

La pobreza, la ley y la constitución

C.F.Rosenkrantz

I

Las respuestas posibles al problema de cómo preocuparnos moralmente por la pobreza son dos. Primero, la pobreza nos podría importar como individuos. El hecho que alguien tenga menos de lo que necesita para vivir una vida plena de sentido podría ser algo relevante para usted y para mí de un modo personal, independientemente considerados el uno del otro. Alternativamente, la pobreza podría importarnos colectivamente, esto es, a usted y a mí como miembros de un sujeto colectivo.

Algunos liberales piensan que la respuesta correcta no puede ser la preocupación personal. Argumentan que si lo fuera nuestra vida sería literalmente tragada por las demandas de la pobreza. Sostienen que si la reducción de la pobreza fuera un objetivo como, por ejemplo, la abstención del homicidio –algo que todos tenemos que hacer por nosotros mismos– sólo satisfaríamos lo que deberíamos hacer por los demás cuando una contribución adicional a su situación nos dejara en peor pobreza que aquella en la que ellos ahora están. Por ejemplo, usted debería preocuparse por el bienestar de A en tanto A fuera pobre y más allá del costo que tendría para su bienestar mantener dicha preocupación. Los liberales a quienes me refiero aquí piensan que esto no puede ser correcto. Sostienen que la moral no puede ser tan exigente. Quizá la moral supererogatoria sí, pero no la moralidad que especifica lo que gente normal como usted y yo debemos hacer por los demás.

Esta forma liberal de argumentar es muy “ad hoc”. Está demasiado orientada por la necesidad de justificar que está bien prestar más atención a nuestros intereses y deseos personales (y quizá a los intereses y deseos personales de aquellos que están cerca de nosotros) por sobre las necesidades e intereses de los demás. Sin embargo, creo que la reducción de la pobreza no puede ser un objetivo individual. La razón no es que la “colectivización” de este objetivo sea la manera de liberarnos de algunas de nuestras obligaciones sino, más bien, que ello es necesario para satisfacer la ecuanimidad y la justicia.

Ciertamente, una concepción individualista del objetivo social de la reducción de la pobreza necesariamente determinará que lo que cada uno de nosotros tiene que hacer para reducir la pobreza es absolutamente independiente de lo que hacen otros. Pero esto es un error moral. No podemos pretender que la gente haga esfuerzos solitarios cuando otros no contribuyen a la reducción de la pobreza con la parte que a ellos les corresponde. Imagine, por ejemplo, que yo en lugar de ayudar a la gente me concentro en mí mismo. No pago los impuestos, no hago beneficencia de ningún tipo, no ayudo a los demás a organizar tareas colectivas, no participo en la construcción de instituciones justas, etc. Si la reducción de la pobreza fuera un objetivo individual usted sería sobre-exigido como consecuencia de que yo eludo mis responsabilidades. En tanto haya alguien que sea más pobre que usted, usted deberá hacer todo lo necesario para reducir su pobreza, incluyendo aquello que yo debería haber hecho si me hubiera comportado correctamente. Pero, porqué usted debería hacer más como consecuencia de que otros hacen

menos? Porqué debería ser sobre-exigido como resultado de que otros no se comportan del modo adecuado?

La ecuanimidad y la justicia exige que usted sea relevado de sus deberes cuando ha hecho todo lo que hubiera sido necesario para reducir la pobreza si todos los demás, a su vez, hubieran hecho lo que a ellos les corresponde. Ahora bien, la única manera de distribuir los deberes que tenemos hacia los demás es concebirllos como objetivos con los que todos debemos comprometernos. En efecto, cuando vemos a la reducción de la pobreza como una aspiración de todos colectivamente considerados nunca podríamos exigirle a usted que satisfaga las demandas legítimas de todos aquellos que tienen menos de lo que deberían tener en una sociedad decente y democrática cuando los demás no han hecho lo que les corresponde.

II

Supongamos que usted ha sido convencido por la rápida explicación de la sección anterior. Usted ahora cree que la reducción de la pobreza es un objetivo social colectivo. Qué relevancia tiene esta convicción para el derecho? El hecho que, moralmente hablando, deberíamos preocuparnos por la pobreza de un modo colectivo, cómo influye en los mecanismos mediante los cuales el derecho debería intentar reducir la pobreza en nuestra sociedad?

Esta pregunta es relativamente sencilla si aceptamos que existe una distinción categorial entre el derecho privado y el derecho público. Es posible pensar que el derecho privado es específico a nuestras relaciones individuales –relaciones de familia entre usted y su mujer, relaciones contractuales entre usted y su contraparte contractual, relaciones propias de la responsabilidad extra-contractual entre una víctima de un daño y su victimario, etc.- mientras que el derecho público, en cambio, regula las relaciones colectivas entre usted y todos los demás miembros de su sociedad –las relaciones propias de los ciudadanos de una democracia constitucional, las relaciones de mercado entre competidores y consumidores en tanto miembros de una economía moderna de mercado, etc-. Si esto es correcto, si podemos distinguir entre derecho público y privado por el tipo de relaciones que regula cada uno la respuesta a cómo impacta en el derecho el hecho que la reducción de la pobreza sea un objetivo colectivo es relativamente sencilla: la reducción de la pobreza no puede invocada como un principio del derecho privado.

Usted podría intentar desafiar la correspondencia aludida entre el derecho privado y la regulación de las relaciones individuales y el derecho público y la regulación de nuestras relaciones como miembros de un sujeto colectivo. Pero, hay suficientes indicios de que la distinción categorial entre los dos dominios del derecho –público y privado- existe. Por ejemplo, piense en el requisito de la causa en la responsabilidad contractual o en el homónimo requisito de la causa en la responsabilidad extra-contractual. Estos requisitos, creo, son una evidencia clara de que el derecho de los contratos y el derecho de la responsabilidad civil –el corazón del derecho privado- requieren una especificidad muy particular en las relaciones que intenta regular, especificidad que no se da cuando todo lo que tenemos en común con otro es nuestra pertenencia a una comunidad política, a un mismo mercado o a una misma economía.

Creo que en este punto es necesario explicar algo que evitará malentendidos futuros. No niego que existan instancias en las que objetivos distributivos tengan algo importante que decir en el derecho de la responsabilidad contractual o extra-contractual. Una afirmación de este tipo sería demasiado arrojada desde que algunos problemas que se plantean en el ámbito del derecho de los contratos y en el derecho de la responsabilidad civil son el resultado de interacciones colectivas y, por lo tanto, susceptibles de ser reguladas por la justicia distributiva. Piense, por ejemplo, en los casos de responsabilidad del fabricante en el derecho de los consumidores. En este ámbito pareciera que tiene sentido elegir la solución de un caso, o la regla que deberíamos incluir en un código, a la luz de las consecuencias que ello pudiera tener en la distribución de los recursos en nuestra sociedad. Deberíamos dudar antes de pronunciarnos en favor de una solución A para el caso de la responsabilidad por productos elaborados por ejemplo, si esta empobrecerá a los que ya son pobres. Por otro lado, el hecho que una solución B es, todas las cosas consideradas, mejor para aquellos que están mal es un argumento importante en su favor. Más generalmente, es posible que para algunos casos de derecho privado la mejor solución deba necesariamente ser sensible a consideraciones distributivas. Ciertamente, la relevancia de las consideraciones distributivas explica porque muchos aceptamos la idea de Calabresi de que en la responsabilidad extra-contractual debemos minimizar lo que él ha llamado “costos secundarios”, esto es, los costos que para una persona en particular tendría un determinado accidente. Todo esto es cierto. De todos modos, los objetivos distributivos en el derecho privado son marginales y limitados. Marginales porque nunca son aceptables en casos paradigmáticos. Así, por ejemplo, el artículo 907 del Código Civil Argentino y la práctica judicial autorizan al juez a considerar la situación económica de la víctima y la del agente causal del daño en casos de daños no voluntarios, pero los casos de daños no voluntarios no son los más importantes. Por otro lado, los objetivos son limitados porque nunca es posible trascender a aquellos unidos por el tipo de relación que regula el derecho privado, la relación extra-contractual por ejemplo, en búsqueda de la distribución más funcional a los fines de la realización de la justicia distributiva. Así, un juez argentino no puede transferir riqueza de alguien rico, aunque sea inconmensurablemente rico, a una víctima pobre, cuando el rico no está causalmente vinculado con el daño de la víctima.

III.

El derecho público regula todas las relaciones no individuales. Por ello, el derecho público regula nuestros objetivos colectivos y, entre ellos, la reducción de la pobreza. La cuestión es cómo regula este objetivo. Más precisamente, debería ser regulado por el casi inmutable derecho constitucional o es un objetivo que debería dejarse a la política y a la legislación?

Muchos creen que el derecho constitucional no debería usarse para realizar la justicia distributiva y que, por ello, la reducción de la pobreza debería ser dejada a la política. Rawls es uno de ellos. Rawls piensa que la concesión de “libertades básicas” –libertades políticas, libertad de conciencia y pensamiento etc- es esencial para la cooperación social sobre la base del respeto mutuo. “Cuando los términos justos de cooperación no son honrados, dice Rawls, aquellos perjudicados se sentirán resentimiento y humillación y aquellos que se benefician deberán ver a los que se perjudican como inferiores y, por lo tanto, como merecedores de su suerte o, alternativamente, deberán reconocer que la situación es resultante de su culpa y por lo tanto tienen que sentirse de alguno modo mortificados” (**Political Liberalism**, Harvard U. Press, pag. 338). No obstante lo anterior, Rawls cree que la concesión de derechos económicos no es tan

esencial para una democracia. Rawls está convencido de que podemos cooperar a lo largo de nuestras vidas sin que todos tengamos la misma cantidad de recursos o la cantidad de recursos que cada uno merece en los términos del mejor principio de la justicia distributiva, si esto fuera diferente. Consecuentemente, Rawls cree que los derechos económicos no pertenecen al dominio constitucional.

A mi criterio el argumento de Rawls es débil. Aún si aceptáramos que las libertades políticas y la libertad de pensamiento tienen alguna clase de prioridad sobre la justicia económica como consecuencia de lo cual no deberíamos compensar restricciones a dichas libertades con avances de esta última, no se sigue que sólo violaciones a las libertades políticas y la libertad de pensamiento hacen imposible la cooperación. Sin duda todos encontraremos bastante difícil sentirnos como un miembro igual de una empresa cooperativa si nuestros derechos económicos fueran consistentemente violados. En efecto, ¿qué diría usted si no obstante de su derecho a votar en las reuniones de su asociación fuera constantemente privado de la oportunidad de apropiarse de una parte justa de los productos que se producen con su cooperación? ¿Se vería usted como un igual si siempre le dan menos de lo que le corresponde? Yo creo que es bien posible que usted objete las distribuciones de recursos que no satisfacen los principios de justicia distributiva con la misma vehemencia con la que usted reaccionaría frente a violaciones de sus derechos civiles y políticos. En resumen, me parece que el argumento de Rawls en contra del estatus constitucional de los derechos económicos no funciona porque, a los efectos de realizar una asociación justa entre iguales –el ideal del liberalismo político– no es intrínsecamente peor ser privados de los derechos políticos que privados de una porción justa de los recursos que se producen en conjunto.

De todos modos, creo que es un error constitucional incluir en las primeras etapas del desarrollo político de un país un derecho constitucional extenso a la distribución de recursos. En mi visión los derechos económicos no pertenecen primariamente al dominio constitucional (M. Alegre disiente con esta visión. Véase “Equality and the Constitution”, manuscrito inédito) por cuatro tipos de razones que describo a continuación.

A los efectos de visualizar el funcionamiento del liberalismo Bruce Ackerman nos invita a imaginarnos que poseemos la capacidad de implementar las conclusiones sustantivas a las que podríamos llegar si nos embarcáramos en un diálogo neutral acerca de cómo organizar nuestra sociedad (**La Justicia Social en el Estado Liberal**, pag.). Ackerman llama a esta capacidad “una tecnología perfecta de la justicia”. Si los tribunales tuvieran acceso a una “tecnología perfecta de la justicia” habría, creo, un argumento fuerte en apoyo del estatus constitucional de los derechos a la justicia distributiva. ¿Qué sentido tendría negar a los tribunales competencia para hacer algo que contribuye a la realización de la justicia distributiva si tienen la capacidad para hacerlo? Los tribunales podrían desempeñar el rol institucional de “reparadores” que vienen a la escena cuando alguien no ha hecho lo que debía o cuando algo no funcionó del modo en que debía funcionar, en este caso cuando las legislaturas y los órganos administrativos del estado no han honrado nuestros derechos básicos a la justicia distributiva. Sería muy interesante tener la oportunidad de recurrir a una institución designada para satisfacer sus demandas de distribución por defecto cuando aquellos que usted ha elegido para llevar adelante lo que fuera necesario para distribuir los recursos sociales de un modo justo no han respondido bien. Desafortunadamente, los tribunales están muy lejos de poseer una tecnología perfecta de la justicia. Usualmente, los

tribunales ignoran la manera en que la justicia puede satisfacerse en una escala social. Ello es así, en razón de que carecen del equipamiento institucional necesario para tratar con problemas de tan largo alcance y tanta dimensión como el problema de la pobreza en una sociedad. Los tribunales están habituados a la antinomia entre demandante y demandado y a su confrontación bipolar. Pero no son capaces de ver la situación macro, los intereses de todos aquellos que no argumentan en dichos tribunales, y más generalmente, están incapacitados de ver la cantidad de cuestiones relacionadas y necesarias para la realización de la justicia económica en nuestras sociedades.

La falta de una tecnología de la justicia es una objeción importante en contra del estatus constitucional de los derechos distributivos. Si los tribunales no tienen el conocimiento para diseñar el conjunto de instituciones necesarias para realizar la justicia distributiva no podemos pensar que ellas sean las entidades a las que debemos recurrir en nuestra lucha contra la pobreza y la desigualdad. Obviamente, esta no es una objeción fulminante. Como se verá más adelante, la constitucionalización de los derechos económicos no implica necesariamente que los tribunales deban hacer algo para lo que no están preparados en razón de que es posible pensar en la constitucionalización de los derechos económicos sin que ello implique necesariamente su ejecutabilidad judicial.

En segundo lugar, usted podría pensar que al largo plazo la posibilidad de que los tribunales realicen decisiones que determinen grandes transferencias de riqueza terminará socavando el poder de los tribunales y su role estelar en una democracia constitucional. Ello es así no sólo porque los tribunales no están preparados para resistir las presiones de todos aquellos que podrían beneficiarse o podrían ser dañados por decisiones distributivas, sino también porque los tribunales no pueden ejecutar per se las decisiones que toman. Quizá usted no este convencido de que los tribunales sean instituciones frágiles. Usted podría reconocer que los tribunales no tienen el poder de la espada, pero podría sostener que nadie tiene ese poder por sí mismo en una sociedad moderna y compleja. Más aún, usted podría citar muchos ejemplos de tribunales que toman decisiones distributivas en momentos difíciles e instancias en las que algunas decisiones de los tribunales no son ejecutadas por otros órganos de gobierno. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia Argentina -una institución casi universalmente detestada por los argentinos- tuvo que decidir recientemente el caso Smith c Banco de Galicia S.A. La Corte Suprema sabía que si decidía que las restricciones impuestas por el decreto 1570/01 a quienes tenían dinero en los bancos eran inconstitucionales, muy probablemente el sistema bancario iba a colapsar y, con el, la economía y quizá el gobierno. Usted también podría ejemplificar su posición describiendo lo que ha sucedido con otros tribunales en el mundo. Sin embargo, y a pesar de sus mejores esfuerzos, creo que es fácil ver que aún cuando los tribunales puedan resistir la presión no son las instituciones mejor dotadas para hacerlo. Los tribunales necesitan estar protegidos para funcionar bien. Ciertamente, la razón por la que nosotros confiamos en los tribunales es que, en parte, pensamos que ellos deciden sobre la base del mérito del caso y no de la relevancia política o social de lo que está en cuestión. A la luz de esto, creo, aún cuando esta objeción no sea fatal, la debilidad endémica de los tribunales agregan algo a la visión de que los derechos económicos no deben ser constitucionalizados.

Las dos objeciones precedentes, cualquiera sea su importancia, están dirigidas únicamente contra la *ejecutabilidad* de los derechos distributivos. Pero, que podríamos decir respecto de los

derechos distributivos o económicos que no son *ejecutables*? Qué sucedería si estamos convencidos de que la constitución no es una práctica que sólo establece restricciones al gobierno sino que, además, establece todo lo que debería establecer una carta organizacional de una asociación tan omnicomprendiva como una sociedad? Si viéramos a la constitución de este modo, podríamos sostener que la constitución debería verse como una combinación de mandatos dirigidos a distintos sujetos –predominantemente, aunque no de manera única, al gobierno- con aquellos valores que consideramos demasiado importantes para dejarlos en manos de mayorías legislativas cambiantes. Si hacemos esto, si pensamos que el role de una constitución es instalar prohibiciones pero también aspiraciones en nuestra cultura normativa podríamos sostener que debemos incluir derechos distributivos y económicos en la constitución, a pesar de que los tribunales no tengan acceso a una tecnología perfecta de la justicia y a pesar de su sensibilidad a las presiones políticas y sociales. Más aún, los derechos económicos en la constitución podrían servir como un recordatorio a aquellos en el gobierno para que en su actividad cotidiana no olviden que hay expectativas constitucionales de que ellos deben realizar la justicia distributiva en la sociedad.

Entonces, cuál es el problema de incluir derechos distributivos no-ejecutables en la constitución? Como cuestión de hecho la idea de la “inejecutabilidad” de algunos derechos constitucionales ha sido adoptada por muchas tradiciones. La Constitución Argentina tiene muchos derechos que no son ejecutables y otros que son solo ejecutables en circunstancias muy especiales. Muchas otras constituciones también incorporan ideales y aspiraciones –la mayoría de las veces en Preámbulos- que no pueden ser adjudicados por los tribunales. De todos modos, a pesar de su popularidad, yo creo que la idea de lo no-ejecutable es inconveniente. Me parece que devalúa la potencia del derecho constitucional. La existencia de derechos constituciones que no son ejecutables mella la credibilidad de toda la constitución. Obviamente, esto es contingente dado que en muchas tradiciones constitucionales la situación puede ser distinta. Si en su sociedad la existencia de un derecho no está suspeditada a su ejecutabilidad puede que no haya problema con incluir muchos derechos constitucionales no ejecutables. Los derechos no-ejecutables quizá todavía puedan operar en el debate público y la conciencia colectiva. Pero esto es diferente en sociedades como la nuestra donde la normatividad del derecho está totalmente subordinada a su ejecutabilidad por medio de la coerción estatal. Si, como sucede en nuestro caso, su cultura jurídica asocia íntimamente el derecho y la coerción la presencia de derechos no-ejecutables seguramente depreciarán el valor de la constitución como una norma guiadora de nuestro comportamiento social. Si la constitución deja de ser la última palabra en la determinación de la acción política, la gente no verá más a la constitución como la fundación de nuestra vida colectiva.

Algunos autores piensan que las constituciones son problemáticas porque no son sensibles a la voluntad popular. Por definición, dicen, la constitución impone restricciones a la voluntad popular y a lo que de otro modo podríamos hacer. Sobre la base de este rasgo del derecho constitucional objetan la ejecutabilidad de los derechos constitucionales que no sean meramente derechos procedimentales –libertad de pensamiento, de conciencia, de expresión, de voto etc- diseñados al sólo efecto de garantizar una participación igual de todos en la conformación de la voluntad popular.

Quienes piensan de este modo se agravan por la inclusión en la constitución de derechos constitucionales que no sean meramente procedimentales y, especialmente, por la inclusión de derechos económicos en la constitución. Pero la idea que los anima –que llamaré la "objeción de legitimidad"– es también importante si uno piensa, como la mayoría de nosotros, que la constitución no es solamente procedimental. Usted podría sentirse incómodo con la constitucionalización de derechos económicos, aún cuando usted admita que la constitución regula más que el mero proceso de toma de decisiones en la vida colectiva en razón que dicha constitucionalización necesariamente reducirá el espacio vital de la acción política. Ciertamente, si la constitución le dice a usted, como bajo alguna interpretación lo hace el artículo 75 inc. 11 de la Constitución Argentina, que la educación superior estatal debe ser gratuita usted no puede decidir que la voluntad de pago o la aptitud para recibir becas sean los únicos determinantes de la calidad de educación superior. Obviamente, yo no creo que la objeción de la legitimidad sea fatal. La concepción procedimental de la constitución es errónea. Las cláusulas constitucionales que imponen prohibiciones o requisitos constitucionales no son las únicas válidas. Más aún, no podemos pensar que las constituciones son la antítesis de la voluntad popular cuando son su manifestación más compleja. En efecto, sólo podemos constituir la entidad colectiva que pretende auto-gobernarse a través de la constitución y sólo podemos medir el grado de realización del ideal de auto-gobierno mediante referencias a la constitución.

Ahora bien, si la constitución no debe ser concebida como antitética a la acción política no podemos pensar que la objeción de la legitimidad sea terminal. Podríamos defender, por ejemplo, la constitucionalización de derechos distributivos siempre que ellos no sofocaran totalmente la voluntad de las mayorías actuales. Podríamos resistir la carga de los que creen que la constitucionalización de derechos es siempre ilegítima en todos los casos en los que la constitución no regente totalmente la actividad del "nosotros" actual y, cualquiera sea el alcance de los derechos distributivos que hubiéramos de constitucionalizar, es bastante probable que delante nuestro siempre tendremos diferentes opciones abiertas. De todos modos, aún cuando la objeción de la legitimidad no sea siempre contundente y que haya maneras de escaparse de su alcance, lo cierto es que la constitucionalización de los derechos económicos debe ser una decisión prudente donde debe dejarse mucho espacio para que las manifestaciones actuales de las mayorías circunstanciales puedan expresarse en libertad. Siempre habrá un riesgo de que la constitucionalización de los derechos cristalice la energía política y esto es justamente lo que debemos tratar de evitar dado que el auto-gobierno implica deferencia hacia el pasado pero también apertura hacia el porvenir.

Finalmente, la objeción epistémica que, a mi criterio, es la más persuasiva. Como cuestión de hecho, nosotros no coincidimos en lo que requiere la justicia distributiva. Nuestras sociedades están caracterizadas por el pluralismo no sólo acerca de las concepciones del bien sino también acerca de las exigencias de lo correcto. Ninguna teoría de la justicia distributiva ha ganado suficiente apoyo en las democracias constitucionales modernas. No hay ninguna distribución de recursos que se haya convertido en una verdad política incontestable. Consecuentemente, desde el punto de vista colectivo y político, no sabemos qué es lo que es de cada uno en el contexto de una cooperación justa entre individuos que participan de la empresa de la vida social. Algunos, por ejemplo, piensan que la igualdad es un valor que no debería abandonarse salvo que hubiera poderosas razones de eficiencia o productividad para hacerlo. Otros creen que los recursos deben distribuirse de tal modo de compensar a cada uno por su contribución a la empresa colectiva de

la producción mientras que otros creen que el metro para distribuir deben ser los esfuerzos que hacemos –deberíamos neutralizar lo que no depende de nuestras decisiones, entre ello, paradigmáticamente la suerte o nuestros talentos naturales- mientras que otros piensan que la distribución debe necesariamente responder a los méritos que exhibimos en nuestras vidas.

Ahora bien, el pluralismo acerca de los requisitos de la justicia distributiva contrasta claramente con la aceptación casi universal de que es incorrecto privar a alguien de sus libertades básicas. Nadie se animaría a sugerir que podemos desproteger a los ciudadanos de un estado moderno frente a las amenazas del gobierno o de individuos o instituciones peligrosas. En un estado democrático todos reaccionarían instantáneamente contra la tortura, el encarcelamiento de los oponentes políticos y contra restricciones al derecho de voto, la libertad de expresión o el establecimiento de una religión compulsiva. Creo que este contraste en el estado de la conciencia política es lo que justifica que incluyamos los derechos civiles y políticos en la constitución y, al mismo tiempo, que dudemos acerca de la constitucionalización de los derechos económicos o distributivos. En virtud de que no aceptamos las mismas verdades distributivas la inclusión de derechos distributivos en la constitución necesariamente producirá cismas entre nosotros que harán más difícil la construcción de una polis democrática e inclusiva. Ciertamente, piense en el aislamiento en el que se sentirán aquellos que creen que nuestras preferencias distributivas no son sólo tecnológicamente equivocadas sino, además, moralmente equivocadas. Por ejemplo, piense en alguien que cree que Nozick tiene razón cuando sostiene que la igualdad económica es algo bastante parecido a la esclavitud. Como reaccionaría esta persona frente a la constitucionalización de la igualdad económica. O, en otras palabras, como reaccionaría esta persona frente a la decisión de incrustar en la constitución derechos económicos cuando estos derechos hacen, necesariamente, más difícil para él hacer que su visión acerca de la manera de distribuir recursos sea convertida en derecho válido? Cómo hará para sentirse integrado con el resto de nosotros en una comunidad política cuando sus opiniones en temas tan importantes que todavía no han sido políticamente saldados no pueden producir ningún resultado político en razón de que nuestra visión sobre los mismos temas ha sido privilegiada mediante su inclusión en la constitución? Yo creo que este tipo de problemas hacen muy persuasivo el caso en contra de la inclusión de derechos económicos a la igualdad en la constitución. Si la constitución quiere ser una carta efectiva necesariamente debe ser un pacto que nos englobe a todos más allá de nuestras diferencias. La constitución no puede ser la carta organizacional de una facción de gente que piensa y siente del mismo modo. Si ello es así, la inclusión de derechos distributivos en la constitución será simplemente contraproduktiva.

Más arriba dije que estas objeciones son diferentes pues tienen distinta fuerza. Ninguna de ellas es concluyente per se pero las cuatro juntas, según creo, hacen un caso fuerte en contra de la constitucionalización de los derechos distributivos. De todos modos, la objeción epistémica es la más fuerte. La razón más importante en contra de la inclusión de derechos económicos a la igualdad en la constitución es que no tenemos una visión única sobre cómo asignar recursos en nuestra sociedad y, este hecho, determina que si privilegiamos constitucionalmente un tipo de distribución sobre otro arrinconaremos a todos aquellos que no están de acuerdo. Ahora bien, el hecho que la objeción epistémica sea la más importante determina que nuestra oposición a la constitucionalización de derechos económicos no puede ser indiscriminada y que ella, necesariamente, será más débil en todas aquellas circunstancias en las que la sociedad se ha dado

maña para organizar un acuerdo acerca de las cuestiones de distribución que por ahora para nosotros son infranqueables. Por ello, yo no creo que la constitucionalización de los derechos económicos sea objetable en aquellos casos en los que una sociedad, después de un largo debate que ha superado la vida de una mayoría circunstancial, se ha comprometido a organizarse con una forma de distribución sobre otra y, de ese modo, y ha decidido mantener ese compromiso por un tiempo. (Por la misma razón creo que la constitucionalización de aquellos derechos económicos *básicos* que son menos debatibles entre nosotros es menos objetable.) Si una sociedad ha alcanzado el consenso en cuestiones de distribución la constitucionalización de los derechos económicos no podrá verse como la imposición de una visión de una facción sobre otra sino que deberá concebirse como la inscripción en un texto de una nueva conquista constitucional..

V

De acuerdo con lo que digo en la sección anterior, es posible constitucionalizar derechos distributivos cuando ha habido suficiente coincidencia inter.-temporal acerca de cuestiones de distribución. Pero las coincidencias históricas son bastante inusuales. Por ello, es bastante improbable que el derecho constitucional regule la pobreza y la distribución. Obviamente, esto no significa que la reducción de la pobreza no deber ser un objetivo del derecho. Más bien, la conclusión debería ser que la reducción de la pobreza y la distribución deberían ser logrados mediante el uso de normas del derecho público no tan protegidas como las normas constitucionales. Como le he dicho más arriba, la provincia del derecho que regula los objetivos colectivos es el derecho público y, por ello, es el derecho público la provincia del derecho que debería regular el objetivo colectivo de la reducción de la pobreza. De todos modos, este no es un tema en el que me quiero detener aquí. No quiero elucidar cómo el derecho público debería regular este objetivo. Al nivel de abstracción que estoy argumentando aquí no creo que esta pregunta sea especialmente problemática. De todos modos, por razones de completitud, quiero mencionar lo que pienso al respecto. Mi idea es que la acción política que se traduce en derecho público debe ser guiada por consideraciones morales y por las restricciones del entorno. Por ello, es esperable que el derecho público realice y compagine nuestras aspiraciones morales articulándolas de un modo coherente. Cuál será el resultado? Es difícil predecir y depende de cada sociedad pero ojalá sea un sistema de derechos que garantiza a todos los recursos que le corresponden a la luz de la teoría más popular de la justicia distributiva y, si esto fuera imposible, que garantice el derecho a un ingreso mínimo. Los tribunales deberían intervenir para garantizar la distribución de recursos que resulta de la teoría más popular de la justicia distributiva? A la luz de las objeciones que he ensayado más arriba creo que será fácil para usted predecir cuál es mi opinión. Yo creo que no es una gran idea que los tribunales traten de implementar lo que pareciera ser aquello que la mayoría quiere pero que todavía no ha logrado consagrarse como derecho válido. Que hay del derecho a un ingreso mínimo? Los tribunales deberían intervenir para garantizar lo que parece ser el derecho distributivo menos opinable? Aquí yo coincido con lo que han hecho muchos tribunales, entre ellos los argentinos (véa *Viceconte c. Ministerio de Acción Social CNFed ContenciosoAd. LL 1998-F-103*; *Compodónico de Beviacqua c. Ministerio de Acción Social CSJN 24-10-2002*) Creo que los tribunales deben garantizar el derecho a un ingreso mínimo en especie interviniendo en los márgenes de derechos legales o constitucionales ya otorgados. Así, por ejemplo, si la Constitución o el derecho otorga el derecho a la educación, los tribunales deben expandir este derecho para garantizar a los pobres

igual acceso a la educación; si la constitución o el derecho establece garantías de debido proceso los tribunales deben garantizar que todos los defendidos tengan derecho a un abogado defensor gratis; si la constitución o la legislatura ha otorgado derecho a la vivienda, los tribunales deben garantizar que los pobres no son excluidos de los programas de vivienda que el mismo estado organice.

VI

Todo lo que he dicho más arriba está referido a la manera en la que debemos tratar la cuestión de la pobreza y, más generalmente, la injusticia económica. En las páginas siguientes quiero descifrar qué sucede cuando la sociedad no hace lo que debe. Más precisamente, quiero preguntarme si los pobres dejan de estar vinculados por el derecho cuando el derecho no ha hecho lo que moralmente debe hacer para terminar con los problemas de distribución y pobreza. Esta cuestión es particularmente importante para nosotros dado que los argentinos debemos formar opinión acerca de una de las manifestaciones de resistencia política más singulares de los últimos tiempos: El Movimiento Piquetero.

Como quizá ustedes ya sepan, en los últimos años –más o menos desde 1996 en CutralCó- muchos grupos, en principio desconectados entre sí, han decidido protestar e intentar llamar la atención del gobierno impidiendo casi completamente y en algunos casos por períodos de tiempo extensos –19 días en la ruta 34 cerca de General Moscón, Salta- el tránsito en rutas y autopistas, algunas de ellas de gran importancia económica.

El Movimiento Piquetero ha sido muy efectivo en sus objetivos inmediatos. Así, algunas veces cortaron casi todos los accesos a grandes ciudades –incluyendo Buenos Aires. (De acuerdo con alguna información en el año 2000 no hubo ningún día sin un piquete y en el año 2001 hubieron alrededor de 4 o 5 piquetes por día en todo el país) y obtuvieron una enorme cobertura periodística. Pero, además, el Movimiento Piquetero ha sido efectivo en sus objetivos de mediano plazo: ha logrado dialogar con las autoridades –que es uno de sus principales objetivos- han logrado algunos recursos –comida y Planes Trabajar- y algunos de sus organizadores más visibles fueron candidatos luego electos a legislaturas provinciales.

En la Argentina, al menos del modo en que yo lo veo, piquetear una ruta o autopista es un delito (El piquete viola el artículo 194 del Código Penal que dispone “El que sin crear una situación de peligro común, impidiera, estorbare o entorpeciera el normal funcionamiento de los transportes por tierra... será reprimido...” y, algunas veces, puede violar el artículo 229 del mismo Código que dispone que “quienes ... se alzaren en armas...para arrancarle (a algún poder federal o provincial) alguna o concesión ...”. La Cámara Nacional de Casación tiene otra opinión. En Gatera-Gatti s/ infracción al artículo 194 del Código Penal, sostuvo que el piquete es una “conducta pacífica” por lo que está constitucionalmente protegida).

Yo no tengo dudas que el piquete es una clase de conducta expresiva. De todos modos creo que no está protegida por la libertad de expresión por dos razones: primero, el piquete consisten primariamente en la toma como rehenes a terceros inocentes, más precisamente, aquellos que quieren usar las rutas. Segundo,, existen medios alternativos de expresión más o menos igual de eficientes y mucho menos invasivos que el piquete.

Los piqueteros son, en algunas circunstancias, reprimidos cruelmente y, en algunas otras, acusados por los fiscales pero nunca son socialmente reprochados por lo que hacen. Son un hecho bastante aceptado de nuestra realidad social. Más aún, no ha habido ningún político representativos que hable en contra del piquete –el presidente Duhalde ha dicho que si no fuera presidente estaría piqueteando- y no existen intelectuales importantes que hayan defendido una manera distinta de expresión. Finalmente, basado en mi propia experiencia creo que la mayoría de los argentinos algunas veces excusan y otras directamente justifican y alaban lo que hacen los piqueteros.

A los efectos de saber cómo debemos reaccionar frente a los piqueteros y cómo debemos responder la pregunta acerca de si los pobres tiene la obligación de obedecer el derecho es preciso analizar primero el problema más general de cuándo el derecho obliga.

Sin duda la obligatoriedad del derecho es uno de los problemas más complejos que ha perdurado entre nosotros desde el Crito de Platón en adelante, a través de toda la historia antigua y moderna. Pero, según creo, es posible reducir esta complejidad dado que todos los argumentos ofrecidos son finalmente reducibles a cuatro (los que ya estaban en el Crito). En primer lugar, usted puede pensar que el derecho es vinculante porque es una institución funcional a la justicia. Segundo, usted puede pensar que la obediencia al derecho se funda en la reciprocidad. Todos nos hemos beneficiado con el derecho en el pasado por lo que todos debemos someternos a el futuro. Tercero, usted puede pensar que tenemos el deber de someternos a las normas jurídicas porque todos, explícita o implícitamente, hemos consentido hacerlo. Cuarto, usted puede sostener que hay una obligación de obedecer al derecho porque el derecho es el producto de nuestra autonomía colectiva.

Afortunadamente, dado los objetivos de este trabajo, no me hace falta identificar la mejor explicación de la normatividad del derecho. Más aún, yo no creo que exista una explicación que sea “la” mejor. El derecho es vinculante por razones distintas en distintas circunstancias. Por ello, me parece que el intento de buscar una y sólo una explicación de la normatividad es una empresa equivocada. Para hacer mi vida más fácil aún no creo que sea necesario discutir la plausibilidad de las tres primeras familias de explicaciones que cite más arriba por la sencilla razón de que ellas nos son aplicables en modo alguno a los más pobres. Los pobres tienen menos de lo que deberían tener en una sociedad moralmente justa y, lamentablemente, permanecerán en la pobreza por buena parte de sus vidas. Por ello, no podemos esperar que ellos obedezcan el derecho por razones de justicia. En segundo lugar, los pobres tampoco se han beneficiado con el derecho. Finalmente, no podemos sostener que han consentido el derecho dado que no tienen opción de no consentir, no pueden emigrar por ejemplo. La pregunta entonces debería ser si, sensatamente, podemos afirmar que los pobres tienen una obligación de obedecer al derecho porque el derecho es el producto de su autonomía colectiva.

Los pobres deben obedecer el derecho privado? Creo que es claro que quien daña a otro voluntariamente o firma un contrato con otro o invade la propiedad de un tercero tiene una razón poderosa para pagar compensación a la víctima, honrar el contrato firmado o revertir la propiedad a su propietario (siempre que las excusas y justificaciones usuales –coerción, error, asunción voluntaria del riesgo etc. no sean aplicables). La pobreza no es relevante y no puede ser usada como una razón para explicar y justificar la violación de los derechos consecuencia de la regulación del derecho privado. La razón que explica esta conclusión no es una deferencia hacia

los ricos o el hecho que los ricos sean más probablemente generadores de riqueza que los demás –como podría sostener un Rawlsiano- sino que los ricos –o más generalmente quienes no son pobres- no tienen la obligación personal de hacer todo lo necesario para reducir la pobreza sino solamente aquello que les corresponde a ellos lo que dependerá de qué es lo que deben hacer los demás. Como dije en la sección I la reducción de la pobreza no es un objetivo individual –algo que tenemos que lograr por nosotros mismos- sino que es algo que nos debe comprender a todos como miembros de un sujeto colectivo. Por ello, el hecho que los ricos y quienes no son pobres no hubieran hecho lo suficiente para reducir la pobreza –básicamente desprenderse de todos sus bienes y distribuirlos- no debe implicar en modo alguno que han abdicado de sus derechos privados –el derecho a que otros cumplan los contratos que firman, a ser compensados por los daños que sufren a reclamar devolución de los bienes a quienes los usurpan etc-. En resumen, siempre que no estén presentes causas más generales de excusación o justificación, estar afectado por la pobreza no nos libera de la obligación de honrar los derechos privados de los demás.

Quiero mencionar aquí algo que yo considero de gran importancia y que usualmente no es percibido con claridad. Cuando nos preguntamos acerca de la normatividad del derecho no estamos preguntando porqué el derecho privado es vinculante. La normatividad del derecho privado puede ser explicada con bastantes facilidad sin necesidad de recurrir a teorías sofisticadas. Cada uno de nosotros ha desarrollado expectativas de que otros honrarán las promesas que nos formulan, que internalizarán los costos de sus acciones y que se abstendrán de usurpar la propiedad ajena. Estas expectativas de cumplimiento del derecho de los contratos, el derecho de la responsabilidad extra-contractual y los derechos reales, aunque no sean justificadas moralmente de un modo acabado, cuentan como una explicación porque son una razón particular que nos dice porqué debemos tratar a una persona que ha firmado un contrato, o a quien hemos dañado o a quien hemos usurpado de un modo específico. Pero cuando nos preguntamos acerca de la normatividad del derecho no nos interesa la existencia de relaciones específicas que pueden justificar la obediencia al derecho, sino porque la autoridad política o legal debe ser obedecida independientemente de nuestro comportamiento particular. Lo que queremos saber en estos casos es si debemos seguir las prohibiciones del derecho penal o si debemos contribuir con fondos a las autoridades impositivas o si tenemos el deber de obedecer las órdenes de personas con las que no estamos relacionados de un modo particular pero que reclaman el derecho a gobernarnos. Esta es una cuestión totalmente diferente. En estos casos, la respuesta que esperamos es una narrativa que nos deje saber si una persona tiene *legitimidad o poder* y no si existen razones particulares para tratar a una persona de un modo determinado.

Volvamos al problema de si los pobres son parte del auto-gobierno colectivo. Hay una corriente de pensamiento que sostiene que la relación apropiada entre una persona y su comunidad para que pueda considerarse que las decisiones de la comunidad son “sus” decisiones es eminentemente procedimental. Es necesario que dicha persona haya participado significativa y equánimamente en el proceso de toma de decisión colectiva. Aquí “participación significativa y equánime” quiere decir que cada individuo debe tener una igual oportunidad de influir o determinar la decisión colectiva. Para aquellos que piensan de este modo el derecho es sólo vinculante en una comunidad con libertades políticas y civiles y con una distribución de recursos que garanticen que todos tienen todo lo necesario para participar de un modo efectivo en las deliberaciones públicas –vivienda, comida, acceso a la educación y a la información etc- Otros autores sostienen que para que la identificación con la comunidad sea relevante a los efectos

políticos no hace falta que todos hayan participado con igual oportunidades en el proceso de formación de la voluntad política sino que todos cuenten por igual para quien toma las decisiones. Para aquellos que piensan de este modo existe una analogía muy fuerte entre la autoridad política y la autoridad paterna. Usted tiene que prestar atención a lo que le dicen sus padres no porque ellos estén siempre en lo correcto sino porque para ellos usted cuenta. De modo similar, usted tiene que obedecer el derecho cuando quien manda “toma imparcialmente en cuenta lo que ve como ...los intereses fundamentales de todos los miembros de la sociedad” (Rawls, **Political Liberalism** Harvard U. Press, pag. 545.)

Creo que estas dos maneras de pensar son problemáticas por razones opuestas. Si la primera fuera correcta ningún sistema jurídico podría reclamar obediencia ya que ninguna comunidad garantiza a todos la misma influencia en el proceso de toma de decisiones colectivo. El dinero, la educación la información y otras cosas importantes están tan mal distribuidas en nuestras sociedades que es sencillamente imposible preservar la igualdad que la primera visión venera y demanda como condición de la obligación política. Por otro lado, si la segunda manera de pensar fuera correcta, una autoridad que gobierna de buena fe nos podría obligar aún cuando hubiera cercenado de modo definitivo nuestra posibilidad de producir cambios para que el sistema sea más permeable a lo que nosotros queremos. Esto no puede ser correcto. No puede ser verdad que estamos obligados frente a un sistema legal que hace imposible que lo modelemos a nuestra voluntad. Dado que ninguna de estas dos formas de pensar es plausible debemos buscar una base diferente para explicar las razones de la obligación política. Obviamente, usted no debería esperar que yo haga un análisis definitivo aquí. Lo único que yo quiero hacer es sugerir lo que podría ser un punto de partida para la construcción de una concepción que quizás podría resolver la cuestión de la obligatoriedad del derecho para aquellos que están afectados por la pobreza extrema.

En lugar de preguntarnos cuándo debemos obedecer el derecho creo que es mejor empezar preguntándonos cuándo podemos no obedecerlo. Por ejemplo, piense en los Judíos en la Alemania Nazi; en disidentes políticos en la Argentina o en Chile o gente de raza negra en Sud Africa. Tienen la obligación de obedecer el derecho? Están obligados a contribuir al sistema impositivo, o servir en el ejército o someterse al castigo cuando han violado el derecho de un modo “abierto y respetuoso” como Martín Luther King sostuvo en su famosa “Letter from Birmingham City Jail”? Yo estoy seguro que usted diría que no. Que hay de los Japoneses-Americanos que fueron confinados a campos de detención durante la segunda guerra o los Arabes en los territorios ocupados por Israel o los Franceses durante la ocupación alemana? Aquí, creo, nuestras intuiciones no son tan claras en razón de que los Estados Unidos, Israel (y quizá el gobierno francés durante la ocupación) no son imperios del mal. De todos modos, creo que después de dudar larga o cortamente, todos diríamos que en estos casos los Japoneses-Americanos, los Franceses, los Arabes no tienen la obligación de obedecer al derecho. Cómo podemos darles sentido a estas respuestas? Creo que no es difícil. Claramente, los Judios, Arabes, Japoneses, Argentinos, Chilenos y Franceses de estos casos no participaron ecuanímente en el proceso de toma de decisión colectivo pero esta no es la razón por la que el derecho no los vincula. Sería realmente insultante decir que las leyes de Nuremberg no obligaban a los Judios Alemanes porque no habían sido escuchados con igual voz en el proceso de determinación colectiva. La razón tampoco es el hecho que los gobernantes en estos casos no gobernaban en buena fe tratando de proteger los intereses de sus súbditos. Si la cuestión fuera la

buena fe con la que se gobierna quizá deberíamos concluir que los Franceses durante la ocupación deberían obedecer al derecho desde que no es claro que el Mariscal Petain no pensara que la colaboración con los Nazis fuera en el mejor interés de los Franceses. Por el contrario, yo sugiero que en todos estos casos no hay obligación de obedecer al derecho porque todos aquellos que se espera que obedezcan han sido previamente “alienados” por el derecho, esto es, ellos han sido exitosamente excluidos por el derecho como alguien que no merece ser ni la fuente ni el beneficiario de las decisiones políticas de la sociedad.

La idea de “alineación” que uso aquí es diferente de la idea de no participar ecuanímente en el proceso político o la idea de no ser gobernado de buena fe. No estoy “alienado” cuando debido a nuestro diferente poder económico soy menos influyente que usted en el proceso político. Puede que sea “superado” por su poder pero no estoy alienado de la sociedad. Por otro lado, usted tampoco esta “alienado” cuando sus gobernantes no cuidan sus intereses como los de todos los demás. Si usted tiene posibilidades institucionales de dejar una impronta en el proceso de decisión colectiva, cualquiera sean las intenciones de sus gobernantes, no se alejará del sistema político tanto como es necesario para alienarse. Como usted podrá apreciar no es muy difícil decir cuándo usted está alienado. Es más complejo hacer explícitas las condiciones que sí lo alienan. Algunos han pensado que usted es un “alienado” a los efectos que aquí interesan si usted no toma parte en ninguna de las acciones disponibles para los ciudadanos de un estado democrático: usted no participa en partidos sectas, movimientos; usted no participa en los debates públicos; usted no se informa acerca de las cuestiones públicas, etc. Quizá esta sea una descripción correcta de cuándo usted se aliena. Pero la alineación “voluntaria” no es importante aquí. Usted no puede pretender liberarse del peso del derecho simplemente por decisión personal. Por ello, lo que hay que entender aquí es cuando el estado lo aliena a usted. Mi sugerencia –provisoria- es que para ser alienados por el estado tiene que ser verdad que a) de hecho el funcionamiento de las instituciones impida que sus opiniones y sus intereses cuenten en el proceso de toma de decisión colectiva o b) de derecho se impida algunas de estas dos formas en que usted puede integrarse con su comunidad política.

Están los pobres alienados del sistema político y, en virtud de ello, fuera del alcance del derecho? Este es el tema central para fijar una posición en la cuestión de los piquetes en la Argentina. Yo creo que no hay respuestas generales. Mi respuesta, de todos modos, es que los piqueteros en la Argentina todavía forman con nosotros una misma comunidad política y, por lo tanto, tienen la obligación de obedecer el derecho (y nosotros de aliviar su situación). Yo creo que cualquiera sea el grado de pobreza que usted pueda sufrir en la Argentina sus intereses y, de un modo menos notable, su opinión cuentan. Además, creo que hay formas abiertas que permiten mejorar el sistema desde adentro. Si usted mira al Congreso verá que muchos miembros que protegen los intereses de quienes están peor. Si usted mira a los partidos políticos más importantes descubrirá que su agenda trata de un modo conspicuo el problema de la pobreza. Quizás yo soy ingenuo pero todavía leo nuestra realidad política y social de un este modo.

En conclusión, dado que los que están peor están todavía integrados a nosotros en el grado relevante a los efectos de la obediencia política el derecho debe ser vinculante para ellos. En virtud de que no podemos excusar una desobediencia continua a los mandatos legales debemos juntar el coraje necesario para decir que el piquete es un mal y que deben encontrarse formas alternativas de expresión. Habría que castigar a los piqueteros? Creo que no, pero reconozco que este es un tema aún más complejo que el de la obediencia al derecho porque, por un lado, los

piquetes –a diferencia de lo que sucede con otras conductas ilegales- tienen un efecto beneficioso en tanto dirigen nuestra atención a las circunstancias de pobreza abyecta en la que viven todas sus vidas muchos de nuestros compatriotas pero, por el otro, en la Argentina la persecución de los delitos no es discrecional y nosotros–a diferencia de lo que sucede en muchos otros países- necesitamos revigorizar la convicción de que el derecho está allí para ser obedecido y honrado por todos.