

La autoridad del Derecho en contextos de injusticia socio-económica: Diez años después.

*The Authority of Law in Contexts
of Socio-Economic
Unjustice: Ten Years On.*

Marcelo Alegre*

Recepción y evaluación de propuesta: 10/03/2016.

Aceptación: 15/07/2016.

Recepción y aceptación final: 25/11/2016.

Resumen: Este texto analiza a grandes rasgos los elementos más salientes sobre el debate sostenido alrededor del ensayo de Carlos Rosenkrantz sobre la autoridad del derecho en situaciones de injusticia social y económica. Se propone un balance de la discusión (que remarca algunos ajustes importantes hechos por Rosenkrantz en reacción a las críticas y algunas conclusiones propias), se mencionan algunos “hechos nuevos” en la academia y en la realidad socio-política argentina; se defiende la necesidad de una concepción gradualista (vis a vis una de “todo o nada”) de la autoridad del Derecho; se propugna una revisión de los requisitos de una teoría adecuada de la autoridad jurídica y se presentan algunos dilemas que enfrenta una posición liberal frente al desafío del populismo.

Palabras clave: injusticia social y económica, liberalismo, derecho, autoridad jurídica.

* UBA. Correo electrónico: alegre.marcelo@gmail.com

Abstract: The text examines broadly the most relevant issues brought about by the debate around Carlos Rosenkrantz's essay on the authority of law in contexts of social and economic injustice. In the text I take stock of the discussion, pointing out some major adjustments that criticisms prompted in Rosenkrantz's position, and I add some further claims. The text also mentions some "new facts" regarding academia and Argentina's social and political context. I argue for a gradual (instead of an "all or nothing") conception of the authority of law and I propose a revision of the requirements for a suitable theory of legal authority. I also introduce some of the dilemmas that populism poses for a liberal position.

Keywords: social and economic injustice, liberalism, law, authority of law.

En 2006 la revista *Discusiones* publicó un intenso debate alrededor del texto "La autoridad del Derecho y la injusticia económica y social" de Carlos Rosenkrantz¹. Allí se analizaba la cuestión de la obligación de obedecer el Derecho en sociedades injustas en el plano socio-económico. El ensayo fue acompañado de agudas observaciones críticas por parte de Paula Gaido, Marisa Iglesias, Lucas Grosman, Jorge Rodríguez y Hugo Seleme, que fueron respondidas por Rosenkrantz en un texto ulterior, recogido en el mismo volumen. Aquí sintetizo los puntos de vista en mi opinión más relevantes, no con el ánimo de polemizar retroactivamente, sino más bien, de remarcar la muy vigente necesidad de seguir debatiendo esta cuestión, a la luz de experiencias vividas en ésta última década. Preliminarmente, adelanto que la lección principal que extraigo de este ejemplar intercambio de ideas, es la de eludir categorizaciones simples y de adoptar una perspectiva abierta a múltiples variables y complicaciones, si es que aspiramos a respuestas iluminadoras en el plano de la práctica política y jurídica.

I. Introducción

Al momento de publicarse el texto, en 2006, la Argentina llevaba una década discutiendo acerca de los contornos de la protesta social admisible, en vista del fenómeno de los “piqueteros” (manifestantes que cortan rutas o calles en demanda de reivindicaciones económicas) que se incorporaron al paisaje cotidiano del país a mediados de los 90 como reacción frente a las políticas de privatización del menemismo. Algunas privatizaciones dejaron a ciudades enteras sin su principal fuente de trabajo, empresas estatales, liquidadas por razones presupuestarias. El corte de rutas era presentado como un recurso desesperado para llamar la atención de los medios y funcionarios nacionales que operaban desde la Ciudad de Buenos Aires, a miles de kilómetros de las ciudades condenadas a languidecer. Los piquetes fueron extendiéndose como método de protesta y perdiendo aceptabilidad social a medida que se volvieron una práctica rutinaria que se sumaba a la carrera de obstáculos que es la vida cotidiana en las ciudades.

Un caso más contundente en cuanto a la violencia involucrada fue el “Santiagazo” de 1996, un levantamiento popular que ayudó a poner fin al control despótico, prolongado por cuatro décadas, del Gobernador Juárez sobre la provincia de Santiago del Estero.

Las distintas formas de acción directa fueron objeto de muchas discusiones públicas. La primera divisoria de aguas se dio entre quienes, por un lado, blandían una posición más legalista que rechazaba las acciones directas y las consideraba como conductas delictivas sin justificación; y quienes, por otro lado, rechazaban la criminalización de la protesta. Una segunda controversia se presentó entre los últimos. Lo que los dividía era el encuadre de la conducta que se pretendía estuviera protegida de la represión y el castigo estatales. ¿Se trataban los piquetes de un ejercicio de la libertad de expresión? ¿O del derecho de huelga de los desocupados? Por otra parte, ¿se trataba de conductas antijurídicas, si bien justificadas o excusables, o de conductas que ni siquiera violaban el Derecho?²

² Véase, por ejemplo, el libro editado por Roberto Gargarella en Gargarella, R., *El derecho a resistir el Derecho*, Buenos Aires: Miño y Dávila, 2005.

El debate que me han invitado generosamente a glosar desde la revista *Discusiones* se desarrolla en un plano más elevado de abstracción, pero tiene implicancias directamente aplicables a las discusiones sobre la protesta en la Argentina.

II. Las tesis de Rosenkrantz

II.1. Los requisitos de “generalidad” y “particularidad”

Carlos Rosenkrantz comienza exponiendo dos requisitos que cualquier enfoque sobre la autoridad del derecho debería satisfacer. Por un lado, la explicación debe ser “general”, es decir que debe aplicarse a todas las personas, no a un subconjunto de ellas. Por otro lado, la explicación también debe ser “especial”, ya que debe explicar por qué el orden jurídico obliga a sus súbditos o ciudadanos y no a las personas de otros países. Estos requisitos –generalidad y especialidad– son la base de su rechazo de la mayoría de las concepciones sobre la autoridad del derecho.

Analiza primero las teorías contractualistas, que llama “consensuales”, por asimilar la obligación jurídica a las derivadas de los contratos o de las promesas. No adhiere a las críticas más usuales, como aquellas que niegan que cualquier resultado –la esclavitud o la tiranía, por caso– pueda ser legitimado por medio del consentimiento o que niegan que ciertas conductas, como no emigrar, puedan correctamente ser interpretadas como conductas que consienten el orden jurídico. Por un lado afirma que muchos sí aceptan explícitamente su obligación de obedecer el derecho, como en el caso de los juramentos de jueces y legisladores. Por otro lado, y con respaldo en teorías del castigo penal de tradición Hartiana (como la justificación consensual de Carlos Nino), sostiene que el tipo de aceptación requerido por un enfoque contractualista no precisa ser tan fuerte como el que da lugar a las obligaciones contractuales. En efecto, afirma que el conocer las consecuencias normativas de nuestras acciones (por ejemplo, que determinada conducta está castigada con una pena) y en ausencia de un

costo excesivo por cumplir con la norma, es suficiente para considerar que hemos “consentido” dicha norma. Para Rosenkrantz, sin embargo, las teorías consensuales fracasan por no cumplir con su requisito de generalidad, dado que no explican por qué el derecho obliga incluso a quienes han declarado su completo rechazo del orden jurídico. Analiza luego las teorías del *Fair Play*. Su juicio es amigable (“...el beneficio recibido en una actividad conjunta pareciera ser una razón para reciprocarse”³), salvo por el hecho de que estas teorías tampoco cumplen con el requisito de generalidad. En efecto, se sigue de este enfoque que quienes nunca se beneficiaron ni beneficiarán de la vida bajo el derecho no están obligados a obedecerlo. Pero como según Rosenkrantz el Derecho obliga incluso a quienes no tienen nada que ganar bajo su imperio, una teoría que excluya a algunos respecto del deber de obediencia no es aceptable.

La misma suerte corren las teorías instrumentales, como las que sostienen que el Derecho debe ser obedecido porque produce ciertos efectos positivos como previsibilidad, seguridad o coordinación. Y en todos los casos su estrategia argumental se centra en la supuesta transgresión del requisito de generalidad: estas teorías no explican por qué debemos obedecer siempre al derecho aunque nuestro acto particular de desobediencia pase desapercibido, no altere la coordinación social, etc.

Respecto de la idea de Rawls sobre una obligación natural de obedecer instituciones justas aún cuando algunos de sus resultados sean desafortunados, Rosenkrantz, luego de señalar que es una presuposición más que la conclusión de un argumento, cuestiona dicha afirmación, no por carecer de generalidad (ya que la idea rawlsiana se aplica a “todos en todas las circunstancias”) sino por transgredir el requerimiento de “particularidad”: este deber natural no discrimina entre la obligación de obedecer mi Derecho y la de obedecer otros órdenes jurídicos. Los enfoques epistémicos de Raz o de Nino tampoco cumplen, según él, con el requisito de particularidad. Por ejemplo,

³ Rosenkrantz, C., *La autoridad del Derecho y la injusticia económica y social*, op. cit., pág. 3.

en el caso de Nino, el valor epistémico del derecho está ligado a su carácter democrático, y es independiente de la relación del ciudadano con *su* Derecho.

II.2. El asociativismo rosenkrantziano

La clave para entender la normatividad del Derecho, para Rosenkrantz, radica en el “vínculo especial con nuestros conciudadanos”, como lo afirman los enfoques “asociativos”, como el de Ronald Dworkin, centrado en la fuerza normativa de los nexos entre personas que se consideran iguales. Pero la teoría de Dworkin no es suficientemente “general”, según nuestro autor, por no explicar por qué el derecho obliga aún cuando no encarne una posición igualitaria. En estas circunstancias desafortunadas el Derecho no obligaría, cuando, paradójicamente, más necesario sería. Da como ejemplo una sociedad dividida en dos subgrupos religiosos indiferentes por el bienestar del otro grupo. En esa sociedad, normas injustas (aunque no aberrantes) deben ser obedecidas porque la falta de una mutua consideración igualitaria entre todos los miembros de la sociedad es irrelevante. No lo sería en el contexto de una familia o una amistad, cuyos vínculos son esencialmente individuales, pero el vínculo social relevante para decidir sobre la normatividad del Derecho es de carácter colectivo.

Rosenkrantz introduce aquí cinco casos en los que en principio habría consenso respecto a que el derecho no resulta obligatorio para todos los miembros de la sociedad: los judíos en la Alemania nazi, las personas de color en la Sudáfrica del Apartheid, las mujeres en cualquier país antes del sufragio femenino, los franceses durante la ocupación nazi, y los argentinos durante la última dictadura militar. En esos casos, Rosenkrantz cree justificada la desobediencia de los grupos que no son “realmente” miembros de la comunidad, sea porque los intereses de algunos no cuentan o porque no participan en las decisiones. Aclara que a veces ciertos grupos no cuentan en razón de que son una minoría en términos electorales, pero eso no los releva del deber de obediencia al Derecho, en la medida en que las instituciones no están diseñadas para excluirlos.

II.3. El cambio sistémico

Pero ¿qué hay de valioso en la membresía, entendida a la Rosenkrantz? No es, en su visión, el valor de la amistad como lo ha sugerido Finnis, por ejemplo, sino el del “cambio sistémico”: El Derecho hace posible que una comunidad en la que existen diversas concepciones de la justicia cambie (adoptando alguna de estas concepciones) en base a “un sistema de decisiones que todos pueden aceptar”. Rosenkrantz resalta esta característica del Derecho en la modernidad, marcada por el pluralismo de visiones valorativas.

II.4. Implicancias prácticas

¿Cómo se reflejan estas reflexiones de Rosenkrantz en su análisis del alcance del deber de obediencia a la ley en nuestro país? A su juicio, en principio el sistema institucional argentino no parece excluir a los más desfavorecidos, dado que existe una amplia representación de visiones y segmentos sociales, el voto es obligatorio, y los principales partidos se manifiestan movidos por objetivos de equidad social. Por lo tanto no se encuentra afectada la “membresía” de los sectores empobrecidos. De esta manera, una desobediencia general al Derecho no está justificada. Respecto de actos particulares de desobediencia, Rosenkrantz los subordina a que sus beneficios superen a los costos. Este cálculo, según el jurista de la UBA, es sumamente difícil. Pero lo que es seguro, según él, es que existe una razón general pro-tanto en contra de la desobediencia en contextos donde el apego a la ley es muy bajo. Allí, cada acto de desobediencia contribuye a erosionar la confianza en el orden jurídico como posibilitador del cambio sistémico.

III. El debate posterior

Hasta aquí, las ideas de Rosenkrantz. En su iluminador prólogo, Paula Gaido sintetiza los cuatro ejes de las discrepancias entre Rosenkrantz y sus comentaristas de la siguiente manera: primero, se discute la naturaleza de la tesis (¿descriptiva?, ¿normativa?); segundo,

se debate la adecuación de los enfoques asociativistas para elucidar la autoridad del Derecho; tercero, se controvierten los extremos del test de membresía; y por último, si el derecho obliga a los excluidos por la estructura socio-económica. Veamos en algún detalle los términos del intercambio.

a. Marisa Iglesias señala algunas tensiones internas en el texto. Así, cuestiona el requisito de generalidad entendido de manera tan exigente, ya que parece excluir la propia tesis de la membresía de Rosenkrantz. Si quienes están alienados del sistema jurídico no le deben obediencia entonces deja de ser cierto que el Derecho obliga a todos a quienes se dirige. La exigencia de generalidad debe ser flexible (a la Simmons) requiriendo que las teorías sean *razonablemente* generales, es decir que impliquen el deber de obediencia de “muchos o casi todos los ciudadanos en muchos o casi todos los países”. Además, los criterios para afirmar la membresía le parecen demasiado amplios (por ejemplo, porque en la actualidad la globalización hace que para ciertas decisiones puedan contar las opiniones o intereses de personas que no forman parte de la comunidad)⁴.

Iglesias sugiere profundizar (con los ajustes necesarios) en el enfoque de Dworkin. Comienza rechazando la pertinencia del ejemplo de Rosenkrantz sobre la comunidad dividida en dos cosmovisiones religiosas, dado que para ella en este caso habría dos comunidades, y la visión dworkiniana se aplicaría sin problemas a cada una de ellas por separado. A continuación acepta la crítica al papel que para Dworkin juegan los sentimientos en su idea de un vínculo fraternal, pero cree que es posible dejar de lado este aspecto del Derecho como integridad, sin que debamos abandonar el proyecto más general, algo que parece muy útil para acomodar la idea del cambio sistémico, que para Iglesias incorpora un elemento de enorme exigencia, mucho mayor que el simple requisito de no alienación.

A fin de encarar la cuestión del deber de obediencia de las víctimas de la pobreza, la profesora de la Universidad Pompeu Fabra se apoya

⁴ Una idea que preanuncia una de las tesis importantes en el libro de Amartya Sen en Sen, A., *The idea of justice*, London: Allen Lane, 2009.

en la noción rawlsiana de ciertos mínimos constitucionales, tanto en referencia a libertades políticas, como a recursos materiales que garanticen la provisión de necesidades básicas. Siguiendo una observación de Paula Gaido, Iglesias cuestiona que el criterio de membresía de Rosenkrantz se desatienda de hasta qué punto los intereses de los pobres son *de hecho* satisfechos. Provisionalmente Iglesias cree que las víctimas de groseras injusticias sociales y económicas están liberadas de obedecer ciertas normas, pero no todas. Ellas no deben acatamiento a las “normas cooperativas”, las “que distribuyen las cargas para la obtención de bienes colectivos”, pero sí a las normas que protegen la vida o la integridad física (Iglesias reconoce que en este caso no hay diferencia entre las normas del propio país y las de otros países). Concluye en que el Derecho no vincula a aquellos a quienes no les garantiza su subsistencia.

b. Lucas Grosman cuestiona el análisis de Rosenkrantz con diversos fundamentos. Comienza señalando que al condicionar la normatividad del Derecho a la idea de membresía, Rosenkrantz abandona lo que Grosman llama un requisito de autosuficiencia que el propio Rosenkrantz había fijado y que exige explicar por qué el Derecho obliga simplemente “por ser Derecho”. De forma similar, señala que el requerimiento de “generalidad” también resulta transgredido por el criterio de la membresía: solamente los miembros están obligados a obedecer el Derecho. Grosman imagina una respuesta consistente en incorporar la noción de membresía dentro del concepto de Derecho. Pero esto sería una estipulación arbitraria, al margen de toda práctica jurídica tal como la conocemos.

A continuación señala que el criterio de la membresía parece implicar que los extranjeros y los turistas no están obligados por el derecho, dado que no son miembros de la comunidad que visitan, lo que sería inaceptable. Pero el problema más estructural del criterio de la membresía es, según Grosman, que ignora un aspecto central del Derecho: que este alcanza actos y hechos dentro de un territorio, y por lo tanto obliga con independencia del vínculo de la persona con su comunidad.

Respecto del requisito de “particularidad”, Grosman lo rechaza por no reconstruir el hecho de que toda persona “debe obedecer el derecho de toda comunidad en la que sus actos produzcan efectos que tal comunidad juzga relevantes jurídicamente, lo que la lleva a estar sujeta a normas de comunidades a las que no solo no pertenece sino que ni siquiera ha visitado”. Además, el Profesor de la Universidad de San Andrés hace notar que no solo quienes están alienados de la comunidad (o no son miembros) están moralmente facultados a desobedecer el Derecho. Entendemos, dice, que los no judíos en la Alemania nazi o los blancos durante la época de Jim Crow, por ejemplo, estaban facultados a desobedecer las normas racistas que los obligaban a denunciar a los judíos o a no casarse con personas de color. La razón radica en la inmoralidad de las normas en cuestión, no (obviamente) en la falta de membresía de los alemanes no judíos o los blancos estadounidenses.

Inversamente, Grosman niega que los no miembros tengan carta blanca para desobedecer el orden jurídico. Por ejemplo, los argentinos no estaban moralmente autorizados a violar el Código Penal por más que vivieran bajo una atroz dictadura. (Grosman agrega que no se trata meramente de deberes morales naturales, ya que este deber de obediencia puede referirse a normas de coordinación). Grosman cree que el problema de la (des)obediencia al Derecho es más complejo de lo que propone el análisis binario de Rosenkrantz, según el cual los miembros deben cumplir siempre y los no miembros pueden desobedecer siempre. Grosman afirma que se requiere un estudio particularizado, caso por caso.

Respecto de la noción del “cambio sistémico” Grosman distingue la perspectiva de los destinatarios de las normas de la perspectiva del Estado. La promoción del cambio sistémico es una razón que se dirige al Estado, pero no necesariamente a los individuos (el ejemplo es el de un capitán de un barco que se hunde, quien está legitimado a imponer una decisión trágica -sacrificar a algunos para salvar al mayor número posible de naufragos- lo que no implica que los naufragos condenados a morir deban obedecer una orden que implica su muerte)⁵.

⁵ Estos parecen ser casos extremos de los que no deberíamos apresurarnos a sacar conclusiones generales. Este ejemplo me parece insuficiente para disuadirnos de correlacionar la autoridad del derecho con un deber de obediencia generalizado.

Grosman se ocupa luego del problema concreto de las víctimas de injusticia social en la Argentina. Su visión es más exigente respecto del Estado, dado que cree que este no está en general justificado a imponer normas regresivas, máxime si tenemos en cuenta las cláusulas constitucionales y los tratados que protegen derechos sociales y económicos. Por lo tanto en estos casos, en principio sería el Estado el que incumple el derecho, no los sectores empobrecidos que lo resisten. Además sostiene que el Estado no puede ampararse en el rol positivo del derecho para exigir acatamiento a decisiones que vulneran derechos individuales.

Grosman también niega que los ejemplos dados por Rosenkrantz (casos de ejercicio de legítima defensa o de estado de necesidad⁶) sean pertinentes como instancias de desobediencia jurídica y termina invitando a Rosenkrantz a ubicar su análisis en el plano de la justificación moral y, como lo propuso anteriormente, en función del deber estatal de imponer el Derecho.

c. Jorge Rodríguez presenta una posición que contrasta fuertemente con la de Rosenkrantz, según la cual solamente merece obediencia moral (distinta de la prudencial) un orden jurídico que establezca un “régimen radicalmente igualitario”, “muy lejos de los que hoy se encuentran en vigor”. Rodríguez no parece convencido del requisito de generalidad, ya que explícitamente defiende una noción del deber de obediencia según la cual *ningún Derecho merece ser moralmente acatado*, dado que todos los países exhiben una distribución no igualitaria, y “cualquier distribución no igualitaria requiere de una justificación, y ninguna justificación parece plausible para legitimar desigualdades.”

Rodríguez comienza relevando algunas paradojas vinculadas con el problema de la normatividad del Derecho, como la de la superfluidad del Derecho (si las normas son injustas no hay aparentemente razones para obedecerlas, y si son justas, entonces las normas parecen irrelevantes), la del seguimiento de reglas generales (toda regla

⁶ Aunque el caso aportado por Grosman del naufrago que resiste la orden de abandonar el bote, mencionado en la nota anterior, es un caso de estado de necesidad.

necesariamente deja de lado circunstancias que pueden ser relevantes para decidir en un caso concreto obedecer o no, por lo cual su seguimiento sería irracional), la del procedimiento y el contenido (por un lado parece razonable condicionar la obligatoriedad de una norma a la legitimidad del procedimiento que la produjo, pero al mismo tiempo nos negamos a obedecer siendo ciegos a su contenido sustancial), y la del liberal paretiano de Sen, que se vincula a la tensión entre dos condiciones para la agregación de preferencias (el principio de Pareto y el requisito de mínima libertad).

Respecto de la paradoja de forma y sustancia, Rodríguez adopta la posición, que comparto, de que ambas son relevantes para determinar la legitimidad de una norma⁷. En cuanto a la paradoja de las normas generales, rechaza la tentación del particularismo en cuanto éste presupone, falazmente, que las circunstancias particulares de un caso son al mismo tiempo únicas. Lo cierto es que la singularidad, señala, se aplica al conjunto de las circunstancias particulares, no a cada una por separado. Rodríguez hace una extensa referencia a las discrepancias entre Raz y Schauer sobre cómo entender mejor las normas jurídicas, y ofrece su punto de vista, según el cual las normas jurídicas nunca constituyen razones concluyentes para la acción.

Rechaza también el paralelo con la autoridad paterna, primero, porque no resulta aceptable la idea de que todo padre tenga autoridad sobre sus hijos, y segundo, porque no es comparable la relación padre-hijo con la relación entre un sistema jurídico o el estado, por un lado, y los súbditos, por otro. A su juicio la pertenencia a una misma comunidad no es una condición necesaria para la obligación de obedecer (ya que el Derecho obliga también a personas ajenas a la comunidad), ni tampoco una condición suficiente (pueden darse circunstancias que justifiquen la desobediencia). Rodríguez (en la nota 40) cuestiona el criterio de la membresía, además, porque no comparte la exigencia de que todos los intereses cuenten: si un interés es inmoral, por ejemplo por constituir un interés racista, parece que no debería

⁷ Esta postura es similar a la defendida en Beitz, C. R., *Political equality: An essay in democratic theory*. Princeton: Princeton University Press, 1989.

contar en absoluto. Por último entiende, que la única forma de justificar la idea de que todos los intereses cuenten es en base al valor de la igualdad (este explica por qué es inaceptable considerar los intereses de algunos y no los de otros). Pero entonces, si la clave es la igualdad, entonces “resulta incongruente concluir que esta pauta es compatible con las mayores desigualdades económicas”⁸.

Su análisis culmina con su fundamentación de por qué el Derecho no obliga “en contextos de manifiesta desigualdad económica”. (Esta es una visión menos radical que la anunciada al comienzo de sus comentarios, ya que la desigualdad que habilita la desobediencia es la “manifiesta”, no cualquiera). Hace notar que lo que es moralmente problemático es la desigualdad antes que la pobreza, y expone que a su juicio los intentos más conocidos de justificar las desigualdades económicas han fracasado⁹. Comienza rechazando la concepción de Nozick, por ignorar –en el argumento ejemplificado con Wilt Chamberlain– que las transacciones pierden legitimidad cuando afectan a terceros (sigue a G. A. Cohen en este punto), y porque resulta arbitrario aceptar apropiaciones con efectos irrevocables (por ejemplo, con indiferencia respecto de generaciones futuras excluidas de toda posesión).

También rechaza la justificación utilitarista de las desigualdades, en primer lugar siguiendo el argumento de Rawls en su Teoría de la Justicia, sobre lo inaceptable de compensar sacrificios a unas personas o grupos en base a ventajas mayores que acrecerían a otras personas o grupos; en segundo lugar (siguiendo a Dworkin) por la indiferencia utilitarista en punto a si las preferencias son razonables, caras o excéntricas; y en tercer lugar (siguiendo a Kymlicka) por plantear un dilema entre el principio de la igualdad básica de las personas y el de la maxi-

⁸ Rodríguez, J. L., *¿Cómo puede el derecho obligar a quienes oprime?*, op. cit., pág. 146.

⁹ Una implicancia a mi juicio problemática de esta idea de Rodríguez es que allí donde no existan desigualdades materiales porque toda la sociedad está en la pobreza fruto de políticas irracionales no habría razones para desobedecer, las que sí existirían en una sociedad con desigualdades económicas pero donde todos están protegidos frente a la pobreza (como en los países en que impera un estado de bienestar).

mización de preferencias o bienestar: si prima el segundo, las personas son instrumentalizadas, si impera el primero, la maximización solo parece contingentemente valiosa, cuando represente “la forma más adecuada de tratar a las personas como iguales”, ya que probablemente haya otras formas que sirvan mejor a ese ideal igualitario.

El enfoque de Rawls tampoco le resulta convincente, ya que endosa la crítica de Sen a la igualdad de recursos (por su insensibilidad a las variaciones de las personas en transformar recursos en capacidades o funcionamientos), y la crítica de G. A. Cohen al espacio dado por Rawls a los incentivos (cree que quien demanda una mayor recompensa por su talento actúa como un chantajista que no ha internalizado los principios de justicia, lo que contradice el presupuesto de “pleno cumplimiento” de la teoría Rawlsiana)¹⁰.

Por último, cuestiona la propuesta de Dworkin, que justifica desigualdades producto de las decisiones de las personas en razón de que (con cita a John Roemer) no le resulta congruente el intento de neutralizar las desventajas debidas a las circunstancias –como la carga genética– y al mismo tiempo hacer responsable a la gente por sus preferencias, ya que éstas se deben a las circunstancias¹¹.

d. Hugo Seleme comparte el test de la membresía, pero con variantes importantes. Coincide con Grosman en que si algunos miembros de la comunidad están alienados, “entonces el derecho carece de normatividad con relación a todos”. Pienso que ambos llevan plena razón, porque, como escribe Seleme, un asociativista no puede afirmar

¹⁰ Cabría objetar que esta no es una crítica al principio de diferencia de Rawls sino a la interpretación que el propio Rawls hace de ese principio. Si fuera posible, como imagina Rodríguez sin mayores explicaciones, que los más desaventajados estuvieran aún mejor (porque los más talentosos trabajan a pleno esfuerzo y no reclaman una compensación extra) entonces, ese estado de cosas sería el recomendado por el principio de diferencia.

¹¹ Rodríguez no acepta (nota 62) que el trabajo o “la mayor contribución a la cooperación social” legitime desigualdades materiales, por resultar incompatible con el liberalismo. Pero no resulta claro qué tipo de liberalismo subsistiría en una sociedad que se rehusara a responsabilizar a las personas por sus preferencias.

“que el derecho puede ser normativo para algunos y no para otros” (pág. 194). Unos párrafos después Seleme presenta la misma idea pero con un fundamento distinto, y a mi juicio poco plausible. Dice que “si un procedimiento posibilita que algunos miembros puedan ser transformados en esclavos y otros privados de lo indispensable para vivir, ningún miembro de la “comunidad jurídica” liberal que comparta la convicción de que somos libres e iguales puede juzgar a las consideraciones que lo justifican como razones. En consecuencia, quien se encuentra alienado de la “comunidad política” no es simplemente quien es esclavizado o quien no tiene la posibilidad de acceder a lo indispensable para vivir, sino todos los miembros de la “comunidad jurídica liberal.” ¿No hay algo absurdo en la noción de que *todos* los miembros de una comunidad podrían estar alienados de ella? A mi juicio es preferible pensar el problema como uno de cómplices y víctimas. En una sociedad con injusticias profundas (políticas o económicas) las víctimas tienen el derecho de desobedecer, y quienes no son víctimas también, para no consentir ser cómplices o beneficiarios de un orden injusto. Más delante, sin embargo, Seleme precisa su idea de la alienación. En estos casos, no hay una comunidad que vincule a beneficiarios y víctimas.

Pero además su test de membresía incluye la idea de Rosenkrantz —que las instituciones deben posibilitar que los intereses y las opiniones de todos cuenten— pero va más allá: los criterios que subyacen a las instituciones (por ejemplo, que definen el sistema electoral) deben estar basados en razones que todos pueden ver como suyas. Y las razones pueden ser vistas como propias por todos cuando son genuinas (objetivamente válidas) y cuando guardan una conexión relevante con las cosmovisiones, intereses y opiniones de todos.

Seleme afirma que en una sociedad liberal existe la creencia compartida de que las personas son libres e iguales. Este presupuesto común exige, en su opinión, un diseño institucional que por un lado atrinchiere derechos y libertades básicas y por el otro garantice a todos recursos suficientes para ejercer aquellas libertades. Respecto del primer requisito, Seleme aclara que la ausencia de garantías impide, por sí misma que los ciudadanos se vean como libres e iguales (aun-

que de hecho no se produzcan violaciones de derechos a través de la legislación o las políticas del Estado). Esta afirmación, abiertamente anti-Waldroniana, me resulta plausible. La creencia en ciertas afirmaciones categóricas, por ejemplo que las personas no pueden ser esclavizadas, torturadas o silenciadas bajo ninguna circunstancia nos compromete a defender la institucionalización de derechos contra las mayorías. De lo contrario, la ausencia de derechos atrincherados implica que bajo ciertas condiciones (por ejemplo si una mayoría limpiamente lo decide) las personas son esclavizables, torturables o silenciables. La segunda exigencia (acceso a recursos suficientes) significa al menos, según Seleme, que si hay personas que no acceden a lo suficiente para subsistir, ellas están alienadas y no deben obediencia.

Sin esta segunda exigencia el test de Rosenkrantz le resulta a Seleme demasiado estricto con los más desfavorecidos. Alguien condenado a morir de hambre como resultado de leyes o políticas producto de procedimientos impecables en los términos de Rosenkrantz estaría, no obstante obligado a obedecer mientras agoniza. Seleme reconoce que Rosenkrantz podría replicar que nada en su esquema de ideas deja sin efecto el derecho a rebelarse en base al estado de necesidad.

Seleme se adelanta a una crítica posible según la cual su análisis confunde justicia con legitimidad, aclarando que un esquema institucional puede ser injusto pero legítimo (por ejemplo porque garantiza a todos la subsistencia pero se queda corto en cumplir con un estándar más ambicioso, como el principio de diferencia). Por último, señala que de la falta de legitimidad del Derecho no se sigue automáticamente un permiso para desobedecerlo, porque podría ser que las obligaciones jurídicas coincidieran con deberes morales naturales, o que el mejor modo de superar las injusticias fuera “sostener el presente esquema institucional y buscar internamente su reforma” (pág. 204). El académico cordobés menciona las cifras de muertes infantiles evitables debidas a la pobreza en la Argentina para reiterar que, en el caso de nuestro país, sus instituciones carecen de normatividad alguna, por lo que debemos, siguiendo a Thomas Pogge, trabajar políticamente por su reforma y para “contrarrestar los daños que mientras tanto el esquema provoca.” (pág. 207)

Mi impresión es que el requisito de que todas las personas puedan percibir a las razones detrás de las instituciones como propias lleva, por su propia vía, a la misma conclusión que el análisis de Rodríguez, de que no hay órdenes jurídicos que merezcan ser obedecidos. Ello en razón de que en todas las sociedades existen visiones irreconciliables acerca de los criterios para organizar las instituciones. Es sencillamente imposible que existan criterios basados en razones que todos puedan considerar propias. En otras palabras, las de Seleme, que la comunidad sienta como propias las razones detrás de los arreglos institucionales depende del “hecho de que comparten una determinada cultura política”. Solamente entendiendo “cultura política” de un modo muy vago puede afirmarse que existen sociedades que comparten una cultura política. Y esa vaguedad implica el costo de que el nexo entre las razones detrás de las instituciones y el conjunto de creencias e intereses de todos y cada una de las personas bajo su dominio resulta completamente inverificable.

III.1 Rosenkrantz responde

En la réplica a sus críticos, Rosenkrantz comienza enfatizando (frente al cuestionamiento de Grosman) que su posición es tanto explicativa como normativa. Luego precisa el requisito de “generalidad”, reconociendo que éste deja lugar para una concepción que afirme que no todos los destinatarios de las normas están obligados a obedecer. En otras palabras, acepta la distinción de Seleme entre comunidad jurídica y política.

Frente a la objeción de Grosman de que Rosenkrantz no respeta su propio criterio de “generalidad” al desconocer que también debemos obediencia a otros órdenes jurídicos, responde, para mostrar que en estos casos el derecho no obliga como tal, que si una persona es secuestrada y luego liberada en otro país, y este país le exige que pague impuestos y sirva en el ejército, la víctima no está obligada a obedecer. Grosman tal vez podría replicar que se trata de obligaciones patentemente arbitrarias: si su propio país quisiera cobrarle impuestos a quien no dispone de patrimonio alguno o quisiera obligarlo a combatir en una guerra siendo cuadipléjico, la conclusión sería parecida.

Y frente a la objeción de Iglesias de que el test rosenkrantziano de membresía es incompleto, dado que parecía implicar que en palabras de la jurista catalana “cualquiera que no sea excluido pasará automáticamente a ser miembro de la comunidad”, nuestro autor propone, para completar su descripción de los elementos básicos de la membresía, incorporar la existencia de poder político, en términos de “un hábito de sujeción a un proceso decisorio común”¹².

Luego responde las objeciones dirigidas a mostrar que su test de membresía es demasiado laxo, dando lugar a la potencial legitimación de resultados inaceptables, como leyes que establezcan la esclavitud. Dado que la esclavitud implica la exclusión de la comunidad política, Rosenkrantz replica que su esquema nunca la admitiría. ¿Y si la esclavitud fuera económica, por ejemplo la situación derivada de una confiscación masiva de bienes a un cierto grupo, sea por odio o por codicia? Tampoco, responde, y por la misma razón anterior: los esclavizados materialmente habrían sido marginados de la comunidad. No puedo evitar pensar que esta idea de la esclavitud económica es muy adecuada para caracterizar la pobreza extrema. Dado que Rosenkrantz explícitamente es indiferente al animus de las normas e instituciones que producen esclavitud económica y siendo que en estos casos las víctimas –los esclavizados– no deben obediencia al orden jurídico, si se pudiera mostrar que los indigentes son el producto de instituciones que los excluyen de la comunidad, podríamos concluir, sin salirnos de su edificio teórico, en un argumento general que exculpa o justifica la desobediencia de los sometidos a la pobreza extrema.

Sin embargo, Rosenkrantz resiste adoptar un test más exigente de membresía, como lo hacen Seleme o Iglesias, dado que en los casos en que las exigencias extra no se cumplieren, el Derecho perdería “su autoridad privándonos de la única herramienta con la que contamos para

¹² Aunque discute el problema a partir de un ejemplo que me parece misterioso. Dice: “nunca diríamos que yo soy miembro de la comunidad política que constituyen los franceses aunque el sistema jurídico francés me conceda tanto el derecho de participar en sus elecciones como de expresar mis opiniones libremente en el suelo de Francia”. Yo diría que si me convirtiera en un elector en Francia, sí pasaría a formar parte de su comunidad política.

organizar nuestra vida en común en sociedades plurales”. También rechaza que en ausencia de normatividad, como pretende Seleme, se pueda sustentar la obligación de obedecer al Derecho en razones instrumentales, dado que ésta consideración no nos permitiría explicar por qué es *nuestro* Derecho el que nos obliga, y porque esto podría generar un “círculo vicioso de desobediencia”, en ausencia de una convicción categórica como la creencia no instrumental en el deber de obediencia.

Rosenkrantz profundiza en la cuestión de la justicia distributiva enfatizando que un Derecho que funciona es un prerrequisito para alcanzar la justicia redistributiva, por lo que la obligatoriedad del Derecho no puede supeditarse a que satisfaga o garantice ciertos mínimos constitucionales. Además argumenta que la desobediencia de las víctimas de injusticias económicas acarrea el costo de que el resto de la sociedad dejaría de estar compelida a tomar en cuenta sus intereses, al menos sobre la base de la reciprocidad.

Por último rechaza la idea, que atribuye a Rodríguez, de la supremacía de una consideración valorativa (la igualdad) sobre el resto, por ser utópica en el sentido de negar un dato duro de nuestra realidad política, que de hecho valoramos la comunidad política y el cambio sistémico.

IV. Un balance de la discusión

En este riquísimo intercambio de ideas sobresalen algunas consideraciones que me interesa subrayar:

En primer lugar, el requisito de generalidad que Rosenkrantz le exige a toda teoría sobre la autoridad del derecho es definido en el primer texto de una manera algo arbitraria. Por supuesto, una teoría debe ser general en el sentido de que no debe contener excepciones ad-hoc. Pero el sentido de generalidad que Rosenkrantz defiende es discutible porque parece presuponer lo que quiere demostrar. Dice su texto que una “narrativa” acerca de “por qué ciertas personas” (por su rol, por beneficiarse del Derecho, etc.) deben obediencia al orden jurídico no cuenta como una explicación satisfactoria de la normatividad del Derecho, la que debe ayudarnos a entender por qué el Derecho obliga a todos (pág. 1).

Pero esto parece presuponer que las explicaciones sobre la autoridad del Derecho que concluyen en que ciertas personas y grupos, después de todo, no están obligados a obedecer al orden jurídico, son erróneas por definición. Supongamos una teoría liberal modesta (incluso más que las sugeridas por Iglesias y Seleme) que considere que el orden jurídico debe ser obedecido si no transgrede sistemáticamente los derechos humanos más básicos, contra la tortura, la persecución racial o religiosa. Consecuentemente esta teoría explicaría por qué ciertos grupos no está moralmente obligados a obedecer al Derecho (sin que deje de serles conveniente hacerlo por razones prudenciales) porque discrimina abiertamente contra ellos, por ejemplo ejecutando masivamente y de forma rutinaria gays, mujeres y disidentes. Esta teoría incumpliría con el requisito de generalidad según Rosenkrantz lo define, porque no explicaría aquello que la teoría rechaza con fuerza, a saber el deber de todos los ciudadanos de obedecer a ese orden jurídico. No explica por qué los grupos que están siendo exterminados deben obedecer al derecho porque, sencillamente, niega que deban hacerlo.

La teoría liberal no incumple, sin embargo, con el requisito de generalidad definido de un modo distinto, que se limite a reclamar que la teoría explique en qué situación se encuentran respecto del deber de obediencia todos los ciudadanos. La teoría liberal que imagino cumple con esa exigencia: Ella responde que nadie está forzado moralmente a cumplir. (Una variante aún más modesta diría que los grupos directamente perseguidos están moralmente exentos de obedecer, pero que el resto sí debe hacerlo. Esta variante sería bastante menos razonable que la anterior pero igual de general)¹³.

¹³ Mi idea acerca de qué cuenta como un requisito de generalidad razonable, no coincide con la de Simmons, quien como vimos requiere que se presuponga el deber de obediencia de “muchos o casi todos los ciudadanos en muchos o casi todos los países”. En un mundo en el que la mayoría de los países no son democráticos, no parece contraintuitivo afirmar que ni todos ni casi todos los ciudadanos de la mayoría de los países o en muchos países le deben obediencia al Derecho. En otras palabras no sería irrazonable afirmar que solamente las democracias constitucionales merecen obediencia, mientras que el resto de los regímenes solamente pueden inspirarnos temor.

Parece claro a esta altura que Rosenkrantz está presuponiendo lo que debiera demostrar, a saber, que todos deben obedecer al Derecho. Podríamos, de hecho, comenzar el razonamiento al revés. Hemos de exigirle a cualquier esquema de ideas sobre la obediencia al derecho que admita matices. Por ejemplo, en un terreno tan controvertido como el del alcance de los deberes jurídicos de personas excluidas por el sistema económico y político, esperamos de una teoría sobre la obediencia al derecho que admita al menos la posibilidad, aún remota, de que en ciertos casos límite, ciertas personas, ciertos grupos, estén justificados, incluso jurídicamente, en desobedecer claros mandatos jurídicos. Este requisito es otra forma de referirme al requisito de generalidad *comme il faut*, que le demanda a los enfoques sobre la obediencia jurídica que expliquen los casos más relevantes que dan lugar a esta controversia.

Comenzando al revés, teorías que explican por qué el derecho obliga a algunos sí y a otros no, además de bastante intuitivas, tienen el atractivo de iluminar algunos factores importantes para ayudarnos a tomar partido en estas discusiones. Por ejemplo, debemos tomarnos en serio el argumento de que algunas personas jamás prestarían su consentimiento para legitimar un sistema que los tiene como víctimas extremas de la lotería social. Ese compromiso nos alejaría de versiones más o menos risibles del contrato social hacia una exigencia de imparcialidad, la forma contemporánea del contrato social. Esas mismas personas o grupos podrían argüir que no sería *fair play* exigirles obediencia a las reglas de un juego en el que ellos solamente pueden perder. O podrían mostrar que ciertos actos de desobediencia no alteran el orden social, ni contribuyen a generalizar la anomia, o en algunos casos hasta pueden tener efectos beneficiosos¹⁴, incluyendo la posible reafirmación de la creencia social en la justicia del Derecho

¹⁴ El Massachusetts Institute of Technology está ofreciendo estos días un cuarto de millón de dólares premiando a protagonistas de acciones “de desobediencia ética y responsable dirigidas a desafiar nuestras normas, reglas o leyes para beneficiar a la sociedad.” Ver: <http://edition.cnn.com/2017/03/08/us/mit-civil-disobedience/index.html?sr=twCNN-030917mit-civil-disobedience0347PMVODtopPhoto&linkId=35290709>

(casos como actos pacíficos de desafío a la autoridad en nombre de la igualdad racial son ejemplos que surgen con facilidad).

Rosenkrantz deshecha estas discusiones acerca de la importancia, en relación al debate sobre el alcance y límites del deber de obediencia al Derecho, de cuestiones como la desigualdad social extrema. Los argumentos, en principio atendibles de que ciertas situaciones no serían aceptadas por nadie *ex ante* –argumentos consensuales– o son el resultado de interrelaciones predominantemente injustas –argumentos de reciprocidad o *fair play*–, o que ciertos actos de desobediencia no tienen efectos negativos –argumentos instrumentales– son descartados *a priori*, a través de una estipulación que desafía al sentido común: que el derecho obliga a todos a quienes se aplica.

El costo de esta estipulación es negarnos el acceso a reflexiones razonables que concluyen que en ciertos casos el deber de obedecer se ve al menos atenuado respecto de ciertas personas o grupos, o que aún en casos de gran injusticia la desobediencia no se justifica después de todo.

Rosenkrantz traza un paralelo con las obligaciones parentales, que creo no ayuda a su argumento: una explicación de por qué los padres deben ser obedecidos debe mostrar por qué *todos* los hijos deben obediencia a sus padres. Pero nuevamente, es posible pensar en una teoría de la obediencia a los padres que parta de la premisa que esa obediencia es el correlato razonable a la protección y afecto de los padres. Esa teoría fracasaría respecto de la exigencia de generalidad a la Rosenkrantz: ella no explica por qué todos los hijos deben obediencia a sus padres. Y no lo explica por el mismo tipo de razón aplicable al caso de la teoría liberal modesta sobre la normatividad jurídica: no puede hacerlo porque parte de la premisa que los hijos abandonados o maltratados por sus padres no les deben a éstos obediencia alguna, al menos en el plano moral. Esta teoría es general, sin embargo es el sentido que propongo, dado que ella explica en qué situación se encuentran la generalidad de los hijos. Los que reciben afecto y buen trato deben obediencia a sus padres, el resto, no.

Quizás esto sea un malentendido y todo lo que Rosenkrantz le pide a una teoría sobre la normatividad de Derecho bajo el rubro “generalidad” es que cubra todos o una parte bien significativa de los

casos posibles, como propuse anteriormente. Sus palabras sobre el rol de los funcionarios o los beneficios de algunos como factores que no podrían formar parte de una explicación sobre la normatividad de un sistema jurídico hacen pensar en un sentido arbitrario (por estrecho) de “generalidad”. En cualquier caso, lo importante de esta discusión preliminar es que no tenemos por qué rechazar una teoría de la normatividad jurídica que no nos diga por qué todo el mundo debe obediencia al derecho. Es probable que haya más de un enfoque razonable que concluya con que hay personas y grupos que, al menos en ciertos momentos, y al menos respecto de algunas obligaciones jurídicas, no están alcanzados por un deber de obediencia al orden jurídico. Lo que sí vamos a exigirle es que nos muestre bajo qué condiciones todo el mundo sí debería obedecer al derecho, pero el hecho de que implique que no todos deben obediencia no la descalifica *per se*.

En su réplica, como vimos, Rosenkrantz precisa el requisito de generalidad, volviéndolo más razonable. Pero entonces su estudio enfrenta un problema. Anteriormente rechazó una serie de enfoques teóricos (el contractualismo¹⁵, las visiones centradas en el *Fair Play*,

¹⁵ Debo señalar que sus réplicas a los críticos del contractualismo no me resultan enteramente convincentes. El hecho de que algunas personas juren cumplir el derecho, no justifica el cumplimiento del resto (como lo requiere el exigente pre-requisito de generalidad), y en el caso del juramento de funcionarios, el hecho de que juren obediencia al orden jurídico no puede ser esgrimido como razón para que ejerzan sus funciones afectando derechos, intereses o expectativas de los ciudadanos, dado que ellos, presumimos, no han jurado nada. En cuanto a la estrategia consensual de justificar la pena (que Rosenkrantz extiende al Derecho en general), lo único que ésta podría pretender es mostrar por qué el sujeto castigado no podría alegar que ha sido sorprendido en sus expectativas. Pero la pena podría ser excesiva o injusta, (por draconiana o perfeccionista, por ejemplo) y en esos casos, el mero hecho de saber que existía la norma sancionadora no parece suficiente para exigir su cumplimiento. Este fue el centro de la polémica entre Carlos Nino y Larry Alexander en las páginas de *Philosophy & Public Affairs* en los 80. En su réplica a Alexander, Nino retrocede elegantemente, al reconocer que su teoría funciona bajo un presupuesto de penas justas y proporcionales cuya justificación es independiente. Ver Nino, C., “A consensual theory of Punishment”, en: *Philosophy and Public Affairs*, 12, 4, 1983, págs. 289-306, Larry, A., “Consent,

las teorías instrumentales) por vulnerar el requisito de generalidad entendido en el primer sentido. Si el sentido de generalidad cambia, porque ahora admite que el Derecho no obliga a todos a quienes se dirige, entonces aquellas teorías parecen inmunes a la acusación de no ser generales. Por lo tanto, teorías (como mi preferida, la contractualista) condenadas por violar el requisito de generalidad, merecen un nuevo juicio si la generalidad es entendida de modo distinto. El autor nos queda debiendo un re-análisis de aquellas teorías sobre la base de su principio de generalidad *reformulado*.

En segundo lugar, en cuanto al segundo pre-requisito que todo intento de explicar la normatividad del derecho debe cumplir, el de “especialidad” o “particularidad”, también se impone una observación. Rosenkrantz también define esta exigencia de un modo que me resulta estrecho. En este caso el paralelo con la obligación de obediencia filial parece más acertado: una explicación sobre este deber debe explicar por qué es debido a nuestros padres y no a todos los padres. De manera similar, según Rosenkrantz se debe explicar por qué el deber de obediencia al derecho solo alcanza a los súbditos o ciudadanos de cada orden jurídico. Las razones por la que esta exigencia parecen arbitrarias es que, por un lado, parece descalificar ab initio la idea del monismo jurídico, que afirma que existe un solo orden jurídico que articula las normas internas de todos los estados y las internacionales, y por otro lado, porque aún sin aceptar la idea central del monismo no resulta nada evidente que no estemos obligados por las normas de los otros estados además del nuestro. De manera obvia si nos encontramos en el territorio de otro estado, pero también si operamos dentro de nuestro país produciendo efectos en otros países, debemos obediencia a otros órdenes jurídicos.

También respecto de este requisito vale la pena reinterpretarlo de manera amigable: una teoría sobre la normatividad jurídica debe explicar el carácter especial de nuestro vínculo con nuestro estado, sin

Punishment and Proportionality”, en: *Philosophy and Public Affairs*, Spring, 1986, pág. 2 , y Nino, C., “Does Consent Override Proportionality?”, en: *Philosophy and Public Affairs*, Spring, 1986, pág. 2

que implique que no debemos obedecer a otros órdenes jurídicos. Por ejemplo, nuestro deber de obediencia al propio estado se entrelaza con deberes y derechos de participación formal e informal en el proceso político de una forma que no se aplica a los deberes de obedecer otros sistemas jurídicos. Por ejemplo, debemos involucrarnos en la crítica y reforma de las normas e instituciones propias que nos parecen injustas de un modo que no se nos puede exigir respecto de otros órdenes jurídicos. Pero respecto del deber de obediencia no encuentro ninguna diferencia entre nuestro Derecho y otros Derechos.

En tercer lugar, el test de membresía, con o sin el agregado de una cultura política compartida de Seleme me impresiona como demasiado vago para permitir conclusiones operativas. Preferiría juzgar a los sistemas jurídicos por la forma en que lidian con las desigualdades políticas, de clase y materiales (las desigualdades que son el objeto del primer principio de justicia y las dos partes del segundo principio de justicia de Rawls, respectivamente). Siguiendo a Grosman e Iglesias, el ajuste o desajuste con los requerimientos básicos de la justicia no debería llevarnos, sin embargo, a abrazar conclusiones sujetas a la lógica binaria “sistemas legítimos que merecen obediencia ciega/sistemas ilegítimos que pueden ser desobedecidos”. Deberíamos admitir que los sistemas jurídicos pueden ordenarse a lo largo de un continuo de menor a mayor legitimidad. Si resulta importante establecer un umbral de legitimidad (lo que nos comprometería con afirmar la actualidad de la dicotomía entre democracia y dictadura) pero por encima de dicho umbral, es posible determinar que existen democracias con un grado mayor o menor de legitimidad. Correlativamente de estos grados de legitimidad e ilegitimidad no se seguiría una conclusión sencilla consistente en una obligación estricta y general de obediencia o un cheque en blanco para violar el Derecho. Este marco menos simplista nos impondría discutir en términos mucho menos abstractos de qué manera y con qué límites podemos legítimamente desafiar al derecho cuando este es opresivo.

En cuarto lugar, respecto del deber de obediencia de los excluidos socialmente, también sigo a Grosman y Seleme en punto a rechazar conclusiones demasiado generales. Por un lado, considero que el pro-

blema concreto que nos plantean los sectores empobrecidos que se movilizan transgrediendo las normas que prohíben los cortes de ruta y de calles no es uno de obediencia o desobediencia al Derecho, así, en forma tan general. Por el contrario, estos sectores no declaran una deslealtad abierta con el orden jurídico. Sus violaciones (si lo fueran, lo que he negado pero que aquí admito a los efectos de este debate) son esporádicas, puntuales, y específicas. Nada en sus acciones permite considerarlos al margen de la ley o rechazando en general la normatividad del derecho.

Por otro lado, y también en línea con Grosman y Seleme, me resulta claro que si los excluidos están justificados en desobedecer, ello no excluye que el resto pueda legítimamente también hacerlo. Y arriesgo que tal vez las exigencias morales que pesan sobre los beneficiarios de las instituciones estructuralmente injustas incluso vayan más allá. Si los excluidos están simplemente exentos del deber de obediencia (la desobediencia para ellos sería facultativa, ya que sería insensible *exigirles* que desobedezcan), por su parte los beneficiarios de la injusticia no solamente están exentos del deber de acatar el orden jurídico. Ellos están moralmente obligados a desobedecer, para hacer cesar su complicidad con el despojo. (Por supuesto, esta sería una obligación pro tanto, a sopesar frente a otras razones).

V. La cuestión, una década después

En los diez años transcurridos desde la publicación de este debate la cuestión de la normatividad del Derecho, y en particular del deber de obediencia en situaciones de injusticia, ha continuado siendo objeto de nuevas investigaciones. Algunas discusiones novedosas en el plano más abstracto de la normatividad del Derecho, incluyen las contenidas en un volumen editado por Stefano Bertea y George Pavlakos¹⁶. Por ejemplo, Scott Shapiro ha intentado adaptar al derecho y en particular a la cuestión de su normatividad, la teoría del “plan” que Michael

¹⁶ Bertea, S. y Pavlakos, G., *New Essays in the Normativity of Law*, Law and Practical Reason series, Oregon: Hart, 2011.

Bratman ha expuesto en relación a la acción colectiva¹⁷. El propio Bratman se ha mostrado escéptico, sin embargo, sobre la posibilidad de derivar conclusiones normativas de su enfoque que fundamenten por qué obedecer al derecho¹⁸.

Por su parte Andrei Marmor, en su análisis de la regla de reconocimiento Hartiana, propone una teoría convencionalista revisada acerca de la normatividad del Derecho, incorporando una distinción entre convenciones superficiales y profundas¹⁹. Las convenciones profundas están ligadas a necesidades básicas que solamente pueden atenderse a partir de un sistema jurídico. Esto explica la normatividad del Derecho. Esta estrategia ha sido cuestionada por Marco Goldoni²⁰, entre otras razones, porque la identificación de aquellas necesidades básicas no necesariamente reposa en convenciones (págs. 171-2), por lo que no puede presuponerse sin más que las convicciones profundas satisfagan la tesis convencionalista de las fuentes.

Stefano Berthea²¹, Robert Alexy²² y Cristina Lafont²³ han debatido sobre la cuestión de la normatividad del derecho en relación al constructivismo kantiano. Para Berthea el Derecho es un “subconjunto de la razón práctica” (pág. 199) por lo que la normatividad de ambos reposa en la misma base, una concepción de la “agencia” humana, concepción que Berthea prefiere a la idea de “humanidad” de Kant, por no revestir compromisos metafísicos. Alexy, por el contrario, rechaza que pueda entenderse la normatividad jurídica sin consideraciones metafísicas (las que Alexy entiende como aquellas que no derivan de la experiencia sensible) como las que conducen a valorar la libertad (*free will*).

¹⁷ Shapiro, S., *Legality*, Cambridge: Harvard University Press, 2011

¹⁸ Bratman, M. “Reflections on Law, Normativity and Plans”, en: *op.cit.* n.º 18.

¹⁹ Marmor, A., “The Conventional Foundations of Law”, en: *op.cit.* n.º 18.

²⁰ Goldoni, M., “Multilayered Legal Conventionalism and the Normativity of Law”, en: *op.cit.* n.º 18.

²¹ Berthea, S., “Law and Obligation: Outlines of a Kantian Argument”, en: *op.cit.* n.º 18.

²² Alexy, R., “Normativity, Metaphysics and Decision”, en: *op.cit.* n.º 18.

²³ Lafont, C., “Law, Normativity and Legitimacy: Can Moral Constructivism be Fruitful for Legal Theory?”, en: *op.cit.* n.º 18.

Lafont analiza críticamente otro elemento del constructivismo de raíz kantiana, la idea del consentimiento como clave de la normatividad del derecho. Siendo este consentimiento solamente comprensible en términos hipotéticos, surgen algunas tensiones inquietantes. Por un lado, con el ideal de la democracia, toda vez que el consentimiento hipotético puede llevarnos a no asignar valor alguno al consentimiento real (pág. 231), y consecuentemente a excluir la elección por el voto de las autoridades del listado de criterios de legitimidad de un orden jurídico.

La muerte de Ronald Dworkin ha dado oportunidad a una actualización en la discusión de sus ideas sobre la normatividad, por ejemplo en relación a situaciones de injusticia extrema. Sirva como ejemplo el ensayo de David Dyzenhaus “Dworkin and Unjust Law”²⁴. Dyzenhaus comienza aceptando que las teorías de derecho natural (como él considera a la de Dworkin) enfrentan un gran problema en los casos de derechos injustos, ya que parecen forzadas a afirmar que el derecho injusto no es derecho, lo que contrasta con el hecho de que en la realidad hay derechos injustos de sobra. Pero, por un lado, Dyzenhaus muestra que el positivismo Hartiano enfrenta un problema de similar envergadura, el de “generar el *deber* propio de la autoridad jurídica del *ser* de los hechos sociales” (pág. 136), y por otro lado, propone que Dworkin podría evitar su propio dilema si se valiera de la concepción de la legalidad de Lon Fuller.

En el plano práctico, cabe remarcar que lamentablemente en Argentina la cuestión del fundamento y el alcance del deber de obedecer al Derecho no ha perdido vigencia. El contexto de injusticia social y económica se ha agravado. Más de un 30 % de pobreza, incluyendo un porcentaje igual o mayor de pobreza entre los niños²⁵, es un dato escalofriante en sí mismo, pero más aún en un mundo y en una región

²⁴ En: Dyzenhaus, D., *The Legacy of Ronald Dworkin*, editado por Will Waluchow y Stefan Sciaraffa, Oxford, 2016.

²⁵ Ver el Informe de UNICEF, Bienestar y Pobreza en la Argentina, 2016, disponible en: https://www.unicef.org/argentina/spanish/monitoreo_Pobreza_Completo.pdf.

que han venido reduciendo la pobreza moderada y extrema consistentemente en ese período²⁶.

A la desigualdad social y económica se le ha sumado en esta década la experiencia populista con su impacto negativo en la igualdad política. El populismo expresa un discurso político maniqueísta, que divide al mundo en amigos (el pueblo) y enemigos (el anti-pueblo), exalta un liderazgo personalista como única representación del pueblo, y lleva adelante, una vez en el gobierno, acciones que debilitan las instituciones y elevan los costos de la disidencia y la oposición. El populismo, consecuentemente, erosiona la amistad cívica, socava la base cultural de la política democrática como una deliberación entre iguales y es incompatible con una concepción liberal del estado, uno que muestra igual consideración y respeto por todos los sujetos a su dominio. Insisto en que no creo que sea posible determinar cuando existe y cuando no una cultura política compartida, pero me resulta innegable que la nuestra salió malherida luego de doce años de discurso oficial divisivo, de hostigamiento a periodistas indisciplinados y a dirigentes opositores, de falseamiento de la información pública, etc. Es muy difícil creer que se honra una convicción compartida de que todos somos libres e iguales cuando se denigra al adversario desde el poder del estado.

El populismo pone a prueba la concepción liberal de la autoridad del Derecho: En primer lugar, actualiza la necesidad de entender la legitimidad del Estado en términos no binarios sino graduales. Los regímenes populistas suelen respetar el juego electoral y los derechos humanos básicos. Es cierto que el deterioro institucional que producen hace temer por el quiebre de la democracia (como en los casos de cierre del Parlamento por el Presidente, en Perú en los 90 y en Venezuela este año), pero en su mayor parte se trata de gobiernos electos democráticamente que no ejercen una represión sistemática. A medio camino en-

²⁶ Respecto de la evolución de la pobreza extrema en el mundo y América Latina, ver Max Roser and Esteban Ortiz-Ospina (2017) – ‘Global Extreme Poverty’ publicado *online* en *OurWorldInData.org*: <https://ourworldindata.org/extreme-poverty/> [Online Resource]

tre los gobiernos democráticos liberales y las dictaduras, los gobiernos populistas gozan de legitimidad de origen y creciente deslegitimación de ejercicio por lo que las estrategias de resistencia deben modularse teniendo en cuenta esa hibridez. La simple oposición parlamentaria no alcanza, pero el llamado a derrocar al gobierno es excesivo. En el medio figuran acciones como el bloqueo institucional, las denuncias internacionales o instancias particulares de desobediencia, propias de quienes militan activamente contra los desbordes institucionales pero sin abogar por la caída violenta del régimen.

En segundo lugar, el liberalismo enfrenta un problema al apelar a los bloqueos institucionales (impidiendo la designación de jueces o el dictado de leyes) como estrategia de oposición a gobiernos populistas. Es el problema de contribuir al desgaste de la confianza pública en las instituciones y reglas de la democracia que el propio gobierno populista produce con sus desbordes. Carezco de una respuesta a este dilema, pero remarco que solamente apelando a una concepción gradual de la legitimidad y la autoridad del Derecho puede abordarse el problema. La democracia liberal exige una oposición leal y cooperativa, las dictaduras exigen militar por su derrocamiento, pero los gobiernos populistas requieren de una oposición firme, que no coopere con los abusos de poder pero cuide al mismo tiempo las reglas e instituciones en sus acciones opositoras.

VI. Conclusiones

Una década después, este debate permanece vigente. Se trató de un intercambio entre juristas de alto nivel, con argumentos y contraargumentos sofisticados y bien informados. El valor del diálogo civilizado se refleja en los ajustes y matices que Rosenkrantz incorporó como reacción a las observaciones de sus críticos. Hoy nuestra academia sigue sedienta de discusiones como ésta.

Este intercambio, además, es una buena ventana para conocer el pensamiento iusfilosófico del ministro más joven de nuestra Corte Suprema, cuya designación fue aprobada por una amplísima mayoría multipartidaria en el Senado, luego de una larga y exitosa audiencia

pública. Si llegaran a la Corte casos que involucraran la existencia o ausencia de un deber de obediencia al Derecho por parte de los excluidos, no es fácil predecir el criterio a seguir por Rosenkrantz. En base a sus afirmaciones en aquel debate de *Discusiones*, sobre todo en su respuesta a sus críticos, hay razones para extender la idea de la exclusión de la comunidad que Rosenkrantz aplica al caso extremo de esclavitud a la situación de pobreza extrema. Sin embargo su fuerte convicción sobre las consecuencias en general perniciosas de las violaciones del Derecho preanuncian una difícil ponderación caso por caso y de carácter empírico, acerca de los efectos de la desobediencia o transgresión de que se trate.

Intuyo que una década después existe una valoración más fuerte del estado de derecho, de la necesidad de un estado transparente, y de una justicia imparcial. Al mismo tiempo existe un reclamo extendido de que se reconsideren formas desgastantes e improductivas de protesta, al tiempo que mayoritariamente se descartan de plano las soluciones violentas y represivas. Es un legalismo democrático, que puede proveer una base firme para el proyecto liberal progresista encarnado en la Constitución de 1994, y que ojalá termine con la frustrante pendularidad entre represión e ingobernabilidad.

Bibliografía

- Ahuja, A., “Mit offers \$250,000 reward for breaking the rules”, *CNN International Edition*, 2017. Disponible en http://edition.cnn.com/2017/03/08/us/mit-civildisobedience/index.html?sr=twCNN030917_mit-civil-disobedience0347PMVODtopPhoto&linkId=35290709.
- Alexy, R., “Normativity, Metaphysics and Decision”, en: Berteau, S. y Pavlakos, G., *New Essays in the Normativity of Law*, Law and Practical Reason series, Oregon: Hart, 2011.
- Beitz, C. R., *Political equality: An essay in democratic theory*. Princeton: Princeton University Press, 1989.
- Berteau, S. y Pavlakos, G., *New Essays in the Normativity of Law*, Law and Practical Reason series, Oregon: Hart, 2011.

- Berteá, S., “Law and Obligation: Outlines of a Kantian Argument”, en: Berteá, S. y Pavlakos, G., *New Essays in the Normativity of Law*, Law and Practical Reason series, Oregon: Hart, 2011.
- Bratman, M. “Reflections on Law, Normativity and Plans”, en: Berteá, S. y Pavlakos, G., *New Essays in the Normativity of Law*, Law and Practical Reason series, Oregon: Hart, 2011.
- Dyzenhaus, D., *The Legacy of Ronald Dworkin*, editado por Will Waluchow y Stefan Sciaraffa, Oxford, 2016.
- Gargarella, R., *El derecho a resistir el Derecho*, Buenos Aires: Miño y Dávila, 2005.
- Goldoni, M., “Multilayered Legal Conventionalism and the Normativity of Law”, en: Berteá, S. y Pavlakos, G., *New Essays in the Normativity of Law*, Law and Practical Reason series, Oregon: Hart, 2011.
- Larry A., “Consent, Punishment and Proportionality”, en: *Philosophy and Public Affairs*, Spring, 1986, pág. 2
- Lafont, C., “Law, Normativity and Legitimacy: Can Moral Constructivism be Fruitful for Legal Theory?”, en: Berteá, S. y Pavlakos, G., *New Essays in the Normativity of Law*, Law and Practical Reason series, Oregon: Hart, 2011.
- Marmor, A., “The Conventional Foundations of Law”, en: Berteá, S. y Pavlakos, G., *New Essays in the Normativity of Law*, Law and Practical Reason series, Oregon: Hart, 2011.
- Roser, M. y Ortiz-Ospina, E., *Global Extreme Poverty*, Our World In Data, 2017. Disponible en: <https://ourworldindata.org/extreme-poverty/>
- UNICEF, *Bienestar y Pobreza en la Argentina*, 2016. Disponible en: https://www.unicef.org/argentina/spanish/monitoreo_Pobreza_Completo.pdf.