

CAROLINA FERNÁNDEZ BLANCO
ESTEBAN PEREIRA FREDES
(Eds.)

DERECHO Y POBREZA

CÁTEDRA DE CULTURA JURÍDICA
Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2021

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN, Carolina Fernández Blanco y Esteban Pereira Fredes....	13
1. Consideraciones generales sobre el derecho y la pobreza	13
2. Sobre el contenido de la obra	15
EL DÉFICIT DE DERECHOS COMO POBREZA Y EL ESTADO DE DERECHO COMO SUPERADOR DE LA POBREZA, Carolina Fernández Blanco	21
1. Introducción.....	21
2. ¿Qué pobreza?	23
3. El déficit de derechos como pobreza.....	26
3.1. De capacidades a derechos y de derechos a capacidades	26
3.2. El derecho como condición necesaria para hacer realizables las capacidades.....	31
3.2.1. Aspectos sustantivos del derecho que son condiciones necesarias para las capacidades.....	31
3.2.2. Aspectos estructurales del derecho que son fundamentales para acceder a las capacidades humanas: el Estado de derecho.....	33
3.2.3. Pero... ¿y si la posibilidad de que se cumplan los requisitos del Estado de derecho depende de la ausencia de pobreza?.....	39
4. Una pregunta y dos conclusiones.....	43
Bibliografía	45

	Pág.
POBREZA Y ESTADO: NOTAS DESDE AMÉRICA LATINA, Daniel Mendonca.....	49
Bibliografía.....	60
DERECHOS SOCIALES Y POBREZA. ALGUNAS REFLEXIONES DESDE LAS CATEGORÍAS DE PÚBLICO Y PRIVADO, Silvina Álvarez Medina.....	63
1. Introducción.....	63
2. Los derechos sociales.....	65
3. Los derechos frente a las categorías de lo público y lo privado.....	70
3.1. Esfera pública y privada.....	70
3.2. Repensar la distinción público-privado desde una perspectiva que propicie la autonomía de las personas.....	74
4. Los derechos y la pobreza.....	77
Bibliografía.....	79
¿INCUMBE AL DERECHO PRIVADO LA LUCHA CONTRA LA POBREZA?, Diego M. Papayannis.....	81
1. Introducción.....	81
2. Distribución de bienes primarios y redistribución de recursos.....	84
3. ¿Debe el derecho privado ocuparse de la redistribución de la riqueza?.....	89
4. De los bienes primarios a las capacidades.....	94
5. Las capacidades y el florecimiento humano.....	101
6. El derecho privado y la calidad de vida.....	105
6.1. Bienes inembargables.....	109
6.2. Bienes de dominio público.....	112
6.3. Esquemas de cooperación y reciprocidad: servidumbres e inmisiones.....	113
6.4. Derecho de admisión.....	116
7. A modo de conclusión: el derecho privado y su ineludible participación en la política pública.....	123
Bibliografía.....	125
¿CÓMO REPENSAR LA POBREZA DESDE EL DERECHO PRIVADO?, Esteban Pereira Fredes.....	129
1. Introducción.....	129
2. Derecho privado y los pobres.....	130
3. Fundamentos de la resistencia.....	133
4. Del individualismo al derecho privado social.....	141
5. Repensar el derecho privado.....	150
6. Consideraciones finales.....	166
Bibliografía.....	167

	Pág.
GÉNERO, POBREZA Y DERECHO. EL CASO DEL TRABAJO DOMESTICO NO REMUNERADO, Francesca Poggi.....	171
1. Introducción.....	171
2. Género y pobreza.....	172
2.1. Las concepciones de la pobreza.....	172
2.2. Los conceptos de género.....	176
2.3. La pobreza como concepto «generizado».....	177
3. El caso del trabajo doméstico no remunerado.....	179
4. El rol del derecho.....	182
4.1. La naturalización y devaluación del trabajo domestico en el derecho.....	184
4.2. Objeciones y conclusiones.....	187
Bibliografía.....	189
«¡PORQUE ERES MUJER!» TRABAJO INVISIBLE Y FEMINIZACIÓN DE LA POBREZA, Susanna Pozzolo.....	193
1. Introducción.....	193
2. Pobreza y mujeres.....	194
3. ¿Tradición? Yo diría un tipo de mujer.....	196
4. Derechos de la mujer y desigualdad persistente.....	198
5. Trabajo invisible.....	199
6. Un desafío: ¿la igual división de las tareas domésticas entre los sexos como derecho fundamental?.....	204
6.1. La fuerza de la tradición.....	205
6.2. Doble cargo y retórica de la familia.....	206
6.2.1. No hay igualdad si hay sexismo.....	208
6.3. El valor del tiempo no es algo automático.....	210
7. Conclusiones.....	213
Bibliografía.....	216
EXTREMA POBREZA Y PODER PENAL, Rocío Lorca.....	221
1. Introducción: perspectivas para abordar la relación entre castigo y pobreza.....	221
1.1. Dos tipos de problema.....	222
1.2. Pobreza y agencia.....	224
1.3. Pobreza y potestad punitiva del Estado.....	225
2. Pobreza y legitimidad del poder penal: las teorías de la pena.....	226
2.1. Teorías consecuencialistas.....	226
2.2. Teorías de la retribución o del merecimiento.....	227
3. Pobreza y legitimidad del poder penal: autoridad política.....	231

	Pág.
4. Extrema pobreza, autoridad política y poder penal	233
4.1. Una concepción mínima de autoridad.....	233
4.2. Dos concepciones de la extrema pobreza	235
4.3. Extrema pobreza y autoridad política.....	236
5. Conclusiones.....	239
Bibliografía.....	240
ENTRE EL POPULISMO Y EL ELITISMO PENAL: LA CREACIÓN DE- MOCRÁTICA DE LEYES PENALES, Gustavo A. Beade	245
1. Introducción.....	245
2. Elitismo penal	246
2.1. Expertos teóricos	247
2.2. Expertos prácticos.....	249
2.3. El problema de los expertos	250
3. El populismo penal	251
3.1. El problema del populismo penal	252
4. Lineamientos de un derecho penal democrático.....	254
5. La autoridad del derecho penal y la desigualdad estructural.....	256
6. Comentario final.....	259
Bibliografía.....	259
POBREZA COMO DECISIÓN POLÍTICO-JURÍDICA: POBREZA COMO INJUSTICIA SOCIAL, Silvina Ribotta	263
1. Presupuestos de partida.....	263
2. El derecho definiendo a la pobreza	265
2.1. De qué hablamos cuando hablamos de pobreza.....	266
2.2. Pobreza y desigualdades económicas: un problema de justicia.....	269
3. El derecho desvinculado de las necesidades básicas: derecho empobrecido.....	274
3.1. La tensión necesidades y derecho	275
3.2. Concepto de necesidades que interpelean al derecho.....	279
3.3. Una clasificación de necesidades para cuestionar las jerar- quías del derecho.....	283
4. El derecho y la (des)igualdad de oportunidades	293
5. Desigualdades económicas como productoras de pobreza y el derecho como posibilitador de injusticias sociales.....	298
Bibliografía.....	304

	Pág.
EL PESO DEL DEBER DE REDUCIR LA POBREZA EXTREMA GLO- BAL, Francisco García Gibson.....	311
1. Introducción.....	311
2. Deberes correlativos a derechos y no correlativos a derechos	313
2.1. Objeción libertaria.....	314
2.2. Objeción kantiana	316
3. Deberes que pueden respaldarse mediante la coerción y deberes que no.....	318
4. Deberes perfectos <i>versus</i> deberes imperfectos	321
4.1. Indeterminación <i>versus</i> discrecionalidad	322
4.2. ¿Son indeterminados los deberes hacia los pobres globales?..	323
4.3. ¿Son discrecionales los deberes hacia los pobres globales? ..	324
5. Conclusión.....	329
Bibliografía	329
LA POBREZA EN EL DERECHO PROCESAL. BUSCANDO UN MAR- CO TEÓRICO ADECUADO, Marco Segatti.....	331
1. Introducción.....	331
2. La obra académica y política de Franz Klein: una primera mirada.....	332
2.1. El contraste entre interés público e intereses privados: tres tesis sobre el juicio civil.....	333
2.2. ... y unas críticas	335
3. La nueva teoría económica del consumidor	337
3.1. Una interpretación idiosincrática (pero textual): la nueva teoría del consumidor formulada por Gary Becker en tres pasos.....	337
3.1.1. La nueva teoría del consumidor: un comentario bre- ve a su impacto sobre sus motivaciones teóricas	339
3.2. La nueva teoría del consumidor en el contexto procesal: tres observaciones.....	341
3.2.1. Primera observación: el derecho como <i>commodity</i>	341
3.2.2. Segunda observación: el derecho como capital	343
3.2.3. Tercera observación: el derecho como factor de deri- vación de las funciones de demanda.....	345
4. Conclusión.....	347
Bibliografía	347

PRESENTACIÓN

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO Y LA POBREZA

La relación entre derecho y pobreza es incuestionable, multifacética y significativamente abarcadora. Sin embargo, solo en años recientes se ha comenzado a estudiar y entender en sus diversas dimensiones y en los diferentes niveles en que aquella tiene lugar. Desde hace algunas décadas, principalmente la economía, a través del redescubrimiento del valor de las instituciones, ha explorado algunas aristas de esta relación, especialmente mediante el análisis de la práctica jurídica y el vínculo entre desarrollo e instituciones (y de manera generalmente indirecta ha permitido relacionar el derecho con la pobreza). En una sintonía similar esta vinculación ha sido abordada desde estudios sociológicos, antropológicos e históricos, pero en pocas oportunidades se la ha abordado *desde el derecho*. Lo que se propone alcanzar este libro es ofrecer una aproximación más directa a la cuestión de la pobreza desde una perspectiva estrictamente jurídica que no solo describa las consecuencias de la práctica jurídica sobre la pobreza, sino que promueva un análisis más profundo de sus estrechas interconexiones teóricas y, en algunos casos, sobre el modo en que la práctica permite visibilizar esas vinculaciones.

Los estudios jurídicos en el ámbito iberoamericano han centrado habitualmente su atención en otros problemas emparentados con la pobreza: el de la desigualdad y el de la capacidad autoritativa del derecho en contextos de extrema pobreza. En efecto, respecto de la cuestión de la desigualdad pareciera que las preocupaciones distributivas han sido menos ajenas a los intereses de las y los juristas que aquellos vinculados estrictamente con la pobreza. Es posible hallar distintos trabajos que se ocupan de examinar los efectos distributivos que tienen lugar a partir de reglas e instituciones jurídicas. También se ha echado luz sobre cómo la toma de decisiones en el derecho público y —quizá con menos nitidez— en el de-

recho privado impacta en la situación de los grupos desaventajados. Del mismo modo, las clásicas inquietudes iusfilosóficas acerca de por qué obedecemos al derecho y en qué contextos la normatividad o autoridad del derecho se debilita han tenido su reflejo en el estudio de estas cuestiones y su relación con la pobreza. En situaciones de pobreza extrema, se piensa, es necesario revisar el deber de obediencia del derecho que les corresponde a quienes resultan afectados por aquella, tornándose pertinentes ciertas formas de resistencia. La normatividad de lo jurídico se resiente. A su vez, la legitimidad para imponer castigos penales en esta clase de contextos ha sido puesta en duda en distintas ocasiones.

Frente a tal escenario, este libro busca articular un examen más acabado acerca de la vinculación entre derecho y pobreza. Para ello, su diseño sitúa la pobreza en diversas áreas del derecho, develando el lugar que en ellas ocupa, las dificultades que pueden detectarse en su tratamiento, así como las maneras en que debiere hacerse frente. Sobre la base de la complejidad y multidimensionalidad que caracteriza al fenómeno de la pobreza, esta propuesta reúne una amplitud de reflexiones que conjugan diferentes marcos teóricos y herramientas conceptuales para abordarlo. Ello explica por qué las autoras y los autores que se congregan en esta obra echan mano de esquemas que se han posicionado con anterioridad en los estudios filosóficos sobre la pobreza —como tradicionalmente ocurre con el «enfoque de las capacidades»— y, del mismo modo, acuden a literatura que forma parte del bagaje conceptual propio de las respectivas zonas del derecho desde las cuales escriben, poniéndola en diálogo directo con los asuntos de la pobreza. El resultado es un acercamiento vigoroso, extenso en ángulos de reflexión y rico en consideraciones jurídicas, mostrándose pertinente para el tipo de problema que constituye la pobreza y el sinnúmero de desafíos que esta ofrece al derecho.

Una cuestión que permanece presente en los estudios sobre el fenómeno de la pobreza es su relación con el de la desigualdad. A pesar de que a menudo se les equipare, no media entre estas nociones una verdadera conexión analítica. La pobreza es, en realidad, algo más básico que la desigualdad¹. Es evidente que entre estas dos cuestiones hay vinculaciones estrechas y que las soluciones a la primera pueden venir, en muchas ocasiones, de la mano de mejoras en la distribución de los recursos o las oportunidades. Sin embargo, esas conexiones no permiten subsumir el concepto de pobreza en el de desigualdad ni a la inversa, ya que hay situaciones en las que pobreza y desigualdad no recorren el mismo camino. En China, por ejemplo, en las últimas décadas se redujo tan significativamente la pobreza en términos de ingresos como se aumentó la desigualdad; también es posible pensar la situación inversa: un país con un alto coeficiente de desigualdad en donde una crisis económica afectara a todos por igual generaría más pobres sin reducir la brecha de la desigualdad. Chile, por su parte, ha experimentado desde décadas

¹ IGLESIAS VILA, M., 2005: «Justicia global y derechos humanos: hacia una ética de las prioridades», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 9: 53.

recientes una reducción de la pobreza que no ha ido de la mano con una disminución de la desigualdad. Esta última, por el contrario, ha aumentado. Esta diferenciación, que es clara para los organismos nacionales e internacionales que se ocupan de medir la pobreza y la desigualdad, no aparece como una distinción tan frecuentemente esgrimida en el ámbito jurídico².

Por último, como explica IGLESIAS VILA, la escasez radical no debería preocuparnos únicamente porque ejemplifica una situación de desigualdad de recursos injustificable o inaceptable. Lo que es inaceptable no es que haya personas que están en una peor situación que nosotros. La pobreza extrema tiene relevancia moral porque está relacionada con la dignidad humana, con la ausencia de las condiciones de agencia más mínimas, con aquellas capacidades básicas que toda persona debe poder tener como agente moral que posee un valor intrínseco, algo que está desvinculado de la relativa situación de los otros³. Por ello, la atención de esta obra se focaliza principalmente en la pobreza antes que en la desigualdad, reafirmando que no existe una vinculación analítica entre ambos términos, pero —aún más importante— echando luz sobre la cuestión sustantiva que subyace a esta preferencia; a saber, que las consideraciones de la pobreza son normativamente más decisivas que las ofrecidas por la desigualdad cuando se trata del derecho.

2. SOBRE EL CONTENIDO DE LA OBRA

Los doce ensayos que componen este volumen dan cuenta de la pretensión común de analizar dimensiones relevantes de la pobreza a partir del fenómeno jurídico. La pobreza es tematizada en forma directa desde distintas preocupaciones del derecho, transitando desde cuestiones conceptuales e institucionales a exámenes provenientes tanto del derecho privado como público, cubriendo también consideraciones provenientes de la perspectiva de género. Se trata de una obra colectiva en la que la paridad de género entre las autoras y los autores que la componen se encuentra reforzada con un equilibrio en el carácter de las aproximaciones que son contempladas. Algunos de estos trabajos fueron presentados y discutidos en el *Workshop sobre Derecho y Pobreza* que se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad de Girona durante los días 14 y 15 de febrero de 2019. La riqueza del diálogo que tuvo lugar entre los participantes de esta actividad permitió refinar los ensayos y brindarles una calidad distintiva

² Así, por ejemplo, instituciones como la CEPAL, el Banco Mundial y el PNUD miden separadamente la pobreza y la desigualdad. Mientras que la primera alude a las condiciones mínimas que requieren las personas para forjar sus proyectos personales de vida, las cuales no se reducen a los ingresos, puesto que incluyen dimensiones de agencia, educación, salud y trabajo, entre otros elementos, la segunda hace referencia a la brecha que existe entre personas o entre grupos sociales en términos de ingresos, acceso a oportunidades o servicios que brinden bienestar. Véase, por ejemplo, <https://www.cl.undp.org/content/chile/es/home/ourwork/povertyreduction/overview.html> (última consulta realizada el 2 de marzo de 2020).

³ IGLESIAS VILA, 2005: 53.

que comparten los distintos trabajos que forman parte de esta obra. Así, quien revise su contenido podrá acceder a una pluralidad de miradas que se refleja en los trabajos que a continuación se reseñan.

Carolina FERNÁNDEZ BLANCO inaugura el elenco de contribuciones con un ejercicio teórico que busca reflexionar sobre la pobreza desde el derecho, entendiéndola en términos de un déficit de derechos y que posiciona al Estado de derecho como un instrumento crucial para su superación. Esta visión es particularmente pertinente para el contexto político-jurídico de América Latina. La autora echa mano del enfoque de las capacidades para proponer su traducción al lenguaje de los derechos, posibilitando un marco de mayor diálogo y efectividad en las demandas entre las personas y los Estados. Su apuesta consigue amalgamar la pobreza en un sentido multidimensional tanto con los derechos como con el derecho, atendiendo a sus dimensiones sustantivas y estructurales.

El trabajo de Daniel MENDONCA continúa en parte la línea del anterior por sus preocupaciones acerca de América Latina, el Estado de derecho y la relación entre derechos y pobreza. El autor, sin embargo, incluye también preocupaciones sobre las posibles afectaciones a la democracia en contextos de una fuerte incidencia de la pobreza, explicando que la situación de las últimas décadas en América Latina define una nueva realidad sin antecedentes: la relación entre democracia, pobreza y desigualdad, ya que por primera vez conviven estos tres fenómenos y la democracia enfrenta el desafío de su propia estabilidad coexistiendo con los retos de la pobreza y la desigualdad.

Silvina ÁLVAREZ MEDINA aborda la cuestión de la pobreza explicando, en primer lugar, las razones de la histórica desventaja de los derechos sociales respecto de los derechos civiles y políticos. Además, presenta los puntos de coincidencia entre ambos grupos de derechos y propone una visión de los derechos sociales asociada a la esfera privada. Luego se detiene en consideraciones sobre el tratamiento jurídico y político de los ámbitos público y privado como categorías que estructuran los ordenamientos jurídicos. Finalmente, se ocupa de los sesgos de las categorías del liberalismo con relación a la autonomía de las personas, los deberes positivos del Estado y las personas en situación de pobreza. La tesis central de este trabajo es que la postergación de los derechos sociales se vincula con el protagonismo que en la teoría política y constitucional ha tenido la esfera pública y, con ello, los derechos civiles y políticos, en desmedro de los derechos sociales vinculados a la vida privada de las personas.

Por otro lado, en el contexto del derecho privado, Diego M. PAPA-YANNIS se pregunta si acaso a esta área de lo jurídico le incumbe la lucha contra la pobreza. Su respuesta se inclina por la afirmativa, analizando el rol insustituible que desempeña el derecho privado en el mejoramiento de la calidad de vida de las personas. Con anterioridad, el autor puso en evidencia las cuestiones distributivas que necesariamente están en juego en el derecho privado y en este lugar muestra la relevancia de la justicia interpersonal para la calidad de vida. En la lucha contra la pobreza, la

labor del derecho público debe ser complementada por la ejercida mediante el derecho privado, porque el primero no es el único sector que redistribuye recursos —ni el que necesariamente mejor lo hace— y, además, el derecho público no puede por sí solo mejorar materialmente la calidad de vida de la comunidad. Para alcanzar este mejoramiento y, con ello, contribuir a la lucha contra la pobreza debe atenderse al derecho privado. La justicia interpersonal resulta tan indispensable como la justicia distributiva.

El trabajo de Esteban PEREIRA FREDES, que al igual que el anterior se enfoca en el derecho privado, propone un cuestionamiento de las asunciones que han impedido pensar acerca de la pobreza desde el derecho privado. El autor juega con el título de su trabajo «Repensar la pobreza desde el derecho privado» para proponer, en definitiva, un «repensar» el derecho privado para romper con los obstáculos que han impedido un acercamiento de esa disciplina jurídica al fenómeno de la pobreza. Para ello, comienza explorando algunas ideas de MARX sobre el derecho para reflejar las dificultades que afronta el derecho privado frente a problemas sociales como la pobreza. Luego PEREIRA FREDES presenta el ejercicio de «autocomprensión» del derecho privado formulado por E. WEINRIB para explicar cómo las asunciones que alejan al derecho privado de la pobreza continuaron profundizándose; sin embargo, el trabajo presenta finalmente nuevas caras o luces de las características definitorias del derecho privado presentadas por WEINRIB que permiten repensar el mismo para, a su vez, repensar la pobreza.

Francesca POGGI abre el espacio de reflexión sobre género y pobreza analizando las relaciones complejas y multiformes entre género, pobreza y derecho, y centrándose en un caso concreto que analiza en profundidad, el trabajo del doméstico no remunerado. La autora, luego de analizar los conceptos básicos de género y pobreza, se detiene en la tesis según la cual la pobreza está conectada al género bajo muchos perfiles para, a continuación, examinar esa conexión respecto del trabajo doméstico no remunerado. Su tesis central es que los altos índices de pobreza femenina se ven influidos por la carga excesiva de trabajo doméstico no remunerado. La parte final del trabajo se concentra en presentar y analizar los instrumentos jurídicos que pueden adoptarse para romper esa conexión y mejorar la situación de la pobreza femenina. La propuesta de POGGI es que una estrategia posible para erradicar los estereotipos consiste en no incorporarlos y, por tanto, no reproducirlos en el derecho; luego de ese ejercicio, la autora considera algunas posibles objeciones a su tesis que refuta con agudeza.

Susanna POZZOLO, por su parte, continúa con la temática sobre género y pobreza proponiendo inicialmente un enfoque crítico sobre el concepto de personas o grupos vulnerables, entre el que se encuentran históricamente las mujeres. Luego de recorrer diferentes concepciones sobre la pobreza se inclina por un enfoque multidimensional en el que esta, además, puede ser vista como un fenómeno variable y contextual. Sobre esa base la autora realiza un profundo estudio de la llamada «feminización de la

pobreza», tras lo cual concluye que corresponde adoptar un concepto más amplio de pobreza que sea *interseccional* e *interrelacional*. El trabajo analiza con detalle las causas de la feminización de la pobreza, algunas de índole cultural y otras vinculadas a la distribución desigual del trabajo doméstico no remunerado. Erradicar el fenómeno de feminización de la pobreza, concluye POZZOLO, requiere un cambio en aquello que produce la subordinación y, por tanto, en el derecho.

A su vez, desde el prisma del derecho penal, Rocío LORCA desarrolla un profundo examen acerca de las maneras en que la teoría del derecho penal puede abordar la pobreza, haciendo hincapié en uno de los principales desafíos que esta ofrece a las prácticas punitivas estatales. En los contextos de extrema pobreza, arguye la autora, no es posible justificar el castigo, ya que la condición de pobreza socaba el vínculo político entre el Estado y el individuo. La pobreza erosiona la legitimidad de la pena porque, en tal situación, el Estado carece de autoridad política sobre quien castiga penalmente. Con base en la concepción mínima de la autoridad esgrimida por HOBBS, muestra cómo se debilita el vínculo entre el Estado y el individuo —y con ello la legitimidad de la pena— si el Estado y el orden político e institucional producen o preservan condiciones de extrema pobreza.

Gustavo A. BEADE indaga algunos de los problemas que trae aparejada la determinación de qué es parte del derecho penal, concentrándose en la criminalización de conductas que tienen como destinatarios a los grupos vulnerables. Según el autor, la participación ciudadana es determinante para la legitimidad de las leyes penales, siendo posible cuestionar tanto aquellas que carecen de participación democrática como las que la tienen, pero de manera escasa. Es necesario resguardar a los grupos desaventajados de dos riesgos distintos pero vinculados: el elitismo y el populismo penal. Estos son especialmente lesivos en contextos de desigualdad estructural porque el derecho pierde autoridad y, además, se incrementa la desigualdad, afectando directamente a los pobres. De este modo, se perfilan algunas ideas de un derecho penal democrático que están delineadas a partir de la filosofía política republicana, estrechando el vínculo entre la comunidad política y el derecho penal.

Silvina RIBOTTA comienza poniendo el acento en la negación que, desde el derecho, la investigación, el debate y las políticas públicas, se ha producido respecto del problema de la pobreza. Desde ese punto de partida, la autora analiza la relación existente entre derecho y pobreza, partiendo de la idea de que la pobreza es consecuencia de una determinada organización desigualitaria de los recursos que se fortalece por un modelo jurídico, político, económico y cultural. Luego de acercar una posible definición de pobreza, RIBOTTA resalta que el derecho moderno y democrático, compatible con los derechos humanos, legitima un *statu quo* desigualitario al reproducir un esquema jerárquico de derechos desvinculado de las necesidades básicas como fundamentos de los derechos. Desde allí argumenta que la pobreza expresa una de las mayores injusticias sociales, vinculada empíricamente con las desigualdades

económicas, y en la cual el derecho cumple claros roles legitimadores y reproductores de esa injusticia.

En el marco del derecho internacional, FRANCISCO GARCÍA-GIBSON analiza los deberes que tienen los Estados que cuentan con más ingresos respecto de reducir la pobreza global. Estos deberes están tradicionalmente comprometidos con dos asunciones que son sometidas a prueba. La primera es que los deberes de los Estados con los pobres globales son meramente de asistencia, mientras que los deberes con sus residentes desaventajados constituyen genuinos deberes de justicia. La segunda, en tanto, reside en la afirmación según la cual los deberes de asistencia siempre tienen menor peso que los de justicia. A partir de un cúmulo de criterios es evaluado el contraste entre deberes de asistencia y deberes de justicia, mostrando en qué sentido esta distinción no fundamenta la preeminencia que se le asigna a los deberes domésticos de los Estados en desmedro de los globales. Los deberes positivos básicos de los Estados a favor de los pobres globales tienen, como sugiere el autor, igual o mayor peso que los deberes hacia los desaventajados domésticos.

Finalmente, MARCO SEGATTI cierra el conjunto de ensayos preguntándose cómo y de acuerdo con qué herramientas conceptuales y metodologías de análisis el derecho procesal puede ocuparse de la pobreza. El autor acude para ello a dos insumos teóricos. Por una parte, la concepción de la pobreza ofrecida por FRANZ KLEIN en la legislación austriaca de procedimiento civil promulgada a fines del siglo XIX. Por otra, la reformulación que efectuó GARY BECKER de la teoría del consumidor durante el siglo XX. De la mano del vocabulario de BECKER, el autor enfatiza la relevancia del concepto de «capital jurídico» para inquirir los efectos de la legislación procesal en su acumulación, mantención y distribución. Este permite enmendar algunas ideas de KLEIN sobre el impacto de la regulación procesal en las partes más pobres, así como develar su influencia en elecciones, vulnerabilidades y riesgos que pueden mejorar o empeorar las condiciones de vida de las personas.

La diversidad de aproximaciones que incluye esta obra arroja luz acerca de la complejidad del vínculo que media entre el derecho y la pobreza. Como es posible apreciar, esta relación no se expresa de manera uniforme ni se canaliza a través de una sola dirección. Su conexión debe ser desentrañada desde diferentes ángulos y dimensiones de análisis. Tomarse en serio el fenómeno de la pobreza desde el punto de vista jurídico conlleva, entre otras cosas, ampliar el marco de estudio y las herramientas disponibles. Ello explica por qué hasta la publicación de *Derecho y pobreza* no es posible hallar en el contexto jurídico iberoamericano una obra que conspiciuamente encarne el proyecto de articular un trabajo mancomunado para abordar la relación entre esos términos.

En nuestra calidad de editores estamos profundamente satisfechos con esta obra colectiva que hoy ponemos a disposición de la comunidad académica y ciertamente agradecidos por el esfuerzo, compromiso y entusiasmo que cada autora y autor depositó en su contribución. Gracias a esto, las expectativas iniciales albergadas en el proyecto han sido del todo

cumplidas, alentando a insistir en el porvenir con esta clase de esfuerzos. El resultado alcanzado por este conjunto de reflexiones es alentador: a medida que más nos adentramos en la conexión entre derecho y pobreza, mayor profundidad se logra en nuestro conocimiento acerca de las cuestiones de pobreza. En ello reside, precisamente, una de las contribuciones de indagar directamente la pobreza *desde* lo jurídico.

Girona y Santiago de Chile, septiembre de 2020.

Carolina FERNÁNDEZ BLANCO

Esteban PEREIRA FREDES

EL DÉFICIT DE DERECHOS COMO POBREZA Y EL ESTADO DE DERECHO COMO SUPERADOR DE LA POBREZA

Carolina FERNÁNDEZ BLANCO

Universidad de Girona

«Si la miseria de nuestros pobres no es causada por las leyes de la naturaleza, sino por nuestras instituciones, cuán grande es nuestro pecado».

Charles DARWIN (*El viaje del Beagle*, 1839)

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo puede entenderse como un ejercicio a través del cual pensar la pobreza desde el derecho. Sostendré que actualmente una de las posibles formas de definir la pobreza tiene una vinculación con el derecho que es tan estrecha que supera el mero carácter instrumental con el cual habitualmente se ha concebido al derecho en las explicaciones sobre este fenómeno. En esas explicaciones instrumentales, principalmente el *contenido* del derecho es entendido como generador de pobreza o como instrumento para la superación de la pobreza¹ o, por el contrario, se ha concebido la pobreza como la

¹ Es necesario reconocer que hay algunas aproximaciones a la relación entre derecho y pobreza que no son instrumentales, pero que tampoco se encaminan a discutir lo que se planteará en este trabajo. Se trata de discusiones sobre la legitimidad y normatividad del sistema jurídico en contextos de grupos sumamente desaventajados como los pobres. Por ejemplo, se ha desarrollado una sofisticada discusión entre pensadores iberoamericanos acerca de si las personas que se encuentran atravesando por una situación de pobreza tienen o no el deber de obedecer

causa que impide el goce o acceso a ciertos derechos o incluso como la causa que genera una marcada ineficacia del derecho (VILHENA, 2011; LAPORTA, 2015). Este ejercicio de reconstrucción del concepto de pobreza se sustenta en dos pilares principales: *a)* la vinculación entre la pobreza y la ausencia de derechos (es en este sentido en el que el déficit de derechos es constitutivo de la pobreza y parte de sus causas), y *b)* un aspecto instrumental en el cual el derecho, a través de la presencia de ciertos contenidos y del respeto por el Estado de derecho, es fundamental como mecanismo de superación de la pobreza. Es decir, el enfoque que se propone no relega al derecho solo a una función instrumental ni pone únicamente el acento en sus aspectos sustantivos, sino que se orienta también a su funcionamiento y estructura general.

Esta reconstrucción es particularmente importante para América Latina por diversas razones. En primer lugar, las condiciones de América Latina son diferentes de las de otras regiones que padecen también altos índices de pobreza². Los países de esta región, aun con sus dificultades, tienen Estados con poderes diferenciados, medianamente articulados, y afortunadamente la región, con algunas lamentables excepciones, vive actualmente más en condiciones de normalidad que de excepción y los casos de Estados sumamente frágiles son muy pocos³. En segundo lugar, Amé-

al derecho, o, más precisamente, «si el derecho posee un poder normativo tal que incluso en aquellas comunidades donde los recursos económicos y sociales están mal o injustamente distribuidos debemos obedecer al derecho, diferir nuestro juicio acerca de lo que hay que hacer y comportarnos del modo en que el derecho ordena que lo hagamos» (ROSENKRANTZ, 2006: 17; desde esta perspectiva, véanse también IGLESIAS VILA, 2006; GROSMAN, 2006; RODRÍGUEZ, 2006; SELEME, 2006; GAIDO, 2007; GARGARELLA, 2007). En otro grupo de discusiones se plantea si el Estado tiene el estatus moral para imponer el derecho cuando él mismo ha incumplido obligaciones jurídicas vinculadas con la satisfacción de derechos sociales respecto de personas atravesando por una situación de «pobreza grave» (BEADE y LORCA, 2017). Por último, otra vertiente de estos argumentos se pregunta si es posible justificar la coerción penal en situaciones de profunda injusticia social (GARGARELLA, 2010).

² De acuerdo con el Global Multidimensional Poverty Index (2018), América Latina y el Caribe es la segunda región con menos pobres multidimensionales. De los 1.300 millones de pobres multidimensionales que ese índice ha calculado que existen a día de hoy, Europa y Asia central cuentan con 0,3 por 100, mientras que en América Latina y el Caribe viven el 3 por 100 de ellos. En los Estados Árabes la cifra se eleva a 4,9 por 100, en los países del este de Asia y el Pacífico son el hogar del 8,8 por 100 de los pobres multidimensionales y, finalmente, el 42 por 100 se encuentra en África Subsahariana y el 41 por 100 restante en el sur de Asia (OXFORD POVERTY AND HUMAN DEVELOPMENT INITIATIVE, 2018).

³ Si bien no hay una definición unánimemente aceptada del término, un Estado fallido puede ser descrito como aquel en el que se presentan las siguientes características: la ruptura de la ley y el orden producida cuando las instituciones estatales pierden el monopolio del uso legítimo de la fuerza y se tornan incapaces de proteger a sus ciudadanos (o, peor aún, son utilizadas para oprimirlos y aterrorizarlos); la escasa o nula capacidad para responder a las necesidades y deseos de sus ciudadanos, proveer servicios públicos básicos y asegurar las condiciones mínimas de bienestar y de funcionamiento de la actividad económica normal, y, en la arena internacional, la ausencia de una entidad creíble que represente al Estado más allá de sus fronteras (BRINKERHOFF, 2005: 4). Paralelamente al concepto de Estados fallidos se construyó otra denominación para un fenómeno semejante: el concepto de Estado frágil. De acuerdo con la OCDE, la fragilidad de un Estado se define por la combinación de exposición al riesgo y la insuficiente capacidad del Estado, el sistema o la comunidad para manejar, absorber y/o mitigar esos riesgos (OCDE, 2016). La organización *Fund For Peace* realiza anualmente un índice de Estados frágiles. En 2019, de los países de América Latina, Haití ocupa el puesto 12 de 178 y es posiblemente un caso de aquellos a los que las soluciones institucionales, tal y como

rica Latina en el siglo XXI tiene una preponderancia de democracias que —aun con sus particularidades y debilidades— pueden ser consideradas, en su mayoría, democracias liberales. Los viejos patrones de inestabilidad democrática y de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos parecen afortunadamente superados en la región. Finalmente, y sobre esto volveré en el texto, desde que la mayor parte de los países de América Latina recobraron sus democracias, el reclamo por el fortalecimiento del Estado de derecho quedó generalmente excluido de la agenda de los movimientos sociales, activistas y de gran parte de los pensadores preocupados por combatir la pobreza en el subcontinente. Ello podría deberse a que el Estado de derecho ha sido frecuentemente asociado a ideologías conservadoras, reclamos empresariales o políticas económicas habitualmente identificadas como «neoliberales».

En lo que sigue este trabajo se estructurará del siguiente modo: en el punto siguiente se delimitará, con alguna precisión adicional, a qué se hará referencia cuando se hable de pobreza en el texto; luego se pondrá el primer pilar del trabajo que vincula la pobreza a un déficit o ausencia de derechos subjetivos y se ofrece una propuesta de doble vía en la que las capacidades básicas son «traducidas» en términos de derechos y, en sentido contrario, los derechos son entendidos como derechos a las capacidades; el trabajo continúa con la presentación de los aspectos sustantivos del derecho (pero no vinculados necesariamente a derechos subjetivos) y estructurales que se consideran necesarios para hacer posibles las capacidades humanas, cuya ausencia constituye la pobreza. Esa sección del trabajo finaliza con una discusión en la que se cuestiona si es posible el Estado de derecho en el marco de un alto índice de pobreza; finalmente, el trabajo finaliza con una pregunta a la que intentaré responder y dos consecuencias que creo se derivan de esa respuesta y del enfoque del déficit de derechos como pobreza.

2. ¿QUÉ POBREZA?

Me referiré a la pobreza como fenómeno individual que afecta a las personas *qua* personas. Es decir, el objetivo de este trabajo será la posible «identificación» de las personas atravesando por una situación de pobreza y dejaré de lado —excepto que indique lo contrario— el enfoque de la pobreza como cuestión agregativa. Este alejamiento de la concepción estadística de la pobreza me llevará también a distanciarme de los modelos de definición de pobreza que se construyen únicamente a través de la «medición» de este fenómeno⁴.

están presentadas en este trabajo, no resultarían aplicables. Venezuela, el siguiente país más comprometido con esta problemática, se encuentra a una distancia considerable de Haití en el puesto 32. En el otro extremo, el país con menor fragilidad es Uruguay en el lugar 158 (Japón y Estados Unidos están algunos escalones por detrás de Uruguay) (FUND FOR PEACE, 2019).

⁴ Es importante señalar que las nociones agregativas de pobreza no se construyen meramente a través de la suma de las personas atravesando por situaciones de pobreza, sino que requieren de otros elementos que, por razones de espacio y del enfoque de este trabajo, no resultan posibles de abordar. Por ejemplo, el índice de SEN es un indicador compuesto de tres

Esta aproximación individual al concepto de pobreza es, por otra parte, consistente con el enfoque de las capacidades que postula que cada persona debe ser considerada como un fin en sí misma (NUSSBAUM, 2011: 35), y, por tanto, aquello que resulta relevante es la *vida real* que las personas pueden conseguir y no es suficiente asegurar las capacidades para una región, un país, un grupo y ni siquiera para una familia (DIXON y NUSSBAUM, 2012: 557).

Omitiré en esta ocasión hacer un recorrido histórico por las diferentes concepciones de pobreza y, en cambio, me centraré en la que tal vez es, para muchos organismos internacionales y nacionales, la concepción más actual, completa e influyente: la llamada *pobreza multidimensional*. Esta concepción tiene como uno de sus orígenes el enfoque de las capacidades y se diferencia de otros (como el enfoque biológico, el de línea de pobreza o el de las necesidades básicas insatisfechas) por la no exclusividad de los ingresos o la renta para su definición, y por entender que el concepto de pobreza está también constituido por la carencia de bienes, servicios, características⁵ y capacidades humanas que exceden a las que se requieren para satisfacer las necesidades *básicas*. El enfoque de las capacidades humanas ha generado un cambio de paradigma en el que los ingresos o la renta han dejado de ser centrales en la identificación de este fenómeno. La idea de pobreza en SEN y NUSSBAUM se define entonces por su relación con las capacidades humanas. Así, sostiene SEN que «la pobreza debe concebirse como la privación de capacidades básicas» (SEN, 1999: 87)⁶.

En el enfoque de las capacidades, la pobreza es entendida como la privación de las oportunidades de elegir la vida que uno valora. De esta forma, la pobreza es un problema que no se limita a los ingresos, sino que se trata de una situación en donde se presentan condiciones generales de privación de las capacidades humanas (SEN, 1999: 87 y ss.). Por supuesto que existe una relación entre renta y pobreza, pero se trata de una relación instrumental y no constitutiva. El enfoque centra la atención en las privaciones constitutivamente importantes y no solo en las instrumentalmente importantes (como la renta). Por ello es posible afirmar que los ingresos se vinculan con privaciones relativas, mientras que la carencia de capacidades se vincula con privaciones absolutas. Adicionalmente, la relación instrumental entre bajos ingresos y bajas capacidades humanas es *variable* entre las diferentes comunidades e incluso en las distintas familias e individuos.

características relevantes de la pobreza: la incidencia de la pobreza, la brecha de la pobreza y la desigualdad entre los pobres. El método ALKIRE-FOSTER para medir la pobreza multidimensional es aún más complicado y se desagrega en doce pasos. Véase <https://ophi.org.uk/research/multidimensional-poverty/alkire-foster-method/> (consultado por última vez el 12 de abril de 2019).

⁵ «El trigo, el arroz, las papas, etc., son bienes, mientras que las calorías, proteínas, vitaminas, etc., son *características* de estos bienes que busca el consumidor» (SEN, 1982: 23; la cursiva es mía).

⁶ Entiendo que, a diferencia de cómo lo expresa SEN, es posible construir la noción de pobreza *a partir* de la carencia de capacidades. No es la pobreza en sí lo que constituye una privación de las capacidades, sino la ausencia de estas últimas la que constituye la pobreza. Estimo que se trata de una diferencia en el modo de expresar la relación entre capacidades y pobreza que no modifica el entendimiento de SEN sobre esa vinculación, pero que tiene más sentido si se formula de manera inversa.