso que la cuestión en juego permanece. Cada persona que decide si la violación de una ley injusta se encuentra justificada debe determinar por sí misma si la ley es justa o no. Si uno mantiene la posición conforme a la cual la ausencia de respuestas objetivas significa que la persona que está por tomar aquella decisión no puede tomar en cuenta sus propias visiones sobre la injusticia de la ley, entonces uno está diciendo, esencialmente, que no se justifica violar una ley injusta. Considero que ésta es una respuesta extrema sobre el tema de la subjetividad de la moral.

La otra posición "extrema" que uno podría tomar en respuesta a la subjetividad de la moral sostendría que uno está justificado a violar el derecho si es que cree, de buena fe, que la misma es injusta, y que las autoridades no deberían tomar en cuenta el hecho de si están de acuerdo o no en esa creencia de buena fe acerca de la injusticia de la ley violada. La primera parte de esta proposición encuentra por lo general poco apoyo, pero muchos podrían estar de acuerdo con la segunda, esto es que las autoridades no deberían basar sus juicios sobre quien viola la ley en sus propias creencias acerca de la justicia o injusticia de la ley. Parece correcto decir que la mayoría de la gente piensa que los jueces deberían decidir "de acuerdo al derecho", y sin tener en cuenta sus propias visiones "políticas" sobre la justicia de la ley.

de la sociedad, sin embargo, parece más difícil explicar el propósito de las sanciones penales en tal caso. No queda claro cuál es la razón precisa por la cual una sociedad debería encerrar a una persona cuyas acciones se encuentran “justificadas”, si lo que se dice es que las acciones de uno se encuentran “justificadas pero no excusadas”¹⁶. Aparentemente, esta responsabilidad objetiva se extiende, según Fortas, a aquellas leyes que es imposible desafiar, salvo violándolas y siendo perseguido por ellas.

Así, puesta en contexto, la defensa que hace Abe Fortas de la desobediencia civil no va mucho más allá de: (1) la obvia verdad de que una persona no puede ser sentenciada a prisión por violar una ley inconstitucional, y (2) un intento de justificar como legítima la

16. Los comentarios expresados más arriba sugieren una posible explicación –que no he visto presentada en otras ocasiones– acerca de por qué los tribunales impusieron penas sobre aquellos a quienes Fortas consideró personas que actuaban justificadamente. Uno podría sostener que aquellos que piensan, equivocadamente, que la ley es inconstitucional, deberían ser encarcelados de modo tal de impedir que tomen el hábito de pensar por sí mismos para decidir luego, ya sea que están en desacuerdo con los tribunales (por lo que siguen afirmando la inconstitucionalidad de la ley), o que deben seguir sus propias conciencias sin convertirse en esclavos del soberano. Me parece muy poco probable que alguien que viola una ley que considera inconstitucional vaya a resultar muy impresionado por la legitimidad de la ley una vez que es puesto en prisión porque los tribunales están en desacuerdo con él o ella y consideran que la ley es constitucional. De modo más realista, algunas personas concientes de los riesgos de ir a la cárcel pueden evitar dar aún el primer paso para violar leyes que consideran inconstitucionales. De todos modos, una persona que resulta tan fácilmente disuadida de actuar no parece ser un buen candidato para embarcarse en una vida de desobediencia civil, por lo que el hecho de que resulte disuadido de dar ese primer paso no parece, finalmente, muy importante.

imposición de penalidades contra aquellos que testean la constitucionalidad de una ley que finalmente se reconoce constitucional. Lejos de ser un apoyo radical a la disidencia, el trabajo de Fortas aparecería como un libro apologético que procura ganar apoyo a favor del *status quo*.

En los Estados Unidos no es inusual que se trate de "definir" a la desobediencia civil haciendo una lista de los requisitos necesarios para la misma, como por ejemplo agotar los medios alternativos para promover un cambio¹⁷, el que sea abierta y no-violenta, y que se acepte de modo gracioso o entusiasta el arresto y las demás "consecuencias" del violar una ley. El "requisito" de apertura no llega tan lejos como para requerir un aviso *anticipado* a las autoridades —aunque Gandbi, por ejemplo, sí notificó a las autoridades británicas, anticipadamente, de su intención de violar las reglas en juego—. El elemento de sorpresa ha sido, de modo habitual, una parte importante de las acciones a favor de

17. Los comentarios hechos por Thoreau sobre este requerimiento son muy útiles. *"Las leyes injustas existen: ¿deberíamos obedecerlas alegremente, o deberíamos luchar para cambiarlas, y obedecerlas hasta que hemos tenido éxito?, ¿o deberíamos simplemente transgredirlas? En general, bajo un gobierno como éste, la gente piensa que debe esperar hasta persuadir a la mayoría de la necesidad de cambiar las leyes... En cuanto a adoptar las vías provistas por el Estado para remediar este mal, no conozco ninguna. Ellas toman demasiado tiempo, requiriendo la vida entera de uno. Y yo tengo otros asuntos que atender. Llegué a este mundo no para convertirlo en un buen lugar donde vivir, sino para vivir en él, sea él bueno o malo. Uno no tiene que hacer todo, pero algo; y dado que no puede hacerlo todo, no es necesario que haga algo malo. No es mi tarea la de estar peticionando frente al gobernador o ante la legislatura, como no es la de ellos la de peticionar ante mí; y si ellos no soportan mis peticiones, entonces ¿qué es lo que quieren que haga?"*.

los derechos civiles¹⁸. Por ejemplo, algunas acciones de activismo en defensa del medio ambiente, orientadas a atraer la atención pública —como por ejemplo la de colgar banderas del Golden Bridge Gate— sólo pueden tener éxito si se ocultan a las autoridades públicas hasta el momento en que se toman visibles para todos.

La postura de Fortas conforme a la cual una persona que se compromete con acciones de desobediencia civil debe “aceptar las consecuencias” e ir a prisión aun cuando sus acciones se encuentren moralmente justificadas es compartida por muchos de los que participan en los debates sobre la desobediencia civil. Es justo decir que, según la visión predominante, el aceptar voluntariamente las consecuencias del violar la ley representa una parte crucial de lo que distingue la desobediencia civil de una mera acción contraria al derecho. Tal como lo sostuvo en “Socrates on Legal Obligation: Legitimation Theory and Civil Disobedience”, la idea de aceptar las consecuencias carece de un entendimiento o significado coherente. Cuando una de las cuestiones bajo discusión tiene que ver con cuáles son las consecuencias que deben seguirse de la violación del derecho, resulta absurdo sostener que uno debe aceptarlas. Uno no puede sino aceptarlas. Cuando alguien se negaba a participar de la guerra de

18. Un excelente ejemplo de desobediencia civil que sorprende a la gente y ayuda a cambiar el modo en que la gente piensa sobre un determinado asunto surgió con motivo de una serie de represas que el gobierno noruego quiso construir, y que prometía afectar o destruir la tierra ocupada por grupos nativos de esquimales “sami”. En un determinado momento, una construcción típicamente “sami” apareció construida a la entrada del parlamento noruego, y dentro de ella aparecieron varios viejos líderes “sami” encadenados y declarando una huelga de hambre. La acción atrajo de inmediato la atención de una mayoría de noruegos y contribuyó a cambiar radicalmente las bases del debate entonces existente sobre la materia.

Vietnam escapándose a Canadá, se convertía en un inmigrante en ese país. Cuando Daniel Berrigan decidió "refugiarse bajo tierra", él aceptó las consecuencias del "estar bajo tierra".

Los jueces que rechazan argumentos en favor de quienes realizan acciones de desobediencia civil, o que condenan a estos sujetos, típicamente afirman que está fuera de duda la sinceridad de los reclamos de los activistas, pero mantienen que tales reclamos morales deben ser irrelevantes a la hora de decidir sus sentencias. En ocasiones citan a Gandhi, quien es visto como el padre de la desobediencia civil política. En otros casos van más atrás y recurren a Sócrates.

Es particularmente irónico que citen a Gandhi. De modo habitual hacen referencia al discurso que sostuvo aquél frente a su juez, al momento de ser sentenciado ("The Great Trial"). En dicha ocasión, Gandhi afirmó que

"Invito ... y me someto con felicidad a la más alta penalidad por lo que la ley considera un crimen deliberado, y que yo considero mi más alto deber como ciudadano".

Pero cuando uno coloca en contexto este discurso, se advierte que el mismo, en realidad, apoya la idea contraria a la que habitualmente se lo asocia. Gandhi continuó aquellas palabras diciendo

"Los únicos caminos abiertos a usted, sr. Juez, son los de renunciar o aplicarme la más severa penalidad, si es que usted, el sistema y el derecho que está ayudando a mantener son buenos para la población" (Gandhi, 1951:129-33).

Gandhi no estaba favoreciendo una posición de neutralidad moral. Más bien, estaba desafiando al juez

a no ceder y a mantener su posición de un modo u otro. Si el juez apoyaba el dominio británico, entonces no debía salvar su propia conciencia condenando a Gandhi a una pena reducida. Por el contrario, debía condenarlo a la máxima penalidad o, preferiblemente, confrontar la injusticia del dominio británico y abandonar su posición como juez.

Esta postura mantenida por Gandhi es, sorprendentemente, muy similar a la de Sócrates, quien también es citado de modo equivocado por los jueces norteamericanos y otros que quieren evitar la confrontación moral. Los jueces norteamericanos citan la decisión de Sócrates de consumir cicuta y morir en manos de la ley en lugar de evitar su sentencia, tal como podía hacerlo. De hecho, Sócrates tuvo tres oportunidades de evitar su muerte. En primer lugar, muchos atenienses hubieran elegido ir al exilio en lugar de confrontar un juicio. Típicamente, y sobre todo en casos en donde las acusaciones se basaban en consideraciones políticas o eminentemente personales, las hostilidades hubieran tendido a disiparse con el tiempo, y el acusado hubiera podido entonces retornar al país. Durante el juicio, Sócrates pudo haber ofrecido la alternativa del exilio, y pocos dudan que los populares jueces atenienses hubieran escogido el exilio sobre la pena de muerte. Finalmente, su amigo Crito le ofreció a Sócrates la alternativa de escapar de la prisión e ir al exilio. *Crito* es hoy el famoso diálogo socrático que recuerda aquella oferta, la negativa de Sócrates y su muerte. Puesto en contexto, parece menos claro el hecho de que Sócrates aceptó su pena porque la ley es la ley, y más claro que lo que él estuvo haciendo fue negarle una vía de escape fácil a sus opositores. Como Gandhi, Sócrates quiso forzar a sus opositores a confrontarse con una prueba crucial: si estaban de acuerdo con él en que sus acciones eran justas, entonces no debían

meramente recomendar la salida fácil del exilio o una pena reducida. Por el contrario, ellos debían reaccionar más activamente, y liberarlo o renunciar a su posición. Y si realmente querían mantener los impudicos cargos contra Sócrates, corrompiendo a la juventud de Atenas, entonces tenían la muerte de Sócrates en sus manos. De modos similar, si los jueces realmente querían sostener la justicia del dominio británico sobre la India, ellos tenían en sus manos la posibilidad de condenar a Gandhi a la sentencia de prisión más extendida.

David Daube advirtió, desde mi punto de vista correctamente, lo que se encontraba en juego en el debate, al mantener que quienes tienen poder quieren definir restrictivamente la desobediencia civil, dada la legitimidad moral que aparece asociada a la desobediencia civil en muchos contextos (Daube, citado en Olsen, 1984). Tal vez sea justo decir que en el período previo a que la desobediencia civil consiguiera tal legitimidad moral, el debate sobre los justos límites de la misma pudo estar motivado no por los deseos de limitar la desobediencia civil, sino por el propósito de establecer su legitimidad moral.

En tal contexto, podríamos decir que el proyecto de Gargarella de justificar y poner límites a la resistencia civil no viene a favorecer el mantenimiento del *status quo*, sino que representa un intento por dotar de alguna legitimidad moral a la idea de resistencia civil si, y en la medida en que su proyecto resulte exitoso, aquellos con poder van a querer limitar y restringir la resistencia civil, del modo en que hoy hacen lo propio con la desobediencia civil.

Tal parece ser, de hecho, la expectativa del profesor Gargarella. Él no intenta establecer límites abstractos o formalistas sobre la resistencia civil. Según escribe, para poder aplicar su análisis a casos específicos, es necesario "*refinar nuestro conocimiento acerca de la*

historia y la política... antes de adelantar respuestas específicas", y aspira a que su análisis ayude a "mirar" los casos particulares "de modo diferente". Según su opinión:

"[actuaríamos] de modo equivocado si sólo nos fijáramos, obsesivamente, en los reclamos particulares de quienes protestan ... sin tomar en cuenta lo que tales protestas nos dicen acerca del sistema institucional dentro del cual ellas ocurren (i.e., la dificultad de la gente para promover ciertos cambios políticos a través del uso de herramientas legales) (...) ...perderíamos algo importante si insistiéramos en mirar al derecho desde la perspectiva de ciudadanos bien integrados, y no desde el punto de vista de los más desaventajados... [y] (...) actuaríamos de modo impropio si propusiéramos dejar de lado el valor de tales protestas como consecuencia de las motivaciones 'egoístas' o 'interesadas' de muchos de sus líderes, ignorando el hecho de que existen legítimos intereses en juego, que resultan sistemáticamente afectados por el Estado" (p. 42).

Cuando reconocemos que es necesario tomar en cuenta contextos concretos, luego no es claro cómo es que deberíamos mirar los casos de individuos que viven privaciones severas en una democracia razonable. ¿Cuándo debe considerarse que ellos participan en acciones de resistencia justificadas, y cuándo, si es que en algún caso, ellos deberían ser considerados criminales o matones? En muchas culturas, los Robin Hood y similares aparecen como héroes populares. Pero los individuos que sufren robos o molestias por parte de aquellos ven el asunto de modo diferente. ¿Deberíamos mirar las acciones de quienes bloquean calles, en la Argentina, como dirigidas a la mayoría complaciente,

o contra el gobierno que no rectifica las privaciones que ellos padecen? ¿Importa ello finalmente?

Las afirmaciones de Jefferson acerca de la necesidad de tolerar la resistencia porque quienes resisten pueden estar en lo cierto aparecen, frente a muchos de nosotros, como muy atractivas¹⁹. Tal vez los revolu-

19. Me parece claro que uno no debería ser penado por violar una ley injusta e inconstitucional. De modo similar, no culpo a quienes violan una ley injusta que finalmente no es encontrada inconstitucional. El caso más difícil es el de quien viola una ley que, con total buena fe, cree que es injusta, cuando en verdad no lo es. ¿Es una buena idea, entonces, la de tratar a esta persona de modo generoso, de modo tal de no sobre-desalentar sus acciones?

El caso de Greenpeace nos ofrece otro ejemplo útil. Probablemente la mayoría de las leyes que ellos violan son injustas, pero no todas. Hace poco tiempo, activistas de la organización comenzaron a navegar por aguas en donde los Estados Unidos placaban testar una porción de su sistema de misiles defensivos. Esto resultó, en verdad, una acción demostrativa o propagandística de su parte. Los activistas de Greenpeace eran no-violentos y mostraban una actitud abierta, a la vez que parecían esperar ser acusados y encarcelados. Sin embargo, la administración de Bush decidió evitar el tipo de acusaciones a las que los activistas estaban acostumbrados, acusándolos criminalmente. Esta actitud representó para mí una sobre-actuación por parte del gobierno, destinada a desalentar a los activistas a involucrarse en nuevas acciones similares. Fue por ello que el gobierno se resistió a tratar el caso como una ofensa a la propiedad menor, y a los actores como sujetos que provocaron una disrupción menor destinada a conseguir algunas fotografías oportunas. ¿Diría lo mismo si estuviera de acuerdo con la actividad que en este caso fue atacada? La respuesta de los Estados Unidos se parece mucho a la de los franceses hundiendo una embarcación de Greenpeace en Nueva Zelandia.

Greenpeace se involucra, muchas veces, en acciones que desapruebo. Según entiendo han afectado los derechos de pesca de grupos nativos. Puedo entender sus preocupaciones ambientalistas, pero creo que muchas veces se encuentran desubicadas. ¿Justificaría esto que el gobierno haga todo lo posible para defender los derechos de pesca de los grupos

cionarios deberían ser tratados de modo generoso, de modo tal de no desalentar demasiado la revolución, y

nativos, sin el recurso a penas draconianas que le impidan a los miembros de Greenpeace dar a conocer sus reclamos? Diría que sí, sujeto esto a lo adecuado del desafío estatal a la buena fe de los activistas, y a que el mismo no se encuentre en alianza con o motivado por los reclamos de grupos que se oponen a los derechos de los nativos.

Algunos críticos me han preguntado si diría lo mismo en apoyo de grupos anti-abortistas que violaran la ley. Me han preguntado cómo me sentiría si el Procurador debiera volver a litigar por la justificación de las leyes que protegen el aborto cada vez que un anti-abortista desobedeciera la ley. Debería decir al respecto, ante todo, que no me siento satisfecha con la actual práctica de asumir la sinceridad de los reclamos de los antiabortistas mientras se les aplican multas o envía a prisión en base a que la ley es la ley.

Aunque creo que la cuestión del aborto involucra cuestiones morales muy complejas para muchas mujeres, creo que la criminalización del aborto es moral y legalmente equivocada. El argumento moral a favor de la criminalización del aborto es muy débil, y en muchos casos la fuerza que reside detrás de parte del activismo anti-abortista es la misoginia. En este contexto, podría haber mucho para ganar tomando en cuenta la buena fe de muchos anti-abortistas, lo que hoy se evita en el mismo proceso por el que se evita tomar en cuenta las bases morales de su reclamo.

La situación con los militantes anti-abortistas es potencialmente similar a la que aparece en el caso de Greenpeace y los pescadores nativos. Los que quieren presentar argumentos morales a favor del uso de la coerción estatal para que los embarazos continúen, deberían poder hacerlo. Lo que no deberían es forzar de modo indebido a que otros actúen del modo en que no quieren. Si violaran una ley creyendo, de buena fe, que la misma es injusta, yo atendería a su argumentación. Cualquier penalidad debería dirigirse a impedirlos que su desobediencia civil dañe a otros. Una violación de la ley basada en principios es diferente de otra que no lo está. Este último tipo de situaciones puede ser enfrentado a través de la rehabilitación y la disuasión. En el primer caso, en cambio, el debate moral reemplaza a la rehabilitación y la disuasión toma una forma diferente.

tal vez el árbol de la libertad deba ser regado con la sangre de los tiranos a través de periódicas revoluciones. Esta posición, según diré, gana o pierde atractivo teniendo en cuenta el contexto concreto en el que aparezca. Sin duda, Jefferson trataría a los golpes de Estado de modo diferente, ¿no es así? ¿Cómo es que distinguimos a los revolucionarios de los meros matones? El concepto de libertad resulta muy atractivo hasta que pasa a incluir la libertad de oprimir a otros. Una de las "libertades" de la que gozaron muchos de los "padres fundadores" de los Estados Unidos fue la libertad de tener esclavos. Durante el régimen de Allende, muchos de los miembros de la derecha chilena se consideraron severamente afectados. Los casos difíciles para el derecho de rebelión aparecen, desde mi punto de vista, no en relación con los más pobres, sino en relación con los ricos sobre-beneficiados. Aunque la situación actual de Venezuela incluye muchas otras complejidades, ella puede ser mirada como una suerte de lucha de clases en la cual los más ricos se niegan a aceptar los reclamos democráticos de la mayoría. Ellos usan su poder económico, entonces, como un modo de socavar al gobierno de Chávez. Luego de que fracasa su intento de golpe, y luego de que perdieran en el referéndum convocado, ¿deberían aun ser tratados generosamente, en el caso de que pretendieran seguir violando leyes? ¿Deberíamos considerar la posibilidad de que estén en lo cierto? Y ¿qué sería en este caso que "estén en lo cierto"?

El análisis de Gargarella, de todos modos, crea menos problemas con esta distinción que la propia propuesta de Jefferson. Ello es así porque Gargarella incluye la referencia a las privaciones económicas severas como una forma de violación de derechos humanos fundamentales. Y una mayoría de matones y

aventureros intentando golpes de Estado no podrían, de modo persuasivo, sostener que ellos han sido privados de sus derechos humanos fundamentales.

Uno de los libros más amados por los niños noruegos es el *Folk og Røvere I Kardemomme By* ("Gente y ladrones de la ciudad de Kardemomme"). El mismo incluye entre sus personajes principales a tres ladrones que viven juntos en una casa en las afueras de la ciudad, y en donde tienen como mascota a un crecido león. El león les sirve también para impedir que la policía los detenga, dado que el oficial de policía de la ciudad tiene miedo de ser comido por el mismo (eventualmente tres habitantes de la ciudad atrapan a los ladrones in fraganti, mientras robaban una panadería, por lo que los ladrones son arrestados y resultan así rehabilitados).

La primera introducción que tenemos sobre los ladrones nos los muestran discutiendo el hecho de que el león comió una vez uno de los dedos del pie de Jesper, el más viejo de los ladrones. Jonathan, el ladrón que más disfruta comiendo, sostiene entonces que en verdad ello no importa demasiado, dado que cuando Jesper utiliza medias, nadie puede reconocer la falta del dedo.

"— El león, de todos modos, no es como debe ser —dice Jesper—.

— Sólo quiero decir —agrega Kesper, el tercero de los ladrones— que el león es la mascota más útil de todas las que podemos tener!"

— Lo sé bien —dice Jesper—, pero es horrible que a uno lo coman, aún si se trata de un pedazo pequeño.

— La mala suerte fue que justo ese día el león hubiera estado tan hambriento —sostuvo

Johnatan. Él sabía lo que implicaba estar hambriento—.

- *El león nos resulta de enorme provecho —afirmó Kesper—. Antes, la casa estaba llena de ratas y ratones, pero desde que encontramos al león, qué pasó. Ya no más ratas ni ratones.*
- *Lo sé muy bien —dijo Kesper—.*
- *Y recuerden —agregó Kesper— que el león es el mejor guardián que podemos tener. ¿Qué agente de policía va a animarse a entrar en la casa y arrestarnos mientras él esté aquí?*
- *Eso es cierto —dijo Jonathan—.*
- *Sí, todo muy bien —concluyó Kesper—, pero debo decir que es muy molesto el ser comido”.*

Muchas discusiones sobre la desobediencia civil y sobre si es aceptable o no el quebrar el derecho muestran, a mi parecer, ecos de la historia sobre los ladrones de Kardemomme. En ellas tiene tanta importancia la discusión sobre cuál dedo del pie es comido, como la de las particulares circunstancias que llevaron al león a estar hambriento ese día en especial. Y en general, no me parece claro que se pueda obtener algo importante llegando a una respuesta abstracta que trate de eliminar estas variaciones —no me parece nada claro que podamos crear una fórmula que nos permita llegar a acuerdos sobre todas las cuestiones en juego—.

Referencias bibliográficas

- FORTAS, A. (1968) *Concerning Dissent and Civil Disobedience*.
- DWORKIN, R. (1968) "On Not Prosecuting Civil Disobedience", *N.Y. Review of Books* 14, 10:11

- DWORKIN, R. (1977) *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 206.
- GANDHI, M. (1951) *The Great Trial*, vol. II.
- GANDHI, M. (1999) *The Law and the Lawyers*, 127.
- OLSEN, F. (1984) "Socrates on Legal Obligation: Legitimation Theory and Civil Disobedience", en *Georgia Law Review* 929-966, 18 [reimpreso en R. G. Wright, ed., 1992, *Legal and Political Obligation: Classic and Contemporary Texts and Commentary*].
- LUTHER KING, M. (1963) *Letter from Birmingham*, 16 de abril.
- THOREAU, H. D. (1849) *Civil Disobedience*.

¿Derecho de resistencia o revolución?

~ FÉLIX OVEJERO ~

Las sociedades democráticas requieren un mínimo de igualdad. Cuando las desigualdades son agudas es improbable que los ciudadanos se sientan comprometidos con las instituciones. Las exigencias no son excesivas. Incluso cuando existe explotación se puede dar una elemental reciprocidad: los explotados pueden estar inseguros acerca de la posibilidad de organizar las cosas de otro modo; los explotadores, obviamente, no quieren que desaparezcan los explotados, que constituyen una fuente de su riqueza. Pero en nuestras sociedades empieza a producirse una situación peor que la explotación: la exclusión, la existencia de personas que permanecen fuera de los procesos económicos y sociales que aseguran la reproducción de la sociedad. En este caso, hasta los explotadores pueden desear su desaparición, porque "consumen pero no producen", porque, para decirlo con un repugnante aunque descriptivo calificativo utilizado en algunos países, resultan "desechables".

En tales casos, o en otros de pobreza extrema, resulta razonable interrogarse acerca de hasta qué punto las instituciones que no reparan tales patologías pueden exigir el respeto y el cumplimiento de sus decisiones a aquellos ciudadanos que las padecen. Roberto Gargarella sostiene que en muchos casos no están obligados; que "los oprimidos deben considerarse libres moralmente de desobedecer aquellas órdenes que causan o fortalecen su situación de opresión". A

su parecer, ese derecho de resistencia no sería nuevo, sino un principio olvidado del derecho, de particular relevancia en el periodo medieval y la Reforma, que, de la mano de Locke, alcanza a latir en el temprano constitucionalismo:

"...el pueblo podía legítimamente resistir y finalmente derrocar al gobierno de turno en caso de que el último no fuera consecuente con el respeto a aquellos derechos básicos (los derechos inalienables de las personas) ".

De hecho, el derecho de resistencia a la opresión aparece incluido entre los derechos "naturales e imprescindibles" del artículo segundo de los derechos de hombre y del ciudadano de 1789.

Según Gargarella, la alienación legal es lo que justificó la resistencia siglos atrás. Alienación legal que entiende como un trasunto de la idea de alienación marxista del trabajo, en lo esencial, una situación en la que aquello que es creado por el individuo adquiere realidad propia y acaba por parecerle extraño. Gargarella se pregunta si la alienación legal sigue existiendo en nuestras sociedades y, ante la respuesta afirmativa a esa cuestión, defiende una recuperación de ese derecho. El autor apuesta por una ampliación de la idea de alineación legal que es a la vez una ampliación de las situaciones que justificarian la apelación al derecho de resistencia. Con más detalle, Gargarella invoca el derecho de resistencia en situaciones de naturaleza bien diferente: frente a *"aquellas órdenes que causan o fortalecen (una) situación de opresión"*; frente a unas decisiones *"en cuya creación (los oprimidos) no han estado involucrados y que, por lo demás, los desfavorecen"*; frente al representante o político que no se atiene a lo prometido; frente a un sistema legal

que no palia ciertas injusticias sociales (que no necesariamente son resultados del propio sistema legal).

Aunque a priori no hay ningún problema para que diversas situaciones justifiquen un mismo derecho, no se pueden ignorar algunos problemas que conlleva esa estrategia. El más importante: al meter demasiadas cosas en el mismo saco, el derecho gana en imprecisión y, por tanto, pierde relevancia como derecho invocable. Buena parte de las dificultades con las que se encuentra Gargarella, a mi parecer, tendrán que ver con el intento de ampliar el contenido de la interesante idea de alienación legal, y en fundamentar, desde esa versión ampliada, el derecho de resistencia. Es muy posible que las diversas situaciones requieran distintos tratamientos. De hecho, algunos de los casos mencionados han sido incorporados de distinta forma por las constituciones modernas, y en otros casos no estoy seguro de que puedan tomar forma jurídica. Gargarella pide mucho al derecho, y quizás una parte de los problemas que pretende encarar forman parte, sin más, de la disputa política y de la lucha social. A mi parecer la pregunta importante es si hay un territorio intermedio entre los derechos a desobedecer (objeción de conciencia, desobediencia civil) comúnmente reconocidos, y la revolución.

Quiero justificar estos juicios examinando algunas de esas diversas formas del derecho a la resistencia que menciona el autor. Intentaré mostrar, en primer lugar, que su diversidad dificulta el tratamiento unitario, y que intentar relacionarlas con la idea de alienación legal es forzar mucho las cosas y, a la postre, esterilizar esta interesante idea. Y, en segundo lugar, que, en todos los casos, acabamos por recalar en la dificultad mencionada: la ausencia de un territorio fronterizo entre los sistemas de control y desobediencia incorporados

—o susceptibles de ser incorporados— por los derechos y una revolución que, por definición, no tiene cabida dentro de los marcos legales.

En principio, parece presentar pocos problemas el derecho a la resistencia frente a “aquellas órdenes que causan o fortalecen la opresión”. Creo que este punto es el que más directamente se entronca con sus formas primitivas. Siempre, eso sí, que no descuidemos la naturaleza bien distinta de nuestro derecho constitucional y un derecho asociado a la existencia de órdenes sociales y, en ese sentido, opresivo por definición en tanto se ampara en la existencia de desigualdad legal. Lo que sucede es que en este caso su relevancia en el presente es limitada, por no decir nula. En nuestras sociedades, el derecho no parece que se esgrima contra la autoridad sin más, como sucedía en muchas de las formulaciones clásicas del derecho, aquellas que por ejemplo servían para justificar el tiranicidio, sino, más modestamente, contra ciertas decisiones, contra la disposición a cooperar en aquellas “áreas vinculadas directamente a las desventajas que sufren”¹ (aquellos que carecen de

1. Gargarella plantea el ejemplo de la desobediencia a los impuestos como opuesta a la desobediencia a los semáforos. No estoy seguro de que esta compartimentación en particular funcione. Hay dos problemas aquí. Por una parte, los privilegiados “podrían negarse a apoyar un sistema impositivo en cuya creación no han estado involucrados y que los desfavorece”, sobre todo cuando se dice que “no se apela (al hacer uso del derecho de resistencia) a las convicciones de justicia de la comunidad, sino a las propias”. Por otra, podría justificar una suerte de “impuestos” a la carta, de modo que, por ejemplo, los católicos dijeran que ellos no quieren pagar una seguridad social en donde se practique el aborto, los ricos decidir que sólo pagan los impuestos si se destinan a puertos deportivos, etc. (además, conviene no olvidar que la compartimentación impositiva “impuestos para semáforos pero no para armas”, tiene bastante de ficción: es lo mismo que sucede cuando se dan ayudas a los países “en medicamentos”

ciertos bienes básicos), como escribe Gargarella. Las dos cosas, obviamente, no son equivalentes: en un caso se cuestiona la autoridad, y en otro cierta decisión de una autoridad a la que, de hecho, se legitima con esa misma apelación al derecho. Creo que convendría en todo caso ser más explícito en este punto. Si se trata de lo primero, estamos hablando de un "derecho a la revolución" que, por su propia naturaleza, no cabe en un marco legal, y si se trata de lo segundo, no acabo de ver dónde están las diferencias con la insumisión o la objeción de conciencia.

El derecho a la revolución es el que se refiere a la cuestión de la desobediencia del derecho no del ser personal o la revolución

Gargarella también parece referirse al derecho a la resistencia frente a aquel derecho que no palia los males sociales. En ese punto parece que le pide mucho al derecho. Una cosa es que el derecho resulte injusto, por ejemplo estableciendo una desigualdad en derechos en razón del sexo de los individuos, y otra que no combata el machismo presente en la sociedad. Tal vez el autor pide al derecho lo que corresponde al combate político o ideológico, a la disputa de ideas. No se puede ignorar que las creencias y las convicciones de las personas no se forman en un *vacuum* social o institucional, ni que, en muchos casos, la forma que toman las normas legales puede reforzar ciertos valores y contribuir a formar las preferencias de los ciudadanos. Pero creo que aquí el autor está hablando de bastante más. Si suponemos, por ejemplo, que una parte de los males sociales está asociada al capitalismo, y que sólo una sociedad radicalmente diferente los puede paliar, el hecho de que el derecho no acabe con el capitalismo llevaría a considerarlo injusto. Este camino conduce muy lejos: puesto que el contrafáctico siempre se po-

pero "no en armas": si tienen cubiertos los gastos en medicinas, podrán dedicar el dinero disponible a las armas).

drá encontrar, no habría marco legal cuya obediencia estuviera justificada².

Otro caso distinto es el del derecho a la resistencia "frente a unas decisiones en cuya creación no han estado involucrados y que les desfavorecen". Esta interpretación se corresponde, en principio, con el derecho a la resistencia a la tiranía y, en un sentido más exigente, se relacionaría con los problemas asociados a la participación y la representación política en las democracias. Respecto a este último caso, la dificultad es consustancial al funcionamiento de los mecanismos de representación. Los representantes políticos no son mandatarios ni, por lo general, están sometidos al control —o posibilidad de revocación— de sus votantes, fuera de los procesos electorales. Ello es resultado de circunstancias diversas, algunas de ellas razonables, como el hecho de que puedan cambiar de punto de vista como consecuencia de razones poderosas que sólo aparecen en los procesos deliberativos en los que participan, o de que se han de enfrentar a escenarios nuevos, imprevisibles en el momento de ser elegidos, y otras no tanto. Por supuesto, eso no impide reconocer la existencia de situaciones claras, en las que sencillamente el representante abandona los principios más básicos de su proyecto. En todo caso, frente a situaciones como éstas, además de las

2. Quizá sería más correcto enfocar esta dimensión desde una perspectiva que Gargarella conoce bien, desde las tesis de algunos comentaristas de Marx según los cuales éste sostendría que: a) la justicia existente —la que cuaja en los intercambios, en acuerdos libres entre individuos— es la compatible con el capitalismo, explicable desde él, y la única que razonablemente se le puede demandar; b) la crítica moral, desde otros principios de justicia, es superhistórica y carece de sentido, por imposible; c) sólo el socialismo, una sociedad de la abundancia, puede satisfacer los principios "absolutos" de justicia.

elecciones periódicas, resultan imaginables diversas propuestas orientadas a favorecer la participación de los ciudadanos y a aumentar el control de los representantes, incluida la posibilidad de su revocación. Sería exagerado entroncar todas las propuestas que resultan incorporables dentro de los marcos institucionales, con el derecho a la resistencia ante una "traición a la voluntad popular". Respecto del primer caso, si estamos hablando directamente de tiranías, por definición, el derecho a la resistencia no puede tener cabida en el marco legal, porque si lo tiene, entonces no hay tiranía; no es verdad que el poder no esté sometido a algún control.

Resulta difícil pensar que estas diversas situaciones puedan tratarse de un mismo modo y, desde luego, salvo en un uso muy generoso de las palabras, no creo que puedan agruparse bajo el paraguas de la "alienación legal". Ni siquiera la última: la alienación presume que alguien no se reconoce en lo que crea, cosa que no sucede, por definición, "frente a decisiones en cuya creación no han estado involucrados". Se trata de asuntos bien diferentes, aunque, como he tratado de argumentar, en todos los casos Gargarella se encuentra con un problema común, y que creo que es la mayor dificultad para justificar el derecho de resistencia después de las revoluciones democráticas. En la medida en que éstas establecían y daban forma jurídica a la posibilidad de sustituir a los gobernantes, el derecho quedaba incorporado a los procedimientos "normales" y, por lo mismo, dejaba de existir como tal. El derecho a la resistencia, entendido como la posibilidad de dejar de cumplir las leyes, no puede formar parte del propio marco legal. La revolución, por así decir, no puede ser capturada por el orden que pretende revocar. Una circunstancia que el autor parece reconocer

cuando, en una nota, nos dice que el derecho de resistencia afecta "...a las bases mismas de la organización constitucional (...), no se apela a las convicciones de justicia de la comunidad, sino a las propias". Algo que sin duda es muy difícil de establecer como derecho y que, desde luego, haría innecesario el esfuerzo de Gargarella por precisar "*los límites y condiciones bajo las cuales puede considerarse que el derecho de resistencia es, finalmente, permisible*" y, en particular, una métrica de los bienes humanos básicos que justificarían la resistencia, los "*estándares 'objetivos' (...) [con los que] caracterizar situaciones de extrema exclusión social*". Si las convicciones de justicia que cuentan son las propias de grupo que invoca el derecho de resistencia, el derecho no puede ser capturado "objetivamente" por el marco legal.

Por supuesto, eso lo único que señala es que quizás haya que dejar a la acción política y al combate ideológico la lucha contra las injusticias. Gargarella parece pedirle al derecho lo que seguramente el derecho no puede dar. Sin duda, un derecho "*causal y moralmente implicado en el sufrimiento de los oprimidos*" justifica el derecho a la resistencia. Al menos así sucedió durante mucho tiempo. Pero no creo que el problema de la pobreza y la opresión en nuestras sociedades tenga que ver con el derecho, al menos en un modo suficientemente precisable. Se podría intentar descalificarlo por su "omisión", pero eso sería interpretar muy laxamente la responsabilidad "causal y moral".

La pregunta sobre el derecho de resistencia

— THOMAS POGGE —

La pregunta sobre el derecho de resistencia presentada por Gargarella nos refiere al problema que tal vez sea el más difícil de la filosofía política. Requiere que pensemos moralmente sobre el tema de la violencia —una violencia potencialmente mortal—, y sobre sus posibles justificaciones. Y requiere a la vez que hagamos referencia a muchos otros tópicos propios de la filosofía política. ¿Cuándo es que podemos considerar justa una ley? ¿Qué controversias sobre la justicia constituyen desacuerdos razonables? ¿Quién tiene el derecho de imponer una ley, y qué tipo de ley? ¿Quién tiene qué deber de obediencia a las normas jurídicas, y a cuáles normas, impuestas por quién? ¿Cuándo es que aparece un derecho a la auto-defensa, qué lo hace aparecer, qué es lo que el mismo permite, y cuándo —si es que en alguna ocasión— puede ejercerse en nombre de otros? ¿Cuáles son los deberes de los gobernantes hacia aquellos que, de modo consciente, resisten sus normas, de un modo permisible o impermisible? No resulta sorprendente que, a pesar de la obvia importancia de todas estas cuestiones, no contemos siquiera con los comienzos de una buena respuesta hacia las mismas.

Estoy de acuerdo con Gargarella en que el derecho de resistencia representa una cuestión viva en la actualidad, como estoy de acuerdo con la mayoría de lo que él dice en su escrito. Voy a concentrarme, entonces, en la presentación de algunos puntos complementarios a

su análisis. En particular, voy a vincular su tema con el lenguaje y la práctica de los derechos humanos, y especialmente con la noción de violación de derechos humanos. Esta noción, según entiendo, va a ayudarnos a concentrar nuestra atención en los casos en que la resistencia a la autoridad política tiende a resultar más plausible (aunque dudo que así podamos llegar a definir condiciones estrictamente necesarias o suficientes que justifiquen la resistencia). Son cinco los puntos que deben destacarse al respecto.

En primer lugar, los derechos humanos cubren sólo una pequeña parte de los bienes que son vitales para llevar adelante una vida humana valiosa. Los derechos humanos de una persona son violados sólo cuando ella carece de un acceso cierto a su objeto, es decir, cuando sufre o es vulnerable a sufrir severas privaciones o daños.

En segundo lugar, estos daños o privaciones son reconocidos internacionalmente como tales, y por lo tanto se encuentran más allá de todo desacuerdo razonable. Esto no es lo que ocurre, por caso, con el derecho al aborto o con la exclusión que alguien puede sufrir en una cierta comunidad religiosa. El derecho de resistencia resulta, por tanto, mucho más cuestionable moralmente en casos como los recién citados.

En tercer lugar, un derecho humano impone sólo deberes negativos. Para violar un derecho humano, uno debe no sólo ignorar la no-satisfacción de los derechos humanos de otros, sino también contribuir de un modo activo a esa falta de satisfacción.

En cuarto lugar, esta falta de satisfacción de la que uno es en parte responsable debe ser razonablemente evitable. Es decir, uno no viola los derechos humanos de otros cuando, por ejemplo, durante una hambruna,

distribuye comida o regula su distribución de un modo que permite que muchos, pero no todos, sobrevivan.

En quinto lugar, el agente debe ser capaz de reconocer anticipadamente que su conducta contribuye a desencadenar esa situación evitable. Es culpable de violar derechos humanos sólo en la medida en que hubiera podido o debido conocer que su conducta contribuiría a esa falta de satisfacción de derechos.

A pesar de estas cinco condiciones altamente restrictivas, lo cierto es que las violaciones de derechos humanos resultan, hoy en día, muy comunes, y toman, de modo habitual, la forma de una imposición colectiva de reglas y prácticas sociales tanto en el nivel local como global. Un porcentaje muy alto de la humanidad carece de los recursos necesarios para acceder a los objetos de sus derechos humanos básicos, especialmente en lo que se relaciona con elementos tan necesarios como la comida, el agua limpia, la vestimenta, el abrigo, o los cuidados médicos. Aproximadamente una tercera parte de las muertes humanas, 18 millones anualmente o 50.000 por día, se deben a causas relacionadas con la pobreza. Si definimos provisionalmente a la pobreza severa en los términos en que lo hace el Banco Mundial (\$2 por día —con Paridad de Poder Adquisitivo (PPA) de 1993—), podemos advertir que la misma es evitable. El 44 por ciento de la población mundial que vive por debajo de esos \$2 por día consume actualmente 1.3 por ciento del producto global, por lo que si vivieran en la línea definida por el Banco Mundial, consumirían sólo el 2.2 por ciento. Un cambio en los ingresos del 0.9 por ciento en el producto global podría erradicar por completo la pobreza severa. Tal cambio podría llevarse a cabo de muchas maneras diferentes. Así, por ejemplo, a través de un régimen de comercio internacional más equitativo (mediante la

abolición de cuotas, tarifas, impuestos anti-dumping, subsidios, y créditos de exportación que los países ricos todavía utilizan para proteger a sus mercados contra las importaciones baratas de productos del tercer mundo), a través de un impuesto global a la polución y tal vez a la extracción de recursos, tratando a la propiedad intelectual en materia farmacéutica como un bien público, a través del establecimiento de estándares mínimos globales en lo que hace al pago, las horas y las condiciones de trabajo. Resulta muy evidente que el mantenimiento de las reglas actuales perpetúa el problema de la pobreza global. Dado que esta matanza de 18 millones de personas anuales es previsible y evitable, la imposición del orden global actual aparece como la más extensa, aunque no la más grave, de las violaciones de derechos humanos jamás cometidas.

Pueden hacerse consideraciones similares acerca del orden institucional propio de muchos países en los que los derechos humanos se encuentran masivamente insatisfechos. Sin duda, muchos de tales países carecen de los recursos necesarios para que les vaya mejor en el orden global existente. Pero en muchos otros casos las violaciones de derechos que se producen podrían ser en buena medida evitadas a través de mejores instituciones y mejores políticas locales. En este caso, los responsables de imponer, en el nivel local, tales instituciones y prácticas, aparecen como co-responsables de las violaciones de derechos producidas, conjuntamente con los responsables de hacer lo propio en el orden global. Los derechos humanos de quienes hoy resultan excluidos o privados de derechos se encontrarían mucho mejor si los arreglos institucionales internos y externos fueran más justos. Resulta fácil concluir, entonces, que aquellos sobre los que se

imponen tales instituciones violatorias de derechos humanos no tienen una obligación moral general de acatar lo que establecen tales instituciones. Pero ¿de qué modo afecta tal situación a sus restantes obligaciones morales? ¿Qué es lo que estas víctimas podrían hacer, justificadamente, para satisfacer sus derechos humanos? ¿Y qué acciones podrían llevar adelante los demás, que tienen sus derechos humanos satisfechos, a favor de aquellos que no los tienen?

No parece que pueda progresarse demasiado con la venerable pero oscura distinción entre resistencia activa y pasiva, que Gargarella revisa de modo breve. Si una mujer no abandona el cuarto en el que vive pero que no puede pagar, o come un pedazo de pan que no es suyo, qué es lo que está haciendo: ¿ella se está negando, de un modo pasivo, a cumplir con las órdenes del Estado, o se encuentra desafiando activamente tales prohibiciones?

Creo que otras seis distinciones pueden resultar moralmente más significativas:

1. ¿La conducta ilegal del individuo o agente colectivo A es una conducta tal que puede esperarse que contribuya a la satisfacción de los derechos humanos de otra persona o grupo B, ya sea mitigando las privaciones que sufre B, o contribuyendo a reformar las instituciones existentes o las políticas que hoy violan los derechos humanos de B?
2. ¿A y B son idénticos, se superponen, o son distintos?
3. ¿La conducta ilegal de A causa daños severos, o un riesgo sustantivo de imponer tales daños, sobre alguna persona o grupo C distinta de A?
4. En ese caso, ¿se encuentra C implicado en la violación de derechos humanos, y en la violación de los derechos humanos de B, en particular?

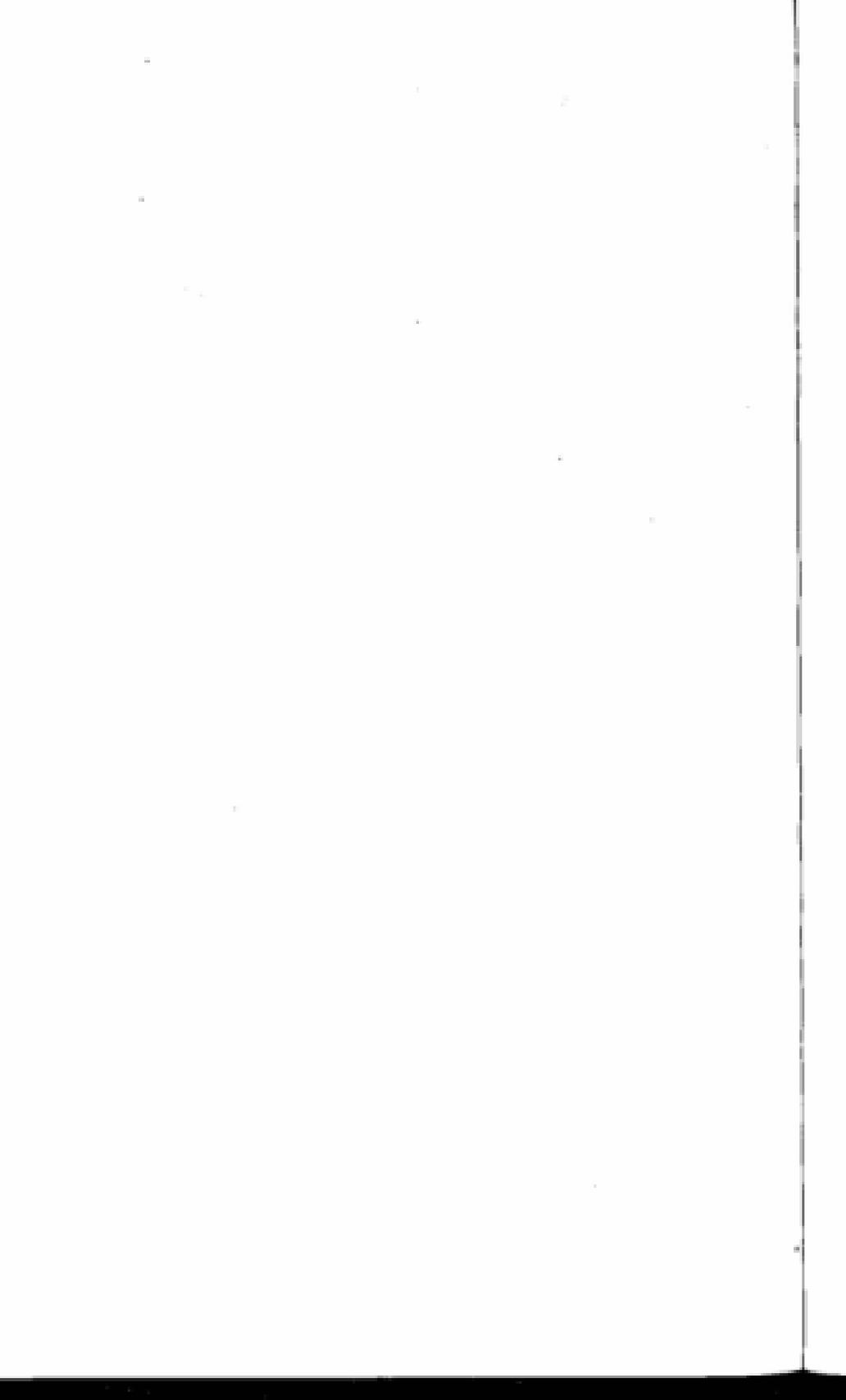
5. ¿puede contribuirse a la satisfacción de los derechos humanos de B de un modo menos costoso?, y
6. ¿cuál es la proporción entre la ganancia de B y el daño que se le produce a C?

Las cuestiones más interesantes y significativas son las que surgen de una respuesta afirmativa de 1) y 3). Estos son casos comparativamente extraños dentro del mundo moderno, dado que es difícil que una resistencia que provoque daños de consideración resulte rentable hoy en día. Más bien, dicha resistencia tendería a resultar enormemente contraproducente, dado que aquellos que hoy se encargan de sostener instituciones violatorias de los derechos humanos tienen la capacidad para aprovecharse de tales actos de violencia, ya sea para desviar la atención de sus propios actos o, peor aun, para justificar los abusos que ellos mismos cometen. Las "guerras contra el terrorismo" alentadas por Israel y los Estados Unidos, por ejemplo, toman mucho más difícil que concentremos nuestra atención sobre los asentamientos de Israel en los territorios ocupados, y sobre las severas cargas económicas que los Estados Unidos imponen sobre los países y ciudadanos más pobres, dado que las críticas a tales prácticas son rechazadas con ligereza como "rendirse al terrorismo". Las mayores violaciones masivas de derechos humanos que se producen en la actualidad son cometidas por agentes que gozan de una superioridad sin precedentes en lo que hace a la posesión de medios coercitivos (lo cual les permite destruir toda resistencia violenta o reducirla a niveles descabidos), y además de un control sin precedentes sobre los medios de comunicación y la opinión pública (lo cual les permite usar toda resistencia violenta para su propia ventaja).

En los extraños casos en donde 1) y 3) encuentran respuestas afirmativas, tenemos que enfrentarnos con

4), es decir con la pregunta acerca de si aquellos que resisten la violación de derechos humanos pueden dañar a inocentes, y al status que debería asignársele a aquellos que violan los derechos humanos de personas distintas de B. ¿Existen para ellos límites estrictamente deontológicos (como creyeron los anarquistas rusos, de acuerdo con lo que nos contó Camus en *El hombre rebelde*), o es que el daño de inocentes debe, simplemente, pesar más en la balanza?

Por desgracia, las limitaciones de espacio me impiden ahondar en estas fascinantes cuestiones que Gargarella nos ha planteado.



Comentarios y respuestas finales: pensar y repensar el derecho de resistencia

— ROBERTO GARGARILLA —

El texto que escribiera sobre la resistencia al derecho no estuvo motivado por la idea de trabajar sobre un área académicamente poco explorada, sino por la pura angustia de no tener respuestas, como abogado o cientista social, frente a situaciones sociales gravísimas. ¿Qué decir, en mi condición de tal, a aquellos que padecen de privaciones extremas, desde hace años? ¿Qué decirles cuando el derecho una y otra vez los agrede? ¿Qué cuando su único vínculo con la disciplina sobre la que trabajo es la de ser víctimas de las decisiones públicas vigentes? ¿Qué decirle a quienes, de entre ellos, toman la decisión, temeraria o quizás irresponsable, de desafiar el orden jurídico? ¿Y qué decir, por otra parte, a los juristas que, de buena fe, se enfrentan a estas situaciones extremas, y ven que el derecho es consistentemente interpretado por sus colegas de un modo que acorrala y castiga a tales grupos? No es que ahora sí tenga respuestas efectivas para aquel tipo de interrogantes, pero el camino recorrido hasta la publicación de este volumen me ha ayudado a discernir entre preguntas más y menos importantes; a dejar de lado algunas respuestas que intuitivamente tenía; y a distinguir el contorno de otras más sólidas. En este transcurso, han resultado extremadamente significativos los comentarios y críticas que recibiera mi escrito. Los autores invitados respondieron con generosidad y lucidez a la invitación hecha, que poco

tenía que ver con el sumarse a un juego de intercambio de argumentos, y muchos más con un emprendimiento colectivo destinado a pensar mejor sobre un tema, desde mi punto de vista, apremiante —un tema que en la realidad involucra, por ejemplo, la libertad o la pérdida de libertad para algunos individuos y grupos—.

Son muchos los temas que surgen de este intercambio, por lo que a continuación voy a seleccionar sólo unos pocos, que son los que me han suscitado un nivel de preocupación o urgencia mayores.

¿Quién tiene derecho (si es que alguien) a resistir el derecho?

Una primera pregunta que formulan varios de los comentaristas —y, en especial, Fernando Aguiar, Marcelo Alegre, Joshua Cohen y Siri Gløppen— es la que da título a esta sección, y se refiere a quién tiene derecho a resistir el derecho. Antes de referirme directamente al punto, quisiera remarcar dos coincidencias notables entre estos autores: todos ellos parecen suscribir la idea de que existe en ciertos casos algo así como un derecho a resistir el derecho —un derecho similar al descrito en mi texto—, y todos parecen coincidir en que dicho derecho puede, bajo circunstancias dadas, ir más allá de lo que mi texto parece sugerir.

Creo que el interrogante en cuestión es muy importante, y me obliga a detallar una respuesta que en mi texto no doy. Todos los autores citados están de acuerdo en que en mi escrito dejo de responder a este punto crucial, ya que sugiero que sólo quienes viven en situaciones de pobreza extrema y sistemática tienen derecho a resistir el derecho. La mayoría reconoce, con razón, que mi argumentación no niega, *prima facie*,

la posibilidad de extender el derecho de resistencia a otros sectores que, por razones de solidaridad o de principio, también reconocen que el derecho existente no es un derecho justificado.

En verdad, dado el tipo de preguntas de las que partía —preguntas como las formuladas al inicio de esta réplica— sólo me preocupé por examinar si los afectados por situaciones de pobreza extrema y sistemática tenían un derecho fuerte a desafiar el derecho. Claramente, ello no negaba la posibilidad de reconocer tal derecho a otros grupos, pero es muy cierto también que en ningún momento abrí claramente la puerta a la consideración de estos otros grupos como sujetos de una eventual permisión para desafiar al derecho. Y un derecho a la resistencia así limitado implica, como bien dice Cohen, “que otros sean obligados a convertirse en cómplices de tales violaciones”, a la vez que produce un conflicto político grave entre “los pobres que tienen el derecho de resistir y el resto de la población, cuya obligación de obedecer permanece intacta”. Aguiar argumenta de modo similar, basándose en razones de solidaridad; Alegre apela a ambos tipos de argumentos diciendo que:

“[t]odos tenemos el derecho a (y tal vez el deber de) protestar. Lo contrario implicaría castigar la solidaridad y desconocer una de las implicaciones de la evaluación moral (como la que afirma la perversidad de la exclusión socio-económica): ella exige adoptar una perspectiva imparcial. No es necesario padecer los efectos de una agresión para condenarla” (p. 76).

Siri Gloppen también me pregunta acerca de los derechos y deberes propios de quienes (en sus términos) sufren una “alienación indirecta”.

Puesto a elaborar una respuesta frente a la pregunta en cuestión, mi intuición coincide con la de los autores citados en su "invitación" a expandir el derecho de resistencia. De todos modos, para fundamentar tal respuesta necesitaría tomar más tiempo y espacio de los que aquí dispongo. Por el momento, y ante todo, diría que esta eventual respuesta afirmativa (aceptar la necesidad de extender el derecho de resistencia a otros sujetos más allá de los directamente afectados por las ofensas estatales) no implica abandonar, como sugiere Aguiar, mi argumento referido a la existencia de condiciones sustantivas y procedimentales que habilitan la resistencia al derecho. Aguiar alude a sujetos respecto de los cuales "no se cumple ninguna de las dos condiciones" citadas, o sólo una de ellas (el caso de los estudiantes chinos en la plaza Tiananmen), pero en donde resulta razonable pensar en un derecho de resistencia. Al respecto, es interesante notar que este juicio se opone directamente al de Cohen, quien sostiene que, frente a situaciones tales:

"...el principio básico de moralidad política debería ser que todos aquellos que están sujetos a estas leyes sufren lo que [aquí se llama] 'alienación legal', dado que todos se encuentran sujetos a normas coercitivas que carecen de una justificación mínima, por lo que todos tienen entonces un derecho a desobedecer y resistir" (p. 87).

Mi intuición es más cercana a la de Cohen que a la de Aguiar, aun cuando no considere que todos los individuos del caso se encuentren sujetos a una situación de "alienación legal". Al respecto señalaría, contra lo que afirma Aguiar, que es perfectamente concebible una situación en donde se encuentran presentes las condiciones sustantiva y procedimental mencionadas, incluso cuando diferentes actores sociales se encuentren

situados en posiciones relativamente distintas frente a las mismas. Por supuesto, es posible que estas diferencias nos obliguen a condicionar en ciertos casos el derecho de resistencia, o a pensar en restricciones aplicables a algunos sujetos y no a otros. Para decirlo con un ejemplo, puede ocurrir que frente a una situación de hambruna y miseria extrema se justifique una toma de tierras (como sucediera en el interesante caso *Modderklip* citado por Gloppen en su texto), y en tal sentido puede ser tan razonable que los más desaventajados se involucren en esa toma de tierras, como que otros individuos, más afortunados, contribuyan con ellos en esa tarea fundamentalmente humanitaria. Distinto sería el caso, sin embargo, si aquellos individuos más aventajados pretendieran quedarse con alguna de las tierras recuperadas, en lugar de dejar las mismas para quienes carecen por completo de otros medios de subsistencia. Es decir, para retomar el lenguaje de Cohén o de Alegre, no se debe castigar a los más aventajados por ser solidarios, o por compartir con los más pobres un idéntico sentido de horror moral. Sin embargo, si se los podría reprochar, en principio —como no a los más pobres— por tratar de sacar provecho personal del acto ilegal por el que eventualmente se opte en el caso. Creo que puede darse una respuesta sobre las mismas líneas frente al sensato comentario de Siri Gloppen en torno a aquellos “individuos que no sufren de privaciones directas” y que tienen “frente a sí un abanico más amplio de acciones”. Para ella, dicha situación determina que no pueda decirse que estos últimos individuos se encuentren justificados a desafiar al derecho. ¿Por qué deberían estarlo —se pregunta— si es cierto que tienen a su alcance tantas —y tal vez más eficientes y socialmente menos “costosas”— herramientas para impulsar los cambios buscados? A pesar de su plausibilidad

inicial, considero que esta sugerencia es equivocada. Piénsese, por caso, en la situación prototípica de un derecho de resistencia, en principio, justificado: las luchas por la independencia nacional. Es posible, por caso, que Thomas Jefferson en los Estados Unidos, o Mariano Moreno, en la Argentina, tuvieran suficientes contactos internacionales como para bregar por la independencia de sus respectivos países a través de dichas relaciones. Sin embargo, parece inapropiado decir que dicha circunstancia los inhabilitaba para recurrir a otros medios –incluso violentos (pongamos, involucrándose directamente en los movimientos militares del caso)– para poner fin a lo que podríamos llamar una situación extrema de “alienación”.

Llegado a este punto, tal vez valga la pena hacer una aclaración importante. Y es que no tengo –ni creo que debamos tener– la pretensión de definir, de antemano, y en una tabla de cálculo, las miles de variaciones posibles que pueden aparecer en estos casos, y el modo en que cada una de ellas puede impactar en la mayor o menor justificación de un derecho de resistencia. No me propongo, para usar la terminología de Horacio González, “capturar” con las “redes de sentido” los múltiples y variados actos de desafío al derecho. Como sostendré más adelante, me interesa huir de la tentación de recurrir a la filosofía jurídica para “apresar” –por medio de distinciones y clasificaciones– toda la “vida” jurídica de nuestra comunidad. Mi pretensión ha sido más bien la contraria, al menos en esta etapa: abrir la filosofía jurídica a la reflexión en torno a cuestiones sobre las cuales acostumbra a mostrarse cerrada.

¿Por el derecho o contra el derecho?

Marcelo Alegre y Christian Courtis coinciden en la formulación de un interrogante de interés. Ellos se preguntan si un análisis como el que presento implica o pretende —en términos de Courtis— “*extender o ampliar la aplicación del derecho*” o “*combatir el derecho vigente*”. Por su parte, Alegre sugiere caracterizar de otro modo fenómenos de protesta como los que presento en mi texto. Ellos deberían ser vistos, en su opinión “*no como actos de resistencia al derecho*”, sino como actos de “*resistencia a quienes violan el derecho desde el Estado*”. Por ello mismo, se pregunta sensatamente

“¿quién es el que resiste al derecho: el ciudadano que sale a la calle enfurecido contra la impunidad o los jueces venales que la consagran? Los docentes y otros empleados públicos que reclaman sus salarios, o el Estado que incumple sus obligaciones al no pagarlos?” (p. 62).

Posiciones como las mencionadas exigen replantear el modo en el que pensamos y definimos el derecho. Alegre es muy explícito en tal sentido, y sugiere que me aleje del riesgo de definir al derecho como lo haría el convencionalismo jurídico, es decir, como “*un conjunto de reglas establecidas por quienes tienen el poder para imponerlas al resto*”. Contra dicha posibilidad, sugiere una lectura moralizada del derecho, una que nos permita reconocer, por ejemplo, que:

“...la pobreza es ilegal ya que las condiciones de legitimidad del Estado, es decir las condiciones para que un Estado merezca nuestra obediencia, no se alcanzan allí donde el Estado niega a millones de personas, a través de un orden institucional

equitativo, los recursos mínimos para conducir una vida digna" (p. 65).

Formado en una tradición similar a la de Alegre, rechazo, como él, el convencionalismo jurídico. Pienso moralizadamente al derecho, y lo hago desde una perspectiva similar a la que él suscribe (volveré sobre el punto más adelante). De todos modos, quisiera dedicar unas líneas a reflexionar sobre este punto y explorar algunas de las derivaciones que Alegre pretende inferir a partir de esta visión del derecho –derivaciones que en principio considero contraintuitivas–.

Ante todo, coincido con muchos filósofos del derecho modernos –incluyendo a Ronald Dworkin o al argentino Carlos Nino– en que toda lectura del derecho requiere de interpretaciones, que hay muchas concepciones interpretativas que compiten entre sí, y que de entre estas concepciones interpretativas las hay algunas más plausibles que otras. Ahora bien, que siempre podamos interpretar el derecho en vinculación con una cierta concepción sobre la justicia y la democracia no nos debe impedir la identificación de qué es aquello a lo que se suele llamar derecho dentro de una cierta comunidad jurídica. Y lo cierto es que, aun cuando también sobre este punto van a existir muchas disidencias, ello no obsta a que podamos encontrar ciertas coincidencias de interés.

Por caso, todo el sistema constitucional norteamericano puede verse como un sistema que, entre otros aspectos, y desde sus orígenes, estuvo relacionado directamente con el mantenimiento de la esclavitud. Por supuesto, uno puede interpretar la Constitución norteamericana como negando a la esclavitud (y esto es lo que haríamos sin mayores problemas desde una lectura moralizada de la Constitución como la que sugiere Alegre), y uno puede reconstruir los principales escritos

de los "Padres Fundadores" de modo tal de ponerlos puramente al servicio de la causa de la libertad. Sin embargo, no creo que sea injusta la lectura del derecho norteamericano que diga que, por lo menos hasta la Guerra Civil y los consiguientes cambios en la cultura jurídica dominante (que incluyeron, en este caso, una muy relevante reforma "formal" de la Constitución: la Enmienda XIV), dicho derecho contribuía a la opresión de los afroamericanos. En este caso, hizo falta una guerra, seguida por la introducción de cambios directos sobre el texto constitucional, para impulsar un cambio en el paradigma jurídico dominante —un cambio que, en términos de Bruce Ackerman, implicó el desarrollo de un nuevo *momento constitucional*—.

El caso recién referido es relevante para mi reflexión sobre el derecho y la resistencia, y la discusión con autores como Alegre o Courtis. Antes de la Guerra Civil podríamos haberle dicho a un afroamericano, frente a sus padecimientos cotidianos, que el derecho en realidad no estaba contra él, sino sólo los funcionarios que lo aplicaban; y que por lo tanto era necesario expandir los beneficios del derecho vigente hacia grupos como el suyo. Sin embargo, él nos podría responder, como hoy podría hacerlo alguien que vive en la pobreza extrema, que sólo conoce al derecho como víctima del mismo, y que no alberga ninguna esperanza de cambiar al derecho sino poniéndose de pie contra el mismo y contra las autoridades que lo aplican. Dicho desafío implica un intento por romper con el paradigma jurídico dominante —paradigma que se distingue por ciertas lecturas o interpretaciones compartidas por los principales miembros de la comunidad jurídica (aun cuando albergue, al mismo tiempo, a jueces de buena voluntad que tratan de mirar el derecho de modo diferente, a abogados activistas por los

derechos de los más desaventajados, o a académicos preocupados socialmente)–. Una lectura como esta última, que reconstruye y presenta al derecho vigente como uno que oprime directamente a algunos grupos sociales, no me parece descriptivamente injusta, incluso cuando la mejor teoría de la justicia desde la cual podríamos interpretar al derecho nos permita decir siempre, legítimamente, que “el derecho es en realidad otra cosa”.

La postura de Ackerman resulta, en este sentido, nuevamente, ilustrativa: cuando Ackerman hace referencia al “momento constitucional” que culminó con la consagración del “New Deal”, nos muestra de qué modo este nuevo “momento constitucional” contribuyó a dejar atrás una etapa en la cual la Constitución era sistemáticamente interpretada como prohibiendo regulaciones sobre la propiedad. Aún en dicho momento había jueces que fallaban de modo diferente de la mayoría (reconociendo el valor de las regulaciones sobre la propiedad), pero ello no niega que el paradigma dominante era fundamentalmente otro. Mi descripción del derecho se basa en un ejercicio metodológico similar –al menos en parte–, que nos permite señalar que hoy, por ejemplo, la cultura jurídica de varias naciones latinoamericanas ampara y hace posible una situación en la cual ciertos sectores de la sociedad resultan agraviados sistemáticamente en lo que hace a sus necesidades y aspiraciones más elementales.

Frente a dicho contexto, uno debe preguntarse sobre el significado de que muchas Constituciones latinoamericanas incluyan, paradójicamente, y como pocas en el mundo, largas listas de derechos sociales, o fuertes declaraciones de compromiso con los tratados internacionales de derechos humanos (como Alegre y Curtis correctamente muestran). Como sabemos,

en una gran mayoría de los países de la región, tales derechos y declaraciones son interpretados de modo habitual como siendo no-operativos, por lo que es tan cierto afirmar que una mayoría de operadores jurídicos se encuentra defendiendo una interpretación muy disputable del derecho (y así suscribir la afirmación de Courtis según la cual aquí encontramos un incumplimiento más bien directo de "las metas establecidas por la constitución"), como lo es decir que, conforme al paradigma jurídico dominante en latinoamérica, el derecho no sirve para garantizar los más básicos derechos sociales a los grupos más desaventajados de la sociedad; o decir que el sistema jurídico de la región (el derecho, conforme a su interpretación más habitual, y por medio de la labor de los principales responsables de su creación y aplicación) contribuye a mantener a los indigentes en la situación desgraciada en la que viven (por ejemplo, al negarles sistemáticamente la posibilidad de satisfacer sus necesidades fundamentales, o al obstaculizarles aun la posibilidad de reclamar frente a esas sistemáticas negaciones).

Sobre el uso de la noción de alienación legal

Más de un autor, y Christian Courtis en particular, cuestiona el uso que hago del concepto de alienación legal. Como cito en mi trabajo, tomo el concepto de alienación del que utiliza Jon Elster en algunos de sus trabajos (especialmente Elster, 1985). Los usos que sugiere Elster se relacionan, pero se separan también de los que recuerda Courtis en sus citas. Sumando su opinión a las de John Plamenatz y Allen Word, Elster distingue dos conceptos principales de alienación: uno

al que denomina *alienación espiritual*, y otro al que llama *alienación social*. La idea de alienación que manejo en mi texto se relaciona con –y se deriva de– los conceptos utilizados o re-descriptos por Elster, y en particular con el primero de ellos. La idea de alienación espiritual es identificada (especialmente por Elster y Wood) como “falta de autorrealización” (personal en este caso), y de allí se deriva mi referencia a la idea de alienación legal, y el contraste que hago luego entre esta última noción y la idea de autodeterminación (colectiva). Este interés se ve reforzado por el segundo sentido del término examinado por Elster, el de alienación social. Según el filósofo noruego, Marx considera que las personas se encuentran alienadas en este segundo sentido cuando, del resultado agregado de sus actividades resulta que: i) ellos no advierten que estos agregados son el resultado de sus propias actividades, y ii) son incapaces de controlar o cambiar tal resultado. Este tipo de referencias informan mi descripción de la idea de alienación legal, especialmente cuando aludo al modo en que el derecho, que podría ser considerado un producto genuinamente vinculado con las aspiraciones y necesidades de la sociedad, comienza a ser visto como algo completamente ajeno –sino directamente contrario– a tales aspiraciones y necesidades.

Para la descripción que intenté hacer en mi texto sobre la alienación legal, partí del presupuesto de una continuidad entre las ideas de alienación y autodeterminación legal. Ambos conceptos vendrían a describir los extremos en los que se sitúan las situaciones dentro de las cuales vivimos habitualmente. En efecto, la mayoría de nosotros formamos parte de sociedades en donde una sección importante de la misma se encuentra “bien integrada”, y es más o menos exitosa en la tarea de “darse sus propias leyes”. Sin embargo, conocemos

también, con mayor o menor cercanía, experiencias bastante más estrechamente vinculadas con cada uno de los extremos: violentas dictaduras que ponen el ideal de autogobierno cabeza abajo, y pequeñas comunidades que se acercan al ideal opuesto, en donde las normas que se dictan tienen mucho que ver con las convicciones más básicas de quienes van a ser afectados por ellas. En el primer extremo, el derecho no sirve para que la comunidad gane en libertad, sino más bien para lo contrario. Es lo que ocurre, por ejemplo, en los casos de países que viven bajo dictaduras, o bajo la férrea mano de una potencia colonizadora. En tales situaciones, las normas jurídicas vienen a servir para asegurar la opresión de la mayoría de la población.

Ahora bien, en situaciones tan extremas, pocos tienen dudas de que el derecho representa un instrumento de opresión y merece, por tanto —en toda la medida en que ello sea posible—, ser desafiado, aun de formas violentas. Hoy por hoy, en muchos países, las propias Constituciones consagran el derecho de la comunidad (aún) a “levantarse en armas” contra tales gobiernos dictatoriales. Considerando esto (el hecho de que la presencia de una dictadura, por ejemplo, justifica en principio ciertas acciones de resistencia, dada su radical violación del derecho al autogobierno), en mi texto me preguntaba por otras situaciones menos visibles pero, en mi opinión, igualmente reprochables —situaciones que pueden originarse en sistemas en apariencia democráticos pero en donde, como en las dictaduras, también nos encontramos con violaciones extraordinarias de derechos fundamentales—. Me preguntaba entonces si la existencia de elecciones periódicas o el hecho de que sectores más o menos amplios de la población vivan en una situación acomodada debían llevarnos a borrar el derecho de resistencia de nuestro

horizonte normativo. Mi respuesta era negativa para los casos en que, efectivamente, existieran aquellas violaciones masivas, brutales, de derechos básicos. El propósito de mi texto es el de insistir en la lógica del argumento (lockeano), más allá de la mayor o menor visibilidad de los agravios del caso: si existen violaciones severas y sistemáticas de derechos fundamentales, no hay razones para dejar de lado la apelación a un derecho de resistencia. Y para tratar de probar dicho punto, recorro a un caso menos visible que el de la dictadura o la dominación colonial, como lo es el de las situaciones en donde algunos grupos enfrentan una pobreza severa y sistemática. Dicho esto, es muy importante para mí dejar en claro que el caso de la pobreza es sólo un ejemplo, tal vez el más importante, de una violación gravísima de derechos que se produce hoy en muchas sociedades democráticas. Pero ello no niega que puedan haber otros casos que también ilustren el cumplimiento de lo que llamo la condición sustantiva de una situación de alienación, y que sugieran la existencia de dificultades procedimentales serias.

Teniendo en cuenta lo señalado, Aguiar malinterpreta en parte lo que sostengo, en su ejemplo sobre los estudiantes de la plaza Tiananmen. Según él, tal era un caso en donde se cumplía la que llamo condición procedimental de una situación de alienación legal (dada la efectiva imposibilidad que tenía una parte importante de la comunidad china de participar de un modo razonable en política), pero no lo que llamo la condición sustantiva, dado que no podía decirse que una porción significativa de la sociedad viviera allí una situación de pobreza extrema. Se preguntaba entonces por qué en situaciones como ésta la resistencia no se encontraba justificada. Pero lo cierto es que, en mi opinión, casos como el de Tiananmen parecen hablarnos

de una situación que habilita claramente la resistencia, dada la gravísima violación existente de derechos fundamentales, y las enormes dificultades existentes para remediar dicha situación a través de los canales propios de la política. Es decir, no tenemos violaciones de la llamada condición sustantiva sólo cuando se dan casos de pobreza severa y persistente: dicha situación sólo representa un caso paradigmático, en mi opinión, de aquellas en donde existe una violación grave de derechos fundamentales.

Tal vez las aclaraciones hechas en los párrafos anteriores sirvan para moderar también los comentarios de Courtis acerca de las confusiones a las que pueda dar lugar el concepto de alienación, y nos ayuden a pensar mejor sobre la metáfora que dice que todo ciudadano debe ser considerado al mismo tiempo "autor y destinatario del derecho". En todo caso, en mi escrito recupero esta metáfora como forma de ilustrar el extremo "positivo" de la autodeterminación colectiva. Por supuesto que esta situación se refiere a una "construcción teórica", o se parece a una "ficción política": ella viene a describir el lugar más bien utópico de la autodeterminación, que confronta con el otro extremo, distópico, de la alienación legal. Ahora bien, este "ideal regulativo" habermasiano nos ayuda, creo y espero, a pensar y evaluar las situaciones habituales en las que vivimos, más cercanas o más lejanas de uno u otro extremo¹. Lo que digo en mi texto, en definitiva, es que cuanto más nos alejamos del ideal de la autodetermi-

1. Hablo de ideal habermasiano porque, según entiendo, el mismo retoma la propuesta defendida por Jürgen Habermas, cuando sostiene que *"desde el punto de vista de la teoría jurídica, el orden jurídico moderno sólo puede basar su legitimidad en la idea de autodeterminación: los ciudadanos deberían poder, siempre, tener la posibilidad de entenderse a sí mismos, también, como autores de la ley a la que están sujetos"* Habermas (1997).

nación plena, menos razones tenemos para respetar el derecho. Más aun, sostengo que pasado un cierto umbral que trato de hacer visible (apelando centralmente al ejemplo de la pobreza extrema), tenemos razones para resistir la aplicación del derecho.

Quisiera concluir esta sección señalando que la interpretación realizada por mi amigo Félix Ovejero sobre la idea de alineación se encuentra fundamentalmente equivocada. Contra lo que él sugiere, mi trabajo no se ocupa de una cantidad de situaciones disímiles, que luego trato de "agrupar (...) bajo el paraguas de la alineación legal". La operación que realizo es justamente la inversa: defino las condiciones que convertirían la resistencia en resistencia justificada (por tratarse de una situación de alienación legal), y luego, y sólo eventualmente, hago referencia a casos que podrían vincularse con aquellos parámetros definidos teóricamente. Este malentendido inicial se traslada luego a las críticas más detalladas que Félix presenta (cuando recoge frases sueltas de mi texto y muestra que la situación del caso no debe tratarse del modo en que lo hago). Él sostiene, por ejemplo, que justifico el derecho a la resistencia "*frente al derecho que no palia los males sociales*"; o "*frente a...decisiones en cuya creación [quienes resisten] no han estado involucrados y que les desfavorecen*". Pero sus yerros, me parece, son claros. Ante todo, las ideas que toma como objeto de crítica están muy pobre o superficialmente presentadas: nadie en su sano juicio podría justificar la resistencia frente a un derecho que no palia absolutamente todos los males sociales existentes, o que ocasionalmente, digamos, desfavorece a un grupo. En lo personal, ni digo ni tengo interés en decir algo semejante. De todos modos, y lo que es más importante, Félix se equivoca porque ninguno de los ejemplos que

revisa revisten interés serio para mi trabajo, en la medida en que no se encuentran directamente vinculados con las dos condiciones (sustantiva y procedimental) señaladas. Por ello mismo, todo mi escrito se dirige a tratar de precisar, por ejemplo, qué tipo de males sociales (i.e., violaciones de derechos fundamentales) podrían justificar un derecho de resistencia, bajo qué condiciones (i.e., a partir del carácter sistemático de tales violaciones), y de qué modo (i.e., autorizando el desafío a las normas que refuercen la situación de opresión que uno vive).

De una teoría normativa general a los casos particulares

Según me parece, los comentarios examinados hasta aquí terminan haciendo un llamado común: el de dar forma o tomar explícita la apelación a una teoría normativa. En efecto, necesitamos de dicha teoría para determinar cuál es la interpretación correcta del derecho (más allá de cuál sea la interpretación dominante en nuestra comunidad jurídica). Necesitamos de ella, también, para definir los contornos y alcances de una eventual resistencia al derecho, y para precisar las razones que pueden justificarla.

Tanto Thomas Pogge como Joshua Cohen insisten especialmente en la importancia de contar con dicha teoría. Pogge lo hace insertando mi análisis dentro de una visión más completa sobre los derechos humanos y, a partir de allí, acerca de los casos en que ellos son violados. Su comentario pretende, por un lado, dar un fundamento teórico más sólido a mi trabajo, y por el otro conectar al mismo con la avanzada discusión internacional existente en materia de derechos humanos

(algo que también se advierte en otros comentarios, como los de Alegre o Courtis). También precisa algunos puntos que podrían reforzar mi análisis, y en dicho camino me sugiere, creo que razonablemente, restar importancia a algunas distinciones a las que apelo (como la distinción entre resistencia activa y pasiva).

Cohen, por su parte, comienza a detallar los contornos que podría tener una teoría dentro de la cual podrían incluirse mis reflexiones sobre la resistencia. Se refiere entonces a una concepción de los derechos humanos elaborada en torno a la idea de inclusión, que diría lo siguiente:

"...algunen es tratado como un miembro de la sociedad cuando el propio bien es tomado en cuenta tanto en el proceso de toma de decisiones como en el contenido de esas decisiones".

En caso de no cumplir dicho objetivo, la sociedad en cuestión estaría tratando a sus miembros como "outsiders", es decir como personas que no cuentan dentro de ella.

La teoría normativa con la cual trabajo de modo habitual (y creo que ocurre lo propio con otros autores que escriben en esta compilación, como Alegre, Cohen u Ovejero) se encuentra basada en la idea de la democracia deliberativa. Esta teoría, según entiendo, puede acomodar bien inquietudes como las presentadas por Pogge o Cohen. Carlos Nino procuró desarrollar estos vínculos entre la teoría deliberativa de la democracia, y una idea de derechos humanos que incluye nociones sobre justicia distributiva en algunos de sus libros más importantes (entre ellos Nino, 1984 y 1987). Por el momento, me remitiría a estos trabajos para retomar y desarrollar comentarios como los de Pogge o Cohen.

Ahora bien, así como no encuentro mayores dificultades para expandir las bases teóricas sobre las cuales se asienta mi trabajo, debo confesar que sí hallo problemas para derramar las conclusiones del mismo sobre casos concretos. En mi escrito original me cuidé de no derivar sugerencias de política para situaciones específicas, por las consideraciones que Frances Olsen examina bien en su escrito. Como Olsen señala, existen riesgos ciertos en este salto de la teoría a la práctica, siendo el más obvio de ellos el de que las situaciones particulares suelen incluir tantas variaciones relevantes respecto de las teorías que pretenden analizarlos, que estos parámetros generales quedan siempre "demasiado grandes" (sino, directamente, demasiado fuera de lugar) en relación con los casos concretos. Para poder hablar de casos concretos, según entiendo, es necesario haber transitado antes por varias estaciones intermedias que incluyen un estudio detallado de la situación particular de la que se va a hablar. Analizando lo que podríamos llamar la política de mi trabajo, Olsen menciona otro riesgo importante, que resultaría propio de emprendimientos como el mío, referidos a cuestiones socialmente conflictivas. El riesgo (que ella no ve en mi trabajo pero sí en otros, como el publicado por el juez Abe Fortas sobre la desobediencia civil) es el de que la teoría venga a servir para "encerrar" o limitar a una práctica que se reconoce socialmente amenazante. Para Olsen, mi escrito puede ser inscripto dentro de la categoría de trabajos destinados a dotar de legitimidad moral al fenómeno social en cuestión (del mismo modo en que, durante los orígenes de la desobediencia civil, aparecieron trabajos destinados a mostrar lo justificado de la misma, bajo ciertas condiciones).

A pesar de los cuidados puestos de modo explícito en el tratamiento de los ejemplos, ellos todavía sugie-

ren diferencias con algunos de los comentaristas. En particular, creo que Alegre se equivoca cuando sostiene que, según mi trabajo, “*las protestas populares de los últimos años [en países como la Argentina] son instancias de resistencia*”. Lo cierto es que rechazaría tal afirmación, incluso –y sobre todo– para el caso de los “piqueteros”, sobre el cual Alegre realiza un extenso e interesante análisis. Mis prevenciones al respecto se encuentran íntimamente vinculadas con las que marcara Olsen. Y es que son tantos y tan diversos los grupos “piqueteros” (en su origen, composición, demandas principales, y aun metodología de acción y negociación), que cualquier generalización al respecto corre el riesgo de pecar de superficial. Típicamente, algunos de los grupos que en estos años han cortado rutas como modo de protesta cuentan hoy con fluidos contactos con el gobierno, mientras que otros se muestran muy hostil hacia él; algunos gozan de una situación económica difícil pero sostenible, mientras que otros siguen viviendo en una situación de grave miseria; y unos más (en particular algunos de sus líderes) tienen fácil acceso a los medios de comunicación, mientras que otros siguen siendo –como lo han sido siempre– invisibles. En tal sentido, y sólo por dar un ejemplo, Alegre realiza una generalización indebida al decir que “[hoy] ...no resulta del todo cierto que los reclamos de los excluidos [los ‘piqueteros’ en este caso] no sean escuchados”. Creo que aquí Alegre cae en un error que él mismo critica, que es el de considerar como un “todo homogéneo” a fenómenos que se caracterizan primariamente por su diversidad. Y lo cierto es que, en casos como el de los “piqueteros”, y según sugiriera más arriba, la amplia y llamativa visibilidad de ciertos dirigentes no dice absolutamente nada acerca de la visibilidad de otros grupos “piqueteros”

que, después de años y años, siguen siendo ignorados en sus necesidades y en sus demandas por el resto de la sociedad. En definitiva, creo que por más que mi trabajo haya sido motivado originariamente por protestas como las que Alegre menciona, y por más que haya sido escrito pensando en cómo tratar jurídicamente a los mismos, todavía queda (me queda) un largo trecho por andar antes de sugerir la aplicación de parámetros como los que defino, sobre casos concretos como los citados.

Siri Gloppen, por su parte, mantiene que mi texto tiene más sentido, y fuerza en relación con los actos ilegales “restaurativos” (destinados a reparar directamente una violación de derechos, por ejemplo, a través de la toma de tierras) que en relación con los actos “expresivos” (dirigidos a llamar la atención frente a ciertas injusticias, como en un “corte de ruta”). Sin embargo, aun cuando veo el interés de una distinción como la que propone, no creo que nos sirva para sostener una sugerencia como la que ella mantiene. Y es que, al menos en lo que hace a las acciones “expresivas” que a mí me interesan, ellas tienen un vínculo muy íntimo con las que Gloppen denomina acciones “restaurativas”. Tomemos, por caso, el ejemplo de los “cortes de ruta” que ella presenta. Si se trata de actos llevados adelante por grupos privados de todo acceso razonable a los foros públicos, entonces, en principio, el contenido “expresivo” de sus quejas puede verse como estrechamente asociado con —y como un paso necesario hacia— la eventual “restauración” de sus derechos. Más que una demostración de compromiso político, actos “expresivos” como los que realizan algunos de estos grupos deben verse como gritos desesperados en pedido de auxilio que, según suelen asumir los miembros de estos grupos con razonable certeza,

de otro modo no va a llegarles nunca. Por supuesto que las consideraciones habrán de variar si la acción del caso es desarrollada por sectores socialmente bien ubicados, que simplemente quieren hacer uso de una estrategia de protesta que consideran promisoría. Dependiendo de quién la utilice y para qué fines (por ejemplo, los manifestantes "anti-globalización" a los que Gloppen se refiere), la justificación de la acción ilegal del caso podrá, sin dudas, variar. En mi texto, de todos modos, me interesó ocuparme de los casos más claros, en donde el vínculo entre la "expresión" de una queja y la potencial "restauración" de un derecho resultaba muy fuerte. Siri Gloppen definiría a muchos de éstos como "casos fáciles" (en definitiva, fácilmente justificables) pero entiendo que la reflexión teórica es aun así necesaria y urgente, dado que en muchos países esos "casos fáciles" siguen siendo vistos, juzgados y reprimidos como si de ningún modo lo fueran.

El ejemplo de Sudáfrica al que apela la profesora noruega es sumamente interesante, y tal vez pueda ser puesto en paralelo con otro, que examináramos más arriba, referido a las luchas raciales en los Estados Unidos. Creo que ambos casos ayudan en una búsqueda que es la principal de las que emprendiera con mi texto: la búsqueda de "luces" que contribuyan a iluminar mejor las prácticas sociales concretas que nos rodean. Siri Gloppen nos habla de una historia que, en Sudáfrica, combinó —y en cierto modo todavía combina— estrategias de movilización jurídica constantes, con *"resistencias masivas, que incluyeron desafíos a las regulaciones zonales en materia racial, y el no pago de servicios"*, y que incluyen hoy, por ejemplo, el directo boicot a ciertas actividades estatales o privadas. La (no concluida) historia por la igualdad racial en los Estados Unidos conjugó de modo similar ambos

tipos de prácticas —unas que apelaban directamente al derecho, y otras que directamente lo desafiaban—. Tal vez estos casos (con la “doble” estrategia de recurso y desafío al derecho, utilizada por quienes anhelaban o anhelan “otro” derecho) nos hablen de caminos inevitables a recorrer, en pos de la satisfacción de los derechos más básicos para todos.

Sobre el valor de esta indagación

Una última y fundamental pregunta que quisiera abordar se vincula con el sentido o valor mismo de un emprendimiento como el que llevo adelante en mi texto sobre la resistencia al derecho. Mi impresión coincide con la de González, en el sentido de que “no es justo”, ni es valioso, ni tiene sentido “privarse de esa imaginaria radical”, mucho menos en un momento como éste, cuando las situaciones sociales dramáticas vienen a golpear nos las puertas y a preguntar por nosotros. Sin embargo, decir esto es compatible con reconocer, junto con Frances Olsen, que el solo abordaje de este tipo de reflexiones genera ciertos riesgos indeseados —por ejemplo, que las reflexiones que uno sugiera pasen a servir no para entender, legitimar o justificar ciertos actos de reproche al derecho, sino para limitar tales reproches, tal como ocurriera con algunos de los primeros estudios realizados sobre la desobediencia civil—. Olsen se refiere a este último caso, y también alude a otro sentido en que trabajos como el mío podrían resultar menos valiosos. Así, ella duda de que “[se pueda] *obtener algo importante llegando a una respuesta abstracta*” que trate de dar cuenta de los distintos problemas vinculados con la resistencia al derecho. La preocupación de Olsen tiene

que ver, ante todo, y según entiendo, con la pretensión de resolver de antemano problemas que, para ser entendidos y analizados adecuadamente, requieren de miradas detalladas sobre los concretos casos en los que se está pensando. En principio, y según comentara en los párrafos anteriores, estoy de acuerdo con esta observación. De todos modos, quisiera señalar un sentido más general en el que creo que si tiene sentido internarse en algunas consideraciones abstractas: me parece —y no veo razones para pensar que Olsen esté en desacuerdo con esto— que todos, pero especialmente los agentes jurídicos a los que les toca trabajar con estos temas (digamos, legisladores o jueces) necesitan herramientas teóricas para acercarse de modo apropiado a casos tan difíciles como los que aquí se analizan. Es mi impresión que, en la actualidad, las herramientas jurídicas existentes son insuficientes o inadecuadas para tratar casos que podríamos englobar dentro de una idea de resistencia como la que esbozo en mi escrito. Como dijera Karl Llewellyn, la reflexión moral sin técnica puede ser inútil, pero la técnica sin reflexión moral es una amenaza. Mi aporte, en todo caso, viene a decir, por ejemplo, que las definiciones hoy en uso sobre la desobediencia civil o la objeción de conciencia no cubren bien casos como los que me interesan (por ejemplo, porque ellas se refieren a ejercicios anti-jurídicos no violentos); y derechos como los que hoy podrían alegarse (la libertad de expresión, el estado de necesidad) deberían ser “estirados” —tal vez innecesariamente— para dar cuenta de problemas como los que aquí me ocupan (los escritos de Glop-pen y Alegre resultan relevantes en este punto). Por supuesto, tales dificultades no son puramente analíticas: las limitaciones del caso podrían determinar un

apresurado e indebido reproche a quienes hoy, en mi opinión, resisten legítimamente el derecho.

Lo dicho sirve también para impugnar lo que señala Félix Ovejero. Ovejero insiste con la idea de que “[le] pido mucho al derecho”, de que lo exijo “al derecho lo que seguramente el derecho no puede dar”. Este sería un tercer sentido en que mi emprendimiento no resultaría, en sí mismo, valioso. Pero creo que Félix se equivoca al presentar esta objeción porque, según me parece, él tiene en mente algo así como la constitucionalización del derecho de resistencia. Por eso, me parece, pide que dejemos este tipo de problemas a “*la disputa política... y la lucha social*”. Contra lo que él dice, entiendo que hay muchísimo para pedirle al derecho y, en particular, a sus principales agentes. Por un lado, lo obvio: el dictado y la aplicación de normas que aseguren el respeto de los intereses fundamentales de las personas, así como también el no-dictado o la supresión de otras normas que hoy agravan directamente a ciertos sectores de la sociedad. En tal sentido, hay razones de sobra para exigirle a legisladores y jueces que pongan inmediatamente en marcha los derechos sociales que la Constitución consagra (algo que hoy muchos se resisten a hacer), si es que quieren que el sistema institucional resulte legítimo, y si quieren evitar a la vez la generación de resistencias justificadas frente al derecho. Del mismo modo, me parece que hay razones para pedirle a los jueces que no reprochen penalmente a ciertos ciudadanos, en ciertos casos, o que, sobre todo, sepan tomar como *causales de justificación o excusa* de los actos de aquellos las privaciones severas que padecen, que se suman a las dificultades que encuentran para expresar sus quejas. Estas causales de excepción pueden servir, en algunos casos, para moderar ciertos reproches públicos

contra los grupos socialmente más agraviados, y en otros directamente para disculpar a tales actores, o considerar legítimas sus acciones. En otras palabras, hay muchísimo para exigirle al derecho, entre otras cosas porque hoy le pedimos al mismo mucho menos de lo que deberíamos, y/o porque aceptamos como naturales ciertas reacciones jurídicas basadas simplemente en el dogmático principio de que "la ley es la ley". Me parece que Félix, llamativamente, releva al derecho de la directa y extraordinaria responsabilidad que hoy tiene, tanto en la configuración de injusticias sociales (por ejemplo, al no cumplir con aquello a lo que se ha comprometido explícitamente), como en el reproche y condena a quienes reaccionan contra dichas injusticias.

Otras son, en cambio, las complejidades que Horacio González sugiere en su texto. Por un lado, el sociólogo argentino se refiere a la ambigüedad propia de un "derecho opresor" que "vive en el deseo de las gentes" —que constituye algo que "puede ser rechazado"— pero que, al mismo tiempo, genera la idea de que, sin él, "algo brutal retornaría a la superficie". Por otro lado, González predice, de modo no antojadizo, que la actitud de resistencia frente al derecho —a la que valora como "sentimiento utópico"— va a generar logros, en todo caso, "más cercanos a la propia reforma del derecho y de la retórica", que a una pretendida recreación de la sociedad. Los límites previstos por González en esta última observación se relacionan con las contradicciones anticipadas en el primero de sus señalamientos. Si rechazamos a la vez que reclamamos el derecho; si —por lo demás— diferentes grupos y sectores nos acercamos a lo jurídico con pretensiones tan encontradas; si tenemos ideas tan diferentes en torno de lo que el mismo debería ser, entonces no cabe sorpresa

alguna frente a las graves tensiones que puedan surgir en las inmediaciones de cualquier acto de resistencia. Dichas tensiones aparecen —y previsiblemente seguirán haciéndolo— en cada etapa de cualquier acto de desafío al derecho. Ellas contribuyen a explicar, quizás más que los propios castigos definidos por el orden jurídico, que las confrontaciones directas con el derecho sean aisladas, su desarrollo tan pleno de contramarchas, y su recepción social e institucional siempre tan difícil.

Nada de lo dicho obsta, sin embargo, a que sigamos reflexionando acerca del valor moral y político de la resistencia al derecho. Ello, sobre todo, cuando advertimos que todavía, y a pesar de las prácticas e interpretaciones jurídicas dominantes, hay autoridades públicas abiertas a pensar de modo diferente acerca de los límites de lo jurídico; hay jueces que no están convencidos de las duras decisiones dispuestas por sus colegas frente a los grupos menos apegados al derecho; y hay miles de conciudadanos que son merecedores de una consideración diferente de la que hoy reciben, cuando se los trata como meros aprovechadores de los esfuerzos de los demás.

Referencias bibliográficas

- ELSTER, J. (1985) *Making Sense of Marx*, Cambridge: Cambridge University Press.
- HABERMAS, J. (1997) *Between Facts and Norms*, Cambridge: Polity Press.
- NINO, C. (1984) *Ética y Derechos Humanos*, Paidós.
- NINO, C. (1987) *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Gedisa.