

La justificación en el derecho penal y las violaciones de los desposeídos¹

Jaime Malamud Goti

En este artículo analizo el problema de si los tribunales, en una comunidad mínimamente pluralista e inclusiva², deberían justificar las transgresiones legales cometidas por individuos extremadamente pobres. Más específicamente, examino los actos de desobediencia civil realizados por individuos desposeídos, cuyo propósito es reinsertarse en la comunidad de su país. Mi argumento central es que los tribunales no deberían justificar esos actos cuando se basan en la violación de los derechos de otras personas, salvo que se trate de violaciones menores y que éstas sean la única manera de captar la atención pública. Para que mi argumento sea convincente, tomo el ejemplo de los piqueteros argentinos pero de manera especial: uso una versión idealizada de los piqueteros, sus objetivos y medios. En el mundo real, aunque en un lugar bastante irreal como Argentina, donde amplios segmentos de desempleados viven en la pobreza extrema, los piqueteros se convirtieron en actores centrales de la política. De esta manera, los propósitos y medios originales de los piqueteros son frecuentemente abandonados por sus miembros. De hecho, los intereses y lealtades políticos alejan cada vez más a muchos activistas de los intereses y objetivos centrales del grupo. Este proceso es el resultado inevitable de los intentos constantes de cooptación por parte de funcionarios, políticos y líderes sindicales. Por lo tanto, en la versión real, los piqueteros son un grupo variado de individuos cuyos objetivos son sólo parcialmente coherentes con el objetivo original del grupo de asegurar la subsistencia de sus miembros y de sus familias y de reinsertarse en el centro de la sociedad.

¹ El tema tratado en este artículo fue discutido brevemente en un seminario realizado en Buenos Aires hace dos o tres años. Marcelo Alegre, Roberto Gargarella, Lucas Grosman y Carlos Rosenkrantz propusieron interesantes argumentos a favor y en contra de la justificación de las actividades piqueteras. Esos argumentos sin lugar a duda me resultaron provechosos.

Según mi punto de vista, los piqueteros, en su versión idealizada, son un caso paradigmático de desobediencia civil que defino como infracciones conspicuas de la ley destinadas a atraer la atención pública con el propósito último de cambiar alguna norma, institución o política. Las sentadas, los ultrajes a la bandera y la destrucción de documentos de identidad en plazas públicas se han convertido en los medios a través de los cuales ciertos grupos han promovido su causa contra la injusticia. Los actos de desobediencia civil generalmente causan escándalo y alarma en segmentos importantes de la población y, sin embargo, solamente algunos de esos actos se basan en la violación de los derechos de terceros. La destrucción de libretas de enrolamiento y la inmolaición de los monjes budistas con el propósito de terminar la guerra de Vietnam lograron llamar la atención sin interferir con la vida de otras personas. Ciertamente, los piqueteros no pertenecen a esta categoría, ya que la violación de los derechos de otros es central en su estrategia.

Los piqueteros son un grupo organizado de individuos desposeídos, la mayoría de los cuales vive en las afueras de las grandes ciudades o en edificios abandonados en el centro. Sus casas no tienen cloacas, agua potable ni electricidad pero, algunas veces, su ingenio les permite conectarse clandestinamente a las líneas telefónicas y eléctricas. La mayoría son extremadamente pobres: son desempleados endémicos, carecen de seguridad social y cualquier otra forma continua de subsistencia. El acceso de los piqueteros a una cobertura médica se limita a hospitales públicos mal equipados. Generalmente, se alimentan en comedores públicos, pero la mayoría no están desnutridos. Para entender a los piqueteros es esencial saber que su pobreza extrema va acompañada de alguna forma de desigualdad que no es pasajera, como en el caso de algunos estudiantes de postgrado en Estados Unidos, sino un padecimiento persistente. A

² Por comunidad pluralista e inclusiva entiendo una comunidad que condena la discriminación y donde se valora la prevención y reparación de serias privaciones.

diferencia de gran parte de la sociedad, padecen permanentes e innecesarias necesidades insatisfechas. La mayoría de los piqueteros no puede, siendo realista, esperar mejorar su situación de pobreza extrema durante su vida ni asegurar un pasar decente para sus hijos. La carencia de un sistema escolar aceptable y la falta de cultura de trabajo los separa, cada vez más, de la cultura dominante.

Aunque los piqueteros no fueron víctimas de ningún plan discriminatorio específico, deben sufrir importantes desigualdades políticas e ineptitud burocrática. Desde esta perspectiva, son víctimas de la mala suerte porque su caída en la pobreza absoluta no es atribuible a sus acciones. Su situación actual no es el resultado de apuestas imprudentes, vagancia habitual o, ni siquiera, de decisiones incorrectas. Por el contrario, su condición es estrictamente la consecuencia de las malas decisiones de los que están en el poder. En general, su desplazamiento del seno de la comunidad fue resultado de crisis macro económicas recurrentes y la incapacidad de los hombres de negocios de construir una industria fuerte y duradera. Como consecuencia, la mayoría de estos individuos se unió al movimiento piquetero, que les ofrecía una identidad colectiva basada en la expectativa común, aunque vaga, de poder reintegrarse algún día. Para mis piqueteros idealizados, es la lucha común por recuperar su plena ciudadanía lo que los lleva a perpetrar estas transgresiones legales y violaciones de derechos de terceros que son menores pero constantes. Sistemáticamente bloquean autopistas, puentes y las principales arterias urbanas para dificultar el tránsito. Diariamente se concentran alrededor de edificios gubernamentales y causan embotellamientos en el centro de las ciudades. También asedian supermercados y otros comercios, dificultando la entrada de clientes y empleados, demandando comida y otros bienes. Esta estrategia, por supuesto, garantiza la atención diaria de una amplia audiencia. También

causan preocupación considerable a un vasto segmento de la clase media urbana que ve cómo su vida se deteriora gradualmente.

El objetivo inmediato de los piqueteros es atraer una amplia cobertura en los medios de las situaciones caóticas que crean y el sufrimiento de los conductores atrapados en el tránsito durante horas. En la vida real, no es demasiado fácil establecer qué es lo que los piqueteros quieren lograr. A veces, sus demandas incluyen ambiciosamente una variedad de ventajas, incluyendo carne, juguetes y “vacaciones” pagas. Las demandas de mis piqueteros idealizados, sin embargo, son modestas: esperan conseguir trabajo, educación para sus hijos, un acceso más amplio a los recursos de salud y subsidios que permitan sobrevivir a los que no consiguen trabajo. Los piqueteros idealizados están comprometidos con un plan político más amplio, y persiguen políticas redistributivas de largo alcance. A cambio de los beneficios por desempleo, proponen que se cree una fuerza versátil que realice una multiplicidad de tareas no especializadas, que van desde limpiar malezas al costado de las rutas hasta recoger la basura en la ciudad. En Argentina, existe esa fuerza laboral, pero los intentos de que cumpla su función fallan constantemente debido a la ausencia de coordinación y una falta total de predisposición por parte de la gente para hacer el trabajo. En los hospitales de Buenos Aires, por ejemplo, se les han asignado tareas muy simples y ha sido un fracaso absoluto. Esa experiencia frustró tanto a la administración de los hospitales con escaso personal que prefiere simplemente mantener lejos a estas personas. En el mundo real, existe una variedad de opiniones sobre la lucha de los piqueteros; sin embargo, la antipatía hacia ellos y hacia la permisividad del gobierno está creciendo. Diferentes administraciones no sólo se han negado a aplicar la ley contra las transgresiones de los piqueteros sino que también han mostrado cierta predisposición para ceder a sus demandas, entregando subsidios y cajas de comida a muchos de ellos. Pese —o gracias—

a estas ventajas, los piqueteros siguen exigiendo más beneficios. De esta manera, hoy los piqueteros son siempre centro de atención. Manteniendo alerta a una audiencia creciente, se aseguran un lugar importante en la agenda oficial.

Algunos ciudadanos tienen opiniones bastante fuertes sobre los disturbios provocados por los piqueteros y la necesidad de una solución drástica a los conflictos generados por sus tácticas. Los taxistas de Buenos Aires, por ejemplo, manifiestan abiertamente que están a favor del apaleamiento de los que bloqueen calles y algunos dicen que se justifica llamar a los generales una vez más. Es verdad, sin embargo, que los taxistas de Buenos Aires probablemente carecen de un sentido de justicia a la John Rawls y que tradicionalmente han tenido una postura fuerte acerca de la manera adecuada de resolver conflictos sociales. Muchos intelectuales —algunos de ellos reputados protagonistas del SELA— opinan lo contrario. Creen que la naturaleza inmerecida de su situación les garantiza la mayor tolerancia posible. Por ende, la pregunta crítica es qué deben hacer los políticos pluralistas, respetuosos del derecho e igualitarios con el conflicto social que está generando la estrategia piquetera. Dicho de otra manera, la cuestión es establecer el tipo de política de aplicación de la ley que la administración pública debería utilizar para forjar una comunidad pacífica, inclusiva, estable y basada en derechos.

En relación con el problema de los piqueteros, el gobierno juega el triple rol de creador de políticas públicas, ejecutor de la ley y árbitro en un conflicto intersectorial. El primer rol implica el diseño de políticas a largo plazo e indica la obvia necesidad de fomentar la expansión económica y, de acuerdo con la mayoría de las opiniones oficiales actuales, un plan institucional más redistributivo. Las políticas deberían ser diseñadas e implementadas de forma que permitan que los sectores público y privado ofrezcan la mayor cantidad de puestos de trabajo para el mayor número de desempleados permanentes. Esto es más que obvio. El segundo rol, el de

ejecutor de la ley, depende del primero. Hasta cierto punto, un enfoque político razonable al respecto debería encontrar el justo equilibrio entre hacer y tolerar demasiado. La tercera tarea del estado consiste en restaurar la paz y estabilidad en la vida cotidiana. Dicha tarea implica resolver la confrontación entre los piqueteros, por un lado, y los conductores, clientes de supermercados, dueños de negocios y empleados, por el otro. Lo que está en juego, en un caso, es el derecho a una existencia decente y, en el otro, el respeto por los derechos de propiedad y la libertad de movimiento. Sin embargo, los cálculos oficiales realistas a veces pueden aconsejar una prudencia extrema. Por una parte, la aplicación de la ley puede desatar una gran agitación social si una porción amplia de la sociedad la percibe como ilegítima o excesiva. Esto puede obligar al gobierno a ceder. Por otra parte, el gobierno puede verse forzado a adoptar una posición más estricta si los disturbios sin freno de los piqueteros hacen que el sector empresario amenace con cancelar sus inversiones y cerrar fábricas. Mi intención es evadir las cuestiones relacionadas con ese tipo de restricciones políticas. Me preocupan la justicia, los derechos y la igualdad, y en consecuencia presupongo un estado de relativa normalidad (en un sentido muy amplio, ya que se trata de Argentina) donde cierto grado de represión no haga estallar el país ni cierta permisividad asuste a un número considerable de actores económicos. A los fines de este trabajo, entonces, el gobierno goza de cierta libertad para aplicar la ley mínimamente o en forma estricta sin tener que temer una catástrofe inmediata.

Lo que me interesa aquí es identificar la política de aplicación de la ley más justa y razonable y, más concretamente, establecer si los tribunales deberían justificar a los piqueteros. Los académicos y políticos pro tolerancia total se han tornado bastante prominentes, como sugerí anteriormente. Sostienen que deberíamos reconocer que los piqueteros no son los culpables de su

exclusión social y su pobreza extrema. De ahí concluyen que no tenemos derecho a esperar que los piqueteros descastados se conviertan en ciudadanos que cumplan plenamente el derecho. Dado que no obtienen gran cosa de la comunidad, la pregunta es por qué deben cumplir su derecho. Estos académicos y políticos concluyen que, si la respuesta es sincera, el gobierno debería abstenerse de usar la fuerza y limitarse a diseñar un plan más redistributivo y esperar que la economía repunte pronto para salvarnos a todos. Sin embargo, en el mejor de los casos, esto solamente puede suceder a largo plazo.

El gobierno no puede evitar ser árbitro en el conflicto entre los piqueteros y los otros sectores. Debido a la situación en la que se encuentran, los piqueteros están provocando confrontaciones diarias que deben ser resueltas y la pasividad dominante del gobierno es una forma más de resolver el conflicto. Como se sabe, la distinción entre actos y omisiones es mayormente irrelevante en el campo de lo político, lo que implica que el gobierno no puede evadir el problema absteniéndose de actuar. De esta manera, el hecho de que el gobierno no intervenga en los cortes de rutas y procese a algunos de los involucrados solamente puede ser leído como la aprobación de pequeñas —pero persistentes— violaciones de los derechos individuales. Los ciudadanos de clase media ciertamente creen que un mínimo éxito por parte de los piqueteros enviará el peor mensaje posible a la comunidad. Transmitirá que la mejor manera práctica de perseguir intereses sectoriales es a través de violaciones constantes de la ley. Los argentinos parecen ser conscientes de esto, y algunas asociaciones de estudiantes, imitando a los piqueteros, han comenzado a bloquear calles con una variedad de exigencias que incluyen un precio especial para los boletos de colectivo y vales de almuerzo. ¿Por qué no deberíamos esperar que otros segmentos siguieran un camino similar?

Si, por otra parte, el gobierno emprende una campaña para sofocar la actividad piquetera, es muy probable que los políticos progresistas, los intelectuales y un número de ONGs denuncien la política por ser poco prudente y definitivamente ilegítima. Estos grupos afirman que la elección por parte de los piqueteros de un curso de acción agresivo está justificada. El primer argumento es meta legal e indica que el gobierno no tiene derecho a exigir el cumplimiento de la ley. El segundo recurre a la analogía entre las huelgas de los trabajadores y las prácticas a las que recurren los desempleados. El tercero está basado en la similaridad entre las acciones de los piqueteros y el estado de necesidad. La situación de los piqueteros desposeídos es tal que hace que el principio de estado de necesidad o la doctrina del mal menor sean aplicables. En consecuencia, la doctrina pro justificación ha tomado diferentes caminos, que describo a continuación.

Primero, intento descalificar los enfoques basados en la tolerancia total; segundo, abordo el argumento de que cualquier enfoque basado en la represión legal es ilegítimo; y, tercero, intento refutar los argumentos que equiparan las acciones de los piqueteros al derecho de huelga de los trabajadores y al estado de necesidad.

Primero, de acuerdo con los estándares culturales actuales, la pobreza de los piqueteros sobrepasa lo que consideramos mera pobreza o vivir con escasos recursos. Los piqueteros carecen de los recursos básicos que permiten llevar una vida digna. Su alienación genera el deber moral de mantenerlos. A pesar del énfasis que Kant pone en los derechos negativos, sostiene que tenemos una obligación de ayudar a los (muy) pobres. Sin embargo, Kant no fundamenta explícitamente esta obligación, que es, creo, un deber imperfecto que se deriva de consideraciones políticas. En el sistema de Kant, la obligación de mantener a los pobres se origina, según mi opinión, en la idea de que asegurar la justicia y la paz, y el predominio de los

derechos depende de la existencia de una comunidad política. Kant cree, por consiguiente, que todos tenemos el deber de preservar esta comunidad política, la que, sin embargo, no se mantiene unida cuando algunas personas carecen de los medios necesarios para llevar una existencia digna. Estas personas se sienten alienadas de los valores y principios que la comunidad defiende. La pobreza extrema convierte a los individuos en extraños, exentos de todos los deberes creados por una sociedad que los condenó a una existencia rudimentaria o, si se quiere, al estado de naturaleza. Se seguiría de esto que, si no cumplimos nuestro deber de mantener a los pobres, tendríamos el deber de tolerar sus intentos de reintegrarse a la comunidad. Aunque Kant no reconoce un derecho correlativo al deber de mantener a los pobres, todo lo que podemos hacer, para ser justos, es ofrecer la máxima tolerancia. Deberíamos justificar las violaciones menores de la ley por parte de los desposeídos mientras representen un intento de reintegrarse a la comunidad. Esto es esencial para comprender el origen y alcance del derecho penal.

La autoridad del derecho en general y del derecho penal en particular es, en esencia, una expresión de los principios y valores que la comunidad sostiene y a los que los piqueteros se han vuelto ajenos. Dado que fueron relegados a la periferia de la comunidad, sin derechos de propiedad ni seguridad provista por el Estado, tienen derecho a cuestionar la afirmación simplista de que tienen un deber genérico de cumplir con las normas. Ciertamente, el Estado no tiene derecho a exigirles a los piqueteros que acaten la ley porque la conformidad del resto de la comunidad se basa en las ventajas que cada individuo obtiene diariamente del orden legal. Expresado en forma adecuada, el principio señalaría que le debemos deferencia al orden institucional como contrapartida de una existencia pacífica y segura. Si somos tratados con consideración y respeto por los demás, es sólo porque ellos ejercen cierto auto control de acuerdo con un conjunto de normas que eligen —o que acatan— para regir su vida. Entonces, para

preservar el orden deseado, es justo esperar de cada persona el mismo auto control que ejercen los demás. El acatamiento a la ley es un precio razonable a pagar por la reciprocidad, lo que implica que las limitaciones legales no se aplican a los piqueteros. En la medida que llevan una existencia riesgosa y desprotegida, los piqueteros deberían ser liberados del deber de llevar la misma carga que los miembros “reales” de la comunidad. Es razonable considerar que su condición desfavorable les otorga el “privilegio” de infringir la ley como medio para conseguir que se preste atención a su situación. De esto se sigue que la alternativa que nos queda para preservar la paz es promover la máxima tolerancia hacia las violaciones menores de nuestros derechos.

Segundo, deberíamos reconocer el derecho de los piqueteros a cortar rutas por analogía al derecho de huelga de los trabajadores. En un estado capitalista, las huelgas son el único medio de equilibrar los derechos de los trabajadores frente a la poderosa comunidad de negocios. De la misma manera, los piqueteros no tienen más remedio que articular sus reclamos por una vida decente mediante la violación (mínima) de los derechos de otras personas y causando un considerable disturbio. Si las huelgas son el medio político de los trabajadores para forzar mejoras sectoriales, restringiendo los derechos de terceros, ¿por qué no reconocerles a los piqueteros un derecho similar?³ Se nos enseñó a ser tolerantes con las huelgas, incluso con las peores. Toleramos las huelgas de los medios de transporte a pesar de las restricciones que imponen a la movilidad de las personas; los pasajeros varados en aeropuertos, estaciones de tren y de ómnibus son la evidencia de que los paros de transporte restringen los derechos individuales.

Tercero, los piqueteros actúan por necesidad. La doctrina del estado de necesidad o mal menor, como bien sabemos, se refiere a la justificación de los daños que causamos como

condición necesaria para prevenir un daño más serio. Esta doctrina se basa claramente en consideraciones consecuencialistas y agregativas. Se basa en que (1) algunas veces es justo que algunos individuos prevengan un daño mayor a expensas de los derechos de otras personas siempre y cuando, (2) la violación sea inevitable y (3) el resultado sea un beneficio neto para todos. Desde la perspectiva de los valores sociales relevantes, está bien que vulnere los derechos de propiedad de una persona al meterme en su cabaña en la montaña si esto me salva de congelarme en una tormenta de nieve. La doctrina del estado de necesidad justifica dichos actos no solamente porque adapta los valores legales frente a actos cometidos por desesperación sino que también se basa en el hecho de que estos actos son deseables o, al menos, no son indeseables. El punto es que estamos de alguna manera mejor en general si una persona salva su vida al entrar a mi cabaña, en vez de morir congelada por respetar mis derechos. De la misma manera, está bien que yo use un auto ajeno si éste es el único medio disponible para llegar a un hospital a tiempo para salvarme de morir desangrado (o para salvar a otra persona). Desde esta perspectiva, los cortes de calles son un precio modesto a pagar si logran cambios en las políticas públicas para satisfacer las necesidades básicas de los piqueteros y sus familias. Ahora voy a considerar algunas objeciones a estos argumentos.

Primero, expongo una paradoja en la búsqueda de una mayor tolerancia hacia los piqueteros como manera de terminar el conflicto. Luego, intento disipar lo que creo son errores en la equiparación de los cortes de calle de los piqueteros a las huelgas de los trabajadores y en la comparación de los actos realizados por necesidad y las acciones de los piqueteros. En primer lugar, intentaré desacreditar el enfoque de la tolerancia absoluta. Aunque podamos pensar que la tolerancia absoluta resultará en la paz social, fomentar dicha tolerancia puede resultar inútil, si no totalmente contraproducente. Dado que no se trata de una característica propia de los gobiernos

³ Marcelo Alegre ha defendido un interesante argumento en esta línea (ver nota 1).

que consideramos imparciales⁴, queda claro que la tolerancia sólo puede aplicarse a los ciudadanos privados. Los gobiernos, cuando se enfrentan a ciertas acciones y conforme con los estándares de moralidad política, reprimen las transgresiones y dejan pasar ciertas afrontas, pero nunca pueden ser tolerantes. En un sentido general, pensamos que ser tolerante es abstenerse de reaccionar legítimamente contra alguna acción o estado de cosas que desaprobamos o censuramos. El gobierno puede estar en una posición que le permita no actuar o dificultar o reprimir alguna acción o estado de cosas. El gobierno debe siempre obtener el mejor resultado posible, ya sea absteniéndose de actuar o embarcándose en una campaña activa, y su acción debe ser el resultado de deliberaciones sobre las razones morales y políticas. La alternativa es que no cumpla con su obligación (también por consideraciones legales, morales y políticas) de obtener el mejor resultado posible. Entonces, el gobierno puede fomentar la tolerancia privada como la mejor solución al conflicto generado por los piqueteros.

El problema con el enfoque de la tolerancia máxima es que, como la estrategia de los piqueteros se basa precisamente en la existencia de cierto grado de intolerancia, la tolerancia puede ser, en el mejor de los casos, limitada. Como dije, la metodología piquetera depende del amplio descontento de la clase media. Como es de esperar, es el clamor de la clase media lo que genera amplia publicidad a los piqueteros y lo que, en última instancia, obliga al gobierno a dar prioridad al tema. Por su propia lógica, y sin el apoyo de las constantes quejas de conductores, clientes de supermercados, etc., la campaña piquetera estaría condenada desde el principio. No habría esperanzas para su empresa si el gobierno lograra una tolerancia plena hacia los cortes de calle y tomas de supermercados. La tolerancia plena forzaría a los piqueteros a ser más drásticos en la aplicación de sus tácticas actuales o a buscar blancos más sensibles. Ejemplos de esto último serían el bloqueo del acceso a bienes o servicios muy importantes, como las salas de

⁴ Le debo esta idea a Martín Abregú.

emergencia de los hospitales o incluso los estadios de fútbol. En consecuencia, el enfoque basado en la tolerancia tiene algo de paradójico: la alternativa al uso de la fuerza es la tolerancia, pero la tolerancia llevaría a los piqueteros a radicalizar su posición y cambiar sus tácticas —no su estrategia básica— para preservar su efectividad. Las posibilidades de éxito dependen de una (muy) leve versión de una toma de rehenes⁵, en el sentido de que es la preocupación por el destino de los rehenes lo que beneficia a los secuestradores. De la misma manera, es el sufrimiento y la rabia de los conductores lo que eventualmente llevaría al gobierno a ceder a las demandas de los piqueteros. Ahora paso a considerar el argumento vinculado con la ilegitimidad.

Segundo, ahora voy a introducir el argumento de la legitimidad, al que divido en dos:

(a) Primero analizo la creencia de que los piqueteros están al margen de la ley y sus exigencias. Supongamos que el sistema legal es injusto y que los piqueteros son las víctimas de la injusticia del sistema. Más aún, supongamos que, como sucede en mi versión idealizada, su situación los condena a la alienación permanente de la comunidad. Evito el tema difícil de la obligación general de obedecer la ley, especialmente si la ley no sirve al propósito de mantener unida a la comunidad en forma igualitaria. Aquí necesito distinguir entre las leyes que protegen a terceros por razones perfeccionistas o paternalistas —es decir, que protegen al agente o a alguna virtud— y las que tienen fines organizativos. El caso de los piqueteros pertenece a la primera categoría, y uno podría sostener que los piqueteros sólo están obligados a seguir estas leyes. Aunque en pequeña medida, este grupo constantemente afecta los derechos de terceros porque ése es su objetivo. También es cierto que esas violaciones no nacen de la necesidad en sentido estricto (voy a referirme a este tema en breve). Creo que los terceros tienen un derecho dependiente a que se protejan sus derechos. En ese caso, el gobierno tiene el deber correlativo de

⁵ Lucas Grosman recurrió con agudeza a esta analogía.

frustrar las acciones de los piqueteros simplemente porque, en una comunidad basada en el respeto de los derechos, esta es una de las razones de la existencia del gobierno.

(b) Quienes justifican a los piqueteros pueden sostener, correctamente, que el derecho de éstos de violar los derechos de terceros es el resultado de un reparto de los recursos y una distribución de las cargas injustificables. Distorsiones como estas, recalcaría este argumento, deberían hacer vulnerables a los derechos. El problema con este argumento es que ignora la distinción básica —y la independencia— entre acciones y estados de cosas políticas y privadas. A partir de esta distinción, hoy resulta claro que la inmoralidad de los primeros no implica la de los segundos. El ejemplo más claro de esto es el estatus de los combatientes de guerra. Tanto los moralistas como los abogados están de acuerdo en que los soldados merecen ser tratados de cierta manera, sin importar las malas obras de su país. Ejecutar a los soldados alemanes capturados en la Segunda Guerra Mundial era incorrecto, más allá del hecho de que Alemania estuviera peleando una guerra inmoral. No es correcto derivar la inmoralidad privada de la ilegitimidad política. Nos llevaría a la conclusión errónea de que cada persona al servicio de la causa nazi, incluso un conscripto, estaría cometiendo actos criminales⁶. Sin embargo, para los moralistas y los abogados, la criminalidad del estado alemán no contamina los actos de los ciudadanos que defienden su país. Esto es así probablemente porque creemos que los ciudadanos de todo país en guerra tienen derechos morales y obligaciones diferentes y en conflicto. Un criterio similar se aplica a los titulares de derechos en comunidades injustas y a su derecho a defender privadamente esos derechos si el gobierno no lo hiciera. En este sentido, un oficial de la Alemania nazi tiene derecho a defenderse de agresores individuales en Francia o Polonia ocupadas. Creo que la razón de esto radica en que la validez y la fuerza del derecho en general

⁶ Ver George Navrodes, "Conventions and the Morality of War," en *International Ethics*, ed. by Charles Beitz et al, 1985 Princeton, p. 75-89

—y del derecho penal en particular— no dependen de consideraciones estrictamente morales en el sentido individualista habitual. Simplemente sugiero que el derecho debería entenderse como una manera de encarar el complejo tema de cómo deberíamos tratarnos los unos a los otros en un esquema interactivo, donde las instituciones —tanto nacionales como internacionales— están diseñadas para regular estas relaciones.

Tercero, trato el argumento basado en la analogía entre los cortes de ruta de los piqueteros y las huelgas de los trabajadores. Es verdad que, pese a nuestra aceptación general, las huelgas pueden ser bastante exasperantes. Sin embargo, los cortes de calle son, en general, moralmente más graves que las huelgas. A diferencia de los cortes de calles, las huelgas son esencialmente omisivas; más aún, los que las hacen no eligen quién las va a sufrir. En ellas, se deja insatisfecha la expectativa de que quien voluntariamente asumió la responsabilidad de prestar cierto servicio en efecto lo preste. Sin embargo, en las huelgas no se elige a quién y dónde se va a dañar o privar de algo. Los pasajeros varados de ómnibus o avión no son un blanco deliberado. No son elegidos como grupo para convertirse en un medio para obtener ventajas. Los piqueteros, según les convenga, pueden elegir bloquear el tráfico en barrios ricos o áreas financieras. Para los conductores de ómnibus y los pilotos de avión, los pasajeros son el único blanco disponible. No son el resultado de una elección sino los únicos que pueden ser afectados por una huelga. Los choferes de ómnibus incluso pueden afirmar que no cambiarían sus planes si la mayoría de los pasajeros decidiera no viajar el día de la huelga, como sucede habitualmente cuando las huelgas se planean y anuncian con anticipación. Pero los conductores de auto atascados en un embotellamiento en alguna autopista son las víctimas elegidas por los piqueteros. La elección hace que el caso moral de los piqueteros sea menos aceptable que el de los huelguistas. La diferencia yace no sólo en la diferencia entre actos y omisiones sino también

en la capacidad de seleccionar cuándo y dónde realizarán el corte y quiénes serán los damnificados. De más está decir que no me refiero a la elección de individuos o incluso pequeños grupos. Sin embargo, creo que el hecho de que los piqueteros elijan molestar a los habitantes de cierta calle o barrio y a los conductores que deben pasar por allí es importante. Los huelguistas no eligen; los piqueteros sí, y las dificultades que le imponen a sus víctimas hacen que éstas sean instrumentales para su causa en una forma especial. Ahora paso a considerar el argumento del estado de necesidad como justificación.

Cuarto, intento refutar el argumento del estado de necesidad, también conocido como la doctrina del mal menor. La defensa basada en la necesidad, a diferencia de la basada en la ilegitimidad, es interna al sistema legal. Considerar la defensa del mal menor implica aceptar que el sistema legal en general —y el derecho penal en particular— se aplica a los piqueteros. A diferencia de la defensa propia y de la defensa de la propiedad, el estado de necesidad logró aceptación general en los sistemas legales occidentales como causa de justificación sólo después de la primera mitad del siglo diecinueve⁷. La razón de su llegada tardía radica en su conflicto inevitable con una concepción fuerte de los derechos. La defensa privada tiene un origen deontológico, nace de la dignidad que le otorgamos a los derechos: uno se puede defender a sí mismo utilizando la fuerza incluso si eso implica matar o herir a veinte atacantes. En el mundo de la defensa privada, el cálculo agregativo es impensable. De acuerdo con las opiniones más aceptadas, la defensa privada obtiene su fuerza de la autonomía, del derecho básico a la libertad en el que la propiedad misma está basada en la teoría kantiana⁸. Pero los sistemas legales modernos basados en el respeto a los derechos aceptan el estado de necesidad como justificación

⁷ Ver la discusión acerca del estado de necesidad como defensa completa en el caso "William Brown" de 1942 en A. W. Brian Simpson, *Cannibalism and the Common Law*, 1984 Chicago, p. 161 and ff.

basándose en consideraciones consecuencialistas. En términos más concretos, los derechos de una persona pueden tener que ceder el paso a los de otra, incluso cuando esta última hubiera causado el conflicto. Si justificamos el hecho de que alguien pueda llevarse su auto para llevar a un chico que necesita atención médica urgente a un hospital es porque, dadas las características de la situación, preferimos que el dueño del auto se abstenga de ejercer su derecho de propiedad. Preservar la invulnerabilidad de la propiedad sería un precio demasiado alto a pagar en una sociedad justa. En términos generales, la justificación por estado de necesidad requiere que algunos derechos cedan frente a otros derechos en conflicto con los primeros que se vinculan con necesidades especiales. El estado de necesidad opera cuando la aplicación estricta de algunos derechos se volvería desproporcionadamente costosa en términos de sufrimiento humano. Bajo ciertas circunstancias, la tolerancia (privada) hacia los que entran sin autorización en una propiedad ajena puede ser la única solución justa a la violación de nuestros derechos en una situación de desventaja excepcional. La doctrina del mal menor señala que se debe tener consideración especial hacia los individuos que actúan bajo restricciones excepcionales. Las circunstancias en las que se encuentra el agente elevan los costos de la elección de no violar los derechos de otra persona a tal punto que ello sería irrazonable, incluso abusivo. No esperamos que los individuos que corren el riesgo de sufrir algún daño importante e inmediato sigan las normas generales que impiden ingresar a la propiedad de otra persona sin autorización.⁹ Es esencial que la razón para actuar de esa manera sea la urgencia que lleva a una persona a proteger un bien muy valorado a través de los medios que tiene disponibles. De esto se sigue que si nos atenemos a una noción sustantiva de los derechos, no sólo exigiremos que los actos

⁸ Ver Ernest J. Weinrib, "Poverty and Property in Kant's System of Rights," in *Notre Dame Law Review*, Vol. 77, no. 3, April 2003, p. 795-828. Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals*, Ed. by Mary Gregor, 1996, Cambridge, p. 25.

⁹ Jaime Malamud Goti, *Legítima defensa y estado de necesidad*, Cooperadora, 1977.

surgidos de la necesidad se originen en circunstancias inusuales, sino también que las razones del agente para violar esos derechos se deriven de la peculiaridad de la situación. Entre otros requisitos, el estado de necesidad se refiere a acciones privadas, acciones guiadas por el juicio del agente cuando está solo y debe proteger un bien muy valorado. El estado de necesidad es entonces impensable en presencia de la autoridad pública.

A diferencia del caso de los piqueteros, los actos por estado de necesidad no intentan provocar un cambio institucional sino que buscan superar alguna amenaza inmediata a la vida, a la integridad corporal o a algún bien muy valioso. En la medida en que estos actos se llevan a cabo en una situación de extrema urgencia, nuestras creencias morales ordinarias son coherentes con las disposiciones de la mayoría de los sistemas legales modernos. Por contraste, no creemos que a las acciones que intentan reparar una condición injusta permanente son acciones que buscan superar una situación de extrema urgencia en este sentido. Las vemos como un medio para obtener reformas legales y políticas que el agente cree necesarias para mejorar su condición general. Por consiguiente, el paralelo entre los actos invasivos de desobediencia civil realizados por los pobres y el estado de necesidad es equivocado, tanto objetiva como subjetivamente. Objetivamente, porque la pobreza que nos concierne aquí sólo es relevante cuando se trata de una pobreza extrema en un país en el que no son todos pobres. Los piqueteros existen porque alguna gente en su país es considerablemente rica. Si la pobreza fuera uniforme, la estrategia de los piqueteros no tendría sentido, aunque sólo fuera porque no habría nadie cuyas quejas pudieran atraer suficiente atención, ni nadie cuya atención fuera relevante. El punto es que las acciones motivadas por la pobreza responden a desigualdades permanentes y estructurales, mientras que las acciones motivadas por el estado de necesidad surgen de situaciones instantáneas, anómalas e insostenibles que no revelan ningún desacuerdo especial con el sistema

legal. El agente estima que la situación requiere una reacción inmediata, más allá de la situación del resto de la población.

Subjetivamente, las acciones provocadas por el estado de necesidad y las acciones de los piqueteros también son claramente distintas. Si una persona entra a la casa de otra para evitar morir de inanición es porque ninguna razón guía su acción salvo la necesidad de comida. Las razones provenientes de la urgencia tienden a ser exclusivas. No sería creíble que una persona actuó por necesidad si, entre las razones que da para haber saqueado el departamento de otra, incluye que tenía antojo de comerse el queso camembert que esa persona tenía en su despensa. Las razones que se derivan de la satisfacción de deseos que no son la necesidad urgente de obtener comida invalidarían las razones genuinas nacidas de la necesidad. Ciertas razones son incompatibles con otras, incluso cuando llevan a actuar de la misma manera. Sería raro que una persona le pidiera a otra que le abriera la puerta por deferencia y al mismo tiempo amenazara con romperle los dientes si se negara. El miedo a ser golpeado y la deferencia no son acumulativos sino que se neutralizan¹⁰. Entendidas en sentido estricto, las razones que nacen del estado de necesidad invalidan otras razones como, por ejemplo, las que se originan en el objetivo de mejorar la condición general del agente. Por supuesto, lo opuesto también es verdad.

Lo dicho hasta aquí se refiere al acotado tema de la justificación de cierto tipo de desobediencia civil: aquellos actos basados en la afectación de los derechos de terceros. Dentro de ese ámbito, considero que corresponde hacer ahora una salvedad referida a la existencia de un derecho fuerte a ser tenidos en cuenta en los procesos de toma de decisiones políticas que nos afectan. Este derecho implica, por supuesto, un derecho instrumental a llamar la atención acerca de nuestras demandas. También creo que, para obtener esta atención, la gente en la base de la

¹⁰ Ver un agudo análisis al respecto en Meir Dan-Cohen, *Harmful Thoughts: Essays on Law, Self and Morality*, 2002 Princeton, p. 109-115.

pirámide pueden tener que recurrir a alguna acción extraordinaria. Pero el derecho en cuestión puede servir como razón para afectar los derechos de otras personas siempre y cuando no haya otra alternativa inocua. Además, las violaciones a los derechos de otras personas deben cesar en el momento en que cumplen su objetivo de llamar la atención sobre su condición.

Como excusa, déjenme enfatizar que he tratado la noción de justificación no desde el punto de vista de la moralidad privada sino del de la moralidad política. Por moralidad política, me refiero a los principios que provienen no de la acción individual ideal sino de las formas justas de convivencia. En la medida en que estemos de acuerdo con la distinción entre justificación y excusa, claramente he omitido el tratamiento de la segunda. Circunstancias tales como la ignorancia y la desesperación son muy relevantes; ellas permiten que los tribunales logren la sutileza necesaria para decidir correctamente si condenar o absolver ciertas transgresiones llevadas a cabo por algunos piqueteros.

Fin