

CAPÍTULO QUINTO

DERECHOS SOCIALES Y DESIGUALDAD*

Desde la entrada en vigor del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) así como de instrumentos similares, regionales o nacionales, el debate en torno a estos derechos y su protección institucional ha generado una literatura rica, variada y propositiva. En México hemos dado pasos importantes en la dirección correcta, muy significativamente, a partir de la reforma constitucional de 2011. No entraré a los detalles de la misma. Lo que me propongo en este capítulo es llamar la atención sobre la renovación del discurso sobre los derechos humanos, y particularmente del que nos ocupa, el de los derechos sociales, a la luz del problema de la desigualdad. Reservo para el final algunos comentarios en torno a la pregunta de si es justificable o no un derecho jurídico a la resistencia ante situaciones de extrema desigualdad o de déficit de legitimidad democrática.

I. DERECHOS SOCIALES

Si revisamos la tipología de derechos sociales contenida en los documentos jurídicos encontramos:

- Derechos sociales entendidos como *libertades*: derecho a fundar sindicatos y a afiliarse libremente a ellos, derecho de huelga, etcétera. Estos derechos sociales pueden ana-

* Este capítulo reúne y amplía algunas reflexiones previas desarrolladas en Vázquez, Rodolfo, *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*, México, ITAM-Fontamara, 2012, caps. 1 y 6.

lizarse de la misma manera que se hace con respecto a otras libertades, como la de expresión o de circulación, por ejemplo. El núcleo básico de unos y otros es el mismo, a saber, el derecho a la ausencia de impedimentos en la realización de ciertas acciones.

- Derechos sociales como *prestaciones*: el núcleo normativo de estos derechos es que el sujeto tiene un título para exigir que se le entreguen ciertos bienes (derecho a una vivienda), que se le presten ciertos servicios (educación, salud) o que perciba una asignación económica (pensiones, subsidios).
- Derechos sociales como *status legales*: cuando dadas ciertas condiciones de los sujetos (huérfano, jubilado, familia numerosa, menor de edad, edad avanzada, etcétera) el ordenamiento contempla ciertas prestaciones sociales, beneficios económicos o exenciones de cargas.
- Derechos sociales como *bienes públicos*: ciertas aspiraciones a la existencia de estados de cosas buenos o deseables como el derecho a un medio ambiente limpio o a gozar de los beneficios del progreso científico o del patrimonio cultural.¹

De esta tipología podemos extraer dos corolarios. Un primero interesante es que desde un punto de vista estructural, los derechos sociales no son derechos de una naturaleza necesariamente distinta a los llamados derechos civiles y políticos. No es correcto decir sin más, que los derechos sociales son derechos de prestación mientras que los derechos civiles y políticos son derechos de libertad. Entre los derechos sociales encontramos libertades en sentido estricto, como el ya mencionado derecho a afiliarse libremente a los sindicatos, pero también entre los de-

¹ Véase Laporta, Francisco, “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en Betegón, Jerónimo *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 298-300.

rechos civiles más básicos encontramos derechos de prestación, como el derecho a un juicio imparcial. Y, también, los derechos políticos entendidos como derechos de sufragio activo y pasivo, sólo pueden existir en el marco de una compleja organización electoral que, entre otras cosas, confiera derecho al estatus legal de “ciudadano”.² Creo que a estas alturas no se necesita insistir más en la idea de que la dualidad irreconciliable entre libertad negativa y libertad positiva, para dar cuenta de los derechos civiles y políticos y de los derechos sociales, respectivamente, se presenta como un binomio conceptual simplificador de una realidad interdependiente y compleja. No sabría decir hasta qué grado propuestas como las de Isaiah Berlin,³ en aras de la claridad, han abusado del efecto didáctico de las tensiones antinómicas en detrimento de una explicación más fina y más acorde con la realidad.

Un segundo corolario, relacionado también con el abuso de las tensiones antinómicas, es que se ha querido llevar la oposición entre el “principio de libertad *vs.* el principio de igualdad” al terreno de la justificación de los derechos civiles y políticos y de los derechos sociales, y, de paso, calificar a los partidarios de la primera justificación como de “derechas” y a los de la segunda como de “izquierdas”. Creo, más bien, que la mera distribución igualitaria de bienes y recursos carece de una justificación independiente: la idea de extraer recursos o bienes de una persona para transferirlos a otra simplemente para que ambos reciban una idéntica cantidad carece de justificación. Si esta redistribución no tiene como objetivo algo que vaya más allá de la mera igualdad de recursos no se sostiene.⁴

Así lo entendieron igualitaristas como Ronald Dworkin, Amartya Sen o Carlos S. Nino: la igualdad de recursos, de riqueza, de bienes primarios, de necesidades, de capacidades básicas, es necesaria en la medida en que sirve para alcanzar la igual

² *Ibidem*, p. 301.

³ Véase Berlin, Isaiah, “Two Concepts of Liberty”, en *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969.

⁴ Véase Laporta, Francisco, *op. cit.*, p. 307.

consideración y respeto de las personas (Dworkin), la libertad para promover en nuestras vidas objetivos que tenemos razones para valorar (Sen), la libertad para elegir, organizar y ejecutar nuestros planes de vida (Nino). El acceso a bienes y recursos se presenta entonces como una condición necesaria, aunque no suficiente, para el logro de una vida autónoma y digna. Existe, de nueva cuenta, una unidad compleja entre derechos civiles y políticos y derechos sociales; una suerte de influencia recíproca y convivencia continua que neutraliza cualquier pretensión de apropiación de los mismos por la derecha o por la izquierda.

En los Estados democráticos modernos, la constitucionalización es la instancia en la que suele diseñarse el tipo de poder estatal al que se encomendará la protección de los derechos. Tal proceso de constitucionalización ha incorporado, también, los derechos humanos consagrados en las disposiciones normativas internacionales. Si aceptamos los dos corolarios ya mencionados entonces podemos inferir un par de consecuencias importantes en términos de obligaciones estatales, tanto genéricas como específicas.

Con respecto a las primeras, las obligaciones genéricas, estamos lejos ya de la concepción libertaria que las reducía exclusivamente a obligaciones de respeto. Se trata, también y principalmente, de *proteger, garantizar y promover*, pero entendidas estas obligaciones en una suerte de *continuum* que va desde el respeto hasta la promoción tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos sociales. Dicho de otra manera, los derechos sociales no sólo exigen un deber positivo del Estado en términos de su promoción sino también un deber negativo en términos de su respeto. Así, a manera de ejemplo, considerando el derecho prescricional a la alimentación:

La obligación de respetar el derecho a la alimentación es una clásica obligación negativa, en cuanto impone al Estado abstenerse de cualquier medida que pueda obstaculizar el ejercicio de este derecho o dificultar el acceso a la comida. La obligación de proteger exige, en cambio, que el Estado trabaje activamente

para reglamentar la conducta de los actores no estatales, ya sean empresas o privados, con el fin de que éstos no impidan a terceros tener acceso a una alimentación adecuada. De esto proviene la ulterior obligación de garantizar recursos efectivos en caso de violación de este derecho. Por último, la obligación de garantizar el derecho a la comida requiere una acción positiva del Estado, dirigida a identificar a los grupos vulnerables y a realizar políticas que faciliten el acceso a estos grupos a una alimentación adecuada, favoreciendo su capacidad de satisfacer sus propias necesidades alimentarias.⁵

Una segunda consecuencia tiene que ver con obligaciones específicas o principios rectores para los Estados:

- *Adoptar las medidas que sean necesarias.* Éstas deben ser deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización de los derechos. No se trata de una norma programática o de buenos deseos del legislador, sino de obligaciones concretas.
- Las víctimas de violaciones a estos derechos deberán contar con *recursos judiciales efectivos*, así como una reparación adecuada.
- Un Estado que no utiliza y que no está dispuesto a utilizar *el máximo de recursos disponibles*, incurre en violación. En cualquier caso corresponde al Estado demostrar que ha hecho lo posible “por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones”. No se vale alegar, entonces, la condición de país no desarrollado o en vías de desarrollo. Cada país debe considerarse de acuerdo con sus posibilidades y recursos, pero toca a cada uno de ellos la carga de la prueba.

⁵ Forzi, Flavia, “Derecho a la alimentación”, en Ansolabehere, Karina y Flores, Marcello, *Diccionario básico de derechos humanos. Cultura de los derechos en la era de la globalización*, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Universidad de Turín, 2009, pp. 38 y 39.

- Los derechos consagrados en el PIDESC tienen una naturaleza *progresiva*. Esto supone “la obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr la plena *efectividad de los derechos*” y “*abstenerse de adoptar medidas regresivas*, las que en todo caso deberán ser aplicadas tras un examen exhaustivo de todas las alternativas posibles y en su caso debidamente justificadas”.⁶

Tales obligaciones estatales, genéricas y específicas deben entenderse, como decíamos, a la luz de la normatividad internacional para cada uno de los derechos sociales en cuestión. La lucha por el reconocimiento de los derechos sociales se ha enfrentado a una serie de críticas que, en muchos casos, han encontrado respuestas elaboradas y agudas desde la normatividad internacional y que, paulatinamente, deben ir incorporándose a los ámbitos locales estatales reforzando y haciendo factible el bloque de constitucionalidad.

Un ejemplo: el derecho a la salud

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entró en vigor en 1977, es, sin duda, el instrumento internacional más relevante para la protección del derecho a la salud, por su carácter contractual y, por lo tanto, vinculante. En su artículo 12 se especifica que: 1) los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y 2) entre las medidas que deberían adoptar los Estados parte en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho deberán figurar las necesarias para: *a)* la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; *b)* el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; *c)* la prevención y el tratamiento de las enfermedades

⁶ Véase González, Enrique, “El derecho a la salud”, en Abramovich, Víctor *et al.*, *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, pp. 174 y ss.

epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.⁷

A pesar del paulatino reconocimiento del derecho a la salud en los instrumentos internacionales y en las Constituciones estatales, su adopción ha recibido diversas críticas:

- El simple reconocimiento de la salud como derecho humano significa convertir éste en un deber del Estado, lo cual es una meta imposible de lograr. Esta crítica se basa en la idea de que la salud es un bien intangible que no puede ser otorgado, que se traspasa el dominio de lo privado y que está condicionado a factores ajenos al ámbito público.
- El derecho a la salud es un concepto occidental, que no puede ser extrapolado a otras culturas. Esta crítica se basa en la idea de que los derechos humanos deben particularizarse de acuerdo con el contexto cultural propio de cada país o región.
- El concepto de salud es demasiado vago y amplio pues incluye elementos sociales que pertenecerían a otras esferas de intervención, como es la seguridad o asistencia sociales. El concepto se diluye o resulta innecesario si se satisfacen las demás demandas sociales: educación, trabajo, medio ambiente adecuado, etcétera.
- La amplitud de obligaciones resultantes por parte del Estado sería de imposible concreción en países no desarrollados o en vías de desarrollo, dada la escasez de recursos, por lo cual no debería colocarse sobre los Estados respectivos una responsabilidad correlativa.⁸

⁷ Paralelamente, a nivel regional, para América Latina, contamos con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y el Protocolo de San Salvador a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1988).

⁸ Véase González, Enrique, *op. cit.*, pp. 148 y 149.

Estas críticas, que como puede verse son “críticas globales”, aplicables también a otros derechos sociales, se han querido matizar y suavizar a partir de alguna acción específica. Se habla, entonces: 1) de un derecho a la *atención* de la salud, con lo cual podría ser convertible el derecho en obligaciones positivas atendibles por parte del Estado. Esta solución restringe las obligaciones del Estado exclusivamente a la salud y, teóricamente, se basa en la tesis de la correlatividad entre derechos y obligaciones, hoy fuertemente criticada, o bien, 2) de un derecho a la *protección*. Esta solución tiene el inconveniente de entrar en contradicción con la doctrina general de los derechos humanos que habla, hoy día, de otras obligaciones genéricas como son la de *respetar, proteger (asegurar, garantizar) y satisfacer*.

Haciéndose eco de estas críticas y de los informes presentados por los Estados parte ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, éste, en 2000, emitió la Observación General núm. 14 en la cual se interpreta el alcance y el contenido del artículo 12 del PIDESC. Con esta Observación se ha logrado delimitar con bastante precisión el contenido del derecho a la salud y constituye el consenso más actualizado de la comunidad de naciones sobre esta materia. Detengámonos un poco en esta Observación General.⁹

Por lo pronto, la Observación General núm. 14 define la salud como: “Un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”. En tanto derecho fundamental de toda persona el derecho a la salud no queda restringido o limitado a valoraciones culturales o contextuales. Asimismo, la vigencia del derecho a la salud está vinculada al ejercicio de otros muchos derechos humanos. La salud no resulta ser, entonces, un bien intangible reservado a la esfera privada del sujeto. Si bien todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, esto no debe entenderse como un derecho a estar sano. La razón es que:

⁹ Véase *ibidem*, pp. 152-155.

...un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano (por ejemplo, las derivadas de factores genéticos, la propensión individual a una afección o la adopción de estilos de vida malsanos). Pero el Estado sí está obligado a adoptar medidas complementarias: reconocimiento jurídico, formación de políticas en materia de salud, aplicación del programa de salud y un sistema de protección de salud que brinde a las personas oportunidades iguales, sin discriminación alguna.

Por otra parte, el Comité resuelve una de las críticas señaladas más arriba al afirmar que el derecho a la salud abarca no sólo el derecho a la *atención* de la salud, sino también una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones para que las personas puedan llevar una vida sana. El derecho se hace extensivo “a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y medio ambiente sano”; también incluye el “acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva”, y el Comité extiende el concepto a “las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona” y a factores como las diferencias basadas en la perspectiva de género.

El Comité subraya que las cuatro medidas que deberían adoptar los Estados parte son algunas de “entre las medidas”, es decir, alude al carácter ejemplificativo de la lista, que de ninguna manera es exhaustiva. Tales medidas obligatorias no se restringen a obligaciones estatales sino que son esenciales al contenido del derecho. Con ello se afirma la centralidad del individuo como sujeto de derechos. Por lo tanto, las cuatro medidas se traducen ahora en derechos: *a)* el derecho a la salud materna, infantil y reproductiva; *b)* el derecho a la higiene del trabajo y del medio ambiente; *c)* el derecho a la prevención y el tratamiento de enfermedades y la lucha contra ellas; *d)* el derecho a establecimientos, bienes y servicios de salud.

Hasta aquí el ejemplo y la respuesta a algunas de las críticas más recurrentes a los derechos sociales. Lo que en ningún caso debemos perder de vista es que los derechos sociales, finalmente, tienen que ver con necesidades o capacidades básicas que demandan una satisfacción urgente, al menos con respecto a los umbrales básicos por debajo de los cuales se provocan daños severos a los individuos y a las comunidades.

Como decía al principio, hemos dado hoy día —y México no es la excepción— un “giro discursivo” con respecto a los derechos y en especial con respecto a los derechos sociales. Este discurso contrasta con la teoría estándar de los derechos sociales en las propias disciplinas jurídicas al querer presentarlos como derechos *tardíos* —desde un punto de vista histórico generacionalmente posteriores a los derechos civiles y políticos—, *subalternos* en términos axiológicos, con una estructura totalmente diferenciada y *devaluados* desde el punto de vista jurídico en relación con los mismos derechos civiles y políticos, han contribuido a anclarlos en una condición de permanente minoría de edad. Impugnar y revertir ese relato, por lo tanto, es una garantía más, una *meta-garantía teórica*, como diría Pisarello, de derechos, simultánea a las diferentes prácticas sociales dirigidas a asegurarlos de manera igualitaria.¹⁰

II. DEL DISCURSO A LA REALIDAD

Dicho lo anterior, y por desgracia, el giro discursivo sobre los derechos humanos en general, y los sociales en particular, operado en la letra de la ley, no se ha acompañado de una adecuada implementación en la realidad. Quizá debamos dar la razón a Ernesto Garzón Valdés cuando critica a un buen número de estudiosos latinoamericanos por vivir bajo la ilusión de un “Estado de derecho” cuando existe una distancia abismal entre las reglas formales y las reglas vividas:

¹⁰ Véase Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Trotta, 2007, p. 137.

Hablar de la vigencia de la *rule of law* es, en la mayoría de los países de América Latina, desfigurar la realidad jurídica y despistar a quien quiera interesarse por las normas que rigen el comportamiento de gobernantes y gobernados en amplios campos de la vida social. A quien tenga predilección por las citas literarias, me permito recordarle la siguiente frase de un personaje de Alejo Carpentier “como decimos allá, «la teoría siempre se jode en la práctica» y «jefe con cojones no se guía por papelitos»”.¹¹

Hace quince años, Avishai Margalit publicó un libro inspirador cuyo título invitaba a una lectura inmediata, *La sociedad decente*. Desde la Introducción atrapaba al lector con una definición y una distinción que serviría de *leitmotiv* para todo el libro y que conserva la frescura de las intuiciones lapidarias:

¿Qué es una sociedad decente? La respuesta que propongo es, a grandes rasgos, la siguiente: una sociedad decente es aquella cuyas instituciones no humillan a las personas. Y distingo entre una sociedad decente y una civilizada. Una sociedad civilizada es aquella cuyos miembros no se humillan unos a otros, mientras que una sociedad decente es aquella cuyas instituciones no humillan a las personas.¹²

Las instituciones y las autoridades públicas “no humillan” cuando satisfacen las expectativas ciudadanas; cuando no ignoran, abusan o excluyen a los individuos que forman parte —por origen, elección o necesidad— del colectivo social; cuando abren los canales de participación plural para hacer exigibles, sin violencia, las innumerables demandas de bienestar y seguridad; cuando, en definitiva, contribuyen a la autoestima de la persona en el reconocimiento y promoción de su autonomía, dignidad e igualdad. La humillación, continúa Margalit:

¹¹ Garzón Valdés, Ernesto, “Las élites latinoamericanas”, en Garzón Valdés, Ernesto *et al.* (comps.), *Democracia y cultura política*, Las Palmas de Gran Canaria, Fundación Mapfre Guarteme, 2009, pp. 205-243.

¹² Margalit, Avishai, *La sociedad decente*, trad. de Carme Castells Auleda, Barcelona, Paidós, 2010, p. 15. Primera edición en Harvard University Press, 1996.

...implica una amenaza existencial y se basa en el hecho de que quien la perpetra —especialmente la institución que humilla— tiene poder sobre la víctima asaltada. Conlleva también, especialmente, la sensación de desamparo total que el matón provoca en la víctima. Este sentimiento de indefensión se manifiesta en la temerosa impotencia de la víctima de proteger sus propios intereses... El concepto de humillación como pérdida de control es el concepto operativo de degradación entendido como la destrucción de la autonomía humana.¹³

Lamentablemente, abundan los ejemplos en los que se hace manifiesta esa perseverante degradación de la condición humana —a la que se refiere Margalit— en aquellos Estados cuyas instituciones y funcionarios públicos viven al amparo de la corrupción, el servilismo, la violencia, la complicidad y la más absoluta impunidad. Y si bien el estado de degradación moral y política no es atribuible en exclusiva a las autoridades, y es legítimo que se piense en alguna participación de la ciudadanía en general, toca a los primeros cargar con la responsabilidad que supone detentar el poder público: tener en sus manos la posibilidad de construir y aplicar leyes, administrar los recursos del Estado y asegurar el orden social sancionando los actos de ilegalidad y domesticando cualquier manifestación de violencia, incluidos aquellos de los que pueden hacer uso los llamados poderes fácticos o “salvajes”, para usar la expresión de Luigi Ferrajoli.¹⁴

1. *Sociedades moderadas, decentes y justas*

Una sociedad decente, una sociedad cuyas instituciones no humillan, se encuentra en un escalón superior al de las sociedades que Margalit califica de “moderadas”, y, al mismo tiempo, en un escalón inferior al de las sociedades “justas”. En las mode-

¹³ *Ibidem*, pp. 105 y 161.

¹⁴ Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2011.

radas se busca erradicar la crueldad física, el castigo físico; en las justas se pretende hacer valer el principio de justicia distributiva. Existe entre las tres una suerte de orden lexicográfico, acumulativo: “La sociedad decente también tiene que ser moderada y la sociedad justa también tiene que ser decente”.¹⁵

En 1990, Judith Shklar publicaba un libro en el que se daba a la tarea, entre otras cosas, de mostrar el lado humano del pensamiento liberal poniendo el acento, no en una teoría de la justicia, sino en *Los rostros de la injusticia*.¹⁶ El peor de los males es la crueldad y entendía por ésta, en uno de sus ensayos más citados: “La deliberada imposición de daños físicos —y, secundariamente, emocionales— a una persona o a un grupo más débil por parte del más fuerte con el objetivo de alcanzar algún fin, tangible o intangible, de este último”.¹⁷ Es tarea de una sociedad liberal, pensaba Shklar, evitar el sufrimiento y construir una sociedad libre a partir de la ausencia de temores y de la eliminación, con todos los instrumentos legales y políticos a la mano, del “miedo al miedo”: “La cosa de que tengo más miedo es el miedo”, decía Montaigne, “más importuno e insoportable que la muerte”.¹⁸ Una *sociedad moderada* se compromete con la erradicación de todo trato cruel, inhumano y degradante —tortura y vejaciones físicas— y, de esta manera, de cualquier forma de fundamentalismo violento y de terrorismo de estado, cuya finalidad es la creación de un temor generalizado en la sociedad.

Por su parte, una *sociedad decente*, en palabras de Margalit y Shklar, pone el acento en la crueldad psicológica o mental, en la degradación de la autoestima, en la humillación a través de acciones u omisiones realizadas por seres humanos. El desempleo, la miseria y la pobreza, las enfermedades que pueden ser aten-

¹⁵ Margalit, Avishai, *op. cit.*, p. 123.

¹⁶ Shklar, Judith, *op. cit.*

¹⁷ Shklar, Judith, “The Liberalism of Fear” (1991), en *Political Thought and Political Thinkers*, University of Chicago Press, Chicago, 1998, p. 11.

¹⁸ Montaigne, *Ensayos completos*, trad. de Juan G. de Luaces, México, Porrúa, 2003, Libro Primero, XVII.

didadas y curadas a tiempo, el analfabetismo, la imposibilidad de acceder a espacios públicos de recreación y cultura, la privación de futuro para nuestros jóvenes, el trato al prójimo como un ser no humano, inexistente o invisible, son situaciones humillantes. No se trata de “desgracias” o de acciones naturales incontrolables por el hombre, sino de acciones u omisiones deliberadas o susceptibles de ser orientadas o reorientadas por la acción humana. Por ello se entiende que una de las formas más grotescas de humillación es pensar que todos esos males son producto de fuerzas o leyes naturales contra las que sólo cabe esperar una actitud de resignación. Los apóstoles del mercado a ultranza, por ejemplo, terminan borrando “los rostros de la injusticia”.

Una sociedad decente debe ser el preámbulo para una *societas justa*. En ésta no sólo se ha eliminado la crueldad física y la humillación, sino que se ejercen acciones que permiten una adecuada distribución de bienes, recursos y derechos que exigen del Estado acciones de bienestar decididamente positivas. Es cierto, como sostiene Shklar, que a fuerza de insistir en los criterios de distribución, se han descuidado en los países desarrollados las condiciones que hacen posible la moderación y la decencia entre los miembros de la sociedad. Podría darse el caso que los individuos pertenecientes a una sociedad liberal y democrática se sientan comprometidos con la justicia de sus propios ciudadanos y, al mismo tiempo, no se sientan responsables de la humillación hacia personas que no cumplen con los criterios de pertenencia a dicha sociedad pero que, por muy diversas razones legítimas, viven en ella. Tal es el caso paradigmático de los inmigrantes o de los trabajadores extranjeros que se ven en la necesidad de realizar el trabajo “sucio” que no realizan los miembros de la sociedad y a los que no se les considera ciudadanos de la misma. No se trata sólo de un problema de justicia distributiva o de eficiencia, sino de un trato excluyente, que suele acompañarse de actitudes xenófobas legitimadas política y hasta jurídicamente. Otro tanto cabe decir de las personas que distribuyen alimentos a las víctimas de una hambruna o de alguna catástrofe, que “los

lanzan desde el camión como si los receptores fuesen perros”. De nueva cuenta, la distribución puede ser justa y eficiente, pero no dudaríamos que la forma de llevarla a cabo es humillante.¹⁹ En ambos casos se da lugar a una humillación institucional y, por tanto, a una sociedad indecente, pero “justa”. Este déficit liberal no tiene justificación alguna: “Una sociedad justa debería ser, en espíritu, una sociedad decente, tanto para sus miembros como para quienes no pertenecen a ella”.²⁰

Las sociedades justas deben comprenderse de manera incluyente, es decir, incorporando la moderación y la decencia. No es tarea fácil trazar las fronteras entre unas y otras. Ahí donde parece haberse alcanzado altos niveles de distribución equitativa y, por lo mismo, niveles óptimos de calidad de vida, aparecen o reaparecen situaciones de crueldad y humillación de difícil contención. Piénsese, de nueva cuenta, en las actitudes xenófobas de buena parte de los gobiernos conservadores y de partidos de ultraderecha radical en Europa, o la sistemática violación de derechos humanos en países emergentes como China, con sonados logros en el crecimiento económico y en el abatimiento generalizado de la pobreza.

La situación en Latinoamérica invita a un análisis atento y cuidadoso, pero el lastre de la desigualdad y de la pobreza nos

¹⁹ Véase Margalit, Avishai, *op. cit.*, pp. 209 y ss. Margalit ejemplifica con los kibbutz en Israel y con la hambruna en Etiopía, respectivamente. No es difícil hacer extensivo estos ejemplos con la trágica situación de los inmigrantes en muchos países europeos y americanos, y no puede escapar a nuestra atención la diferencia de trato hacia las víctimas de las catástrofes en Japón y Haití, independientemente de su menor o mayor acercamiento a los ideales de justicia. En concreto, para el caso de los inmigrantes en España un estudio reciente ha desmontado el mito urbano de que los inmigrantes consumen más en servicios del Estado de los que aportan. Los inmigrantes representan en la actualidad el 12.2% de la población española, pero únicamente absorben el 6.8% de los servicios sociales, el 6.1% de los gastos educativos y el 5.1% de la sanidad, es decir, gastan menos de los que le correspondería. Los inmigrantes son contribuyentes netos del Estado, injustamente discriminados. Véase Moreno Fuentes, Francisco Javier y Bruquetas Callejo, María, *Inmigración y Estado de bienestar en España*, Barcelona, Obra Social “la Caixa”, 2011.

²⁰ *Ibidem*, p. 213.

distancia sensiblemente de los ideales de una sociedad decente. De acuerdo con el coeficiente de Gini del ingreso de la región —el indicador más usado para medir la desigualdad— es un 65% más elevado que el de los países de ingreso alto, un 36% más alto que el de los países del Este asiático y un 18% más alto que el promedio de África subsahariana. El recurso a la violencia institucional en muchos de nuestros países mantiene postrada a nuestras sociedades en una interminable y desesperante humillación que, lamentablemente, ha erosionado también los ámbitos de la intimidad y privacidad personal, familiar y comunitaria, y que hace dudar de las posibilidades de una convivencia civilizada.

Todo indica, como bien decía el juez argentino Eugenio Zaffaroni, que lejos de que los países latinoamericanos transitemos de un Estado legal de derecho a uno constitucional, involucionamos, de nueva cuenta, hacia un Estado “decretal” de derecho.²¹ Lejos de consolidar una cultura de la legalidad robusta en el marco de un Estado democrático y social de derecho, nos encaminamos hacia una cultura de la (i)legalidad, en donde lo que priva es lo que Guillermo O’Donnell ha llamado una “ciudadanía de baja intensidad”:

Quiero con esto decir que todos tienen, al menos en principio, los derechos políticos que corresponden a un régimen democrático, pero a muchos les son negados derechos sociales básicos, como lo sugiere la extensión de la pobreza y la desigualdad... A estas personas se les niegan también básicos derechos civiles: no gozan de protección ante la violencia provincial ni ante diversas formas de violencia privada, se les niega el fácil y respetuoso acceso a las instituciones del estado y a los tribunales; sus domicilios pueden ser allanados arbitrariamente, y, en general, son forzados a llevar una vida que no sólo es de pobreza sino también de sistemática humillación y miedo a la violencia... Estas perso-

²¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Dimensión política de un Poder Judicial democrático”, en Carbonell Miguel *et al.* (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, 2004, p. 120.

nas, a las que llamaré el sector popular, no son sólo materialmente pobres, son también legalmente pobres.²²

El sociólogo chileno Jorge Larraín ha expresado esta situación con una frase intimista y contundente: vivimos en el “síndrome de desesperanza aprendida”.²³ No se trata sólo de desplazados, sino de un número creciente de individuos que han perdido la ilusión de un futuro y les resulta insostenible la persistencia en un clima de incontrolable inseguridad. Todo ello abona en favor de una creciente desconfianza de la ciudadanía en las instituciones políticas, sociales y económicas, que merma la cohesión social y destruye los cimientos del llamado “capital social”.²⁴ Un buen sector de nuestras poblaciones vive en una dinámica que el justilósofo brasileño Oscar Vilhena ha caracterizado con los términos de “invisibilidad de los extremadamente pobres”, “demonización de los que cuestionan el sistema” e “inmunidad de los privilegiados”, o de los detentadores fácticos del poder.²⁵ Trilogía que se corresponde con otra, no menos dramática: la corrupción, ineficiencia e impunidad de nuestros gobernantes.

2. Crisis del consenso socialdemócrata

Pienso que resulta difícil y políticamente incorrecto poner en duda las bondades de un Estado de derecho, la denuncia y crítica

²² O'Donnell, Guillermo, “Democracia, desarrollo humano y derechos humanos”, en O'Donnell, Guillermo *et al.* (eds.), *Democracia, desarrollo humano y ciudadanía*, Rosario, Homo Sapiens, 2003, p. 91.

²³ Larraín, Jorge, *Identidad chilena*, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2001, cit. por Garzón Valdés, Ernesto, “Las élites latinoamericanas”, *cit.*, p. 90.

²⁴ Para el análisis de los conceptos de confianza, cohesión y capital social, véase Bergman, Marcelo y Rosenkrantz, Carlos (coords.), *Confianza y derecho en América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica-Centro de Investigación y Docencia Económica, 2009.

²⁵ Véase Vilhena, Oscar, “La desigualdad y la subversión del Estado de derecho”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 6, año 4, 2007, pp. 29 y ss.

de toda forma de totalitarismo, de crueldad y de humillación, la necesidad de un mercado adecuadamente regulado, la construcción de una democracia representativa acotada por los límites infranqueables que establecen los derechos humanos en el marco de un Estado constitucional. Todo esto suena bien. Sin embargo, como decía el recientemente fallecido historiador inglés, Tony Judt, “Algo va mal”. Algo no ha caminado bien en nuestras sociedades modernas y, concretamente, en nuestros países latinoamericanos.

Desde la posguerra hasta finales de los setenta, del siglo pasado, escribía el politólogo Ralf Dahrendorf en 1979, el consenso socialdemócrata significó: “El mayor progreso que la historia ha visto hasta el momento. Nunca habían tenido tantas personas tantas oportunidades vitales”. No deja de ser significativo el título del ensayo del que se toma esta cita, “The End of the Social Democratic Consensus”.²⁶ En efecto, las tres décadas siguientes (1980-2010) han “arrojado por la borda”, en los términos de Tony Judt, los logros paulatinos de un siglo (1880-1980), que al menos para las sociedades avanzadas de Occidente, significaron una reducción significativa de la desigualdad: “Gracias a la tributación progresiva, los subsidios del gobierno para los necesitados, la provisión de servicios sociales y garantías contra las situaciones de crisis, las democracias modernas se estaban desprendiendo de sus extremos de riqueza y pobreza”.²⁷ Judt ilustra la humillante desigualdad de los últimos decenios con el siguiente “botón” de muestra:

En 1968 el director ejecutivo de General Motors se llevaba a casa, en sueldo y beneficios, unas sesenta y seis veces más la cantidad pagada a un trabajador típico de GM. Hoy, el director ejecutivo de Wal-Mart gana un sueldo novecientas veces superior al de su empleado medio. De hecho, ese año se calculó que la fortuna de la familia fundadora de Wal-Mart era aproximadamente la

²⁶ Dahrendorf, Ralf, “The End of the Social Democratic Consensus”, en *Life Chances*, Chicago, University of Chicago Press, 1979, pp. 108 y 109.

²⁷ Judt, Tony, *Algo va mal*, trad. de Belén Urrutia, Madrid, Taurus, 2010, p. 26.

misma (90,000 millones de dólares) que la del 40 por ciento de la población estadounidense con menos ingresos: 120 millones de personas.²⁸

De acuerdo con el último Reporte de Riqueza Global (2014), que desde hace varios años viene elaborando el banco Crédito Suizo, el 10% de la población más rica del mundo posee el 87% de la riqueza global, mientras que el 50% de la población más pobre apenas alcanza el 1% de esa riqueza. Lo más dramático es que de ese 10% más rico, el “famoso” 1%, posee casi el 50% de la riqueza global y la brecha de la desigualdad en la riqueza y en el goce de los derechos va en aumento.

Si nos atenemos a las conclusiones de Piketty,²⁹ esa acumulación y concentración en el 1%, está muy lejos de deberse al mérito, al riesgo o a la ambición de los individuos emprendedores. Se trata más bien de la expansión de un capitalismo patrimonialista que se está reproduciendo más aceleradamente que el crecimiento económico. Los puestos de mando de la economía no están bajo el control de individuos talentosos, sino de dinastías familiares, y los injustificados salarios y privilegios de ejecutivos y funcionarios públicos, en los tres órdenes de gobierno, no responden siquiera a estrictas leyes de mercado que garanticen la capacidad y eficiencia en el desempeño, sino a razones sociales y políticas, y por desgracia para nuestro país, en una proporción considerable, al creciente contubernio con el crimen organizado.

En México, los resultados de la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares (ENIGH), publicados por el INEGI en 2014, arrojan cifras muy preocupantes. El ingreso promedio de los hogares cayó 3.5% entre 2012 y 2014, que equivale a un ingreso promedio por familia de 13,240 por mes, inferior los niveles de la clase media. El INEGI dividió los 29 millones de hogares en deciles y mientras el 10% más pobre recibe como ingreso familiar

²⁸ *Ibidem*, p. 27; *New York Times*, 14 de agosto de 2011.

²⁹ Piketty, Thomas, *Capital in the Twenty-First Century*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

un promedio de 2,572 pesos mensuales, el 10% más rico alcanza en promedio 46,928 pesos. Como afirma José Woldenberg, se trata de una “desigualdad oceánica... la diferencia sigue siendo de más de 18 veces y por supuesto construye vidas, visiones y aspiraciones, prácticas y retóricas, igualmente divergentes”.³⁰ Por supuesto, en el decil más rico habría que hacer una diferenciación escalonada en la que no es de sorprender que en pocas familias se concentre más del 35% del ingreso total.

En cifras del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval), en 2014, 55.3 millones de personas viven en condiciones de pobreza que representa el 46.2% de la población nacional. De éstas, 11.4 millones de personas se encuentran en situación de pobreza extrema. Tal cifra es representativa de casi el 10% de la población general. Pese a una reducción de la pobreza en nuestra región, lo cierto es que en los últimos años las tendencias vuelven a revertirse y la inestabilidad de los gobiernos en varios países (Venezuela, Argentina, Brasil, México) no invita a ser muy optimistas.

El problema de la pobreza, y muy señaladamente, el de la desigualdad *son* los temas de la socialdemocracia. Podemos convenir a estas alturas que un socialdemócrata debe tomarse en serio las reglas del juego democrático; que la incorporación de los derechos humanos, con su vocación de universalidad, en la normatividad nacional, legal y constitucional (incluyendo los tratados internacionales en la materia) es una condición *sin que non* para cualquier Estado de derecho; que es falsa la dicotomía entre Estado y mercado y que el primero resulta necesario para garantizar mejores condiciones de competencia y ausencia de privilegios (Adam Smith *dixit*); que en sociedades modernas la defensa de libertades individuales, el respeto a la privacidad y un espacio laico para las deliberaciones públicas son elementos necesarios para una convivencia plural. Todo ello sitúa a un socialdemócrata en el contexto de una modernidad ilustrada, liberal, modera-

³⁰ Woldenberg, José, “La encuesta y el reto”, *Reforma*, México, 23 de julio de 2015.

damente conservadora —si de lo que se trata es de conservar las viejas conquistas sociales— y en un socialismo reformista ajeno a reivindicaciones ilegal e ilegítimamente violentas. Quizá ninguna de estas propiedades, por separado, sean “exclusivas” de la socialdemocracia, pero sí estoy convencido que sólo un socialdemócrata es capaz de darles un sentido unitario a partir de una profunda sensibilidad hacia las injusticias o “patologías” de la pobreza y de la desigualdad. ¿Cuáles son algunas de esas patologías?

III. PATOLOGÍAS DE LA DESIGUALDAD

1. Interrupción de la movilidad intergeneracional con pocas expectativas de mejoramiento para los niños y jóvenes en condiciones de pobreza:

La desventaja económica para la gran mayoría se traduce en mala salud, oportunidades educacionales perdidas y —cada vez más— los síntomas habituales de la depresión: alcoholismo, obesidad, juego y delitos menores. Los desempleados o subempleados pierden las habilidades que hubieran adquirido y se vuelven superfluos crónicamente para la economía. Las consecuencias con frecuencia son la angustia y el estrés, por no mencionar las enfermedades y la muerte prematura.³¹

³¹ Judt, Tony, *op. cit.*, pp. 28 y 29. Sólo a manera de ejemplo, para el caso de México, 48 de cada 100 personas que provienen del quintil más bajo de la población se mantiene ahí y 22 pasan al segundo quintil, es decir, el 70% permanecen o no modifican, o modifican muy poco, su situación con respecto a la generación anterior. En el extremo superior, 52 de cada 100 mexicanos que proviene de hogares del quintil más alto de la distribución permanecen ahí, y 26 descienden al quintil inferior; por lo que el 78% se mantienen en el extremo superior. La movilidad intergeneracional de riqueza muestra también una permanencia en los extremos, ya que el 81% de las personas cuyos padres tienen mayor riqueza (quintil 5), permanecen en el extremo superior. Véase Centro de Estudios Espinosa Yglesias, *Informe de Movilidad Social en México*, 2013.

2. Incremento de la desconfianza recíproca y la falta de cooperación. La uniformidad social sustituye a la homogeneidad y favorece núcleos comunitarios endógenos, refractarios a la convivencia plural y proclive a la generación de sociedades excluyentes con poca o nula cohesión y solidaridad:

Cuanto más igualitaria es una sociedad, más confianza reina en ella. Y no sólo es una cuestión de renta: donde las personas tienen vidas y perspectivas parecidas es probable que también compartan lo que se podría denominar una “visión moral”. Esto facilita mucho la aplicación de medidas radicales en la política pública. En las sociedades complejas o divididas lo más probable es que una minoría —o incluso una mayoría— sea obligada a ceder, con frecuencia en contra de su voluntad. Esto hace que la elaboración de la política colectiva sea conflictiva y favorece un enfoque minimalista de las reformas sociales: mejor no hacer nada que dividir a la gente sobre una cuestión controvertida.³²

3. Ruptura de las redes de seguridad con la consiguiente corrosividad social. La provisión de servicios sociales construida a base de mucho esfuerzo colectivo ha sufrido rupturas dramáticas en los últimos decenios. En las democracias occidentales avanzadas la enorme crisis laboral se ha visto amortiguada, en buena medida, por subsidios al desempleo y atención pública sanitaria, pero los países carentes de esas redes, expuestos a un mercado salvaje, sin contenciones, han sucumbido a un deterioro social sin precedentes en donde el rencor y el resentimiento generan un entorno propicio para la violencia:

La desigualdad es corrosiva. Corrompe a las sociedades desde dentro. El impacto de las diferencias materiales tarda un tiempo en hacerse visible, pero, con el tiempo, aumenta la competencia por el estatus y los bienes, las personas tienen un creciente sentido de la superioridad (o de inferioridad) basado en sus posesiones, se consolidan los prejuicios hacia los que están más abajo en la es-

³² *Ibidem*, p. 73.

cala social, la delincuencia aumenta y las patologías debidas a las desventajas sociales se hacen cada vez más marcadas. El legado de la creación de riqueza no regulada es en efecto amargo.³³

4. Corrupción de los sentimientos en términos de una adulación acrítica y frívola de la riqueza. No se trata sólo del olvido de las nuevas generaciones del esfuerzo de sus padres y abuelos, sino de una suerte de cultura del confort, del mínimo esfuerzo y de una injerencia mediática e informativa, necesariamente seductora, pero terriblemente complaciente:

Una cosa es convivir con la desigualdad y sus patologías; otra muy distinta es regodearse en ellas. En todas partes hay una asombrosa tendencia a admirar las grandes riquezas y a concederles estatus de celebridad (“estilos de vida de los ricos y famosos”)... Para Smith la adulación acrítica de la riqueza por sí misma no sólo era desagradable. También era un rasgo potencialmente destructivo de una economía comercial moderna, que con el tiempo podría debilitar las mismas cualidades que el capitalismo, en su opinión, necesitaba alimentar y fomentar: “Esta disposición a admirar, y casi a idolatrar, a los ricos y poderosos, y a despreciar o, como mínimo, ignorar a las personas pobres y de condición humilde... [es] la principal y más extendida causa de corrupción de nuestros sentimientos morales”.³⁴

Estas patologías, y otras que no sería difícil señalar y modelar de acuerdo con las circunstancias específicas de cada región geográfica invitan a una reflexión atenta sobre la posibilidad de una socialdemocracia y del futuro del Estado:

Nos hemos liberado —dice Judt— de la premisa de mediados del siglo XX —que nunca fue universal, pero desde luego sí estuvo generalizada— de que el Estado probablemente es la *mejor* solución para cualquier problema dado. Ahora tenemos que librarnos

³³ *Ibidem*, p. 34.

³⁴ *Ibidem*, pp. 35 y 36.

de la noción opuesta: que el Estado es —por definición y siempre— la *peor* de todas las opciones.³⁵

Repensar el Estado, y un Estado con decidido activo en el respeto, protección garantía y promoción de los derechos sociales se convierte en una tarea urgente para minimizar los costos dramáticos de la desigualdad.

IV. ¿UN DERECHO JURÍDICO A LA RESISTENCIA?***

Hace algunos años tuve la oportunidad de participar en la presentación de un libro de Ermanno Vitale titulado *Ius migrandi*. Una de las tesis centrales de aquel libro era entender que este derecho es anterior al estatus mismo de ciudadano y que, por tanto, no tiene nada que ver con notas tan accidentales como la sangre o el lugar de nacimiento. Se posee el *ius migrandi*, como lo entendieron Kant, y antes, Francisco de Vitoria, sólo por la condición de ser hombre, sin más. Otro tanto vale decir del *ius subsistendi*, tal como lo entendió Hobbes, a quien Vitale dedica su tesis doctoral. Para Hobbes los individuos están obligados a obedecer al derecho si, y sólo si, el cumplimiento de sus normas contribuye a garantizar su sobrevivencia, y ésta no se reduce a una simple conservación de la vida, “sino también de todas las excelencias que el hombre puede adquirir para sí mismo por medio de una actividad legal, sin peligro ni daño para el Estado”, y agrega Hobbes: “Y como algunos hombres, por accidente inevitable, resultan incapaces de mantenerse a sí mismos por su trabajo, no deben ser abandonados a la caridad de los particulares, sino que las leyes del Estado deben proveer para ello” (*Leviatán*, cap. XXX, párrafos 1 y 18). Se posee el *ius subsistendi*, también en tanto sujeto

³⁵ *Ibidem*, p. 190.

*** Texto leído el 12 de junio de 2012 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, en la presentación del libro de Ermanno Vitale, *Defenderse del poder*, trad. de Pedro Salazar Ugarte y Paula Sofía Vázquez Sánchez, Madrid, Trotta, 2012.

primario y universal de derechos, y el Estado queda obligado no sólo con deberes negativos, sino también positivos.

Vitale, como si se lo hubiera propuesto, completa ambos derechos, radicalmente fundamentales, si se me permite el pleonasmo, con un tercero, el *ius resistendi*, ahora de la mano de otros clásicos, entre ellos, John Locke. El *ius resistendi* —que acompaña al *ius migrandi* y al *ius subsistendi*— debe entenderse como una demanda, reclamo y protesta frente al Estado, que brota de la misma limitación y contingencia de la condición humana. En la tradición moderna e ilustrada que llega hasta la Escuela de Turín, y acompañado de mentes tan lúcidas como las de Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero, Vitale analiza en profundidad el *ius resistendi* dando respuesta al qué, el porqué, frente a quién, el cómo y el quién de la resistencia.

Deliberadamente, es decir, consciente de moverse en un terreno conceptualmente ambiguo, el autor ubica en un territorio intermedio entre los derechos a desobedecer (objeción de conciencia y desobediencia civil) y la revolución, lo que denomina “resistencia constitucional”. A diferencia de la revolución, la resistencia no pretende establecer un orden nuevo sino más bien “corregir, enmendar y restablecer el orden constituido que se ha alejado de sus principios, que ha desarrollado en su interior patologías degenerativas, pero que es considerado fundamentalmente legítimo”,³⁶ resistir, entonces, para restituir en una suerte de conservadurismo no reaccionario; asimismo, a diferencia de la desobediencia civil, la resistencia “nace, no como oposición a la injusticia de una o más decisiones o normas, sino como una oposición a la opresión de los poderosos: es decir, a la violación o anulación de los fundamentos del ordenamiento vigente, al debilitamiento de las garantías efectivas y de las instituciones responsables del control”.³⁷

En la mejor tradición liberal Vitale se hace cargo de la amenaza del poder, especialmente cuando éste se presenta sin con-

³⁶ *Ibidem*, p. 25.

³⁷ *Ibidem*, p. 28.

trol, desbocado o “salvaje”. Se trata de resistir a la dominación, alienación, marginación, exclusión, o como prefiere decir el autor “opresión de los poderosos”, en su variada dimensión: económica (poderes empresariales), ideológica (poder de las iglesias, de los intelectuales y de las propias universidades), política (poderes burocráticos, sindicales y partidistas) y, también, de ese híbrido que reúne todas las cabezas de la hidra, que es el poder mediático. Cuando estos poderes provocan o contribuyen a reforzar el estado persistente de marginación social, de pobreza, de alienación mental y de humillante desigualdad, es claro que se legitima la resistencia, no la desobediencia civil, porque no se trata de una o más normas o decisiones injustas dentro del amplio elenco de normas jurídicas, ni tampoco la revolución, porque no se pretende modificar la “regla de reconocimiento”, para usar la terminología de Hart. Se trata de una resistencia que, en palabras de Vitale busca “exorcizar la posibilidad de que convivan en el ordenamiento una legalidad constitucional no efectiva y una legalidad efectiva pero inconstitucional”. La resistencia se presenta, así, en una doble vertiente. Se trata de resistir de manera pacífica o con la mínima dosis de violencia posible contra la violencia estructural que provocan los poderes salvajes: 1) presionando al aparato público para hacer efectivas las disposiciones normativas constitucionales vigentes, o bien, 2) para hacer efectiva la Constitución contra normas legales violatorias de la misma. En ambos casos, quien ejerce la resistencia debe ser consciente de que se sitúa “en los márgenes o fuera de la legalidad”. Y es a partir de esta conceptualización de la resistencia donde comienzan a surgir los problemas que quisiera plantear en forma de cuatro interrogantes:

1. Una pregunta obvia, que salta inmediatamente a la vista es la siguiente: si para la primera situación —legalidad constitucional no efectiva— existen los mecanismos institucionales para exigir la rendición de cuentas, sancionar la corrupción, transparentar y publicitar los recursos públicos, en el marco de una democracia constitucional, y si para la segunda legalidad efectiva

inconstitucional— existen las acciones y los recursos judiciales consagrados en la propia Constitución para hacer efectivos el control ya no sólo formal sino material de validez de las normas, recursos que trascienden el ámbito estrictamente local y se amplían a la jurisdicción internacional, ¿qué es lo que justificaría una resistencia, no de carácter moral y político, que sería difícil de objetar, sino jurídica o constitucional, como sostiene Vitale? O si se quiere, ¿no resulta una contradicción defender un derecho jurídico —no un derecho moral— a la resistencia?

Por supuesto que no existen democracias constitucionales perfectas y es lícito dudar del carácter imparcial y fiable de los órganos reguladores, de transparencia, de fiscalización y de las propias cortes constitucionales, pero, no es justificando la resistencia y permitiendo la posibilidad de situarse al margen de la ley como se pueden corregir los excesos y las omisiones. Aún si se afectara los fundamentos mismos de la organización constitucional, es decir, los estándares mínimos objetivos —necesidades, bienes, capacidades básicas o primarias— que constituyen las razones justificadoras de los mismos derechos fundamentales consagrados y atrincherados en la Constitución —lo que se requeriría serían acciones políticas, convicciones ideológicas, una resistencia moral firme contra tales injusticias, pero no de una legitimación jurídica de la resistencia. Sería pedirle demasiado al derecho. El derecho no puede resolverlo todo—. ³⁸

Como puede apreciarse, contrario a Vitale, me sitúo en la línea argumentativa de Locke, Kant y Ferrajoli —y tengo dudas si debo incluir al propio Bobbio—, contra la positivización del derecho de resistencia: quien resiste no puede encontrar protección en el ordenamiento contra el que resiste.

2. En democracias constitucionales resulta contradictorio sostener un derecho jurídico a la resistencia. Pero, ¿sería posible su justificación en sistemas constitucionales que no cumplieran

³⁸ Véase Ovejero, Félix, “¿Derecho de resistencia o revolución?”, en Gargarella, Roberto (ed.), *El derecho a resistir el derecho*, Madrid-Buenos Aires, Ciepp-Miño y Dávila, 2005, p. 155.

con las condiciones de un constitucionalismo democrático? Para Vitale, el constitucionalismo democrático “debe ser la estrella polar, la idea reguladora de la teoría política contemporánea”, y si ya existían, para él, buenas razones para juridificar la resistencia en este sistema, con más razón, supongo, en aquéllos sistemas, que son constitucionales, pero que se alejan de ese ideal. ¿Y en qué consiste este ideal?

Por lo pronto, creo que el constitucionalismo democrático que defiende Vitale se justifica en un individualismo ético, contra cualquier concepción comunitarista, colectivista o multiculturalista. Se trata, también, como decía al principio, de una concepción liberal, ilustrada, y dentro de ésta, de una versión igualitaria del liberalismo, no libertaria. Un constitucionalismo que, consistentemente con el liberalismo igualitario, defiende una versión robusta de los derechos humanos, tanto de los civiles y políticos, como de los sociales y, por lo tanto, con deberes del Estado no sólo negativos sino también positivos. Un constitucionalismo que antepone las instituciones por encima de las virtudes ciudadanas o del caudillo en turno, y crítica, por tanto, ciertas versiones radicales del republicanismo. En fin un constitucionalismo comprometido con la democracia representativa, y no con democracias carismáticas, voluntaristas, plebiscitarias, participativas, populistas o por aclamación.

Mi pregunta es si en sistemas constitucionales de corte libertario, o populista, o comunitarista, o conservador tendría cabida un derecho jurídico a resistir. Creo que las actuales Constituciones de Ecuador o Bolivia, por ejemplo, presentan en algunos de sus artículos, un perfil populista con una verdadera “inflación” de derechos de difícil satisfacción, así como la Constitución de Estados Unidos, con sus siete artículos y una veintena de enmiendas se presenta con un perfil libertario. Ambas son deficitarias frente a las exigencias de un constitucionalismo democrático y, con más razón ameritarían la inclusión de un derecho a la resistencia. La respuesta, de nueva cuenta, es que tampoco deberían incluirlo si satisfacen las condiciones mínimas de un régimen constitucional,

a saber, una adecuada regulación de poderes y la salvaguarda de ciertos derechos y libertades.

En el sistema constitucional libertario, la resistencia se justificaría no para restablecer o restituir el orden constituido, que se ha alejado de los principios constitucionales, sino en todo caso para crear e incorporar otros principios o derechos y robustecer, así, el orden constitucional. La resistencia adquiriría un perfil progresista y no conservador. En los sistemas populistas, la resistencia se orientaría a la salvaguarda de la mutua limitación de poderes con cierta deferencia al Poder Legislativo, y a poner límites muy claros a la expansión autoritaria del presidencialismo. Pero en ambos casos, reitero, la justificación de la resistencia sería de orden moral y político, no jurídico.

3. Vitale justifica la resistencia, como hemos visto, en las situaciones en que una ley constitucional no es efectiva, o bien, existiendo una legalidad efectiva, ésta es inconstitucional. La resistencia está planteada así en la disfuncionalidad de la ley *vis a vis* la Constitución, pero ¿cabría pensar en la posibilidad de resistir cuando el conflicto se presenta en el seno de la misma Constitución, bajo un modelo de constitucionalismo democrático? En otros términos, ¿podría hablarse de resistencia constitucional en un escenario de conflicto de derechos (si Vitale acepta que existen genuinos dilemas constitucionales), cuando ambos derechos están consagrados a nivel constitucional? Lo cierto es que estos conflictos son más frecuentes de lo que se piensa y son en realidad los mejores candidatos a generar un clima de polarización social. De nueva cuenta, en este nivel de conflicto, queda rebasado el marco constitucional y la única resistencia justificable sólo es posible desde el punto de vista moral y político.

4. Por último, Vitale hace suya una distinción muy relevante, propuesta por Luigi Ferrajoli, entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Estos últimos, a diferencia de los fundamentales, son singulares, disponibles, negociables y alienables. Cuando bajo una lógica de mercado se privatizan los derechos fundamentales, es decir, se convierten en mercancías negociables

en el mercado (se propone, por ejemplo, la privatización de bienes públicos como la escuela, la sanidad, el orden público, las funciones de policía, las cárceles, la administración tributaria, etcétera), entonces queda más que justificada la resistencia constitucional para restituir los derechos fundamentales al lugar que les corresponde con su carácter de universales, indisponibles e inalienables. Insisto que se trata de una resistencia moral y política, no jurídica, pero mi pregunta es si la resistencia sólo tiene cabida cuando se violan los derechos fundamentales o también es posible justificar la resistencia cuando se violan los derechos patrimoniales. Por lo general, y con toda razón, cuando hablamos de resistencia los ejemplos se orientan hacia aquellas situaciones en donde lo que está en juego es la satisfacción de las necesidades básicas, las libertades y los bienes personalísimos, pero ¿Qué sucede, por ejemplo, cuando se viola el derecho constitucional a la propiedad de los ahorradores: el famoso cacerolazo en Argentina contra el corralito, al inicio de esta década, que llevó a las calles, no a los indigentes, sino a la clase media?, o bien, ¿el más reciente cacerolazo en España contra el rescate europeo para recapitalizar los bancos ante su falta de liquidez? ¿Vale la resistencia de aquellos que se encuentran por encima del nivel de pobreza? ¿Tienen las clases medias un derecho legítimo a la resistencia, o estas protestas deben calificarse de elitistas o burguesas?³⁹

³⁹ Véase Alegre, Marcelo, “Protestas sociales: ¿violación o reivindicación del derecho?”, en Gargarella, Roberto, *op. cit.*, p. 62 y ss., especialmente, nota 3. Hago más las preguntas que Alegre formula a Gargarella y las remito a Vitale en el contexto de la distinción ferrajoliana entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales.