

PARTICIPACIÓN POLÍTICA, LEGITIMIDAD E INJUSTICIA ECONÓMICA Y SOCIAL *

*Hugo Omar Seleme ***

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V

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

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

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

²⁵ Las cifras corresponden al año 2002.

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

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

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