

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 reciprocarse 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 reciprocarse, 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 reciprocarse. 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 Withman 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.