

DISCUSIONES VI

“Derecho y Autoridad”

Paula Gaido (Editora)

ÍNDICE

SECCIÓN I: DISCUSIÓN

Introducción:.....	9
PAULA GAIDO (<i>Universidad Nacional de Córdoba, CONICET</i>)	
La autoridad del derecho y la injusticia económica social.....	17
CARLOS F. ROSENKRANTZ (<i>Universidad de Buenos Aires</i>)	
Algunas reflexiones acerca de la teoría de la membresía.....	59
LUCAS S. GROSMAN (<i>Universidad de San Andrés</i>).	
La autoridad del derecho como cuestión de justicia política.....	89
MARISA IGLESIAS VILA (<i>Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España</i>)	
¿Cómo puede el derecho obligar a quienes oprime?.....	109
JORGE L. RODRÍGUEZ (<i>Universidad Nacional de Mar del Plata</i>)	
Participación política, legitimidad e injusticia económica y social.....	167
HUGO OMAR SELEME (<i>Universidad Nacional de Córdoba - CONICET</i>)	
La autoridad del derecho y la teoría de un derecho con autoridad. Réplica a mis comentaristas.....	209
CARLOS F. ROSENKRANTZ (<i>Universidad de Buenos Aires</i>)	

SECCIÓN II: DISCUSIONES: PROBLEMAS ABIERTOS

Problemas abiertos: presentación.....	243
PABLO NAVARRO (CONICET) HERNÁN G. BOUVIER (<i>Universidad Nacional de Córdoba - CONICET</i>)	
Disensos teóricos.....	245
MAURO BARBERIS (<i>Facultad de Derecho, Universidad de Trieste, Italia</i>)	

INTRODUCCION

Paula Gaido

Carlos Rosenkrantz propone la discusión de una tesis fuerte, y esta es la que sostiene que no hay derecho sin autoridad; o, en otras palabras, que afirmar la existencia del derecho es afirmar su fuerza obligatoria. A su vez, extrema las conclusiones que de ella se derivan al sostener que hay circunstancias en las que el derecho puede vincular incluso a aquellos que son víctimas de la injusticia económica y social producida por las reglas de juego que el propio derecho genera. La empresa con la cual está comprometido Rosenkrantz es una filosófica y normativa. Es así como lo que le interesa es proponer un concepto de derecho que incluya la idea de autoridad, de manera tal que sea posible sostener que el derecho es fuente de razones *pro tanto* para actuar.¹

¹ Cabe aquí precisar aquello que en la literatura vinculada a las razones para la acción se entiende por razones *pro tanto* para actuar. Usualmente, cuando se usa la expresión “razones *pro tanto*” lo que se busca es marcar una diferencia respecto de las razones *prima facie*, o, en todo caso, señalar una especificidad. De esta manera, cuando se intenta distinguir entre razón *prima facie* y razón *pro tanto*, al usar la expresión “razón *prima facie*” se hace referencia a algo que “a primera vista” parece ser una razón o “creemos” que es una razón, pero -todas las cosas consideradas- puede no serlo. Desde esta perspectiva, una razón *prima facie* no sería una auténtica razón y, en este sentido, nunca entra en genuino conflicto con otra razón, ya que todo conflicto es aparente. Es así como esta visión permite articular una concepción epistémica del conflicto práctico, esto es, una concepción que sostiene que todo conflicto de razones es aparente y que lo que en realidad sucede es que no sabemos qué razones para actuar tenemos. Cuando, en cambio, se usa la expresión “razones *pro tanto*” -como algo distinto o como una variante de las razones *prima facie*- se quiere hacer hincapié en la idea de que son razones que siempre tienen una valencia aun cuando sean superables por otras que determinen aquello que -todas las cosas consideradas- se debe hacer. Una razón *pro tanto* para actuar, en este sentido, es siempre una consideración relevante y contribuye al resultado. A su vez, puede

Toda teoría plausible de la autoridad del derecho tendrá que explicar, según Rosenkrantz, por qué los ciudadanos tienen la obligación de obedecer el derecho simplemente porque es derecho. A su vez deberá satisfacer dos requisitos: a- de generalidad, ya que tendrá que explicar por qué *todos* los súbditos del derecho deben obedecerlo, y b- de particularidad, ya que tendrá que explicar por qué *sólo* los súbditos del derecho deben obediencia. A partir de establecer estos requisitos teóricos, Rosenkrantz concluye que sólo una concepción asociativa de la autoridad puede satisfacerlos, ya que una concepción de este tipo circunscribe la vinculatoriedad del derecho a los miembros de la comunidad política. Su estrategia se basa en la asignación a la comunidad política de un valor digno de preservación, del cual deriva el valor del derecho como instrumento constitutivo de la comunidad y herramienta que hace posible el cambio de la comunidad en tanto comunidad (lo que Rosenkrantz denomina *valor del cambio sistémico*). Así llega a la conclusión de que dado que no hay derecho sin autoridad no hay derecho fuera de la comunidad política.

Un punto central del trabajo de Rosenkrantz es, de esta manera, la articulación del test de membresía o pertenencia a la comunidad política, que

entrar en conflicto genuino con otras razones y luego ser vencida, pero no neutralizada (aquí lo que traza la diferencia entre “ser vencida” y “ser neutralizada” es que cuando una razón es vencida no determina el resultado pero deja una *huella* –i.e. remordimiento- por no haber podido actuar como ella requiere; cuando una razón es neutralizada, por el contrario, no deja *huella* alguna). De esta manera, esta perspectiva permite articular una concepción no epistémica del conflicto práctico. Ello implica que pueden darse auténticos conflictos de razones que no consisten en un defecto o límite de nuestro conocimiento, sino en el hecho de que se aplican al caso razones que requieren cosas incompatibles. Es bajo esta luz que hay que entender la idea de razón *pro tanto* de Carlos Rosenkrantz. Debo todas las distinciones trazadas en esta cita a Cristina Redondo. Para profundizar en ellas se puede recurrir a su trabajo ‘Reglas “genuinas” y positivismo jurídico’, *Analisi e Diritto* 1998, *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Paolo Comanducci y Ricardo Guastini (eds.), editorial Giappichelli, págs. 243-276. Es oportuno recordar que la discusión contemporánea sobre este tema parte del trabajo de David Ross *The Right and the Good*, Oxford, Clarendon Press, 1930.

tendría como patrón evaluativo su propia concepción de la comunidad política. Una comunidad política es para Rosenkrantz el resultado de la conjunción entre la *aspiración* de moldear en conjunto un *destino común* y la *convicción* de que en comunidad es más fácil proveer a la satisfacción de las *necesidades o intereses individuales*. Es esta concepción de la comunidad política la que Rosenkrantz propone que hay que tener en cuenta para evaluar el carácter satisfactorio de todo test de membresía o pertenencia. De esta manera, el test de membresía que elabora exige tanto que se tenga la *posibilidad normativa* de ser partícipe y beneficiario en los procesos de decisión colectiva (no la efectiva participación), cuanto la *posibilidad empírica* de participar o la *posibilidad empírica* de que los intereses propios cuenten. La idea subyacente en este test es que la agencia individual es secundaria como valor político. Para Rosenkrantz la cuestión relevante cuando lo que se busca es explicar por qué debemos obedecer al derecho es si podemos afirmar que el derecho es el *producto colectivo* de la comunidad a la que pertenezco o de la que soy miembro. Como se dijo, el valor del derecho es subsidiario del valor de la comunidad, y para Rosenkrantz la existencia de cualquier comunidad -superado el test de membresía- tiene un valor para aquellos que a ella pertenecen.

*

Lucas Grosman, Marisa Iglesias, Jorge Rodríguez y Hugo Seleme son los encargados de someter a crítica la concepción sobre la autoridad del derecho de Rosenkrantz. Las objeciones desarrolladas por los autores recorren argumentos complejos que, simplificando de manera radical, podrían nuclearse en cuatro puntos principales:

- 1- carácter de la empresa filosófica de Rosenkrantz
- 2- plausibilidad de las teorías asociativas en la explicación de la autoridad del derecho
- 3- plausibilidad de las condiciones del test de membresía

4- vinculatoriedad de las víctimas de la injusticia económica y social al derecho

*

La primera crítica apunta al modo ambiguo en que Rosenkrantz plantea su empresa filosófica. En la versión inicial de sus argumentos no queda claro desde qué perspectiva la membresía es una condición necesaria para poder hablar de la autoridad del derecho. No queda claro si es una condición que Rosenkrantz observa en nuestras prácticas jurídicas, si es una condición que resulta de una elucidación de nuestro concepto de derecho, o si es una condición que propone como necesaria de un concepto satisfactorio de derecho. Éste es un punto que Grosman lo obliga a fijar, y es relevante ya que críticas posteriores dependerán en parte de su respuesta. Como se advirtió, Rosenkrantz está comprometido con una empresa filosófica y normativa, y su propósito es ofrecernos un concepto de derecho que comprenda su fuerza vinculante. Para ello, desarrolla un concepto de derecho que incluye a la membresía como una de sus condiciones necesarias. Si el concepto de membresía que Rosenkrantz propone es normativo, lo que pasa a estar en cuestión son las razones que justifican su diseño. Y si su respuesta fuera -como es- que su concepto de membresía es el que mejor sirve a su concepto de comunidad política, y que toda comunidad política tiene un valor que el derecho tiene que preservar, lo que está en cuestión es la plausibilidad de la (*su*) idea de comunidad política como condición necesaria y suficiente para dar cuenta de la obligatoriedad del derecho.

Ésta es la segunda línea de crítica que se recoge cuando se critica a Rosenkrantz por considerar a las teorías asociativas adecuadas para la explicación de la autoridad del derecho. Aquí se apuntaría fundamentalmente a dos cuestiones. Por un lado, se objetaría el carácter fragmentado con que cualquier teoría asociativa podría dar cuenta del derecho como fuente de obligaciones. Se sostiene que desde una teoría asociativa sólo se podría dar cuenta, en principio, de la autoridad del derecho respecto de los miembros de

la comunidad política dejando sin explicar las obligaciones que el derecho genera para todos los destinatarios de sus normas. Por otro lado, se apunta a que el carácter obligatorio o no del derecho no depende de la pertenencia a ninguna comunidad política, sino de su ajuste a ciertos principios de justicia. Es así como se afirma que la relación de membresía a una misma comunidad política no constituye un hecho normativamente relevante que permita justificar la autoridad del derecho. A su vez, también se sostiene que, aun admitiendo que la pertenencia sea una condición necesaria para la vinculatoriedad del derecho, ésta no sería una condición suficiente. Grosman, Rodríguez y -también en algún sentido- Seleme son quienes desarrollan distintos aspectos de este argumento.

La tercera y cuarta línea de crítica vienen de parte de aquellos que, aun aceptando los compromisos asociativistas de Rosenkrantz, disputan las condiciones de membresía de su test por ser poco robusto. Interesan en particular estas críticas ya que es principal interés del debate poner a prueba la concepción de la autoridad del derecho de Rosenkrantz en circunstancias donde decir que las víctimas de la injusticia económica y social están obligadas por el derecho parece difícil de justificar. La crítica busca mostrar a Rosenkrantz por qué desde la propia concepción de la comunidad política que sostiene -o desde una concepción de la comunidad política que se considera más plausible- no es posible incluir como miembros a aquellos a los cuales el derecho no garantiza mínimos sustantivos. Esto es así por las razones subyacentes que justifican a las condiciones que es necesario satisfacer para superar el test de membresía, y que hacen pie en la consideración de todo individuo como fuente de razones (o igual fuente de razones). Iglesias y Seleme son los encargados de articular estas críticas en distintas direcciones, coincidiendo en que no sería posible sostener que el derecho conserva autoridad si no garantiza mínimos sustantivos que permitan el efectivo ejercicio de su membresía.

*

Lo que está en cuestión en la discusión es si se puede ofrecer una teoría

sobre la autoridad del derecho en particular, o si ella será siempre subsidiaria de una teoría de la autoridad en general. Dicho con otras palabras, es parte central del debate que se presenta si el derecho es fuente de razones genuinas para actuar o si ello siempre dependerá de su ajuste a otro tipo de razones (i. e. morales). Es así como en el desarrollo de todos los argumentos hay una tensión que se basa en la presuposición de dos puntos de partida opuestos: unidad o fragmentación del razonamiento práctico.² Para Rosenkrantz la Filosofía del Derecho debe estar comprometida con una tarea práctica; esto es, una que nos muestre por qué debemos obedecer al derecho *qua* derecho, por qué el derecho es fuente de razones genuinas para actuar, lo cual lo compromete con la concepción que sostiene la fragmentación del razonamiento práctico.³ Parte en su búsqueda filosófica de una doble intuición: que la vida en comunidad tiene un valor intrínseco -esto es, que sin un contexto comunitario no habría convivencia justa posible-, y que el valor del derecho

² No siempre es claro aquello a lo que se hace referencia con la expresión “unidad del razonamiento práctico”. De manera usual se hace referencia a un sistema ordenado de razones de forma tal que en caso de conflicto siempre es el mismo tipo de razones el que prevalece. Por oposición, quienes sostienen la fragmentación del razonamiento práctico admiten que las razones para actuar no se presentan como un todo ordenado y que, a su vez, sería posible la existencia de conflictos entre razones de distinta clase (jurídicas, morales, religiosas, etc.) susceptibles de ser resueltos de modo diverso, y en los que las razones jurídicas algunas veces tienen prioridad, pero no siempre. Un desarrollo de estas ideas puede encontrarse en Cristina Redondo ‘El carácter práctico de los deberes jurídicos’, *Doxa 21-II*, 1998, págs. 355-370.

³ Como se advirtió, para Rosenkrantz las razones jurídicas son razones genuinas para actuar pero *pro tanto*, no concluyentes. De esta manera, según Rosenkrantz uno explica la autoridad del derecho si explica por qué el derecho nos da razones para actuar en todos los casos, independientemente de que las razones que el derecho nos da sean o no razones concluyentes o determinantes de lo que debemos hacer todas las cosas consideradas. A su vez, teniendo en cuenta la ambigüedad de la expresión “razón excluyente”, cabría advertir que Rosenkrantz considera a las razones jurídicas como razones excluyentes en el sentido de que ni su identificación ni su relevancia práctica depende de su ajuste a pautas morales, sino del hecho de tener como origen a la comunidad política relevante. Las razones jurídicas, no obstante, no indican todas las cosas consideradas cómo debemos actuar, y podrían competir con otro tipo de razones sobre aquello que deba hacerse. Hay que destacar que Rosenkrantz, sin embargo, no ofrece en su argumentación ningún criterio que permita determinar el peso de las razones en caso de conflicto.

es que hace posible la vida en comunidad. De ahí su conclusión de que el derecho es una precondición para la justicia. Es esta idea nuclear -y la red de argumentos que la articulan- la que sus críticos desafían en esta discusión.

LA AUTORIDAD DEL DERECHO Y LA INJUSTICIA ECONOMICA Y SOCIAL *

*Carlos F. Rosenkrantz***

I

El tema de este artículo es la relación entre el derecho y la injusticia económica y social. Me interesa analizar si el derecho posee un poder normativo tal que incluso en aquellas comunidades donde los recursos económicos y sociales están mal o injustamente distribuidos debemos obedecer al derecho, diferir nuestro juicio acerca de lo que hay que hacer y comportarnos del modo en que el derecho ordena que lo hagamos.

Mi plan expositivo es el siguiente: en la sección II intentaré explicar los requisitos de generalidad y de particularidad los que, según mi criterio, deben ser satisfechos por toda teoría plausible de la autoridad del derecho, esto es, por toda teoría que explique “que los ciudadanos tienen la obligación de obedecer el derecho simplemente porque es el derecho”¹. Luego, en la sección III, exploraré las teorías clásicas en la materia señalando que las razones por

* Agradezco especialmente los comentarios de Diego Papayannis, Jaime Malamud, Marcelo Alegre, Andrés Bouzat, Gabriel Bouzat, Paolo Comanducci, Andres Rossler, Eduardo Rivera Lopez, Ricardo Caracciolo, a los participantes en el Coloquio Derecho Moral y Política de la Universidad de Palermo, a los participantes del Seminario Internacional de Bahía Blanca, y muy especialmente a Paula Gaido por su aguda resistencia a dejarse convencer por mis argumentos.

** Profesor Titular (UBA), Global Law Professor (NYU)

¹Ver Soper, Philip, “Una teoría del Derecho”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, pág. 77.

las que estas teorías no pueden ser aceptadas no son las usualmente referidas por filósofos y juristas en sus análisis, sino en virtud de que ninguna de ellas satisface al mismo tiempo los requisitos de generalidad y de particularidad antes explicados. En la sección IV describiré una familia de teorías que sí satisface estos dos requisitos: las teorías asociativas. De acuerdo con estas teorías, debemos obedecer el derecho sencillamente en virtud de que el derecho es el producto colectivo de la comunidad política a la que pertenecemos o de la que somos miembros. En la sección V elaboraré sobre la idea de pertenencia o membresía y su contraria: la idea de alienación. En esta sección criticaré la posición de R. Dworkin y ofreceré un test o criterio para determinar cuándo somos parte o miembros de nuestra comunidad política. En la sección VI analizaré si la injusticia económica y social mella la autoridad del derecho. Conduciré el análisis centrándome en la cuestión de si el test o criterio desarrollado en la sección anterior puede ser satisfecho aún en los casos en los que la distribución de bienes y recursos económicos es injusta. Para ilustrar la discusión ejemplificaré con referencias a la situación Argentina. Finalmente, en la sección VII, analizaré en qué circunstancias es posible desobedecer el derecho de un modo compatible con su autoridad y en la sección VIII, de un modo sucinto, finalizaré este artículo con mi conclusión.

II

Toda explicación de una autoridad, para contar como tal cosa, debe satisfacer dos requisitos. En primer lugar, debe ser una explicación “general”. Si, por ejemplo, queremos explicar la autoridad paterna, debemos dar cuenta de por qué todos los hijos -y no, por ejemplo, sólo aquellos que no han madurado sus habilidades emotivas o intelectuales- deben obedecer a sus padres. Si nuestra explicación sólo diera cuenta de por qué *algunos* hijos deben obedecer a sus padres nunca sería una explicación de la *autoridad* de los padres. Alguien puede tener autoridad como *padre* únicamente si tiene autoridad sobre *todos* sus hijos. Del mismo modo, la autoridad del derecho

debe ser concebida como una afirmación general acerca del derecho. La autoridad del derecho es una tesis acerca de la manera en que las consideraciones legales deben entrar en la deliberación práctica de *todo* individuo racional. Por ello, una explicación no puede contar como una explicación de la autoridad del derecho si es una descripción o una narrativa que sólo refiere porqué ciertas personas en particular, por sus características personales o situacionales -ser funcionario, haber jurado obediencia, haberse beneficiado por el derecho, etc.- debe hacer lo que el derecho ordena.

En segundo lugar, la explicación de la autoridad del derecho debe ser “especial” o, como lo ha puesto A. John Simmons, debe satisfacer el requisito de “particularidad”². El derecho sólo reclama autoridad respecto de aquellos a quienes se dirige y quienes están obligados por el derecho sólo están obligados por *su* derecho. Este es un dato de la cuestión. Por ello, toda explicación de la autoridad del derecho debe explicar no sólo por qué el derecho tiene autoridad sino también, por un lado, por qué el derecho, a diferencia de, por ejemplo, la moral, es autoritativo *sólo* para algunos -los súbditos del derecho en cuestión- y no lo es para ninguno de todos los demás, independientemente de cuán satisfactorio, justo, eficiente o políticamente correcto pudiera ser dicho derecho y, por otro lado, por qué todos los que no son súbditos del derecho son libres de hacer o no hacer lo que el derecho ordena. La analogía con la autoridad paterna también nos puede servir para aclarar el punto. Si queremos explicar la autoridad paterna debemos dar cuenta de porqué quienes no son hijos no tienen que obedecer a quienes no son sus padres. Para explicar la autoridad paterna debemos explicar por qué un padre sólo puede aspirar a tener autoridad sobre sus hijos y no sobre los hijos de los demás y por qué los hijos sólo deben diferir su juicio frente a sus padres y no frente a los padres de otros. Una explicación de la autoridad paterna que no diera cuenta acabada de esta particularidad no podría ser tenida por una buena explicación.

² Ver Simmons, A. John, “Moral Principles and Political Obligation”, Princeton U. Press, (1979), pág.155.

III

Pensemos en las teorías que basan la autoridad del derecho en el consentimiento. Existen muchas variaciones en el espacio ocupado por estas teorías pero el punto común de todas ellas es que conciben a la obligación legal como un caso de obligación contractual o de las obligaciones que nacen de las promesas. De acuerdo con estas teorías la obligación de obedecer al derecho está condicionada al hecho de que hayamos, de algún modo, aceptado la operación del sistema legal. Por supuesto, Locke es el representante más conspicuo de estas teorías. Locke sostenía que “todos los hombres están en el Estado de Naturaleza y sólo salen de él por su propio consentimiento convirtiéndose en miembros de la Sociedad política”³ por lo que “habiendo nacido todos libres, iguales e independientes ninguno puede estar sujeto al Poder Político de otro sin su propio consentimiento. La única manera por la que uno puede perder su Libertad Natural y ponerse en las manos de la Sociedad Civil”, agregaba Locke, “es mediante un acuerdo con otros hombres para unirse a ellos y formar con ellos una sola Comunidad para su confort, seguridad y paz...”⁴.

Ahora bien, entre los juristas y filósofos modernos ya es un lugar común rechazar las teorías consensuales. El punto usualmente esgrimido es que ninguno de nuestros actos puede ser construido como un acto de aceptación contractual o como un acto de consentimiento al funcionamiento del derecho⁵. Así, por ejemplo, Dworkin en el Imperio del Derecho argumenta que nadie puede sostener sin sonrojarse que no emigrar sea una muestra de que ha

³ Ver Locke, John, “Two Treatises of Government”, New American Library, pág. 318 par. 15.

⁴ Idem pág. 374/5 par. 95.

⁵ El consentimiento es una fuente de obligaciones. Este punto fue reconocido por Hume, quien a pesar de criticar a Locke admitía que su intención “no era excluir el consentimiento como una fuente justa del gobierno sino que otras fuentes para el gobierno también deben ser admitidas”. Ver Hume, David, citado en Airen, Henry, “Hume’s Moral and Political Philosophy”, Hafner Press, New York, pág. 362.

existido un consentimiento al orden constituido por parte de quien no emigra⁶. En oposición a las teorías consensuales también se ha afirmado que el consenso no es el fundamento último de ninguna obligación -nadie puede justificar esclavizarnos invocando que hemos firmado un contrato de esclavitud o, como el mismo Locke sostuvo, nadie puede consentir la tiranía⁷- de tal modo que tampoco puede ser el fundamento último de la obligación de obedecer el derecho.

No obstante la popularidad de estas objeciones, ninguna de ellas es concluyente. En primer lugar, es posible sostener que muchos aceptan el derecho. Por ejemplo, el juramento de un juez o de un legislador implica la aceptación del derecho porque dicho juramento usualmente contiene la promesa de obedecer las leyes⁸. Más aún, muchos otros consienten el derecho aunque no lo acepten. Aquí, hay que fijar un punto. El consentimiento que se requiere para que esté justificado imponer las cargas de una institución a una persona determinada -por ejemplo la obligación de obedecer sus normas- puede que no sea tan exigente como la aceptación que se requiere para que alguien quede obligado por un contrato. Si usted conoce una norma y sabe cuáles son sus consecuencias normativas -el castigo por no obedecer, por ejemplo- y sabe qué es lo que dicha norma considera que usted debe hacer para que las consecuencias normativas se le impongan y usted, pudiendo evitarlo sin un costo muy grande, hace aquello que la norma considera una condición de la imposición de sus consecuencias normativas, usted,

⁶ Ver Dworkin, Ronald, "Laws' Empire", Harvard U. Press, (1986), pág. 192.

⁷ Ver Green, Leslie, "Authority and Convention" *The Philosophical Quarterly* vol. 35 N 141, pág. 329. Raz también ha sostenido que el consentimiento no puede justificar ninguna autoridad por la sencilla razón de que la validez del consentimiento descansa en la autonomía y la autoridad, por definición, implica la privación de la autonomía de aquellos quienes se encuentran sujetos a ella. Ver Raz, Joseph, "Government by Consent", en *The Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, (1994), pág. 364.

⁸ Locke sostenía que aquellos que habían explícitamente expresado su consentimiento quedaban vinculados a perpetuidad mientras que aquellos cuyo consentimiento había sido tácito sólo quedaban obligados mientras continuaran consintiendo. Ver Locke, opus cita. nota 3, pág. 394 par. 121.

independientemente de que acepte o no la norma o sus consecuencias normativas en cuestión, ha “consentido” la norma y, por lo tanto, está justificado (o al menos no es totalmente injustificado) imponerle dichas consecuencias⁹. Cuando concebimos la idea de “consentir” el derecho a lo largo de las líneas desarrolladas en el párrafo precedente las teorías consensuales se presentan como más atractivas dado que la cantidad de aquellos que consienten se agranda. Muchos consienten el derecho en el sentido antes indicado en tanto conocen sus consecuencias normativas y no realizan nada para mantenerse al margen de ellas, y las teorías consensuales pueden explicar la obligación de obedecer de todos ellos.

Por otro lado, el argumento que sostiene que las teorías consensuales no pueden explicar el derecho porque el consentimiento no puede explicar ninguna obligación no es muy convincente dado que, más allá de que en ciertas circunstancias el consentimiento no baste para crear un vínculo obligatorio -recuerde el caso del contrato de esclavitud más arriba referido- en muchas otras circunstancias sí es apto para crear una obligación donde antes no había ninguna: el hecho de que usted haya contratado o haya prometido hacer algo, justamente por haberlo hecho, es una razón para que usted haga lo que prometió o contrató y, si por alguna circunstancia ello no es posible, usted debe dar, al menos, una explicación de porqué no actúa en los términos de su promesa o contrato.

El verdadero problema con las teorías consensuales no es ninguno de los dos anteriores. La razón por la que las teorías consensuales no pueden aceptarse es que no satisfacen el requisito de generalidad. En efecto, estas teorías, en el mejor de los casos, pueden explicar por qué algunas personas -las que aceptan y las que consienten- tienen que obedecer el derecho aceptado o consentido por ellas; pero una explicación del derecho exige más. Una

⁹ John Dunn ha sostenido que Locke, en realidad, era partidario de la idea descrita en el texto. Ver Dunn, John, “Consent in the Political Theory of John Locke”, en *Political Obligation in its Historical Context*, Cambridge U Press, (1980), pág. 52.

explicación de la autoridad del derecho debe dar cuenta de por qué todos aquellos a quienes el derecho se aplica deben someterse a él, incluso cuando no consienten y aún cuando explícitamente hubieran manifestado su militante oposición a ser regulados por el derecho.

Las teorías de Fair Play, populares a mediados de la década del 60, tampoco satisfacen el requisito de generalidad. Los partidarios del Fair Play creen que la fuente de la obligación legal no debe buscarse en el consentimiento sino en la obligación de reciprocitar beneficios obtenidos. Hart, por ejemplo, era partidario de esta idea. Así, sostenía que si un grupo de personas hace algo en conjunto y se somete a ciertas restricciones tienen derecho a esperar que aquellos que se han beneficiado con su sometimiento a dichas restricciones también se sometan a ellas¹⁰. Del mismo modo, y asumiendo que el derecho es algo que se hace en conjunto y que la gente se beneficia con el derecho, Hart creía que este principio podía explicar la obligación política¹¹. Rawls¹² también fue, en algún momento, parcialmente partidario de esta idea. Así, en *Legal Obligation and the Duty of Fair Play*¹³ afirmaba que “una persona que acepta los beneficios de un esquema (que funciona para la ventaja mutua si todos cooperan) está obligada por un deber de Fair Play a hacer su parte y a no apropiarse de los beneficios si no coopera”.

Ahora bien, la obligación de reciprocitar los beneficios que pude haber obtenido a lo largo de mi vida por la voluntaria sumisión de otros a un esquema cooperativo como el derecho explica mi obligación de obedecer cuando el derecho me ha beneficiado con anterioridad. Si yo me beneficio

¹⁰ Ver Hart, Herbert L. A., “Are there natural Rights?”, *Philosophical Review*, 64, April 1955, pág. 185. Jeffrey Murphy también es partidario de esta posición. Ver Murphy, Jeffrey, “In Defense of Obligation”, en “Political and Legal Obligation” NOMOS, Atherton Press, (1970), ed. Pennock Chapman, pág. 97.

¹¹ Ver Hart, idem.

¹² Ver Rawls, John, “Legal Obligation and the Duty of Fair Play”, en Sidney Hook ed., *Law and Philosophy: A Symposium*, New York: New York University Press, (1964.), pág. 3-18.

¹³ Idem, pág. 5.

con su actividad tengo una razón -quizás no concluyente pero una razón al fin- para hacer algo por usted cuando usted realizó su actividad en el convencimiento de que yo reciprocara una vez que yo pudiera realizar la misma actividad en su beneficio y, usted, a su vez, tiene una razón importante para esperar que yo haga algo por usted. Algunos no están convencidos de que esto sea así. Nozick, por ejemplo, sostiene que los beneficios no solicitados no pueden generar ninguna obligación¹⁴. El hecho de que usted haya gozado de las actividades recreativas y de esparcimiento que sus vecinos han realizado en un patio común, sugiere Nozick, no lo compromete, por ejemplo, a pagar por dichas actividades si sus vecinos decidieran intentar cobrarlas *ex post*. Otros, afirman que no es claro por qué uno debe reciprocitar cuando la falta de reciprocidad no impacta negativamente en la posibilidad de obtener beneficios por parte de otros. Así, si usted puede gozar de los beneficios de la actividad conjunta aún cuando yo me abstenga de hacer lo que muchos deben hacer para que dichos beneficios se produzcan, los críticos sostienen, su razonable expectativa de beneficiarse no puede ser la fuente de mi obligación de reciprocitar, porque usted se beneficiará incluso si yo no recíproco¹⁵.

Yo creo que la objeción de Nozick es inteligente pero algo superficial. Siempre que yo no rechace los beneficios recibidos, teniendo una oportunidad razonable de hacerlo y siempre que los beneficios no sean groseramente inferiores a los costos de mi reciprocidad, el beneficio recibido en una actividad conjunta pareciera ser una razón para reciprocitar. Así, por ejemplo, si yo me junto con un grupo a tomar cerveza y pasivamente observo cómo en cada oportunidad cada uno de los miembros del grupo paga la cuenta, cuando yo soy el único que falta por pagar no puedo pensar que no tengo obligación alguna de pagar basándome en que nunca antes había pedido que otros paguen en las oportunidades anteriores. Lo mismo sucede con la otra objeción.

¹⁴ Ver Nozick, Robert, "Anarchy, State and Utopia", Harvard U. Press, (1974) pág. 90 -95

¹⁵ Ver Smith, M.B.E., "Is there a *prima facie* obligation to obey the law?", Yale Law Journal 82, (1973), pág. 950-976.

Independientemente de que mi falta de reciprocidad no afecte sus posibilidades de beneficiarse con la actividad común usted tiene un reclamo que hacerme por el mero hecho de que usted ya hizo lo que todos esperaban de usted y yo me beneficié con ello¹⁶.

A diferencia de Nozick y muchos otros que objetan a las teorías del Fair Play, yo creo que estas teorías explican porqué en el contexto de actividades que me benefician la contribución realizada por otros genera en mí la obligación de reciprocitar. Por ello, las teorías del Fair Play pueden explicar por qué quienes se benefician con el derecho deben someterse a él. El problema con las teorías del Fair Play es que no pueden explicar la autoridad del derecho *qua* derecho porque no pueden dar una explicación general de las razones que existen para obedecer el derecho. En efecto, el derecho me obliga incluso si pruebo más allá de toda duda razonable que es mejor para mí vivir en el estado de naturaleza o en otro mundo legal posible distinto a aquel en el que de hecho habito. El derecho obliga a todos, incluso a aquellos que no han recibido ningún beneficio o que no recibirán beneficios futuros o que reciben beneficios menores a los costos de su sumisión al derecho.

Las teorías del Fair Play no pueden explicar este rasgo y, por ello, cualquiera sea el mérito de las mismas como explicación de la obligación de algunos de obedecer el derecho no pueden contar como explicaciones de su autoridad.

Las llamadas teorías Instrumentales o Serviciales de la Autoridad Legal ofrecen una explicación que parte de la base de la importancia instrumental que tiene el derecho en virtud de su aptitud para lograr fines que deseamos por otras razones, por ejemplo, la coordinación de conductas o el aseguramiento de las expectativas o la evitación de la anarquía. Hume es el autor canónico de esta visión. Hume pensaba que “no ha(bía) un evento más terrible que la disolución total del gobierno”¹⁷ y que la “sociedad no (podía) mantenerse sin

¹⁶ Ver Simmons, A. John , opus cit not 2, pág. 106.

¹⁷ Ver opus cita nota 5 (Essay IX of the Original Contract pág. 361).

la autoridad de los magistrados”¹⁸. A partir de estas convicciones Hume concluyó que tenemos que adherir al gobierno porque sin él la sociedad no puede existir. El interés en la preservación social era, decía Hume, “la razón de toda nuestra lealtad al gobierno y de la importancia moral que le atribuimos”¹⁹.

Hay muchos autores modernos que de algún modo siguen el camino sugerido por Hume. Así, Postema, por ejemplo, afirma que la obligación de obedecer al derecho deriva de la necesidad de coordinación. Citando a Cicero sostiene que la virtud especial del derecho es que al hablar acerca de cuestiones de justicia y de derecho lo hace a todos los ciudadanos en todo tiempo con una misma voz²⁰. En virtud de este rasgo unificador, según Postema, el derecho puede servir eficazmente para la coordinación de nuestras conductas. Al hablar con la misma voz el derecho señala qué es lo que todos podemos esperar de todos los demás y de ese modo nos permite coordinar nuestras conductas con las de ellos²¹.

No cabe duda de que el gobierno debe ser preservado y que es bueno coordinar conductas, asegurar expectativas y que la anarquía, todas las cosas consideradas, es peor que la mayoría de los gobiernos que conocemos. Hasta este punto la explicación de las teorías instrumentales parece ir bien. Pero el interés de preservar el gobierno o asegurar las expectativas o de mantener la coordinación tiene un alcance explicativo limitado porque no explica por qué todos deben obedecer el derecho. En efecto, dado todo lo que conocemos, es altamente improbable que toda desobediencia al derecho hará colapsar, siempre e irremediabilmente, la coordinación o el gobierno o la fijación de

¹⁸ Idem 367.

¹⁹ Idem.

²⁰ Ver Postema, Gerald, “Coordination and Convention at the Foundations of Law”, 11 *Journal of Legal Studies* 11 (1982), pág 187 y ss; “Law’s Autonomy and Public Practical Reason”, en *The Autonomy of Law Essays on Legal Positivism*, ed. Robert P. George, Oxford U. Press, (1996), pág. 79.

²¹ Ver Postema, Gerald, “Coordination and Convention at the Foundation of Law”, opus cit. nota anterior, pág. 165.

expectativas. Pareciera que a los efectos de asegurar los beneficios generales de la coordinación o del gobierno no hace falta que todos obedezcamos al derecho (mi desobediencia, especialmente si pasa desapercibida, no tendrá consecuencia alguna). Por ello, las teorías Instrumentales sólo pueden explicar que en algunas instancias -las instancias críticas- debemos obedecer el derecho. El problema es que una explicación de por qué sólo en ciertas circunstancias debemos obedecer el derecho no es una explicación de su autoridad. La autoridad del derecho es una tesis general acerca de la potencia normativa de una práctica social, por lo que una teoría que sólo explica que en ciertas instancias hay que obedecer al derecho no es una buena explicación de su carácter distintivo.

En la obra de Rawls se encuentra otra teoría de la autoridad del derecho. Después de *Legal Obligation and the Duty of Fair Play*, en *A Theory of Justice*, Rawls ha afirmado que existe un deber natural (moral) de obedecer al derecho. Según Rawls tenemos un deber natural -esto es, previo a la existencia de instituciones- de contribuir con y acatar las instituciones justas que existen y se aplican a nosotros y que, además, debemos contribuir a establecer arreglos sociales justos en aquellos lugares donde ellos todavía no se han establecido²². Rawls afirma que este deber, que él llama el “Deber de Justicia”, explica (junto con la obligación de Fair Play) por qué los ciudadanos deben acatar incluso el derecho injusto cuando éste es un producto desafortunado de procedimientos constitucionales en general adecuados y ecuanímenes. Esta explicación de la autoridad del derecho ofrecida por Rawls es suficientemente general porque explica por qué *todos* en *todas* las circunstancias debemos obedecer el derecho, independientemente de que, por ejemplo, hayamos consentido el derecho, nos beneficiemos con su operación o de que nuestra obediencia sea una *conditio sine qua non* de la existencia de un gobierno. Sin embargo es fácil imaginar objeciones a la pretensión de explicar la obligación política por referencia a un deber natural.

²² Ver “A Theory of Justice”, Harvard U. Press, 2nd Ed. (1999), pág. 99.

Podemos objetar a Rawls por poner el carro antes que el caballo dado que al afirmar que tenemos un deber natural de contribuir con y acatar las instituciones en general justas -incluso en aquellas circunstancias donde las instituciones nos exigen que hagamos algo que no es lo que haríamos si sólo pensáramos en realizar la justicia- asume lo que hay que demostrar, más precisamente, que existe dicho deber. Pero éste, a mi modo de ver, no es el problema de Rawls. Toda explicación tiene, necesariamente, que presuponer un punto de partida, por lo tanto la cuestión no es que existan presuposiciones teóricas sino, en todo caso, si lo que la explicación presupone es *ab initio* plausible o si está *a posteriori* bien sustentado por la teoría que se deriva de lo que presuponemos. El verdadero problema con Rawls, como el de todas las explicaciones del deber natural, es que no puede explicar exitosamente porqué debemos acatar sólo *nuestro* derecho.

La explicación de Rawls no vincula el deber de justicia “de un modo suficientemente claro con la particular comunidad a la que pertenecen aquellos que tienen la obligación de obedecer el derecho”, como Dworkin lo ha dicho,²³ no dando cuenta de la “intimidación” que caracteriza a la obligación legal. Piense, por ejemplo, el caso en que mi contribución a la justicia sería más sustantiva si yo prestara atención al derecho de España, independientemente de que soy argentino y de que es el derecho argentino quien pretende ejercer autoridad sobre mí. Una teoría del deber natural, en estas circunstancias, debería recomendarme contribuir con, y acatar el, derecho español aún cuando yo sea argentino. Pero ello es precisamente lo contrario de lo que una buena teoría de la autoridad del derecho debería mantener²⁴. Más aún, esta falencia de las teorías del deber natural no se puede solucionar sosteniendo que mi sometimiento al derecho argentino se explica funcionalmente en virtud de que, en general, lo más funcional a la justicia es que los que están bajo la

²³ Ver Dworkin, opus cit. nota 6, pág. 193.

²⁴ En justicia a Rawls es preciso decir que él piensa que el deber natural de justicia es el deber de contribuir a instituciones que “se aplican” a nosotros. Este “aplican” a nosotros, introduce consideraciones no relacionadas con el deber natural y de ese modo resuelve el problema de la falta de especialidad de la teoría pero al costo de desfigurar su carácter natural.

órbita territorial de influencia de un derecho en particular sólo obedezcan dicho derecho. El requisito explicativo de la particularidad no puede ser satisfecho con argumentos tan instrumentales. La explicación de que un hijo debe obedecer a su padre porque es más funcional que ello sea así a que los hijos obedezcan a cualquier padre es seguramente vacía. Del mismo modo, es vacía la explicación de la autoridad del derecho argentino sobre cada uno de nosotros los argentinos por referencia al (¿improbable?) hecho de que ello es lo más funcional para realizar la justicia universal.

Las teorías Epistémicas de la Autoridad del derecho, por su lado, también fallan. La razón, esta vez, no es no satisfacer el requisito de la “generalidad” sino no ser suficientemente “particulares”. Piense en aquellos que atribuyen al derecho la propiedad de servir como la guía más confiable de aquello que, en virtud de otras razones, debemos hacer. Raz y Nino son quizás los dos exponentes más sofisticados de este tipo de teorías. Raz, en esencia, ha sostenido que debemos diferir nuestro juicio al derecho porque es (o cuando sea) más probable que difiriendo el juicio satisfaremos exigencias normativas distintas al derecho (morales, éticas, políticas, etc.) que se aplican a nosotros con independencia de que ellas sean ordenadas por el derecho²⁵.

No es muy claro, al menos para mí, porqué Raz cree que es más probable que los súbditos del derecho, haciendo lo que el derecho exige harán, además, aquello que por el imperio de otras razones deben hacer, sobre todo en aquellas circunstancias en las que no parece que el gobierno tenga aptitudes epistémicas superiores a las de los súbditos²⁶. Piense en si es más probable

²⁵ Ver Raz, Joseph, “The Obligation to obey: Between Revision and Tradition”, en *Ethics in the Public Domain*, Oxford U. Press (1994): “The Morality of Freedom”, pág. 53-7: *Authority Law and Morality*, 299-300.

²⁶ En “Practical Reasons and Norms”, Raz sostiene que una de las razones para diferir nuestro juicio y hacer lo que el derecho ordena es la confianza que podemos tener en la sabiduría del derecho o de aquellos a quienes hemos delegado la determinación de su contenido. Ver “Practical Reasons and Norms”, London, Hutchinson (1975) pág. 63. Una de las cosas que debemos hacer independientemente de la existencia del derecho es coordinar conductas y, según Raz, el derecho nos ayuda a hacerlo. Por ello, Raz también puede ser visto como alguien que cree en lo que he llamado en el texto teorías instrumentales del derecho.

que el gobierno de Bush sabrá lo que debe hacerse *vis a vis* uno de los súbditos de dicho gobierno, por ejemplo un experto en teoría moral, filosofía política, derecho y economía -digamos Dworkin-. Obviamente, Raz podría sostener (como de hecho lo hace) que la autoridad del derecho está condicionada a que los súbditos del derecho tengan menos capacidad para conocer aquello que todas las cosas consideradas y con independencia de lo que el derecho ordena debe hacerse pero, en ese caso, la explicación no satisfaría el requisito de generalidad²⁷ más arriba referido dado que no explicaría por qué el derecho es vinculante sino sólo por qué algunos de nosotros, aquellos sin potencia epistémica, debemos obedecer el derecho.

Nino es un excelente complemento para Raz y para toda teoría epistémica en tanto sus ideas habilitan a la teorías epistémicas a satisfacer el requisito de generalidad²⁸. Nino sostenía que debemos diferir nuestro juicio y hacer lo que el derecho ordena porque es más probable que de ese modo hagamos lo que es moralmente correcto; en esto coincidía con Raz. Pero Nino iba más allá porque explicaba por qué ello era el caso, explicación que tenía una pretensión de generalidad. Así, Nino afirmaba que tenemos que hacer lo que el derecho manda porque el derecho de una comunidad democrática que discute sobre la base de principios morales acerca de lo que hay que hacer -lo que constituye el “*inpu*” de toda regulación jurídica democrática- es más probable

²⁷ Raz es absolutamente consciente de este punto a tal punto que él mismo afirma que no existe una obligación general de obedecer al derecho. Ver “The Obligation to Obey: Between Revision and Tradition”, en *Ethics in the Public Domain*, Oxford U. Press, (1994), opus cit. nota 25.

²⁸ Ver Nino, Carlos S., “Ética y Derechos Humanos”, Paidós. He criticado esta concepción en Rosenkrantz, Carlos, “The Epistemic Theory of Democracy Revisited”, en *Deliberative Democracy and Human Rights*, Harold Koh & Ronald Slyle (ed), Yale U. Press. Existen justificaciones epistémicas del derecho que son mixtas en tanto no basan la obligación de obedecer exclusivamente en la propensión del derecho a producir resultados justos sino que apoyan dicha obligación en la combinación de la potencia epistémica del derecho con otras consideraciones. A mi criterio, estas justificaciones mixtas cargan sobre sí las debilidades de cada uno de los elementos sobre los que apoyan su justificación. Un ejemplo de estas teorías puede verse en Menéndez, Agustín José, “Complex Democracy and the Obligation to Obey the Law”, disponible en http://www.arena.uio.no/publications/wp00_25.htm#4+5+6+7

que esté en lo cierto acerca de lo que es moralmente correcto hacer o, al menos, más probable que esté en lo cierto que cada uno de nosotros pensando en aislamiento, por la sencilla razón de que el sistema de decisión de una comunidad democrática -la regla de la mayoría- con la deliberación que la caracteriza, maximiza las probabilidades de que todos los intereses sean tenidos en cuenta y todos los puntos de vista acerca de cómo armonizar de un modo moralmente aceptable dichos intereses sean oídos²⁹.

Una teoría epistémica a la Nino satisface el requisito de generalidad en tanto explica que todos, y no solo aquellos con habilidades epistémicas deficientes, debemos obedecer el derecho. Si todos participamos genuinamente en un debate en el que todos exponemos nuestros intereses y nuestros puntos de vista acerca de cómo armonizar moralmente nuestros intereses y luego optamos por el punto de vista que genera más adhesiones, dado que nadie es mejor que cada uno de nosotros para saber cuáles son sus intereses, la opción que finalmente ha de adoptarse seguramente tendrá una buena probabilidad de ser moralmente correcta (o al menos mayores probabilidades de corrección moral que todos los métodos de decisión alternativos realizables, por ejemplo la dictadura -que decida uno- o la ruleta -que decida la suerte-) y es esta mayor aptitud epistémica una razón para hacer lo que el derecho ordena.

El problema de estas teorías epistémicas es que no satisfacen el requisito de particularidad en tanto no explican acabadamente que *yo* debo obedecer sólo *mi* derecho. En efecto, en los términos de la teoría de Nino lo único que importa a la hora de justificar mi obediencia es el grado de confiabilidad del derecho como mecanismo de acceso a aquello que, todas las cosas consideradas, debe (moralmente) hacerse. Por ello, en los términos de la teoría de Nino, tengo más razones para obedecer el derecho de aquellas comunidades en las

²⁹ Si bien Nino se refería solo al derecho democrático su explicación puede ser más general dado que podemos pensar que en los problemas interpersonales hay más razones para pensar que lo que es ordenado por el derecho, dado el proceso de creación del derecho, sea más probablemente correcto que lo que yo pienso por mí en aislamiento o soledad.

que los presupuestos democráticos son satisfechos con mayor extensión y menos razones para obedecer el derecho de aquellas comunidades donde la democracia deja más que desear, independientemente de cualquier rasgo de mi relación con cada una de estas comunidades (no importa de qué comunidad soy miembro). El grado de confiabilidad del derecho define íntegramente la cuestión de la obediencia sin dejar espacio alguno para que el vínculo que tengo con la comunidad que pretende regularme constituya una razón decisoria para que yo obedezca el derecho de dicha comunidad. En otras palabras, la idea de que debemos obedecer al derecho en razón de su confiabilidad no explica por qué debemos someternos a nuestro derecho toda vez que es posible que nuestro derecho sea mucho menos confiable como un mecanismo de acceso a la verdad moral que otros derechos y, por ello, es posible que si hacemos lo que nuestro derecho ordena sea más improbable que hagamos lo que en virtud de razones morales debemos hacer.

IV

Las obligaciones de los hijos hacia los padres, entre ellas la de obedecerlos o, al menos, tomar en cuenta lo que sus padres dicen, no pueden explicarse en modo alguno sin una extensa referencia al vínculo existente entre padres e hijos. Si los hijos tienen la obligación de obedecer a los padres no es en virtud de haber obtenido beneficios de sus padres, ni porque sea más probable que los padres sepan lo que sus hijos deben hacer y mucho menos porque los hijos hayan consentido el poder de sus padres, aunque todo ello puede ser obviamente así. La única manera de brindar una explicación convincente de la autoridad de los padres es organizar nuestra explicación alrededor de la idea de que los hijos y los padres están unidos por una relación y que es esta relación lo que justifica la existencia de obligaciones recíprocas (relación que, obviamente, puede y debe a su vez justificarse en virtud de su bondad o utilidad o por alguna otra razón general). ¿Es posible ofrecer una explicación de la autoridad del derecho haciendo centro también en el vínculo o la asociación existente entre todos aquellos que conforman una comunidad

jurídica o entre las autoridades y los súbditos de una comunidad jurídica? ¿Es posible considerar que existe un vínculo especial con nuestros conciudadanos o con la autoridad que pretende regularnos y que es ese vínculo lo que en definitiva explica por qué debemos obedecer el derecho o, al menos por qué es posible legitimar la imposición del derecho sobre nosotros?

Dworkin ha sido quizás el primero en intentar una explicación relacional o asociativa de la autoridad del derecho. Dworkin ha sostenido que las obligaciones asociativas forman parte de nuestro universo moral y que, por lo tanto, no hay razones *prima facie* para pensar que la obligación política no pueda explicarse como una instancia de este tipo de obligaciones³⁰.

Un punto de partida relacional o asociativo³¹ es promisorio en tanto satisface los dos requisitos que he referido en la sección II. Así, en primer lugar, las teorías asociativas, al sostener que todos aquellos que se encuentran vinculados como miembros de una comunidad política deben obedecer al derecho, satisfacen el requisito de generalidad del modo más extenso posible³².

³⁰ Véase Dworkin, opus cit. nota 6, pág. 195 y ss.

³¹ Muchos autores han mostrado simpatías por enfoques asociativos para explicar algunas de nuestras obligaciones. Así, Margaret Gilbert, "Group Membership and Political Obligation", *The Monist* vol. 76 (1993); David Miller, "On Nationality", Oxford U. Press (1997); Samuel Scheffler, "Relationships and Responsibilities". *Philosophy and Public Affairs* vol. 26, pág. 189-209.

³² Raz ha sostenido que las teorías asociativas no sirven para explicar la existencia de una obligación general de obedecer el derecho. En "The Obligation to Obey: Revision and Tradition", (opus. cit. nota 25) Raz ha afirmado que las teorías asociativas (Raz no utiliza esta denominación pero se refiere a las teorías que explican la autoridad del derecho por referencia al vínculo que existe entre los miembros de una comunidad jurídica) sólo explican que aquellos que se sienten vinculados a su comunidad por un deber de lealtad tienen la obligación de obedecer el derecho pero, según Raz, ello no cuenta como una explicación general porque dichas teorías no explican cómo existe un "deber moral de identificarse con (una) comunidad" (pág. 338). Por ello, según Raz, las teorías asociativas sólo pueden explicar la existencia de una obligación facultativa de obedecer al derecho. El error de Raz consiste en pensar que la obligación de obedecer el derecho de una comunidad deriva del hecho de sentirse miembro de dicha comunidad, cuando dicha obligación deriva del hecho de *ser* miembro de ella, independientemente de cualquier sentimiento. En otras palabras, la pertenencia a una comunidad no es una cuestión que se dirime exhumando sentimientos sino constatando que las condiciones objetivas de membresía se encuentran satisfechas. Así como usted es un hijo independientemente de sus sentimientos hacia su padre, usted es un ciudadano independientemente de sus sentimientos hacia su comunidad.

Por otro lado, las teorías asociativas también satisfacen el requisito de particularidad. Al considerar el vínculo o asociación con nuestros co-ciudadanos y con la autoridad política como lo que explica la obligación de obedecer, las teorías asociativas garantizan una explicación de por qué aquellos que pertenecen a la comunidad, y sólo ellos, están alcanzados por la obligación de someterse al derecho.

Pero no todas son rosas en el camino de estas teorías. Existen problemas inescapables que ellas deben enfrentar. Por un lado, es preciso identificar con detalle el tipo de vínculo o asociación que constituye y define nuestra pertenencia a la comunidad jurídica y, por el otro, lo que representa un problema aun más básico, es necesario establecer si ese vínculo o asociación es suficientemente valioso como para ser considerado la última palabra en la explicación o justificación de la autoridad del derecho. Esta segunda cuestión es significativa dado que aún cuando la obligación política pueda explicarse por referencia a un vínculo o asociación, la explicación no podrá ser nunca convincente si ese vínculo o asociación no fuera digno de preservación, del mismo modo que una explicación de las obligaciones familiares por referencia al vínculo familiar sólo tiene sentido si la familia constituye una comunidad que por consideraciones relativas a su valor instrumental o intrínseco queremos conservar³³.

Empecemos aquí con la cuestión del vínculo a partir del cual podemos construir una explicación asociativa de la autoridad del derecho. Todas las posiciones respecto de la cuestión de cuál es el vínculo que nos une con nuestra comunidad política (la cuestión de la “membresía”) son, de algún modo, opciones entre, o combinaciones de, “consideraciones

³³ La primera cuestión, esto es, cuál constituye el vínculo o asociación que define mi pertenencia a la comunidad política, ha sido largamente explorada en la historia de la filosofía política y jurídica en los términos de la discusión acerca de la autonomía individual y colectiva. En efecto, la discusión de la pertenencia o membresía es la misma discusión que la discusión de la autonomía en tanto yo puedo afirmar que las normas de mi comunidad jurídica son mis normas precisamente cuando yo pertenezco a dicha comunidad y no son mis normas cuando estoy alienado de ella.

procedimentales”, esto es, consideraciones que se refieren a la importancia de la participación de cada uno de nosotros en el proceso de creación de normas jurídicas o de adopción de decisiones políticas, y “consideraciones sustantivas”, esto es, consideraciones que se refieren a la importancia de que nuestros intereses sean atendidos por las decisiones políticas.

Rousseau, entre los clásicos, y Habermas, entre los modernos, son autores que enfatizan la importancia de las consideraciones procedimentales en la identificación del rasgo definitorio de la comunidad política y de nuestra membresía a ella. Para ambos el vínculo o la asociación vinculante con nuestra comunidad se constituye cuando podemos participar en grado relevante en la formación de su voluntad política. Somos miembros en tanto somos participantes en los procesos de decisión. Así, para Rousseau “cuando el pueblo actúa por intermedio de la mayoría, allí reside la ley y la autoridad”³⁴, y para Habermas la soberanía o la autoritatividad “está procedimentada” y se encuentra en “aquellas formas anónimas de comunicación que regulan el flujo de la opinión discursiva y la formación de la voluntad común”³⁵.

Por el otro lado, todos los autores de la escuela del derecho natural, entre los clásicos³⁶, y Soper, y de algún modo Rawls, entre los modernos, enfatizan las consideraciones sustantivas. Para estos autores lo que verdaderamente importa para saber si soy miembro de una comunidad política es que mis intereses formen parte de la materia con la que dicha comunidad adopta sus decisiones colectivas (y con alguna independencia de mi participación en dichas decisiones). Así, Philip Soper³⁷, y Rawls basado en

³⁴ Ver Rousseau, Jean Jacques, “Letter from the Mountain” VII, P III, pág 816.

³⁵ Ver Habermas, Jürgen, “Between Facts and Norms”, The MIT Press, (1998) pág. 59.

³⁶ Ver Francisco Suarez, “*Tractatus de legibus ac Deo legislatore to leges irritante*”.

³⁷ Ver Soper, Philip, opus cit. nota 1. En este punto es importante apuntar que Soper sostiene que su visión no es asociativa. Así, afirma que las explicaciones asociativas usualmente toman a las relaciones de modo instrumental. Para estas teorías es el impacto en las personas cuyas expectativas tengo razones para honrar, y el efecto que tendrá en mi relación con ellas si no hago lo que ellas requieren de mi, lo que explica las obligaciones en las explicaciones asociativas. En cambio Soper cree que la “ética de la deferencia”, como él llama a su propia posición,

Soper, sostienen que el derecho nos puede vincular en tanto quien “manda tome imparcialmente en cuenta lo que ve como... los intereses fundamentales de todos los miembros de la sociedad”³⁸.

A mi criterio ambas posiciones son problemáticas por incompletas. No podemos concebir la vinculación o asociación característica de los miembros de una comunidad política, esto es, no podemos concebir la cuestión de la membresía, en términos únicamente procedimentales ni en términos únicamente sustantivos sencillamente porque no podemos concebir a nuestras comunidades políticas como comunidades cuyos rasgos esenciales son únicamente el apego a ciertos procedimientos o únicamente el compromiso con la satisfacción de nuestros intereses. Una comunidad política es más que ello dado que constituye, en esencia, una asociación que combina tanto proceso como sustancia. Una comunidad política es el resultado de la conjunción entre la aspiración de moldear en conjunto un destino común -lo que constituye un elemento procedimental- y la convicción de que en comunidad es más fácil proveer a la satisfacción de las necesidades o intereses individuales (facilidad que, a su vez, hace inteligible la aspiración de moldear en conjunto un destino común) lo que constituye un elemento sustantivo³⁹.

explica la obligación de obedecer el derecho no en razón del impacto que tendrá en otro mi resistencia a sus directivas sino en el respeto que me debo a mi mismo porque mi deferencia al derecho es, para Soper, deferencia al legislador que está haciendo lo mismo que yo haría si estuviera en su lugar, más precisamente, solicitando acatamiento a las normas sancionadas de buena fe en beneficio de la comunidad. Ver Soper, Philip, “The Ethics of Deference; Learning from Law’s Morals”, Cambridge U. Press, (2002), pág. 170.

³⁸ Ver Rawls, John, “Political Liberalism”, Columbia U. Press, (1996), pág. 545.

³⁹ Rawls es quien más ha enfatizado que las dos convicciones características de las sociedades democráticas son, primero, que los hombres son libres e iguales y, segundo, que la sociedad es una empresa para beneficios mutuos. Estas dos convicciones pueden verse como maneras de expresar la idea de que la sociedad es una conjunción de elementos procedimentales y de elementos sustantivos. En efecto, la idea de que todos somos libres e iguales exige que las decisiones comunes sean tomadas de un modo determinado -compatible con nuestra naturaleza de libres e iguales- y, por ello, puede ser vista como una exigencia procedimental. La idea de que la sociedad es una empresa para beneficios mutuos puede ser vista como una exigencia sustantiva. Ver Rawls, John, opus cit. not 38.

Dworkin, quien como dije más arriba fue uno de los primeros en ofrecer una explicación asociativa de la autoridad del derecho, ha combinado de un modo interesante elementos procedimentales y elementos sustantivos en su concepción de la comunidad y de la membresía a ella. La idea de Dworkin, tal como lo desarrolla en el Imperio del Derecho⁴⁰, es que una comunidad puede sustentar la autoridad de su derecho cuando sus integrantes despliegan en sus vínculos un compromiso especial -que los distingue de aquellos que no forman parte de la comunidad- y personal -que los vincula de un modo individual uno con uno- por el igual bienestar de los demás en los términos de una concepción plausible de la igualdad. Según Dworkin, una comunidad integrada por individuos que se relacionan de este modo respeta las exigencias de la reciprocidad y, precisamente por ello, justifica la obediencia al derecho de dicha comunidad del mismo modo que la reciprocidad entre dos personas unidas por la amistad justifica que cada uno de ellos honre las obligaciones que caracterizan a quienes se encuentran vinculados como amigos.

La concepción de Dworkin de comunidad y de membresía es tanto sustantiva como procedimental. Es sustantiva, porque la relación o vinculación individual que define la existencia de una comunidad debe expresar un interés por el bienestar de aquellos que se encuentran relacionados o vinculados, y es procedimental porque debe implicar un cierto compromiso con la manera en que las decisiones comunes deben ser tomadas. En relación con este último punto Dworkin sostiene que individuos relacionados o vinculados del modo caracterizado en el párrafo precedente -esto es, como iguales- adoptarán la democracia como sistema de toma de decisiones comunes en tanto este sistema expresa del modo más acabado posible (aunque no el único⁴¹) los

⁴⁰ Ver Dworkin, Ronald, opus cit. not. 6 cap. 5.

⁴¹ Ver Dworkin, Ronald, "Virtud Soberana", Paidós, pág. 203 y ss. Es interesante destacar que la tesis de Dworkin, no obstante su preferencia por la democracia, no es una tesis de la autoridad del derecho democrático en tanto de acuerdo con Dworkin es posible imaginar sociedades con una concepción de igual consideración y respeto distinta a la prevaleciente en las sociedades democráticas pero, no obstante ello, producto de un compromiso especial y personal por el bienestar de los demás. Por ello, de acuerdo con Dworkin la teoría asociativa que defiende es posible que determine la existencia de la obligación de obedecer el derecho aun en contextos de sociedades no democráticas.

objetivos que dichos individuos buscarán en su relación o vinculación, más precisamente: la igual consideración y respeto para todos -objetivos simbólicos-; la visión de todos como entes que contribuyen a las decisiones comunes -objetivos de agencia-; y la maximización de la probabilidad de que el contenido de las decisiones comunes esté alineado con lo que requiere una igual distribución de los recursos sociales -objetivos distributivos-.

Es fácil coincidir con la idea de que si todos nos tratamos con igual consideración y respeto el sistema decisorio consistente con dicho trato seguramente será vinculante, independientemente de que las decisiones que adoptemos sean o no las mejores decisiones desde el punto de vista moral, político o económico. Hasta aquí, la concepción de Dworkin parece aceptable y, por lo tanto, puede ser vista como una buena explicación de la autoridad del derecho. Pero la explicación de Dworkin no es suficientemente general. Dworkin no explica todo lo que tenemos que explicar en tanto no puede dar cuenta de que el derecho nos obliga incluso en circunstancias donde el tipo de vinculación que nos conecta con los demás -el tipo de actitud imperante- no es la descrita por Dworkin ni la que podríamos esperar en una comunidad donde todos están preocupados por el bienestar de los demás.

Nada mejor que presentar mi punto a partir de un ejemplo. Imagine una comunidad política con enclaves en la que conviven dos grupos religiosos de más o menos la misma cantidad de ciudadanos cada uno, internamente cohesionados pero con profundo recelo recíproco, partidarios de radicalmente distintas concepciones de lo que da valor a sus vidas y con un interés distinto -superior- por el bienestar de los integrantes de su propio enclave. Imagine también que en dicha comunidad política se respeta la regla de la mayoría y que imperan las instituciones características de la democracia parlamentaria. Finalmente, imagine una decisión mayoritaria moralmente errónea o políticamente inconveniente -aunque no aberrante- que afecta a los miembros de un grupo religioso pero que puede desobedecerse sin mayores consecuencias en virtud de que la desobediencia no puede ser detectada ni, por lo tanto, imitada. En estas circunstancias, ¿hay razones para obedecer

el derecho? O, para ponerlo en los términos que yo prefiero, ¿el derecho tiene autoridad?.

Si Dworkin estuviera en lo cierto, dado el desigual interés por el bienestar de los miembros del grupo religioso al que uno pertenece *vis a vis* el grupo religioso al que uno no pertenece, la vinculación o asociación entre los miembros de la comunidad de mi ejemplo no podría sustentar la obligación de obedecer el derecho porque no es una vinculación entre miembros con un “compromiso especial y personal por el *igual* bienestar de los demás *en los términos de una concepción plausible de la igualdad*”. Más aún, si Dworkin estuviera en lo cierto en esta comunidad no solamente no habría razones para obedecer la decisión mayoritaria moral o políticamente injusta de la que hablé sino que, además, nadie tendría ninguna razón para obedecer el derecho en ninguna circunstancia. En lugar de obedecer el derecho, en todos los casos todos deberían sopesar todas las consideraciones relevantes para decidir si lo que el derecho ordena es algo que, por razones distintas al hecho de ser ordenado por el derecho, merece ser obedecido.

Pero aquí no se acaban los problemas con una visión como la de Dworkin. La explicación de Dworkin, al considerar que el derecho es vinculante sólo en circunstancias en las que la asociación o vinculación entre sus destinatarios es la característica de una comunidad donde todos se preocupan por el igual bienestar de cada uno de todos los demás, encierra una curiosa paradoja. En efecto, la idea de que el derecho es autoritativo sólo en aquellas circunstancias en las que sus destinatarios se vinculan expresando una igual consideración y respeto por el bienestar de los demás, implica, por un lado, que el derecho será autoritativo donde el vínculo reinante *per se* puede servir como la argamasa para organizar la vida social y, por lo tanto, el derecho deviene menos necesario y, por otro lado, que el derecho no será autoritativo justamente cuando es más necesario para organizar la vida en común, esto es, en aquellas circunstancias donde el vínculo reinante no es el característico de personas que se ven como iguales.

Si yo estoy asociado o vinculado con usted por un compromiso especial y personal por su igual bienestar, es bastante probable que ambos podremos

vivir armónicamente aún sin que nos sometamos al derecho, pues es bastante probable que mi actitud y la suya sean suficientemente fértiles como para originar normas de convivencia aceptables para los dos. Ahora bien, hemos inventado el derecho para poder vivir en común en circunstancias distintas, esto es, cuando no tenemos ningún otro punto de apoyo que nos sirva para regularnos; por ello, debemos ver con especial suspicacia una explicación del derecho como la de Dworkin, que niega su autoridad justamente cuando las razones de su invención vienen más al caso.

La comunidad de mi ejemplo dista de ser la mejor comunidad que podemos imaginar y el diferente interés que expresan los miembros de cada uno de los grupos religiosos por los miembros del otro grupo no puede ser sino el producto de un fanatismo ininteligible. Sin embargo, ello no puede mellar en modo alguno la autoridad de su derecho. En la comunidad del ejemplo se satisfacen suficientes requisitos procedimentales y sustantivos como para sustentar la obligación de sus miembros de hacer lo que el derecho manda simplemente porque es el derecho, con independencia de que al mismo tiempo se satisfagan otros objetivos morales, políticos y económicos.

El hecho de que los miembros de cada uno de los grupos religiosos de mi ejemplo no estén motivados por una consideración personal, especial e igual por los miembros del otro grupo debe ser irrelevante para determinar si el derecho obliga. Quizás las relaciones entre amigos o entre familiares requieran dicho rasgo para que den origen a las obligaciones de la familia y de la amistad, pero la asociación política es categorialmente diferente a la asociación de familiares y a la amistad. Ello es así no porque las relaciones personales estén necesariamente asociadas a sentimientos mientras los vínculos políticos no lo están (punto enfatizado por Locke antes y por Wellman⁴² y

⁴² Ver Wellman, Christopher Heath, "Friends Compatriot and Special Political Obligation", *Political Theory*, vol. 29, Abril 2001, "Relational Facts in Liberal Political Theory: Is There Magic in the Pronoun "My"?", *Ethics* 110, (April 2000), pág. 537 y ss.

⁴³ Ver Simmons, A. John., "Justification and Legitimacy: Essays on Rights and Obligations", Cambridge U. Press, (2001), pág. 77. Algunos autores han sostenido que es posible desarrollar

Simmons⁴³ ahora) sino porque los vínculos entre familiares y entre amigos son inherentemente individuales -se sostienen uno a uno- mientras que los vínculos políticos, en virtud de que están en parte dirigidos a la construcción de una comunidad, son vínculos colectivos entre cada uno de nosotros y todos los demás. El error de Dworkin radica en no ver esta diferencia categorial y en transpolar exigencias que pueden ser adecuadas para determinar si existe alguna normatividad en las relaciones personales a la cuestión de si el derecho obliga.

V

La mejor manera de formular una hipótesis acerca de cuál es el vínculo que define mi membresía a la comunidad jurídica y que sustenta la obligación de obedecer el derecho es comenzar por los casos negativos. Piense en los judíos en la Alemania nazi, en los negros durante el apartheid sudafricano, en las mujeres españolas (o de cualquier otro país) antes de la concesión del voto, en los franceses durante el gobierno de Vichy y en los argentinos durante la última dictadura militar. ¿Los antes mencionados están obligados a contribuir al sistema impositivo o a servir en el ejército o a someterse al castigo o, si deciden violar el derecho, deben hacerlo de un modo “abierto y respetuoso” como sugería M. L. King en su famosa “Letter from the Birmingham Jail”⁴⁴? Estoy seguro que, después de meditarlo larga o cortamente, con más hesitación en algunos casos que en otros, todos diríamos que no.

¿Cuál es el principio que podemos extraer de la conclusión negativa del párrafo anterior? En algunos de estos casos pareciera que la razón por la que consideramos que no existe la vinculación adecuada entre aquellos que demandan obediencia y aquellos a quienes se les demanda obediencia -o lo

un sentimiento entre los miembros de una democracia y así han hablado de “democratic connectedness”. Ver Kateb, George, “Walt Whitman and the Culture of Democracy”, *The Inner Ocean* Ithaca, Cornell U. Press, 1992, pág 240-266.

⁴⁴ Ver <http://www.historicaltextarchive.com/sections.php?op=viewarticle&artid=40>

que es lo mismo, no se satisfacen los requisitos de membresía en la comunidad jurídica- es porque en algunas de las comunidades en cuestión los intereses de algunos no cuentan. Este era claramente el caso de los judíos de la Alemania nazi. En otros casos, la razón parece ser distinta, más precisamente, que son comunidades en las que algunos no pueden participar en la toma de decisiones, este es el caso de los franceses del gobierno de Vichy, o de las mujeres antes de la concesión del voto en España, o de los argentinos durante la dictadura.

Si revisamos nuestras reacciones frente a estos casos pareciera que todas ellas pueden ser explicadas recurriendo a la idea de que para contar como un miembro de una comunidad debemos tener la posibilidad de ser tanto partícipes (“makers”) como beneficiarios (“matter”) de las decisiones colectivas⁴⁵. Esta reacción puede ser sostenida a partir de la concepción de comunidad política que ofrecí más arriba en tanto la idea de que debemos contar dos veces -primero al momento de tomar las decisiones y luego al momento de repartir beneficios-, es perfectamente consistente con la idea de que la comunidad política es el resultado de una combinación entre la aspiración individual de moldear en conjunto un destino común -consideración procedimental- y la convicción de que en comunidad es más fácil proveer a la satisfacción de los intereses individuales -consideración substantiva-.⁴⁶ Pero no debemos apresurarnos. Los intereses de los secesionistas quebecois no contaron al momento de decidir si Québec podía independizarse⁴⁷ y nadie dudaría de que ellos son ciudadanos del Canadá. Las opiniones de, por ejemplo, el partido maoísta de la Argentina (en razón de su escaso número) no cuentan al momento de tomar decisiones políticas en nuestro país (y hay muy pocas probabilidades de que vayan a contar en el futuro) pero nadie afirmaría que por ello sus integrantes no están vinculados adecuadamente

⁴⁵ Ver Beitz, Charles, “Political Equality”, Princeton U. Press, (1989), pág. 98.

⁴⁶ Ver Dworkin, Ronald, “Freedom’s Law”, Harvard U. Press, (1997), pg 24.

⁴⁷ Los intereses de los secesionistas no contaron en tanto no obstante su determinación no pudieron separarse.

con el resto de nuestra comunidad, por lo menos a los efectos de decidir si deben obedecer el derecho. Consecuentemente, el criterio de membresía no puede consistir en una exigencia directa e incondicionada de requisitos procedimentales y sustantivos. Una concepción adecuada de la vinculación o relación necesaria entre los miembros de una comunidad debe tener los dobleces necesarios como para poder explicar y justificar que ni los quebecois ni los maoístas argentinos están liberados de la obligación de obedecer el derecho de sus respectivos países.

Creo que la concepción de la membresía que he ofrecido en otro lugar da cuenta de las conclusiones anteriores. Ella es la siguiente: carezco del vínculo adecuado con mi comunidad, y por lo tanto sus decisiones no pueden ser vinculantes (por lo menos en lo que a mí respecta), cuando a) el funcionamiento de las instituciones de mi comunidad impide que, como cuestión de hecho, tanto mis opiniones como mis intereses cuenten en el proceso de toma de decisión colectiva, o cuando b) las instituciones están organizadas precisamente a los efectos de que o mis opiniones o mis intereses no cuenten en dicho proceso. (Para no tener que describir este criterio cada vez que me refiera a él en lo que sigue, en algunos casos, cuando alguien tiene este vínculo diré que es “miembro” de su comunidad y, cuando no lo tiene, que está “alienado” de su comunidad).

El criterio que he ofrecido racionaliza nuestra conclusión negativa para los casos de la Alemania nazi, la Sudáfrica del apartheid, la España franquista y la Argentina dictatorial y explica las diferencias que tienen todos estos casos con los quebecois y los maoístas argentinos. Así, es posible sostener que la diferencia entre las mujeres españolas antes de la concesión del derecho al voto y los quebecois -diferencia que determina que el derecho no tenga autoridad frente a las mujeres pero sí frente a los quebecois- es que antes de la concesión del voto las instituciones de la democracia española estaban organizadas para que las mujeres no pudieran participar en la vida política mientras que el Canadá no tuvo como uno de sus objetivos, ni directo ni indirecto, privar a los quebecois de todo lo que ellos necesitaban para dejar

una impronta en las decisiones políticas de ese país, aún cuando sus intereses secesionistas no hayan sido tomados en cuenta para partir Canadá en dos.

Además de racionalizar nuestras respuestas intuitivas a los casos más claros, el criterio que he ofrecido parece satisfacer adecuadamente los objetivos e ideales que una organización política debe satisfacer para poder transformar su poder en autoridad. En efecto, si yo efectivamente participo o mis intereses efectivamente cuentan en el proceso de formación de la voluntad política⁴⁸ -y no estoy impedido por las normas de mi comunidad de participar o de que mis intereses cuenten- ¿qué razón puedo tener para agraviarme frente a la comunidad o para considerarme como alguien que no es tratado con el respeto debido a un miembro? Es verdad que una decisión colectiva será más probablemente vista como algo determinado por mi agencia individual si yo, por un lado, efectivamente participo y, por el otro, mis intereses efectivamente cuentan en el proceso de toma de decisiones colectivo y, por lo tanto, si de lo que se tratara fuera que las decisiones de mi comunidad fuesen también vistas como adoptadas por mí, yo podría sentirme agraviado si a pesar de participar efectivamente mis intereses no cuentan o si, a pesar de que mis intereses efectivamente cuentan, no participo en el proceso de decisión colectiva. Pero yo no creo que la agencia individual sea un valor político y, por lo tanto, no creo que la autoridad del derecho deba ser condicionada a su promoción. La cuestión relevante no debe ser si el derecho es algo que yo hago sino, más bien, si el derecho es algo que hace la comunidad a la que yo pertenezco o de la que yo soy miembro, y cuando ésta es la cuestión relevante, ¿porqué me he de agraviar si o he efectivamente contado

⁴⁸ En este punto es importante destacar la manera en que mis intereses deben contar para que yo pueda ser visto como miembro de una comunidad. Scanlon ha sugerido que no hay razones para ayudar a nadie a construir un altar a su dios en lugar de ayudarlo a comer aun cuando él prefiera construir dicho altar a comer. Si esto es correcto, si no siempre hay razones morales para tener en cuenta los intereses de la gente tal como ella los perciben, entonces, no puede ser una condición de la autoridad del derecho que los intereses de todos cuenten tal como ellos son vistos por sus poseedores sino, meramente, que se consideren aquellos intereses que la gente como usted puede razonablemente tener.

o he efectivamente participado⁴⁹ y mi comunidad no me impide ni que participe en el proceso político ni que mis intereses cuenten en él?⁵⁰.

Antes de retomar la cuestión de si el derecho obliga en circunstancias de injusticia económica y social quiero responder una objeción que puede levantarse contra una explicación asociativa de la autoridad del derecho, lo que me dará alguna oportunidad para aclarar algunos puntos que pueden estar todavía oscuros o que sean difíciles de aceptar. La objeción que tengo en mente problematiza la afirmación de que la membresía a una comunidad política debe ser considerada como la última palabra en la explicación o la justificación de la autoridad del derecho.

Algunos autores han sostenido que a menos que estemos dispuestos a conceder poder normativo a todas las prácticas locales -el *Sittlichkeit* de

⁴⁹ La cuestión de cuándo una persona es un “participante” en la decisión colectiva depende, hasta cierto punto, de la cultura política imperante. Por ello, la respuesta a la cuestión de la membresía puede y debe cambiar conjuntamente con los cambios de la cultura política. Así, en algunos momentos de la historia o de la cultura política de un país podemos considerar que alguien es un miembro de la comunidad política si ha sido una fuente de consulta, directa o indirecta, a través de cuerpos representativos o de otras asociaciones o asambleas intermedias de la sociedad civil, en un procedimiento consultivo que garantiza que las decisiones son tomadas aunque no por todos pero sí después de haberse escuchado las distintas voces y opiniones, incluso las disidentes. Ver Rawls, John, “The Laws of People” en *Collected Papers*, Harvard U. Press., Samuel Freeman (ed), pág. 546.

⁵⁰ Obviamente, la imposibilidad normativa de participar me libera de la obligación de obedecer -nadie puede ser parte de una comunidad que aspira a auto-gobernarse si está excluido por las normas de dicha comunidad de participar en la manera en que dicho auto-gobierno es llevado a cabo-. Pero la imposibilidad normativa me libera no porque me imposibilite participar sino en virtud de las razones por las que lo hace. La imposibilidad normativa es inaceptable porque implica un juicio de demérito acerca de la importancia de mi participación. En los casos en los que usted no puede participar porque las normas no lo dejan su comunidad está afirmando que usted no es una fuente de ideas o propuestas respecto de lo que todos tienen que hacer y dicho juicio es incompatible con su membresía a la comunidad. Pero nada de eso sucede si usted no participa en virtud de otras consideraciones. Así, su carencia de habilidades persuasivas, o sus inhibiciones para discutir en público o exponer sus puntos no lo alienan. En estos casos, usted no es excluido de su comunidad y, por lo tanto, no está liberado de obedecer, al menos en tanto y cuanto sus intereses sean tenidos en cuenta por aquellos que sí participan efectivamente del proceso de decisión colectiva.

Hegel- esto es, a reconocer que existen dimensiones normativas que no necesitan una justificación o explicación general o externa dado que ellas pueden apoyarse íntegramente en hechos, costumbres o prácticas sociales, es imposible sostener que la mera membresía a una comunidad o la mera relación entre miembros de una comunidad política pueda generar alguna obligación de obediencia⁵¹. Yo creo que esto es incorrecto. Una explicación que refiere a la membresía o al vínculo o asociación entre los miembros de una comunidad política para justificar la obligación de obediencia al derecho puede referirse a otras cosas adicionales y no necesita ser sólo “local”. Así, por ejemplo, una explicación asociativa puede dejar cierto espacio para reconocer, de un modo general o desde afuera, el poder normativo de la membresía o del vínculo o asociación en cuestión afirmando, por ejemplo, que dicho vínculo o asociación es valioso en tanto sirve objetivos generales valiosos que otros vínculos no sirven ni fomentan (o al menos no lo hacen de un modo tan eficaz⁵²).

Existen muchos ejemplos de teorías que explican la autoridad del derecho recurriendo a una relación o a un vínculo pero que no son explicaciones locales dado que ellas no se agotan con la referencia a la relación o vínculo. Soper, por ejemplo, cree que debo diferir mi juicio y hacer lo que el derecho ordena porque esa es la única manera de construir una relación de respeto por el legislador y por mí mismo⁵³. La explicación de Soper de la autoridad del derecho hace una referencia esencial a una relación, pero no es local sino

⁵¹ Ver Simmons, A. John, opus. cit. nota 2.

⁵² No creo que pueda contestarse la crítica sosteniendo, como lo hace T. McPherson, que quien nos pide que trascendamos la membresía para justificar porqué por referencia a ella se pueden justificar obligaciones no ha entendido qué es ser un “miembro” de una comunidad. McPherson, sostiene que no hemos entendido qué es ser un miembro de una comunidad política si pensamos que la obligación política es algo que podríamos no tener y que, por ello, necesita ser justificada. (Ver Green, Leslie, *The Authority of the State*, Clarendon Press, 1988), pág. 194). Yo veo la exigencia de trascendencia absolutamente inteligible y apropiada.

⁵³ Ver Soper, Philip, opus cit. not 40.

que está sostenida desde afuera en virtud de que presupone que la relación en cuestión es valiosa o al menos más valiosa que la relación que se formaría entre individuos que no difieren su juicio al derecho, a pesar de reconocer que las autoridades jurídicas hacen algo necesario del modo que, de acuerdo a su mejor y leal saber y entender, beneficia a todos.

La explicación de la autoridad del derecho que yo sugiero tiene la misma estructura que la explicación de Soper. Es una explicación que hace referencia a una relación pero que no se agota en esa referencia sino que supone que dicha relación tiene un valor que puede ser defendido de un modo general. ¿Cuál es este valor? Esta es una cuestión ya explorada por lo que es muy útil empezar refiriéndome, aunque sucintamente, a lo que otros han dicho.

Finnis, por ejemplo, siguiendo a Aristóteles ha afirmado que el valor de una comunidad que se somete al derecho es el de *Philie Politique*⁵⁴. La idea de Finnis no es del todo clara, pues no es claro qué tipo de bien es el *Philie Politique*. Finnis sugiere que ese bien es similar a la amistad. Pero ello no puede ser así. En virtud de que, tal como lo he sostenido en la sección V, la vinculación o asociación política no es individual sino colectiva -no se da uno a uno sino, digamos, uno a todos- el bien al que dicha vinculación o asociación sirve no puede consistir en la posibilidad de despertar sentimientos análogos a los sentimientos que se dan entre amigos.

En mi visión, el valor que sustenta una explicación asociativa no es un valor sentimental que deriva de lo que pueden sentir unos amigos por otros sino que es el valor de la preservación de la comunidad o, para ponerlo de otro modo, el valor del cambio sistémico⁵⁵. Por ejemplo, suponga que un

⁵⁴ Ver Finnis, John, "The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory", *Journal of Law, Ethics and Public Policy*, vol 1, pág. 116 y ss.

⁵⁵ La expresión "cambio sistémico" es una adaptación de la expresión "cambio orgánico" que, sin elucidar, usa Dworkin. Vease *Law's Empire*, opus cit. nota 7. (Juan Bartomeu me ha sugerido que no use la expresión "cambio orgánico" en razón de las reminiscencias corporativas que ella tiene). Si no estoy equivocado la idea de que el cambio sistémico es el valor que yace detrás de una explicación plausible de la autoridad del derecho es una idea que Kant suscribiría. Kant

conjunto de personas que forma una comunidad pretende honrar las exigencias de la igualdad en la distribución de recursos económicos y sociales. Suponga que dentro de ese conjunto de personas que forman la comunidad existen varios grupos que sustentan cada uno de ellos distintas concepciones de la igualdad. Si estos grupos llevaran adelante la concepción de la igualdad en la que creen respecto de las personas que forman parte de cada uno de ellos, no se violaría en modo alguno la autonomía o la libertad de nadie pero lo que sí sucedería es que, en algún sentido, habrían dejado de ser o de formar una comunidad. La única manera que ese conjunto de personas tiene de continuar formando o siendo una comunidad es encontrar algún mecanismo que les permita cambiar como comunidad, sistémicamente, en el caso del ejemplo, eligiendo una sola concepción de la igualdad para honrar.

La relación entre los miembros de una comunidad que difieren su juicio a las normas que dicha comunidad ha diseñado para regular la convivencia en razón de que mutuamente se conceden la posibilidad de influir o la posibilidad de contar en el proceso de toma de decisiones de dichas normas, es justamente la relación que permite a la comunidad continuar como tal cambiando sistémicamente en tanto dicha relación es la única que hace posible un sistema de toma de decisiones que todos pueden aceptar (un sistema en el que todos de hecho participan o cuentan al momento de tomar decisiones y nadie está de derecho impedido de participar o contar.)

Usted puede permanecer escéptico respecto de la importancia de que el derecho nos conceda la posibilidad de continuar siendo una comunidad y de cambiar de un modo sistémico, pero déjeme señalarle que esta posibilidad es particularmente importante -crucial diría yo- en las circunstancias de la

pensaba que la razón última de la sumisión al derecho era la necesidad de que lo que él llamaba una "sociedad civil" (y yo llamo una "comunidad política"). De acuerdo con Kant, la desobediencia al derecho implicaba la imposibilidad de la sociedad civil porque la desobediencia era justamente el anuncio de que la mejor situación es aquella en la que cada uno actúa de acuerdo con sus propios juicios de justicia. Ver *Kant's Positivism*, en Waldron, Jeremy, "The Dignity of Legislation", Cambridge University Press, pág. 36 y ss., en especial págs. 58 y 59.

modernidad. En la modernidad, por el irreducible pluralismo acerca de lo que da valor a la vida y acerca de lo que unos a otros nos debemos moralmente hablando, es muy difícil encontrar la manera de motivarnos a actuar de un modo que pueda ser visto como la acción de una comunidad. El derecho nos ofrece esta posibilidad, y es por ello que sirve un valor que todos, en tanto nos interese permanecer vinculados como comunidad, debemos apreciar.

VI

Después de la larga, pero necesaria, excursión por el tema general de la autoridad del derecho estoy ahora en condiciones de retomar la cuestión del poder normativo del derecho en situaciones de injusticia económica y social. ¿Posee el derecho un poder normativo tal que en condiciones de injusticia social y económica debería motivar incluso a aquellos que son víctimas de dicha injusticia? O, en otras palabras, ¿las víctimas de la injusticia económica y social son miembros de nuestra comunidad y, por lo tanto, están obligadas a obedecer el derecho o, por el contrario, no forman parte de nuestra comunidad -están alienadas- y en virtud de ello no tienen obligación alguna?

Supongamos que realizamos la pregunta del párrafo anterior en el contexto de una sociedad donde no existen restricciones legales que explícita o intencionalmente marginen del proceso político ni de los beneficios colectivos a las víctimas de la injusticia económica y social. Algunos podrían concluir que la inexistencia de restricciones responde la pregunta de si las víctimas de la injusticia económica y social son miembros de nuestra comunidad política en tanto toda vez que no hay restricciones, el resultado de la política -más allá de la injusticia económica y social resultante- puede verse como algo que incluye a todos y, por lo tanto, como algo que vincula a todos. Pero la inexistencia de restricciones legales no determina *per se* la respuesta a la pregunta que nos ocupa. En los términos del criterio que ofrecí en la sección anterior, para saber si alguien es miembro de una comunidad política es preciso trascender las normas y ver si, más allá de que no existan restricciones

normativas a que alguien participe en la decisión colectiva o a que sus intereses sean considerados, el o ella cuenta del modo apropiado en el proceso de formación de la voluntad común.

En este punto es importante destacar que en toda sociedad moderna la cuestión de si el derecho obliga no depende de la participación de cada uno de nosotros en el proceso de decisión política. Los sistemas políticos modernos son necesariamente representativos, por lo que la cuestión crucial no es si cada uno de nosotros participa sino si estamos representados en las instituciones políticas del país o si el sistema político en general es de hecho sensible a nuestros intereses. Obviamente, estas son cuestiones difíciles que requieren un análisis y una interpretación de complejas circunstancias fácticas -no es fácil determinar si todos están representados y, menos aun, qué es lo que beneficia los intereses de los que están peor- por lo que, dadas las distintas ideologías y puntos de partida y la falta de un aparato analítico e interpretativo común, no es de extrañar que existan muchas divergencias. Además, en tanto estas cuestiones son de detalle es natural esperar enormes diferencias de sociedad a sociedad. Por ello, la pregunta de si el derecho obliga a las víctimas de la injusticia económica y social no puede ser hecha en abstracto ni respondida en el aire. Esta es una pregunta que como muchas otras sólo puede ser investigada provechosamente si nos anclamos en realidades concretas y en momentos concretos de nuestras sociedades. En razón de esta necesidad es que en lo que sigue, para ilustrar mi discusión, me referiré a la Argentina.

La Argentina tiene un sistema relativamente eficaz en la reproducción de las opiniones de los que menos tienen. El voto no es solo universal sino que además es obligatorio. Existe una enorme diversidad de partidos políticos representados en el Congreso Nacional con distintas ideologías y visiones que cubren casi todo el arco de lo concebible en términos de ideologías. Más aun, algunos representantes representan a los que menos tienen en el sentido de que ellos mismos son víctimas de la injusticia económica y social. Otros no lo son pero se ven a si mismos como la voz de quienes no tienen voz.

Además los partidos políticos mayoritarios declaran representar los intereses de los postergados. Así, por ejemplo, la Unión Cívica Radical afirma en vena claramente rawlsiana que ella sustenta como principio de acción política “la ética de la solidaridad”, la que se basa en una idea “de justicia como equidad, como distribución de las ventajas y de los sacrificios, con arreglo al criterio de dar prioridad a los desfavorecidos aumentando relativamente su cuota de ventajas y procurando disminuir su cuota de sacrificios”⁵⁶. El Partido Justicialista, por su parte, comparte el compromiso con los que están peor. Así, en un giro muy usado en los documentos que esbozan su posición política, ha sostenido que su objetivo central “es construir un Estado de derecho con contenido social, consolidando el orden jurídico basado en nuestros principios constitucionales y proyectándolos hacia su logro máximo, que ha de ser el estado de justicia, superador del marco formal del estado de derecho”⁵⁷.

Si esto es correcto, si es verdad que el sistema político argentino representa las opiniones de los que menos tienen, en virtud del criterio de membresía que he ofrecido en la sección V deberíamos concluir que las víctimas de la injusticia económica y social no están alienados de nuestra comunidad y, por lo tanto, que no pueden excepcionarse de la obligación de obedecer al derecho.

Obviamente, usted podría sostener que mi conclusión (que declaro totalmente provisional y hecha al solo efecto de la discusión) de que en la Argentina los que menos tienen, por sí o por sus representantes, participan en el grado relevante en el proceso colectivo de toma de decisiones, está basada en una apariencia porque, más allá de que muchos invocan la representación de los que padecen, el sistema político no ha podido terminar con la injusticia económica y social y la persistencia de esta última sólo puede ser explicada por problemas participativos del sistema político que lo

⁵⁶ Ver Congreso Doctrinario Unión Cívica Radical, “La Argentina que queremos, el partido que necesitamos”, 2004, en <http://www.ucr.org.ar/images/archivos/ComisionI.pdf>.

⁵⁷ Ver Plataforma Electoral del Partido Justicialista 1983.

inhabilitan para transformar poder en derecho⁵⁸. Yo creo que no es posible ir tan rápido. La persistencia de la injusticia económica y social en nuestras sociedades es, sin duda, una muestra de que el sistema político ha sido incapaz de disminuir la injusticia pero no necesariamente de que el sistema político tenga una falla de representación fulminante. La legitimidad de un sistema político no depende de su eficacia en la erradicación de la injusticia, y la injusticia persistente no es una muestra de que el sistema de representación sea ilegítimo. La legitimidad del sistema político no está condicionada a la realización de la justicia distributiva. Basta que los miembros de la comunidad política sean tratados con la dignidad de tales y que la comunidad pueda ser vista como un sistema de respeto mutuo lo que, de acuerdo con mi criterio, sucede si no existen restricciones normativas que les impidan participar y contar en el proceso de toma de decisiones y todos o efectivamente participan, por sí o por sus representantes, en dicho proceso o, en los casos en los que no participan de un modo efectivo, sus intereses son efectivamente tenidos en cuenta en él.

Ahora bien, aun cuando estuviera equivocado y hubiera problemas participativos que impiden que todos sean representados en el proceso de decisión política, creo que el sistema político argentino puede ganar validez en tanto, como la mayoría de los sistemas políticos de occidente, es permeable a los intereses de los que menos tienen. Como dije antes, esto es difícil de acreditar en tanto es difícil saber qué es lo que beneficia a los que menos tienen en el contexto de las sociedades modernas. Así, por ejemplo, podemos pensar que las medidas redistributivas de la propiedad o progresivas en los impuestos son beneficiosas para los que menos tienen, pero una perspectiva de más largo plazo quizás nos haga revisar nuestra conclusión en virtud de que es posible que dado el sistema de incentivos personales

⁵⁸ Gargarella ha defendido esta posición. Ver Gargarella, Roberto, “The Right of Resistance in Situations of Severe Deprivation”, manuscrito inédito.

prevalcientes, la redistribución y la progresividad de los impuestos afecten el ahorro y la inversión y, por ello, sean en definitiva perjudiciales para aquellos a quienes justamente queremos beneficiar. Por ello, es difícil probar o falsar que un sistema político es de hecho sensible a las demandas de los postergados. No podemos objetar esta sensibilidad invocando la persistencia de la injusticia porque, como también he dicho más arriba, ello sólo muestra que el sistema político no es eficaz para resolver la injusticia pero no que sea un instrumento de su perpetuación. A mi criterio, la única manera de llevar adelante de un modo sensato esta investigación es reparar en aquellas instancias donde es claro tanto qué es lo que beneficia en el corto plazo a los que menos tienen cuanto que ello no los perjudica en el largo plazo. Es en estos casos, creo yo, donde se puede ver si el sistema político es sensible a los intereses de los que tienen menos de lo que deberían tener en una sociedad justa.

Piense en la reciente discusión en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires respecto del Código Contravencional. En dicho Código se prohibió el uso del espacio público a los vendedores ambulantes y se creó una contravención consistente en realizar actividades lucrativas en dicho espacio, sancionándose esa conducta con una multa de \$ 200 a \$ 600. No obstante ello, la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, en lo que creo es una muestra de sensibilidad social, liberó el espacio público para ser usado para la venta de “mera subsistencia”.

No sé si la sensibilidad a los intereses de los que menos tienen que creo se manifiesta en la manera en que se resolvió el uso del espacio público puede generalizarse. Mi impresión es que sí y que, por lo tanto, es posible concluir que la Argentina no es un país que se olvida de sus pobres, por lo menos hasta al punto de tornar ilegítimo su sistema político.

Obviamente, una conclusión seria al respecto precisa una investigación acabada de muchas instancias en las que se analice si el interés de los que menos tienen ha sido importante al momento de tomar decisiones políticas o si las decisiones son el producto de las fuerzas del *status quo*. Pero ello me llevaría más tiempo del que dispongo y requeriría de conocimientos de los que carezco. Por otro lado, no creo que sea necesario hacerlo aquí dado que

yo no pretendo ofrecer una respuesta concluyente al problema de la relación entre la injusticia y el derecho en las particulares circunstancias argentinas ni ninguna otra conclusión práctica. Mi objetivo es más limitado pues lo que quiero es sugerir la manera en que esta relación debe ser en general estudiada, y si me he referido en modo alguno a la Argentina fue sólo para destacar que una respuesta al problema que nos ocupa -esto es si el derecho conserva autoridad en circunstancias de injusticia- requiere de consideraciones empíricas que nos permitan saber si las víctimas de la injusticia son, no obstante ello, miembros de nuestra comunidad.

VII

Si mi explicación es correcta, cuando no podemos hablar de alienación ni de falta de membresía la autoridad del derecho debería estar más allá de toda impugnación. Ahora bien, no obstante su autoridad general sobre aquellos que se encuentran en situaciones de injusticia, es posible que existan consideraciones que hagan que en algunas instancias el derecho pueda y quizás deba ser desobedecido. En virtud de ello, un análisis de la relación entre el derecho y la injusticia económica y social no puede terminar sin un análisis de dichas instancias, es decir, un análisis de las circunstancias en las que más allá de la autoridad general del derecho sea posible desobedecerlo.

Antes que nada, es preciso destacar que la posibilidad normativa de desobedecer el derecho no implica que éste no tenga autoridad. En primer lugar, la autoridad del derecho no es suprema. La tesis de la autoridad del derecho no predica que en todas las circunstancias debemos siempre hacer lo que el derecho nos ordena. Más aún, Kant estaba equivocado cuando sostenía que el derecho era un sistema normativo que debía determinar siempre la manera en que debemos comportarnos⁵⁹. El derecho compite con otras

⁵⁹ Ver Korsgaard, Christin, "Taking the Law unto our own hands, Kant on the Right to Revolution", en *Reclaiming the History of Ethics: Essays for John Rawls*, ed. Andrew Reath, Barbara Herman and Christin Korsgaard, Cambridge U. Press, 1997.

consideraciones a las que todo hombre razonable debe honrar en su deliberación práctica y no es siempre verdad que el derecho soslaye a todas estas otras consideraciones como la razón determinante de lo que debemos hacer⁶⁰.

En segundo lugar, es posible desobedecer el derecho de modos que expresen respeto por su autoridad. Por ejemplo, cuando Martin Luther King se rebeló contra la prohibición municipal de manifestar contra la segregación en el transporte público y organizó una manifestación luego de hacerlo, expresó su respeto al derecho que desobedecía según él “abierta y respetuosamente”, sometiéndose él mismo al castigo⁶¹.

La pregunta acerca de cuándo es posible desobedecer el derecho es difícil aunque tiene algunos costados fáciles. En los casos de legítima defensa o estado de necesidad la desobediencia está, sin duda, justificada. El derecho no puede reclamar conductas heroicas y sería heroico exigir de alguien que no se defienda o que se abstenga de perjudicar bienes de otros cuando algo suyo de mayor importancia está en peligro. Lo difícil es determinar si la desobediencia también está justificada en los casos en los que no existe ninguna de estas dos defensas, por ejemplo, cuando la desobediencia es hecha por las víctimas de la injusticia pero con el objeto no de preservar un bien propio sino de, simplemente, llamar la atención sobre su propia situación, ejerciendo presión o violando los derechos de personas distintas a aquellas que son las estrictamente responsables de la situación en la que ellas se encuentran.

⁶⁰ Una cuestión interesante de debatir es cómo compite el derecho con otras consideraciones relevantes en la deliberación práctica. Esta es una cuestión que no puedo encarar aquí pero de todos modos, quiero decir que una manera de concebir la competencia entre razones jurídicas y otras razones para actuar es sostener que las razones jurídicas, en virtud de su estructura, soslayan a otras razones cuando el problema cae dentro del ámbito de aplicación de aquellas; otra es sostener que las razones jurídicas son razones institucionales y, por lo tanto, generales, mientras que las demás razones que pueden aplicarse son razones no institucionales y, por lo tanto, particulares; otra más, que el derecho nos da razones “*prima facie*” y, finalmente, que la competencia entre razones jurídicas y otras razones se libra en el dominio del peso o entidad de cada una de dichas razones.

⁶¹ Ver opus cit. not. 44.

Dworkin nos puede servir aquí. En un artículo denominado La Desobediencia Civil⁶², Dworkin sostuvo que los que organizaron el movimiento de objeción al reclutamiento de conscriptos en los Estados Unidos durante la guerra de Vietnam, aún cuando se interpretase que lo que hicieron estaba jurídicamente prohibido, no deberían ser castigados. La idea de Dworkin era que la desobediencia tenía aspectos positivos en tanto constituía una manera de sacudir a la opinión pública y de hacerla reflexionar sobre las consecuencias de la participación de los Estados Unidos en Vietnam.

A pesar de que el interés de Dworkin sea distinto al mío -Dworkin quería explorar si en algunos casos de desobediencia el castigo está justificado mientras que a mí me interesa si la desobediencia, independientemente de la cuestión del castigo, puede justificarse- creo que es posible utilizar los mismos criterios que él sugiere. Así, para saber si la desobediencia está justificada es preciso encarar la cuestión de si el acto de desobediencia puede producir beneficios sociales -por ejemplo, obligarnos a pensar acerca de la necesidad de reparar las injusticias económicas y sociales existentes o a sensibilizar al sistema político frente a los reclamos de quienes menos tienen- y si estos beneficios son mayores que los perjuicios que la desobediencia causa.

Si seguimos esta matriz de análisis no será posible dar una respuesta universal a la cuestión de si la injusticia económica y social justifica la desobediencia porque todo dependerá de si la desobediencia produce más beneficios que perjuicios y, como todos sabemos, contar beneficios *vis a vis* perjuicios no es una tarea que se pueda hacer en abstracto sino que requiere conocer acabadamente las circunstancias del contexto. Así, hace falta poder evaluar el costo de la desobediencia, los beneficios que ella puede traer y las probabilidades de que dichos costos y beneficios se produzcan. No obstante ello, creo que en circunstancias como las nuestras donde la desobediencia es rampante, es posible ofrecer un argumento general en contra de la

⁶² Ver Dworkin, Ronald, "Los Derechos en Serio", Ed. Planeta, (1984), pág. 304 y ss.

desobediencia en virtud de que todo acto de desobediencia reafirmará la convicción de que es imposible generar un contexto en el que tenga sentido someterse al derecho para poder así conformar con otros una comunidad capaz de cambiar sistémicamente.

VIII

Este ya largo trabajo puede condensarse en una corta conclusión. Si lo que he dicho es correcto la injusticia económica y social no puede constituirse como una razón general para pensar que el derecho sea menos vinculante. En tanto y en cuanto las circunstancias no afecten mi membresía a mi comunidad tendré una razón general para hacer lo que el derecho manda y para comportarme como el derecho indica que debo hacerlo, independientemente de que mi comunidad haya sido capaz o no de distribuir los recursos económicos y sociales del modo moralmente debido. Esta es una conclusión dura pero no nos debe desesperar. Muy por el contrario, desesperante sería que la injusticia afectara la autoridad del derecho pues si lo hiciera habríamos hecho imposible el único mecanismo que hemos inventado para mejorar nuestra sociedad.

ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA TEORÍA DE LA MEMBRESÍA

*Lucas S. Grosman **

I. Introducción

En “La autoridad del derecho y la injusticia económica y social”, Carlos Rosenkrantz se propone analizar si el derecho tiene autoridad incluso en condiciones de injusticia distributiva. Su respuesta es que sí la tiene, pero solamente respecto de aquellos súbditos del derecho que son miembros de la comunidad. La autoridad del derecho depende, para Rosenkrantz, del respeto al principio de membresía.

Algunas teorías tienen por objeto *explicar* una práctica o institución, esto es, entender los principios que la rigen y determinan su funcionamiento. Otras, en cambio, procuran analizar si una práctica o institución está *justificada* a la luz de un sistema de valores determinado, típicamente la moral. La teoría de la membresía pertenecería, de acuerdo al modo en que Rosenkrantz la presenta, a la primera categoría. En efecto, en la sección segunda, Rosenkrantz establece los requisitos que toda “explicación de una autoridad, para contar como tal cosa, debe satisfacer” (p. 18). Luego, en la sección tercera, procede a criticar teorías alternativas sobre esa base. Así, según Rosenkrantz, las teorías consensuales son inadecuadas porque no logran explicar “por qué todos aquellos a quienes el derecho se aplica deben someterse a él” (p. 23). Las teorías del Fair Play fallan porque “no pueden explicar la autoridad del derecho *qua* derecho” (p. 25). Rawls, por su parte, “no puede

*Tutor en Derecho y candidato a Doctor en la Ciencia del Derecho (J.S.D.), Yale Law School.

explicar exitosamente por qué debemos acatar solo *nuestro* derecho” (p. 28). Las teorías epistémicas “no explican acabadamente que *yo* debo obedecer sólo *mi* derecho” (p. 31). Sobre la misma base, Rosenkrantz pondera los méritos de las teorías asociativas, ya que ellas, a diferencia de las anteriores, “garantizan una explicación de por qué aquellos que pertenecen a la comunidad, y sólo ellos, están alcanzados por la obligación de someterse al derecho” (p. 34). Sin embargo, la teoría de Dworkin, que pertenece a esta tradición, tampoco es totalmente adecuada, ya que ella “no explica todo lo que tenemos que explicar” (p. 38).

Como se puede advertir, la teoría la membresía sería, según Rosenkrantz, la mejor *explicación* de la autoridad del derecho. Su objetivo es reflejar el modo en que la autoridad del derecho funciona, y no analizar si tal funcionamiento está justificado a la luz de valores determinados. En consecuencia, el interrogante que Rosenkrantz pretende responder no puede ser interpretado en un sentido valorativo (¿debería aplicarse el derecho aún en situaciones de injusticia socioeconómica?) sino descriptivo de una práctica (¿se aplica el derecho aun en tales circunstancias?). Sin embargo, no se trata de una práctica concreta, como por ejemplo el derecho de tal o cual país en tal o cual momento histórico, sino de una práctica general o, en todo caso, del modo en que entendemos esa práctica general. En este sentido, la indagación de Rosenkrantz es conceptual; ella se refiere al *concepto* de la autoridad del derecho.

En la siguiente sección argumentaré que el principio de membresía no puede cumplir la función explicativa o conceptual que Rosenkrantz le asigna, ya que no logra capturar aspectos centrales de la práctica en cuestión y, de hecho, se da de bruces con los requisitos que el propio Rosenkrantz se impone. En la sección tercera me concentraré en los argumentos a los que Rosenkrantz recurre para justificar la aplicación del derecho en circunstancias de injusticia socioeconómica.

II. Un enfoque conceptual

1. Membresía y autosuficiencia

Una de las primeras cosas que Rosenkrantz dice es que cualquier teoría acerca de la autoridad del derecho debe explicar “la obligación de obedecer el derecho simplemente porque es el derecho” (p. 17, con cita de Soper). Ahora bien, para cumplir este requisito, deberíamos renunciar a toda referencia al contenido o modo de creación de las normas jurídicas. En efecto, si obedecemos el derecho en virtud de la bondad intrínseca de sus normas o de su procedimiento de creación, no estamos obedeciéndolo *porque es el derecho*, sino porque es *cierto tipo de derecho* (por ejemplo, un derecho cuyas normas son liberales y su procedimiento de creación es democrático). En este sentido, y siguiendo un paralelismo que Rosenkrantz utiliza recurrentemente en este artículo, obedecer a los padres simplemente porque son los padres implica que se los debe obedecer más allá de que sus órdenes sean sabias, acertadas o prudentes (contenido), o hayan sido impartidas tras consultar al interesado o a sus abuelos (procedimiento de creación). Si un padre tuviera que justificar ante su hijo por qué éste debe hacerle caso, su respuesta, siguiendo a Rosenkrantz, debería ser, simplemente, “porque soy tu padre”. Llamaré a este requisito “autosuficiencia”.

Como dije, Rosenkrantz sostiene que toda teoría sobre la autoridad del derecho debe explicar su autosuficiencia, pues si no la teoría no es plausible. No es nada obvio, sin embargo, que la teoría que el propio Rosenkrantz desarrolla en su artículo logre explicar la autosuficiencia, según veremos a continuación.

Según el principio de membresía, una persona es miembro de la comunidad, y por ende el derecho tiene autoridad sobre ella, cuando (a) sus opiniones o intereses son *de hecho* tenidos en cuenta en la toma de decisiones; y (b) las *normas* de la comunidad no impiden que sus opiniones o intereses

sean tenidos en cuenta en tal proceso.¹ El problema es que este principio parece ser incompatible con el requisito de autosuficiencia. El principio de membresía implica que sólo en ciertas circunstancias el derecho tiene autoridad. El requisito de autosuficiencia simplemente no admite tales consideraciones o salvedades: si es derecho, debe ser obedecido y punto; ninguna condición de fondo o forma tiene cabida bajo este requisito.

¹ Estoy tratando de simplificar el complejo panorama que Rosenkrantz nos ofrece. En el capítulo V, Rosenkrantz afirma que los judíos en la Alemania nazi, los negros durante el *apartheid*, etc., no estaban obligados por el derecho. Según él, esto se debe en algunos casos a que los intereses de estas personas no contaban, y en otros a que no podían participar en la toma de decisiones (p. 42). Luego aclara que “para contar como un miembro de la comunidad debemos tener la posibilidad de ser tanto partícipes (‘makers’) como beneficiarios (‘matter’) de las decisiones colectivas” (p. 42). Y agrega: “debemos contar dos veces”. Pero luego califica esta conclusión de la siguiente manera: “El criterio de membresía no puede consistir en una exigencia directa e incondicionada de requisitos procedimentales y sustantivos”. Según él, hacen falta ciertos “dobles”, y la definición de membresía que él sugiere, según yo la entiendo, es la siguiente: No soy miembro si: (a) las instituciones de la comunidad no permiten que *de hecho* mis opiniones ni mis intereses cuenten; o (b) las instituciones están *organizadas* “a los efectos de que o mis opiniones o mis intereses no cuenten en dicho proceso” (p. 43).

Es decir que:

1. Basta con que una de las dos condiciones (a o b) se cumpla para que no haya membresía.
 2. La primera condición (a) parece apuntar a los efectos (la cuestión de hecho) y la segunda (b) a la estructura de las instituciones (“están organizadas”).
 3. Para que la primera condición se cumpla, ni mis intereses ni mis opiniones deben contar en los hechos. Es decir que si una de las dos cosas cuenta (intereses u opiniones), esta condición no se cumple.
 4. Sin embargo, para que la segunda condición se cumpla, alcanza con que “o mis opiniones o mis intereses no cuenten”. Es decir que en este caso, a diferencia del anterior, basta que una de las dos cosas no cuente para que la condición se cumpla. Hay una asimetría entre ambas condiciones. Esto nos deja con el siguiente cuadro. No soy miembro si: (i) las instituciones, como cuestión de hecho, no permiten que mis opiniones ni mis intereses cuenten; o si (ii) más allá de lo anterior, las instituciones están organizadas para que mis opiniones o mis intereses no cuenten. Si lo ponemos en positivo, soy miembro si: (i) las instituciones, como cuestión de hecho, permiten que mis opiniones o mis intereses cuenten; y, además, (ii) las instituciones están organizadas para que mis opiniones y mis intereses puedan contar.
- Más adelante Rosenkrantz no habla de opiniones e intereses, sino de *participación* e intereses (p. 44). Sin embargo, una cosa es poder participar y otra que mis opiniones sean tenidas en

Volvamos a la analogía favorita de Rosenkrantz, esto es, la autoridad paterna. El requisito de autosuficiencia implica, como dije, que los padres deben ser obedecidos por sus hijos sencillamente porque son sus padres. Supongamos que en el caso de la relación entre padres e hijos, el sucedáneo del requisito de membresía es que las opiniones y los intereses de los hijos deben ser tenidos en cuenta por sus padres al tomar decisiones que los conciernen. Esto quiere decir que cuando las decisiones de los padres no respetan el principio de membresía, ellas carecen de autoridad. Pero, en tal caso, la frase “debes obedecerme sencillamente porque soy tu padre”, que refleja la autosuficiencia, ha perdido todo sentido. No basta con ser padre para tener autoridad; hace falta, además, cumplir con el principio de membresía. Del mismo modo, Rosenkrantz afirma que los judíos no estaban obligados a obedecer el derecho en la Alemania nazi, al igual que los negros durante el *apartheid*, las mujeres cuando no gozaban de derecho a voto y los argentinos durante el Proceso. Nuevamente, si el derecho tuviera que ser obedecido simplemente por ser tal, estas excepciones no podrían ser explicadas.

Tal vez Rosenkrantz tenga algo distinto en mente. Podría pensarse que, para él, las condiciones de fondo y forma que informan el requisito de membresía no constituyen rasgos intrínsecos del derecho en sí sino circunstancias externas a él. Es decir, la membresía no dependería del tipo de derecho sino del tipo de comunidad. El derecho -cualquier derecho, todo derecho- debería obedecerse siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones en la comunidad en cuestión; se debe obedecer “simplemente porque es derecho”, pero sólo cuando la comunidad respeta el principio de membresía.

No obstante, para que esta distinción sea sostenible, la calidad de miembro de la comunidad debe ser totalmente independiente del derecho. A poco de meditarlo, esto no resulta plausible. Es en buena medida como

cuenta. Lo segundo es más ambicioso. Tampoco resulta claro si Rosenkrantz utiliza como sinónimos ‘el modo en que las instituciones están organizadas’ y ‘las normas’. Entiendo que sí. En cualquier caso, creo que sería útil que Rosenkrantz aclarara este panorama.

consecuencia del contenido y modo de sanción de las normas jurídicas que los judíos en la Alemania nazi o los negros durante el régimen de Jim Crow son arquetipos de alienación, es decir, de ausencia de membresía. Más aún, este rasgo no constituye una peculiaridad de los ejemplos elegidos por Rosenkrantz, sino un elemento esencial en toda relación entre la comunidad y sus integrantes. El derecho es la principal herramienta con que cuenta la comunidad para integrar o excluir a los individuos. Es inevitable, por lo tanto, que la calidad de miembro deba ser analizada en gran medida en función de las normas jurídicas. Si la noción de membresía no puede escindirse del contenido y el modo de creación del derecho, la distinción entre los rasgos intrínsecos del derecho y las circunstancias que lo rodean no sirve para tornar compatibles el principio de membresía y el requisito de autosuficiencia.

2. Membresía y generalidad

También el requisito de generalidad presenta dificultades para el principio de membresía. El requisito de generalidad, recordemos, implica según Rosenkrantz que las teorías sobre la autoridad del derecho deben explicar por qué todos los súbditos del derecho, y no sólo algunos, deben obedecerlo. Más aún, Rosenkrantz considera que el requisito de generalidad funciona, precisamente, como un requisito, es decir una condición que se debe satisfacer plenamente, y no como un principio u objetivo al que se debe *tender*. En otras palabras, Rosenkrantz no dice que las teorías sobre la autoridad deben tratar de ser lo más generales posibles, sino, sencillamente, que deben ser generales. Alguien tiene autoridad como padre, enfatiza, “si tiene autoridad sobre *todos* sus hijos” (p. 18).

Invocando el requisito de generalidad, Rosenkrantz critica las teorías que justifican el deber de obedecer el derecho sobre la base del consentimiento o los beneficios recíprocos. Estas teorías, dice, no logran explicar por qué todos deben obedecer el derecho, y no solamente los que lo consintieron o se benefician con él. Pero cabe preguntarse si el principio de membresía es

realmente inmune a igual reproche. Al fin y al cabo, este principio implica que sólo quienes son miembros de la comunidad deben obedecer el derecho. No todos deben obedecer el derecho, como el requisito de generalidad demanda, sino sólo algunos: los miembros.

Ello no obstante, podría alegar Rosenkrantz, la teoría de la membresía es superadora de las teorías basadas en el consentimiento o el fair play, ya que la primera es más general que estas últimas: son más las personas que no consienten el derecho o que no se benefician con él que aquellas que no satisfacen el principio de membresía. Es decir que la teoría de la membresía es, al menos, más general que sus competidoras. Esta respuesta, sin embargo, no sería satisfactoria. En primer lugar, que el número de miembros de la comunidad sea mayor que el de personas que consienten el derecho o se benefician con él es una cuestión coyuntural y controvertible, no un rasgo inherente a todas las comunidades. La teoría de Rosenkrantz pretende iluminar cuestiones conceptuales acerca de la autoridad, y sólo lo logrará en la medida en que se mantenga al margen de especulaciones coyunturales. En segundo lugar, como vimos, la generalidad es una condición que debe satisfacerse plenamente, un requisito, no un principio u objetivo al que se debe tender. No basta, por ende, que la teoría de la membresía sea *más general* que otras.

3. El concepto subyacente de derecho

El requisito de autosuficiencia exige que toda teoría sobre la autoridad del derecho explique la obligación de obedecer el derecho sólo porque es el derecho, es decir, con independencia de consideraciones que califiquen su contenido o modo de creación. El requisito de generalidad, por su parte, exige que se explique por qué todas las personas sujetas al derecho, y no sólo algunas, deben obedecerlo. El principio de membresía desafía al requisito de autosuficiencia al establecer que una persona A no tiene el deber de obedecer el derecho X, a pesar de que *es el derecho*, si el derecho X no la trata como miembro (o, si se quiere, si el derecho X es el derecho de una comunidad

que no trata a A como miembro; como dije antes, no creo que esto cambie las cosas). El principio de membresía desafía, asimismo, al requisito de generalidad, ya que por más que A esté sometido al derecho X, no debe obedecerlo si no es miembro.

¿Puede Rosenkrantz sortear estas dificultades? ¿Es posible reconciliar estos dos requisitos (que él se impone) con su principio de membresía? La respuesta debe buscarse en el concepto de derecho que subyace a la teoría de Rosenkrantz. Para evitar las contradicciones descriptas, Rosenkrantz requiere una concepción del derecho en virtud de la cual el principio de membresía no sea algo que algunos derechos satisfacen y otros no sino un elemento constitutivo de todo derecho. Así, la membresía debe ser parte del *concepto* de derecho, y no un rasgo coyuntural de algunos derechos. El derecho no es derecho si no cumple el principio de membresía, o, en todo caso, el derecho sólo es derecho respecto de los miembros.

Esta concepción del derecho nos permitiría entender por qué Rosenkrantz parece creer que su teoría de la membresía es compatible con el requisito de autosuficiencia. La idea es que sólo es apropiado considerar que una norma es derecho respecto de una persona A si la comunidad política que dicta esa norma trata a A como miembro. Cuando A no es tratado como miembro, su eventual desobediencia a una norma que la comunidad pretende aplicarle no debería ser interpretada como una desobediencia al derecho, ya que, más allá de lo que el derecho positivo diga, esa norma no sería realmente derecho para A. En estas condiciones, explicar la autoridad del derecho sobre A a partir del principio de membresía no se opone al requisito de autosuficiencia, ya que si A es miembro debe obedecer el derecho *por el solo hecho de que es derecho*, pero si A no es miembro ese derecho no es derecho para A.

Sobre la base de este concepto de derecho, podríamos también reconciliar la teoría de Rosenkrantz con el requisito de generalidad. Si las normas emanadas de la autoridad política sólo son derecho si respetan el principio de membresía, entonces, en efecto, todas las personas sujetas al derecho deben obedecerlo. El derecho, podrá decir Rosenkrantz, tiene

autoridad sobre todas ellas. Dado que el derecho nazi no era derecho para los judíos, el hecho de que, como dice Rosenkrantz, éstos no tuvieran el deber de obedecerlo no contraría el requisito de generalidad.

En resumen, el requisito de generalidad y el de autosuficiencia sólo pueden resultar compatibles con el principio de membresía si entendemos que la membresía es un elemento constitutivo del concepto de derecho. El problema es que el análisis conceptual no consiste en estipular significados; Rosenkrantz no podría presuponer sin más que “derecho” es algo que implica membresía. Para que tal concepción sirva en efecto como base de sustento para su análisis, ella debe reflejar prácticas sociales concretas, típicamente el modo en que los actores del derecho (en especial jueces, abogados y juristas) lo entienden, se refieren a él y lo utilizan en sus razonamientos. Hart, por ejemplo, se apoya en este tipo de elementos para argumentar que existe un aspecto interno que distingue a las normas jurídicas de las órdenes respaldadas por una amenaza, criticando así la posición defendida por Austin.² Dworkin, por su parte, ataca la tradición positivista en la que Hart se enrola sobre la base de que ésta no logra reflejar ciertas prácticas concretas propias de la administración de justicia, específicamente la invocación de principios de corte moral como fundamento de las decisiones.³ No importa si estos argumentos logran refutar las teorías que atacan; las diferencias entre Hart y Dworkin son, de hecho, algunas de las cuestiones más disputadas en la filosofía del derecho de las últimas décadas y, por cierto, no pretendo interceder en ese debate. Traigo estos argumentos a colación sólo para ilustrar la estructura del análisis conceptual: éste se asienta en prácticas sociales para iluminar el uso de un concepto. No hay nada similar en el enfoque de Rosenkrantz. Nada, al menos, que justifique incluir el principio de membresía en el concepto de derecho.

² H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd Edition (Oxford: Clarendon Press, 1994).

³ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977).

Esto, en abstracto, no tendría por qué ser un problema, ya que al fin y al cabo una teoría sobre la autoridad del derecho no tiene por qué incursionar en un análisis sobre el concepto del derecho: podría, sencillamente, *presuponer* un concepto de derecho, en la medida en que tal concepto fuera generalmente aceptado u obviamente razonable. Lo que ocurre es que Rosenkrantz ha optado por criticar teorías rivales sobre la base de una serie de requisitos conceptuales que sólo resultarían compatibles con su propia teoría si se presupusiera una concepción del derecho que, lejos de ser generalmente aceptada, resulta bastante peculiar. La membresía, en efecto, no es algo que en general entendamos como constitutivo del concepto de derecho. De hecho, creo que existen buenas razones para rechazar una concepción del derecho que se asienta en la membresía, ya que ella no logra capturar aspectos centrales del derecho, como veremos a continuación.

4. Los deberes de quienes no son miembros

Si tomamos la definición de membresía de Rosenkrantz, ¿los extranjeros son miembros de la comunidad? Rosenkrantz plantea que, para que una persona sea miembro de la comunidad, (a) sus opiniones o intereses deben ser *de hecho* tenidos en cuenta en la toma de decisiones y (b) las normas de la comunidad no deben impedir que sus opiniones o intereses sean tenidos en cuenta en tal proceso.⁴ El problema es que los extranjeros ni siquiera gozan, en general, de derecho a voto, con lo cual no se cumple respecto de ellos por lo menos la segunda condición. Para que una persona que no tiene derecho a voto de todas formas sea considerada miembro de la comunidad, debemos exigir, al menos, que tal restricción se justifique en virtud de genuinas razones paternalistas, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los menores de 18 años y los dementes⁵. Dado que en el caso de los extranjeros no existen tales

⁴ Es decir que, desde el punto de vista de las normas (o la organización de las instituciones), debe ser posible que tanto las opiniones como los intereses cuenten. Ver nota 1.

⁵ Código Electoral Nacional, art. 1, 3 inc. a y b.

razones u otras análogas, no corresponde contarlos como miembros de la comunidad si seguimos la definición de Rosenkrantz. No cabe duda, sin embargo, de que esta circunstancia por sí sola no los exime de la obligación de obedecer el derecho. Un caso más extremo es el del turista. Nadie podría alegar seriamente que el turista es miembro de la comunidad, pero, nuevamente, eso no basta para considerar que no está obligado a obedecer el derecho del lugar donde se encuentra.

Creo, dicho sea de paso, que las teorías del consentimiento no logran brindar una explicación complementaria en estos casos. Es verdad que el inmigrante o el turista, a diferencia del nativo, en algún sentido relevante consiente que se le apliquen las normas del país que visita, pero piénsese en el siguiente caso. Una persona es secuestrada en un país y luego trasladada subrepticamente a un país vecino. En un momento de descuido de sus captores, logra escaparse. Se encuentra entonces en un país al que no eligió entrar. La teoría del consentimiento ni remotamente alcanzaría este caso; ello no obstante, resulta claro que esta persona no puede pretenderse al margen de las normas del país en el que involuntariamente se encuentra, con escasas excepciones.

Existen muchos otros casos similares. Además de los menores, los dementes y los sordomudos, no tienen derecho a voto en Argentina los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad por el tiempo de la condena⁶, ni los condenados por violaciones a las leyes de juegos prohibidos por tres años⁷, ni los desertores⁸, ni los declarados rebeldes en causa penal⁹. Nuevamente, parece claro que estas personas no son miembros de la comunidad a la Rosenkrantz. Como dije, solamente sólidas consideraciones paternalistas podrían justificar que, a pesar de tal privación

⁶ Código Electoral Nacional, art. 3 inc. e.

⁷ Código Electoral Nacional, art. 3 inc. f.

⁸ Código Electoral Nacional, art. 3 inc. g.

⁹ Código Electoral Nacional, art. 3 inc. i.

del derecho a votar, consideremos a estas personas miembros de la comunidad en el sentido que Rosenkrantz atribuye al término. No veo que tales consideraciones se encuentren presentes y, por ende, debemos concluir que estos casos no logran pasar el test de membresía que Rosenkrantz nos propone. A pesar de ello, nuevamente, el derecho los alcanza.

Rosenkrantz podría alegar que estos son casos aislados que no logran llegar a la médula de su teoría. Creo, por el contrario, que estos casos revelan un problema estructural. El derecho en general no impone deberes a partir de la relación entre la comunidad y el individuo, sino que regula las acciones concretas que el individuo realiza. Es decir que el punto de contacto relevante entre el individuo y las normas jurídicas son sus actos, no su status dentro de la comunidad. Más aún, el derecho de un estado en principio sólo alcanza los actos de un individuo cuando ellos se realizan en el territorio de ese estado o tienen efectos en él, independientemente de que quienes los realicen sean ciudadanos, residentes o turistas. De hecho, ni siquiera hace falta que la persona pertenezca a alguna de esas categorías para que las normas jurídicas alcancen sus acciones. Pensemos en el alcance del derecho argentino. Si un uruguayo, desde la margen oriental del Río de la Plata, lanza un misil contra la Ciudad de Buenos Aires, el derecho argentino sin duda alcanzará tal acción; lo mismo ocurrirá si un francés, sin pisar nuestro suelo, organiza el ingreso de drogas ilegales en Argentina, o si una empresa alemana se fusiona con una inglesa y esto tiene efectos en nuestro territorio. En todos estos casos, el punto de contacto relevante es el lugar donde el acto produce efectos, no dónde fue realizado ni, mucho menos, el status del agente dentro de nuestra comunidad.

Tal vez se piense que en estos casos el aspecto distintivo es que las conductas generan efectos trascendentes, penales o cuasi penales. Nada de eso es necesario. Si yo firmo un vulgar contrato comercial con un japonés y sus efectos tienen lugar en Argentina, numerosas normas del derecho argentino alcanzarán a mi contraparte aunque jamás haya abandonado su país. Incluso las normas tributarias tienden a funcionar de esta manera: un extranjero que pretenda importar mercaderías deberá pagar aranceles en el país de destino,

y quien posee bienes en un país donde no reside debe hacerse cargo de los impuestos que los gravan. La conclusión es bastante sencilla: las normas jurídicas de un país, en general, alcanzan los actos realizados o con efectos en la jurisdicción territorial del país en cuestión, sin importar el particular status del agente en la comunidad. Una concepción del derecho asentada en la membresía pasa por alto este aspecto central.

Se trata, por supuesto, de un principio general, no absoluto. Existen excepciones, algunas de ellas de interés. El artículo 21 de la Constitución argentina, por ejemplo, establece: “Todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la patria y la Constitución, conforme las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo nacional. Los ciudadanos por naturalización son libres de prestar o no este servicio por el término de diez años contados desde el día en que obtengan su carta de ciudadanía.” Aquí sí, claro está, el status dentro de la comunidad es relevante, pero convengamos que se trata de una obligación muy especial. De lo que se trata es nada menos que de dar la vida por la patria. Esto es sin duda lo máximo que la comunidad política puede exigir al individuo, y no debe sorprendernos que tal deber esté reservado para quienes, a su vez, gozan de plenos derechos políticos. Tal vez la teoría de la membresía ilumine esta peculiar obligación. Esto no sería trivial, ya que sin duda se trata de una obligación que merece análisis, pero mucho distaría de explicar la autoridad del derecho en general.

El presente análisis nos obliga a descartar, asimismo, el requisito de particularidad que Rosenkrantz esgrime contra Rawls, Raz y Nino. Para Rosenkrantz, este requisito implica que una teoría sobre la autoridad del derecho debe explicar por qué una persona debe obedecer su derecho y no el de otras comunidades. Como vimos, esto no es así: una persona no sólo debe obedecer el derecho de la comunidad de la que es miembro; debe obedecer el derecho de toda comunidad en la que sus actos produzcan efectos que tal comunidad juzga relevantes jurídicamente, lo que la lleva a estar sujeta a normas de comunidades a las que no sólo no pertenece sino que ni

siquiera ha visitado. No puede decirse, en consecuencia, que uno deba obedecer sólo “su” derecho, como el requisito de particularidad presupone.

En resumen, ni el requisito de autosuficiencia ni el de generalidad son compatibles con el principio de membresía a menos que adoptemos una particular concepción del derecho que, primero, Rosenkrantz no hace explícita ni defiende, y, segundo, no parece plausible. Por su parte, el principio de membresía satisface, sí, el requisito de particularidad, pero este requisito carece de valor conceptual, ya que sencillamente no logra capturar aspectos centrales de la práctica de aplicar el derecho.

Rosenkrantz, en definitiva, no puede aferrarse a un enfoque conceptual para defender su principio de membresía. El derecho no toma la membresía como punto de referencia sino que, en esencia, atiende a los efectos de las conductas sobre la comunidad, en especial, pero no solamente, cuando esas conductas tienen lugar en el territorio del estado. En este sentido, las dificultades de la teoría de Carlos Rosenkrantz no se refieren al particular contenido del principio de membresía, sino al modo en que éste concibe el punto de contacto entre las normas jurídicas y los actos alcanzados por ellas.

Ahora bien, Rosenkrantz podría argumentar que si bien la aplicación del derecho tal como la conocemos no tiende a reflejar el principio de membresía, esto puede significar simplemente que tal práctica es indefendible desde el punto de vista valorativo. Rosenkrantz podría ir incluso más lejos y afirmar que la aplicación del derecho de un estado a, por ejemplo, los turistas, es inmoral. Esto implicaría cambiar radicalmente el plano de análisis: ya no estaría en juego la *explicación* de la autoridad, sino su *justificación*. Rosenkrantz, como vimos, ha optado por encarar la cuestión de otra manera. Pero ello no nos debería llevar a desdeñar argumentos valorativos. Al fin y al cabo, creo que es en el campo de la justificación donde se debe librar la batalla relevante. La pregunta central es si está justificado aplicar el derecho aun en circunstancias de injusticia económica, más allá de que ello sea compatible o no con el concepto de autoridad. Creo que, a pesar del tono explicativo de su análisis, Rosenkrantz tiene una teoría justificatoria, ya que

su defensa del principio de membresía no carece de argumentos de esa índole. En la siguiente sección encararé el análisis de esos argumentos. Confío en que el análisis conceptual que nos entretuvo en esta sección servirá para encarar tal tarea con mayor claridad.

III. La justificación de la autoridad del derecho

1. El deber moral de obedecer el derecho

Si entendemos el principio de membresía como un principio moral, sólo quien es tratado como miembro tiene el deber moral de obedecer el derecho. Tal principio no resulta atractivo. Para empezar, mi obligación moral de obedecer el derecho no puede depender únicamente de cómo se me trata a *mí*. Ella debe depender, también, de cómo trata el derecho a las otras personas cuyos intereses se ven afectados por mi cumplimiento o incumplimiento de sus normas. Muchas normas jurídicas, al fin y al cabo, no regulan solamente mi relación con el estado sino que conciernen mi relación con terceros.¹⁰ Pensemos en algunas situaciones propias de las sociedades que Rosenkrantz usa como ejemplo. ¿Tenían los ciudadanos alemanes no judíos el deber moral de obedecer normas antisemitas que regulaban sus relaciones con los judíos? Por ejemplo, ¿debían obedecer las normas que prohibían comprar en negocios cuyos dueños eran judíos? ¿Debían cumplir las normas que mandaban delatar a los judíos que pretendían huir de la deportación a campos de concentración, como así también a quienes los estuvieran ocultando en sus casas? Pasando a otro continente, ¿debían los blancos del Sur de Estados

¹⁰ Como señala Kelsen en su *Teoría General del Derecho y el Estado*, también estas normas que regulan relaciones entre particulares imponen deberes a los funcionarios estatales, y en ese sentido atañen en esencia a la relación entre el particular y el estado. Esto, sin embargo, no priva de utilidad conceptual ni de relevancia moral a la distinción señalada.

Unidos acatar las normas que les prohibían casarse con negros, o la infinidad de regulaciones que plasmaban el slogan “separados pero iguales” del régimen Jim Crow? La obvia respuesta, en todos estos casos, es “no”, pero ello no se debe a que las personas alcanzadas por las normas en cuestión no fueran miembros de la comunidad, ya que, si nos atenemos a la definición de Rosenkrantz, sí lo eran. La razón por la que creemos que los alemanes no judíos o los blancos en el Sur de Estados Unidos no debían acatar normas racistas es independiente de su calidad de miembros. Sencillamente, creemos que esas normas jurídicas eran contrarias a normas morales básicas. Lo interesante es que esa notoria inmoralidad es la misma razón que nos lleva a afirmar que los judíos o los negros no tenían la obligación moral de obedecer las normas que les prohibían salir del *ghetto* en el primer caso o usar baños públicos destinados a blancos en el segundo. De hecho, si tomamos una norma como la que prohibía los casamientos entre blancos y negros, resulta claro que ni unos ni otros tenían el deber moral de obedecerla, a pesar de que los primeros eran miembros y los segundos no.¹¹

El principio de membresía implica que quien no es miembro no debe cumplir ninguna norma y quien es miembro debe cumplirlas todas. Los ejemplos anteriores muestran que en algunos casos los miembros no tienen obligación de obedecer una norma; los ejemplos que siguen muestran que, en otros casos, quienes no son miembros sí tienen tal obligación. Pensemos nuevamente en algunos de los casos que Rosenkrantz plantea como arquetipos de la alienación: las mujeres sin voto o los argentinos durante la dictadura. No creo, a diferencia de Rosenkrantz, que estos casos de exclusión impliquen la ausencia de todo deber de obedecer el derecho. No diría, por ejemplo, que los argentinos simplemente no debían obedecer el derecho entre 1976 y

¹¹ Sería posible alegar que en las sociedades como las descritas nos hallamos frente a un grado de segregación tal que es difícil hablar de comunidad o de membresía. Pero creo que es innegable que si la categoría “miembro” tiene algún contenido, debe alcanzar a los blancos del régimen Jim Crow o a los no judíos en la Alemania nazi. Negar esto trivializaría la noción de membresía al punto de volverla irreconocible.

1983. Creo que, obviamente, ciertas normas jurídicas no debían ser obedecidas, pero el tipo de generalización que el principio de membresía implica parece inaceptable. Al fin y al cabo, muchas de las normas vigentes durante ese período regulaban relaciones entre particulares. Pensemos, por ejemplo, en normas del Código Civil relativas a la responsabilidad civil contractual y extracontractual. ¿No existía ninguna obligación moral de obedecerlas? O pensemos, si no, en las normas del Código Penal: ¿estuvimos los argentinos moralmente al margen de ellas durante la dictadura? No lo creo.

Podría pensarse que en estos casos los deberes de obedecer estas normas legales dependen en realidad de que ellas tienden a coincidir con normas morales, y que son éstas, no las normas legales, la fuente del deber de obediencia. Sin duda algo de eso hay, pero creo que la cuestión es más compleja. La moral no regula la infinidad de aspectos que las normas legales alcanzan. Puede existir un deber moral de obedecer normas legales aun en casos en que la moral es neutral acerca de su contenido. Por ejemplo, la moral es neutral acerca de si los autos deben circular por al derecha o la izquierda, pero eso no implica que sea neutral acerca de si se debe cumplir la norma que, por las razones que fueran, impone la circulación por la derecha. El cumplimiento de esta norma puede ser un deber moral, a pesar de que nada dispone la moral, en abstracto, sobre la cuestión de fondo.

La existencia de un deber moral en esos casos depende, al igual que el principio de membresía, de consideraciones de fondo y forma. Las consideraciones de forma se vinculan con el procedimiento de creación de la obligación legal; las de fondo, con su contenido. Ambos tipos de consideraciones interactúan; la debilidad de unas puede verse compensada por la fortaleza de las otras. Por eso, en ocasiones puede existir un deber moral de cumplir una norma debido a consideraciones de forma, aunque el contenido de tal norma difiera de lo que la moral dispone al respecto. En tal sentido, si el procedimiento de creación de las normas jurídicas reúne ciertas características de pedigree democrático, probablemente existirá un deber moral de obedecerlas incluso si alguna de ellas se aparta de lo que la moral ideal

diría acerca de la cuestión de fondo. Digo “probablemente”, sin embargo, porque esto será así sólo dentro de ciertos límites. Si la norma en cuestión no sólo se aparta de lo prescripto por la moral ideal sino que viola un principio básico de ésta, no existirá un deber moral de obedecerla por más cristalino que haya sido su mecanismo de creación. Se podrá decir, con razón, que este último supuesto es improbable, en especial si partimos de una noción robusta de la democracia que la distinga de la mera regla de la mayoría. La distinción, no obstante, es conceptualmente importante.

Esta dinámica es mucho más compleja de lo que el principio de membresía, en tanto principio moral, puede reflejar. La dificultad fundamental es que el principio de membresía se refiere a tipos de personas, de forma tal que si una persona es miembro, tiene el deber de obedecer todas las normas emanadas de la comunidad política a la que pertenece, y, si no es miembro, no tiene obligación alguna. Existen distinciones moralmente relevantes que invalidan este tipo de clasificación blanquinegra. Como vimos, en ocasiones un miembro no tiene el deber moral de obedecer el derecho y en otras quien no es miembro sí lo tiene. Más aún, en uno y otro caso esto no depende de su calidad de miembro -ni siquiera de cuán miembro es- sino de otros factores vinculados con el contenido de la norma y su procedimiento de sanción. No existe, por ello, una fórmula lineal y fácil de aplicar para determinar si existe un deber moral de obedecer el derecho. Sólo un análisis caso por caso, persona por persona y norma por norma podrá darnos una respuesta.

No debe sorprendernos que Rosenkrantz rehuya un análisis tan pormenorizado y prefiera pintar con la brocha gorda del principio de membresía. La razón es clara: para Rosenkrantz, es importante construir autoridad, encontrar un principio que nos permita afirmar sin más, en un país como Argentina, que todos debemos obedecer el derecho, a pesar de las obvias injusticias que nos afectan. Rosenkrantz cree que el derecho es la mejor manera de superar tales injusticias y que por ende debemos apostar a su autoridad, reafirmarla, creer en ella y hacerla efectiva. Estoy de acuerdo. Sin embargo, no creo que tal empresa pueda servir para justificar un deber

moral de obedecer el derecho en cabeza del individuo. Esto, como veremos a continuación, no priva al argumento de Rosenkrantz de peso justificatorio, pero nos obliga a ubicarlo en otro plano.

2. El deber de imponer el derecho

Rosenkrantz analiza la cuestión de la autoridad del derecho a partir de las razones que tiene el individuo para obedecerlo. Dentro de ese marco, apela al argumento del cambio sistémico; gracias al derecho, dice, la comunidad puede adoptar decisiones que permitan su progreso, tal vez incluso su supervivencia. Creo que tal justificación es importante, pero ella no puede servir como fundamento de un deber individual de obedecer el derecho. Existe una importante distinción entre el deber del individuo de obedecer el derecho y el deber del estado de imponerlo. El argumento del cambio sistémico, según argumentaré, pertenece a la segunda categoría.

Puede ser que yo no esté moralmente obligado a obedecer una norma pero que el estado esté moralmente facultado, incluso obligado, a imponérmela. Distintas consideraciones morales juegan en uno y otro caso. Por ejemplo, en la medida en que consideraciones relativas al bienestar general estén inscriptas en la moral que rige los actos del estado, éste deberá promover, en ocasiones, soluciones que perjudiquen a unos pocos para favorecer a muchos otros. No importa a los fines de esta discusión en qué circunstancias los números cuentan de esta manera, o, dicho de otra forma, en qué casos las consideraciones consecuencialistas desplazan a las deontológicas; basta aceptar como punto de partida que al menos en algunos casos los deberes morales del estado imponen que este tipo de consideraciones cuenten más de lo que contarían respecto de los deberes de los individuos. Supongamos que el gobierno debe decidir si adopta una medida económica que perjudica a 500 personas u otra que perjudica a 500.000 (entre las cuales no están incluidas las primeras 500). Y supongamos, para facilitar el ejemplo, que no hay

diferencias relevantes entre los dos grupos de potenciales perjudicados, es decir, que los integrantes de ambos son igualmente ricos o pobres, jóvenes o viejos, sanos o enfermos, etc. Difícil es negar que en este caso el gobierno debe adoptar la decisión que perjudique al menor número de gente. Esta consideración, sin embargo, no tiene por qué contar a la hora de definir el deber moral de los integrantes del grupo de 500 personas. No diríamos que estas personas tienen el deber moral de promover la decisión que los perjudicaría, o, una vez adoptada, de no impugnarla ante los tribunales. Probablemente tengan el deber de acatarla, pero ese no es el punto que me interesa aquí: lo que quiero mostrar es que los deberes morales del estado no pueden reducirse a los de los ciudadanos, y viceversa.

Pensemos sino en los tan mentados casos de naufragios en los que el número de náufragos excede la capacidad del bote salvavidas y se debe decidir quién se baja, o sea, quién muere. En estas circunstancias, supongamos que la autoridad competente -el capitán- adopta una decisión que, en las circunstancias, resulta razonable, por ejemplo, dejarlo librado al azar.¹² Aunque no diríamos que el náufrago desfavorecido por tal decisión tendrá el deber de acatarla (¿quién le reprocharía que luche por su vida con uñas y dientes?), esto no obsta a que la autoridad tenga el deber de ejecutar tal decisión. El deber de esta autoridad deriva de su obligación de velar por la seguridad de los pasajeros. Si el capitán optara por no ejecutar su decisión y dejara que todos murieran ahogados, no estaría honrando tal obligación. Esa consideración, insisto, es decisiva para poner en cabeza del capitán el deber de ejecutar su decisión, a pesar de que sería difícil encontrar un deber correlativo de obedecerla en cabeza de los náufragos desfavorecidos.

¹² El juez que presidió el juicio de *United States v. Holmes*, cuyos hechos se asemejan a los descriptos arriba, sostuvo que los pasajeros debían ser rescatados antes que la tripulación, excepto cuando ésta era esencial para la operación del bote, en cuyo caso la selección debía realizarse por sorteo. Este método ha sido defendido en distintos contextos análogos. Ver Gerald R. Winslow, *Triage and Justice* (Berkeley: University of California Press, 1982).

Este razonamiento nos acerca bastante al tipo de caso que le preocupa a Rosenkrantz. En un país anómico e injusto como Argentina, dice Rosenkrantz, la aplicación generalizada y sistemática del derecho es necesaria para preservar la vía del cambio sistémico y el progreso social que éste permite. Incluso se podría plantear que, en casos extremos, de ello depende la supervivencia de la comunidad misma. Por eso, para Rosenkrantz, tenemos que evitar socavar la autoridad del derecho.

El éxito de este argumento dependerá, como Rosenkrantz reconoce, de cuestiones empíricas de difícil dilucidación. Dejemos de lado, no obstante, tales dificultades. Lo que me interesa destacar es que el tipo de consideración que Rosenkrantz nos ofrece en apoyo de la autoridad del derecho no concierne un deber de los individuos sino un deber del estado, en el sentido explicado arriba. El argumento del cambio sistémico, en efecto, no tiene sentido si lo analizamos desde el punto de vista del deber individual de obedecer el derecho. La preservación de la vida en comunidad o su desarrollo y progreso a través de la aplicación del derecho es un deber que compete al estado por sus particulares funciones. El individuo no tiene un deber análogo; cualquier deber que tenga al respecto será débil y no logrará imponerse, en general, a consideraciones auto-interesadas.

Por ello, para que la razón que Rosenkrantz nos ofrece tenga el peso justificatorio que él le asigna, ella debe situarse al nivel de la institución cuya función es proteger a la comunidad y promover su desarrollo y bienestar. Esta función, y en consecuencia los deberes que de ella se derivan, no alcanzan a los individuos que forman la comunidad. Para ellos, el cambio sistémico puede sin duda resultar importante, pero no cumplirá, insisto, el rol justificatorio que Rosenkrantz precisa. Los deberes del individuo, como los de los naufragos de nuestro ejemplo, no llegan tan lejos.

Como vimos, un rasgo central del concepto de derecho es que éste en general toma como punto de referencia los efectos que una conducta tiene en la jurisdicción del estado, y no el status del agente dentro de la comunidad. Un análisis centrado en los deberes del estado no tiene dificultad para justificar

tal punto de contacto, ya que para poder proteger los intereses de la comunidad, el estado debe estar en condiciones de regular los actos que la afectan más directamente, independientemente de que ellos sean realizados por ciudadanos, residentes, turistas, o meros habitantes del mundo. Obviamente, esto, como dije antes, es sólo un principio general, y no debe faltar en él espacio para salvedades varias. Más aún, esta es una justificación del punto de contacto relevante entre sujeto y norma que el derecho establece, no una justificación del particular modo en que cada conducta es regulada. En otras palabras, esto es sólo un primer paso, pero muchos otros deben seguirlo antes de llegar a la justificación de una norma jurídica en particular. No obstante, como todo primer paso, es siempre preferible que se lo dé en la dirección correcta; de ello dependerá la pertinencia de los argumentos justificatorios subsiguientes que se ofrezcan.

3. El deber de imponer normas que profundizan la injusticia económica

Según vimos, el tipo de justificación que Rosenkrantz nos ofrece corresponde al deber del estado de imponer el derecho, no al del individuo de obedecerlo. Esto, como veremos, tiene particulares implicancias. Para empezar, es necesario esclarecer el alcance de la pregunta que Rosenkrantz busca responder, esto es, si se justifica aplicar el derecho aun en circunstancias de injusticia económica. Esta pregunta puede resultar, a primera vista, algo desconcertante. Si, como sugiere Rosenkrantz hacia el final, el derecho es la mejor manera de combatir la injusticia económica, ¿cómo podría la existencia de tal injusticia deslegitimar la aplicación del derecho? Al fin y al cabo, a nadie se le ocurriría que la existencia de enfermedades podría privar de justificación a la medicina, sino, más bien, todo lo contrario.

Obviamente, uno y otro caso difieren. Una cosa es que el derecho, al posibilitar el cambio sistémico, sea necesario para combatir la injusticia socioeconómica, y otra cosa es que de hecho lo haga. Rosenkrantz nos plantea

una mera potencialidad. Podría ocurrir que, de hecho, un derecho en particular profundizara la injusticia socioeconómica. En tal caso, el argumento del cambio sistémico no funcionaría: que el derecho en general pueda servir para combatir la injusticia socioeconómica no sería justificación para aplicar un derecho en particular que la profundiza.

Podemos descartar la justificación de Rosenkrantz, entonces, en los casos en los que el derecho en cuestión sea en sí mismo un instrumento de la injusticia socioeconómica. Pero cabe preguntarse qué ocurre cuando el derecho tiene algunas normas que profundizan tal injusticia, otras que la combaten, y otras que no la afectan. Este caso es más complejo y, también, más probable. En él me concentraré en el análisis que sigue. Llamaré a las primeras normas “negativas”, a las segundas “positivas” y a las terceras “neutras”. Entenderé a las normas negativas en forma bastante amplia, de forma tal que incluyan, por ejemplo, el establecimiento de impuestos regresivos.

Si bien la aplicación de las normas negativas no puede defenderse, en principio, apelando a la necesidad de combatir la injusticia socioeconómica, puede ocurrir que dejar de aplicar las normas negativas impida aplicar las positivas y las neutras. Ello sería así si dejar de aplicar las normas negativas tendiera a fomentar un clima de anomia tal que en definitiva socavara la autoridad del derecho todo. Creo que este es, precisamente, el escenario que Rosenkrantz tiene en mente. La idea sería la siguiente: el derecho debe aplicarse en su totalidad, incluyendo las normas negativas, porque de lo contrario su autoridad se socavaría al punto de que sería imposible aplicar las normas neutras y las positivas. Si ello ocurriera, resultaría inviable el cambio sistémico y el progreso social que éste implica; incluso, tal vez, la preservación de la comunidad estaría en juego. El estado tiene el deber de evitar este mal mayor. Por ende, tiene el deber de aplicar el derecho en general, incluyendo las normas negativas. Este argumento presupone que aplicar normas negativas es un precio que debemos pagar para lograr la *supervivencia* del derecho.

Así planteadas las cosas, y situándonos en el plano de los deberes del estado, podemos reformular la pregunta que preocupa a Rosenkrantz -si existe

un deber de obedecer el derecho en circunstancias de injusticia económica de la siguiente manera: ¿se puede justificar que el estado aplique normas negativas? El argumento de la supervivencia del derecho sería la respuesta de Rosenkrantz a esta pregunta. Este argumento, no obstante, nos enfrenta a dos problemas, uno coyuntural y otro estructural.

El primer problema deriva de que en muchos países existen normas constitucionales específicas que se refieren a la injusticia socioeconómica. Argentina, concretamente, ha incorporado en su constitución pactos internacionales de Derechos Humanos ricos en derechos socioeconómicos.¹³ Las normas constitucionales, dada su vaguedad, tienden a ser interpretadas a la luz de los valores morales imperantes. Este proceso lleva a que tales valores pasen a formar parte, en alguna medida, del criterio de validez de las normas jurídicas infraconstitucionales. La existencia de derechos socioeconómicos con rango constitucional, en consecuencia, implica que las consideraciones morales referidas a la justicia distributiva tomen la forma de consideraciones jurídicas y sean invocadas en calidad de tales para dejar de lado normas inferiores que se les opongan, como por ejemplo las normas negativas. En tal caso, tales normas serían rechazadas en términos jurídicos y no solamente morales. Por eso, si el estado opta por no aplicar una norma negativa por considerarla inconstitucional (esto es, contraria a los derechos socioeconómicos en cuya interpretación se incluyen consideraciones acerca de la justicia distributiva), tal decisión no implicaría dejar de lado el derecho sino, de hecho, *aplicarlo*. No importa aquí si es una buena o mala idea que el estado actúe de esta manera; el punto es que, si lo hace, difícilmente pueda alegarse que ello socava la autoridad del derecho, ya que no aplicar una norma negativa, en tal supuesto, sería la consecuencia de aplicar otra norma jurídica superior, no de ignorar el derecho. En ese contexto, parece poco probable que dejar de

¹³ En especial, pero no solamente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

aplicar una norma negativa tenga el efecto que el argumento de la supervivencia del derecho presupone.

Pero incluso si dejamos esto de lado, existe un segundo problema. Este problema ya no depende de la coyuntural constitucionalización o legalización de derechos socioeconómicos, sino que, como anticipé, es más estructural. Para desarrollar mi argumento, apelaré, una vez más, a un caso hipotético. Supongamos que existe un gobierno que en general garantiza la protección física de la población, provee beneficios sociales como educación gratuita, salud pública y asistencia a los carenciados, y maneja los instrumentos de política económica con eficiencia y honestidad. Sin embargo, este gobierno con alguna regularidad viola los derechos de sus súbditos en materias tales como libertad de expresión y de asociación; en ocasiones, incluso llega a apremiar a algún opositor político. La población en general desapruueba estos hechos, pero ello no obstante reconoce que es mejor tener este gobierno que no tener ningún gobierno, o incluso que es mejor este gobierno que las alternativas que se pueden vislumbrar en ese país. Los ciudadanos, en definitiva, creen que este gobierno está, en general, justificado. Sin embargo, esto no quiere decir que esta justificación general sea algo que el propio gobierno pueda invocar para defenderse cuando se lo acusa de violar derechos individuales. El gobierno en cuestión no podría alegar que sus varias virtudes, reconocidas por la población en las urnas, justifican instancias de violaciones a los derechos individuales.

Pensemos sino en este otro ejemplo más pedestre. Supongamos que en una empresa trabaja un empleado que, aunque presta su tarea con ponderable diligencia, ocasionalmente se queda con algún vuelto de la caja chica. El empleador está al tanto de ello, pero decide mantener al eficiente aunque deshonesto empleado en su puesto porque concluye que los beneficios que trae a la empresa su servicio superan los costos de sus deslices. El empleador diría que tener a este empleado está justificado. Pero, nuevamente, esto no quiere decir que el empleado pueda invocar los beneficios que trae a la empresa para justificar sus actos deshonestos. Esta justificación no está disponible

para el empleado, y sería absurdo que la utilizara en su defensa si el empleador alguna vez lo confrontara.

Un dato fundamental en estos casos es que tanto la violación de derechos individuales por el gobierno como la realización de actos deshonestos por el empleado son eventos que uno y otro *controlan*, en el sentido de que está en su poder que esos actos cesen. Más aún, la interrupción de los actos reprochables no traería *naturalmente* aparejada la interrupción de los beneficios que gobierno y empleado proveen; esto sólo ocurriría si ellos así lo decidieran.¹⁴ Por eso, no podríamos considerar que estos actos están justificados, aunque sí pueda estarlo, desde el punto de vista del ciudadano y del empleador, votar al gobierno y mantener al empleado en su puesto, respectivamente.

Con esto en mente, volvamos al caso que nos ocupa. Incluso si el argumento de la supervivencia del derecho proveyera una justificación general para aplicar el derecho en su totalidad, incluyendo las normas negativas, este tipo de justificación no estará disponible para el estado. Dado que el estado es un artífice en la creación del derecho, no puede tratar a éste como algo caído del cielo que no le queda más remedio que aplicar: el estado tiene la posibilidad de derogar las normas negativas y reemplazarlas por otras positivas o neutras. La vigencia de las normas negativas, en definitiva, es algo que el estado puede controlar, y ello priva de poder justificatorio al argumento de la supervivencia del derecho.

El argumento de la supervivencia del derecho no puede, a mi juicio, sortear los dos problemas señalados. Esto no quiere decir que la aplicación de normas negativas, esto es, normas que profundizan la injusticia económica, nunca esté justificada. Aquí analicé sólo una clase de justificación -aquella

¹⁴ En este sentido, este razonamiento es similar al que ofrece G. A. Cohen en relación con el principio de diferencia de Rawls en "Incentives, Inequality and Community", en Stephen Darwall, ed., *Equal Freedom* (The University of Michigan Press, 1995) p. 331-397.

que, según entiendo, se deriva del argumento presentado por Rosenkrantz- pero obviamente existen otras. Al fin y al cabo, la justicia distributiva no es la única justicia que el estado debe procurar.¹⁵ Puede ser, por ejemplo, que razones de justicia retributiva o correctiva justifiquen en ciertos casos la aplicación de normas negativas. O puede ser que razones internas a la justicia distributiva recomienden aplicar normas negativas en algún caso, por ejemplo, por consideraciones como las que animan el principio de diferencia de Rawls. Pero esta línea argumental nos llevaría por un camino muy distinto del que Rosenkrantz transita, y no pretendo siquiera asomarme a él. En todo caso, cabe señalar que concebir la justificación de la aplicación del derecho desde la perspectiva de los deberes del estado cierra algunas puertas pero, también, abre otras.

IV Conclusión

Si, como dije, la batalla relevante para dilucidar la cuestión que ocupa a Rosenkrantz debe librarse en el plano justificatorio, ¿por qué él elige encararla desde la perspectiva conceptual? Creo que la respuesta, como sugerí en algún momento, se vincula con la preocupación subyacente que lleva a Rosenkrantz a emprender este proyecto. Situado en Argentina, y alarmado, como toda persona sensata, por la rampante anomia que nos afecta, Rosenkrantz considera fundamental que se fortalezca el imperio del derecho, no sólo como consecuencia de su aplicación o ejecución (lo que en inglés se conoce como *enforcement*), sino también a partir de la convicción de sus súbditos de que eso es lo que se *debe* hacer. El problema está en cómo entendemos ese “debe”. Si lo entendemos como la existencia de un deber jurídico, estaríamos diciendo, simplemente, que el derecho debe obedecerse

¹⁵ El argumento clásico al respecto se encuentra en Aristóteles, *Ética para Nicómaco*, Libro V.

cuando el derecho dice que debe obedecerse. Este análisis, claro está, resultaría circular. La otra forma de entender el deber de obedecer el derecho es desde el punto de vista de un sistema normativo externo a él, típicamente la moral. Rosenkrantz es reacio a tomar esta segunda ruta. Él teme que, dado que la moral ha sido siempre materia de controversia (y, nos dice, hoy lo es más que nunca), si supeditáramos el deber de obedecer el derecho a consideraciones morales no lograríamos el afianzamiento del derecho que un país como Argentina requiere. Este temor lleva a Rosenkrantz a la búsqueda de una tercera vía; pero mi impresión es que los contornos de esa vía aún no se encuentran claramente definidos, y de allí que cierta oscilación entre distintos planos de análisis tienda a permear su trabajo.

En particular, creo que Rosenkrantz por momentos pretende brindar una justificación de la práctica de aplicar el derecho a partir de consideraciones conceptuales. Esto es, como vimos, lo que ocurre en la primera parte de su trabajo, dedicada a desestimar teorías alternativas.¹⁶ Así, por ejemplo, cuando nos dice que las teorías del consentimiento no logran explicar por qué debemos obedecer el derecho aun cuando no lo consentimos, parece estar diciendo que el derecho *de hecho* se aplica aun cuando no lo consentimos (lo que resulta fácticamente indiscutible), no que el derecho *debe* aplicarse aun cuando no lo consentimos. Sin embargo, si esto es lo que Rosenkrantz quiere decir, como vimos, su propia teoría tampoco logra explicar cada instancia de aplicación del derecho positivo, ya que éste sin duda alcanza a quienes no son miembros. Rosenkrantz podría aquí cambiar el plano de análisis y afirmar que el derecho *debería* aplicarse a quienes no son miembros, pero en ese caso cabría cuestionar que no se haya movido en el mismo plano para analizar

¹⁶ Dworkin, en cambio, adopta un punto de vista moral para criticar las teorías sobre la autoridad del derecho basadas en el consentimiento, en el fair play y en el deber de justicia. Ver *Law's Empire* (Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986) p. 192-5.

las teorías rivales: su crítica a éstas pretendía ser conceptual, no valorativa. Como también vimos, Rosenkrantz podría sortear algunos de estos escollos situando la discusión en torno al concepto de derecho, pero este no es un camino que él tome explícitamente ni que aparezca particularmente promisorio.

La dificultad de ubicar esta tercera vía aflora también en el breve análisis que Rosenkrantz hace de la desobediencia. Al introducir este tema, afirma Rosenkrantz que la legítima defensa y el estado de necesidad son supuestos en los que “la desobediencia, sin duda, está justificada”, y asegura que estos son casos fáciles. El problema es que son fáciles porque no son realmente casos de desobediencia. La noción relevante de desobediencia es la desobediencia al derecho, no la desobediencia a algunas normas del derecho que está permitida por otras normas del derecho. Un ejemplo de libro de texto de “justificación” es el caso del bombero que rompe un vidrio, violando así la norma jurídica que prohíbe hacerlo, para rescatar a una persona de las llamas. Nadie diría que el bombero está desobedeciendo el derecho. Lo mismo se aplica a otras causas de justificación, como la legítima defensa. Si yo golpeo a una persona para evitar que me mate, no estoy desobedeciendo el derecho en ningún sentido relevante. No se trata, como dice Rosenkrantz, de un caso en que “la desobediencia, sin duda, está justificada” sino de un caso en que la *conducta* está justificada por el derecho y, por ende, no constituye una instancia de desobediencia. En este caso, nuevamente, Rosenkrantz oscila entre las consideraciones legales y las morales, y por momentos no queda claro de qué tipo de justificación está hablando.

Como este comentario sugiere, tiendo a ser escéptico acerca de la posibilidad de encontrar un lugar adecuado para la tercera vía que Rosenkrantz está explorando. Creo que Rosenkrantz no debería ser tan reacio a ubicar su análisis en el plano de la justificación moral, en especial si tenemos en cuenta que, según sostuve, debemos analizar la justificación de la autoridad del derecho en función no del deber individual de obedecerlo sino del deber estatal de imponerlo. Este deber resulta más permeable al tipo de consideraciones que mueven a Rosenkrantz, en particular aquellas que se

vinculan con el interés (más aún, la necesidad) de la comunidad de cambiar sistémicamente y lograr así su progreso. No creo que esta línea de justificación, una vez ubicada en su justo lugar, carezca de importancia.

LA AUTORIDAD DEL DERECHO COMO CUESTIÓN DE JUSTICIA POLÍTICA

Marisa Iglesias Vila

En el trabajo que comentaré críticamente en estas páginas, Carlos Rosenkrantz reflexiona en torno a la fuerza normativa del Derecho y a la justificación de exigir obediencia a la autoridad jurídica incluso en situaciones de clara injusticia económica. Su rica aportación a esta problemática descansa, básicamente, en tres tesis centrales. En primer lugar, asume que una teoría de la autoridad del Derecho sólo podrá tener éxito si posee el grado suficiente tanto de generalidad como de particularidad. Así, por una parte, debe poder mostrar que el sistema jurídico genera obligaciones a todos aquellos a los que se aplica. Por otra parte, debe poder justificar obligaciones especiales, esto es, obligaciones que los que están sujetos a un ordenamiento tienen exclusivamente hacia su derecho.

En segundo lugar, Rosenkrantz defiende una teoría asociativa de la autoridad de lo jurídico como forma de satisfacer estos requisitos de generalidad y particularidad. Su propuesta consiste en conectar la obligación de obediencia al Derecho con la calidad de miembro de una comunidad política. Pero esta membresía sólo persistirá si no hay una situación de alienación como la que se origina cuando: a) las instituciones están organizadas para evitar que mis opiniones o mis intereses cuenten en la toma de decisión colectiva, o b) estas instituciones impiden, de hecho, que mis opiniones o mis intereses cuenten. Si no se dan estas condiciones de exclusión, la membresía en la comunidad política justificará la obligación de obediencia porque permite “el cambio sistémico”, es decir, la posibilidad de actuar como colectivo que se auto-regula en contextos de fuerte pluralismo.

Por último, una tercera tesis del profesor argentino es que el hecho de vivir en una situación de pobreza extrema no excluye a quien la padece del deber de obedecer su derecho siempre y cuando no se den estas condiciones para la alienación de la comunidad. Aquí los más pobres seguirán teniendo una razón moral, aunque sea *prima facie*, para hacer lo que el Derecho manda.

A pesar de que simpatizo con el marco teórico que se maneja en este trabajo y comparto la idea de que el Derecho tiene fuerza justificatoria, discrepo de la conclusión que Rosenkrantz obtiene. A mi juicio, una teoría razonable de la autoridad de lo jurídico no nos conduce a afirmar que las víctimas de la injusticia económica deben fidelidad al Derecho incluso en contextos donde las instituciones resultan incapaces de asegurar un mínimo bienestar para toda la población.

En este trabajo resaltaré algunas de las debilidades que creo que afectan a las tres tesis que defiende Rosenkrantz y trataré de mostrar cuáles son las razones por las que aceptar que el Derecho tiene fuerza normativa no nos compromete con la conclusión de este autor.

I

Acudir a los requisitos de generalidad y particularidad supone un paso importante en la comprensión de la autoridad específica que posee el Derecho. Por una parte, la vinculatoriedad moral de un instrumento que regula la convivencia social en el seno de la comunidad política debe poder abarcar a todos o a la mayoría de los miembros de la comunidad. Por otra parte, sin el elemento de particularidad cualquier teoría de la fuerza normativa del Derecho acabará cayendo en lo que C. S. Nino denominaba “paradoja de la superfluidad”¹. Si la fuente de la obligación jurídica no permite distinguir, por

¹ En términos de Nino (1994, 131 y 58-59) la paradoja de la superfluidad daría cuenta del siguiente problema: “Si para que una norma jurídica justifique una acción o decisión debemos inevitablemente mostrar que emana de principios morales que se asumen como válidos ¿por qué no buscar la justificación de esa acción o decisión directamente en esos mismos principios? ¿Para qué necesitamos, al fin y al cabo, un gobierno y sus leyes si éstas no permiten justificar una acción más que recurriendo, en última instancia, a principios morales? Si las leyes coinciden con tales principios son redundantes, y si no coinciden no se les debe prestar atención”.

ejemplo, entre la obligación de obedecer el Derecho español y la de obedecer el Derecho francés, nuestros ordenamientos jurídicos serían moralmente superfluos. Esto es lo que sucedería, por ejemplo, si afirmáramos que es el carácter democrático de un conjunto de normas o su adecuación a ciertos principios de justicia universales lo que genera el deber de obediencia. En estos supuestos, siguiendo la posición de Rosenkrantz, la obligación jurídica iría más allá de la obligación de obedecer un sistema jurídico en particular porque abarcaría cualquier conjunto de normas con estas características y sólo sería predicable de un ordenamiento en concreto en la medida en que se ajustara a ellas. En este sentido, si, pongamos por caso, el ordenamiento francés fuera más democrático o más justo que el español, yo tendría una razón moral más fuerte para obedecer al primero que al segundo a pesar de ser ciudadana española.

Ahora bien, mi primera discrepancia con Rosenkrantz reside en su forma de entender qué es lo que exige el requisito de generalidad. Para este autor, una teoría exitosa de la autoridad del Derecho debe poder “dar cuenta de por qué todos aquellos a quienes el Derecho se aplica deben someterse a él” (p. 23). A partir de una analogía con la autoridad de los padres, afirma, “si nuestra explicación sólo diera cuenta de por qué *algunos* hijos deben obedecer a sus padres nunca sería una explicación de la *autoridad* de los padres. Alguien puede tener autoridad como *padre* únicamente si tiene autoridad sobre *todos* sus hijos” (p.18). En mi opinión, esta formulación de la generalidad es demasiado exigente porque presupone que la fuerza normativa de un ordenamiento jurídico sólo es predicable cuando todos sus destinatarios están bajo la misma fuente de obligación o cuando todos tienen un deber moral de obediencia. Desde esta perspectiva, mantener que los pobres no están plenamente vinculados por su Derecho tendría un costo teórico muy alto porque mostraría que no todos están obligados por su ordenamiento jurídico y, por tanto, que el Derecho carece de fuerza normativa.

Ciertamente, para que tenga sentido predicar que un ordenamiento jurídico tiene fuerza normativa debe poder vincular, de un modo u otro, a

todos o a la mayoría de los miembros de la comunidad política. Ahora bien, la clase de los integrantes de la comunidad política no tiene por qué coincidir con la de los destinatarios de las normas. De hecho, la propia propuesta de Rosenkrantz en torno a quién cuenta como miembro de la comunidad política y, en consecuencia para él, está obligado por el derecho, excluye de la membresía al destinatario de las normas que podemos considerar alienado por el sistema jurídico. Si seguimos su propuesta, estamos asumiendo que no todos aquellos a los que el Derecho se aplica estarán necesariamente obligados por el Derecho. En definitiva, parece que si no flexibilizamos el requisito de generalidad, este criterio acaba haciendo inviable la propia posición de este autor en torno a este tema.

A mi juicio, la mejor forma de articular la exigencia de generalidad para valorar las teorías de la fuerza normativa del Derecho es acudir a la idea original de A. John Simmons, más flexible que la de Rosenkrantz. De acuerdo a Simmons, podríamos decir que el éxito de este tipo de teorías requiere “that an account be not only accurate and complete, but that it be reasonably general in its application, that is, that it entails that most (or at least many) citizens in most (or many) states are politically bound”². En esta línea, lo que necesitamos para justificar la autoridad del Derecho es un grado razonable de generalidad que involucre a una parte muy significativa de los destinatarios de las normas. Este criterio más flexible nos permitirá no descartar *a priori* la compatibilidad entre afirmar que el derecho es autoritativo y rechazar que las víctimas de la injusticia social estén plenamente vinculadas por este derecho.

II

Cualquier teoría de la autoridad del Derecho requiere determinar qué características posee la relación jurídica para poder generar obligaciones especiales a los miembros de la comunidad política. Al mismo tiempo, debe

² Simmons (1979, 55 y 35-37).

poder indicar qué rasgos, si es que es necesario alguno, debe poseer un ordenamiento para ser capaz de tener fuerza obligatoria en el marco de la relación jurídica. Siguiendo la línea dworkiniana, Rosenkrantz opta por una teoría asociativa de la autoridad del Derecho en la que es el vínculo político el que determina el contorno de la obligación de obediencia. A pesar de ello, se separa de Dworkin al considerar que la relación jurídica no requiere el elemento emotivo que encontramos en el modelo de la comunidad fraternal. Tampoco parece compartir el concepto normativo de Derecho de Dworkin centrado en el valor político de la integridad. Como es bien sabido, Dworkin considera que en la comunidad fraternal, donde sus integrantes tienen un interés específico e igualitario por el bienestar del resto de miembros, los participantes adquieren el compromiso de asociar el Derecho al equilibrio entre los valores que, en conjunto, justifican la coerción estatal (él sugiere para su ordenamiento tomar los valores de equidad, justicia y proceso debido). Desde esta perspectiva, las decisiones institucionales sólo constituirán derecho y, por tanto, serán autoritativas, en la medida en que, “hablando con una sola voz”, implementen adecuadamente estos principios³.

Rosenkrantz está interesado en mostrar que el vínculo político, una vez que hemos excluido de su alcance las situaciones de alienación que he comentado en el apartado anterior, justifica que los miembros de una comunidad difieran su juicio a las normas que dicha comunidad ha diseñado para regular la convivencia (p. 48). Este vínculo tiene valor justificatorio porque, en última instancia, permite a un grupo de personas actuar como una comunidad, como uno sólo en contextos de pluralismo irreducible. Pero la pregunta que cabría efectuar es si la propuesta de Rosenkrantz puede erigirse en una teoría exitosa de la autoridad del Derecho desde los propios parámetros que utiliza este autor.

La primera dificultad que enfrenta esta perspectiva es la indefinición del vínculo político. Si el único elemento que tomamos para calibrar qué es lo que me hace miembro de una comunidad política es que las instituciones no

³ Véase Dworkin (1986, caps. 6 y 7).

impidan por activa o por pasiva que mis intereses u opiniones cuenten en la toma de decisión pública, parece que cualquiera que no sea excluido pasará automáticamente a ser miembro de la comunidad. Esta idea es demasiado abarcativa para cumplir con el requisito de particularidad que necesitamos para justificar la autoridad especial del Derecho. De hecho, en la toma de decisión pública pueden contar opiniones o intereses muy diversos, incluso de personas o entidades que no forman parte de la comunidad. Esto sucede, por ejemplo, cuando en un mundo globalizado las decisiones públicas tienen efectos que van mucho más allá de las fronteras nacionales o cuando, en la práctica, las instituciones de una comunidad tienen en cuenta intereses económicos o políticos externos. Por esta razón, resulta más razonable afirmar que es, precisamente, mi condición de miembro de una comunidad política o, en otros términos, el vínculo político que mantengo con otros, lo que hace exigible que mis opiniones o intereses no sean excluidos. Si la alienación se produce, ciertamente habré dejado de ser tratada como miembro de la comunidad. Ahora bien, ello no implica que la ausencia de alienación sea la relación que define la membresía; lo que hace es establecer un límite normativo. Por esta razón, Rosenkrantz acaba observando que las situaciones de alienación muestran que “carezco del vínculo adecuado con mi comunidad” (p.43). Pero ¿cuál es el vínculo que me permite afirmar que ésta es *mi* comunidad?

La cuestión que queda sin responder, entonces, es qué es lo que caracteriza al vínculo político, un vínculo tan importante que permite justificar que excluyamos a los que no son miembros (y sólo a los que no son miembros) de cualquier influencia en las decisiones públicas. Una vez descartados los lazos afectivos, Rosenkrantz observa que “el criterio de membresía no puede consistir en una exigencia directa e incondicionada de requisitos procedimentales y sustantivos” (p. 43). Tampoco resulta suficiente, a los efectos de justificar un deber de obediencia, tomar como criterio el mero hecho de haber nacido en un determinado territorio. Un hecho, por si mismo, carece de valor justificatorio. Este autor también descarta el argumento del

consentimiento, ya sea expreso o tácito, y las teorías del *fair play*, que podrían ser entendidas como una propuesta de asociar el vínculo político a una relación de beneficio mutuo.

En última instancia, Rosenkrantz parece hacer descansar el carácter especial del vínculo jurídico-político en el valor del cambio sistémico o, en otras palabras, en el valor de la preservación de la comunidad. Estamos involucrados en la relación jurídica cuando tenemos “un sistema de toma de decisiones que todos pueden aceptar (un sistema en el que todos de hecho participan o cuentan al momento de tomar decisiones y nadie está de derecho impedido de participar o contar)” (p. 48). Siguiendo de nuevo sus palabras, “el derecho nos ofrece esta posibilidad, y es por ello que sirve un valor que todos, en tanto nos interese permanecer vinculados como comunidad, debemos apreciar” (p. 49).

Esta idea es algo oscura y necesitaría un mayor desarrollo para poder contar como un modo de caracterizar el tipo de vínculo que genera obligaciones a los miembros individuales de una comunidad. A mi juicio, no queda claro en su exposición qué es lo que permite afirmar que la ausencia de alienación hace posible hablar de los actos de una comunidad como algo diferente a un cúmulo de actos individuales. Podríamos indicar que cuando no hay alienación las decisiones de mi comunidad cuentan como decisiones autónomamente adoptadas por mí, esto es, como decisiones autoimpuestas. Pero Rosenkrantz rechaza esta línea de argumentación (p. 44). También podríamos afirmar que la ausencia de alienación refuerza nuestra identificación con una comunidad y con los actos que se realizan en su nombre. Aquí sería el valor que otorgamos a nuestra identidad social lo que generaría obligaciones especiales hacia esa comunidad. Pero esta clase de argumentos nos acercan o bien a los enfoques comunitaristas o bien a la perspectiva del Derecho como integridad de Dworkin y su modelo de comunidad fraternal. Rosenkrantz también descarta acertadamente esta alternativa porque, entre otras cosas, no puede dar cuenta del tipo de lazos que conforman la asociación política en comunidades grandes y anónimas como las que vivimos (pp. 37-40 y 49).

¿Qué nos queda para caracterizar la relación jurídica como relación especial que genera un deber de obediencia? Si aceptáramos la tesis de Simmons -y de muchos otros- en realidad no nos quedaría nada⁴. La conclusión debería ser, entonces, que no podemos justificar obligaciones de obediencia al Derecho porque no podemos justificar la presencia de un vínculo político con fuerza justificatoria que cumpla los requisitos de particularidad y generalidad.

No es nada fácil evitar la conclusión de Simmons, ya que quizá sea cierto que cualquier alternativa tendrá algún déficit en relación con estos requisitos. A pesar de ello, creo que la línea de trabajo de Dworkin sigue siendo la más razonable para dar cuenta de la autoridad de lo jurídico si conseguimos desvincularla de cualquier exigencia de lazos emotivos. Me detendré de nuevo en algunas de las objeciones de Rosenkrantz a esta teoría asociativa antes de explicar por qué creo que puede ser una alternativa razonable.

La primera objeción que comentaré es la de que el Derecho no puede ser vinculante solamente si nos encontramos en una comunidad fraternal donde sus miembros se comprometen con la igual consideración y respeto para todos (p. 38). En opinión de Rosenkrantz, el Derecho debe poder obligar incluso en sociedades donde sus miembros tienen una preocupación desigual por los otros y por su bienestar. Para ilustrar esta idea pone como ejemplo una comunidad política dividida donde conviven dos grupos religiosos muy diferentes y con recelo recíproco. En este caso, los miembros de cada grupo religioso circunscribirán su interés igualitario a los miembros de su propio grupo. Desde la perspectiva de Dworkin, indica Rosenkrantz, en esta comunidad política dividida no se darían las condiciones de igual consideración y respeto para poder afirmar que sus miembros tienen la obligación especial de obedecer el Derecho que se aplica al conjunto de su comunidad política.

Aunque pueda ser cierto que la comunidad idealizada de Dworkin no se corresponde con las comunidades políticas reales en las que nos preguntamos

⁴ Véase, por ejemplo, Simmons (1979, 191-201), Green (2002).

por la vinculación al Derecho de los más pobres, creo que esta crítica de Rosenkrantz no es justa con la posición de Dworkin. En el ejemplo que plantea lo que tendríamos en realidad serían dos comunidades políticas. El derecho como integridad regiría dentro de cada una ellas, pero no entre ellas⁵. Cabe tener en cuenta, como insistiré más adelante, que la comunidad fraternal de Dworkin compromete a sus instituciones con valores que no tienen un alcance universal. La integridad se extiende hasta donde se extiende la fraternidad y la preocupación igualitaria por otros que conforman una comunidad. Podemos discrepar de esta propuesta y, también, rechazar que un ordenamiento jurídico, para ser tal y tener fuerza vinculante, requiera un compromiso con la integridad. Pero ésta ya es una cuestión diferente que está relacionada con el mínimo procedimental y sustantivo que requerimos de un conjunto de decisiones de autoridad para que pueda transformar coerción en Derecho. En mi opinión, el criterio de ausencia de alienación no es suficiente para este fin⁶.

La segunda objeción del profesor argentino se refiere a la concepción dworkiniana de la asociación política en la comunidad fraternal. Como observé anteriormente, Dworkin acaba tratando este vínculo de forma análoga a la relación familiar y de amistad. Rosenkrantz rechaza esta analogía por dos razones. Por una parte, el vínculo político no está necesariamente basado en sentimientos. Por otra parte, este vínculo, a diferencia de la relación familiar, no va de miembro a miembro y, por tanto, no es individual sino colectivo, “no se da uno a uno sino, digamos, uno a todos” (p. 47), ya que este vínculo lo que en parte persigue es “la construcción de una comunidad” (p. 41).

⁵ Esta situación sería análoga a la que Dworkin (1986, 185-186) presenta cuando se refiere al alcance de la integridad en un estado federal. Aquí insiste en que las exigencias y la fuerza de la integridad no abarcan a toda la federación sino que estarían limitadas a cada estado o comunidad dentro del estado federal.

⁶ No entraré a valorar si el concepto de alienación que maneja Rosenkrantz es adecuado. Sobre esta cuestión, véase, por ejemplo, Gaido (2005). Otra visión diferente en torno a cuándo estamos ante una situación de alienación jurídica puede encontrarse en Gargarella (2003).

Esta objeción me parece claramente acertada. Este punto débil de la propuesta dwokiniana le impide satisfacer tanto el requisito de generalidad (ya que muchos de los destinatarios del derecho carecen de la actitud fraternal hacia sus conciudadanos) como el de particularidad (ya que no consigue dar una explicación convincente del carácter especial de la relación jurídica). Pero ello no implica que el Derecho como integridad deba ser descartado como teoría de la autoridad de lo jurídico. Lo único que implica es que debemos desvincular el compromiso con la integridad de los lazos emotivos dentro de una comunidad fraternal.

Como he comentado, la teoría asociativa que sugiere Rosenkrantz está demasiado desdibujada como para constituir una alternativa al Derecho como integridad. Una comunidad donde nuestros vínculos dependen únicamente de la ausencia de alienación y sólo tienen como valor la posibilidad del cambio sistémico nos dice poco de por qué debemos obedecer el Derecho de nuestra comunidad. Si su pretensión al abogar por la autoridad del Derecho es, en definitiva, tratar de asegurar que no estaremos en la situación en “la que cada uno actúa de acuerdo con sus propios juicios de justicia” (nota 55), lo que necesitamos es, precisamente, lo que proyecta el Derecho como integridad, esto es, fusionar “citizens’ moral and political lives: it asks the good citizen, deciding how to treat his neighbor when their interest conflict, to interpret the common scheme of justice to which they are both committed just in virtue of citizenship”⁷.

Rosenkrantz asume que la única forma de seguir actuando como comunidad en contextos donde, pongamos por caso, las personas tienen diferentes concepciones de la igualdad “es encontrar algún mecanismo que les permita cambiar como comunidad, sistémicamente, en el caso del ejemplo, eligiendo una sola concepción de la igualdad para honrar” (p. 48). Pero esta idea nos conduce a una aproximación mucho más exigente y sustantiva en

⁷ Dworkin (1986, 189-190).

torno al Derecho que la que deriva de la mera ausencia de alienación. Para construir una comunidad en este sentido no sólo requerimos que no se nos impida participar, sino comprometernos activamente con unos principios comunes de justicia y sentirnos responsables de su implementación⁸. En suma, la idea de Rosenkrantz de actuar como comunidad es paralela a la de Dworkin de hablar con una sola voz; y, en mi opinión, para tener la misma fuerza justificatoria que la de Dworkin necesita una visión más sustantiva del vínculo político y de qué es el Derecho en general.

Mi sugerencia es que esta visión más sustantiva requiere defender el modelo del Derecho como integridad sin acudir a una asociación basada en vínculos emotivos para poder justificar la autoridad especial del Derecho. Como explicaré a continuación, creo que para cumplir el requisito de particularidad sólo necesitamos conectar la integridad con el valor de la equidad social en tanto exigencia de justicia política (entendiendo que la justicia política constituye una dimensión específica de la moralidad que gobierna los arreglos sociales en el marco de un esquema de cooperación social donde se asume la posibilidad de ejercer la coerción⁹).

III

Un primer paso para justificar por qué el Derecho como integridad satisface el requisito de particularidad es insistir en el carácter político del valor de la integridad y en la conexión entre el Derecho y la coerción. Para Dworkin, el Derecho no es meramente un modo de organizar la coerción

⁸ Véase Dworkin (1986, 190).

⁹ Véase, en este sentido, por ejemplo, Rawls (1993, 11-22), Nagel (2005). Podríamos afirmar que necesitamos acudir a la justicia política, precisamente, en aquellos contextos de relación social donde, por una parte, ya no podemos justificar obligaciones especiales derivadas de nuestros lazos afectivos con allegados y amigos y, por otra parte, pretendemos generar un rango de obligaciones más amplio que el que deriva de la relación moral universal por excelencia que exige no dañar a otros y de aquello que nos debemos los seres humanos entre nosotros.

estatal sino un modo de justificar esa coerción que pueden ejercer las instituciones para regular la convivencia dentro de una comunidad política¹⁰. Su propuesta es que el respeto al ideal de integridad constituye la manera específica de justificar en este contexto la posibilidad de ejercer la fuerza. De ahí que el compromiso con la integridad esté circunscrito. En tanto valor político, la fuerza justificatoria de la integridad tiene un alcance local que puede entrar en conflicto con principios generales de justicia. En este sentido, satisfaría el requisito de particularidad porque, como observa Dworkin, “can claim authority of a genuine associative community and can therefore claim moral legitimacy -that its collective decisions are matters of obligation and not bare power- in the name of fraternity. These claims may be defeated, for even genuine associative obligations may conflict with, and must sometimes yield to, demands of justice”¹¹.

Ahora bien, aunque el Derecho como integridad sólo podrá actuar en el seno de una comunidad de principio, esto es, una comunidad donde sus participantes adquieren el compromiso de gobernarse por unos principios comunes que justifiquen la coerción del estado, no requiere tanto como una comunidad fraternal. Esta comunidad de principio puede verse como una simple exigencia de equidad social, entendida como la aspiración de crear una base razonable para la cooperación social dentro de un grupo humano donde sus miembros merecen la misma consideración y respeto¹². La conexión

¹⁰ Véase Dworkin (1986, 90-101).

¹¹ Dworkin (1986, 214).

¹² Cabe advertir que Dworkin, cuando habla de los tres valores justificatorios, utiliza la palabra “equidad” para hacer referencia a la igualdad de participación o influencia política. Éste es un sentido diferente de “equidad” que el propio Dworkin distingue del que manejaré aquí. La idea de equidad social es mucho más genérica que el principio de *fair play*, que tantas críticas ha recibido como forma general de justificar la obligación política. Sobre estas críticas, véase, por ejemplo, el conocido estudio de Simmons (1979, cap. 5). Aunque no estoy aquí en disposición de poder examinar esta distinción, podríamos apuntar que el principio de *fair play* está directamente supeditado a la idea de beneficio mutuo. La equidad social, en cambio, estaría asociada, entre otras cosas, a un concepto más general como es el de reciprocidad. En otra ocasión estudiaré con detenimiento las implicaciones morales de aceptar un compromiso con la

que la integridad pueda tener con la equidad social es mucho más básica que la que deriva de la idea de comunidad fraternal, pero sigue moviéndose dentro del ámbito de la justicia política. A mi modo de ver, esta conexión surge cuando nos preocupamos por el control de la coerción dentro de una comunidad humana.

Con independencia de que podamos preguntarnos si el proyecto colectivo circunscrito que supone una unidad política está justificado desde parámetros universales de justicia o de que podamos cuestionar la legitimidad de las fronteras políticas, lo cierto es que estas unidades políticas existen y que no podemos prescindir de ellas. También es cierto que en el seno de estas unidades sus miembros pueden ejercer y recibir recíprocamente coerción a través de una estructura institucional¹³. Este elemento contextual genera una relación moral especial, un marco que reclama cooperación equitativa, y es la justicia política la que se preocupa por cómo puede justificarse esta posibilidad de coerción recíproca¹⁴. Nagel ha expresado esta idea con mucha claridad. En sus palabras, “every state has the boundaries and population it has for all sorts of accidental and historical reasons; but given that it exercises sovereign power over its citizens and in their name, those citizens have a duty of justice toward one another through the legal, social, and economic institutions that sovereign power makes possible”¹⁵.

reciprocidad. Valga indicar ahora, siguiendo las consideraciones de Rawls (1993, 16-17) en *Political Liberalism*, que la reciprocidad estaría a medio camino entre el ideal de imparcialidad, que es altruista, y la exigencia de ventaja mutua. En este sentido, la reciprocidad no exigiría meramente conformar una comunidad de beneficio mutuo sino una comunidad de principio gobernada por estándares generales, comunes y razonables de justicia.

¹³ Ya observaba Hart (1961) que, dada nuestra relativa igualdad física, nadie puede concentrar todo el monopolio de la coerción sin cooperación.

¹⁴ Incluso podríamos afirmar, siguiendo a Nagel (2005, 145), que es de hecho usual que la concentración de poder preceda a las demandas de legitimidad. En sus términos, “first there is the concentration of power; then, gradually, there grows a demand for consideration of the interests of the governed, and for giving them a greater voice in the exercise of power. (...) it is the existence of concentrated sovereign power that prompts the demand, and makes legitimacy an issue”.

¹⁵ Nagel (2005, 120-121).

Desde esta perspectiva, lo que nos hace miembros de una comunidad política y no meros sujetos activos o pasivos de una estructura coercitiva es la sujeción, en tanto personas con igualdad moral, a una exigencia mutua de equidad en el diseño de nuestros arreglos sociales. Esta sujeción y, por tanto, la membresía, empieza desde el momento en que formamos parte, lo hayamos elegido o no, de estas estructuras que canalizan la vida social y donde es posible ejercer la fuerza. El derecho, por su parte, es el instrumento que utilizamos para asegurar que estos arreglos sociales se llevarán a cabo de forma equitativa. En el modelo normativo de Dworkin, es el respeto a la integridad lo que permitirá transformar el mero ejercicio de fuerza en Derecho. La virtud de la integridad podrá jugar este papel transformador sólo si, por una parte, permite asegurar que esta coerción es ejercida en nombre de todos y, por otra parte, posibilita arreglos sociales que cumplan los mínimos procedimentales y sustantivos que una relación equitativa exige en una sociedad de iguales donde interviene la coerción¹⁶. En este sentido, la exigibilidad de un compromiso con la integridad no requiere tanto como la presencia de una comunidad fraternal. Pero sí requiere la presencia de un contexto donde puedan entrar en juego lo que suelen denominarse “estándares comparativos de justicia”, que justifican derechos y expectativas individuales a partir de comparar la situación de ventaja o desventaja social de unos individuos respecto a otros¹⁷. La comunidad política, en tanto marco

¹⁶ En sentido parecido, Rawls (1993, 136-138, 214) concibe su propuesta de un liberalismo político como la forma adecuada de justificar el ejercicio de la coerción en sociedades en las que la pertenencia no es generalmente algo voluntario y donde sus miembros poseen diferentes concepciones de lo bueno.

¹⁷ Siguiendo, por ejemplo, a Miller (1999, 4-5, 19, 220-221; 1998, 171, 180), cabría indicar que los principios no comparativos, en cambio, justifican derechos y expectativas individuales sin tener en cuenta la relativa situación de otras personas y sus derechos. En opinión de Miller (1998, 171), mientras que los principios no comparativos pueden tener un alcance global, los de carácter comparativo requieren “persons who are connected together in some way, for instance by belonging to the same community”.

institucional que canaliza relaciones recíprocas de poder, constituye uno de estos contextos.

En definitiva, creo que es posible dar cuenta de la autoridad del Derecho desde los parámetros de esta visión asociativa porque se satisfacen de modo razonable los requisitos de generalidad y particularidad. Ahora bien, desde esta perspectiva, ser miembro de la comunidad política no implica, como sí parece presuponer Rosenkrantz, un mero deber de obedecer las reglas que dictan las autoridades normativas. Como observa acertadamente Dworkin, “political obligation is then not just a matter of obeying the discrete political decisions of the community one by one. (...) It becomes a more protestant idea: fidelity to a scheme of principles each citizen has a responsibility to identify, ultimately for himself, as his community’s scheme”¹⁸. Esta reflexión es importante para valorar hasta qué punto las víctimas de la injusticia económica están vinculadas por las reglas que dictan las autoridades normativas cuando los arreglos sociales de su comunidad resultan ineficaces para garantizar un mínimo bienestar a todos. ¿Requiere el Derecho garantizar un mínimo redistributivo para mantener una fuerza vinculante plena? A mi juicio, contrariamente a lo que opina Rosenkrantz, debemos dar una respuesta afirmativa a esta cuestión desde el momento en que pretendemos defender con éxito que el Derecho es autoritativo.

IV

En el apartado anterior he comentado que la única alternativa que, en mi opinión, puede fundamentar de modo razonable la fuerza normativa de lo jurídico es la perspectiva del Derecho como integridad asociada a los parámetros de equidad social. Desde este punto de vista, el Derecho justifica la coerción en tanto instrumento de una comunidad política para diseñar

¹⁸ Dworkin (1986, 190).

arreglos sociales que son fruto de la cooperación equitativa entre personas que gozan de igualdad moral. Mi sugerencia ha sido entender que esta cooperación equitativa es exigible desde el momento en que nos hallamos en un contexto de interacción colectiva donde es posible el ejercicio recíproco de la fuerza entre iguales.

Ello no impide reconocer que los arreglos sociales de cada comunidad política pueden ser diferentes, del mismo modo que pueden serlo los estándares de equidad que les gobiernan. Ello tampoco impide reconocer que, satisfaciendo las mismas exigencias de cooperación equitativa, habrá comunidades políticas que tendrán más éxito que otras en relación al nivel de bienestar que sus integrantes obtienen fruto de la dinámica de su proyecto colectivo. Por esta razón, debemos ser cautelosos con aquello que exigimos de un sistema jurídico para tener fuerza vinculante.

A mi modo de ver, el aspecto sustantivo que un ordenamiento debería satisfacer como instrumento de equidad social para poder transformar coerción en Derecho se reduce a una exigencia de mínimos. En este punto puede ser útil acudir a la distinción de Rawls entre dos tipos de cuestiones complementarias de justicia política que conforman un sistema de razón pública: las cuestiones de mínimos constitucionales y las de justicia básica¹⁹. Las primeras involucran principios relativos a nuestras libertades básicas. Las segundas involucran estándares de igualdad económica y social. El primer tipo de cuestiones, por una parte, tienen la función particular de controlar “how political power is acquired and the limits of its exercise” y, por otra parte, requieren un acuerdo urgente para poder configurar las bases de una comunidad política equitativa²⁰. El segundo tipo de cuestiones, en cambio, no posee un carácter tan urgente ni el acuerdo sobre ellas será tan fácil. Al mismo tiempo, tienen una función diferente, la de implementar institucionalmente el ideal de una sociedad entre personas libres e iguales.

¹⁹ Véase Rawls (1993, 227-230).

²⁰ Rawls (1993, 229).

Podríamos afirmar que el Derecho, en su carácter de instrumento de una comunidad política que está asociado directamente al ejercicio del poder coercitivo, tiene su límite sustantivo en los mínimos constitucionales y no en las cuestiones de justicia básica. Ahora bien, como también observa acertadamente Rawls, aunque sea cierto que la igualdad económica en la forma de un principio de diferencia no entra dentro de los mínimos constitucionales, sí formaría parte de este mínimo constitucional la garantía de un “social minimum providing for the basic needs of all citizens”²¹. En este sentido, creo que es razonable afirmar que cuando un ordenamiento resulta ineficaz para proveer de un mínimo social que garantice la supervivencia de todos los miembros de la comunidad política, las víctimas de la pobreza no pueden estar plenamente vinculadas por su derecho. De este modo, discrepo de la posición de Rosenkrantz cuando observa que el deber de obediencia de los pobres sólo desaparecerá cuando el sistema sea un instrumento para la perpetuación de la injusticia económica y no, meramente, cuando carezca de eficacia para resolver la injusticia social. En opinión de este autor, el deber se mantiene cuando los intereses y las opiniones han sido considerados en la toma de decisión pública (pp. 51). El criterio de Rosenkrantz es insuficiente porque, como observa Paula Gaido, no tiene en cuenta cómo los intereses han sido realmente actualizados²². Así, aunque Rosenkrantz tenga razón al afirmar que la legitimidad del sistema político que usa el instrumento jurídico “no está condicionada a la realización de la justicia distributiva” (p. 52), tampoco se puede independizar completamente de la distribución.

Ello no implica, claro está, que un ordenamiento jurídico ineficaz para garantizar un mínimo social deje de tener fuerza obligatoria con respecto a aquellos cuya subsistencia no está en peligro (siempre que se satisfagan otros

²¹ Rawls (1993, 228-229).

²² Véase, en este sentido, Gaido (2005, 7). Afirmar, como hace Rosenkrantz, que Argentina no es un país que se olvida de sus pobres porque su situación ha sido tenida en cuenta en el diseño de arreglos sociales no es suficiente para legitimar el sistema argentino. En este caso, la legitimidad requiere cierto grado de eficacia redistributiva.

mínimos constitucionales)²³. Sería paradójico que en estos casos acabáramos concluyendo que aquellos que han sido beneficiados por la estructura distributiva también quedan liberados de la obligación de obedecer. Ello tampoco implica afirmar que las víctimas de la injusticia económica dejen de estar vinculadas por cualquier norma de este sistema ineficaz. Desde la lógica de la equidad, lo que perdería fuerza vinculante para los pobres serían lo que podríamos denominar “normas cooperativas”, esto es, normas que distribuyen las cargas para la obtención de bienes colectivos. Aunque desconozco en toda su extensión el caso argentino y el problema de los piqueteros, cabría afirmar que las normas que protegen de la invasión de la vía pública sin autorización pertenecen a esta categoría²⁴.

Obviamente, hay normas mucho más básicas, como las que prohíben, pongamos por caso, el homicidio, las agresiones o el robo, cuya vinculatoriedad general puede incluso independizarse de las exigencias de equidad social y de las fuentes de obligaciones especiales²⁵. Para justificar un deber de obedecer estas normas más básicas podemos acudir con éxito a estrategias diversas como, por ejemplo, a la relación moral universal de no dañar a otros. Ahora bien, en estos casos, como advierte Simmons, nuestras razones para obedecer estas normas en nuestro ordenamiento serán las mismas que tendríamos para respetar esas normas en un ordenamiento extranjero²⁶.

²³ En mi opinión, sería muy reduccionista suponer que, si el Derecho obliga, debe hacerlo en toda la extensión de sus normas y respecto a todos sus destinatarios.

²⁴ Esto no supone que cualquier fallo en el esquema redistributivo libere a las víctimas de la injusticia de su “deber de civilidad”, en terminología rawlsiana. Este deber, siguiendo a Rawls (1971, 355), prohíbe invocar “the faults of social arrangements as a too ready excuse for not complying with them, nor to exploit inevitable loopholes in the rules to advance our interests. The duty of civility imposes a due acceptance of the defects of institutions and a certain restraint in taking advantage of them”. Así, sólo en los casos extremos en los que el sistema político es claramente ineficaz para garantizar la supervivencia pueden llegar a cancelarse las obligaciones hacia el Derecho de aquellos que sufren una pobreza extrema.

²⁵ Véase, en sentido análogo, la posición de Rawls (1999, 118) sobre por qué el deber de obedecer las leyes que prohíben la violencia criminal no requiere acudir al fundamento del *fair play* social. Sobre este punto véase, también, Simmons (1979, 194), Rawls (1971, 114-116).

²⁶ Simmons (1979, 194).

Desde mi punto de vista, en definitiva, sería erróneo afirmar, como pretende Rosenkrantz, que las víctimas de la injusticia económica siguen teniendo un deber especial *prima facie* de obedecer su Derecho²⁷. No se trata meramente de que estas personas puedan estar sujetas a otros deberes morales con más peso en una situación particular o que en los casos más extremos deje de estar justificado o bien el reproche o bien el castigo. Mi tesis es que el Derecho no puede vincularles plenamente si no es capaz de garantizar su supervivencia²⁸. Claro que siempre podremos afirmar que, con independencia de estar sujetos a un deber moral de obediencia, los pobres deberían atender a aquellas razones prudenciales que aconsejan respetar los mandatos de su Derecho. Rosenkrantz apela también a este argumento al final de su trabajo. Pero creo que deberíamos centrarnos aquí en las razones morales porque, al fin y al cabo, las razones prudenciales sólo adquieren sentido para aquellos que tienen algo que perder.

²⁷ Algo diferente sería predicar que, como destinatarios de las normas, los pobres tienen, *prima facie*, un deber de obediencia. Cuando tenemos un deber *prima facie*, estamos ante un deber que puede ser vencido por otro en caso de conflicto entre ambos. Pero a pesar de haber sido vencido en una situación particular seguiremos teniendo ese deber. En cambio, cuando afirmamos que tenemos *prima facie* un deber estamos asumiendo que, desde una aproximación superficial o genérica parece que poseemos este deber. Un análisis cuidadoso puede acabar mostrando que realmente este deber no existe. Sobre esta distinción, véase, por ejemplo, Jones (1994, 195-198).

²⁸ Sobre la cuestión de qué cartas pueden jugar las víctimas de la injusticia social y económica para resistir una situación institucional injusta, véase la aportación de Gargarella (2003).

BIBLIOGRAFÍA

- Dworkin, Ronald** (1986), *Law's Empire*, Fontana Press, Londres.
- Gaido, Paula** (2005), "Do the Poor Have the Duty to Obey the Law?", en Ferrer, J., y Pozzolo, S. (eds.), *Ethics and Social Justice*, Duncker & Humblot, Berlín (en prensa).
- Gargarella, Roberto** (2003), "La última carta. El derecho de resistencia en situaciones de alienación legal", en R. Saba (ed.), *Violencia y Derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 295-319.
- Green, Leslie** (2002), "Law and Obligations", Coleman, J. y S. Shapiro (ed.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford University Press, 514-547.
- Hart, Herbert L.A.** (1961), *The Concept of Law*, Oxford University Press.
- Jones, Peter** (1994), *Rights*, Macmillan, Londres.
- Miller, David** (1998), "The limits of Cosmopolitan Justice", en Mapel, D. y Nardin, T. (eds.), *International Society: Diverse Ethical Perspectives*, Princeton University Press.
- Miller, David** (1999), *Principles of Social Justice*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts).
- Nagel, Thomas** (2005), "The Problem of Global Justice", *Philosophy & Public Affairs*, 33, n. 2, 113-147.
- Nino, Carlos Santiago** (1994), *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona.
- Rawls, John** (1971), *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts).
- Rawls, John** (1993), *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York.
- Rawls, John** (1999), "Legal Obligation and the Duty of Fair Play", en Freeman, S. (ed.), *John Rawls: Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge, (Massachusetts), 117-129.
- Simmons, A. John** (1979), *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton University Press.

¿CÓMO PUEDE EL DERECHO OBLIGAR A QUIENES OPRIME?

*Jorge L. Rodríguez **

1. Introducción

Hay preguntas cuya formulación paradójica parece resistir todo intento de respuesta. De hecho, muchas de ellas no tienen la pretensión de ser respondidas, al menos directamente, sino que más bien constituyen recursos retóricos provocativos para alertarnos sobre algún problema o para poner al desnudo una contradicción.¹

En el final de un reciente artículo, Ronald Dworkin exhorta a los jóvenes investigadores a correr el riesgo de ocuparse de las cosas interesantes que, en su criterio, son las normativas, y rechazar la pretendida neutralidad de las meramente conceptuales.² Dworkin sostiene allí, como en trabajos anteriores, que es posible hacer análisis conceptual y, al propio tiempo, normativo. Es más, un análisis meramente conceptual de cuestiones tales como la naturaleza del derecho, la justicia o la igualdad, no sería simplemente poco interesante: sería imposible.

A diferencia de lo que ha sido casi una constante en la mayor parte de mis escritos, asumiré aquí el riesgo al que nos desafía Dworkin, e intentaré examinar las respuestas alternativas que pueden ofrecerse a la pregunta que

* Universidad Nacional de Mar del Plata

¹ Cuando escribía esto pensaba en el título del libro de Gerald COHEN *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?* Pero, a diferencia de lo que digo en el texto, la pregunta de COHEN me parece genuina, y de una honestidad intelectual y personal poco frecuentes.

² Cf. DWORKIN 2004:37.

titula mi contribución, comenzando con un breve análisis conceptual del problema de la autoridad del derecho, para luego presentar mi posición sobre la cuestión normativa que ella plantea.³ Sobre esto último, intentaré sostener que el derecho sólo puede crear genuinos deberes, esto es, ofrecer razones para actuar no meramente prudenciales y fundadas únicamente en el temor al descarnado uso de la fuerza, si sus prescripciones consagran un régimen radicalmente igualitario, donde el calificativo “radicalmente” sólo se justifica si se lo entiende como una forma de alertar que semejante régimen está muy lejos de los que hoy se encuentran en vigor. Y ello porque cualquier distribución no igualitaria requiere de una justificación, y ninguna justificación parece plausible para legitimar desigualdades. De manera que, en última instancia, trataré de mostrar que el título de mi trabajo no contiene una pregunta genuina y que debe leérselo como una protesta.

Con todo, quiero aclarar -aunque en realidad ello se sigue de lo que expresé en el párrafo anterior- que si bien cedo al desafío de Dworkin, no concedo lo que su desafío presupone. Diría más: si me atrevo a escribir estas páginas es, entre otras cosas, para tratar de mostrar que nada se puede decir con sentido en el plano normativo si no se efectúan previamente las precisiones conceptuales necesarias.

2. La paradoja de la autoridad y paradojas afines

Ninguna explicación satisfactoria de la idea de autoridad puede omitir ofrecer algún tipo de respuesta a lo que podría calificarse como la *paradoja*

³ La motivación primordial a la que obedece la elaboración del presente trabajo ha sido ofrecer un comentario crítico a la contribución que inicia este volumen de Carlos ROSENKRANTZ, con quien me honra polemizar. No obstante, no efectuaré comentarios puntuales en el texto sobre los argumentos que ofrece ROSENKRANTZ en apoyo de su posición, y ello debido a que mis diferencias con su enfoque son demasiado profundas. Sólo formularé algunas precisiones en nota vinculando algunos aspectos que se examinan en el cuerpo de mi trabajo con observaciones de ROSENKRANTZ.

de la autoridad: si un rasgo constitutivo de la racionalidad práctica está dado por la autonomía, esto es, por el actuar de conformidad con las razones que uno acepta, y si la aceptación de una autoridad implica deponer el propio juicio colocando en su lugar las prescripciones de la autoridad, entonces nunca puede estar justificada la obediencia a una autoridad. Simplificando un tanto lo que Raz llama la *tesis de la no diferencia* y Nino la *paradoja de la irrelevancia moral de la autoridad*, podría decirse que si las prescripciones de la autoridad no coinciden con lo que moralmente debe hacerse, dado que siempre ha de hacerse lo moralmente correcto, habría razones para no obedecer tales prescripciones, y si las prescripciones de la autoridad coinciden con lo que moralmente debe hacerse, entonces habrá razones para actuar del modo prescripto, pero que la autoridad lo haya ordenado no sería una de esas razones.⁴ De modo que en ninguno de los dos casos las prescripciones de la autoridad servirían como justificación de las acciones, ya sea por la *irracionalidad* de su aceptación, ya sea por su *irrelevancia*.

Existe un conjunto de paradojas vinculadas con ésta, cuya presentación puede ayudarnos a esclarecer la que aquí nos interesa, entre ellas la *paradoja del seguimiento de normas generales*, la *paradoja del procedimiento* y la *paradoja de Sen del liberal paretiano*. Una presentación sintética de la primera de ellas podría efectuarse del siguiente modo: las normas constituyen el significado de oraciones que pueden formularse en el lenguaje para prescribir, esto es, para ordenar, prohibir o permitir genéricamente ciertas acciones. Por su parte, puede interpretarse que una razón para la acción es cualquier factor relevante que cuenta a favor o en contra de la realización de una cierta acción. Decir que algo es una razón para la acción y no conferirle ninguna importancia en el razonamiento práctico para decidir qué se debe hacer equivaldría a no hablar sinceramente o no usar en serio la expresión “razón”.⁵ Ahora bien, si las

⁴ Cf., por todos, BAYÓN 1991a:602-605.

⁵ Cf. REDONDO 2005.

normas tienen por finalidad básica intentar influir sobre la conducta de sus destinatarios para que hagan o dejen de hacer algo, parecen intuitivamente candidatos ideales para configurar razones para la acción. Es característico de nuestros razonamientos prácticos el acudir a normas de carácter general como premisas para justificar nuestras acciones. Por ejemplo, la norma que obliga a detener la marcha de un vehículo frente a un semáforo en rojo constituye, conjuntamente con la existencia en cierto lugar de un semáforo en rojo, una razón para que detenga la marcha de mi auto (una razón que puede no ser concluyente, pero razón al fin).

No obstante esta conexión aparentemente simple y directa, el que las normas puedan constituir razones para la acción y, en términos más generales, las relaciones existentes entre ambas nociones, son problemas que han generado fuertes controversias en el ámbito de la filosofía moral y de la filosofía jurídica. Porque el uso de normas generales para orientar nuestras acciones parece, al menos a primera vista, sujeto a un problema fundamental: el de la justificación racional en el seguimiento de normas. Una norma general destaca como relevantes ciertas circunstancias para calificar normativamente una acción como obligatoria, prohibida o permitida (“*deténgase frente a un semáforo en rojo*”). Pero, al hacerlo, necesariamente soslaya la relevancia de otras muchas circunstancias (¿debo detenerme frente a un semáforo en rojo si estoy llevando a mi esposa de urgencia al hospital para dar a luz?). Y en cierto sentido, parecería que la evaluación de lo que debemos hacer en determinada situación requiere tomar en cuenta todo posible factor que pudiese tener incidencia en la determinación de nuestras obligaciones, esto es, que debe atenderse al espectro completo de razones en juego. Pero si las normas se interpretan y aplican como si fuesen completamente “transparentes” respecto de nuestra evaluación del resultado que ofrece el balance de todas las razones en juego en cada caso, esto es, si en cada situación de posible discordancia entre lo que expresa una norma y el balance completo de las razones en juego ha de estarse al resultado de este último, las normas como tales resultarían herramientas inútiles. Así, el uso de normas para la resolución

de problemas prácticos parece conducir al siguiente dilema: o aceptamos la orientación que ellas nos ofrecen, lo cual resultaría en última instancia una forma de descalificación por anticipado de ciertos factores potencialmente relevantes en la dilucidación de lo que se debe hacer y, consiguientemente, una forma de *irracionalidad*, o dejamos de lado la guía que ofrecen las normas y nos concentramos en lo particular de cada situación para decidir cómo actuar de conformidad con el plexo completo de razones en juego, con lo que las normas se tornan *irrelevantes*.

La paradoja que suscita la consideración del procedimiento y el contenido en la toma de decisiones colectivas pone de manifiesto una tensión entre estos dos aspectos que parece difícil de resolver. Por un lado, tenemos la intuición de que la legitimidad de una decisión política exige que ella haya sido tomada mediante cierto tipo de procedimiento; pero, por otro lado, nuestras intuiciones se resisten a desvincular completamente la legitimidad de una decisión política de la justicia de su contenido.⁶ Ahora bien, aunque existen fuertes razones para tomar en consideración ambos aspectos en el examen de legitimidad de las decisiones políticas, si una decisión política se juzga como legítima en función del procedimiento empleado para alcanzarla, cuando se sigue el procedimiento correcto, la decisión debería aceptarse como legítima con independencia de su contenido, esto es, el contenido parece *irrelevante*. Y si en cambio no se está dispuesto a calificarla como legítima si su contenido es injusto, ello parece indicar que seguir cierto procedimiento puede arrojar resultados *irracionales*.

La paradoja del liberal paretiano desarrollada por Amartya Sen puede esquematizarse del siguiente modo. Supóngase que se pretende determinar las preferencias de un grupo de personas a partir de las preferencias de sus miembros de manera tal que el mecanismo de decisión colectiva determine una preferencia social para cualquier conjunto de preferencias individuales

⁶ Para un reciente y muy inteligente análisis de esta paradoja, véase MARTÍ 2004.

lógicamente posible (condición de *dominio irrestricto*). Supóngase además que asumimos el siguiente principio, conocido como *principio de Pareto débil*: si todos los individuos prefieren estrictamente x a y , entonces y no integrará el conjunto de elección⁷ de la sociedad cuando x se encuentre disponible. Supóngase finalmente que estamos dispuestos a reconocer a cada individuo un *ámbito mínimo de libertad* en el siguiente sentido: si hay al menos dos individuos a y b , y dos pares distintos de alternativas $\{x,y\}$ y $\{z,w\}$, si $xP^a y$ (si a prefiere en sentido estricto la alternativa x a la alternativa y), entonces y no pertenece al conjunto de elección de la sociedad cuando x se encuentra disponible, y si $zP^b w$ (si b prefiere en sentido estricto la alternativa z a la alternativa w), entonces w no pertenece al conjunto de elección de la sociedad cuando z se encuentra disponible (en otras palabras, las preferencias de cada individuo son decisivas al menos para un par de alternativas). Pese a la aparente plausibilidad y debilidad de estas condiciones, de conformidad con la demostración de Sen este principio de asignación de derechos, en conjunción con el principio de Pareto débil y la condición de dominio irrestricto, producen una contradicción.⁸

En la presentación que he efectuado he tratado de enfatizar las similitudes entre estas cuatro paradojas. Sin embargo, no creo que los caminos adecuados para solucionarlas resulten uniformes. Una paradoja es una conclusión aparentemente inaceptable derivada mediante un razonamiento aparentemente aceptable de premisas aparentemente aceptables.⁹ Por consiguiente, solucionar una paradoja requiere mostrar que las premisas no son realmente plausibles pese a su apariencia, o que la conclusión es plausible pese a su apariencia, o que el razonamiento empleado no es plausible pese a las apariencias.

⁷ Un elemento x de un conjunto X es un mejor elemento de X con respecto a una relación D si y sólo si, para todo elemento y de X , xDy . Un conjunto de elección de X con respecto a la relación D es el conjunto de los mejores elementos de X determinados por D . Sigo aquí, tanto en estas definiciones como en la formulación de la paradoja, la presentación de ZULETA 1998:55-73.

⁸ Cf. SEN 1970:cap. 6*.

⁹ Cf. SAINSBURY 1995:1.

La paradoja del liberal paretiano es la que posee la formulación más rigurosa. Por otra parte, la demostración que efectúa Sen de su conclusión resulta formalmente impecable. Por ello, las alternativas propuestas para sortear la dificultad que ella plantea han sido, fundamentalmente, debilitar ya sea la condición de libertad, ya sea el principio de Pareto débil.¹⁰ En otras palabras, la paradoja pone de manifiesto la inconsistencia que resulta de imponer sobre una función de elección social estas dos condiciones, una procedimental (el principio de Pareto) y una sustantiva (la condición de libertad mínima), pese a su aparente debilidad.

En las otras tres paradojas consideradas resulta mucho menos claro que no exista algún tipo de dificultad o ambigüedad en la formulación de las premisas o de sus respectivas conclusiones y, por ello, a diferencia de la paradoja del liberal paretiano, existen caminos de solución consistentes en intentar mostrar que el problema que plantean es sólo aparente, precisando el alcance de las premisas o de la conclusión.

Veamos sucintamente la paradoja de la legitimidad de las decisiones políticas. Ella parece indicar que al evaluar la legitimidad de una decisión política resulta valioso tanto el procedimiento utilizado como su contenido. Pero estos dos valores se encuentran en mutua tensión, una tensión que a primera vista podría hacernos pensar que o bien la legitimidad de las decisiones políticas depende del procedimiento seguido para adoptarlas, en cuyo caso el contenido de la decisión sería irrelevante, o bien depende de consideraciones sustantivas relativas al contenido de la decisión, pero entonces cualquier procedimiento que se utilice puede conducir a resultados inaceptables. Bajo esta manera de presentar el problema parecería que sólo hay dos caminos para su solución: asumir una posición sustantivista radical, según la cual se desprecian las cuestiones procedimentales a la hora de juzgar la legitimidad de una decisión política, o bien una postura procedimentalista radical, según

¹⁰ Cf. ZULETA 1995:63.

la cual ha de despreciarse toda consideración sustantiva a la hora de juzgar la legitimidad de una decisión política. Y la dificultad está aquí en que cada una de estas dos alternativas choca contra fuertes intuiciones. Por esta razón, lo que sería más sensato es rechazar la dicotomía planteada por esta formulación del problema: no puede ser que o bien la legitimidad dependa exclusivamente de consideraciones procedimentales o exclusivamente de consideraciones sustantivas. Sin embargo, aunque se rechacen las dos posiciones radicales, todavía subsiste una tensión entre los dos ideales. Esto se podría presentar como una nueva formulación del problema: la legitimidad de las decisiones políticas depende de consideraciones procedimentales y sustantivas (ya que hemos aceptado que no puede depender sólo de unas o de las otras); no obstante, aunque ambas cuestiones son relevantes a la hora de examinar la legitimidad de una decisión política, no es posible asignarles igual peso a ambas, de manera que o bien se le asigna prioridad al procedimiento sobre la sustancia (procedimentalismo débil) o bien se le asigna prioridad a la sustancia sobre el procedimiento (sustancialismo débil).

Ahora bien, ¿por qué no podría admitirse calificar como legítima a una decisión política cuando ha sido tomada por el procedimiento adecuado y además su contenido es sustancialmente correcto, dándole así exactamente el mismo valor a los dos ideales? Porque parece que si ha de dársele algún valor a la legitimidad del contenido de las decisiones políticas, ello necesariamente presupone que existe algún criterio para evaluar ese contenido que resulta independiente del procedimiento seguido para adoptar la decisión.¹¹ Ahora bien, si se parte de tal supuesto, entonces podría sostenerse que el procedimiento ocupará un lugar de menor importancia pues no se aceptará como legítima una decisión, aunque haya sido adoptada a través de un procedimiento que reputamos valioso, si su contenido no se condice con ese criterio sustantivo de corrección que suponemos independiente del

¹¹ En cuyo caso no estaremos frente a un supuesto de justicia procesal pura, sino perfecta o imperfecta, según la conocida clasificación de RAWLS (cf. RAWLS 1971:74-75).

procedimiento.¹² Por supuesto, se podría rechazar que exista un criterio sustantivo de corrección independiente del procedimiento para evaluar el contenido de las decisiones políticas. Pero si ello es así, podría estimarse que las consideraciones sustantivas ocupan un lugar de menor importancia que el procedimiento, porque en última instancia puede haber diferencias de opinión respecto de cuestiones sustantivas y requeriremos de cierto procedimiento para dirimir las. En otras palabras, o bien se aceptan criterios sustantivos independientes del procedimiento, en cuyo caso las consideraciones procedimentales resultarían secundarias, o bien se rechaza la existencia de criterios sustantivos independientes del procedimiento, en cuyo caso las consideraciones sustantivas serían secundarias.

No obstante las diferentes alternativas de formulación examinadas, creo que esta dificultad no constituye más que un pseudoproblema.^{13 14} Si lo que se está considerando es la toma de decisiones colectivas es preciso reconocer que necesitamos algún procedimiento para adoptar tales decisiones y dirimir nuestras diferencias de criterio. Esto implica que el aspecto básico que deberá tomarse en cuenta para calificar como legítima a una decisión colectiva será procedimental: no estaremos dispuestos a aceptar una decisión como legítima -incluso si su contenido es sustantivamente correcto- si el procedimiento seguido para alcanzarla no es el que juzgamos apropiado. Con todo, esta

¹² En otras palabras, si existe un criterio de corrección sustantiva que sea externo y previo al procedimiento, nunca podemos descartar la posibilidad de que el procedimiento no garantice la corrección del resultado, de modo que sobre quien sostenga que el procedimiento garantiza que estamos en presencia de un caso de justicia procesal perfecta pesará una fuerte carga argumentativa.

¹³ La paradoja aquí examinada guarda estrecha conexión con otras dos: la paradoja de las críticas contramayoritarias a la democracia constitucional y la paradoja de las precondiciones de la democracia. Estas dos últimas presentan ciertas dificultades específicas que no examinaré aquí.

¹⁴ Si bien ROSENKRANTZ estima que la legitimidad de las decisiones políticas no puede juzgarse en términos puramente procedimentales ni en términos puramente sustantivos, no aclara si a su criterio la tensión entre los aspectos procedimentales y los sustantivos constituye un problema genuino o un pseudoproblema y, en cualquier caso, cuál sería la manera adecuada de solucionarlo o disolverlo.

pauta básica puede verse condicionada o limitada por ciertas exigencias sustantivas: si no se sigue el procedimiento adecuado, la decisión no será reputada legítima, pero incluso si se sigue el procedimiento adecuado puede ser que no estemos dispuestos a aceptar la legitimidad de la decisión si es que resulta claramente contraria a ciertas exigencias sustantivas. Llegamos así al núcleo del problema: ¿cómo determinar cuándo una decisión colectiva es “claramente contraria a ciertas exigencias sustantivas” si subsisten diferencias de criterio al respecto? ¿Mediante el propio procedimiento escogido? Esto no puede ser así: si se suman a la consideración exigencias sustantivas, es porque o bien aceptamos que existen pautas de corrección independientes del procedimiento o bien porque convenimos en aplicar el procedimiento con ciertas limitaciones en cuanto al contenido de las decisiones que pueden así adoptarse. Por ello, parece falaz sostener que si el procedimiento conduce a una decisión sustantivamente correcta, el procedimiento es irrelevante, mientras que si conduce a una decisión sustantivamente incorrecta es irracional. Porque tal problema se presentaría si respecto de cualquier decisión fuera siempre posible determinar *a priori* si es sustantivamente correcta o no, cuando en verdad podría ocurrir que sólo contáramos con criterios aceptados para excluir ciertas decisiones como sustantivamente incorrectas, y un amplio campo de indeterminación respecto de las restantes.

Una forma diferente de explicar la dificultad es la siguiente: ordinariamente se toman como criterios de legitimidad de las decisiones políticas tanto el procedimiento seguido como el contenido de tales decisiones. Por consiguiente, al modo en que procede Caracciolo respecto de los criterios de pertenencia de normas derivadas a un sistema jurídico (una norma pertenece a un sistema jurídico si y sólo si pertenece a él en virtud de haber sido creada de conformidad con lo que disponen otras normas jurídicas (criterio de legalidad) o por ser consecuencia lógica de otras normas jurídicas (criterio de deducibilidad)),¹⁵ se podrían distinguir cuatro modelos de legitimidad:

¹⁵ Cf. CARACCILO 1988:58.

M₁ : Una decisión política es legítima si y sólo si es legítimo el procedimiento seguido para adoptarla.

M₂ : Una decisión política es legítima si y sólo si es legítimo su contenido.

M₃ : Una decisión política es legítima si y sólo si es legítimo el procedimiento o el contenido.

M₄ : Una decisión política es legítima si y sólo si es legítimo el procedimiento y el contenido.

De estos cuatro modelos, M₁ y M₂ parecen claramente descalificables como candidatos, debido a que en cada uno ellos, uno de los dos factores que habitualmente se toman como relevantes para considerar legítima una decisión política resultarían irrelevantes. M₃, por su parte, parece un criterio demasiado débil, puesto que según él se admitirían como legítimas decisiones cuyo contenido es manifiestamente injusto sólo porque han sido tomadas de conformidad con cierto procedimiento, así como decisiones tomadas por medio de un procedimiento injustificable sólo porque su contenido es justo, de manera que esta salida potencia las críticas a M₁ y M₂. En consecuencia, sólo nos quedaría asumir alguna forma que se corresponda con el modelo M₄, según el cual cada uno de los dos criterios constituye una condición necesaria y conjuntamente resultan suficientes para determinar la legitimidad de una decisión política. Sin embargo, parece que subsiste cierta tensión o conflicto en admitir conjuntamente ambos criterios. Lo mismo ocurre con el modelo que Caracciolo señala como más adecuado para reconstruir las relaciones de pertenencia de normas a un sistema jurídico. Y la razón por la que esa aparente tensión subsiste es que, en el caso de los criterios de pertenencia de normas a un sistema jurídico, los criterios de legalidad y deducibilidad no son criterios de pertenencia de un mismo tipo de elementos a un único conjunto, sino que cada uno presupone una noción de “sistema jurídico” diferente. El criterio de deducibilidad puede ser admitido como un criterio de pertenencia de normas a un conjunto estáticamente considerado. El criterio de legalidad indica cuándo podemos admitir un cambio de un

“sistema jurídico” considerado como un conjunto de normas, por otro conjunto que forma parte de una única secuencia, esto es, de un sistema dinámico (“orden jurídico”). En otras palabras, el criterio de legalidad no es, en sentido estricto, un criterio de *pertenencia de normas* a un sistema jurídico, sino un criterio de evaluación de los *actos* de promulgación o derogación de normas a fin de determinar si ellos producen o no una modificación admisible respecto de un conjunto de normas anterior. En nuestro caso ocurre algo muy parecido. “Decisión política” es una expresión que sufre de ambigüedad proceso-producto, esto es, puede interpretársela como referida al acto de tomar una decisión o como referida al resultado de ese acto. El conjunto de las “decisiones legítimas” puede, en consecuencia, interpretarse como un conjunto de actos o como un conjunto de resultados de tales actos. En el segundo caso, ese conjunto es un conjunto estático de contenidos. En el primero, se trata más bien de un conjunto dinámico, que podría reconstruirse como una secuencia de conjuntos en el primer sentido, donde la legitimidad del procedimiento indica cuándo se admitirá un nuevo conjunto en la secuencia. Bajo esta reconstrucción, la evaluación de la legitimidad de los contenidos es relativa a cada conjunto estático. La evaluación de la legitimidad del procedimiento, en cambio, es una evaluación de los criterios para admitir que un cierto acto genera un cambio de un conjunto de contenidos decisionales por otro. Si los dos criterios de legitimidad parecen estar en tensión es porque califican como “legítimas” a cosas distintas. Para cualquier evaluación de la legitimidad del acto de tomar una decisión, el contenido de esa decisión es irrelevante; para cualquier evaluación del contenido de una decisión, el procedimiento seguido para adoptarla es irrelevante, pues en cada caso se hace abstracción de un aspecto. El hecho de que para evaluar un cierto sistema institucional ambas cuestiones no puedan ser ignoradas obliga a efectuar una reconstrucción más compleja de la legitimidad, según la cual -como se sugirió en el párrafo anterior- ciertos actos decisivos serán descalificados como ilegítimos, pese a haberse

seguido el procedimiento adecuado, cuando el contenido de la decisión se estime sustantivamente incorrecto.¹⁶

En el caso de la paradoja del seguimiento de normas generales me parece claro que si en todo caso en que pudiera existir una discrepancia entre lo que exige la norma y su justificación subyacente se optara por la solución que ofrece esta última, la norma como tal se tornaría irrelevante. Por ello, la vía más plausible para salvar la dificultad aquí planteada parece consistir en tratar de mostrar que no es irracional el uso de normas para justificar nuestras acciones y decisiones. De hecho, resulta muy poco claro en qué podría consistir la idea de justificación práctica si se renuncia a la exigencia de universalidad, esto es, a tratar de manera normativamente similar los casos semejantes.¹⁷

La dificultad que deviene crucial superar a este respecto es la que postula que, al destacar como relevantes ciertas circunstancias para calificar normativamente una acción como obligatoria, prohibida o permitida, las normas generales necesariamente soslayan la relevancia de otras muchas circunstancias, que podrían tornarse relevantes frente al caso que se evalúa. Pero esta dificultad es sólo aparente: supóngase que una norma general establece la obligatoriedad de realizar el acto *q* en toda circunstancia en la que se verifica la propiedad *p*. ¿Significa ello que si concurre en un caso *p* otra propiedad, ella resultará irrelevante? No necesariamente: en primer lugar, aun cuando el conjunto de las propiedades que definen un caso sean consideradas condiciones suficientes para el surgimiento de la solución normativa a él correlacionada, la relevancia de tales propiedades respecto del caso sólo implica la irrelevancia de toda otra propiedad para dicho caso *bajo*

¹⁶ En el caso de las paradojas más específicas de la democracia, a la ambigüedad comentada en el texto debe sumarse la ambigüedad de la noción de “democracia” presupuesta: si por “democracia” se entiende simplemente la aplicación de la regla de la mayoría, cualquier decisión que no se adopte por aplicación de dicha regla no sería “democrática”. Sin embargo, habitualmente presuponemos una noción más fuerte de “democracia”, no puramente formal, según la cual no calificaríamos como “democrática” una decisión que, por caso, privara de ciertos derechos elementales a una minoría, aun en caso de que tal decisión se adopte por mayoría de votos.

¹⁷ Cf. BAYÓN 2001.

la hipótesis de consistencia normativa. Si en el ejemplo considerado otra norma general correlaciona una solución lógicamente incompatible (por ejemplo, prohibido q) con todos aquellos casos en los que se presente una cierta propiedad r , tal propiedad podría también ser relevante, pero entonces aquellos casos que puedan ser descriptos al mismo tiempo como p y r resultarán inconsistentemente normados.

La consistencia normativa es sin duda un ideal valioso, pero no me parece que existan buenas razones para suponer que las exigencias que imponen dos normas generales no puedan entrar en conflicto. Y en tal supuesto, existen básicamente dos vías para superar la dificultad. De acuerdo con la primera de ellas, la solución consagrada por una de las normas prevalece en todos los casos sobre la solución consagrada por la otra, esto es, reconocemos una *preferencia incondicional* de una de las normas sobre la otra para todos los casos de conflicto entre ambas. En nuestro ejemplo, podríamos considerar que para todos los casos en los que se verifiquen conjuntamente p y r , la solución ha de ser la establecida en la primera norma (esto es, obligatorio q). No obstante, esto significaría reconocer que la segunda norma en realidad no regula todos los casos r , sino sólo un subconjunto de ellos: aquellos en los que no se verifica además p . De modo que la segunda norma no resulta completamente irrelevante, sino que su relevancia se ve limitada a ciertos casos (los casos r que no son p).

De acuerdo con la segunda vía para superar el conflicto, la solución consagrada por una de las dos normas prevalece en ciertos casos (por ejemplo, los casos en los que se verifique una propiedad adicional s) sobre la otra, mientras que en otros (por ejemplo, los casos en los que no se verifique la propiedad s) su solución resultará desplazada por la de la otra norma, esto es, reconocemos una *preferencia sólo condicional* de una de las normas sobre la otra, con lo que cada una conserva un cierto campo de aplicación para los casos en conflicto. En nuestro ejemplo, podríamos considerar que para los casos p y r en los que además se verifique la circunstancia s , la solución de la primera norma es la que ha de imponerse (obligatorio q), mientras que en los

casos p y r en los que no se verifique s , la solución que ha de primar es la de la segunda norma (prohibido q). Aquí las dos normas son relevantes para determinar la solución de los casos p y r , dependiendo de si se verifica o no s .

La conclusión que creo puede extraerse de este análisis es que la aceptación de una norma general para la evaluación y justificación de nuestras acciones no excluye por sí misma la posibilidad de asignar relevancia a otras circunstancias respecto de sus casos de aplicación y, por consiguiente, no parece irracional. Es más, a menos que se ofrezcan argumentos adicionales distintos de los que dan lugar a la paradoja aquí considerada, la relevancia normativa de esas otras circunstancias que eventualmente nos harían dejar de lado la solución que establece la norma general considerada no puede sino derivar de otras normas o razones generales, de ahí que este argumento no resulte suficiente para demostrar la irracionalidad en el seguimiento de normas (o razones) generales.

El problema no reside aquí en alguna arbitraria distinción verbal entre normas y razones, sino en la cuestión de su generalidad, ya que el mismo supuesto problema podría plantearse hablando exclusivamente en términos de razones normativas generales. Y el rechazo de la tesis que intento defender consiste en la adopción de una concepción *particularista*, de conformidad con la cual no existirían pautas universales en las cuales apoyar la corrección normativa de las acciones.¹⁸ Por el contrario, se debería atender siempre al modo en que, en el caso individual, se presentan las circunstancias y ponderarlas para determinar la solución correcta para dicho caso. La deliberación práctica no consistiría desde este punto de vista en la aplicación de normas generales, sino que se trataría de una práctica narrativa que permitiría apreciar la significación normativa de determinadas circunstancias para el caso concreto.¹⁹

¹⁸ Cf. DANCY 1993:61 y ss.

¹⁹ Cf. MORESO 2004.

El particularismo parece tener un punto interesante al remarcar que no hay ningún caso particular que resulte idéntico a otro. Hare sostiene que la racionalidad en el discurso práctico está dada por la exigencia de universalidad: si dos casos son semejantes en sus características no morales, deberían recibir idéntica solución normativa.²⁰ Sin embargo, el particularista puede aceptar esto y, no obstante, decir que, como ningún caso particular es idéntico a otro caso particular, la exigencia de universalidad resulta insustancial. Lo que el particularista parece sostener es que ninguna propiedad es invariablemente relevante desde el punto de vista normativo porque cualquier caso particular posee al menos una propiedad que lo distingue de cualquier otro, de manera que, como no es posible descartar que semejante propiedad resulte normativamente relevante, sería el contexto particular de un caso lo que ha de tomarse en cuenta para resolver un problema práctico.

No obstante, si bien es correcto que todo caso particular posee, al comparárselo con cualquier otro caso particular, alguna propiedad que lo distinga, esto es, que está presente en uno pero ausente en el otro, de eso no se sigue que haya al menos una propiedad que un caso particular posee y que no se encuentra en ningún otro, puesto que, cualquiera sea la propiedad que uno tome en cuenta, siempre puede existir algún otro caso particular que también la posea. Inferir de la premisa “todo caso particular posee alguna propiedad que lo distingue de cualquier otro” la conclusión “existe al menos una propiedad que todo caso particular posee y que ningún otro posee” es incorrecto, tal como lo sería inferir del enunciado “todos los chicos quieren a alguna chica” que “existe una chica a la que todos los chicos quieren”. Lo primero sólo significa que para cada chico se cumple que hay alguna chica a la que quiere; lo segundo supone, infundadamente a partir de la premisa dada, que hay una chica en común a la que todos quieren. Se trata de una falacia bien conocida, que fuera denunciada por Geach como muy extendida,

²⁰ Cf. HARE 1963:10 y ss.

en particular, en muchos argumentos filosóficos.²¹ En el caso del particularismo, que cada caso individual posea alguna propiedad que lo diferencia de cualquier otro resulta perfectamente compatible con la idea de que, para describir un caso particular, sólo pueden tomarse en cuenta propiedades generales. Un caso particular de homicidio, por ejemplo, siempre tendrá alguna cualidad que lo distinga de cualquier otro (en este caso particular, el homicidio se cometió con una pistola, el homicida conocía a su víctima, antes de matarlo estaban mirando juntos un partido de fútbol, etc.). Pero cada una de esas características del caso podría también verificarse en muchos otros. El único rasgo que singulariza a ese caso de homicidio es que ningún otro caso de homicidio presenta conjuntamente todas las características (generales) que se verifican en él.²² Por consiguiente, el particularismo se apoya en una premisa plausible pero deriva de ella una conclusión errónea.

3. ¿Razones jurídicas autónomas?

Luego de estos pasos previos, consideremos ahora sí la paradoja de la autoridad. En este caso, a diferencia del anterior, lo que parece que debemos afrontar no es el cargo de irracionalidad sino el cargo de irrelevancia para superar la dificultad. En efecto, desplazar el propio juicio y confiar en el de otro para cuestiones prácticas parece incuestionablemente irracional. Puede

²¹ Cf. GEACH 1972:1-13.

²² HARE sostiene que un modo simple de descartar el particularismo consistiría en sostener que no puede haber nada sobre una acción que la haga incorrecta, o sobre una persona que la convierta en mala, excepto esas características que son especificables en términos universales. Cualquier característica que no pudiera ser especificada de este modo tendría que consistir en algún tipo de esencia individual, sólo describible diciendo “esta persona” o “este acto”, y permaneciendo callado a partir de entonces. Pero eso no sería describir un acto o una persona en absoluto. La única forma de describir una persona o un acto es mediante la atribución de propiedades universales (cf. HARE 1997:108). Por otra parte, en DAVIDSON 1980:105-148 se demuestra que la forma lógica de los enunciados relativos a acciones requiere siempre de cuantificadores universales.

haber muchas razones por las que obedecemos a una autoridad, pero hacerlo exclusivamente porque fue ella quien emitió una prescripción no parece racionalmente justificado. Por consiguiente, el modo más plausible de lidiar con esta paradoja debería consistir en mostrar en qué casos no sería irrelevante desde el punto de vista práctico aceptar las directivas de una autoridad, esto es, en qué casos las directivas de una autoridad podrían introducir una diferencia práctica relevante. Al respecto, coincido con Bayón cuando sostiene que:

“Demostrar la relevancia práctica de la autoridad es demostrar de qué modos podría resultar falsa la tesis de la no diferencia, es decir, de qué modos sería posible que a raíz de la formulación de una prescripción por parte de una autoridad los destinatarios de la misma tuvieran una razón moral para hacer lo prescrito *que no tenían* con anterioridad y que no habrían llegado a tener si, *ceteris paribus*, aquella prescripción no hubiese sido formulada. Ciertamente las directivas de la autoridad -en tanto que hechos, consistentes en la ejecución de ciertos actos de habla en determinadas condiciones- no pueden constituir razones operativas para actuar: pero de lo que se trata es de saber cuál podría ser la estructura del razonamiento práctico que tomara en cuenta como razón auxiliar -entre otras cosas- el hecho de haberse emitido esas directivas y que tuvieran como conclusión un juicio de deber dependiente de ese hecho...”²³

No examinaré aquí en profundidad la cuestión, aunque creo acertado -tal como surge de la cita transcrita- que el hecho de que una autoridad emita una directiva puede constituir en ciertos supuestos una razón auxiliar que, junto con razones operativas de carácter moral, permita justificar ciertas

²³ BAYÓN 1991a:604-605.

acciones. Y no lo haré porque me interesa analizar el problema más específico de la autoridad del derecho o, lo que es equivalente, la cuestión de si las normas jurídicas constituyen razones para la acción y, en todo caso, en qué sentido. Adviértase que se trata aquí de justificar por qué razón las normas jurídicas obligan *debido a su carácter jurídico*, no por tratarse de normas o por su carácter de generales, de modo que el problema se encuentra más próximo a -si es que no se identifica con- el de la autoridad en general, no al del seguimiento de normas. Al respecto, Moreso y Vilajosana sostienen, a mi juicio acertadamente y con gran claridad, que:

“... si en el universo de las razones para actuar sólo hay espacio para las razones prudenciales y para las razones morales, ¿qué tipo de razones para la acción son las normas jurídicas? Si sólo son razones prudenciales, que funcionan en el razonamiento práctico de los agentes a través de las sanciones ajenas al incumplimiento de las normas (...), entonces siempre pueden ser desplazadas por las razones morales y, al parecer, la *normatividad* del Derecho queda sin explicación. Si las normas jurídicas son razones morales, entonces el Derecho es, desde el punto de vista de su relevancia práctica, superfluo, porque su normatividad es una normatividad derivada de las razones morales. Éste es, en pocas palabras, el dilema de la normatividad del Derecho. (...) [Hay], en principio, tres grandes tipos de respuesta: a) el Derecho sólo ofrece razones prudenciales para la acción, fundadas en el deseo de los seres humanos de evitar las sanciones que el Derecho coactivamente impone, b) el Derecho no ofrece por sí mismo razones para actuar de carácter autónomo, sino únicamente razones que junto con las razones morales dominantes pueden convertirse en razones derivadas, y c) el Derecho ofrece genuinas razones para la

acción, porque en el universo de las razones para actuar no sólo hay razones prudenciales y razones morales.”²⁴

Entre las posturas que transitan esta última alternativa se cuentan el positivismo ideológico,²⁵ la tesis de la fragmentación del discurso práctico y la concepción de las normas jurídicas como razones protegidas. No diré nada sobre la primera de ellas -esto es, la tesis de que existe un deber moral de obedecer el derecho cualquiera sea su contenido- porque me parece completamente implausible.²⁶ En cuanto a la tesis de la fragmentación del discurso práctico, entendida como aquella que sostiene que existen tantas justificaciones como sistemas normativos sea posible diferenciar, creo que resulta irrelevante para la consideración de nuestro problema. Porque, desde luego, es posible sostener que una acción se encuentra *jurídicamente justificada* en razón de que existe una norma jurídica que prescribe su realización, con total independencia de la consideración que merezca tal acción desde el punto de vista de otros sistemas normativos. Pero cuando lo que está en discusión es la autoridad del derecho, la pregunta relevante es si puede considerarse que las prescripciones jurídicas configuran razones para la acción que compiten con o eventualmente desplazan a otras razones, morales, prudenciales o de la clase que sea. En consecuencia, la tesis de la fragmentación del discurso práctico no constituye un *argumento destinado a*

²⁴ MORESO-VILAJOSANA 2004:207.

²⁵ Existe una gran proximidad entre lo que se ha calificado como positivismo ideológico y lo que hoy se conoce como *positivismo ético o normativista* (cf., por todos, CAMPBELL 1996 y WALDRON 2001). Los partidarios de este último sostienen la tesis normativa de que el derecho debe ser identificado con independencia de consideraciones morales, y ello porque tal cosa promovería ciertos valores que se estiman deseables, ya sea morales, políticos o sociales. Sin embargo, pese a la apuntada proximidad, el positivismo ético o normativista no necesita comprometerse con la existencia de razones jurídicas autónomas.

²⁶ La postura de ROSENKRANTZ se parece peligrosamente a la asunción de cierta forma de positivismo ideológico. Al menos, no encuentro un modo satisfactorio de interpretar sus dichos de modo que no colapsen en él.

justificar que el derecho ofrece genuinas razones para la acción, sino que *equivale a sostener* que el derecho ofrece genuinas razones para la acción.

Me interesa en cambio detenerme en algunas consideraciones sobre la idea de Raz de que las normas jurídicas constituyen razones protegidas y comparar su posición con la de Frederick Schauer, porque ambos autores han desarrollado elaborados esfuerzos por dar cuenta de la autoridad del derecho sin reducirla a razones prudenciales o morales, esfuerzos que pese a sus méritos me parecen condenados al fracaso, y ello porque en ambos casos sus propuestas pretenden ofrecer una respuesta única a las paradojas de la autoridad y del seguimiento de normas. He tratado de mostrar antes en términos generales por qué los caminos para superar ambos problemas no pueden asimilarse. Intentaré hacerlo ahora en concreto examinando estas dos posiciones.

Raz señala que las normas funcionan en parte como un tipo especial de razones: como *razones excluyentes*.²⁷ A su juicio, en todo proceso de toma de decisiones, además de las razones de primer orden, pueden hallarse razones de segundo orden, que son aquellas que suministran razones para actuar o abstenerse de actuar en virtud de una razón de primer orden. Entre esas razones de segundo orden Raz considera que se cuentan aquellas que excluyen razones de primer orden, a las que llama *razones excluyentes*, y que obligan a dejar de lado razones que de otro modo serían aplicables. Las normas, así como las directivas de una autoridad, serían para Raz una combinación entre una razón de primer orden para llevar a cabo cierta acción y una razón excluyente que exige dejar de lado otras razones de primer orden en conflicto con la primera.

Para Raz, las razones excluyentes desplazan a aquellas razones de primer orden a las que se refieren en lugar de superarlas en peso en caso de conflicto. Entre los ejemplos que ofrece Raz se cuenta aquel según el cual una persona adopta para sí la norma de que siempre pasará sus vacaciones en Francia,

²⁷ Cf. RAZ 1975:15-84 y RAZ 1979:3-33.

excluyendo la posibilidad de actuar sobre la base de una razón semejante a que los hoteles en cierta otra parte del mundo ofrecen promociones especialmente atractivas en determinada ocasión. En una situación como esa, aceptar la norma de que siempre se irá de vacaciones a Francia funcionaría para el agente como una razón de primer orden para actuar de tal modo y como una razón de segundo orden para no efectuar en cada caso un balance de las razones en juego a la hora de decidir en dónde vacacionar. Raz cree que puede justificarse satisfactoriamente que muchas veces empleemos en nuestro razonamiento práctico estrategias excluyentes de estas características y, en particular, que las directivas de una autoridad (y las normas jurídicas en particular) operarían de tal suerte, de manera que sería posible escapar a la segunda alternativa de la paradoja del seguimiento de normas y de la autoridad, esto es, la que destaca la irrelevancia práctica de las normas como razones o de las directivas de la autoridad.

Frederick Schauer ha cuestionado la postura de Raz planteando, respecto de un ejemplo como el comentado, qué ocurriría si el veraneante toma conocimiento de que un hotel en los Alpes austríacos ofrece habitaciones a diez dólares la noche, un precio que resulta drásticamente inferior a los cien dólares que se pensaba gastar en Francia.²⁸ Esta oferta podría considerarse tan obviamente ventajosa que la exclusión de considerar factores semejantes podría ser derrotada, aun cuando en los casos normales (una diferencia de un veinte por ciento menos en el precio, por ejemplo) la norma no perdería su fuerza para excluir que cada año se determine dónde pasar las vacaciones sobre la base del balance completo de razones. Para Schauer, las restricciones que imponen las normas, así como las directivas de una autoridad, serían más presuntivas que excluyentes, pues suministrarían cierto grado de restricción, pero admitirían la posibilidad de que se las deje de lado en circunstancias particularmente exigentes. Al funcionar de este modo presuntivo,

²⁸ Cf. SCHAUER 1991:89.

el decisor conservaría la aptitud para vislumbrar la gama completa de factores disponibles a fin de determinar si el caso analizado es uno de aquellos en los que esos factores suministran una razón de una fuerza tan excepcional como para que la razón para superar su exclusión resulte superior a la razón que suministran las normas o las directivas de la autoridad para excluirlos.

Frente a situaciones como ésta Raz, en cambio, debería optar por una de entre dos alternativas de explicación, ninguna de las cuales reflejaría la verdadera naturaleza del razonamiento práctico en casos semejantes. O bien debería considerar que la exclusión debe prevalecer siempre, de manera que si en la situación descrita se opta por ir a Austria, se habrá simplemente abandonado la norma; o bien debería decirse que en realidad un supuesto como el considerado no se encuentra cubierto por la norma, aunque a primera vista, debido tal vez a una interpretación poco cuidadosa de ella, haya parecido lo contrario. Para Raz, el admitir que al momento de tomar una decisión se examine incluso superficialmente la razón de primer orden para ver si ése es uno de los casos en los cuales no debería excluirse, implicaría que la razón en cuestión no ha sido excluida en absoluto. En cambio, para Schauer esto no sería psicológicamente imposible, pues mediaría una diferencia entre un examen detenido y un simple “vistazo”. Si bien Schauer reconoce que todo supuesto en el que una norma resulta derrotada puede siempre reformularse como si cayera fuera del alcance de ella, considera que una norma susceptible de ser derrotada tendría no obstante consecuencias y poseería relevancia, aunque esa relevancia se manifieste sólo en algunos casos y no en todos los comprendidos en el alcance de la exclusión.

Parecería a primera vista que la postura que asume Raz ofrece mayores reparos que la de Schauer, al menos por lo siguiente. Raz distingue entre la *conformidad* con una norma y el *seguimiento* de una norma. En el primer caso, se hace lo que la norma exige -se actúa *de acuerdo con* ella- cualquiera que haya sido el motivo del agente para hacerlo. En el segundo, en cambio, se hace lo que la norma exige pero, además, el agente lo hace motivado justamente por la norma -se actúa *por* ella-. Para Raz, las razones para

actuar son razones para la conformidad, no para el seguimiento, y a su criterio habría ocasiones en las que la manera de hacer más probable la conformidad con un conjunto de razones radicaría precisamente en no actuar por ellas. Ese sería el modo de entender la relación entre una razón excluyente y el conjunto de razones excluidas: las razones excluyentes servirían como vías indirectas para maximizar la conformidad con las razones subyacentes que ellas excluyen. Ahora bien, de aceptar este análisis -no doy por sentado que deba aceptárselo-, las normas, así como las directivas de una autoridad, funcionarían como reglas de experiencia; no ofrecerían genuinas razones para actuar, sino más bien razones para *creer*: razones para creer, en situaciones de incertidumbre, que cierto curso de conducta es, con mayor probabilidad, el que se tiene razones para ejecutar.²⁹ En otras palabras, las normas y las directivas de una autoridad no serían razones excluyentes debido a que, si se diera una genuina discrepancia entre el curso de acción que resulta impuesto por ellas y el que resulta de las razones subyacentes a ellas, habría que privilegiar al primero -en ese caso parece claro que debería optarse por el resultado del balance de las razones subyacentes-. Si las normas y las directivas de una autoridad se conciben desde este enfoque como razones excluyentes es porque, en caso de discrepancia entre el curso de acción que resulta impuesto por ellas y el que *creemos* que resulta de las razones subyacentes a ellas, deberíamos privilegiar al primero, y ello debido a que nuestras creencias acerca de cuál sea el resultado del balance de razones podrían resultar equivocadas.

Este análisis no me parece satisfactorio no sólo porque, como se expresó, Raz no concluye lo que en realidad sus argumentos obligan a concluir -que ni las normas generales ni las directivas de una autoridad son genuinas razones para la acción-, sino porque asimila indebidamente las normas generales con las directivas de una autoridad. No hay ninguna razón para suponer que

²⁹ Cf. BAYÓN 1991b.

cuando hablamos de normas nos referimos exclusivamente a prescripciones de cierta autoridad. Como nuevamente apunta correctamente Bayón, cuando un agente acepta que debe realizar cierta acción *p* porque ello ha sido prescripto por la autoridad *A*, la estructura de su razonamiento práctico ha de interpretarse del siguiente modo: “1) se debe hacer lo que prescribe la autoridad *A*; 2) *A* prescribe que debe realizarse *p*; por consiguiente: 3) se debe hacer *p*”. Ahora bien, la premisa 1) en el razonamiento anterior puede expresar un deber independiente o dependiente de lo prescripto por alguna otra autoridad *A'*. Pero no es posible concebir una cadena infinita de razonamientos prácticos en los que la premisa mayor sea siempre la conclusión de un similar razonamiento previo, de modo que esa cadena debe romperse en algún punto aceptando un deber independiente de las prescripciones de toda autoridad, o bien debe aceptarse que no existe el deber de obedecer a ninguna autoridad.³⁰ Por ello, aceptar que debe obedecerse a una autoridad reposa en última instancia en un juicio de deber independiente de las directivas de una autoridad y, consiguientemente, seguir las directivas de una autoridad sólo puede justificarse apelando a otro tipo de razones. En cambio, el seguimiento de normas generales no se ve afectado por una objeción semejante. Si se acepta una norma general que establece que debe realizarse la acción *p*, un razonamiento como el siguiente: “1) se debe hacer lo que prescribe la norma *N*; 2) la norma *N* prescribe que se debe hacer *p*; por consiguiente, 3) se debe hacer *p*”, resulta completamente prescindible porque la premisa 1) no establece ningún deber autónomo respecto de lo que expresa la conclusión 3). Por ello es que creo que las dificultades examinadas no afectan por igual a la noción de autoridad y a las normas generales.

Si ahora se examina la posición de Schauer con mayor cautela, puede apreciarse que en realidad ella conduce a una conclusión bastante semejante a la de Raz. En efecto, Schauer considera que una norma existe como tal

³⁰ Cf. BAYÓN 1991a:268-270. La precisión final no es de BAYÓN sino mía.

cuando suministra una razón para la acción que es independiente de la que pueda proporcionar su justificación subyacente. Pero una razón para la acción semejante no se configura con la mera conformidad de la conducta, sino que es preciso que la norma guíe las acciones del sujeto. Ser guiado por una norma requiere que el agente tome a su existencia como una razón para la acción -no necesariamente concluyente o absoluta-. Seguir una norma, en cambio, requiere tanto ser guiado como actuar de conformidad con ella. La conformidad es entonces distinta del seguimiento porque sólo el segundo exige ser guiado por la norma. Las razones para la acción pueden o no ser absolutas. Las razones para la acción no absolutas son habitualmente consideradas razones *prima facie*, en el sentido de que pueden ser superadas o desplazadas por otras razones más exigentes que se inclinan en la dirección contraria. No obstante, Schauer objeta justificadamente esta calificación, pues ella parece sugerir que las razones no absolutas se evaporan cuando son desplazadas. A su criterio, tiene tanto sentido pensar que una razón no concluyente desaparece cuando resulta superada por otras razones de mayor peso como sostener que un abrigo desaparece cuando el viento lo atraviesa. Lo que ocurriría en verdad es que una norma podría ser suficiente en algunos casos y en otros no. Pero en todos ellos las normas siempre ofrecerían alguna resistencia. Para Schauer, las razones normativas constituyen un continuo: en un extremo se encontrarían las razones más débiles, *ceteris paribus*, que determinan resultados sólo si todo permanece igual, mientras que en el otro extremo se hallarían las razones absolutas. Como puede advertirse, Schauer discrepa aquí con Dworkin, para quien las normas siempre son concluyentes si son aplicables.³¹ Siguiendo a Hart, Schauer afirma que una norma sujeta a una cláusula “*a menos que...*” sigue siendo una norma.³²

³¹ Cf. DWORKIN 1977:22-28.

³² Cf. HART 1963:174.

Estas consideraciones llevan a Schauer a sostener que lo que caracteriza a las reglas de experiencia es que ellas poseen fuerza *ceteris paribus*, pues exigen un nivel de convicción más alto para justificar el desvío respecto del curso de acción que imponen, y presentan así algún grado de resistencia a no ser aplicadas. Las reglas de experiencia, al funcionar de este modo, se asemejarían a las normas generales. La diferencia consistiría en que las normas sólo serían vulnerables con respecto a razones externas a su justificación subyacente, mientras que las reglas de experiencia estarían sujetas a ser superadas o derrotadas frente a casos de inaplicabilidad de su propia justificación subyacente.

Según este punto de vista, las normas se caracterizarían por no resultar completamente derrotables. Pero al decir esto deberían distinguirse dos cuestiones distintas. Una norma sería *internamente derrotable* cuando resulta inaplicable exclusivamente sobre la base de la inaplicabilidad de sus justificaciones subyacentes. Tal sería el caso, para Schauer, de las reglas de experiencia. No obstante, una norma que posea cierta resistencia a la derrotabilidad interna -lo cual constituiría una condición necesaria para la existencia de una norma-, podría todavía resultar externamente derrotable, esto es, susceptible de ser superada por factores particularmente exigentes de carácter externo tanto respecto de la norma como de su justificación.

Cuando se examina una norma aislada, esta distinción parece meridianamente clara. Pero habitualmente las normas no se presentan en forma aislada sino conformando complejos *sistemas*, y frente a ellos ya no resulta fácil discernir las situaciones en las que una norma deja de resultar aplicable respecto de un caso en virtud de la inaplicabilidad de su justificación subyacente y las situaciones en las que deja de resultar aplicable en virtud de factores externos a ella o a su justificación, pero que resultan de lo dispuesto por otras normas del mismo sistema o de sus justificaciones subyacentes. Y ello porque la frontera entre lo uno y lo otro variará de acuerdo con cuál sea el criterio de identificación de las normas que se presuponga. Recuérdese que el propio Schauer admite que todo supuesto en el que una norma resulta

derrotada puede siempre reformularse como si cayera fuera del alcance de la norma. Siendo ello así, si en un sistema conviven dos formulaciones de normas, una de las cuales dispone que “*debe sancionarse a quienes cometen homicidio*” y otra que establece que “*no deben aplicarse sanciones a los menores de edad*”, ¿qué diferencia existiría entre decir que aquí la norma que prevé una sanción para los casos de homicidio resulta externamente derrotable frente al supuesto de un homicidio cometido por un menor de edad y sostener que la norma que sanciona a los homicidas contiene implícitamente una excepción que restringe su alcance a los casos de homicidas mayores de edad?

Al considerar sistemas de normas, la distinción entre derrotabilidad interna y externa sólo conservaría sentido si los calificativos de “interno” y “externo” se refieren, no ya a las normas aisladamente consideradas, sino al sistema como un todo: en tal supuesto, una norma sería internamente derrotable si la razón para dejarla de lado surge del propio sistema, mientras que sería externamente derrotable si resulta desplazada por consideraciones extrasistemáticas, esto es, al tomar en cuenta normas pertenecientes a otro sistema al que se estima jerárquicamente superior al primero como un todo. Claro que, así entendida la distinción, ella no permite justificar que una norma aislada se interprete como una genuina norma o como una regla de experiencia. En consecuencia, y al igual que lo que ocurre en el caso de Raz, un examen detenido del modo de concebir a las normas generales en Schauer muestra que la línea de demarcación entre este tipo de normas y las reglas de experiencia es más que delgada, algo que, por otra parte, el mismo Schauer parece reconocer explícitamente al sostener que es bien poco lo que distingue a las normas que son vulnerables respecto de la inaplicabilidad de sus propias justificaciones de las que son vulnerables a ser superadas por razones externas a ellas.

Schauer sostiene que frente a un caso de aplicación, el destinatario de una norma puede *creer* que tiene buenas razones para estar en desacuerdo con la directiva emitida por la autoridad y, no obstante, esta última puede *creer*, pese a ello, que tiene buenas razones para imponerla. Hay situaciones

en las que el incumplimiento por parte del destinatario se encuentra a su criterio justificado, cuando considerando todas las circunstancias relevantes estima que debe desobedecer la norma (por ejemplo, un niño que, frente a la disyuntiva entre obedecer la norma de ir a dormir a las nueve de la noche o ayudar a un amigo a hacer sus deberes, considera preferible desobedecer). Pero, paralelamente, la autoridad puede creer que tiene buenas razones para impedir el incumplimiento de la norma, porque a su juicio un incumplimiento en esta ocasión podría traer aparejados más perjuicios que beneficios. En una situación semejante, en la que existe un desacuerdo entre la autoridad y el destinatario de la norma, lo racional para el destinatario sería desobedecer, mientras que lo racional para la autoridad sería exigir obediencia. Se presentaría así una asimetría entre la autoridad y el destinatario, porque sería posible que frente a una determinada norma, el destinatario crea que es irracional seguirla y la autoridad crea que es racional requerir su cumplimiento. La autoridad, al momento de crear normas, puede prever la posibilidad de desacuerdos como éste y establecer sanciones -introduciendo así razones prudenciales para seguir la norma- incluso para aquellos casos en los que el destinatario crea que tiene razones para desobedecer. En especial, si predice que los casos en los que los destinatarios cometerían un error al desobedecerla superarán a los casos de obediencia injustificada. Si bien esto podría ser irracional desde el punto de vista del destinatario, resultaría perfectamente racional desde el punto de vista de la autoridad privilegiar el respeto por las normas, aunque esto implique en ocasiones llegar a resultados subóptimos. De esta manera, el carácter asimétrico de la autoridad implicaría que en ocasiones su tarea consiste en desalentar al destinatario para que utilice su mejor evaluación a través de premios y castigos y mediante una educación que inculque los valores del seguimiento de normas.

Esta salida no parece ir mucho más lejos que la solución raziana. En primer lugar, porque nuevamente se igualan aquí las directivas de una autoridad con el seguimiento de normas. Todas las consideraciones de Schauer podrían admitirse como aplicables a las primeras, pero en razón de los argumentos

antes considerados no afectan la racionalidad en el seguimiento de normas. En segundo lugar, porque nadie cuestiona la racionalidad en el establecimiento de directivas por parte de una autoridad, sino solamente la racionalidad en su seguimiento por parte del destinatario, de modo que señalar esta asimetría entre autoridad y destinatario en lo que a la racionalidad se refiere deja todo exactamente en el mismo lugar, más allá de agregarse que, al imponer una directiva, la autoridad puede sumar razones prudenciales para su seguimiento derivadas de las sanciones correlacionadas a su trasgresión. En tercer lugar, porque si bien Schauer afirma que resultaría racional para la autoridad establecer sanciones para los casos de trasgresión a una directiva, no sólo a pesar de que el destinatario *crea que sería mejor violarla*, sino incluso cuando *sería mejor violarla*, pues de lo contrario habría escasas razones para que el destinatario obedezca cuando crea erróneamente que la violación estaría justificada, esto todavía no ofrece ningún argumento contra la objeción de la irracionalidad en el seguimiento de las directivas de una autoridad. Puede ser correcto que la autoridad esté dispuesta a sancionar a un sujeto por no seguir una de sus directivas incluso aunque, considerando todos los factores relevantes, sería mejor violarla. También puede ser correcto que desde el punto de vista de la autoridad esto resulte racional. Pero si considerando todos los factores relevantes, incluso el temor al castigo de la autoridad, es mejor violar la directiva de la autoridad que seguirla, lo que el destinatario debería hacer es violarla. Así concebidas, las directivas de una autoridad tampoco suministran verdaderas razones para la acción sino, a lo sumo, razones para creer que se debe actuar de cierto modo en situaciones de información incompleta.

Volviendo ahora a nuestro problema fundamental, esto es, el de la autoridad del derecho en situaciones de injusticia económica, y si los argumentos más elaborados que han intentado ofrecerse en apoyo de la idea de que el derecho suministra genuinas razones para la acción no parecen satisfactorios, sólo nos quedan dos alternativas. De conformidad con la primera de ellas, el derecho sólo ofrecería razones prudenciales para la acción,

fundadas en el deseo de evitar sanciones coactivas. Desde este punto de vista, resulta trivial sostener que el derecho “obliga” a quienes trata injustamente, porque en este sentido de “obligación” -la posibilidad de emplear la fuerza para hacer cumplir sus prescripciones- el derecho no obliga *incluso* a quienes resultan perjudicados por las desigualdades que el derecho consagra o consiente, sino que el derecho obliga *precisamente* a quienes trata injustamente, pues los beneficiarios de tales iniquidades no necesitarán del refuerzo motivacional que supone la amenaza de sanciones para tener poderosas razones prudenciales para acatar las normas que protegen sus privilegios. De acuerdo con la segunda alternativa, el derecho no ofrecería más que razones auxiliares de las razones morales dominantes. Siendo ello así, las directivas que el derecho consagra podrían en ciertos casos introducir una diferencia práctica, pero sólo en la medida en que no se opongan a las razones morales que serían en sentido estricto las únicas razones operativas. Bajo esta interpretación, no parece siquiera conceptualmente posible sostener que el derecho pueda obligar cuando consagra un régimen manifiestamente injusto en el plano económico y social, pues el sentido de “obligación” aquí considerado es moral.

4. El fundamento de la autoridad del derecho

Los padres tienen autoridad sobre sus hijos; el maestro posee autoridad frente a sus discípulos; el sargento tiene autoridad sobre sus subordinados. Parece plausible pensar que siempre que un sujeto posee autoridad sobre otro, la posee en virtud de cierta relación que media entre ambos.³³ Ahora

³³ ROSENKRANTZ considera que cualquier explicación satisfactoria de la autoridad debe dar cuenta de dos características: su *generalidad* -esto es, que la afirmación de que alguien posee autoridad debe constituir una afirmación general acerca del modo en que las directivas de la autoridad deben entrar en la deliberación práctica de cualquier agente racional-, y su *particularidad* -en el sentido de que si x posee autoridad, la posee sólo sobre los destinatarios de sus prescripciones, con independencia de cuán justas, eficientes o correctas puedan ser.

bien, si se acepta que para todo par de individuos x e y , si x se encuentra en cierta relación R con y , entonces x posee autoridad sobre y (esto es, si se acepta que la satisfacción de la relación R entre x e y es condición suficiente para sostener que x posee autoridad sobre y), de ello se sigue que para todo par de individuos x y z , si x posee la misma relación con z , entonces posee autoridad sobre z (de $\forall x,y (xRy \rightarrow xAy)$ se sigue que $\forall x,z (xRz \rightarrow xAz)$).³⁴ Por otra parte, si se acepta que para todo par de individuos x e y , si x posee autoridad sobre y , entonces x se encuentra en cierta relación R con y (esto es, si se acepta que la satisfacción de la relación R entre x e y es condición necesaria para sostener que x posee autoridad sobre y), de ello se sigue que para todo par de individuos x y z , si x no se encuentra en la relación indicada con z , entonces no posee autoridad sobre z (de $\forall x,y (xAy \rightarrow xRy)$ se sigue que $\forall x,z (\sim(xRz) \rightarrow \sim(xAz))$).³⁵

Para ejemplificar estos dos rasgos, ROSENKRANTZ afirma que “Si ... queremos explicar la autoridad paterna debemos dar cuenta de por qué todos los hijos -y no, por ejemplo, sólo aquellos que no han madurado sus habilidades emotivas o intelectuales- deben obedecer a sus padres” y además que “Para explicar la autoridad paterna debemos explicar por qué un padre sólo puede aspirar a tener autoridad sobre sus hijos y no sobre los hijos de los demás y por qué los hijos sólo deben diferir su juicio frente a sus padres y no frente a los padres de otros”. De esto puede derivarse fácilmente que, si el derecho posee autoridad, posee autoridad sobre todos sus súbditos y sólo sobre sus súbditos. Por ello, aunque ROSENKRANTZ no lo reconozca expresamente, si se acepta que una explicación satisfactoria de la autoridad del derecho ha de satisfacer estas dos exigencias de generalidad y particularidad, y si se demuestra o presupone que el derecho posee autoridad, ello alcanzaría, sin ninguna consideración adicional, para derivar la tesis central que ROSENKRANTZ intenta defender en su trabajo, esto es, que “...la injusticia económica y social no puede constituirse como una razón general para pensar que el derecho sea menos vinculante”, pues el derecho obligará a todos sus súbditos con total independencia de cualquier consideración adicional. Pienso que semejante conclusión sustantiva no puede justificarse simplemente de este modo: sostener que por el mero hecho de ser súbdito de un sistema jurídico una persona le debe obediencia a sus prescripciones, con independencia de cuán justas ellas sean e incluso si la persona en cuestión es la víctima de tales injusticias, es algo que no parece fácil de justificar, y si es que puede justificarse, su justificación no puede depender exclusivamente de una estipulación conceptual.

³⁴ Este es el fundamento sobre el cual se apoya el requisito de “generalidad” de ROSENKRANTZ.

³⁵ Este es el fundamento sobre el cual se apoya el requisito de “particularidad” de ROSENKRANTZ.

Así, si a es padre de b , y la relación de paternidad es condición suficiente de la autoridad de a sobre b , entonces si a también es padre de c , tendrá autoridad sobre c . Por otra parte, si a es padre de b , y la relación de paternidad es condición necesaria de la autoridad de a sobre b , si a no es padre de c , entonces no tendrá autoridad sobre c . A partir de esto se podría pensar que una explicación satisfactoria de la noción de autoridad debe dar cuenta de que si x posee autoridad sobre la base de una cierta relación, posee autoridad sobre todos aquellos con quienes se satisface esa relación (lo cual equivale a sostener que la relación que da fundamento para sostener que x tiene autoridad sobre y debe constituir una condición suficiente de la autoridad de x sobre y) y que, además, debe dar cuenta de que si x posee autoridad sobre la base de cierta relación, no poseerá autoridad respecto de quienes no satisfagan tal relación (lo cual equivale a sostener que la relación que da fundamento para sostener que x tiene autoridad sobre y debe constituir una condición necesaria de la autoridad de x sobre y).

Por su simplicidad, el caso de la autoridad paterna me parece muy ilustrativo para apreciar los defectos de esta posición. En contra de lo que se dijo en el párrafo anterior, parece muy sencillo demostrar que el hecho de ser padre no constituye ni una condición necesaria ni una condición suficiente para afirmar que alguien tiene autoridad sobre otra persona. Porque es fácil pensar en ejemplos en los que alguien puede tener autoridad sobre otra persona pese a no ser su padre (debido, por ejemplo, a que registra algún otro tipo de relación de superioridad en algún sentido que revista relevancia práctica) e, igualmente, que alguien puede no tener autoridad sobre otra persona pese a ser su padre (porque no lo ha reconocido como hijo, porque el hijo ya es adulto y el padre se ha tornado senil, porque se ha privado al padre de su patria potestad, etc.). Sin embargo, y pese a esto, parece muy sensato exigir a quien desee ofrecer una explicación satisfactoria de la noción de autoridad paterna que suministre un conjunto de condiciones que puedan reputarse necesarias y suficientes como para afirmar que x posee autoridad sobre y *como padre*, esto es, en razón de ser padre de y . ¿Cómo se congenian estas dos ideas?

Pues bien, como se dijo, no puede aceptarse que el hecho de que x sea padre de y constituya una condición necesaria de la autoridad de x sobre y . Esto parece obvio, dado que la noción de autoridad paterna es más restringida que la noción de autoridad, en el sentido de que si x tiene autoridad paterna sobre y , entonces x tiene autoridad sobre y , pero la converso no vale. Consiguientemente, dar cuenta de un modo satisfactorio de la noción de autoridad paterna, si bien requiere especificar condiciones necesarias y suficientes para que alguien posea autoridad paterna sobre otra persona, no requiere asumir el presupuesto erróneo de que ser padre es condición necesaria para tener autoridad. Tampoco, como se dijo, puede asumirse sin más que el hecho de que x sea padre de y constituya una condición suficiente de la autoridad de x sobre y , dado que una multiplicidad de circunstancias -quizás no ordinarias sino excepcionales- puede determinar que x no tenga autoridad alguna sobre y pese a ser su padre. Pero, si x es padre de y , y no se verifican ninguna de tales circunstancias excepcionales, entonces x tendrá autoridad sobre y . En otras palabras, si bien es cierto que una explicación satisfactoria de la noción de autoridad paterna debe especificar las condiciones necesarias y suficientes para afirmar que x tiene autoridad sobre y como padre, tampoco requiere asumir que el hecho de que x sea padre de y es condición suficiente para sostener que x tiene autoridad paterna sobre y . Desde luego que si x tiene autoridad paterna sobre y , de ello puede concluirse que x es padre de y , pero x podría ser padre de y y no tener autoridad paterna sobre él. Una explicación satisfactoria del concepto de autoridad paterna debe asumir por definición que ser padre es condición necesaria para tener autoridad paterna, pero no obliga a asumir por definición que la relación de paternidad es condición suficiente para afirmar la existencia de autoridad paterna. Por el contrario, parece sensato pensar que ser padre sólo constituye una condición contribuyente (una condición necesaria de una condición suficiente) para tener autoridad paterna, en el sentido de que si x es padre de y , y no se dan ciertas circunstancias excepcionales, entonces podremos afirmar que x tiene autoridad paterna sobre y .

En síntesis, parece que un principio de explicación de la noción de autoridad paterna podría esquematizarse del siguiente modo:

- (1) Si x tiene autoridad paterna sobre y , entonces x es padre de y .
- (2) Si x es padre de y , y no se verifican ciertas circunstancias excepcionales $c_1 \dots c_n$, x tiene autoridad paterna sobre y .

A lo que habría que agregar:

- (3) Si x tiene autoridad paterna sobre y , entonces x tiene autoridad sobre y .

Por supuesto, la conversas de (3) no vale.³⁶

No obstante lo que se dijo sobre lo aleccionador que podría resultar un examen de la autoridad paterna para apreciar las deficiencias del argumento considerado, pensar que un análisis de la autoridad jurídica pueda reconstruirse de una manera análoga a la noción de autoridad paterna me parece desafortunado. Porque en el caso de la autoridad paterna resulta muy claro que existe una relación, la relación padre-hijo, que reviste relevancia fundamental. En cambio, no es claro que esto mismo pueda sostenerse en el caso de la autoridad del derecho. Ser súbdito de un sistema jurídico no parece tener en el caso de la autoridad jurídica el mismo papel que posee la relación padre-hijo en el caso de la autoridad paterna. Porque ser súbdito de un sistema jurídico o bien significa simplemente *estar obligado* por el derecho, con lo que no puede tener ningún papel explicativo de la idea de autoridad jurídica, o bien ha de entenderse en el sentido de ser destinatario de las prescripciones jurídicas, esto es, que el derecho *pretende* obligarlo,³⁷ pero en

³⁶ De conformidad con este análisis, la noción de autoridad paterna satisface la condición de particularidad pero no la de generalidad.

³⁷ En este último caso, una dificultad adicional estriba en que si bien las normas de un cierto sistema jurídico son generales en cuanto a las circunstancias y, con pocas excepciones, generales en cuanto a los sujetos destinatarios, esto último no significa necesariamente que los destinatarios de las normas jurídicas sean siempre un mismo conjunto de personas. Por el contrario, la mayoría de las normas de un sistema jurídico posee diferentes clases de destinatarios. No obstante, incluso despreciando esta dificultad y considerando de un modo harto simplificado que, por ejemplo, las normas jurídicas argentinas tienen por destinatarios a los argentinos, tal afirmación así formulada parece claramente falsa desde el momento en que las normas jurídicas argentinas se aplican en un sinnúmero de casos a no argentinos.

este sentido parece claro que la relación de ser súbdito de un sistema jurídico es irrelevante para nuestro problema. La pregunta acerca de la autoridad del derecho consiste en intentar dilucidar si el derecho obliga, en tanto tal, a quienes pretende obligar y, en todo caso, por qué. En otras palabras, nuestra pregunta es, justamente, si y por qué las normas de un sistema jurídico obligan a quienes pretenden obligar.

Fuera de la indicada relación, no se aprecia a primera vista qué otra relación podría tener el mismo papel capital a la hora de explicar la noción de autoridad jurídica. No obstante, supongamos por hipótesis que existe una relación semejante: voy a denominarla *pertenencia a una misma comunidad política*, sin mayores precisiones por ahora.³⁸ Si tal fuera el caso, entonces sí podríamos proyectar el análisis efectuado sobre la autoridad paterna para la evaluación de la autoridad jurídica. Si la analogía se mantiene, que x pertenezca a la comunidad política CP no puede constituir una condición necesaria para considerar que las normas del sistema jurídico de CP poseen autoridad sobre x , porque las normas del sistema en cuestión podrían obligarlo por otras razones, esto es, pese a no ser miembro de CP. Tampoco podría constituir una condición suficiente para considerar que el sistema posee autoridad sobre x , porque podría ocurrir que x sea miembro de la comunidad política CP y, no obstante, x tenga muy buenas razones para desobedecer sus prescripciones. Pero podría admitirse que el hecho de que el sistema tenga autoridad jurídica sobre x es condición suficiente para sostener que tiene autoridad sobre x ; que si el sistema de CP tiene autoridad jurídica sobre x , entonces x es miembro de la comunidad política CP y que si x es miembro de la comunidad política CP, entonces, si no se verifican ciertas circunstancias excepcionales, el sistema de CP tendrá autoridad jurídica sobre x (esto es, que x sea miembro de CP sería una condición contribuyente para que el sistema tenga autoridad jurídica sobre x).

³⁸ Esa es la relación que examina ROSENKRANTZ en su trabajo.

En conclusión, asumiendo por hipótesis que la autoridad del derecho se apoya en una cierta relación relevante, como la pertenencia a una misma comunidad política, una explicación satisfactoria de la autoridad del derecho *como derecho*, debería dar cuenta de que la satisfacción de tal relación es condición necesaria de la autoridad jurídica sobre quienes la satisfacen, esto es, que si alguien no es miembro de la comunidad política en cuestión, el sistema correspondiente a dicha comunidad política no tendrá autoridad jurídica sobre él, pero no exige suponer que sea, además, condición suficiente de tal autoridad, esto es, que para todo miembro de la comunidad política el sistema jurídico correspondiente posea autoridad jurídica sobre él.

(1) Si el derecho de CP tiene autoridad jurídica sobre x , entonces x es miembro de CP.

(2) Si x es miembro de CP, y no se verifican ciertas circunstancias excepcionales $c_1 \dots c_n$, entonces el derecho de CP tiene autoridad jurídica sobre x .

A lo que cabría agregar:

(3) Si el derecho de CP tiene autoridad jurídica sobre x , entonces el derecho de CP tiene autoridad sobre x .

Por supuesto, la converso de (3) no vale.³⁹

Ahora bien, para que la analogía se mantenga, la relación de membresía a una misma comunidad política debería satisfacer un requisito que satisface la relación padre-hijo. Cuando se dice que x tiene autoridad paterna sobre y , lo que se sostiene es que x tiene autoridad sobre y *por ser su padre* y no por otra razón, en el sentido de que el hecho de que x sea padre de y es una condición -en las condiciones antes especificadas- que resulta normativamente relevante para considerar que sus prescripciones obligan a y .

³⁹ De conformidad con este análisis, la noción de autoridad jurídica, al igual que la autoridad paterna, satisfaría la condición de particularidad pero no la de generalidad.

Pero a diferencia de la relación padre-hijo, la relación de membresía a una misma comunidad política no constituye un hecho normativamente relevante que permita justificar la autoridad del derecho. La noción de “comunidad política” no puede sino ser una construcción teórica, de modo que la exigencia de pertenencia a una misma comunidad política carece de todo significado por sí misma. Cualesquiera que sean las condiciones que se exijan para considerar que alguien forma parte de una misma comunidad política con otros, será la satisfacción de tales condiciones, y no la relación de pertenencia a la construcción teórica “comunidad política”, lo que determine en qué casos y sobre quiénes se estima que posee autoridad el derecho.⁴⁰

⁴⁰ ROSENKRANTZ afirma que su “...concepción de la membresía ... es la siguiente: carezco del vínculo adecuado con mi comunidad, y por lo tanto sus decisiones no pueden ser vinculantes (por lo menos en lo que a mí respecta), cuando a) el funcionamiento de las instituciones de mi comunidad impide que, como cuestión de hecho, tanto mis opiniones como mis intereses cuenten en el proceso de toma de decisión colectiva, o cuando b) las instituciones están organizadas precisamente a los efectos de que o mis opiniones o mis intereses no cuenten en dicho proceso.” Al respecto me parece, en primer lugar, que la segunda de tales exigencias resulta completamente superflua: si de hecho ni mis opiniones ni mis intereses cuentan, la razón por la cual no cuentan -porque las instituciones están organizadas para que no cuenten o por cualquier otra razón- resulta irrelevante. En el único caso en que tendría sentido conservar la alternativa b) junto a la alternativa a) sería cuando las instituciones están organizadas con el objeto de impedir que mis opiniones o intereses cuenten pero que ese objetivo no se logre, de modo que pese a ello mis opiniones e intereses sí cuenten. No obstante, en ese caso me parece obvio que cualquiera que asuma este punto de vista concluiría que soy miembro de la comunidad política. En segundo lugar, resulta difícil entender en qué consiste concretamente la pauta de ROSENKRANTZ de que los intereses de todos los miembros de una misma comunidad política cuenten en el proceso de toma de decisiones. Porque, por una parte, no todos los intereses de cualquiera merecen contar: mi interés en que no se mude frente a mi casa una familia negra -ya sea por simple discriminación o porque temo que la discriminación de otros deprecie el valor de mi casa- no merece ser tomado en cuenta. Y porque, por otra parte, lo relevante de tomar en cuenta los intereses de todos es que parece injustificable tomar en cuenta los intereses de *x* y en cambio no tomar en cuenta los intereses de *y*, sólo porque son *sus* intereses. En otras palabras, la razón por la cual han de tomarse en cuenta los intereses de todos es porque sólo así se los trata como iguales. De manera que si es la igualdad lo que exige tomar en cuenta los intereses de todos, resulta incongruente concluir que esta pauta es compatible con las mayores desigualdades económicas.

5. Ilegitimidad de las desigualdades

Para concluir mi trabajo efectuaré algunas consideraciones sobre el interrogante del último párrafo del punto anterior, esto es, en qué casos y sobre quiénes puede sostenerse que el derecho posee autoridad, en el sentido que he intentado precisar hasta aquí. Más específicamente, quisiera tratar de aclarar por qué no creo que pueda decirse que el derecho impone genuinos deberes en contextos de manifiesta desigualdad económica.

De acuerdo con un reciente estudio de la CEPAL, en América Latina y el Caribe, sobre un total de unos 512 millones de personas, 222 millones viven en la pobreza y 96 millones (un 18,6 por ciento de la población) en la indigencia, esto es, condenados a subsistir con menos de un dólar por día.⁴¹ La pobreza extrema nos conmueve y nos resulta intolerable: es casi inhumano permanecer impasible frente a familias enteras que viven buscando en los basurales algo para comer o frente a chicos que mueren por desnutrición. Permítaseme ofrecer un ejemplo, para que se entienda de qué estoy hablando:

“Desafiando temperaturas bajo cero, un padre trasladó a su hija, que padece un grave cuadro de desnutrición, durante 10 horas por cerros y valles catamarqueños para que fuera asistida por un médico. Avelino Vega, que tiene 12 hijos, tomó la decisión luego de que el lunes su nena sufrió una fuerte descompensación, debido a la desnutrición que padece. “Mi hija tiene una salud muy frágil. El lunes tuvo una fuerte descompensación e interpreté que se estaba muriendo, por lo que decidí salir de Río Grande caminando con mi hija en brazos, con mucho abrigo”, relató. El hombre, que no tiene trabajo ni ingresos fijos, explicó que luego de caminar durante

⁴¹ Diario *Clarín* de Argentina, edición del 11 de junio de 2005 (<http://www.clarin.com/diario/2005/06/11/elmundo/i-04002.htm>).

10 horas, llegó a la localidad de Tatón el martes a las 8 y lo trasladaron en vehículo hasta Fiambalá donde fue atendida su hija.⁷⁴²

No obstante, en una sociedad en la que todos fuésemos igualmente pobres en el sentido de no ver cubiertas nuestras necesidades básicas,⁴³ aunque seguramente tendríamos poderosas razones para sentirnos insatisfechos, habría muy poco que reprochar en cuanto a su justicia. Porque la pobreza no es un problema moral: el problema es la desigualdad. Y los sistemas jurídicos no son agentes inocentes respecto de este problema, puesto que me parece incuestionable, tal como lo sostiene Dworkin, que:

“...la distribución de la riqueza es el producto de un orden jurídico: la riqueza de una persona depende decisivamente de qué leyes ha promulgado su comunidad -no sólo las leyes que gobiernan la propiedad, los delitos contra ella, los contratos, la responsabilidad por daños, sino las leyes de

⁴² Diario *Clarín* de Argentina, edición del 20 de julio de 2005 (<http://www.clarin.com/diario/2005/07/20/um/m-1017673.htm>). Imagínese que el Sr. Vega en medio de su recorrido encuentra un vehículo ajeno y se lo roba para llevar a su hija a un hospital. O mejor, que luego de lo acontecido decide comenzar a cortar rutas reclamando de las autoridades políticas que se adopten los recaudos necesarios para que nadie en el futuro tenga que vivir lo que él vivió. ROSENKRANTZ reconoce que “*El derecho no puede reclamar conductas heroicas y sería heroico exigir de alguien que no se defienda o que se abstenga de perjudicar bienes de otros cuando algo suyo de mayor importancia está en peligro*”. No obstante, le parece difícil que eso ocurra en el caso de las desigualdades económicas, pues las víctimas de tales injusticias desobedecerían el derecho “...con el objeto no de preservar un bien propio sino de, simplemente, llamar la atención sobre su propia situación, ejerciendo presión o violando los derechos de personas distintas a aquellas que son las estrictamente responsables de la situación en la que ellas se encuentran”.

⁴³ La pobreza puede ser entendida de dos maneras distintas: como una relación comparativa y relativa, o como un atributo con carácter absoluto. En el primer sentido, se dirá que x es más/menos pobre que y si y sólo si x tiene menos/más recursos que y . En el segundo sentido, se dirá que x es pobre (*simpliciter*) si y sólo si posee recursos inferiores a cierto umbral.

asistencia social, las impositivas, las laborales, las que confieren derechos civiles, las regulaciones del medioambiente y las leyes que reglamentan prácticamente cualquier otra cosa.”⁴⁴

Por supuesto, puede ser que ciertas desigualdades de trato posean justificación, pero esto presupone exactamente lo que quiero resaltar: que las desigualdades *requieren* de una justificación.⁴⁵ Con todo, aún aceptando esto, se podría pensar que el ideal abstracto de tratar a las personas como iguales, de brindar igual consideración a los intereses de todos, es compatible todavía con numerosas concepciones diferentes de la igualdad. Tomar en cuenta el punto de vista de cada uno y tratarlo como si fuera tan importante como el nuestro sería compatible con hacer que la satisfacción de preferencias entre todos alcance su máximo grado, con asegurar a cada uno un cierto nivel mínimo de recursos y libertades, con hacer lo que es mejor para los que están situados en la peor posición, entre otras posibilidades.⁴⁶ La aceptación del ideal abstracto de la igualdad no nos dice todavía cuál de estas u otras concepciones de la igualdad es la más satisfactoria.

⁴⁴ DWORKIN 2000:1. La traducción es mía.

⁴⁵ Con respecto a la pregunta acerca de si las víctimas de la injusticia económica y social están obligadas a obedecer el derecho ROSENKRANTZ no ofrece ningún argumento general en apoyo de su respuesta afirmativa, sino sólo algunas consideraciones sobre la situación en Argentina. Doy por sentado que su respuesta es afirmativa porque si bien en alguna parte de su paper parece tener reparos en reconocerlo expresamente, e incluso afirma “...yo no pretendo ofrecer una respuesta concluyente al problema de la relación entre la injusticia y el derecho en las particulares circunstancias argentinas ni ninguna otra conclusión práctica”, en la conclusión expresa que “Si lo que he dicho es correcto, la injusticia económica y social no puede constituirse como una razón general para pensar que el derecho sea menos vinculante”. Con relación a Argentina, ROSENKRANTZ estima que hay un sistema “relativamente eficaz en la reproducción de las opiniones de los que menos tienen”, y ello debido fundamentalmente a que el voto es obligatorio y a que “los partidos políticos mayoritarios declaran representar los intereses de los postergados”. Esto me parece un argumento minúsculo como para concluir que los pobres no pueden ser considerados alienados en nuestra sociedad y, consiguientemente, que el derecho tal como es posee autoridad sobre ellos.

⁴⁶ Cf. MACKIE 1984:92; KYMLICKA 1990:54.

No tengo problemas en aceptar que se discuta en estos términos, siempre y cuando no nos dejemos engañar por la carga emotiva favorable que parece conferirle esta presunta aceptación de un ideal de igualdad vaciado de todo contenido sustantivo a posturas que sólo buscan legitimar ciertas formas de desigualdad. Hecha esta salvedad, me gustaría tratar de mostrar a través de la consideración de unos pocos argumentos bien conocidos, que incluso los esfuerzos teóricos más significativos llevados a cabo para intentar justificar desigualdades en el plano económico parecen insatisfactorios.

Un buen comienzo es examinar brevemente el liberalismo conservador de Nozick.⁴⁷ A juicio de Nozick, si se parte de una distribución D que se reputa justa, incluso aunque ella sea igualitaria, debería admitirse que mediante transacciones libremente consentidas se puede llegar a una distribución D' no igualitaria, que debería también ser considerada justa, puesto que la situación de origen es justa y el procedimiento de variación no parece tener nada de objetable dado que se trata de transacciones voluntarias entre adultos. Para ello emplea el conocido ejemplo de Wilt Chamberlain. Ahora bien, si usted vive en una sociedad perfectamente igualitaria, ¿aceptaría pagar un sobreprecio de 25 centavos en su entrada a un partido de basquet para ver jugar a Wilt Chamberlain, siendo que ese sobreprecio será exclusivamente para el jugador, de modo tal que Chamberlain se volverá mucho más rico que los demás, y esto implicará, entre otras cosas, que los hijos de Chamberlain, aunque no hagan ni siquiera la estúpida contribución que hace Chamberlain a la sociedad, vivirán una vida incomparablemente mejor que la de sus propios hijos? El argumento resulta insostenible pues presupone lo que pretende demostrar:⁴⁸ si la distribución D se reputaba justa, lo era porque era igualitaria; si un procedimiento conduce de tal distribución a otra distribución D' no igualitaria, resulta injusto. Usted puede consentir desprenderse de parte de su dinero

⁴⁷ Cf. NOZICK 1974.

⁴⁸ Cf. NAGEL 1995; GARGARELLA 1999:57, KYMLICKA 1990:116-118.

para ver jugar a Chamberlain mientras el único perjudicado sea usted, pero esa acción sólo puede admitirse con el límite de que no perjudique a terceros. Y los terceros se perjudican no sólo cuando se los priva de algo que poseen, sino también cuando se altera lo que poseen los demás o el modo en que se distribuye lo que poseen los demás.⁴⁹ ¿Por qué tendría yo que aceptar que a partir de sus acciones los hijos de Chamberlain vivan mejor que los míos? Despréndase usted de sus 25 centavos, pero eso no le da a Chamberlain ningún derecho de propiedad plena sobre ellos.

Pero además de lo señalado, las transacciones entre adultos sólo pueden operar sobre algo que se posee legítimamente, de ahí que Nozick necesite justificar cuándo puede considerarse justo que alguien se apropie de recursos externos. La alternativa a primera vista más plausible es que se califique como justa aquella apropiación que deje abierta para los demás la posibilidad de apropiarse de otros recursos en la misma cantidad y calidad. No obstante, Nozick sostiene que esta exigencia es excesiva, y trata de demostrarlo con un argumento que, en caso de que se efectuara un ranking de los diez peores argumentos utilizados en la historia de la filosofía, sin lugar a dudas debería ocupar un sitio en la lista. La idea es la siguiente: si la gente se apropia de recursos de modo tal que cuando llegamos a una cierta persona, digamos *z*, ésta se queda sin nada, habría que considerar que la apropiación del anterior, digamos *y*, fue injusta porque no dejó abierta la posibilidad de que *z* se apropiara de recursos en la misma cantidad y calidad que él. Pero entonces también sería injusta la apropiación que hizo el anterior, digamos *x* y, siguiendo idéntico razonamiento, ninguna de las apropiaciones podría calificarse como justa. Concluye de esto Nozick que, siendo esta exigencia demasiado fuerte, deben considerarse justas aquellas apropiaciones que no dañen a otros, resultando esto compatible a su criterio con que unos pocos

⁴⁹ Cf. COHEN 1977:218.

acaparen recursos de manera desigual respecto de la enorme mayoría.⁵⁰

Para simplificar el análisis del argumento de Nozick, consideremos únicamente la apropiación de la tierra, y supongamos como hipótesis que sólo existen 100 hectáreas de tierra, toda ella de exactamente la misma calidad, y que de momento hay sólo 10 personas en el mundo.⁵¹ ¿En qué caso diríamos que la apropiación de la tierra hecha por alguien es justa? La respuesta obvia es que lo justo sería que cada uno se apropie únicamente de 10 hectáreas, lo que equivale a decir que es justa una apropiación de tierra en la medida en que deja abierta para los demás la posibilidad de apropiarse de exactamente la misma cantidad de tierra. Hasta aquí, el argumento de Nozick no tiene cabida alguna: en la medida en que se mantengan constantes tanto los recursos como las personas, la pauta de dejar la posibilidad a otros de apropiarse de la misma cantidad de recursos siempre es aplicable y depende exclusivamente de una operación de división, de manera que la situación planteada por Nozick del pobre *z* que se queda sin nada no se verifica. Si se verificara, ello por

⁵⁰ El razonamiento de Nozick recuerda una falacia lógica que fuera denunciada en el marco de los estudios efectuados en los años '50 de una familia de paradojas denominadas "paradojas pragmáticas". Un ejemplo de este tipo de paradojas es el del examen sorpresa. El profesor anuncia al comienzo del curso que antes de su finalización tomará un examen sorpresa, esto es, sin previo aviso y sin que nadie pueda determinar por anticipado cuándo va a acontecer. El alumno Nozick convence a sus compañeros de que tal examen no se tomará nunca con el siguiente argumento: "un examen como el propuesto no podría tomarse el último día del curso, porque si se dejaran pasar todos los días de clase salvo el último sin tomar el examen sorpresa, podríamos predecir sin dificultad que se tomará ese último día, pero entonces el examen no tendrá nada de sorpresivo. Ahora, siendo ello así, tampoco puede tomarse este examen el penúltimo día de clase, porque entonces, sabiendo que no puede ser tomado el último día, y si sólo quedan dos días de clase, entonces podremos predecir con facilidad que el examen se tomará ese día. Argumentos similares obligan a descartar todos los días de clase, de modo que no puede haber examen sorpresa". Al día siguiente el profesor toma el examen sorpresa y todos los alumnos resultan reprobados, empezando por Nozick, a quien además sus compañeros le propinan una golpiza.

⁵¹ Suprimir el problema de la calidad es por supuesto artificial, pero no soy yo el que está tratando de probar que es justo que la gente se apropie de algo sino Nozick.

cierto no demostraría que *no se puede* efectuar una distribución que deje a los demás igual cantidad de recursos, sino solamente que no se lo ha hecho.

Desde luego, la situación hipotética planteada no puede ser la que tiene en mente Nozick. Lo que parece presuponer su argumento es que la pauta considerada, si bien puede funcionar en el plano estático, digamos en un tiempo t , no puede funcionar en el plano dinámico, si es que varían ya sea la cantidad de recursos o el número de personas. En el tiempo t cada uno de los 10 habitantes del mundo nos apropiamos justamente de 10 hectáreas de tierra, pues dejamos abierta para los demás la posibilidad de apropiarse de la misma cantidad de tierra si es que desean hacer lo mismo. Pero ahora resulta que en t uno de los diez pobladores tiene un hijo, a quien no le hemos dejado nada para apropiarse. Consiguientemente, lo que era un conjunto de apropiaciones justas pasa a ser un conjunto de apropiaciones injustas a la luz de nuestro criterio. Todo esto es correcto; ahora bien, ¿cuál es la conclusión de Nozick? Que tenemos que debilitar nuestro criterio de apropiación justa porque el empleado no puede ser satisfecho. Pero esto es un error: lo único que demuestra el argumento de Nozick es que este criterio de apropiación justa no consiente el otorgamiento de derechos irrevocables. Si cambian las circunstancias, será preciso volver a aplicar el mismo criterio. En nuestro ejemplo, si ahora somos 11 habitantes, las 100 hectáreas deberían ser igualitariamente distribuidas a razón de 9,09 hectáreas para cada uno.

A esto podría objetársele que la idea de apropiación ya presupone el otorgamiento de derechos irrevocables, que esto es justamente lo que se está buscando justificar, por lo que nuestra pauta de dejar subsistente la posibilidad de que los demás se apropien de igual cantidad y calidad de recursos no resultaría una pauta adecuada de “apropiación” justa. De hecho, Nozick habla de derechos “permanentes y hereditarios”. No obstante, cualquiera sea el criterio de apropiación justa que se emplee, cuando varíen las circunstancias se requerirá igualmente reevaluar las apropiaciones para determinar si se siguen ajustando a la pauta escogida y, eventualmente, efectuar las rectificaciones que correspondan. El mismo Nozick reconoce esto: si cada

uno de nosotros posee un pozo de agua, pero un desastre natural hace que todos menos el mío se sequen, esta circunstancia obliga a reconocer un límite a mi derecho de propiedad. Por consiguiente, como cualquier criterio de apropiación justa obliga a ajustes y rectificaciones si varían las condiciones iniciales, y como si no se aceptan reajustes en función de cambios en las circunstancias ningún criterio puede justificar apropiaciones que confieran derechos irrevocables, el argumento de Nozick resulta inadmisibles también en el plano dinámico.⁵²

Otra posible justificación de la desigualdad que ha sido extensamente analizada es la que puede construirse sobre la base de la idea utilitarista de la promoción del mayor bienestar general: las desigualdades económicas podrían justificarse en los casos en los que ellas maximicen la suma o la media (según las diferentes corrientes utilitaristas) de bienestar general, esto es, si producen el bienestar agregado más elevado. El utilitarismo se apoya en la idea fuertemente intuitiva de que un examen de la corrección moral de una acción no puede desentenderse de sus consecuencias sobre las personas. Por otra parte, el cálculo utilitarista cuenta como iguales las preferencias de todos, concretando de esa forma el ideal de igual consideración.

Sin embargo, y como primera dificultad, el utilitarismo no toma en cuenta quiénes resultan ser los titulares de las preferencias que se satisfacen o se sacrifican. En el plano individual, una persona puede sacrificar algunas

⁵² NOZICK, si bien “*consciente de la dificultad de rehuir un pasado intelectual*”, ha expresado posteriormente su “*insatisfacción*” con la perspectiva defendida en *Anarquía, estado y utopía*. De todos modos, para este “nuevo” (?) NOZICK, las políticas públicas tendientes a corregir las atroces desigualdades que se registran en nuestras sociedades sólo se justificarían porque “*expresan simbólicamente nuestros lazos de afecto*”, porque son “*expresión pública conjunta de afecto y solidaridad*”. Y aunque “*esta afirmación pública conjunta no es simplemente verbal; aquellos en nombre de quienes se habla quizá deban pagar impuestos para ayudar a soportar los programas que ello implica*”, Nozick estima que “*alguien que objeta por razones morales las metas de una política pública debería contar con permiso de la sociedad para no ser incluido en dicha política*” (NOZICK 1989:228-230). Un “arrepentimiento” semejante se parece mucho a una hipocresía.

de sus preferencias con el objeto de maximizar la satisfacción de otras. Pero el utilitarismo traslada esta misma operación al plano colectivo, de lo que resulta que las preferencias de ciertas personas pueden verse sacrificadas en beneficio de la satisfacción de las preferencias de otras personas, lo cual implica no respetar a los individuos como seres autónomos. En segundo lugar, el que se persiga maximizar el bienestar provoca una dificultad ligada a este último concepto: computar como iguales las preferencias de todos obligaría en principio, siendo que cada fuente de utilidad tiene igual importancia, a tomar en cuenta preferencias caras -mi gusto por desayunar todas las mañanas champagne francés y caviar ruso debe contar igual que su gusto por desayunar mate cocido con bizcochos de grasa-, lo cual parece contraintuitivo debido a que cada quien debería responsabilizarse por sus elecciones y no deberíamos esperar que nos subvencionen nuestras preferencias caras. Claro que no resulta muy sencillo efectuar un corte aquí tomando en cuenta la idea de responsabilidad, porque también se presenta el problema de las preferencias poco ambiciosas que son producto de una falsa conciencia -su gusto por el mate cocido y los bizcochos puede obedecer a que, como estrategia de supervivencia, usted se ha convencido de que no merece un desayuno más suculento-. Y eso no es más que el comienzo: una persona no sólo tiene preferencias respecto de los bienes, recursos y oportunidades que han de corresponderle a ella sino también preferencias respecto de los bienes, recursos y oportunidades que a su criterio deberían corresponderle a los otros.⁵³ Siendo así, tendremos que incorporar en el cálculo de utilidad la preferencia discriminatoria del vecino que no quiere que se mude a su barrio una familia negra, porque son negros, tanto como mi preferencia de que no se mude a mi barrio una familia negra porque, si bien no tengo ningún problema con los

⁵³ DWORKIN llama a las primeras *preferencias personales* y a las segundas *preferencias externas* (cf. DWORKIN 1977:234). En DWORKIN 2000:17, en cambio, se traza una distinción diferente entre preferencias políticas, impersonales y personales.

negros, preferencias como la de mi vecino harán que mi casa pierda valor. Aquí se genera un grave dilema para el utilitarismo: porque o bien se computan todas estas execrables preferencias en el cálculo de utilidad para determinar el valor moral de las acciones, lo cual parece completamente inaceptable, o bien se las excluye sobre la base de algún iluminado criterio de selección de “preferencias informadas”, en cuyo caso se pierde el atractivo básico del utilitarismo de tomar en consideración las preferencias de la gente de carne y hueso en un pie de igualdad, y todo el cálculo se convierte en una ficción acerca de lo que preferirían ciertos seres plenamente racionales. Y la salida a este dilema consistente en bloquear preferencias de este tipo mediante el reconocimiento de un conjunto mínimo de derechos para toda persona no se encuentra disponible para el utilitarista porque en esta concepción nada corresponde a alguien por derecho con carácter previo al cálculo de utilidad.⁵⁴

Obviaré otras diversas objeciones que se han dirigido contra el utilitarismo. Sólo desearía agregar que tomar al principio de utilidad como pauta de corrección moral enfrenta al utilitarismo con otro dilema, tanto o más serio que el anterior y más directamente vinculado con el problema de las desigualdades. Como lo puntualiza correctamente Kymlicka, existen centralmente dos argumentos con los que puede justificarse el incremento de la utilidad como criterio de corrección moral: por una parte, el utilitarismo puede intentar justificarse sosteniendo, como se dijo, que trata a las personas como iguales, con igual consideración y respeto, al asignar el mismo peso a las preferencias de cada uno, sin importar el contenido de tales preferencias;

⁵⁴ Algunos de los problemas comentados han intentado sortearse mediante la sustitución del utilitarismo de actos, es decir, el que postula la aplicación directa del principio de utilidad para la evaluación de la corrección moral de los actos, por el utilitarismo de reglas, esto es, aquel que sostiene que el test de utilidad se aplica para determinar qué reglas deben seguirse, y luego las acciones se evalúan en función de tales reglas. No obstante, David LYONS ha controvertido seriamente esta propuesta con el argumento de que ambas formas de utilitarismo resultarían en realidad equivalentes (cf. LYONS 1965:capítulo 4), un argumento que tiene fuerte vinculación con las paradojas de la autoridad y del seguimiento de normas generales comentadas en el punto 2.

por la otra, el utilitarismo puede justificarse teleológicamente porque promueve la obtención de un estado de cosas que se reputa valioso, y si se cuenta a los individuos como iguales es simplemente porque éste es el modo de alcanzar dicho estado de cosas. Ahora bien, si la versión adecuada del utilitarismo es la reflejada en este segundo argumento, entonces las personas sólo cuentan como medios y se pierde el atractivo originario que parecía presentar esta doctrina al evaluar la corrección moral de las acciones en función del bienestar de los seres humanos -pues el énfasis se pone aquí en el *bienestar*, no en los *seres humanos*-. Pero si en cambio se estima que la versión correcta del utilitarismo es la primera, entonces no hay modo de justificar un compromiso autónomo con la maximización del bienestar y sólo debería empleárselo cuando represente la forma más adecuada de tratar a las personas como iguales.⁵⁵

Lo que el dilema pone de manifiesto es que no se puede sostener coherentemente que la moral tiene que ver con el incremento del bienestar y con la igual consideración de todos los individuos, esto es, que el utilitarismo asume una concepción inadecuada de la igualdad. Si el interés esencial de las personas es la satisfacción de preferencias, y que se otorgue a cada uno igual consideración, ¿qué otra cosa se puede hacer más que darle la misma importancia a las preferencias de cada uno? No obstante, si maximizar la utilidad se preocupa por tratar a las personas como iguales, ello choca con nuestras intuiciones de lo que significa igual consideración, pues se trata a las personas como medios para los fines de otros. Al menos parte de lo que significa mostrar igual consideración y respeto hacia otros es tener en cuenta lo que les corresponde por derecho, de manera que el utilitarismo no puede garantizar que las personas sean tratadas como iguales ya que carece de una teoría de los derechos.

La idea rawlsiana de que las desigualdades económicas y sociales deben estructurarse de tal manera que redunden en un mayor beneficio de los peor

⁵⁵ Cf. KYMLICKA 1990:45 y ss.

situados parece mucho más promisorio que los caminos anteriores.⁵⁶ Rawls ofrece su teoría como un modo de superar el ideal de la igualdad de oportunidades. En una sociedad en la que rigiese el principio de igualdad de oportunidades, el éxito o fracaso estaría determinado por el rendimiento, las elecciones y el esfuerzo, no por circunstancias sociales por las que la gente no tiene responsabilidad. Pero si bien Rawls reconoce el atractivo de esta idea básica, considera que existe otra fuente de desigualdades que debe ser corregida: las desigualdades naturales. La injusticia en los dos casos parece similar puesto que las porciones distributivas no deberían ser influidas por factores arbitrarios desde el punto de vista moral. Así, si aquellos que tienen más aptitudes no merecen las ventajas que tienen, sus mayores expectativas serían legítimas sólo si se integran en un esquema que mejore las expectativas de los miembros menos favorecidos de la sociedad.⁵⁷

Hay, con todo, una primera dificultad con esta postura, que podría presentarse del siguiente modo. La teoría de Rawls se expresa en términos de bienes primarios, esto es, aquellos bienes necesarios, sea cual sea la concepción del bien que uno tenga, como medios para perseguir nuestros fines. Rawls se aleja con esto por igual, tanto del utilitarismo, que centra la atención en el bienestar -y además exige maximización de un total o de un promedio entre la gente y no que las desigualdades maximicen las posiciones relativas a bienes primarios de quienes se encuentran en peor situación-, como del ideal de igualdad de oportunidades, que no corrige las desigualdades naturales. Sin embargo, Amartya Sen ha criticado los intentos de igualar a la gente en cuanto a sus niveles de bienestar como en sus niveles de recursos (ingresos o bienes primarios), proponiendo en su lugar el objetivo de igualar

⁵⁶ Cf. Rawls 1971:302-303.

⁵⁷ KYMLICKA puntualiza acertadamente que del hecho de que *las desigualdades naturales y sociales* sean arbitrarias podría seguirse que ese tipo de desigualdades deberían influir en la distribución sólo cuando redunden en beneficio de los que están peor. Pero el principio de diferencia dice que *todas las desigualdades* deben redundar en beneficio de los que están peor (cf. KYMLICKA 1990:72). No exploraré esta objeción.

las capacidades básicas de la gente.⁵⁸ La dificultad que apunta Sen con relación a una postura como la de Rawls es que su principio de la diferencia no le asigna más recursos a una persona discapacitada que a los otros en virtud de su discapacidad. Y ello porque la posición de los que están peor se caracteriza en términos de la posesión de bienes primarios sociales, sin considerar a tal fin las diferencias en bienes primarios naturales. En consecuencia, aun poseyendo los mismos bienes básicos, un discapacitado podría estar peor que otros con respecto a sus capacidades básicas y su bienestar. Un cierto nivel de ingresos puede sustentar diversas capacidades básicas, como la locomoción ordinaria para quienes no tienen discapacidades, pero no le conferirá las mismas capacidades a un ciego, por ejemplo, que necesita gastar una parte importante de sus ingresos para alimentar a su lazarillo. Se requiere de mayores ingresos para que una persona discapacitada alcance el mismo nivel de bienestar que alguien que no padece tal discapacidad. En conclusión, la igualdad de recursos no trata de manera adecuada las discapacidades. Es importante destacar que frente a este problema la solución no consiste en volver a tomar en cuenta niveles de bienestar, porque si bien desde este punto de vista se otorgarán mayores ingresos o recursos al discapacitado para que alcance el mismo nivel de bienestar que aquellos que no padecen discapacidades, también se le otorgarán mayores ingresos a quien posea gustos caros, ya que tanto unas como los otros resultan ineficientes para generar bienestar.

La dificultad para lidiar con las discapacidades no es la única de la teoría de Rawls. Un segundo problema relevante para la cuestión aquí examinada está dado por la legitimidad de los incentivos a los talentos. ¿Hay genuinas razones para aceptar que quienes resultan beneficiados naturalmente con ciertos talentos sean además recompensados con incentivos por ejercitarlos? ¿Está justificado que quien podría aportar algo para que muchos vivan mejor extorsione a la sociedad con no hacerlo si no recibe un privilegio por ello? Recuérdese que el principio de la diferencia admite que los

⁵⁸ Cf. SEN 1980.

naturalmente privilegiados con ciertos talentos puedan recibir compensaciones económicas por poner en práctica tales talentos, siempre que sus acciones beneficien a quienes se encuentran peor. Pues bien, como lo ha puesto de manifiesto Gerald Cohen, si la idea básica de la *Teoría de la justicia* es neutralizar las desventajas que son producto de la suerte y, consiguientemente, que resultan moralmente arbitrarias, no se puede luego admitir por el mero hecho de que ello resulte superior paretianamente, que los talentosos obtengan mayores beneficios si los peor situados también se benefician de ello.⁵⁹ Porque dicho análisis se concentra exclusivamente en una comparación con la situación inicial de máxima igualdad, sin tomar en consideración una alternativa de comparación que parece obviamente posible: una situación en la que la productividad sea igualmente alta pero donde no se consientan desigualdades, es decir, en la que los talentosos no reciban incentivos por ejercitar sus capacidades. Si el beneficiado con ciertos talentos no está dispuesto a ejercerlos sin ser recompensado, no es porque no pueda hacerlo sino porque no quiere hacerlo y, consiguientemente, nos está chantajeando, demostrando así su total falta de compromiso con la concepción de la justicia que se toma como base.⁶⁰

Para concluir, sólo unas pocas palabras respecto de la postura de Ronald Dworkin. Pese a las críticas de Sen, Dworkin no se aparta de la idea de la igualdad de recursos, sino que ofrece una corrección al modo de concebirla: desde su punto de vista, las discapacidades pueden ser entendidas como recursos negativos.⁶¹ Sostiene que el igualitarismo de recursos debería entenderse en el sentido de buscar igualar a la gente con respecto a sus diferentes dotes naturales, pero no a sus diferentes ambiciones. Las

⁵⁹ Cf. COHEN 1992; COHEN 2000:168 y ss.

⁶⁰ Muchos autores han destacado que la versión que ofrece RAWLS de su teoría en *Political Liberalism* -o, si se quiere, la nueva teoría que allí presenta- agudiza sus aspectos desigualitarios, puesto que, por ejemplo, la idea del “overlapping consensus” no parece fácilmente congeniable con el principio de la diferencia (cf., entre otros, WILLIAMS 1993; BARRY 1995:913 y ss.).

⁶¹ Los artículos en los que Dworkin desarrolló sus puntos de vista sobre la cuestión en los años ‘80 han sido compilados en DWORKIN 2000:parte I.

preferencias de la gente reflejarían diferencias en las personas, mientras que los talentos y discapacidades resultarían meramente circunstanciales. Las diferencias atribuibles a la gente, tales como sus gustos caros, no serían afectadas, pero las que son atribuibles a sus diferentes circunstancias deberían ser corregidas. De este modo, Dworkin desarrolla su concepción, apoyada en esta distinción entre la gente y sus circunstancias, a través de la idea de un mercado de seguros hipotético en el que la gente puede asegurarse contra la posibilidad de resultar discapacitado, donde las primas de un seguro semejante permitirían determinar los pagos de impuestos que la gente debería efectuar. Esta concepción respetaría las diferentes preferencias de la gente entre una vida dedicada a la producción de riquezas y otra a disfrutar del ocio.⁶² Asimismo, si alguien eligiese una vida más riesgosa, en caso de que le vaya mal, la justicia no exigiría que se lo compense. Con todo, Roemer ha objetado que el corte de Dworkin entre una persona y sus circunstancias, entre ambiciones y dotes, se motiva en la idea de que la gente es responsable por sus preferencias, en la medida en que se identifica y está a gusto con ellas, con independencia de si fueron cultivadas voluntaria o involuntariamente. Pero Roemer duda de que la gente deba necesariamente ser considerada responsable sobre la base de sus preferencias, gustos y ambiciones.⁶³ Si alguien no es responsable por sus circunstancias, ¿por qué debería ser responsable por las preferencias que ha adoptado debido a ellas? No parece

⁶² Tampoco resulta del todo claro que el trabajo justifique desigualdades económicas, y ello porque la línea divisoria entre trabajo y ocio no parece fácil de trazar (cf., por ejemplo, ARNSPERGER-VAN PARIJS 2000:93). ¿Por qué quien trabaja más debe tener mejor posición económica que, por caso, quien dedica su vida a asistir a sus amigos? ¿Un operador de bolsa merece un mejor pasar que, por caso, Jesús de Nazareth, a quien hasta donde llegan mis conocimientos no se le conoce ningún trabajo lucrativo y que, como si fuera poco, predicaba que la gente debía desprenderse de sus riquezas? En realidad, no es el mayor trabajo sino, en todo caso, la mayor contribución a la cooperación social el criterio que se presupone aquí como legitimante de las desigualdades. Pero para ello necesitaríamos privilegiar una cierta concepción del bien sobre otras, lo que resulta incompatible con el liberalismo.

⁶³ Cf. ROEMER 1996:capítulo 7.

suficiente responder que ello es así porque se identifica con ellas y no habría elegido no tenerlas.⁶⁴

Por supuesto, nada de lo que he dicho hasta aquí muy apretadamente puede reputarse un argumento concluyente para considerar que ninguna desigualdad económica resulta justificable. Pero sí para mostrar que ninguna de las justificaciones que cuentan con mayor fuerza intuitiva -ni la idea de derechos de propiedad irrevocables, ni la promoción de mayor bienestar, ni la mayor capacidad, ni el mayor beneficio para los peor situados, ni las elecciones libres, ni el mayor trabajo, ni una mayor contribución a la sociedad- constituye un camino libre de problemas para legitimar desigualdades. Se dirá que una sociedad de iguales es utópica. Sin ninguna duda. O, al menos, con la misma certeza con la que puede afirmarse que concebir utopías es más valioso que pretender racionalizar nuestras vergüenzas.

⁶⁴ Sobre la base de un previo análisis del concepto de responsabilidad, Susan HURLEY ha intentado demostrar que el objetivo de neutralizar la suerte no es apto para justificar el igualitarismo. Emplea diversos argumentos a tal fin, pero aquel al que aparentemente atribuye mayor peso es lo que denomina el *dilema del neutralizador de la suerte* (cf. HURLEY 2003:155 y ss.). Lo que plantea este dilema es que la mala suerte puede interpretarse como una comparación interpersonal -mi situación es peor que la de otros-, o como una evaluación contrafáctica -mi situación es peor que como podría haber sido-. Bajo la primera interpretación, esta especificación de la igualdad resultaría trivial pues por definición no tendría mala suerte interpersonal si no estuviese peor que otros con relación a aquellos bienes que son cuestión de suerte. La igualdad sería, desde este punto de vista, tanto una cuestión de suerte como la desigualdad, de modo que el objetivo de neutralizar la mala suerte interpersonal no podría servir como justificación de la igualdad porque ello constituiría una petición de principio. Bajo la segunda interpretación, eliminar todos los mundos posibles mejores para mí o colocarme en el mejor de los mundos posibles para mí neutralizaría la mala suerte contrafáctica, pero hacer esto respecto de cada uno no tendría ninguna capacidad ni tendencia inherente para dejarnos a todos igualmente bien. Si partimos de situaciones desiguales, eliminar todos los mejores mundos posibles para cada uno nos dejaría en situación desigual, y el mejor mundo posible para mí podría ser mejor o peor que el de otros.

Estimo que la supuesta trivialidad que apunta HURLEY respecto de la primera de las alternativas consideradas no es tal y que, consiguientemente, el dilema puede solucionarse asumiendo su primer cuerno. Asimismo, la propuesta que defiende la propia HURLEY de que la justicia distributiva no debería fundarse en la neutralización de la suerte sino en la neutralización de “la influencia de creencias distorsionadas sobre lo que se debe hacer” me parece completamente desafortunada. No obstante, no intentaré aquí justificar ninguna de las dos cosas.

Referencias

- ARNSPERGER, Christian y Philippe VAN PARIJS, *Éthique économique et sociale*, Paris, Éditions La Découverte & Syros, 2000.
- BARRY, Brian, *Justice and Impartiality*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- BAYÓN, Juan Carlos, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991a.
- BAYÓN, Juan Carlos, “Razones y reglas: sobre el concepto de ‘razón excluyente’ en Joseph Raz”, en *Doxa - Cuadernos de filosofía del derecho*, 10, 1991b, páginas 25-66.
- BAYÓN, Juan Carlos, “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico”, en *Doxa - Cuadernos de filosofía del derecho*, 24, 2001, páginas 35-62.
- CAMPBELL, Tom, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot, Dartmouth, 1996.
- CARACCILO, Ricardo, *El sistema jurídico. Problemas Actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- COHEN, Gerald, “Robert Nozick and Wilt Chamberlain: How Patterns Preserve Liberty”, en *Erkenntnis* 11, 1977.
- COHEN, Gerald, *Self-Ownership, Freedom and Equality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- COHEN, Gerald, “Incentives, Inequality, and Community”, en *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. 13, Salt Lake City, University of Utah Press, 1992, páginas 263-329.
- COHEN, Gerald, *If You're an Egalitarian, How Come You're so Rich?*, Cambridge (Massachusetts) - London, Harvard University Press, 2000.
- DANCY, Jonathan, *Moral Reasons*, Oxford, Blackwell, 1993.
- DAVIDSON, Donald, *Essays on Actions and Events*, Oxford, Oxford University Press, 1980.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1977.
- DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*,

- Cambridge (Massachusetts) - London, Harvard University Press, 2000.
- DWORKIN, Ronald, "Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy", en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, N° 1, 2004, páginas 1-37.
- GARGARELLA, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 1999.
- GARGARELLA, Roberto, "La última carta. El derecho de resistencia en situaciones de alienación legal", en *Violencia y Derecho*, SELA 2003, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- GEACH, Peter Tomas, *Logic Matters*, Oxford, Basil Blackwell, 1972.
- HARE, Richard Mervin, *Freedom and Reason*, Oxford, Oxford University Press, 1963.
- HARE, Richard Mervin, *Sorting Out Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 1997, traducción castellana de J. V. Gifra, *Reordenando la ética*, Barcelona, Ariel, 1999.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, traducción castellana de G. Carrió, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.
- HURLEY, Susan, *Justice, Luck and Knowledge*, Cambridge (Massachusetts) - London, Harvard University Press, 2003.
- KYMLICKA, Will, *Contemporary Political Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1990.
- LYONS, David, *Forms and Limits of Utilitarianism*, Oxford, Oxford University Press, 1965.
- MACKIE, John, "Rights, Utility and Universalization", en R. Frey, *Utility and Rights*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1984.
- MARTÍ, José Luis, *Autogobierno deliberativo: una defensa de la democracia deliberativa participativa*, tesis doctoral inédita, Barcelona, 2004.
- MORESO, José Juan, "Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales", manuscrito inédito, 2004.
- MORESO, José Juan y VILAJOSANA José María, *Introducción a la teoría del*

derecho, Madrid, Marcial Pons, 2004.

- NAGEL, Thomas, "Nozick: Libertarianism Without Foundations", en *Other Minds. Critical Essays 1969-1994*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- NOZICK, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Books Inc., 1974.
- NOZICK, Robert, *The Examined Life. Philosophical Meditations*, 1989, traducción al español de C. Gardini, *Meditaciones sobre la vida*, Barcelona, Gedisa, 1992.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1971.
- RAWLS, John, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.
- RAZ, JOSEPH, *Practical Reasons and Norms*, London, Hutchinson & Sons Ltd, 1975.
- RAZ, JOSEPH, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979.
- RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- REDONDO, María Cristina, "Razones y normas", en Revista *Discusiones* número V, Editorial EdiUNS, Bahía Blanca, 2005.
- ROEMER, John, *Theories of Distributive Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.
- SAINSBURY, R.M., *Paradoxes*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Oxford University Press, 1991.
- SEN, Amartya, *Collective Choice and Social Welfare*, San Francisco, Holden-Day, 1970.
- SEN, Amartya, "Equality of What?", en *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. 13, Salt Lake City, University of Utah Press, 1980, páginas 197-220.

SEN, Amartya, *Inequality Reexamined*, Oxford, Oxford University Press, 1992.

WALDRON, Jeremy, "Normative (or Ethical) Positivism", en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, páginas 410-434.

WILLIAMS, Bernard, "Review of John Rawls *Political Liberalism*", en *London Review of Books*, n° 13, 1993, página 8.

ZULETA, Hugo, *Razón y elección*, México, Fontamara, 1998.

PARTICIPACIÓN POLÍTICA, LEGITIMIDAD E INJUSTICIA ECONÓMICA Y SOCIAL *

*Hugo Omar Seleme ***

En *La Autoridad del Derecho y la Injusticia Económica y Social* Carlos Rosenkrantz aborda con la agudeza que lo caracteriza una multiplicidad de cuestiones que han ocupado por largo tiempo a filósofos políticos y a filósofos del derecho por igual. Rosenkrantz está interesado en un problema específico, a saber, si el derecho debe ser obedecido incluso en circunstancias de injusticia distributiva, o dicho de otro modo, si la injusticia económica y social priva de normatividad al derecho. Sin embargo, para ofrecer una respuesta a este problema específico aborda la cuestión más general referida a la legitimidad política, o lo que es lo mismo, a la autoridad del derecho. Es decir, en su trabajo lleva adelante dos tareas. En primer lugar, articula una teoría acerca de la normatividad del derecho. En segundo lugar, habiendo obtenido ya las exigencias que deben satisfacerse para que el derecho sea normativo, establece si estas exigencias son tales que no pueden satisfacerse en ninguna situación en la que exista injusticia distributiva. Si las exigencias no pueden ser satisfechas en situaciones de injusticia distributiva, habrá que concluir que la injusticia económica priva al derecho de normatividad. Si la situación es la inversa, se habrá mostrado que en algunas situaciones de injusticia distributiva el derecho debe ser obedecido, esto es, que no basta que exista injusticia para que el derecho carezca de autoridad.

* Agradezco a Ricardo Caracciolo, quien leyó una versión preliminar de este trabajo y me hizo útiles críticas y sugerencias para mejorarlo.

** Investigador del CONICET, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

La primera tarea es de índole teórico. Busca establecer qué debe darse para que el derecho tenga carácter normativo. La estrategia adoptada por Rosenkrantz para llevarla adelante tiene dos pasos. El primero, consiste en mostrar que las teorías clásicas sobre la normatividad del derecho no son adecuadas debido a que, o bien no explican de modo satisfactorio por qué el derecho tiene autoridad en relación con *todos* los ciudadanos a los que se aplica -esto es, no brindan una explicación general- o bien no explican por qué *sólo* tiene autoridad en relación con estos y no respecto a ciudadanos sometidos a otro sistema legal -esto es, no ofrecen una explicación especial-. Descartadas las teorías clásicas Rosenkrantz, tomando como punto de partida a Dworkin, propone -como segundo paso- un tipo de teoría asociativa de la normatividad del derecho, y argumenta para mostrar de qué modo aquí son satisfechas las exigencias de generalidad y especialidad o particularidad. En tanto el derecho debe ser obedecido porque es el producto colectivo de una comunidad, obliga a *todos* los miembros de dicha comunidad y *sólo* a ellos. Finalmente, Rosenkrantz ofrece un test -distinto al de Dworkin- para determinar cuándo la exigencia de pertenencia a la comunidad está satisfecha y, por ende, el derecho es normativo en relación con un individuo.

La segunda tarea es también de índole teórico, pero la discusión se encuentra ilustrada con un caso práctico, el argentino. Aquí se intenta determinar si, de acuerdo con la explicación ofrecida de la normatividad, la injusticia económica y social necesariamente priva al derecho de su carácter normativo. Dicho de otro modo, se intenta establecer si es posible que exista injusticia económica y, a pesar de ello, aún se satisfagan las exigencias de membresía a la comunidad de la cual el derecho es un producto colectivo. La conclusión de Rosenkrantz, en relación con este segundo asunto, es que las condiciones de la membresía política pueden ser satisfechas en situaciones de injusticia y que, por lo tanto, aun las víctimas de la injusticia tienen el deber de obedecer el derecho, en tanto son miembros de la comunidad política que lo ha elaborado colectivamente. La injusticia económica y social no priva necesariamente al derecho de normatividad. Esta conclusión general es

ilustrada con el caso argentino donde, según Rosenkrantz, aunque existe injusticia distributiva, las víctimas de esta injusticia satisfacen las condiciones de membresía establecidas por su test y, por lo tanto, tienen el deber de obedecer el derecho.

En consecuencia, uno puede tener distintos tipos de discrepancias o acuerdos con Rosenkrantz. En primer lugar, uno puede discrepar o coincidir -total o parcialmente- con su explicación de la normatividad del derecho. En segundo lugar, uno puede acordar o no con su aseveración de que la injusticia económica no es suficiente para privar al derecho de autoridad. En tercer lugar, uno puede o no coincidir con su afirmación de que en el caso argentino -a pesar de las injusticias económicas- las exigencias para que el derecho sea autoritativo están satisfechas.

En lo que sigue voy a concentrarme en lo que creo es el aporte más fecundo y creativo del trabajo de Rosenkrantz, esto es, su explicación de la legitimidad política y el carácter autoritativo del derecho. Mi crítica será interna, específicamente argumentaré a favor de una exigencia adicional -además de las propuestas por Rosenkrantz- para el test de membresía. Es decir, aunque creo que los requisitos consignados por Rosenkrantz para que se configure la relación de membresía son básicamente correctos, discrepo en que esto sea todo lo que la membresía exige para configurarse. Dicho de otro modo, considero que pueden existir situaciones en las que las exigencias formuladas por Rosenkrantz estén satisfechas y, sin embargo, algunos individuos se encuentren alienados de su comunidad política (Sección II).

En segundo lugar, intentaré mostrar la incidencia que las modificaciones introducidas al test de membresía tienen sobre la relación que existe entre injusticia y normatividad del derecho. Defenderé la tesis, a partir del test de membresía modificado, de que un individuo al que se aplica el derecho pero carece de la posibilidad de acceder a los recursos mínimos indispensables para subsistir se encuentra alienado de la comunidad política y, por lo tanto, no tiene deber alguno de obedecer el derecho. Intentaré adicionalmente mostrar cómo, a pesar de esta vinculación entre carencia de recursos e ilegitimidad

política, el test de membresía que propongo puede ser satisfecho, al igual que el de Rosenkrantz, en algunas situaciones de injusticia económica. Es decir, acuerdo con Rosenkrantz en que la legitimidad de los esquemas institucionales no debe ser igualada con su justicia, y muestro cómo el test de membresía con las modificaciones sugeridas satisface esta exigencia (Sección III).

En tercer lugar, reviso la concepción de alienación propuesta por Rosenkrantz. Mi específica objeción aquí es que el carácter individualista del vínculo de membresía utilizado por Rosenkrantz -que puede configurarse en relación con un ciudadano aunque no se configure en relación con otros- provoca que su explicación de la normatividad, al igual que las brindadas por las teorías clásicas que él critica, no sea *general*. La concepción de membresía propuesta por Rosenkrantz no puede explicar por qué si el derecho posee normatividad la tiene con relación a *todos los ciudadanos* a quienes se aplica. Adicionalmente, intentaré mostrar de qué modo la concepción de la membresía que propongo sí satisface esta exigencia. La tesis que he defendido aquí ha sido que si algún miembro de la comunidad se encuentra alienado, entonces todos lo están. El derecho es el producto colectivo de una comunidad si ésta incluye a todos sus miembros, es decir, si ninguno se encuentra alienado. Si un miembro de la comunidad se encuentra alienado, entonces el derecho carece de normatividad con relación a todos (Sección IV).

Finalmente he expuesto mi opinión en relación con el caso argentino. Específicamente creo que la injusticia económica en este caso particular es tal, que provoca que algunos individuos se encuentren alienados de la comunidad política -en tanto no tienen posibilidad de acceder a lo mínimo para subsistir- lo cual priva al derecho de normatividad, no sólo en relación con ellos, sino en general (Sección V).

Me propongo, en consecuencia, argumentar a favor de una posición que acuerda parcialmente con la propuesta de Rosenkrantz en lo que se refiere a la explicación de la normatividad del derecho, que coincide con su aseveración de que la injusticia económica no es suficiente para privar al derecho de autoridad, y que discrepa con sus conclusiones sobre el caso

argentino. De estos tres tópicos creo que el último es el que posee menos relevancia teórica, en tanto uno podría disentir con mis conclusiones sobre la situación argentina y, sin embargo, aceptar mi explicación de la normatividad del derecho y su persistencia aun en situaciones de injusticia.

La primera sección de mi trabajo estará dedicada a reconstruir brevemente la propuesta de Rosenkrantz.

Como respuesta al problema de la normatividad del derecho Rosenkrantz ofrece -al igual que Dworkin- una de índole asociativista. Las teorías asociativistas sostienen que debemos obedecer lo que manda el derecho "...en virtud de que el derecho es el producto colectivo de la comunidad política a la que pertenecemos o de la que somos miembros..." (Rosenkrantz, p.18). Es decir, debo cumplir con lo que establecen las instituciones jurídicas porque son las instituciones de *mi* comunidad.

La pregunta ¿cuándo las instituciones jurídicas son autoritativas? se transforma en la de ¿cuándo las instituciones jurídicas son las de *mi* comunidad? y ésta en la de ¿cuándo soy *miembro* de una comunidad? Lo novedoso de la propuesta de Rosenkrantz se encuentra en la respuesta que ofrece a esta última pregunta.

En su opinión, la respuesta que autores tales como Rousseau y Habermas -por un lado- y Rawls y Soper -por el otro- han dado al problema de la membresía a la comunidad política es sesgada e incompleta. Los primeros, han juzgado que sólo importan las "consideraciones procedimentales" -es necesario y suficiente que hayamos participado en el proceso de toma de decisiones colectivas- mientras que los segundos, han juzgado que sólo son relevantes las "consideraciones sustantivas" -es necesario y suficiente que nuestros intereses hayan sido tenidos en cuenta-.

Ahora bien, señala Rosenkrantz, dado que "...(u)na comunidad política es el resultado de la conjunción entre la aspiración de moldear en conjunto un destino común -lo que constituye un elemento procedimental- y la convicción de que en comunidad es más fácil proveer a la satisfacción de las necesidades o intereses individuales..." (p.36) -lo que constituye un elemento

sustantivo-, el test de membresía debe ser complejo, esto es, debe combinar tanto consideraciones sustantivas como procedimentales. Para determinar si alguien es miembro de una comunidad política tanto las consideraciones procedimentales como las sustantivas deben tener relevancia. El test de membresía debe ser sensible tanto a la posibilidad de participar en los procesos de toma de decisión colectiva, como a la posibilidad de que los intereses individuales sean atendidos por esas decisiones. En consecuencia, concluye Rosenkrantz, estoy alienado de mi comunidad cuando se dan las siguientes circunstancias:

- a) El funcionamiento de las instituciones impide como cuestión de hecho que mis opiniones e intereses cuenten en el proceso de toma de decisión colectiva.
- b) Las instituciones están organizadas a los efectos de que mis opiniones o mis intereses no cuenten en el proceso de toma de decisión colectiva. (Cfr. p.43)

Lo que vuelve a un individuo miembro de su comunidad política es el hecho de que sus opiniones y sus intereses puedan -en un sentido normativo- contar al momento de tomarse decisiones colectivas, y que -al mismo tiempo- sus opiniones o sus intereses puedan -en un sentido fáctico- ser relevantes al momento de tomar estas decisiones. La membresía exige la posibilidad normativa de ser partícipe y beneficiario en los procesos de decisión colectiva, no la efectiva participación. Exige también que se tenga la posibilidad empírica de participar o la posibilidad empírica de que los intereses propios cuenten.¹

¹ La idea de Rosenkrantz, entonces, es que la alienación de la comunidad política es causada por el funcionamiento de las instituciones sociales, es decir, no es algo que las instituciones simplemente permitan sino algo que ocasionan. A su vez, las instituciones pueden ocasionar este efecto de modo directo, porque lo establecen, o de modo indirecto, porque dadas las circunstancias fácticas el diseño institucional de modo previsible ha de producirlo. Utilizando la clasificación propuesta por Thomas Pogge (Pogge, *Realizing Rawls*, Ithaca, London: Cornell University Press, 1989, p. 36-62) podría decirse que Rosenkrantz es un semi-consecuencialista con respecto a las instituciones sociales. A diferencia de los consecuencialistas plenos, considera irrelevantes aquellas eventualidades que las instituciones meramente permiten, y a diferencia de los deontologistas, considera relevantes los efectos que las instituciones no establecen pero, de modo previsible, producen.

Si estas exigencias se encuentran satisfechas entonces pertenezco a la comunidad política y debo obedecer el derecho, no porque he participado en su elaboración -mis opiniones pueden no haber sido efectivamente tenidas en cuenta-, sino porque es fruto de la actividad colectiva de *mi* comunidad. (Cfr. p.44)

Lo primero que sorprende del test propuesto por Rosenkrantz es el modo en que vincula la exigencia de que sea posible, como cuestión de hecho, la participación política y la consideración de los intereses propios. Rosenkrantz piensa que basta que al menos una de estas exigencias esté satisfecha para que -en ausencia de impedimentos normativos que se encuentren establecidos por las instituciones- la membresía exista.

Si interpreto bien su pensamiento dos son las consideraciones que han conducido a Rosenkrantz a la conclusión anterior. La primera está vinculada con su concepción de *comunidad política* entendida como "...una asociación que combina tanto proceso como sustancia..." (p.36) La segunda hace referencia a que una concepción adecuada del vínculo de *membresía* a la *comunidad política* "...debe tener los dobleces necesarios como para poder explicar y justificar..." nuestras intuiciones en relación con ciertos casos particulares (p.43).

Comencemos por la primera de estas razones. Como he señalado Rosenkrantz considera que las respuestas que comúnmente han sido brindadas al problema de la membresía son inadecuadas porque enfatizan sólo cuestiones procedimentales o sustantivas, y la comunidad política "...es el resultado de la conjunción..." (p.36) de dos elementos, uno procedimental -la aspiración de tomar decisiones colectivas en relación con nuestro destino común- y otro sustantivo -la idea de que la comunidad satisface de modo más eficaz los intereses individuales-. Si la comunidad política es tanto proceso como sustancia, el test de membresía no puede hacer hincapié exclusivamente en la posibilidad de participación política o en la posibilidad de que los intereses sean considerados. El test debe contener elementos procedimentales y sustantivos.

Ahora bien, si la comunidad política es una *conjunción* de elementos procedimentales y sustantivos, uno podría pensar que el test de pertenencia a

esta comunidad debería consistir en una *conjunción* de exigencias procedimentales -que garanticen poder participar en las decisiones colectivas- y sustantivas -que garanticen la posibilidad de ser beneficiario de estas decisiones-. Sin embargo Rosenkrantz opta por un camino con más matices. Las instituciones no deben establecer restricciones normativas que impidan a los ciudadanos ser partícipes y beneficiarios de las decisiones colectivas. Aquí, ambas exigencias deben ser satisfechas de modo *conjunto*. Por el contrario, al referirse a los impedimentos que las instituciones producen pero no establecen la exigencia se debilita. El funcionamiento de las instituciones - como cuestión de hecho- no debe impedir que los ciudadanos sean partícipes o beneficiarios. Ambas exigencias no es necesario que sean satisfechas de modo *conjunto*, sino que basta que al menos una de ellas lo sea. ¿Qué justifica este trato distinto de los efectos que las instituciones establecen o producen? La respuesta no puede encontrarse en la concepción de comunidad política porque, como he señalado, el concebirla como una conjunción de elementos procedimentales y sustantivos es una razón para que el test de membresía exija que los ciudadanos puedan -tanto normativa como fácticamente- ser *a la vez* partícipes y beneficiarios de las decisiones colectivas.

El resto del trabajo justificatorio lo realiza la segunda razón, esto es, la exigencia de que nuestras conclusiones puedan dar cuenta de las intuiciones que tenemos sobre casos particulares.

Las intuiciones o convicciones particulares sobre las que la conclusión de Rosenkrantz se apoya son de dos tipos, positivas y negativas. Las positivas, se refieren a circunstancias en las que consideramos que las exigencias de membresía han sido satisfechas, mientras que las negativas, se refieren a situaciones en las que consideramos que esto no ha sucedido. Las intuiciones positivas sobre las que Rosenkrantz trabaja son dos. La primera, es la convicción de que aunque “...(l)os intereses de los secesionistas quebecois no contaron al momento de decidir si Quebec podía independizarse...nadie dudaría de que ellos son ciudadanos del Canadá...” (p.42). La segunda, es la convicción de que aunque “...(l)as opiniones de(l)...partido maoísta de la argentina (en razón

de su escaso número) no cuentan al momento de tomar decisiones políticas en nuestro país... nadie afirmarí­a que por ello ...no estn vinculados adecuadamente con el resto de nuestra comunidad...” (p.42-43). Las intuiciones negativas que busca articular con su teorí­a son aquellas que surgen cuando pensamos “...en los judíos en la Alemania Nazi, en los negros durante el *apartheid* sudafricano, en las mujeres españolas ...antes de la concesión del voto, en los franceses durante el gobierno de Vichy y en los argentinos durante la última dictadura militar...” (p.41). En estos casos, juzgamos que el derecho no era normativo en relación con ninguno de los antes mencionados.

El funcionamiento de las instituciones canadienses impidió de hecho que los intereses de los secesionistas contaran, del mismo modo que el funcionamiento de las instituciones argentinas impide de hecho que las opiniones de los maoístas lo hagan. Dado que consideramos que los secesionistas y maoístas son, no obstante, miembros de sus respectivas comunidades, las exigencias de membresía no pueden consistir en que de hecho tengamos posibilidad de ser partícipes y beneficiarios de las decisiones colectivas. Siendo esto así, Rosenkrantz concluye, el test de membresía debe exigir que el funcionamiento de las instituciones no impida -como cuestión de hecho- que, al menos, las opiniones o los intereses cuenten en el proceso de decisión colectiva.

Esta conclusión sirve también para acomodar nuestras intuiciones negativas. Lo que sucede en estos casos es que existían impedimentos normativos para que las opiniones o intereses contaran en el proceso de toma de decisión colectiva, o existían impedimentos fácticos que evitaban que tanto las opiniones como los intereses contasen. Los judíos durante el régimen Nazi, los negros durante el *apartheid*, los franceses bajo el gobierno de Vichy, las mujeres españolas antes de tener derecho a votar y los argentinos durante la última dictadura, no eran miembros de la comunidad polít­ica.

Lo señalado sirve para explicar una de las principales tesis defendidas por Rosenkrantz: el derecho no es normativo en relación con los individuos porque sea algo que ellos hacen, sino porque es hecho por la comunidad

política a la que pertenecen o de la que son miembros (p.44). Si efectivamente no he participado o mis intereses no han sido tomados en cuenta al momento de tomar la decisión colectiva, tal decisión no ha sido tomada por *mi* pero está dotada de autoridad en tanto ha sido adoptada por *mi* comunidad.

Si las instituciones están organizadas para que un individuo no pueda participar, esto es, contienen impedimentos normativos, el derecho carece de autoridad sobre él. El motivo porque ello es así, sin embargo, no es su falta de participación en la elaboración de la decisión que, por lo tanto, no es producto de su agencia. El motivo por el que el individuo no tiene la obligación de obedecer se encuentra en las razones que subyacen a la imposibilidad normativa: la comunidad considera que el individuo en cuestión no es una fuente de ideas o propuestas respecto de lo que todos deben hacer, y esto es incompatible con su membresía (p.45 n.50). Es decir, si la comunidad no me considera un sujeto de razones, alguien con ideas propias acerca de los asuntos públicos, entonces no soy un miembro de la misma y sus decisiones colectivas no me vinculan.

Ahora bien, si ésta es la razón por la que los impedimentos normativos a la participación en los procesos de decisión colectiva son una causa de alienación de la comunidad, entonces el test de membresía propuesto por Rosenkrantz es incompleto. Creo que existen impedimentos a la participación de un nivel más profundo que los señalados por Rosenkrantz pero que, al igual que estos, implican un juicio de demérito sobre el individuo en cuestión, en tanto implican no considerarlo un sujeto de razones.

II

La participación política tiene dos niveles.² Uno se refiere a las

² He presentado esta idea en mi ponencia "Un Argumento Fundado en el Autogobierno en Contra de la Justicia Distributiva Internacional" (Seminario dictado en la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. Mayo del 2005). Agradezco los comentarios y sugerencias de Jorge Malem, Marisa Iglesias Vila, José Luis Martí y José Luis Perez Triviño.

instituciones concretas que tiene la sociedad. Otro, más profundo, se refiere a los criterios para diseñar y evaluar estas instituciones. Participo en las instituciones políticas cuando las mismas son sensibles a mis opiniones. Si las reglas institucionales impiden que mis opiniones sobre la marcha de los asuntos públicos sean escuchadas, entonces -como señala Rosenkrantz- no estoy siendo considerado un sujeto de razones por el esquema institucional que, por tanto, me aliena de la comunidad política. Si el procedimiento de toma de decisiones colectivas no contiene impedimentos normativos para que mis opiniones cuenten, entonces no impide mi participación política -a este primer nivel- y me considera un sujeto de razones.

El segundo nivel de participación política no se refiere -como el anterior- a tomar parte en los procedimientos institucionales de toma de decisión colectiva, sino a la elaboración de los criterios que sirven para configurar y evaluar el esquema institucional mismo. En este segundo nivel -a diferencia del anterior- la participación no puede consistir en tomar parte efectiva en el procedimiento de elaboración de dichos criterios, porque estos criterios son los que sirven para evaluar cualquier procedimiento de elaboración. La única participación que puede darse aquí es a nivel de razones. He participado en la elaboración de los criterios, si las razones que los justifican son aquellas que yo puedo considerar como tales. Es de destacar que esto no equivale a señalar que sólo es una razón aquello que yo puedo considerar una, sino simplemente a la afirmación que algo es una razón *mía* cuando yo puedo considerarla una razón.³

³ No puedo detenerme en este asunto aquí porque me desviaría del objetivo del presente artículo, sin embargo unas pocas consideraciones pueden aclarar la idea. Considero que las razones a favor de un determinado esquema institucional -del que forma parte el procedimiento decisorio- no dependen de las creencias de los individuos que viven en dicho esquema. Son genuinas razones con independencia de que ellos las consideren o puedan considerarlas de este modo. Sin embargo una genuina razón es *mía* cuando es posible vincularla a las creencias, compromisos, proyectos, valores, etc. que actualmente poseo. Sólo en este caso, puedo afirmar que tengo una razón. La idea es semejante -aunque no idéntica- a la defendida por Bernard Williams ("Internal and External Reasons" en *Moral Luck*. Cambridge: Cambridge University Press,

Cuando las instituciones de mi comunidad, incluidos los procedimientos políticos para tomar decisiones colectivas, están organizadas en función de principios cuyas razones justificatorias no pueden ser vistas como razones por mí, estoy alienado de la comunidad. Esto aunque no existan impedimentos normativos para que mis opiniones e intereses cuenten en el proceso de decisión colectiva, y aunque efectivamente mis intereses u opiniones hayan sido considerados. Si existe un impedimento para mi participación -en el sentido señalado- en la elaboración de los criterios a partir de los cuales se configura y evalúa el diseño institucional, no estoy siendo reconocido como un sujeto de razones y, por lo tanto, estoy alienado de la comunidad.

La idea que subyace a mi aseveración es la siguiente. Un sujeto posee diversos tipos de razones relevantes a nivel político. Un conjunto de razones

1981), por lo menos en una de sus interpretaciones. Williams sostiene que afirmar que un individuo *tiene* una razón implica afirmar que existe una “*sound deliberative route*” entre el conjunto motivacional S del individuo y la realización de determinado comportamiento. Análogamente en el texto sostengo que una razón es *mía* cuando puede ser vinculada mediante un proceso de deliberación correcta con algún componente subjetivo -que no necesariamente debe tener carácter motivacional- (creencias, valores, deseos, disposiciones de evaluación, etc.) que actualmente poseo. Una razón es *mía* cuando es posible para mí verla como una razón. Lo señalado en el texto es compatible con admitir que los individuos pueden modificar sus razones a través de lo que Scanlon denomina la “modificación reflexiva”. Sostener que una razón pertenece a un individuo cuando puede ser vinculada a algún elemento subjetivo del mismo, no equivale a adoptar una posición quietista en relación con las razones. Las razones que nos pertenecen -aquellas que podemos llegar a reconocer como razones- pueden cambiar, pero sólo haciendo pie en algún componente subjetivo. El procedimiento a través del cual “...one decides what reasons one has, depend on the reactions that the person doing the deciding has or would have to the distinctions, examples, and analogies in question...” (Scanlon, Thomas; *What We Owe to Each Other*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998, p. 368). Una razón no es *mía* cuando no es posible vincularla por deliberación con ningún componente subjetivo. Esto, sin embargo, no es más que la mitad de mi idea. Este test sólo sirve para establecer cuándo una genuina razón es *mía*, no cuándo existen genuinas razones. Algo es una razón *mía* cuando, en primer lugar, es una genuina razón y, en segundo lugar, me pertenece. Si una razón no puede ser vista como tal por mí, esto basta para afirmar que no es una razón *mía*. Sin embargo, si yo considero a algo una razón o puedo llegar a hacerlo luego de deliberar, esto no basta para afirmar que es una razón *mía*. Todavía falta mostrar que es una genuina razón.

se refieren a cuál es el contenido que nuestras particulares decisiones colectivas deberían tener. Así por ejemplo, si debemos decidir colectivamente sobre la realización o no de una obra pública -un puente- algunos tendrán razones a favor y otros en contra de tal emprendimiento. El procedimiento para tomar tal decisión colectiva -como señala Rosenkrantz- no debe contener restricciones que impidan que las opiniones de todos sean consideradas. Un segundo conjunto de razones no se refiere al mejor contenido de nuestras decisiones colectivas sino a cuál es el modo correcto de tomar tales decisiones. Los individuos poseen, o pueden poseer, opiniones acerca de cómo los procedimientos de toma de decisión colectiva deberían estar organizados para ser correctos. El objeto de estas razones no es el contenido de las decisiones colectivas -si el puente debe o no ser construido- sino los criterios que sirven para evaluar el procedimiento decisorio -si la decisión debe tomarse por votación o no, por mayoría simple o calificada, etc.-.

Ahora bien, si los ciudadanos pueden poseer razones de los dos tipos señalados existen dos modos en que la comunidad puede considerarlos como individuos que no son fuentes de ideas o sujetos de razones: puede utilizar procedimientos de toma de decisión colectiva que impidan la consideración de algunas opiniones referidas al contenido de la decisión colectiva o puede utilizar procedimientos de toma de decisión colectiva que -aunque permitan que las opiniones de todos sean escuchadas- estén fundados en razones que no puedan ser consideradas tales por los individuos en cuestión⁴.

⁴ El tratar al otro como un sujeto de razones es una cuestión compleja que exige deferencia, tanto por las creencias del sujeto en relación con las razones, como por las razones en sí mismas. Si considero sólo sus creencias y me desentiendo de si estas se refieren a razones genuinas, lo respeto como un sujeto de creencias pero no de razones. Si considero las razones genuinas y me desentiendo de las creencias que el sujeto tiene, muestro respeto por las razones pero no por el sujeto. Sólo si considero las razones genuinas que el sujeto puede considerar tales, lo respeto como un sujeto de razones. Por lo señalado debería agregarse que un procedimiento de toma de decisión colectiva no trata al individuo como sujeto de razones, no sólo cuando impide que sus opiniones sean consideradas sino, por ejemplo, cuando no permite el acceso a la información suficiente para que estas opiniones sean fundadas, o cuando no establece las garantías necesarias para impedir que las opiniones sean manipuladas.

Para apreciar lo que quiero señalar imagínese que la decisión sobre la construcción del puente va a ser adoptada por un parlamento democrático. Los representantes han sido elegidos por voto directo, cada ciudadano ha tenido sólo un voto, la representación es proporcional, la decisión deberá ser tomada por mayoría de parlamentarios, etc. No existen impedimentos normativos para que la opinión de nadie -en relación con el puente- cuente. Suponga que tampoco existen impedimentos normativos para que los intereses -y no sólo las opiniones- de los individuos cuenten y que sus opiniones o sus intereses -en relación con la construcción del puente- de modo efectivo han contado. Si estos requisitos se satisfacen en cada decisión colectiva que es tomada por la comunidad ¿basta esto para afirmar que los individuos no están alienados? Por las consideraciones que he expresado creo que la respuesta debe ser negativa. Si todavía cree lo contrario agregue al ejemplo anterior el siguiente ingrediente: imagínese que la comunidad en cuestión es una de tipo islámica, que las personas se conciben a sí mismas como miembros de comunidades más pequeñas y que consideran que las voces que deben ser escuchadas en el proceso político no son las que expresan las opiniones de los individuos -considerados aisladamente- sino la de sus comunidades de pertenencia. Dada la cultura política de esta sociedad, es imposible que los individuos que en ella habitan consideren al sistema democrático -con su idea de “un hombre un voto” y su estipulación de que los representados son los individuos- como fundado en razones. Los individuos están alienados por su sistema institucional de la comunidad política, aunque no existe ningún impedimento normativo para que sus opiniones sobre el contenido de las decisiones colectivas sea considerado. El impedimento que existe es más profundo, se refiere a sus opiniones y razones vinculadas a los procedimientos mismos de toma de decisiones colectivas.

Por lo tanto, una nueva exigencia debería agregarse al test de membresía propuesto por Rosenkrantz, que los ciudadanos no estén impedidos de juzgar como tales a las razones que justifican los procedimientos de toma de decisión colectiva. Dicho de modo general, debe ser posible que los ciudadanos

consideren como propias, o puedan ver como tales, a las razones en las que se fundan los criterios que sirven para configurar y evaluar el diseño institucional⁵. El derecho, entonces, es un producto colectivo de la comunidad -esto es del conjunto de ciudadanos a los que se aplica y pretende vincular- cuando el procedimiento de toma de decisión colectiva del cual es producto -y el esquema institucional del que forma parte- se encuentra fundado en razones que *todos* aquellos a los que se aplican las normas jurídicas pueden considerar tales⁶.

¿De qué depende que esta exigencia pueda ser satisfecha? ¿Qué es lo que posibilita que un conjunto de individuos pueda juzgar *en común* a una determinada consideración como una razón? Pienso que la respuesta debe buscarse en el hecho de que comparten una determinada cultura política

⁵ Para que esta exigencia sea satisfecha deben darse dos extremos: a) que los criterios que sirven para evaluar y configurar el esquema institucional estén fundados en genuinas razones, y b) que estas razones puedan ser vistas como propias por aquellos a quienes el esquema se aplica. El esquema debe estar fundado en *genuinas razones propias* de los individuos. Si los criterios de diseño institucional están fundados en consideraciones que no pueden ser vistas por algunos de los individuos a los que se aplica como razones, entonces se encuentran alienados de la comunidad. Sin embargo, no basta constatar que los individuos consideran a los criterios como fundados en razones, para concluir que existe una comunidad política y que ellos son miembros de la misma, resta todavía determinar si estas son genuinas razones. Una comunidad política de sujetos de razón debe estar fundada en *genuinas* razones, que los sujetos puedan considerar *propias*.

⁶ El mismo Rosenkrantz hace referencia a que el procedimiento de decisión colectiva debe poder ser aceptado por todos los involucrados, pero falla al advertir qué exigencias son necesarias para que esto sea posible toda vez que cree que es suficiente que no existan impedimentos normativos y fácticos para participar o contar en dicho proceso. Señala: "...La relación entre los miembros de una comunidad que difieren su juicio a las normas que dicha comunidad ha diseñado para regular la convivencia en razón de que mutuamente se conceden la posibilidad de influir o la posibilidad de contar en el proceso de toma de decisiones de dichas normas, es justamente la relación que permite a la comunidad continuar como tal cambiando sistemáticamente en tanto dicha relación es la única que hace posible un sistema de toma de decisiones que *todos* pueden aceptar (un sistema en el que *todos* de hecho participan o cuentan al momento de tomar decisiones y *nadie* está de derecho impedido de participar o contar)" (p.48) *El énfasis me pertenece*.

pública. Como es obvio esto no equivale a señalar que el carácter de razón de una consideración le viene dado por una cultura, sino simplemente que el juicio sobre qué cuenta como una razón es relativo a un determinado ambiente cultural. Mientras más densa sea la cultura común, más posibilidades existirán de juzgar conjuntamente a determinadas consideraciones como razones *propias*. Lo que exige concretamente el test de membresía, por lo tanto, dependerá de las características culturales que tenga la comunidad política. En lo que sigue voy a detenerme a analizar cuáles serían las exigencias de membresía en una sociedad cuya cultura política pública es liberal.

Sin embargo, antes de avanzar puede ser de utilidad poner de manifiesto que mi sugerencia de que existen dos niveles de participación política, dos ámbitos de razones, y dos niveles de alienación permite articular y justificar algunas posiciones que el propio Rosenkrantz defiende. Acertadamente Rosenkrantz afirma: “La cuestión de cuándo una persona es un ‘participante’ en la decisión colectiva depende, hasta cierto punto, de la cultura política imperante. Por ello, la respuesta a la cuestión de la membresía puede y *debe* cambiar conjuntamente con los cambios de la cultura política...” (*El énfasis me pertenece*. p.45 n.49) El argumento que he formulado permite justificar por qué la membresía *debería* ser sensible a los cambios en la cultura política, a saber, por qué ésta determina aquello que podemos considerar de modo conjunto como una razón, y el esquema institucional *debe* estar fundado en razones que *todos* aquellos a los que se aplican las normas jurídicas puedan considerar tales.

Como ha notado Rawls lo señalado plantea un profundo desafío para el Liberalismo debido a que en las sociedades liberales -a diferencia de la sociedad islámica del ejemplo anterior- el ambiente cultural está caracterizado por la diversidad y el pluralismo⁷. La cultura pública no aparece lo suficientemente

⁷ Rawls señala que el pluralismo de concepciones religiosas y visiones sobre la vida buena, producido por la Reforma protestante en el siglo XVI, fue el origen histórico del Liberalismo. Por otro lado, la existencia de una multiplicidad de doctrinas comprensivas razonables es para Rawls uno de los hechos que caracterizan a los sistemas políticos democráticos y liberales. (John Rawls, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993 p. xxi-xxvi, 58-66).

espesa como para posibilitar la existencia de criterios de diseño institucional que se encuentren fundados en razones compartidas. La estrategia seguida por Rawls -y que yo mismo me propongo seguir- ha sido la de elaborar los criterios a partir de las ideas políticas que los ciudadanos de una sociedad liberal comparten, a saber, que son políticamente libres e iguales. Si obtenemos procedimientos decisorios que sean aptos para ciudadanos libres e iguales, dado que es una convicción compartida que lo son, habremos obtenido procedimientos que se encuentran fundados en razones que *todos* los ciudadanos de una sociedad liberal pueden reconocer como tales. En consecuencia, un ciudadano de una sociedad liberal se encuentra alienado de su comunidad cuando el procedimiento que utiliza esta sociedad para tomar decisiones colectivas está fundado en razones que no serían reconocidas como tales por un ciudadano libre e igual.

¿Qué procedimiento decisorio sería visto como justificado por un ciudadano libre e igual? ¿Qué diseño institucional podría fundarse en nuestra convicción compartida de que somos libres e iguales? Creo que sólo uno en el que: a) ciertos derechos y libertades estén garantizados y se encuentren protegidos de las decisiones colectivas, y b) todos los ciudadanos tengan suficientes recursos para poder hacer un uso efectivo de sus libertades. Un procedimiento para tomar decisiones colectivas será visto como justificado en la convicción compartida de que somos ciudadanos libres e iguales si está enmarcado por ciertos derechos y libertades que son previos a, y están excluidos del proceso de decisión mismo; y si garantiza que ciertos intereses materiales básicos estén satisfechos.

Para entender en qué consiste la primera exigencia piense, por ejemplo, en un procedimiento que no contuviese restricciones normativas para que la opinión y los intereses de todos fuesen considerados -tal como el test de Rosenkrantz exige- pero mediante el cual pudiese decidirse sobre la libertad civil de los ciudadanos. Tal procedimiento estaría justificado en razones que un ciudadano libre e igual no juzgaría tales. Si el procedimiento permite decidir por mayoría -simple o calificada- que algunos de los ciudadanos serán

considerados esclavos, no está justificado en razones que puedan ser vistas como tales por ciudadanos de una sociedad liberal, aun cuando el procedimiento no establezca impedimentos normativos para que las opiniones y los intereses de todos cuenten en el proceso de toma de decisión colectiva.

Es importante destacar que es inaceptable con independencia de que la decisión sobre la esclavitud sea adoptada o no. La ausencia de garantías es lo que determina que el procedimiento esté fundado en razones que no pueden ser consideradas tales por ciudadanos libres e iguales. Por supuesto si la decisión es tomada y adicionalmente se modifica el proceso de decisión con la introducción de una restricción normativa que impida la participación de los esclavos, estos estarán alienados de la comunidad política⁸ en tanto sus opiniones sobre los asuntos públicos no serán consideradas de importancia y ellos no serán tratados como sujetos de razones. Pero aun si la decisión nunca es adoptada y no se introducen restricciones normativas, la inexistencia de garantías normativas que protejan a la libertad civil frente a las decisiones de la mayoría hace que el procedimiento decisorio no pueda ser visto como justificado por ciudadanos que comparten la convicción de que son libres e iguales, quienes son alienados de la comunidad política. Es importante destacar también que esta causal de alienación se configura aun cuando las opiniones de los ciudadanos estén efectivamente representadas en el proceso de decisión colectiva o sus intereses hayan sido efectivamente considerados.

Permítanme aclarar este último punto. Supongamos que el procedimiento decisorio seguido por una sociedad liberal es el de la regla de mayoría, que se respeta el precepto “un ciudadano, un voto”, que no existen impedimentos normativos para que las opiniones y los intereses de todos sean considerados, y que las opiniones de todos están efectivamente representadas aunque -como es usual- no con el mismo peso: los esclavistas blancos tienen un 70% de los

⁸ Más adelante abordo el asunto de quiénes se encuentran alienados de la comunidad política. Sostendré que no sólo lo están los esclavos sino en general todos los ciudadanos, esclavos o no.

escaños y los anti-esclavistas negros tienen un 30% ⁹. Luego de votar, se decide por mayoría que los negros serán esclavos de los blancos. Esta decisión puede ser revocada en cualquier momento siguiendo el mismo procedimiento de toma de decisiones colectivas. Según el test propuesto por Rosenkrantz los negros no están alienados de su comunidad política porque no existen impedimentos normativos para que sus opiniones e intereses cuenten y efectivamente sus opiniones han contado, esto es, han estado representadas en el proceso de decisión política. Parafraseando lo que Rosenkrantz señala en relación con los secesionistas de Quebec, la configuración de las instituciones del ejemplo no ha tenido como uno de sus objetivos, ni directo ni indirecto, privar a los anti-esclavistas negros de todo lo que ellos necesitaban para dejar una impronta en las decisiones políticas aun cuando sus intereses (de no ser esclavizados) no hayan sido tomados en cuenta (Cfr. p.43-44).¹⁰ Al igual que en el caso de los quebecois el interés de los anti-esclavistas negros no ha sido satisfecho, pero no debido a la existencia de impedimentos normativos ni al hecho de que sus opiniones efectivamente no hayan estado representadas, sino simplemente al hecho de que resultaron una minoría.

¿Qué distingue al caso de los quebecois del de los esclavos negros? En ambos no existen impedimentos normativos. En ambos las opiniones de todos han sido efectivamente consideradas. En ambos los intereses de un grupo no han sido efectivamente tomados en cuenta. ¿Por qué estaríamos dispuestos a decir que los esclavos están alienados mientras que los quebecois no? Las causas deben buscarse en un nivel más profundo de aquél en el que se

⁹ No es imposible que personas que poseen la convicción de que los ciudadanos son libres e iguales, no obstante favorezcan la esclavitud. Puede ser que no hayan advertido, por ejemplo, que sus opiniones a favor de la esclavitud son contrarias a sus más profundas convicciones vinculadas al valor de la libertad y la igualdad. Es decir, no han advertido que sus opiniones a favor de la esclavitud son -de acuerdo a aquello mismo que ellos juzgan una razón- carentes de justificación. Si siguiesen un procedimiento adecuado de deliberación podrían advertirlo.

¹⁰ En el caso del ejemplo el procedimiento de toma de decisiones colectivas no es modificado y, por lo tanto, los negros -aun después de haber sido declarados esclavos- siguen teniendo derecho al voto, sus opiniones siguen estando representadas, etc..

mueve el test de Rosenkrantz, en las razones que justifican el procedimiento de decisión. Un procedimiento que no contiene garantías para ciertos derechos y libertades -por ejemplo la libertad civil- frente a las decisiones colectivas, es uno que se encuentra fundado en razones que no pueden ser vistas como tales por ciudadanos que comparten la convicción de que son libres e iguales, quienes de este modo se encuentran alienados de su comunidad política. Las razones que justifican el proceso decisorio canadiense podían ser vistas como tales por los quebecois, mientras que las razones que justifican el procedimiento decisorio de nuestro ejemplo -en tanto no contiene las garantías requeridas- no pueden ser vistas como tales por los anti-esclavistas -suponiendo que unos y otros pertenezcan a una sociedad liberal-.

La segunda exigencia que debe satisfacer un procedimiento de decisión colectiva se refiere también -al igual que la anterior- a ciertas garantías. La diferencia radica en qué se garantiza. En el caso precedente se garantizaban derechos y libertades inmunizándolos de la posibilidad de ser objeto de decisión colectiva. En el presente caso lo que deben garantizarse son los recursos y bienes necesarios para poder hacer uso de esas libertades y derechos. Aunque es una cuestión compleja el determinar cuál es la cantidad de recursos que sería necesario que un procedimiento decisorio legítimo garantizase con independencia de lo que pueda ser decidido colectivamente, es más simple abordar el asunto por la vía negativa. Es decir, en lugar de preguntarnos qué monto de recursos debería ser garantizado para que el procedimiento decisorio fuese visto como justificado por ciudadanos que comparten la convicción de que son libres e iguales, preguntarnos por qué monto de recursos haría imposible que ciudadanos con esta convicción viesan al proceso decisorio como justificado. Pienso que una garantía mínima establecería que todo ciudadano debe recibir los recursos necesarios para -al menos- subsistir. No estoy señalando que esto sería suficiente para hacer que el proceso decisorio fuese visto como fundado en razones que ciudadanos libres e iguales podrían considerar tales, sino la pretensión más débil que si esta exigencia mínima no es satisfecha, tal situación no podría darse. La exigencia de que el procedimiento

decisorio garantice los recursos materiales para la subsistencia sería una condición necesaria -aunque sería discutible si suficiente- para permitir que los ciudadanos de una sociedad liberal pudiesen verlo como justificado.

Para entender en qué consiste esta segunda exigencia puede ser útil valernos nuevamente de un ejemplo. Piense en un proceso de decisión colectiva similar a aquel que ya hemos utilizado: no contiene restricciones normativas para que la opinión y los intereses de todos sean considerados -tal como el test de Rosenkrantz exige- y además satisface la exigencia de garantizar ciertos derechos y libertades, excluyéndolos de las materias que pueden ser decididas colectivamente. Sin embargo, las instituciones de las que este procedimiento decisorio forma parte no garantizan que todos los ciudadanos tengan la posibilidad de acceder a los recursos mínimos necesarios para su subsistencia. Mi idea es que tal procedimiento -y el esquema institucional del que forma parte- estaría justificado en razones que un ciudadano libre e igual no podría juzgar tales. Si, por un lado, una de las cuestiones que puede ser decidida por el procedimiento es la de si algunos ciudadanos van a recibir o no los recursos mínimos que le brinden la posibilidad de seguir con vida, y si, por el otro, algún ciudadano no dispone efectivamente de la posibilidad de acceder a estos recursos, entonces dicho procedimiento no está justificado en razones que puedan ser vistas como tales por ciudadanos de una sociedad liberal¹¹ -aun cuando el procedimiento no establezca impedimentos normativos para que las opiniones y los intereses de todos cuenten en el proceso de toma de decisión colectiva- quienes son alienados de su comunidad política. Nuevamente es necesario destacar que esta causal de alienación se configura

¹¹ Al menos no podrá ser visto como fundado en razones por aquellos que debido a una decisión política van a morir. Volveré más adelante sobre el tema de quiénes no pueden considerar las razones que justifican el proceso de decisión colectiva como tales. Por ahora basta aceptar que si un procedimiento decisorio permite adoptar una decisión que implique la muerte de hambre de alguien que se considera libre e igual, esta persona no puede juzgarlo como fundado en razones que ella considere tales.

aun cuando las opiniones de los ciudadanos estén efectivamente representadas en el proceso de decisión colectiva.

Lo señalado puede apreciarse si -como en el caso ya analizado- suponemos que el procedimiento decisorio es el de la regla de mayoría, que no existen impedimentos normativos para que las opiniones y los intereses de todos sean considerados, y que las opiniones de todos están efectivamente representadas aunque -nuevamente- no con el mismo peso. Algunos -quienes representan la opinión de los carecientes- están a favor de que no obstante cualquier otra política que pueda adoptarse se adopten también medidas que impidan que nadie carezca de los recursos necesarios para la subsistencia. Este grupo piensa que con independencia del programa económico o social a largo plazo que se adopte, debe garantizarse que en lo inmediato los ciudadanos que hoy existen tengan los recursos necesarios para tener posibilidad de subsistir. Para ponerlo en términos más concretos, este grupo piensa que cuando todas las medidas macro -políticas monetarias, económicas, sociales etc.- han fracasado en posibilitar que alguien tenga lo necesario para la subsistencia, el Estado debe brindárselo de modo directo e individualizado. El resto de los parlamentarios -que representan la opinión de los adinerados-, opina que adoptar esta medida será contraproducente porque alterará el presente esquema de incentivos volviendo menos eficiente la estructura productiva y perjudicando la particular situación económica de sus representados, en tanto los recursos para solventar la política social propuesta seguramente saldrían de los mayores impuestos que se les cobrará. Reconocen que el hecho de que algunas personas mueran de hambre es una calamidad, pero no consideran que sea su obligación solucionar todas las calamidades que sufren otros. Si luego de votar obtiene la mayoría esta segunda posición, según el test propuesto por Rosenkrantz, quienes mañana han de morir porque carecen de lo indispensable para vivir no están alienados de su comunidad política porque no han existido impedimentos normativos para que sus opiniones e intereses cuenten y efectivamente sus opiniones han contado, esto es han estado representadas, en el proceso de decisión

política. Al igual que en el caso de los quebecois y de los anti-esclavistas negros, el interés de los carecientes en tener lo necesario para subsistir no ha sido satisfecho, pero no debido a la existencia de impedimentos normativos ni al hecho de que sus opiniones efectivamente no hayan estado representadas, sino simplemente porque han resultado una minoría y, en consecuencia, -según el test de Rosenkrantz- no deberían encontrarse alienados de la comunidad política.

Como he señalado, pienso que aquellos que carecen de lo indispensable para vivir se encuentran alienados de la comunidad política por causas que se encuentran en un nivel más profundo que aquel en el que se mueve el test de Rosenkrantz, esto es, en las razones que justifican el procedimiento de decisión. Si el esquema institucional del que forma parte el procedimiento de decisión no garantiza que ciertos intereses -mínimamente el de subsistir- sean efectivamente satisfechos con independencia de lo que pueda ser decidido colectivamente, entonces se encuentra fundado en razones que no pueden ser vistas como tales por ciudadanos que comparten la convicción de que son libres e iguales, quienes no son considerados, por tanto, sujetos de razón y se encuentran alienados de su comunidad política.

En consecuencia el test que se debe satisfacer para ser miembro de una comunidad política liberal debería contener las siguientes exigencias:

- a) No deben existir impedimentos normativos para que las opiniones e intereses cuenten en el proceso de toma de decisión colectiva.
- b) O bien las opiniones o bien los intereses efectivamente deben haber contado en el proceso de toma de decisión colectiva.
- c) El procedimiento para tomar decisiones colectivas -y el esquema institucional del que forma parte- debe estar fundado en razones que *todos* los ciudadanos en tanto comparten la convicción de que son libres e iguales no se encuentren impedidos de considerarlas como tales.

Para que esta última exigencia se encuentre satisfecha deben darse, a su vez, dos condiciones:

c') Que ciertos derechos y libertades estén garantizados y se encuentren protegidos de las decisiones colectivas.

c'') Que se encuentre garantizado para todos los ciudadanos la posibilidad real de acceder a suficientes recursos para poder hacer un uso efectivo de sus libertades.¹²

Este último requisito, he argumentado, no se encuentra satisfecho cuando el esquema institucional del que forma parte el proceso decisorio no garantiza la posibilidad de acceso de todos los ciudadanos a los recursos necesarios para la subsistencia.

III

Corregido el test de membresía estamos en condiciones de abordar el tema de la relación existente entre injusticia distributiva y normatividad del derecho. Parecería que mi argumento ha conducido a una conclusión que Rosenkrantz acertadamente quiere evitar, a saber: equiparar la idea de legitimidad y justicia. Dado que una de las exigencias del test de membresía se refiere a la distribución de recursos (c'') puede generarse la impresión de que las víctimas de la injusticia distributiva -quienes no reciben su porción justa de recursos- se encuentran alienados y, en consecuencia, el derecho carece de normatividad en relación con ellos. Creo que la impresión es errónea.

¹² Las garantías a las que se refieren estas condiciones no necesariamente deben ser legales. No creo que todos los derechos y garantías deban ser juridificables. Siguiendo a Pogge pienso que lo que interesa es el acceso seguro a los bienes relevantes y las herramientas jurídicas son sólo uno de los múltiples medios posibles para garantizar dicho acceso. Las garantías no son sólo una cuestión que concierne al derecho sino a cualquier orden institucional impuesto coercitivamente. La sociedad -y no sólo su sistema legal- debería estar organizada para permitir que todos sus miembros tengan *acceso seguro* a ciertos derechos y libertades, así como a los recursos necesarios para hacer un uso efectivo de los mismos. (Cfr. Pogge, Thomas; "Human Rights and Human Responsibilities" en *Global Justice and Transnational Politics*, De Greiff, Pablo, et. al. (eds.), Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2002, p. 151-195. Para cotejar una posición contraria, que afirma que la garantía de ciertos derechos básicos exige juridificación, ver. Habermas, Jürgen; "On Legitimation through Human Rights", en De Greiff, Pablo, et. al. (eds.) Op. cit. p. 197-214).

La razón es la siguiente, la exigencia puede ser satisfecha por distintas concepciones de justicia. Esto hace que existan distintas concepciones liberales de justicia. Todas se encuentran asentadas en la convicción compartida de que los ciudadanos son libres e iguales y, en consecuencia, las instituciones y procedimientos decisorios configurados según sus exigencias descansan en razones que los ciudadanos de una sociedad liberal pueden considerar tales. Por supuesto, todas estas concepciones -con sus exigencias parcialmente divergentes- no pueden establecer de modo correcto lo que la justicia manda, sin embargo todas -en tanto interpretaciones razonables de la libertad y la igualdad- pueden ser legítimas.

La idea sería esta, supongamos que la *justicia como equidad* es la interpretación más razonable de nuestras convicciones compartidas a favor de la libertad y la igualdad, es decir, supongamos que la concepción de justicia rawlsiana establece la porción justa de recursos a la que un ciudadano debe tener posibilidad de acceso. Todo aquel que no recibe esta porción de recursos es, en consecuencia, una víctima de la injusticia distributiva. Sin embargo, esto no basta para afirmar que se encuentra alienado de la comunidad política y que el derecho carece de normatividad con relación a él, porque todavía puede ser el caso de que su esquema institucional le brinde los recursos necesarios para hacer uso efectivo de sus libertades, aunque no le brinde todos los recursos que recibiría si las desigualdades de ingreso estuviesen configuradas para brindar el mayor beneficio a los miembros menos aventajados de la sociedad. En este supuesto el esquema sería injusto pero legítimo y, en consecuencia, ni las víctimas de la injusticia se encontrarían alienadas de la comunidad política, ni el derecho habría perdido normatividad.¹³

¹³ La exigencia c'' requiere que los ciudadanos tengan *suficientes* recursos. El principio de la diferencia rawlsiano agrega un plus a esta exigencia, a saber, que se les dé *prioridad* a los menos aventajados de la sociedad de modo que se *maximice* la porción de recursos que reciben. Si un esquema institucional está ordenado de acuerdo a la justicia como equidad entonces todos los ciudadanos tendrán lo *suficiente* y además los menos aventajados tendrán la máxima porción posible de recursos. Este será un esquema legítimo y justo. Si todos tienen lo *suficiente*, pero los menos aventajados no tienen la máxima porción posible de recursos, éste será un esquema legítimo pero injusto -si es que la justicia como equidad es la concepción correcta de justicia-.

Ahora bien, si la injusticia distributiva fuera tal que privara a algunos ciudadanos de los recursos necesarios para subsistir -y como es obvio transgrediera la exigencia de que todos tengan lo suficiente para hacer uso efectivo de sus libertades- el esquema institucional y sus procedimientos de decisión colectiva serían, además de injustos, ilegítimos, esto es, estarían asentados en razones que ciudadanos con la convicción compartida de que son libres e iguales no podrían considerar tales. Las víctimas de la injusticia en este caso no serían consideradas sujetos de razón y se encontrarían, por lo tanto, alienadas de la comunidad política careciendo el derecho de normatividad en relación con ellos.

Por supuesto, el análisis de Rosenkrantz no es insensible frente a las víctimas de la injusticia distributiva extrema. Aunque no lo señala expresamente en el texto, pienso que él vería esta situación como un caso de legítima defensa o estado de necesidad. Cuando alguien no tiene lo necesario para subsistir -dado que el derecho no puede reclamar comportamientos heroicos- su desobediencia al derecho estaría justificada. Sin embargo esto no implicaría que el derecho ha perdido normatividad frente a él. Rosenkrantz vería este caso como uno de conflicto entre diferentes consideraciones normativas, donde triunfarían algunas distintas de las jurídicas, lo que no haría, sin embargo, que estas últimas perdieran normatividad. Es decir, la injusticia distributiva extrema ingresa en el análisis de Rosenkrantz luego de que la cuestión de la normatividad del derecho está cerrada, para justificar la respetuosa desobediencia.

Por las consideraciones que he formulado, creo que esto es un error. En mi análisis tales consideraciones ingresan al momento de determinar la membresía a la comunidad y la normatividad del derecho. Aquellos que no tienen lo suficiente para subsistir no se encuentran en una situación donde el derecho puede o debe ser desobedecido porque otras consideraciones de mayor peso normativo superan la normatividad del derecho. No existe en su comportamiento un mal residual -la desobediencia a un esquema institucional que lo priva de lo necesario para vivir- que deba ser lamentado. El derecho,

en tanto derecho, no debe ser obedecido en estas circunstancias simplemente porque carece de normatividad.

IV

Habiendo revisado ya las condiciones que deben satisfacerse para que los ciudadanos revistan la calidad de miembros de la comunidad política y habiendo mostrado *algunas* de las implicancias que mis modificaciones tendrían en relación con el tema de la vinculación entre injusticia distributiva y normatividad del derecho, es tiempo de abordar un asunto que he dejado para el final y que completará el panorama, ¿quiénes son los alienados de la comunidad política?

La idea de Rosenkrantz en relación con este tema es la siguiente. Si existe un impedimento normativo para que las opiniones o intereses de un individuo cuenten, o si tanto sus opiniones como sus intereses no han sido efectivamente considerados, entonces *este* individuo se encuentra alienado y el derecho carece de normatividad con relación a él. El resto de los individuos, donde estos extremos no se satisfacen, no se encuentran alienados de la comunidad política y, en consecuencia, el derecho con relación a ellos es normativo.

En su opinión los judíos en la Alemania Nazi y los negros víctimas del apartheid no se encontraban ligados por el derecho -y por ende no estaban obligados “...a contribuir al sistema impositivo o a servir en el ejército o a someterse al castigo...” (p.41)- porque no existía la vinculación adecuada entre aquellos que demandaban obediencia y aquellos a quienes se les demandaba. Esta vinculación no se daba porque existían impedimentos normativos para que las opiniones e intereses de los negros y judíos, en cada uno de estos regímenes respectivamente, contara. En el apartheid los negros estaban alienados al igual que los judíos en el régimen Nazi y, en consecuencia, no tenían ningún deber de obedecer el derecho. Esta conclusión rescata -como señala Rosenkrantz- algunas de nuestras intuiciones morales. El problema se presenta

con aquellos que según el test de Rosenkrantz no se encontraban alienados de la comunidad política -los arios y los blancos- quienes, en tanto miembros, tenían el deber de obedecer el derecho o violarlo de un modo abierto y respetuoso. Un ciudadano alemán ario o un ciudadano sudafricano blanco, en relación con cuyas opiniones e intereses no existían impedimentos normativos o fácticos, tenía -según la concepción de membresía propuesta por Rosenkrantz- el deber de obedecer las normas que discriminaban a los negros u ordenaban el exterminio de los judíos. Los judíos no tenían el deber de someterse a las normas que los recluían en campos de concentración para su exterminio, pero los alemanes arios -en tanto miembros no alienados de la comunidad- tenían el deber de cumplirlas y ayudar al sostenimiento del sistema con el pago de impuestos, incorporándose de ser necesario al ejército Nazi.

Creo que estas consecuencias profundamente contraintuitivas son indicio de que hay algo equivocado en el tratamiento que Rosenkrantz hace de la alienación. Específicamente, pienso que existen allí dos problemas. El primero, tiene que ver con su noción de comunidad política; el segundo, con su concepción individualista del vínculo de membresía a dicha comunidad.

Lo que suena extraño en la explicación de Rosenkrantz es que, siendo él un asociativista que considera al derecho normativo porque es el derecho de una comunidad, luego afirma que el derecho puede ser normativo para algunos y no para otros. Su concepción fracasa a la hora de explicar por qué el derecho es normativo para *todos* los ciudadanos a quienes se aplica, es decir no satisface el requisito de generalidad. Una concepción, para satisfacer este requisito, debería mostrar que si el derecho es normativo, necesariamente lo es para todos los ciudadanos, de lo que se sigue que si no es normativo para alguno, entonces necesariamente no debe serlo para ninguno. Siguiendo la analogía utilizada por Rosenkrantz, si he elaborado una explicación de la autoridad paterna y según ella el padre puede carecer de autoridad sobre algunos de sus hijos aunque la tiene sobre otros, entonces no tengo una explicación de la autoridad paterna en absoluto. Si, por la razón que fuese, la autoridad paterna ha desaparecido en relación con uno de los hijos entonces

debe haber desaparecido en relación con todos.¹⁴ De modo similar, si elaboro una explicación de la autoridad del derecho y según ella el mismo puede carecer de normatividad sobre algunos de los ciudadanos (los alienados), pero esto no impide que la tenga sobre otros, entonces no he brindado una explicación de la autoridad del derecho en absoluto.

Pienso que el carácter contraintuitivo que tienen las conclusiones a las que se arriba cuando se aplica la concepción de membresía y alienación propuesta por Rosenkrantz, es probado por el hecho de que su explicación no satisface el requisito de generalidad.

El problema se encuentra oscurecido en la presentación que hace Rosenkrantz porque, casi de modo imperceptible, se alteran los términos de la cuestión. Cuando Rosenkrantz aborda el problema de la generalidad y particularidad, lo que le critica a las teorías clásicas son cosas como estas: que no explican "...por qué el derecho...es autoritativo *sólo* para algunos -los súbditos del derecho en cuestión- y no lo es para ninguno de todos los demás..." (p.19); que no dan cuenta "...de por qué todos aquellos a quienes el derecho se aplica deben someterse a él..." (p.23); que no logran explicar por qué "...el derecho obliga a todos..." (p.25) y -refiriéndose específicamente a las teorías fundadas en el deber natural de justicia- que no dan cuenta de por qué debo obedecer al derecho de mi nación cuando contribuiría más a la justicia si obedeciese un derecho extranjero, "...*(p)*ienso, por ejemplo, el caso en que mi contribución a la justicia sería más sustantiva si yo prestara atención al derecho de España, independientemente de que soy argentino y de que es el derecho argentino quien pretende ejercer autoridad sobre mí.

¹⁴ Si somos tres hermanos y la razón de la autoridad paterna descansa en el especial vínculo parental, la única razón por la que puede desaparecer la autoridad paterna en relación con uno de los hijos -no la única razón por la que puede ser desobedecida o superada por otras consideraciones- es que ya esta relación no se dé, es decir, que ya no sea su padre. Ahora bien, dado que efectivamente somos hermanos esto no puede darse con uno sin que se dé con todos. Si el vínculo parental no se da con uno de los miembros de la comunidad filial, entonces no se da con ninguno.

Una teoría del deber natural, en estas circunstancias, debería recomendarme contribuir con, y acatar, el derecho español aun cuando yo sea argentino. Pero ello es precisamente lo contrario de lo que una buena teoría del derecho debería mantener...” (p.28) (*El subrayado me pertenece*). Es decir, el problema que Rosenkrantz ve en las teorías clásicas es que no explican por qué *todos los súbditos a los que el derecho de un determinado Estado* -i.e. Argentina- *se aplica*, deben someterse a él. Una buena teoría del derecho debe explicar por qué si es normativo, lo es en relación con *todos* los individuos pertenecientes a este conjunto previamente determinado.

Por supuesto, para que el test tenga sentido este conjunto tiene que estar definido de modo previo e independiente a la teoría que se pretende evaluar. Si el conjunto de individuos que la teoría identifica como vinculados por la normatividad del derecho coincide con el conjunto de individuos previamente definido -esto es el de todos los súbditos a los que el derecho de un determinado Estado se aplica- entonces tenemos una buena teoría, de lo contrario no. Es decir, estamos en presencia de dos conjuntos de individuos: a) aquellos a los que el derecho estatal se aplica, y b) aquellos a quienes la teoría señala como vinculados normativamente por el derecho, y ambos conjuntos deben coincidir si la explicación ha de ser general.

El problema con la explicación de Rosenkrantz queda oscurecido porque utiliza la misma palabra, “comunidad”, para referirse a ambos conjuntos, lo cual da la falsa impresión de que se trata del mismo conjunto de individuos: la “comunidad” de aquellos a los que el derecho se aplica y la “comunidad” de aquellos en relación con los que es normativo. Permítanme mostrar cómo los dos sentidos diferentes de la palabra “comunidad” son confundidos en el argumento de Rosenkrantz.

Cuando Rosenkrantz apunta el problema que aqueja a las teorías clásicas, sostiene que éste consiste en lo siguiente: no explican por qué *todos los súbditos a los que el derecho de un determinado Estado se aplica*, deben someterse a él. No satisfacen la exigencia de generalidad. Cuando avanza en su exposición, y con el fin de vincularlo con la solución propuesta por las

teorías asociativistas, el problema es expresado utilizando otro vocabulario, ahora consiste en que dichas teorías no explican por qué *los miembros de una comunidad deben obedecer su derecho*, esto es, no dejan “...espacio alguno para que el vínculo que tengo con la comunidad que pretende regularme constituya una razón decisoria para que yo obedezca el derecho de dicha comunidad...” (p. 32).¹⁵ Ahora bien, si estas son dos formulaciones del mismo problema -y deben serlo- el conjunto de individuos que conforman esta “comunidad” tiene que estar compuesto por todos los súbditos a los que se aplica el derecho. Esto también debe ser así porque el conjunto de individuos en relación con los que se va a testear la generalidad de la teoría propuesta, debe estar definido de modo previo e independiente a la teoría cuyos resultados van a ser evaluados¹⁶. En lo sucesivo a esta comunidad la denominaré “comunidad jurídica”¹⁷.

¹⁵ Esta consideración es vertida por Rosenkrantz en relación con la teoría de Nino, que es la última que expone antes de pasar a considerar las concepciones asociativistas.

¹⁶ Lo mismo se aplica a una teoría que intente explicar la autoridad paterna. Debe partir de una noción independiente de hijo y mostrar luego que de acuerdo a sus conclusiones quienes se encuentran vinculados por la autoridad paterna son sólo aquellos que, previamente a la construcción de la teoría, considerábamos hijos. Por el contrario, si la teoría altera a voluntad el conjunto de los individuos a quienes llama hijos -por ejemplo afirmando que los verdaderos hijos son aquellos que satisfacen los requisitos propuestos por la teoría para que la autoridad paterna sea vinculante- entonces la coincidencia entre la extensión de ambos conjuntos (el de los hijos y el de los vinculados por la autoridad paterna) no puede servir como un argumento a su favor. Esta última teoría no habría mostrado por qué si un padre tiene autoridad la tiene sólo en relación con sus hijos. Un defecto semejante a este último pienso que se encuentra presente en la concepción de la autoridad del derecho ofrecida por Rosenkrantz.

¹⁷ Utilizo la denominación de comunidad simplemente porque Rosenkrantz lo hace. Particularmente creo que un conjunto de individuos a los que se aplica un determinado sistema jurídico no constituyen por esta única circunstancia comunidad alguna. Creer lo contrario es haber caído en el engaño denunciado por Marx en la introducción de su *Contribución a una Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel* (1843-1844). Marx allí denuncia que la falsa comunidad creada por la religión fue -luego de la reforma protestante- reemplazada por la falsa comunidad de ciudadanos iguales a los ojos de la ley creada por el derecho. En opinión de Marx estas comunidades falsas ocupan el lugar que debería tener una genuina comunidad compuesta por seres humanos iguales social y económicamente. Con el agregado que he propuesto al test de membresía considero estar más cerca de lo que Marx juzgaría una comunidad genuina.

Rosenkrantz también utiliza la palabra “comunidad” para referirse al conjunto de individuos que su teoría señala como vinculados por el derecho. Aquí el conjunto de individuos que la conforman no son aquellos a los que el derecho estatal se aplica -como sucedía con la primera- sino el conjunto de individuos en relación con cuyas opiniones e intereses no existen impedimentos normativos o fácticos. A esta comunidad la denominaré “comunidad política”.

A la pregunta original ¿por qué los miembros de una “comunidad jurídica” deben obedecer el derecho que se les aplica?, la respuesta ofrecida por Rosenkrantz es: porque es el derecho de la “comunidad” a la que pertenecen. Sin embargo la “comunidad” a la que se hace referencia en la respuesta es la “comunidad política” y, como es obvio, dado que ambos conjuntos están definidos por distintas propiedades puede darse el caso que existan individuos que pertenecen a la “comunidad jurídica” -a los que se aplica el derecho- que no pertenecen a la “comunidad política” -porque están alienados en la terminología de Rosenkrantz-. En consecuencia, no ha sido mostrado que si el derecho es normativo entonces *todos* los miembros de la “comunidad jurídica” deben obedecerlo en tanto es el producto colectivo de su “comunidad jurídica”, sino, a lo sumo, que algunos miembros de la “comunidad jurídica” -los no alienados de la “comunidad política”- deben obedecerlo.

Rosenkrantz no ha tenido éxito en mostrar por qué si el derecho es normativo, entonces todos los *súbditos a los que el derecho de un determinado Estado se aplica* -los miembros de la “comunidad jurídica”- deben someterse a él. Lo que Rosenkrantz no alcanza a ver es que dado que existen dos “comunidades” puedo ser ajeno a éstas de dos modos distintos: puedo ser ajeno porque sus decisiones colectivas, i.e. el derecho, no se me aplican, o puedo ser ajeno porque aunque se me aplican mis opiniones e intereses no cuentan del modo relevante. En el primer caso, estoy excluido de la “comunidad jurídica”; en el segundo, estoy excluido de la “comunidad política”. Si la explicación de la normatividad del derecho propuesta no abarca a los excluidos de la “comunidad jurídica” -los extranjeros- esto no representa

problema alguno para la generalidad de la concepción propuesta¹⁸. Por el contrario, si la explicación propuesta de la normatividad abarca sólo a algunos de los miembros de la “comunidad jurídica” pero no a todos, ya que algunos se encuentran excluidos de la “comunidad política” -los alienados-, entonces no ha sido satisfecha la exigencia de generalidad.

Si la teoría ha de satisfacer el requisito de generalidad hace falta una explicación de por qué si algún miembro de la “comunidad jurídica” está alienado de la “comunidad política”, entonces todos lo están. Es decir, debe explicar por qué si el derecho es normativo lo es en relación con todos aquellos a quienes se aplica. Aquí se encuentra el segundo problema de la explicación ofrecida por Rosenkrantz, el carácter individualista de su concepción de la membresía política.

La membresía o alienación de la “comunidad política” es, según Rosenkrantz, un vínculo individual que es indiferente al vínculo de membresía que tengan el resto de los individuos que pertenecen a la “comunidad jurídica”. Esto es lo que imposibilita que la explicación de la normatividad del derecho propuesta por Rosenkrantz sea general. El test de membresía de Rosenkrantz a la “comunidad política” hace referencia a opiniones e intereses individuales y a la posibilidad de que ellos tengan relevancia en el proceso decisorio. Mis opiniones e intereses pueden ser considerados aunque no suceda lo mismo con los miembros de mi “comunidad jurídica”. No hay ninguna referencia a consideraciones colectivas. No hay ningún nexo entre el test de membresía a la “comunidad política” y la pertenencia a una “comunidad jurídica”. No hay ninguna explicación de por qué sólo los miembros de una “comunidad jurídica” pueden satisfacer conjuntamente los requisitos para ser miembros de la “comunidad política”.

Este problema no se presenta si se le hacen al test de membresía las modificaciones que he sugerido. Es decir, la explicación de la normatividad

¹⁸ Muy por el contrario, esto representa una virtud de la concepción ya que le permite satisfacer la exigencia de particularidad.

que he propuesto siguiendo el camino de Rosenkrantz, satisface la exigencia de generalidad. Utilizando las nuevas categorías de comunidad que hemos introducido el nuevo requisito con el que propongo completar el test de Rosenkrantz señalaría lo siguiente. Los miembros de la “comunidad jurídica” no deben estar impedidos de ver a las razones que justifican el proceso de decisión colectiva como tales. Esta exigencia, a diferencia de las propuestas por Rosenkrantz, sólo se satisface si dicho impedimento no se presenta en relación con ningún miembro de la “comunidad jurídica”. Mientras que las razones a las que el test de Rosenkrantz es sensible no necesitan ser públicas, las razones a las que se refiere el agregado que he propuesto deben serlo, esto es, deben poder ser compartidas por cualquier miembro de la “comunidad jurídica”. Esto garantiza que si algo puede ser una razón para uno de los miembros entonces pueda serlo para todos, y si no puede ser visto como una razón por algunos entonces no pueda ser vista como tal por ninguno. El modo de lograr que el proceso decisorio esté asentado en razones que puedan ser compartidas por los miembros de la “comunidad jurídica” es apelar a convicciones -religiosas, filosóficas, políticas, etc.- presentes en la cultura pública de la sociedad. Cuando se trata de una “comunidad jurídica” liberal -por su parte- dada la pluralidad de doctrinas religiosas y filosóficas que profesan los ciudadanos, el único recurso disponible es apelar a las convicciones políticas compartidas, básicamente a la idea de que somos libres e iguales.

Ahora bien, si un miembro de la “comunidad jurídica”, que comparte la convicción de que los ciudadanos son libres e iguales, se encuentra impedido de ver a las razones que fundan al procedimiento decisorio como tales, porque dicho procedimiento -y el esquema institucional al que pertenece- o bien no garantiza ciertos derechos y libertades, o bien no garantiza siquiera la posibilidad de acceso a los recursos mínimos para la subsistencia, entonces tal impedimento se extiende a todos aquellos que comparten dicha convicción, es decir, a todos los miembros de la “comunidad jurídica” liberal. Para ponerlo en términos más concretos, si un procedimiento decisorio posibilita que algunos de sus miembros puedan ser transformados en esclavos y otros privados de

lo indispensable para vivir, ningún miembro de la “comunidad jurídica” liberal que comparta la convicción de que somos libres e iguales puede juzgar a las consideraciones que lo justifican como razones. En consecuencia, quien se encuentra alienado de la “comunidad política” no es simplemente quien es esclavizado o quien no tiene la posibilidad de acceder a lo indispensable para vivir, sino todos los miembros de la “comunidad jurídica” liberal.

Aunque la alienación de todos los ciudadanos puede sonar extraña, lo único que significa es que no existe en absoluto una “comunidad política” que trate a los individuos como sujetos de razones. No se trata, como piensa Rosenkrantz, de que cuando algunos son alienados existe una “comunidad política” que los excluye. Cuando algún ciudadano es alienado, todos lo son. En otras palabras, no existe “comunidad política” si algunos miembros de la “comunidad jurídica” se encuentran alienados. Esto, finalmente, permite satisfacer la exigencia de generalidad.¹⁹

Por último, quisiera detenerme en las profundas consecuencias que este análisis tiene para la normatividad del derecho. Estoy de acuerdo con Rosenkrantz en que el derecho es normativo en relación con los miembros de determinada “comunidad jurídica” porque es el derecho de esa comunidad.

¹⁹ Una comunidad política es aquella que está organizada en base a criterios que se encuentran justificados en *genuinas* razones, que pueden ser vistas como tales por *todos* los individuos a quienes se aplican las decisiones colectivas. Una comunidad política es una comunidad de sujetos de razones. El valor que posee este tipo de comunidad no viene dado sólo porque esté fundada en genuinas razones o sólo porque los ciudadanos creen que lo está. La comunidad política es valiosa cuando estos dos extremos están configurados. El derecho posee carácter normativo, entonces, cuando es el fruto de una comunidad política fundada en genuinas razones que pueden ser vistas como propias por todos los individuos a quienes se aplican las decisiones colectivas. Lo señalado no es más que una consecuencia de creer que el “principio de adhesión” es aplicable a la práctica política. Este principio señala que algunas actividades humanas sólo son valiosas si son dirigidas a partir de las propias creencias del individuo (Cfr. Dworkin, Ronald; “Liberal Community” *California Law Review*, 1989, 77/3:479-504, p. 484-487; Raz, Joseph; *The Morality of Freedom*, Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 291-293). Pienso que la política es una de estas actividades. La práctica institucional sólo tiene valor si está asentada en genuinas razones que los individuos pueden considerar como tales.

Para que esto último se cumpla es necesario que ningún miembro de la “comunidad jurídica” se encuentre alienado por el procedimiento de decisión colectiva que produce al derecho, es decir, es necesario que todos sean miembros de la “comunidad política”; o dicho más brevemente, es necesario que la “comunidad jurídica” sea también una “comunidad política”. Si esta coincidencia no se da, entonces éste no es el derecho de la comunidad y, por lo tanto, no es normativo con relación a los individuos que la componen. Dicho de otro modo, si algunos de los individuos a los que se aplica el derecho no son tratados como un sujeto de razones, entonces el derecho no es normativo en relación con ninguno. Esta conclusión es simplemente un corolario del carácter general de la explicación de la normatividad propuesta.

Esta explicación permite acomodar, finalmente, nuestras intuiciones sobre el derecho Nazi y el sistema de apartheid. En tanto los judíos y los negros no eran tratados como sujetos de razones, el derecho carecía completamente de normatividad en relación con todos aquellos sobre los que se aplicaba. El judío y el ario, el blanco y el negro -por igual- no tenían ningún deber de obedecer el derecho racista.

Para ponerlo en términos más concretos referidos a la justicia distributiva, si -en el marco del esquema institucional de una sociedad liberal- a un ciudadano no se le garantiza la posibilidad de acceder a lo necesario para vivir, no sólo él se encuentra alienado de la “comunidad política”, sino todos sus conciudadanos. El derecho, en consecuencia, carece con relación a ellos de cualquier normatividad. El amo como el esclavo, el rico como el menesteroso, no pertenecen a una “comunidad política” -y en este sentido están alienados de ella- porque mientras exista un ciudadano condenado a la esclavitud o a la indigencia no existe “comunidad política” a la que pertenecer. Mientras alguien carezca de la posibilidad de acceder a lo mínimo para subsistir, la “comunidad jurídica” -compuesta de aquellos a los que se aplica un derecho en particular- no se habrá conformado en una “comunidad política” y su derecho carecerá, en consecuencia, de normatividad por completo.

Es necesario destacar que esta equiparación entre amo y esclavo, rico y menesteroso, sólo se da en relación con la alienación de la “comunidad

política”, no con la calificación moral de su situación. Todos se encuentran alienados de una “comunidad política” que todavía no existe, sin embargo esto no debe hacer perder de vista el hecho de que algunos son beneficiados y otros perjudicados por las instituciones ilegítimas que de hecho existen. La pobreza -al igual que la esclavitud- no es un fenómeno natural que las instituciones meramente permiten o no encuentran el modo de solucionar; la pobreza es producto de la distribución de la riqueza realizada por las instituciones sociales. Que alguien no tenga la posibilidad de acceder a lo indispensable para subsistir, no es un hecho desgraciado de la naturaleza sino un efecto de los esquemas institucionales creados y sostenidos por los seres humanos. Lo mismo puede afirmarse de su contracara, la riqueza. Cuando me beneficio de un esquema institucional ilegítimo estoy tomando lo que no tengo derecho a poseer de alguien que no tiene el deber de brindármelo. En consecuencia, aunque el derecho -y el esquema institucional del que forma parte- carezca de normatividad por igual con relación al rico y al menesteroso, mientras uno se beneficia del accionar ilegítimo del sistema jurídico el otro se perjudica y, por ende, su situación moral no es idéntica, uno se beneficia ilegítimamente a expensas del otro.²⁰

²⁰ Soy consciente de que sostener que si alguien está alienado, la comunidad política no existe, es una tesis muy fuerte. El peso de esta exigencia queda patente cuando pensamos en casos diferentes al de los esclavos y menesterosos. Si consideramos el caso de alguien que -no obstante vivir en una sociedad liberal- no comparte la intuición moral de que somos libres e iguales, también deberíamos concluir que se encuentra alienado por un esquema institucional que efectivamente lo trata como tal. ¿Carece dicho esquema de legitimidad? Este es un asunto complejo pero pienso que si se adopta la estrategia que he seguido en el texto dos son las posibilidades: o bien, argumentar para mostrar que cualquier individuo incluido en una sociedad liberal comparte ciertas intuiciones morales básicas, o bien, excluir al individuo en cuestión del ámbito de aplicación del derecho. Dicho en la terminología utilizada en el texto: argumentar para mostrar que todo miembro de la “comunidad jurídica” posee las convicciones en las que se funda la “comunidad política”, o mantener la legitimidad de la “comunidad política” excluyéndolo también de la “comunidad jurídica” quitándolo del ámbito de aplicación de las decisiones colectivas. Si esta última opción es imposible, la única alternativa es indemnizarlo por el daño causado. Una estrategia semejante a esta última es seguida por Nozick (*Anarchy, State, and Utopia*, New York: Basic Books, 1974) para resolver el problema de los que no

Es de destacar que el hecho de que el derecho sea ilegítimo no nos libera sin más de cumplir con sus exigencias. La solución para la ilegitimidad de un esquema institucional no es simplemente desobedecerlo. Esto por dos razones: primero, porque lo que es mandado por las instituciones ilegítimas puede contingentemente coincidir con la acción moralmente correcta, en cuyo caso desobedecer sistemáticamente sería un error; y segundo, porque el único modo de solucionar la ilegitimidad es construir un esquema alternativo legítimo y pueden existir consideraciones estratégicas que muestren que el mejor modo de lograrlo es sostener el presente esquema institucional y buscar internamente su reforma. Uno podría pensar que si el esquema institucional es ilegítimo, nada justifica sostenerlo, y que si no es posible tener un esquema legítimo entonces una buena opción es la anarquía. Si todos los esquemas institucionales factibles son ilegítimos, mejor abolirlos. Creo que esto es un error producido por la ilusión de que el anarquismo no implica ningún esquema institucional. El anarquismo es un modo de configurar las instituciones sociales y, en consecuencia, mostrar la ilegitimidad de otros esquemas institucionales no dice nada sobre la suya propia.²¹ El anarquismo no es la ausencia de

adhieren voluntariamente a la asociación de protección dominante. Es de destacar, sin embargo, que esta indemnización no vuelve legítima la situación -contrario a lo que afirma el principio de compensación de Nozick- sino que simplemente permite satisfacer la obligación moral generada por haber dañado ilegítimamente a otro. Lo señalado en el texto, permite apreciar la magnitud del problema que enfrentan las nuevas estructuras políticas transnacionales como la Comunidad Europea. El desafío es construir una “comunidad política” que se corresponda y otorgue legitimidad a estas estructuras. Para ello es necesario construir una cultura política pública compartida que permita juzgar conjuntamente como razones a las consideraciones que justifican el particular diseño institucional supra-nacional. (Habermas propone un mecanismo para alcanzar este objetivo. Cfr. Habermas, Jürgen; “La Constelación Posnacional y el Futuro de la Democracia” en *La Constelación Posnacional*, Barcelona: Paidós, 2000, p. 81-146). A menos que esto se produzca, existirá un vasto número de individuos cuyas opiniones podrán estar representadas, y cuyos intereses podrán ser considerados en el proceso de toma de decisiones, pero que -no obstante- se encontrarán alienados.

²¹ Señala Pogge: “...In fact, anarchist theorists typically make detailed proposals of practices, procedures, rules, and norms that are to regulate and pervade the entire social system...” (Pogge, Thomas, *Realizing Rawls*, Op.cit. p.24.n19)

instituciones sociales sino un modo particular de configurarlas, el que, como cualquiera, puede ser o no legítimo. La ilegitimidad de nuestro actual esquema institucional no prueba la legitimidad de otro distinto.

Lo que la ilegitimidad del derecho provoca es que debemos volver a decidir por nosotros mismos qué hacer.²² No podemos diferir nuestro juicio. Como he señalado, dos son las cuestiones a decidir: qué conductas son correctas -con independencia de que sean ordenadas o no por el derecho- y cuál es el modo más eficaz de dotarnos de instituciones sociales legítimas. Si nuestro juicio dictamina que la solución a esta segunda cuestión consiste en sostener el actual esquema ilegítimo para intentar su reforma, esto no vuelve legítimos los daños que son causados por el mismo a ciertos conciudadanos. Dado que estos son ocasionados por un esquema en cuyo sostenimiento participamos, somos responsables de los mismos y existe en nosotros un deber de indemnizarlos. Quien se beneficia de un esquema institucional ilegítimo, en consecuencia, tiene dos obligaciones: primero, trabajar políticamente procurando su reforma; segundo, indemnizar a las víctimas del esquema institucional que sostiene y lo beneficia.²³

²² El derecho, en tanto derecho, no tiene carácter normativo. No es el producto colectivo de una comunidad valiosa.

²³ Según Pogge, Rawls pensaba que focalizarse en la estructura básica -lejos de disminuir la responsabilidad individual- permitía apreciar aquello que le hacemos a otros individuos no de modo inmediato sino a través de esquemas institucionales. Al respecto afirma: "...The *social* injustice blacks have suffered as victims of the *institution* of slavery does not consist of a multitude of wrongs committed against them by their ('unjust') slaveholders... the responsibility for such unjust institutions and the task of reforming them are not confined to slaveholders or to the rich but rather fall upon all participants in the social system (though perhaps in proportion to the benefits and advantages they enjoy under the unjust scheme and surely in proportion to the opportunities they have of supporting institutional reform). Spelled out in this way of addressing (and thus assumes) a special type of moral responsibility, the joint responsibility that the participants in an institutional scheme have for its justice." (Pogge, Thomas, *Realizing Rawls*, Op.cit. P. 27).

V

Finalmente, dos palabras sobre la situación en Argentina. Creo que en nuestro país existen grupos numerosos de individuos a los que el esquema institucional no garantiza la posibilidad de acceder a lo mínimo indispensable para subsistir. Los niños que todos los años mueren de neumonía e influenza, aproximadamente el 3% de los nacidos vivos, no han recibido lo mínimo necesario para subsistir por el esquema institucional.²⁴ Máxime si se considera que la principal causa de estas enfermedades son la mala alimentación y las precarias condiciones de habitación. Los recién nacidos que mueren por causas reducibles por diagnóstico y tratamiento oportuno -aproximadamente un 60% de todas las muertes de neonatos- tampoco han recibido la posibilidad de acceder a lo necesario para vivir. Los niños que mueren en Chaco, Tucumán y Formosa -el 26,7%0, 24,3%0 y el 25,5%0 respectivamente- también han sido privados por el esquema institucional de dicha posibilidad²⁵. Todas estas muertes se producen año tras año fruto del particular esquema institucional en que estos niños nacen. No son catástrofes naturales las que las causan sino el modo particular de configurar las instituciones sociales.²⁶

Todos estos conciudadanos han sido alienados del modo más literal y definitivo de la comunidad política. El esquema institucional, que no les garantizó el acceso a lo mínimo indispensable para subsistir, no está fundado en ninguna razón que alguien que comparta la convicción de que somos libres e iguales podría ver como tal. Su alienación priva al esquema institucional

²⁴ Los porcentajes exactos brindados por el Ministerio de Salud fueron: 3,2 % en el año 1999, 2,7% en el año 2000, 3% en el año 2001 y 2,8% en el año 2002.

²⁵ Las cifras corresponden al año 2002.

²⁶ Para corroborar que no son fruto de fenómenos naturales sino de la particular configuración de las instituciones sociales basta advertir la incidencia que tiene la jurisdicción política en la que vive la madre en la tasa de mortalidad infantil. Así, un niño nacido en la ciudad de Buenos Aires o Tierra del Fuego -por el sólo hecho de haber nacido allí- tiene más posibilidades de vivir que uno nacido en el resto del país (la tasa de mortalidad en esta última provincia es del 9,1%0 mientras que en el primer distrito señalado es de 10%0).

que las produce de cualquier tipo de normatividad. Si lo sostenemos, beneficiándonos además de él -en la creencia de que su sostenimiento es el modo más eficaz de alcanzar un esquema legítimo- es nuestra obligación trabajar políticamente para que esta transformación se produzca e intentar contrarrestar los daños que mientras tanto el esquema provoca.²⁷

²⁷ Nuestra responsabilidad moral por el daño causado por las instituciones ilegítimas puede ser satisfecha institucionalmente si dichas instituciones tienen mecanismos de compensación. Como he señalado, la existencia de estos mecanismos no vuelven legítimas a las instituciones. No creo que colectivamente tengamos un derecho a dañar a otros -imponiéndoles instituciones que no pueden ver como fundadas en razones- a cambio de indemnizarlos. Por el contrario, cuando este daño se produce surge una obligación de repararlo justamente en base a su ilegitimidad. Si un esquema institucional ilegítimo posee mecanismos de compensación sigue siendo ilegítimo -quienes participan en él no cumplen su deber moral de no dañar- pero permite cumplir con el deber moral de indemnizar a quien se daña. Si el esquema institucional no posee mecanismos de compensación, entonces la obligación de reparar el daño que causan las instituciones ilegítimas a las que ayudamos a sostener, recae en cada persona individualmente. Un punto interesante es el referido a cuál es el monto del esfuerzo que debo hacer para reformar las instituciones e indemnizar los daños que causan. Lo sugerido por Parfit y Murphy en relación con este tópico pienso que es correcto. Uno debe realizar un monto de esfuerzo tal que si todos hicieran un esfuerzo análogo, entonces las instituciones serían reformadas y los daños compensados. (Cfr. Parfit, Derek; *Reasons and Persons*, Oxford: Oxford University Press, 1984; y Murphy, Liam; *Moral Demands in Non-Ideal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2000).

**LA AUTORIDAD DEL DERECHO Y LA TEORÍA
DE UN DERECHO CON AUTORIDAD.
RÉPLICA A MIS COMENTARISTAS***

Carlos F. Rosenkrantz

I

“La Autoridad del Derecho y la Injusticia Económica y Social” (en adelante “LAD”) es un artículo que desarrolla cuatro puntos principales de algún modo independientes unos de otros. Primero, una hipótesis acerca de las razones por las que las teorías tradicionales de la autoridad del derecho no han obtenido el consenso necesario para convertirse en respuestas canónicas a la cuestión de qué es lo que explica y justifica la obligación de obedecer el derecho. Segundo, la sugerencia de que si queremos explicar la obligación de obedecer el derecho debemos hacer extensas referencias a la especial relación que existe entre aquellos que se encuentran obligados por el derecho y la comunidad a la que ellos pertenecen o de la que son miembros. Tercero, una tesis acerca de las características que debe satisfacer la relación entre la comunidad y sus miembros para que sea sensato sostener que ella es una relación de membresía a una comunidad. Por último, la conclusión de que si somos miembros de una comunidad tenemos la obligación (no última sino *pro tanto*) de obedecer el derecho de dicha comunidad, incluso en circunstancias de injusticia distributiva, esto es, incluso cuando los recursos

* Agradezco los comentarios de Paula Gaido, Paolo Comanducci, Andrés Rossler y a los participantes del Seminario Internacional de Bahía Blanca 2006.

económicos y políticos están mal o injustamente distribuidos entre los miembros de dicha comunidad.

No obstante que todos mis comentaristas (con excepción de Rodríguez a quien me referiré en la última sección de esta réplica) comparten algunos de estos cuatro puntos, todos están lejos de creer que LAD haya dado respuestas definitivas a los problemas que yo trato. Los argumentos en los que basan su escepticismo son muchos y de muy distinto tenor por lo que me ha parecido mejor responderles de un modo más bien global. Por lo tanto, en lugar de tratar punto por punto cada uno de los argumentos de cada uno de mis comentaristas me concentraré en los grandes problemas que ellos introducen. En primer lugar, me referiré a la naturaleza de mis ideas. En segundo lugar, al requisito de la “generalidad”. En el contexto de esta discusión haré algunas referencias a la teoría general del derecho y a la mejor manera de concebirlo. Luego analizaré las críticas de Seleme e Iglesias, quienes sostienen que mi test de membresía es demasiado fácil de satisfacer y que, como consecuencia de ello, veo obligaciones legales donde no debería haberlas. En las secciones IV y V de esta réplica argumentaré que mi concepción de la membresía es preferible a la de Seleme e Iglesias no solo a la luz del valor del “cambio sistémico” sino también en virtud de consideraciones de justicia. Finalmente, cerraré esta réplica con algunos comentarios sobre Rodríguez y las razones por las que debemos resistir su afirmación de que “el derecho (no puede imponer) genuinos deberes en contextos de manifiesta desigualdad económica”.

II

En su contribución, Grosman sugiere que yo incurro en algún tipo de inconsistencia o que someto a los lectores a algún tipo de trampa o traición pues yo, “a pesar del tono explicativo de (mi) análisis...., (yo ofrezco) una teoría justificatoria” del derecho y de su fuerza vinculante.

Los comentarios de Grosman parten de la extendida idea de que existe una diferencia entre el mundo de la explicación y el mundo de la justificación

y que, por lo tanto, no se puede pasar de uno a otro sin incurrir en un salto lógico o en alguna falacia. Pero el punto de partida de Grosman es equivocado. Imagínese usted que alguien le preguntara acerca de la amistad en nuestra cultura. Usted seguramente responderá esta pregunta indicando a su interlocutor que hay amistad si, entre otras cosas, existe una actitud o disposición a hacer cosas el uno por el otro, no por razones estratégicas ni para obtener algo del otro en el futuro sino en virtud de que uno y otro valoran la existencia en ambos de esa actitud o disposición. Con esta respuesta, sin duda, usted habrá “explicado” a su interlocutor algo acerca de la amistad que, como tal, puede ser verdadero o falso. Pero al explicar usted también habrá sugerido qué es lo que debe hacer su interlocutor si llegara a estar involucrado como amigo con alguien en nuestra cultura. En otras palabras, a pesar de que intentó “explicar” la amistad lo que usted hizo -su intento de explicación- no tiene solo importancia explicativa. Dado que la amistad es una práctica normativa, esto es, es una práctica que se realiza con conciencia de que ella instancia algún valor, su explicación necesariamente conlleva una propuesta acerca de lo que en ciertas circunstancias debe hacerse. Por lo tanto, su explicación es también una justificación. Con el derecho pasa lo mismo. Como el derecho es también una práctica o un fenómeno normativo, toda explicación implica una justificación. Por ello, yo no incurro en salto lógico o falacia alguna si digo que lo que quiero hacer es “explicar” la autoridad del derecho *qua* derecho y afirmo, al mismo tiempo, que esta explicación nos indicará por qué debemos obedecer el derecho (o más limitadamente, por qué todos tenemos razones para obedecerlo aun cuando dichas razones no sean absolutas).

Usted podría problematizar mi respuesta a Grosman. Podría sostener que es posible explicar/justificar en los casos en los que uno explica/justifica una práctica o un fenómeno normativo pero que el derecho no es ese tipo de práctica o fenómeno. Esta es una crítica básica que no puedo responder de un modo completo y convincente. No obstante ello, no puedo dejar pasar la oportunidad de señalar dos cosas importantes: primero, el hecho de que el

derecho sirva un valor -el valor del cambio sistémico, esto es, la posibilidad de que se constituya una comunidad entre aquellos sujetos a la misma autoridad y que ella cambie como tal- es una razón de peso que sustenta la visión del derecho como una práctica o fenómeno normativo¹. El cambio sistémico es el “punto” de la práctica o fenómeno que es el derecho y la fuente de su normatividad². En segundo lugar, es posible “confirmar” la normatividad del derecho mirando a lo que de hecho sucede en el mundo. En efecto, la idea de que el derecho es una práctica o fenómeno normativo se sustenta no solo por la pretensión del derecho³ de obligar sino, además, por la creencia de la mayoría de la gente (salvo los filósofos políticos entre los que se cuentan mis comentaristas) de que el derecho de hecho obliga⁴.

III

En LAD afirmé que uno de los requisitos formales que debe satisfacer toda teoría de la autoridad del derecho es el requisito de “generalidad”. Una teoría de la autoridad del derecho debe permitirnos entender por qué el derecho obliga a todos, y no solo a aquellos caracterizados por ciertos rasgos particulares

¹ En mi visión la relación entre el cambio sistémico y el derecho no es “externa”, como lo es la relación entre el derecho y la justicia. El cambio sistémico es un valor inmanente al derecho. No es instrumental a la realización de ningún otro valor y vale únicamente para aquellos que por ser miembros de la comunidad política están vinculados por el derecho.

² La idea de que el derecho tiene un “punto” no es universalmente aceptada. Hart, por ejemplo, pensaba que el derecho no estaba asociado con ningún valor. Ver Hart, H.L **The Concept of Law**, *Postscript*.

³ El hecho de que el derecho pretende obligar es una característica del derecho. En este sentido Raz ha dicho que es una verdad conceptual que el derecho reclama autoridad para sí. Ver, Raz, Joseph “Authority, Law and Morality” en **Ethics in the Public Domain**, Oxford; Clarendon Press, 1994, pag. 215.

⁴ El derecho de hecho obliga en el sentido de que todos nos sentimos obligados por el derecho de un modo diferente, a pesar de Austin, al modo en que nos sentimos obligados frente al delincuente que nos fuerza a elegir la bolsa o la vida.

como, por ejemplo, ser un funcionario, haber jurado obediencia, haberse beneficiado por el derecho, etc.

Marisa Iglesias no está convencida de que el requisito de “generalidad”, tal como yo lo entiendo, sea plausible. Según Iglesias, mi concepción de la generalidad es *demasiado* exigente pues, de acuerdo con sus términos, una teoría de la autoridad del derecho sólo sería general si mostrase que *todos* los destinatarios de las normas jurídicas tienen el deber de obediencia lo que, según Iglesias, es imposible.

Desde el otro flanco, Grosman, Seleme y Rodríguez creen que mi concepción de la autoridad del derecho es *insuficientemente* general y, por lo tanto, que no es mejor que todas aquellas teorías tradicionales que critico. Seleme afirma que mi teoría, en realidad, no explica por qué *todos* deben obedecer el derecho y, por lo tanto, no puede afirmarse que ella sea general. Ello es así, según Seleme, porque el conjunto de aquellos a quienes el derecho se dirige -conjunto al que Seleme llama la “comunidad jurídica”- es siempre más abarcativo que el conjunto de los miembros de la comunidad política, los únicos que según mi visión están obligados por el derecho.

Los comentarios anteriores me brindan una buena oportunidad para aclarar lo que exige el requisito de generalidad y para precisar algunas ideas que no estaban suficientemente claras en LAD. Empecemos con Iglesias. En un punto Iglesias tiene razón. El requisito de la generalidad de una teoría sería demasiado fuerte si nos exigiese mostrar que *todos los destinatarios* de las normas -todos aquellos a quienes se dirigen las normas- están obligados por el derecho. Pero el requisito de generalidad que yo tengo en mente no exige esto. En mi concepción la generalidad se satisface con algo más modesto, más precisamente, con una explicación de la obligación de obedecer el derecho por parte de aquellos a quienes el derecho obliga de un modo especial por el hecho de ser partes de la comunidad política que se expresa mediante dicho derecho o que se identifica con él (los “súbditos” del derecho⁵),

⁵ En justicia a Iglesias debo reconocer que el lenguaje que usé en LAD es un poco ambiguo pues en varios pasajes me refiero a los “destinatarios” del derecho.

independientemente de cuántos sean aquellos a quienes el derecho se dirige o quiénes sean sus destinatarios.

Esta aclaración sirve también para responder a Seleme. Es verdad que la “comunidad jurídica”, entendida como el conjunto de individuos a quienes el derecho se dirige, no coincide con la “comunidad política”, entendida como el conjunto de individuos a quienes el derecho obliga ya que, como sugiere Seleme, aquella comunidad es más inclusiva que esta. Pero la falta de coincidencia entre estos dos tipos de comunidades no representa un problema, ni muestra que mi teoría sea insuficientemente general. La generalidad de una teoría de la autoridad jurídica se satisface plenamente cuando ella explica por qué todos los obligados por el derecho deben obedecerlo. En virtud de ello, no puede pensarse que una teoría que no da cuenta de la obligación de obedecer el derecho de aquellos que no son miembros de la comunidad política sea insuficientemente general si es que, como yo sostengo, quienes no son miembros de la comunidad política no tienen la obligación de obedecer el derecho, por más que sean los destinatarios de sus normas.

Para enfatizar lo que digo en el párrafo precedente volvamos a Grosman. Grosman nos invita a pensar el caso en que usted “fuera secuestrado y luego trasladado subrepticamente a un país vecino y allí liberado”. Todos diríamos, dice Grosman, que usted “no debe(ría) mantenerse al margen de las exigencias de las normas del país” de su liberación. Este ejemplo muestra, según Grosman, que estamos obligados por el derecho de comunidades políticas de las que no somos miembros lo que, a su vez, demuestra que mi teoría de la autoridad jurídica es *insuficientemente* general pues ella no puede explicar algunos casos de obligación jurídica, más precisamente, el caso de la obligación de obedecer el derecho por parte de quienes no son miembros de la comunidad política.

Ahora imagine que el derecho del país de su liberación establece que usted debe pagar impuestos, incluso por las ganancias que obtuvo con anterioridad en su país de origen y, también, que debe servir en el ejército por un par de años. Si Grosman tuviera razón, esto es, si el derecho del país de su liberación tuviera autoridad sobre usted y lo obligara *qua* derecho,

usted debería hacer ambas cosas: pagar impuestos y alistarse en el ejército. Pero todos coincidiríamos en que esto es demasiado pedir y la única razón que puede explicar esta reacción es que, a pesar de lo que sugiere Grosman, usted no está obligado por el derecho del país de su liberación. Esta conclusión, que refuerza mi teoría de la autoridad jurídica (y contradice la que Grosman presupone al criticarme) muestra que el ejemplo de Grosman no prueba lo que necesita probar pues el que usted “no deb(a) mantenerse al margen de las exigencias de las normas del país de su liberación” no implica en modo alguno que usted deba obedecer estas normas *qua* derecho (sino, solamente, que usted debe mostrar alguna deferencia por el país en el que fue liberado) y si no prueba que usted no debe obedecer estas normas *qua* derecho, no puede pretender haber encontrado un caso de obligación jurídica que no pueda ser explicado por mi teoría de la autoridad⁶.

Lo anterior, creo, es suficiente defensa de la “generalidad” de mi teoría de la autoridad jurídica. Lo que he dicho hasta aquí neutraliza las críticas de

⁶ En uno de los pasajes de su contribución Grosman sugiere que la obligación de obedecer el derecho no puede estar asociada con la membresía en razón de que en muchos casos quien no es un miembro de la comunidad debe obedecer sus normas. Grosman ejemplifica y dice que todos teníamos la obligación de obedecer las normas del Código Civil relativas a los contratos o a la responsabilidad civil durante la dictadura argentina de los años 1976 y 1983, aún cuando de acuerdo con mis criterios, en virtud de que no podíamos participar en el proceso de toma de decisiones colectivas, no éramos miembros de ninguna comunidad política. Grosman incurre en un error. Tal como lo sostengo en el texto el hecho de que debamos obedecer ciertas normas no implica que las debamos obedecer *qua* derecho ni que dichas normas tengan autoridad jurídica sobre nosotros. Así, usted debe acatar la regulación de los contratos del Código Civil no porque dicha regulación es el derecho sino porque el hecho de haber contratado en el contexto en el cual todos vemos al Código Civil como la fuente de regulación de nuestras obligaciones recíprocas, implica una invitación a aquel con quien usted contrató a que genere la expectativa de que usted honrará sus obligaciones en los términos del Código Civil y es esta invitación lo que lo obliga moralmente a hacer lo que el Código Civil dice que usted debe hacer. Del mismo modo, usted debe acatar la regulación de la responsabilidad extracontractual no porque ella es legalmente obligatoria sino porque ella es una manera en la que usted da cuenta de las obligaciones que usted tiene a la luz de la justicia correctiva.

mis comentaristas. Pero, no obstante ello, quiero aprovechar la oportunidad para terminar de convencer a Grosman y a Seleme de que sólo los miembros de la comunidad política están sujetos a la autoridad del derecho.

La afirmación de que el derecho obliga sólo a los miembros de la comunidad política depende, por supuesto, de *qué* es el derecho. Esto es de qué es lo que afirmamos cuando, por ejemplo, decimos “el derecho de la Argentina no permite cortar las rutas” o “en la Argentina el derecho a la libertad de expresión está garantizado” o “la moral y el derecho no son la misma cosa”. Si, como creían los prescriptivistas con Austin a la cabeza, el derecho fuera un fenómeno de poder cualitativamente similar a las órdenes respaldadas por amenazas, quienes no son miembros de la comunidad política estarían igual “obligados” por el derecho si órdenes respaldadas por amenazas se dirigieran a ellos. Lo mismo sucedería si el derecho fuera meramente un orden normativo reconocido o aceptado como tal por los órganos encargados de resolver los conflictos sociales que tienen a su disposición el monopolio de la coerción, como pensaban los hartianos. En este caso, la obligación de alguien de obedecer el derecho no estará supeditada a su pertenencia a una particular comunidad sino a que las normas que le imponen las pretendidas obligaciones legales sean aceptadas en la práctica por quienes tienen la responsabilidad de hacer aplicar dichas normas sobre los demás⁷.

En virtud de que, entonces, mi empresa depende de qué entendemos por derecho debo incursionar en el ámbito de la teoría jurídica, algo que no hice en LAD y por lo que fui criticado por mis comentaristas. Mi objetivo no es presentar una teoría del derecho hecha y derecha sino, mucho más modestamente, mostrar que es plausible pensar que la membresía puede

⁷ La necesidad de sustentar mi concepción de la autoridad jurídica en una teoría del derecho ha sido bien advertida por mis comentaristas, en especial, por Grosman. Grosman dice, por ejemplo, que yo “para evitar las contradicciones con el requisito de la generalidad ‘requier(o) una concepción del derecho en virtud de la cual el principio de membresía no sea algo que algunos derechos satisfacen y otros no, sino un elemento constitutivo de todo derecho’”.

ser una de las propiedades que debe satisfacer un sistema normativo para alcanzar el estatus de “derecho” para alguien en particular o, para ponerlo en las palabras de Grosman, mostrar que la “membresía debe ser parte del *concepto* de derecho...o que el derecho no (será) derecho si no cumple el principio de membresía”.

¿Cuándo estamos frente a una teoría del derecho adecuada? Una buena teoría de algo debe dar cuenta de aquello acerca de lo que es una teoría. Así, por ejemplo, las teorías de la física o las teorías del color. Lo mismo sucede en el caso del derecho. El tema es que aquí la cuestión presenta una complejidad adicional en virtud de que no hay algo como el “derecho” que exista *per se* y que se pueda identificar sin recurrir a una teoría. El derecho es un concepto “teórico”⁸ en el sentido de que si bien tiene algunos rasgos que lo caracterizan mas allá de toda duda -paradigmáticamente, la coactividad y su carácter institucional- la determinación de sus contornos definitivos -incluso de algunas de sus características esenciales- dependerá de la teoría que de él tengamos.

Lo anterior es casi verdad aceptada. No hay ya “esencialistas” dispuestos a sostener que es posible identificar el derecho como si fuera algo que está allí afuera con absoluta independencia de todo lo que nosotros pensamos acerca de él. No obstante ello, los desacuerdos acerca de *qué* es el derecho persisten porque tenemos diferencias acerca de cuál es la función de una teoría del derecho. Así, para muchos una teoría del derecho debe servir primero y principal objetivos epistemológicos, esto es, nos debe servir para conocer mejor los contornos de nuestras prácticas sociales. Raz quizás sea el exponente más destacado de esta visión⁹. Raz cree que la teoría del derecho

⁸ “Derecho” es “an essentially contested concept”. Esta categoría fue sugerida por W. B. Gallie para describir los conceptos que envuelven disputas alrededor de su uso apropiado. Ver Gallie, W. B. *Essentially contested concepts in philosophy and the historical understanding*. London: Chatto and Windus, 1964: ch viii.

⁹ Hart también era partidario de esta visión. Así, en el Postscript dijo que su objetivo era “to give an explanatory and clarifying account of law as a complex social and political institution with a rule-governed (an in this sense “normative”) aspect”. Ver Hart H.L., *The Concept of Law*, Postscript, (1994) pag. 239.

es una incursión en la naturaleza del derecho que toma la forma de una explicación del concepto del derecho y que, por ello, “debe satisfacer una serie de condiciones... una de las cuales es el conocimiento de todos los rasgos esenciales de la cosa respecto de la cual es un concepto”¹⁰. Yo disiento. Creo que el propósito central de una teoría del derecho debe ser práctico. Una teoría del derecho debe ser, como sostiene Soper, una “inquisición acerca de cómo y por qué puede decirse que las reglas aceptadas y respaldadas por los funcionarios son reglas de obligación”¹¹. La teoría del derecho es parte de la filosofía práctica y, por ello, su función no puede consistir sólo en ayudarnos a identificar los contornos de nuestras prácticas sino que debe servirnos para determinar cuáles de estas prácticas y por qué deben ser vinculantes para nosotros en tanto miembros de una comunidad política¹².

Si aceptamos que la función central de una teoría del derecho es práctica, es relativamente sencillo dar el primer puntapié en la construcción de una teoría del derecho que incluya la membresía como uno de los elementos de lo que entendemos por derecho. Ni el prescriptivismo de Austin ni el positivismo de Hart, para señalar las dos concepciones que referí precedentemente, pueden ser correctas. Las teorías de Austin y de Hart no conectan la respuesta a la pregunta acerca de qué es el derecho con la respuesta a la pregunta acerca de lo que debemos hacer. Para Austin el derecho es un

¹⁰ Es curioso que un proyecto como el de Raz haya ganado tantos adeptos en tanto pareciera que la cuestión de qué es el derecho es importante para nosotros sólo porque ello determinará cómo debe operar el estado y sus instituciones y cuáles son los principios en vigor y cuáles no. Ver Murphy, Liam, *Morality and the Concept of Law*, manuscrito inédito, pag. 28

¹¹ Ver Soper, Philip, **Una Teoría del Derecho**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, Traducción Ricardo Caracciolo, pag. 28.

¹² Otra manera de expresar el desacuerdo en filosofía jurídica es distinguir entre aquellos que creen que la filosofía jurídica es descriptiva y aquellos que creen que es normativa. Yo creo que es ambas cosas a la vez en virtud de que, como sostuve al defender la naturaleza explicativa de LAD, el derecho es una práctica normativa de modo que su descripción siempre implica la suscripción de un punto de vista acerca de lo que debe hacerse.

fenómeno de fuerza caracterizado únicamente por su escala y, obviamente, así concebido el derecho no puede decirnos nada acerca de nuestras obligaciones personales o institucionales. Hart no es muy distinto en este punto. Si bien Hart reconoce que el derecho “connota” la idea de obligación -y esta es su crítica central a Austin- Hart no cree que el derecho “implique” una obligación por lo que, obviamente, su respuesta a la pregunta acerca de qué es el derecho no puede tener impacto alguno en la respuesta a la pregunta acerca de si debemos o no debemos obedecerlo.

Distinto es con una teoría del derecho que conciba la cuestión de qué es el derecho como esencialmente relacional poniendo énfasis no solo en los rasgos absolutos que se precisan para que un sistema normativo pueda contar como derecho -nuevamente su institucionalidad, su carácter coactivo y, quizás, su carácter general- sino también en la membresía a una comunidad política en virtud de ser éste el rasgo que determina que dicho sistema normativo sea vinculante para alguien en particular y no lo sea, por ejemplo, para otros. Una teoría que hace de la membresía uno de los rasgos constitutivos del derecho en virtud de que entiende que la pregunta “qué es el derecho” debe ser siempre interpretada como la pregunta relacional “cuándo algo es derecho para alguien en particular”, es una teoría que puede, a diferencia de las teorías de Austin y Hart, servir fines prácticos en tanto nos puede proveer una concepción del derecho útil para saber cuándo cada uno de nosotros está obligado a hacer lo que el orden coactivo e institucionalizado espera que hagamos.

¿Es esta reconstrucción de lo que el derecho es, que ve al derecho como aquel orden coactivo e institucionalizado que obliga a quienes son miembros de la comunidad política, compatible con nuestras prácticas lingüísticas? Yo diría que sí pero en el caso de que la respuesta correcta fuera no, nada muy importante habría sucedido pues nada muy importante normativamente hablando es regulado por nuestras prácticas lingüísticas. ¿Es viciosamente circular (o viciosamente normativa)? Yo diría que no es más circular (o normativa) que cualquier otra reconstrucción del concepto de derecho que sea algo más que una investigación lingüística. ¿Es correcta? Yo

diría que sí, no porque esta teoría del derecho dé cuenta acabadamente de ciertas “prácticas sociales concretas” como exige Grosman en su contribución (Dworkin se ha encargado de demostrar que todas las prácticas normativas son “interpretativas” -no concretas- en tanto requieren un ejercicio normativo de determinación de cuáles son sus aspectos más relevantes) ni porque explique mejor que otras el concepto de derecho (no creo que haya un concepto de derecho esperando ser explicado) sino porque al ser relacional, vinculando el orden coactivo e institucionalizado con aquellos a quienes obliga, nos permite saber qué debemos hacer y, de ese modo, satisface mejor que otras teorías el carácter práctico de la respuesta que se espera obtener cuando nos preguntamos qué es el derecho.

Si estoy en lo cierto con lo anterior, si es plausible sostener que la membresía a una comunidad política es uno de los rasgos constitutivos del derecho, la afirmación de que el derecho vincula sólo a los miembros de la comunidad política y que sólo los miembros de la comunidad política están obligados por su derecho decanta con naturalidad. El derecho no puede vincular a quienes no son miembros de la comunidad política no sólo porque no son miembros sino porque lo que pretende vincularlos no es derecho en tanto el derecho es un sistema normativo coactivo e institucionalizado que obliga a quienes son miembros de la comunidad política fuente de dicho derecho¹³.

¹³ Esta idea de que el concepto de derecho es relacional a ciertos individuos está de alguna forma emparentada con la visión de Fuller para quien el derecho debía entenderse no como un sistema que condensaba las órdenes de soberanos sino como un sistema diseñado para servir los intereses de aquellos sometidos a él (visión de algún modo similar a la de Soper), y con la visión de Waldron para quien la idea de “promulgación” no es la idea central para entender el ideal del “rule of law” sino la idea de que el derecho sea representable como sustentado por toda la comunidad y dirigido a resolver cuestiones de interés de toda la sociedad. Ver Dyzenhaus, *The Legitimacy of the Rule of Law*, manuscrito inédito.

IV

Dos de mis comentaristas son “asociativistas”. Tanto Seleme como Iglesias creen que debemos obedecer el derecho *qua* derecho por el hecho de ser miembros de la comunidad política que acepta o se expresa mediante dicho derecho. En este punto muy importante ambos están de acuerdo conmigo¹⁴ apartándose de la ortodoxia en la materia. No obstante ello, ni Seleme ni Iglesias suscriben mi afirmación de que la obligación de obedecer el derecho no se desvanece en circunstancias de injusticia distributiva como

¹⁴ Rodríguez no es asociativista. El no cree que la relación que me une con una comunidad pueda servir para sustentar la obligación de obedecer el derecho de dicha comunidad. Para Rodríguez la “membresía a una misma comunidad política no constituye un hecho normativamente relevante que permita justificar la autoridad del derecho”. Más aun, Rodríguez descreo de las explicaciones asociativas en general. Así, sostiene que el hecho de ser padre no puede ser una condición suficiente de la autoridad paterna “dado que una multiplicidad de circunstancias quizás no ordinarias sino excepcionales”, dice Rodríguez, “pueden determinar que *x* no tenga autoridad alguna sobre *y* pese a ser su padre”. Veamos primero la resistencia de Rodríguez a las explicaciones asociativistas de la autoridad paternal. Para Rodríguez ser padre es una cuestión esencialmente biológica. Obviamente, si esto es correcto el hecho de ser padre no puede fundar una autoridad especial. Conocemos demasiados padres biológicos que no sólo no tienen sino que no deberían tener autoridad sobre sus hijos. Pero la paternidad biológica es una concepción más que dudosa de la paternidad. Ser padre no es estar biológicamente vinculado sino, esencialmente, estar en una especial relación con alguien, más precisamente, la relación de paternidad. El hecho de que la paternidad no debe asociarse a una cuestión biológica es clara y es lo que nos permite afirmar que alguien es “padre” a pesar de no haber tenido intervención biológica en la creación de su hijo, si es capaz de crear la relación relevante, por ejemplo adoptándolo. Si la concepción de la paternidad que yo sugiero es correcta, si la paternidad es una cuestión no biológica sino relacional, no es difícil aceptar que uno de sus elementos constitutivos sea su autoridad y, por lo tanto, que no hay, o no puede haber, padres sin autoridad. De modo similar a lo anterior se puede explicar la resistencia de Rodríguez a aceptar las explicaciones asociativas de la autoridad del derecho y la fuente del error de su visión. Así como una concepción defectuosa de la paternidad lleva a Rodríguez a afirmar que ser padre no es una condición suficiente de autoridad sobre los hijos, una concepción defectuosa del derecho es lo que lleva a Rodríguez a afirmar que el derecho no tiene necesariamente autoridad sobre sus súbditos.

las que usualmente prevalecen en países como el nuestro. Ambos creen que en estas circunstancias es imposible satisfacer las condiciones de membresía tal como ellos las conciben y, por lo tanto, que en ellas el derecho no puede pretender portar autoridad.

Seleme e Iglesias están muy cerca entre sí respecto de cómo concebir a la membresía. Seleme piensa que para que alguien sea miembro de una comunidad no tiene que ser imposible para él aceptar el sistema de toma de decisiones de dicha comunidad¹⁵ mientras que Iglesias considera que alguien es un miembro de la comunidad cuando ha fusionado su vida moral y política con la comunidad tratándose con los demás miembros en los términos impuestos por un esquema capaz de crear una base razonable para la cooperación social entre quienes merecen la misma consideración y respeto¹⁶.

No obstante las diferencias que parecen surgir de las descripciones precedentes, Seleme e Iglesias están de acuerdo en la sustancia pues ambos creen que en una comunidad liberal la membresía exige una distribución de recursos que sea capaz de garantizar a todos lo que Iglesias llama, siguiendo a Rawls, los “mínimos constitucionales”, esto es, el ejercicio efectivo de los derechos civiles y políticos básicos. Sobre la base de estas ideas mis comentaristas afirman que el test de membresía que yo ofrezco es demasiado fácil de satisfacer¹⁷ y, por lo tanto, que mi visión de la autoridad del derecho es demasiado tolerante.

¹⁵ Seleme considera que la “acceptabilidad” del sistema de toma de decisiones colectivas depende de la cultura política de aquellos a quienes dicho sistema pretende obligar. Yo estoy de acuerdo con ello pues a mi criterio la teoría de la membresía es “culturalmente” relativa.

¹⁶ Iglesias, a diferencia de Dworkin, no condiciona la membresía a una comunidad política al hecho de que dicha comunidad exprese una igual preocupación por el bienestar de todos sus miembros. Iglesias es menos exigente ya que parece contentarse con que la comunidad pueda ser vista como una base razonable para la cooperación.

¹⁷ Seleme también critica mi test de membresía por ser inconsistente con mi concepción de la comunidad pues, según dice, mi concepción de la comunidad es el producto de una conjunción de elementos procedimentales y sustantivos mientras que mi test de membresía es el producto de una disyunción de dichos elementos en tanto mi test determina que soy miembro de una

En lo que sigue pretendo mostrar dos cosas. Primero, que es un error pensar, como lo hacen mis comentaristas, que mi concepción de la membresía sea demasiado fácil de satisfacer y, por lo tanto, que ella conceda al derecho autoridad con demasiada facilidad. En segundo lugar, quiero documentar que mi concepción de la membresía debe ser preferida a la de Seleme e Iglesias, no solo porque sirve mejor el valor del “cambio sistémico”¹⁸ -el valor de la

comunidad política cuando se satisfacen alternativamente un elemento sustantivo o uno procedimental (por ejemplo, o partícipes de hecho o beneficiarios de hecho de las decisiones colectivas.) En otras palabras, Seleme cree que dado mi concepción de la comunidad política yo debería concebir el test de membresía de un modo más exigente y considerar que alguien es miembro de la comunidad política sólo cuando es tanto de hecho beneficiario como de hecho partícipe de las decisiones comunes. Pero Seleme no tiene razón. Una comunidad política no es una conjunción de *elementos* procedimentales y sustantivos sino que es una conjunción de *aspiraciones y convicciones* procedimentales y sustantivas. (En LAD sostuve “una comunidad política... constituye, en esencia, una asociación que combina tanto proceso como sustancia. Una comunidad política es el resultado de la conjunción entre la *aspiración* de moldear en conjunto un destino común -lo que constituye un elemento procedimental- y la *convicción* de que en comunidad es más fácil proveer a la satisfacción de las necesidades o intereses individuales -facilidad que, a su vez, hace inteligible la aspiración de moldear en conjunto un destino común- lo que constituye un elemento sustantivo”). Dado este carácter “aspiracional” la membresía no debe definirse en función de los elementos que constituyen una comunidad política perfecta sino que basta con aquellos elementos que garantizan que sea posible para una comunidad cambiar sistémicamente en la dirección de la realización de las aspiraciones que la definen. Mi test de membresía responde a esta idea. Mi test sólo requiere la satisfacción alternativa de elementos procedimentales o sustantivos porque basta con la satisfacción de hecho de alguno de estos elementos -es decir que la gente de hecho cuenta o de hecho participa en el proceso de toma de decisiones colectivas y siempre que no haya restricciones para participar o contar- para abrir la posibilidad de que la comunidad pueda evolucionar en la dirección de la concreción de las aspiraciones que la caracterizan.

¹⁸ Grosman cree que dado lo que considero valioso -el cambio sistémico- debería encarar mi trabajo de un modo distinto. En lugar de centrar mis argumentos en las razones que un individuo puede tener para hacer aquello que es jurídicamente debido debería centrarme en los deberes del estado (o más bien en el derecho de un estado a imponer su autoridad sobre sus súbditos). Yo resisto la sugerencia de Grosman (Gabriel Bouzat quiso convencerme de lo mismo en muchas discusiones). Mi resistencia a adoptar la visión que sugiere Grosman no proviene de

constitución de una comunidad entre aquellos sujetos a la misma autoridad y el valor de que ella cambie como tal, que según mi opinión sustenta una explicación asociativa de la autoridad del derecho- sino, además, porque sirve mejor el valor de la justicia.

Empezaré por recordar el test de membresía. En LAD sostuve que una persona no es miembro de una comunidad política cuando las instituciones de dicha comunidad: a) están organizadas precisamente a los efectos de que o sus opiniones o sus intereses no cuenten en el proceso de toma de decisión colectiva, o b) cuando su funcionamiento impida que como cuestión de hecho sus opiniones y sus intereses cuenten en dicho proceso.

Más allá de las dificultades interpretativas que puede presentar el test de membresía -no siempre es fácil saber cuáles son los propósitos y objetivos de una institución-¹⁹ lo que resulta claro es que este test determina que cuando las instituciones de una comunidad son causalmente responsables de que algunos sean marginados por otros del proceso político o de la distribución

que yo vea una simetría entre las razones individuales para obedecer el derecho y las razones del estado para imponerlo (Rodríguez correctamente rechaza la existencia de simetría) sino en razón de que lo que yo hago es más importante que lo que Grosman sugiere que yo debería hacer. Si sólo probásemos que el estado puede usar la coerción para imponer el derecho, pero no que nosotros debemos obedecer el derecho, no habríamos hecho mucho para construir autoridad pues no podríamos operar mucho sobre la conciencia ciudadana. En cambio si mostramos que tenemos razones para obedecer el derecho podremos operar sobre la conciencia ciudadana pues contaremos con una herramienta poderosa para censurar a quienes al desobedecer el derecho impiden o dificultan el cambio sistémico y para encomiar a quienes, obedeciéndolo, lo promueven.

¹⁹ A veces ello dependerá de las circunstancias del caso, del contenido de las decisiones comunitarias, lo que a su vez dependerá de las intenciones individuales de quienes participan de dichas decisiones comunitarias. Algunos casos serán obvios, por ejemplo la decisión mayoritaria de alterar los circuitos electorales para que algunos grupos tengan más dificultades para imponer sus visiones (la práctica del “gerrymandering”) y otros más difíciles, por ejemplo, la decisión de imponer un piso o número mínimo de votos en los sistemas proporcionales de voto para obtener un representante en la legislatura.

de los beneficios del trabajo común, el derecho pierde autoridad respecto de ellos²⁰ (y, en virtud de lo dicho en la sección precedente, deja de ser derecho para ellos) en tanto ellos no pueden ser considerados como miembros de la comunidad fuente de dicho derecho.

Ahora bien, del mismo modo que todo test de membresía a un club o a alguna otra organización social presupone la existencia de dicho club u organización social, el test de membresía que yo ofrecí, en tanto test de membresía a una comunidad política, presupone la existencia de una comunidad política²¹.

En LAD aclaré qué era lo que yo entendía por una “comunidad política” diferenciándome tanto de aquellos para quienes la comunidad política es únicamente el producto de aspiraciones o de gobierno colectivas como de aquellos para quienes es una herramienta para la realización de intereses individuales. A diferencia de ambos sostuve que una comunidad política es un conjunto de individuos que se relacionan entre sí con el propósito de conjugar la aspiración de moldear en conjunto un destino común -aspiración colectiva- con la aspiración de proveer mejor a las necesidades o intereses individuales -aspiración individual-. Ahora, a la luz de las críticas de mis comentaristas, veo lo que dije en LAD como relativamente incompleto. Me

²⁰ El énfasis que mi test pone en los propósitos u objetivos de las instituciones es distinto al énfasis que pone en las consecuencias del funcionamiento de dichas instituciones en virtud de que basta para afectar la membresía de alguien a su comunidad que alguna institución haya sido diseñada con el propósito u objetivo de impedir su participación en el proceso político o su habilidad para contar al momento de la distribución de beneficios sociales mientras que las consecuencias o efectos solo cuentan si impiden ambas cosas a la vez.

²¹ Seleme afirma que mi test de membresía es “individualista”. El test de membresía debe ser “individualista” pues justamente define la pertenencia de un individuo a una entidad colectiva. Pero ello no implica que mis ideas sean también “individualistas”. Muy por el contrario, mis ideas son bastante menos “individualistas” que las de Seleme en tanto pretenden mostrar que nuestras obligaciones no dependen de lo que decidamos sino de lo que decida una entidad colectiva a la que pertenecemos o de la cual somos miembros.

faltó hacer referencia a un elemento definitorio de toda comunidad política -el poder- esto es, la aptitud de la comunidad política para determinar, por convicción o por coerción, la conducta de sus miembros. Ello fue bien advertido por Iglesias. Iglesias sostuvo que mi teoría dejaba demasiado “indefinido” el vínculo político pues yo no establecía con precisión quiénes eran aquellos que constituían el conjunto de los que tenían la obligación de obedecer el derecho. Por ello, Iglesias concluía, mi concepción de la autoridad del derecho no satisfacía adecuadamente el requisito de “particularidad” (el segundo requisito que según yo mismo debe satisfacer una teoría de la autoridad jurídica para ser aceptable). Iglesias escribió: “Si el único elemento que tomamos para calibrar qué es lo que me hace miembro de una comunidad política es que las instituciones no impidan por activa o por pasiva que mis intereses u opiniones cuenten en la toma de decisión pública, parece que cualquiera que no sea excluido pasará automáticamente a ser miembro de la comunidad”.

El punto de Iglesias está bien tomado. Si de acuerdo con mi concepción de la membresía cualquiera que tuviera la posibilidad de contar en una decisión pública de una comunidad política fuera un miembro de dicha comunidad algo andaría mal con mi concepción de la “membresía” porque nunca diríamos que yo soy miembro de la comunidad política que constituyen los franceses aunque el sistema jurídico francés me conceda tanto el derecho de participar en sus elecciones como de expresar mis opiniones libremente en el suelo de Francia.

Este es el lugar para completar mi caracterización de la comunidad política y, con ello, mi concepción de la membresía. Para que exista una comunidad política hace falta que exista poder político, esto es, la posibilidad de determinar la conducta de los súbditos o, para poner la misma idea de un modo más familiar a los lectores de filosofía jurídica, un hábito general de sujeción a un proceso decisorio común. Este hecho es característico de las comunidades políticas. Por ello, no califican como una comunidad política la República Española en el exilio, en tanto no fue capaz de generar un hábito general de obediencia a sus pretendidas autoridades, ni un grupo de ciudadanos

que quiera secesionarse de una entidad política preexistente pero que no han podido generar ninguna práctica social de acatamiento a normas dictadas en común. Más aun, la existencia de un hábito de sujeción a un proceso decisorio común es, además de constitutivo de una comunidad política, definitorio de su identidad al punto que no puede haber dos comunidades políticas cuando existe un solo hábito general de obediencia²². Esto creo que es fácil de aceptar y no constituye una alteración importante respecto de lo que antes ya había dicho.

Con esta aclaración en mente acerca de la necesidad de que exista poder o autoridad para que pueda hablarse de una comunidad política y, derivadamente, para que pueda hablarse de membresía a ella, volvamos a las críticas de mis comentaristas.

Mis comentaristas imaginan casos que, según ellos, muestran que mi test de la membresía es demasiado fácil de satisfacer y, por lo tanto, que yo veo obligaciones legales donde no debería haberlas. Como adelanté más arriba, quiero mostrar que ello no es así.

²² El que no pueda haber dos comunidades cuando el hábito de obediencia se desarrolla respecto de la misma autoridad es lo que imposibilita que Iglesias defienda a Dworkin de mi crítica. He dicho en LAD que para Dworkin una comunidad puede sustentar la autoridad de su derecho cuando sus integrantes despliegan en sus vínculos un compromiso por, entre otras cosas, el igual bienestar de todos los demás. Yo critiqué a Dworkin usando el ejemplo de una comunidad política dividida donde conviven dos grupos religiosos muy diferentes y con recelo recíproco. Allí sostuve que Dworkin debería decir que los integrantes de cada grupo religioso no tienen la obligación de obedecer el derecho pues sus respectivas relaciones no expresan un igual interés por el bienestar de todos ellos, y agregué que ello no era aceptable porque, justamente, en la comunidad del ejemplo la obediencia a un derecho, dado que no existe otro catalizador social, es crucial para poder organizar la vida en común. Iglesias defiende a Dworkin de esta crítica y sostiene que, en realidad, en mi ejemplo habría dos comunidades y que el derecho como integridad regiría en cada una de ellas. Si lo que digo en el texto es correcto la defensa de Iglesias no puede ser efectiva porque la comunidad no es el colectivo de quienes se encuentran igualmente interesados por el bienestar de todos los demás sino el de aquellos que participan de un hábito general de obediencia a un proceso decisorio o autoridad común. Así, si la conducta de ambos grupos como cuestión de hecho es en general determinada por la autoridad común ellos no son dos comunidades sino una y la misma.

Seleme nos invita a pensar en una comunidad en la que no hay restricciones normativas para participar o contar en el proceso colectivo de toma de decisiones y en la que, además, como cuestión de hecho, todos participan en dicho proceso. Seleme sostiene que si en dicha comunidad se decidiera mayoritariamente que la minoría debe ser sometida a la esclavitud yo debería concluir que los esclavizados tienen la obligación de obedecer esta decisión, sencillamente porque en los términos de mi test de membresía ellos son miembros de la comunidad que adoptó la decisión en cuestión. Seleme, con razón, cree que esta conclusión es inaceptable, lo que muestra que mi test de la membresía y la concepción de la autoridad del derecho que se apoya en dicho test son también inaceptables.

La esclavitud no es otra cosa que privar a quien se esclaviza de su calidad de fuente legítima de intereses y de opiniones para convertirlo en objeto de las opiniones e intereses de otros. Esclavizar a alguien es “cosificarlo”, convertirlo en “cosa”. Consiguientemente, la decisión de esclavizar a alguien, con independencia de que hubiere sido adoptada por mayoría y de que pudiere ser revertida en el futuro, debe ser vista como una decisión cuyo propósito u objetivo es que los intereses y las opiniones de algunos no cuenten en el proceso político y, como tal, como una manera de privar a quien se esclaviza de su estatus de miembro de la comunidad. Por ello, la decisión de esclavizar a alguien no puede ganar autoridad, por lo menos frente a aquel a quien se esclaviza.

El argumento anterior está articulado íntegramente con ideas que yo suscribo y que no contradicen en modo alguno el test de membresía que he ofrecido -el argumento rechaza la esclavitud precisamente en razón de que quien es esclavizado deja de ser miembro de la comunidad que pretende obligarlo- por lo que nadie puede pensar que el ejemplo de Seleme represente un problema para mí. Pero pensemos en otro ejemplo, diferente al de Seleme. Imagine un caso de esclavitud “económica”. Piense que la mayoría decide expropiar, sin compensación, todos los bienes de algunos sin afectar (al menos normativamente) sus otros derechos civiles y políticos (o piense en el ejemplo

que sugiere Grosman de normas jurídicas que no solo no combaten la injusticia distributiva sino que intencionalmente la profundizan.) Seleme e Iglesias sostendrían que después de que la expropiación se realice no se satisfarían los “mínimos constitucionales” -en esas circunstancias los expropiados tendrán menos de lo que necesitan para hacer uso efectivo de sus derechos y libertades básicos- y, por lo tanto, el derecho no podría generar obligaciones. Afirmarían que yo, dado que en esta comunidad se satisface el test de membresía, estoy forzado a concluir lo contrario, independientemente de la injusticia resultante. Esto no es así. En virtud de que mi test afirma que alguien no es miembro de la comunidad política si las instituciones o las decisiones de dicha comunidad tienen como propósito u objetivo que sus intereses o sus opiniones no cuenten en el proceso de decisión, en todos aquellos casos en los que la medida que se hubiera de adoptar tuviera estos objetivos no habría obligación de obedecer las decisiones que pretenden ser autoritativas. Nadie puede decir que en el ejemplo las decisiones comunes no tienen por objetivo que los intereses de algunos no cuenten dado que, justamente, lo que se busca es perjudicar a los expropiados dejándolos sin propiedad. Pero, ¿qué sucedería si el propósito u objetivo de la decisión mayoritaria de expropiar no fuera, como se nos aparece a primera vista, perjudicar a los expropiados sino simplemente aprovecharse de sus bienes? En este caso, según mi visión, tampoco existiría ninguna obligación de obedecer. Recuerde lo que dije más arriba en el sentido de que el test de membresía presupone la existencia de una comunidad política, esto es, un conjunto de individuos que se relacionan conjugando la aspiración de moldear en conjunto un destino común con la aspiración de proveer mejor a las necesidades o intereses individuales y que desarrollan un hábito general de obediencia a una autoridad común. Dado este presupuesto del test de membresía podemos sostener que en casos de “esclavitud económica” el derecho no puede generar autoridad, independientemente de cuál hubiera sido el objetivo o propósito de la decisión de expropiar, en virtud de que la decisión de expropiar es un síntoma de que entre quienes expropiaron y quienes son expropiados ha dejado de existir una comunidad, esto es, una relación

estructurada, en parte, alrededor de la aspiración de moldear un destino común para beneficios mutuos.

Lo anterior es todo lo que necesito decir para convencerlo de que mis comentaristas exageran cuando me imputan ver obligaciones legales donde no debería haberlas²³. Si tenemos en cuenta que para que una comunidad política genere normatividad para su derecho y se constituya en una autoridad para sus súbditos es preciso que ella sea verdaderamente una comunidad política es posible sostener que el derecho no será autoritativo, aun cuando se satisfaga el test de membresía, en todos aquellos casos en los que las decisiones colectivas pueden ser vistas como síntomas de que la comunidad ha dejado de existir como tal porque ella ya no puede verse como el resultado de una conjugación entre la aspiración de moldear en conjunto un destino común con la aspiración de obtener beneficios mutuos.

V

En LAD sostuve que el valor del cambio sistémico -el valor de que se constituya una comunidad entre aquellos sujetos a la misma autoridad y que dicha comunidad cambie como tal- sustenta una explicación asociativa de la

²³ Seleme e Iglesias son partidarios de los mínimos constitucionales porque, no obstante su confesado “asociativismo” otorgan mucha relevancia normativa a lo que sucede después de que una decisión colectiva es adoptada. Así, piensan que si un procedimiento de toma de decisión colectiva no garantiza que tengamos lo suficiente para nuestra subsistencia, no puede generar normatividad. Esto es un error. La cantidad de recursos que nos otorga un procedimiento de toma de decisiones es irrelevante para determinar su legitimidad. De hecho, no dudáramos en considerar legítimo y autoritativo un sistema de toma de decisiones colectivo que distribuyera los últimos alimentos de una comunidad sólo entre los más jóvenes (sea por su mayor aptitud para enfrentar las peripecias o por el hecho de que es un mal peor que vidas jóvenes se terminen o por cualquier otra razón). Si nosotros estuviéramos entre los más viejos en dicha comunidad deberíamos considerar autoritativo el hecho de que la comunidad decidió del modo en que lo hizo (sin perjuicio de que dicha decisión no necesita ser una razón última para nosotros) lo que muestra que la cantidad de recursos que nos otorgue un procedimiento no define su normatividad.

autoridad del derecho. Ahora bien, usted podría pensar que una concepción de la membresía más exigente que la mía, digamos, una que como la del mismo Seleme o la de Iglesias incluye la exigencia de los “mínimos constitucionales”, también satisface este valor y que debería ser preferida sobre la mía pues, además, honra mejor el valor de la justicia distributiva. En LAD ya sugerí la respuesta a esta pretensión. Allí sostuve que concepciones de la membresía con más exigencias que la mía -me refería a la concepción de Dworkin que requiere un igual compromiso con el bienestar de todos para que pueda hablarse de membresía y de comunidad- son, en realidad, hostiles al valor del cambio sistémico, pues en las circunstancias en las que estas exigencias adicionales no son satisfechas el derecho pierde su autoridad privándonos de la única herramienta con la que contamos para organizar nuestra vida en común en sociedades plurales. Por ello, si usted valora el cambio sistémico, tal como yo lo hago, no debería proponer concepciones más exigentes que la mía, sean como las de Dworkin o como las de Seleme o Iglesias.

La idea de que si proponemos concepciones de la membresía más exigentes que incluyan la satisfacción de los mínimos constitucionales atentamos contra el cambio sistémico asume que un derecho autoritativo -un derecho con autoridad intrínseca- es la única manera de organizar una sociedad plural y que, por lo tanto, un derecho autoritativo es una precondition de que la comunidad sea capaz de organizarse como comunidad actuando de consuno. Si ello no fuera así, si el cambio sistémico fuera posible incluso cuando el derecho no fuera autoritativo, si la comunidad pudiera organizarse como tal recurriendo a otras fuentes de normatividad, una concepción de la membresía más exigente que la mía no enfrentaría el problema que señalo más arriba pues no podría ser sindicada como la causa de que no podemos organizarnos comunitariamente.

Seleme cree que es posible constituir una comunidad o realizar el cambio sistémico aún cuando el derecho no tenga autoridad pues es posible obedecer al derecho por razones estratégicas o instrumentales. Afirma que “pueden existir consideraciones estratégicas que muestren que el mejor modo de...

(construir la “legitimidad” dice Seleme, construir la “comunidad” o “cambiar sistémicamente” diría yo)... sea sostener el presente esquema institucional y buscar internamente su reforma.. (esto es, obedecer el derecho)”. Si Seleme tuviera razón, si pudiéramos recurrir a razones estratégicas para realizar el cambio sistémico (“construir la legitimidad” en términos de Seleme), los “mínimos constitucionales” no serían problemáticos. Más aun, si Seleme tuviera razón, si un derecho autoritativo no fuera necesario para actuar de consuno pues para ello bastará obedecer el derecho por razones estratégicas o instrumentales, su concepción de la membresía -o para el caso la de Iglesias- deberían ser efectivamente preferidas dado que ellas tienen una clara ventaja expresiva pues impiden que una comunidad política se legitimize antes de haber resuelto las injusticias más inaceptables en la distribución de sus recursos.

¿Contamos con razones para someternos al derecho y para, de ese modo, actuar como comunidad en las circunstancias en las que el derecho no tiene autoridad? ¿Es posible construir la comunidad (o construir la legitimidad como diría Seleme), por razones “estratégicas o instrumentales”? ¿Es posible encontrar alguna fuente normativa por referencia a la cual podamos actuar de consuno en aquellos casos en los que el derecho no nos da razones *intrínsecas* para actuar?

Todos los autores que creen en la posibilidad de explicaciones instrumentales de la autoridad del derecho dan a estas preguntas respuestas afirmativas. Yo disiento. No creo que sea posible sustentar la obligación de obedecer el derecho basados en consideraciones estratégicas o instrumentales. Si sólo tuviéramos razones estratégicas o instrumentales -si debiéramos obedecer al derecho estratégica o instrumentalmente porque, digamos, ello contribuye a la justicia o a la satisfacción de los mínimos constitucionales- no nos sería posible explicar por qué tenemos que obedecer *nuestro* derecho aun cuando con nuestra obediencia a otro derecho -un derecho distinto al nuestro- podríamos realizar una mayor contribución a los valores respecto de los cuales la obediencia al derecho es una estrategia o un instrumento. Como dije en LAD, toda explicación instrumental de la obligatoriedad del

derecho falla porque no puede dar cuenta de la “intimidad” normativa existente entre quien se encuentra obligado y *su* derecho, esto es, de que es *nuestro* derecho el que nos obliga no en razón de que obedeciéndolo contribuiremos a la realización de otros valores sino por el hecho de ser el derecho de *nuestra* comunidad²⁴.

Pero este no es el único problema de Seleme. La idea de que es posible organizarnos como comunidad (o construir la legitimidad) recurriendo a razones estratégicas o instrumentales tiene otros frentes. En efecto, cuando afirmamos que debemos obedecer el derecho por su autoridad intrínseca afirmamos una obligación incondicionada que, como tal, permite organizar nuestra vida en común también en circunstancias donde desconocemos qué harán los demás o donde el derecho no es una fuerza motivadora universal. En estas circunstancias es para nosotros posible obedecer porque el carácter incondicionado de la obligación nos permite exigir y esperar la obediencia de los demás²⁵ y, por tanto, nos da herramientas para pensar que existen posibilidades de que se realice el valor que la obediencia generalizada al

²⁴ Usted podría atacar mi escepticismo. Podría replicar mis comentarios sosteniendo que nuestra sumisión al derecho argentino, por ejemplo, es la mejor manera de promover la justicia o los mínimos constitucionales en la Argentina y que es la promoción de este valor -la justicia o los mínimos constitucionales en la Argentina- lo que justifica instrumental o estratégicamente que obedezcamos al derecho. Esta réplica no es posible. No está disponible para alguien que cree que el derecho no es autoritativo incluso en circunstancias donde no se satisfacen la justicia o los “mínimos constitucionales”. Ello es así en razón de que esta réplica presupone que nuestro deber de promover la justicia o los mínimos constitucionales ya está localizado en alguna comunidad política y la única manera que tenemos de defender esta localización es presuponer que existe alguna razón para que hagamos lo que es necesario para que *nuestra* comunidad política exista como tal independientemente de la satisfacción de la justicia y los mínimos constitucionales, justamente lo que afirma quien cree en la autoridad del derecho y lo que debe negar quien sostiene que el derecho no tiene autoridad en aquellas circunstancias en las que no se satisfacen la justicia ni los “mínimos constitucionales”.

²⁵ Nos permite, como lo he puesto en otro lugar, “confiar en el derecho”. Ver, *Confianza en el Derecho*, en **La Confianza y el Derecho**, Marcelo Bergman y Carlos F. Rosenkrantz (ed), Fondo Editorial de América Latina, México, en prensa (2006).

derecho instancia. Ello no sucederá así si, como sugiere Seleme, las razones para obedecer el derecho fueran solo estratégicas o instrumentales. Efectivamente, en este caso mi obligación de obedecer el derecho dependerá de si lo que hacen los demás es lo necesario para realizar el valor que la obediencia generalizada al derecho instancia (el cambio sistémico o, en términos de Seleme, la legitimidad). El problema es que cuando mi obligación de obedecer el derecho depende de lo que hagan los demás, no tendré razones para obedecer el derecho en aquellas circunstancias en las que desconozco qué es lo que ellos hacen o harán y, lo que es más grave aún porque generará un círculo vicioso de desobediencia, no tendré razones para obedecer el derecho en aquellos casos en los que los demás de hecho no hacen lo que el derecho ordena. Más aún, en ambos tipos de casos, nadie tendrá razones para obedecer el derecho en tanto la obediencia de los demás depende de mi propia obediencia. En resumen, el problema de intentar fundar la obediencia al derecho en razones estratégicas o instrumentales es que estas razones no constituyen herramientas categóricas para organizarnos comunitariamente y ello, si creemos en el valor del cambio sistémico, es un problema fatal, porque sin herramientas categóricas no podemos actuar de consuno en aquellas circunstancias en las que no tenemos firmes garantías de que todos lo harán²⁶.

VI

Si creemos en el valor del cambio sistémico, el valor de que una comunidad se constituya y cambie como comunidad, debemos resistir la pretensión de supeditar la autoridad del derecho a la satisfacción de mínimos constitucionales más allá de que respetando la autoridad del derecho debemos

²⁶ Obviamente, usted puede sostener que el cambio sistémico no es un bien pero esa no parece ser la posición de mis comentaristas, salvo la de Rodríguez. Si así fuera usted enfrentará, tal como le sucede a Ralws y a las concepciones epistémicas, la imposibilidad de explicar la razón por la que debemos obedecer *nuestro* derecho por oposición a un derecho más eficiente en la realización del bien respecto del cual de acuerdo con su concepción el derecho es un instrumento.

hacer todo lo necesario para que dichos mínimos constitucionales sean satisfechos. Ello no debería sorprenderlo. En definitiva, los mínimos constitucionales no son una exigencia que provenga de la necesidad de organizarnos como comunidad. Su origen pareciera estar en el campo de la justicia. Veamos ahora si la adhesión al valor de la justicia debería convencernos de que es una buena idea condicionar la autoridad del derecho a los mínimos constitucionales.

Antes que nada quiero aclarar mi propia posición en este punto. En primer lugar, quiero destacar que mi posición acerca de la autoridad del derecho no me impide afirmar con vehemencia que dentro del derecho debemos hacer todo lo que está a nuestro alcance para realizar la justicia distributiva, para que todos tengan la cantidad de recursos que corresponden en virtud de nuestra común pertenencia a una misma comunidad política. En LAD afirmé que el derecho es autoritativo incluso en situaciones de injusticia distributiva. Esta conclusión implica que en ciertas circunstancias la realización de la justicia distributiva no será operativa porque no podrá determinar la forma en que debemos actuar. Sin embargo, esta conclusión no debe hacernos pensar que el derecho conservaría su autoridad si el derecho (siempre, usual o necesariamente) hiciera imposible una distribución de recursos moralmente aceptable. Si el derecho, por su propia naturaleza o estructura, estuviera destinado a consagrar o reproducir la injusticia distributiva -si el derecho fuera un mecanismo de protección de privilegios o de opresión- Grosman tendría razón y sería insensato insistir que el derecho tiene autoridad o que debemos obedecerlo como sería insensato sostener cualquier valor que (siempre, usual o necesariamente) impida la realización de otro valor. Por ello, incluso para mí que creo que el punto del derecho no es necesariamente la realización de la justicia distributiva, es importante investigar las relaciones de posibilidad entre el derecho y la manera en que los recursos de una sociedad se distribuyen entre sus miembros.

Para empezar quiero enfatizar que mi impresión es que las comunidades que satisfacen el test de membresía que yo he propuesto generan una dinámica que hace más probable la realización de la justicia. Así, cuando no hay

impedimentos normativos que silencien nuestra opinión o que impidan que nuestros intereses cuenten en el proceso de adopción de decisiones comunes y existen garantías de que nuestra opinión o nuestros intereses de hecho contarán en dicho proceso -las condiciones necesarias para que de acuerdo con el test de membresía alguien sea considerado parte de una comunidad y, por lo tanto, obligado por su derecho- se ventilarán distintas visiones acerca de la manera en que se deben distribuir los recursos sociales y se crearán incentivos para que éstos se distribuyan de un modo más aceptable para todos, dado que en este tipo de comunidades la mejor manera (y quizás la única) de conseguir un beneficio distributivo perdurable para uno es ofrecer iguales o similares beneficios para todos los demás. Creo que esto es fácil de percibir, forma parte del saber común y una de las razones por las que las sociedades con democracia política son usualmente más justas distributivamente hablando.

Obviamente, los incentivos para distribuir equitativamente los beneficios de la cooperación social serán siempre imperfectos. Aún cuando no existan obstáculos normativos para participar y contar y aún cuando todos tengan garantizado que contarán o participarán en el proceso de toma de decisiones, siempre será posible que grupos cohesionados y consolidados se apropien inequitativamente (aunque no exclusivamente) de los beneficios de la cooperación social dificultando la formación de coaliciones cuyo objetivo sea mejorar el perfil de la distribución de los recursos económicos y sociales (la cita de Borges de que la democracia es un abuso de la estadística viene al caso aquí). La posibilidad de que esto suceda no se puede despreciar, como lo testimonian sociedades con democracia política pero severamente injustas que conocemos.

De todos modos, esta limitación no nos debe hacer pensar que los mínimos constitucionales condicionan la autoridad del derecho. En primer lugar, la experiencia nos muestra que la justicia no puede instanciarse en contextos donde el derecho no tiene autoridad. No conocemos ninguna comunidad que haya sido justa -que haya distribuido los recursos sociales de un modo que satisfaga criterios de justicia- antes de ser capaz de regularse

como tal. El derecho es un precursor necesario, aunque obviamente no suficiente, de la justicia distributiva. Si esto es correcto y si una comunidad sólo puede transitar hacia la justicia distributiva ya equipada con la capacidad de dotar de autoridad a su derecho, los mínimos constitucionales no pueden ser funcionales a la justicia distributiva precisamente porque en ciertas circunstancias los mínimos constitucionales privan al derecho de autoridad, impidiendo de ese modo que se realicen las precondiciones que deben satisfacerse para posibilitar una distribución justa.

Pero existe otra razón menos vinculada a cuestiones fácticas, pero más poderosa creo yo, para resistir la inclusión de los mínimos constitucionales en nuestra concepción de la membresía. Lo que está detrás de la idea de los mínimos constitucionales es que parece inapropiado pedirle a usted que se someta al derecho de su comunidad si ella no ha hecho lo suficiente por usted, esto es, si ella no le ha garantizado la cantidad de recursos que usted necesita para ejercer dignamente sus derechos constitucionales. Ahora bien, la excepción que introducen los mínimos constitucionales en su favor, al liberarlo de la obligación de obedecer el derecho en aquellas circunstancias donde usted tiene menos recursos de los que debería tener, no es gratis. El precio de su liberación es alto porque cuando usted es liberado de obedecer al derecho queda inhabilitado para invocar un argumento poderoso para que su comunidad se ocupe de usted.

Déjenme explicar este punto. La razón por la que usted tiene una mayor legitimidad para reclamar justicia en su comunidad -mayor por ejemplo de la que tiene un extranjero que no vive en ella aún cuando esté más necesitado que usted o sea mucho más pobre- es el hecho de que usted *es un miembro* de la comunidad²⁷. Su comunidad se debe ocupar prioritariamente de usted

²⁷ Grosman dice en su comentario que “el punto de contacto relevante entre el individuo y las normas jurídicas son sus actos, no su status dentro de la comunidad”. Esto es un error. Yo no estoy obligado a obedecer el derecho de su país *qua* derecho por el hecho de que mis actos tengan allí consecuencias. No debo ir a la guerra aunque el derecho de su país me obliga a hacerlo, por ejemplo, por haberle exportado mercaderías a usted. Sólo debo obedecerlo si soy un miembro con usted de su comunidad política.

por reciprocidad con el hecho de que su comunidad puede obligarlo a usted a hacer lo que ella le ordena. Como lo ha dicho T. Nagel tenemos derecho a un trato especial por parte de nuestra comunidad porque nuestra comunidad toma decisiones en nuestro nombre y nos hace responsables por ellas²⁸. Ahora bien, si por cualquier razón usted dejara de estar obligado a hacer lo que su comunidad le ordena usted perdería su derecho a un trato especial y, por lo tanto, se debilitaría su pretensión de que su comunidad se ocupe de usted antes que de ningún otro. Obviamente, esto no implica que su comunidad se pueda desentender absolutamente de su suerte cuando usted no hace aquello que constituye la contrapartida de su derecho a un trato especial, pero sí que usted, para reclamar a su comunidad por su situación, deberá articular su reclamo recurriendo a algún argumento distinto a la reciprocidad que su comunidad le debe, que no siempre estará a su disposición, como por ejemplo, que ha sido perjudicado por su comunidad o que está peor que todos aquellos que, independientemente de no ser miembros de la comunidad, están mal, etc²⁹.

²⁸ Nagel recientemente ha defendido esta idea. Así, en *The Problem of Global Justice*, ha afirmado que la razón por la que estamos especialmente habilitados para reclamar a nuestra comunidad es que “the community makes us responsible for its acts, which are taken in our name”. Ver Nagel, Tomas, *The Problem of Global Justice*, Philosophy and Public Affairs, vol. 33 n. 2, pag. 129.

²⁹ Me parece que lo que digo en el texto está de algún modo relacionado con una idea curiosa de Seleme. Seleme sostiene que “cuando un individuo está alienado todos lo están”. Bajo alguna interpretación esta formulación es equivocada. Así, por ejemplo, no puede ser verdad que la alienación de Juan libera a Pedro y a Martín, que no están alienados en modo alguno, de obedecer el derecho de la comunidad de la que Pedro y Martín son miembros. Pero bajo otra interpretación la idea de Seleme es similar a la que desarrollo en el texto. Seleme puede estar queriendo decir, simplemente, que si Juan está alienado de la comunidad de la que son miembros Pedro y Martín, estos también están alienados respecto de aquél o, puesto en otras palabras, que nadie puede tener las obligaciones de un miembro de una comunidad frente a otro que, a su vez, no tiene dichas obligaciones frente a él. Si ésta es la interpretación correcta de lo que quiere decir Seleme, su posición implica la mía porque él debería decir, como yo lo hago, que al liberarme de la obligación de obedecer su derecho, los mínimos constitucionales me inhiben de

En conclusión, si los mínimos constitucionales nos liberaran de la obligación de obedecer el derecho cuando somos víctimas de la injusticia distributiva, también nos quitarían el mejor argumento que podemos invocar para que los demás miembros de la comunidad a la que pertenecemos se ocupen prioritariamente de nuestro bienestar. Esto es, si nos importan los que sufren las consecuencias de la injusticia distributiva, es un problema y sumado al hecho de que existe una prioridad de realización entre la obediencia al derecho y la justicia distributiva nos debe llevar a concluir que debemos resistir la propuesta de incorporar la satisfacción de los mínimos constitucionales como uno de los elementos de la membresía y, por lo tanto, como uno de los requisitos que el derecho debe satisfacer para ser autoritativo.

VII

Rodríguez no lo dice expresamente pero su idea de que el derecho no puede determinar *per se* la manera en que debemos comportarnos en contextos de desigualdad económica, en última instancia, se sustenta en una idea mucho más general que él también suscribe y que matiza toda su contribución, más precisamente, que la justicia distributiva (“la igualdad” dice Rodríguez) es la

reclamarle a usted que se ocupe prioritariamente de mí.

En otro orden de cosas, Grosman sostiene que la “obligación moral de obedecer el derecho” no puede depender únicamente de cómo el derecho me trata a mí. Ella debe depender, también, de cómo el derecho trata a las otras personas cuyos intereses se ven afectados por mi cumplimiento o incumplimiento de sus normas”. Si lo que Grosman quiere decir es que en el balance de todas las razones que se pueden aplicar a mí al momento de decidir qué es lo que debo hacer, el impacto de lo que hago en los demás será siempre una consideración relevante, nada hay que objetar. Pero si Grosman quiere decir algo distinto, esto es, que no puedo saber si tengo una razón para hacer lo que el derecho ordena a menos que sepa cómo el derecho impacta en los demás y, además, que no puedo tener una razón si todas las cosas consideradas el derecho impacta (de un modo irrazonable) negativamente en los demás, Grosman está equivocado. Yo tengo una razón para hacer lo que el derecho ordena cuando soy un miembro de la comunidad que se expresa mediante dicho derecho.

única y suprema virtud y que, como tal, es quien debe determinar, directa o indirectamente, todo lo que en todas las circunstancias cada uno de nosotros debe hacer.

Ahora bien, los hechos que nos caracterizan políticamente, el último tribunal de la verdad, corrección o plausibilidad en filosofía política y, por lo tanto, el lugar al que debemos recurrir para adjudicar nuestras discusiones filosóficas, militan en contra de las ideas de Rodríguez.

Nosotros nos caracterizamos por dispensarnos y aceptar un trato *qua* miembros de la comunidad política a la que pertenecemos -un trato que hace y justifica diferencias en la concesión de derechos y en la imposición de obligaciones por el hecho de que algunos son miembros con nosotros de la comunidad constituida por la sujeción a una autoridad común mientras otros no lo son- y este trato no sólo problematiza la convicción de que la justicia distributiva es lo único que vale –si la justicia distributiva fuera la fuente de toda normatividad no podríamos considerar relevante para la concesión de derechos y para la imposición de obligaciones la pertenencia a la comunidad política- sino que, además, muestra que la existencia y la continuidad de la comunidad política -el cambio sistémico- es un valor.

Si esto es correcto, si los hechos que nos caracterizan políticamente son inconsistentes con la idea de que la justicia distributiva es la única virtud, la resistencia de Rodríguez a reconocer la autoridad del derecho debería perder todo su atractivo pues dicha resistencia, tal como lo adelanté más arriba, depende críticamente de que la justicia distributiva reine sola en el universo de la normatividad.

Obviamente, Rodríguez podría defender su visión de los problemas que he discutido en LAD y de las tesis que allí he ofrecido señalando que el ideal de la justicia distributiva debe regularnos y, si los hechos que nos caracterizan políticamente son inconsistentes con ella, peor para estos hechos. Pero si Rodríguez se moviese en esta dirección ignorando lo que nos constituye políticamente, su visión terminaría siendo utópica en el mal sentido pues sería una visión para gente distinta a lo que nosotros somos o la que podemos llegar a ser después de la debida reflexión.

PROBLEMAS ABIERTOS

Presentación

Los problemas filosóficos se resisten a desaparecer. Una y otra vez, los mismos temas ocupan el centro del debate académico. Las soluciones que en ciertos momentos han obtenido consenso son desafiadas por nuevos enfoques y estrategias de análisis. A esta dinámica se debe, en gran medida, la vitalidad del trabajo filosófico pero también genera una suerte de pesimismo acerca de las posibilidades de progreso en esa disciplina. Más aún, en ocasiones, algunos problemas simplemente desaparecen del horizonte de intereses académicos sin haber recibido una respuesta satisfactoria.

Esta nueva sección de *DISCUSIONES* pretende inaugurar un espacio para presentar tanto problemas actuales como también temas que han sido injustificadamente dejados de lado en los debates contemporáneos. El propósito de los editores es invitar a los miembros de la comunidad académica a identificar problemas y enunciar de manera sumaria cuestiones que merezcan discutirse en filosofía. Dado que el objetivo central de esta sección es señalar problemas, y no involucrarse en las diferentes soluciones, se valorará especialmente la brevedad y claridad de la presentación. Los requisitos de aceptación de trabajos para esta sección son similares a los que se exigen para la sección principal.

Pablo Navarro
Director

Hernán Bouvier
Encargado de sección

DISENSOS TEÓRICOS

Mauro Barberis *

El tema de los disensos teóricos, en algún sentido, *no* pertenece a ninguna de las tres categorías de temas sobre los cuales debería ocuparse esta sección: 1) temas que han sido discutidos, pero que ya no se discuten; 2) temas que todavía se discuten, aunque no lo suficiente, y 3) temas que no han sido nunca discutidos, pero que deberían discutirse. Por otro lado, en cambio, el tema mismo pertenece a las tres categorías. Circunstancia ésta lo suficientemente curiosa que, por tanto, invita a adentrarse en él.

1. Se trata, sobre todo, de un tema que no se discute más, o sobre el cual se discute cada vez menos. Al menos en comparación con los tiempos de oro de la filosofía analítica aplicada al derecho. Existió un período, entre los años cincuenta y sesenta del siglo XX, en el cual se dedicaba un espacio (casi) excesivo a las cuestiones epistemológicas, metodológicas, meta-teóricas y meta-éticas. Hoy, en cambio, se prefieren temas “sustanciales” -no obstante el hecho de que la diferencia entre forma y sustancia sea hoy poco más que mera metáfora- o, mejor dicho, directa o indirectamente temas “normativos”. Así, el problema meta-teórico de los disensos teóricos ha sobrevivido en las discusiones de metodología de la ciencia jurídica (y reflorecido poco tiempo atrás), con la victoria del positivismo jurídico en la batalla contra el antipositivismo de Dworkin. Nos ocuparemos de esto a continuación.

2. Se trata, por tanto, de un tema que se ha vuelto a discutir recientemente, luego de un período dedicado a las teorías del sistema, del

* Profesor de Filosofía del derecho de la Facultad de Derecho. Universidad de Trieste, Italia.

razonamiento y la interpretación jurídica. Un tema que se ha hecho casi explícito en la discusión de filosofía política y al menos implícito en la discusión de filosofía jurídica. Veamos tres ejemplos.

Primer ejemplo. Uno de los textos más importantes en el debate sobre el tema de la democracia deliberativa, cuyos autores son Amy Gutman y Dennis Thompson, se titula precisamente *Democracy and Disagreement* (1994). La idea central es que “cuando los ciudadanos o sus representantes desacuerdan moralmente, deberían continuar razonando conjuntamente para alcanzar decisiones mutuamente aceptables”. Aquí se admite sin más que en política el desacuerdo moral es de hecho insuperable, y que esta imposibilidad debe servir como punto de partida para re-pensar de manera realista la política. No obstante, toda la discusión sobre el *value pluralism* y sobre la inconmensurabilidad de los valores nos sugiere o indica quizás algo más: el disenso moral o normativo no constituye un rasgo patológico de la discusión ética, sino más bien fisiológico.

Segundo ejemplo. El único texto orgánico de Ronald Dworkin en el ámbito de la filosofía jurídica, *Law's Empire* (1986), afirma que el principal límite de la teoría jurídica iuspositivista radicaría en no dar cuenta de los “theoretical disagreements about law” que se suscitan entre los juristas. El positivismo jurídico reduciría estos *desacuerdos* a desacuerdos de hecho, o “semánticos”; la teoría del mismo Dworkin, en cambio, tendría el mérito de tratarlos no sólo como desacuerdos sobre el derecho -ya sea sobre el *quid ius*, o sobre el *quid iuris*, entre sí siempre confundidos por Dworkin- sino también como desacuerdos interpretativos, argumentativos, justificativos. Como suele suceder, Dworkin tiene el mérito de indicar el problema, pero hace poco o nada por resolverlo. Su solución -el recurso a la interpretación como búsqueda de la única respuesta correcta- consiste en aclarar *obscurum per obscurius*.

Tercer ejemplo. Siempre como *by-product* de la discusión entre Dworkin y los iuspositivistas se ha abierto, dentro del campo iuspositivista mismo, una discusión sobre el status (semántico, lógico, epistemológico) de la teoría del derecho misma. Es quizás aquí, precisamente, como extensión de esta

discusión, que se deberían discutir los desacuerdos *teóricos* sobre el derecho. No sólo de los desacuerdos *morales* de los que hablan los filósofos políticos, y ni siquiera de los desacuerdos *interpretativos* de los que habla Dworkin, sino también de los desacuerdos *teóricos* que, aunque distintos a los anteriores, se conectan con ellos.

3. Se trata, en definitiva, de un tema que en cierto sentido jamás ha formado parte de ninguna agenda de discusión y que, no obstante, se encuentra implícito en todas las agendas y resulta preliminar con respecto a cualquier discusión teórica. Preliminar incluso, y sobre todo, a las discusiones que tienen lugar en una revista que se llama *Discusiones*. ¿Cuál es el status del desacuerdo teórico?

A fin de indicar el punto desde donde podría partir una discusión que supera mis capacidades, me limitaré a las siguientes indicaciones. En la edad de oro de la filosofía analítica Charles Stevenson había distinguido entre dos tipos de desacuerdo -desacuerdos sobre las creencias y desacuerdos sobre las actitudes- mostrando que entre dos sujetos puede haber pleno acuerdo sobre las creencias relativas a ciertos hechos o actos y, no obstante, desacuerdo sobre las actitudes.

Hoy en día se impondría distinguir al menos cuatro tipos “puros” de disensos “teóricos” que, en realidad, se entrecruzan estrechamente en toda discusión.

En primer lugar, existen desacuerdos empírico-cognoscitivos: existen, entre los teóricos, diversos modos de reconstruir los datos provistos por las ciencias sociales o por la experiencia directa de los juristas. Este aspecto de la teoría del derecho, por otra parte, no puede subestimarse (como todavía tienden a hacer los herederos del realismo jurídico). Los datos empíricos son ciertamente importantes para la construcción de teorías, pero no son jamás decisivos ya que también las teorías jurídicas están sub-determinadas por la experiencia.

En segundo lugar existen desacuerdos ético-normativos: por ejemplo, buena parte del desacuerdo entre iuspositivistas y iusnaturalistas no depende

tanto del diferente valor que unos y otros atribuyen a ciertos hechos, sino más bien del diferente peso que les atribuyen a las valoraciones y el conocimiento como ingredientes de la construcción de una teoría del derecho. También este aspecto de la teoría del derecho, por otra parte, no debe subestimarse. Las valoraciones éticas, que intervienen tanto al principio como durante la construcción de las teorías, no hacen más que sub-determinarlas. Diversas teorías pueden surgir de (o ser generadas por) una y la misma valoración ética, y diversas valoraciones éticas pueden generar una y la misma teoría.

En tercer lugar, existen desacuerdos analítico-cognoscitivos, quizás más profundos e importantes que los desacuerdos ético-normativos. En última instancia todo depende de las definiciones de las palabras. Definiciones en las cuales se manifiesta, consciente o inconscientemente, aquello que el Wittgenstein de las *Bemerkungen über die Grundlagen der Mathematik* (1937-1938) llamaba nuestra “profunda necesidad de convención”.

Por último, existen los desacuerdos metafísicos: es decir, los desacuerdos típicos de las filosofías “sintéticas”, o no-analíticas, pero también del discurso ordinario y sentido común. Estos desacuerdos parecen insuperables, quizás, sólo porque ignoran, conscientemente o no, todas o al menos algunas de las distinciones precedentes. En particular, la distinción entre empírico y analítico, y entre cognoscitivo y normativo.

Al menos a partir del Wittgenstein de *Über Gewißheit* (póstumo, 1969) y del Willard Quine de *Two Dogmas of Empiricism* (1951) resulta normal configurar las teorías científicas no como sistemas de proposiciones fundadas sobre la experiencia sino como *redes* de proposiciones más o menos resistentes a la falsación empírica. En orden a clarificar el tema de los desacuerdos entre teorías filosóficas con respecto a temas moral, política o jurídicamente relevantes, se impone por cierto agregar a este cuadro las valoraciones (normativas). Sin embargo, no resulta para nada obvio que las valoraciones, en los disensos teóricos, jueguen un rol más importante que el que juegan las definiciones (implícitas o explícitas). Estas últimas, por el contrario, parecen constituir el núcleo profundo de cualquier teoría, sea ésta científica, filosófica, y también filosófico-jurídica.