

ESTUDIOS NUEVA ECONOMÍA

OCTUBRE 2014, VOLUMEN III, NÚMERO 1



POLÍTICAS REDISTRIBUTIVAS EN CHILE.
¿ALTRUISMO FUERTE O ALTRUISMO DÉBIL?
JOSÉ DONOSO

SOBRE EL ORIGEN MORAL JERÁRQUICO Y VIOLENTO DE
LA DEUDA. LA VISIÓN ANARQUISTA DE DAVID GRAEBER
JONATHAN BIDWELL BOITANO

¿EXISTEN DERECHOS SOCIALES?
FERNANDO ATRIA

BRECHA PRODUCTIVIDAD-SALARIO: UN
ACERCAMIENTO POR RAMA
FRANCISCO GOMEZ
RAIMUNDO MAC-AULIFFE
SANTIAGO ROSSELOT

PENALIZACIÓN DEL ABORTO Y SIN TAXES EN CHILE:
¿SE PUEDE ALEGAR PATERNALISMO DE ESTADO?
RENATE CARRIQUIRY
NATALIA CRISPI

GRATUIDAD EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR:
ECONOMÍA POLÍTICA Y EVIDENCIA
FELIPE GAJARDO LEÓN

EDUCACIÓN Y MERCADO: DIVERSAS CONSIDERACIONES
DESDE LA PERSPECTIVA REPUBLICANA
JAVIER GUEVARA

EL DESARROLLO DE LA CIUDADANÍA HASTA FINALES
DEL SIGLO XIX
THOMAS HUMPHREY MARSHALL

Revista Estudios Nueva Economía es elaborada por la agrupación Estudios Nueva Economía (ENE).
Página Web: <http://www.estudiosnuevaeconomia.cl/>,
Contacto: revista@estudiosnuevaeconomia.cl

Director:
Edgardo Cerda Espinoza

Comité Editorial:
Simón Ballesteros
Jonathan Bidwell
Ester Davidoff
Felipe Gajardo
Bernardita Saona
Sebastián Valdebenito

Diagramación y Diseño:
Fabián Peña Loyola

Impreso con financiamiento del IX Fondo Concursable de Proyectos Estudiantiles FEN 2014.
Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile.
Diagonal Paraguay 257, Santiago De Chile.
Septiembre de 2014.

Todos los derechos reservados. Se permite la difusión mientras sea citada su procedencia.
Las publicaciones son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no representan necesariamente el pensamiento de la agrupación Estudios Nueva Economía.

ISSN 0719-2916

Editorial

La presente edición titulada “Derechos Sociales” es el primer número del tercer volumen de la revista Estudios Nueva Economía. A diferencia de ediciones anteriores, el presente número por primera vez congrega trabajos de estudiantes, académicos y autores clásicos, con la intención de dar mayor profundidad a la temática propia de la revista.

Desde la organización Estudios Nueva Economía entendemos que la sociedad chilena transita actualmente por un prolongable punto de inflexión, proceso en el cual se disputa aún de forma débil e insuficiente uno de los pilares de la herencia dictatorial y del modelo neoliberal: la mercantilización absoluta del conjunto de servicios de carácter básico y primordial de nuestras vidas (educación, salud, transporte, vivienda, trabajo). Constatamos con lamento que nuestra formación como profesionales no nos prepara ni incentiva para superar las lógicas estructurales perversas que reproducen el acceso inequitativo a los servicios que permiten una vida digna, y es por ello que creemos imperativo avanzar en procesos de organización y educación que nos permitan acumular fuerzas y conocimiento útil para las luchas cuyo horizonte sea el igualitarismo. Como economistas llamamos a los estudiantes a preguntarse qué es lo que significa “el mercado”, cuáles son sus efectos en nuestras vidas, y qué horizontes de lucha se dibujan bajo el principio de los derechos sociales.

Bajo estas premisas, y tomando en consideración que el desenlace del actual proceso de reformas puede llevarnos tanto a avances significativos y favorables para la realización de cambios institucionales radicales, como también a una cooptación de nuestras demandas y a un vaciamiento de su contenido –distorsionándolo bajo un conocido maquillaje–, la recopilación de estudios y reflexiones presentes en este número tiene una triple finalidad.

La primera es dar cuenta de la importancia de entender, reflexionar y aportar a la idea de derechos sociales como fundamento teórico y político para sacar al mercado de ciertas esferas de nuestras vidas. Bajo ese punto destacamos, que lo que se ha querido posicionar como un cambio de paradigma al sistema educativo no lo será jamás si no se considera en primer lugar a la educación privada como parte de la reforma “fin al lucro, fin a la selección, fin al copago”, ni tampoco si no cuestionamos ni entendemos las implicancias de las lógicas de mercado que se manifiestan en la provisión y financiamiento de la educación (sistema de vouchers). Sin embargo el estudio y acción política no debe limitarse al sistema educativo, sino también a los otros servicios donde la aplicación de las lógicas de mercado se plasman de forma perjudicial para la sociedad.

En un segundo punto buscamos visibilizar y fortalecer la aún insuficiente, tanto cualitativa como cuantitativa, producción de conocimiento crítico que se da en nuestras aulas. Creemos en la capacidad de nuestros compañeros estudiantes de poner al servicio de la lucha política sus capacidades intelectuales. Esperamos que iniciativas como el ENE y la plataforma que significa esta revista contribuyan a ello.

El tercer objetivo de este trabajo es manifestar que quienes comparten ideales y propuestas contra la hegemonía neoliberal, que con fuerza se expresaron el 2006 y 2011, tienen la responsabilidad de materializarlas y llevarlas a buen puerto. Serán nuestras generaciones, con el apoyo de los sectores movilizadas y movilizables, quienes debemos dar los pasos necesarios para que en el día de mañana todo chileno, latinoamericano, y habitante de este planeta pueda acceder a los bienes y servicios que les permitan llevar un buen vivir.

Esperando que los esfuerzos realizados contribuyan a avanzar en los puntos mencionados, queremos finalizar agradeciendo a quienes enviaron sus trabajos para esta recopilación, a Fernando Atria que cooperó con su tiempo y conocimiento, así como a todas las personas interesadas por dedicar su tiempo a formarse y trabajar por un mundo justo.

ÍNDICE

Políticas redistributivas en Chile. ¿Altruismo fuerte o altruismo débil?.....	5
<i>José Donoso S.</i>	
Sobre el origen moral jerárquico y violento de la deuda. La visión anarquista de David Graeber.....	8
<i>Jonathan Bidwell Boitano</i>	
¿Existen derechos sociales?.....	15
<i>Fernando Atria</i>	
Brecha Productividad-Salario: Un acercamiento por rama.....	44
<i>Francisco Gomez</i> <i>Raimundo Mac-Auliffe</i> <i>Santiago Rosselot</i>	
Penalización del aborto y sin taxes en Chile: ¿Se puede alegar paternalismo de estado?.....	52
<i>Renate Carriquiry</i> <i>Natalia Crispi</i>	
Gratuidad en la educación superior: Economía política y evidencia.....	56
<i>Felipe Gajardo León</i>	
Educación y mercado: Diversas consideraciones desde la perspectiva republicana.....	67
<i>Javier Guevara</i>	
El Desarrollo de la ciudadanía hasta finales del siglo XIX.....	70
<i>Thomas Humphrey Marshall</i>	

POLÍTICAS REDISTRIBUTIVAS EN CHILE. ¿ALTRUISMO FUERTE O ALTRUISMO DÉBIL?¹

José Donoso S.²

INTRODUCCIÓN

En la actualidad las definiciones de altruismo difieren entre distintos pensadores, sin embargo, estas presentan algo en común: se basan en la herencia de los pensamientos de Hume, escritos hace más de dos siglos. David Hume dota a la naturaleza humana de un carácter de altruismo³, incluyendo una benevolencia general y universal. Éste surge en contraposición a Hobbes, quien proponía el carácter egoísta como guía de la conciencia humana. Así bien, la idea central de Hume es que los seres humanos no sólo realizamos juicios morales basados en nuestro propio interés, sino que también en el de los demás. De esta manera, una de las distinciones que se hace en la actualidad es la separabilidad entre altruismo fuerte y altruismo débil (Simon, 1983). El primero de estos términos se relaciona con un comportamiento prosocial sin esperar recompensa o evitar un castigo. Por otro lado, el altruismo débil consiste en una acción que beneficie a una persona (o personas), la cual traerá beneficios indirectos en el largo plazo a quien realiza la acción. Finalmente la relación del altruismo con políticas sociales se da en Stiefken (2008), quien arguye que el sentido altruista en la sociedad está detrás de las políticas redistributivas por cuanto es necesario para su viabilidad política, de respaldo y legitimización popular, más allá de la viabilidad económica. Dado lo anterior, el objetivo del presente ensayo es dilucidar si las políticas redistributivas presentes en Chile desde la vuelta a la democracia están inundadas de una lógica altruista fuerte o altruista débil. Esto

es relevante pues permite entender si las élites políticas abogan por una verdadera igualdad o, por el contrario, buscan beneficios anexos, como la perpetuación del poder político- económico. Mi hipótesis, en base a la recurrencia de la inequidad (Castillo 2012), está a favor de un altruismo débil por parte de la clase política. Para terminar esta introducción cabe destacar que la hipótesis es imposible de comprobar directamente pues da cuenta de sentimientos internos de los individuos, así, ésta se testeará tangencialmente mediante hechos que validen su posible veracidad.

PANORAMA ACTUAL

Chile se alza como uno de los países con mayor desigualdad en el mundo (Informe OCDE, 2014), la cual ha permanecido relativamente constante y con una creciente validación social (Castillo, 2012). De esta manera la clase política y, en mayor medida, la Concertación, ha tomado, desde la vuelta a la democracia, esta inequidad como espíritu de lucha, promoviendo una serie de políticas redistributivas en el pasado y presente⁴. Sin embargo, han fallado en este fin, la desigualdad entre el decil más rico y más pobre no sólo ha permanecido constante, sino que, aún peor, la sociedad en su conjunto valida más la desigualdad que hace treinta años. Así bien, las políticas redistributivas pujadas por la sociedad a través de protestas y movilizaciones en estos años parecen haber tenido consecuencias entre las cuales no se encuentra una mayor equidad de ingresos. La pregunta entonces es: ¿Habrán tenido estas políticas el fin último de disminuir la desigualdad?, o, en aspectos más concretos, ¿tendrá la clase política el deseo de llegar a una mayor equidad salarial?

INSTITUCIONALIDAD, TRABA HACIA LA EQUIDAD

Siguiendo a Cohen (2000), para superar la desigualdad debe evidenciarse un cambio no sólo en la estructura social y económica, sino que

1 Ensayo realizado en el marco del curso Asignación de Recursos y Economía del Bienestar, Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile.

2 Estudiante Ingeniería Comercial Universidad de Chile. Correo electrónico: jdonososa@fen.uchile.cl

3 El término altruismo no aparece propiamente tal en Hume. Éste fue introducido por Auguste Comte años después.

4 Ejemplos actuales son la reforma educativa y la reforma tributaria

también en la ética privada. En este aspecto, se debe tener en cuenta tanto elementos sociales coercitivos como no coercitivos. En el primer grupo se encuentran el estado, las leyes y, en general las instituciones formales, mientras que en el segundo tiene relación con las instituciones no formales presentes en una sociedad.

INSTITUCIONES FORMALES

Las instituciones formales, con su base fundamental en la Constitución, han despertado grandes críticas en este último tiempo. Este marco legal nace en 1980 bajo régimen militar, creando innumerables trabas para una representación política efectiva (Balbontín, 2009). En este aspecto la clase política se ha mantenido reacia a su cambio, incluso a la realización de modificaciones estructurales de menor envergadura, como el sistema binominal, el cual provee gran impedimento a la participación electoral y propicia la concentración del poder político (Corvalán, 2012). Así bien, es necesario destacar que tanto en la política de derecha como de izquierda tradicional no ha existido un real interés en modificar estos aspectos de nuestro marco constitucional. En este contexto las políticas redistributivas son dadas a partir de un ambiente de acumulación de poder político lo que, por cierto, en nuestro país está íntimamente relacionado al acumulamiento del poder económico (Espinoza, 2010)

INSTITUCIONES NO FORMALES

Para Cohen la ética privada derivada a partir de elementos sociales no coercitivos como las amistades, familia, clases sociales etcétera, la cual forma parte radical del cambio social en pro de una mayor igualdad. En este aspecto, podemos evidenciar que en Chile existe una mirada bidimensional de la inequidad. Siguiendo a Garretón y Cumsille (2000), mientras los adultos de niveles socioeconómicos bajos y medios enfatizan en la insuperabilidad de la igualdad y la existencia de clases sociales estratificadas, son los de nivel alto los únicos en sostener un discurso basado en diferencias a causa de orígenes naturales. Así bien, podemos clasificar a la

gran masa de políticos entre este último grupo (Espinoza, 2010), generando una moral distinta en cuanto a la desigualdad entre el poder político y la gran mayoría de los chilenos.

Por otro lado, otra institución no formal relevante para nuestro análisis son las redes de contacto. Espinoza (2010) demuestra que, progresivamente, en democracia el poder político se ha relacionado con el poder económico focalizándose en un grupo de personas cada vez más homogéneo en base a una reducida red de contactos. En sus palabras, *la similitud de origen social indicaría tanto que los representantes son reclutados desde un mismo círculo social, como que comparten valores y actitudes propios de ese sector* (Espinoza, 2010). En este contexto la ética privada del sector político es, a su vez, homogénea.

UNIENDO LAS ARISTAS

El discurso político post-dictadura data de que Chile es un país sumamente desigual en materia de ingresos. Dado lo anterior, se hace necesario un fuerte apoyo de políticas redistributivas, sin embargo, la inequidad se ha mantenido constante durante este periodo (Castillo, 2012). En resumen, dichas políticas han fallado. Revisando a Cohen podemos evidenciar los puntos críticos de este suceso. Este autor sostiene que para apalea un contexto desigual hacen falta modificaciones en el ámbito social formal e informal. Con respecto al primero de estos observamos que las políticas se han llevado a cabo bajo un concepto de acumulación de poder, evidenciando, en muchos casos, un rechazo a mayor representatividad, lo cual fomenta un contexto de desigualdad entre la relación mandante-mandatario. Por otro lado esto es potenciado por una clase política cada vez más homogénea cuyo paradigma de la igualdad en torno a la naturalidad va en contra de la moral de la mayoría de los representados. Así bien, el altruismo bajo las políticas chilenas parece ser débil si consideramos que éstas han ayudado en periodos de manifestaciones a calmar los ánimos de los ciudadanos pero, sin embargo, no se han obtenido resultados en esta materia por treinta años.

Kast (1979) argue: Muchas políticas de carácter social en Chile se han caracterizado por sacar recursos a sectores medios y altos de un bolsillo y entregárselos por el otro, donde, al parecer, esta tendencia no ha cambiado. Por otro lado, las pruebas hacia un altruismo débil se hacen más tangibles si tomamos en cuenta la poca intención del sistema político en ceder poder, donde en esta consideración no sólo entra el poder político, sino también el económico. Lo anterior tomando en cuenta la clase social preponderante en los políticos chilenos, siendo estos los principales afectados en un contexto de políticas redistributivas, es decir, podríamos estar bajo un problema de riesgo moral. Dicho esto, la evidencia puede sustentar la creencia del altruismo débil bajo la lógica de ceder espacio en el corto plazo frente a demandas sociales manteniendo el poder en el largo plazo, evidenciando una falta de interés en modificar la situación de inequidad actual. Lo anterior es relevante si queremos pensar a Chile como un país más igualitario. Un contexto de altruismo débil no permite cambios radicales bajo una lógica win-win. En un país tan dividido como el nuestro se hace necesario repensar el norte de nuestras instituciones para luego lograr una modificación de la sociedad. A palabras de Noguera (2003) "... pueden existir "santos" inmorales, por no hablar de "santos" ignorantes, irresponsables o estúpidos: la "virtud altruista" no es siempre garantía de buenos actos". En nuestro caso, políticos que piensen la desigualdad como un suceso natural y formulen leyes bajo un altruismo débil son, por cierto, una traba para nuestro desarrollo⁵.

⁵ Cabe destacar que la conclusión obtenida no es robusta. Como fue mencionado en la introducción, *la hipótesis no puede ser comprobada de forma tajante ya que abunda en los sentimientos internos de los individuos*. Así bien, siguiendo a Pikkety (2013), los sistemas económicos occidentales, incluidos los estados de bienestar, avanzan progresivamente hacia mayores grados de desigualdad de ingresos, dado que la inequidad no proviene de estos, sino de la riqueza. En este contexto, aun habiendo políticas redistributivas altruistas fuertes no se observaría una disminución de la inequidad de ingresos, por lo cual se desarmaría uno de nuestros principales argumentos. Así bien, se hace necesaria una revisión de esta teoría para nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

- Balbontín, Ignacio (2009). "La desconfianza: la brecha que desafía al civismo político".
- Castillo, Juan (2012). "Is Inequality Becoming Just? Changes in public opinion about economic inequality in Chile".
- Cohen, Gerald A. (2000). "Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?"
- Corvalán, Alejandro. (2012). "Sistema Binominal: un Desincentivo a la Participación Electoral".
- Espinoza, Vicente. (2010). "Redes de poder y sociabilidad en la élite política chilena. Los parlamentarios 1990-2005".
- Espinoza, Vicente. (2012). "El reclamo chileno contra la desigualdad de ingresos. Explicaciones, justificaciones y relatos".
- Garretón, Manuel & Cumsille, Guillermo. (2000). "Las percepciones de la desigualdad en Chile".
- Hume, David. (1739). "Tratado de la naturaleza humana".
- Kast, Miguel (1979). "Política Económica y Desarrollo Social en Chile".
- Noguera, José A. (2003). "awlsianos, marxistas y santos: sobre el socialismo igualitarista de G. A. Cohen".
- Miller, David. (1990). "Mercado, Estado y Comunidad".
- Pena, José y Sánchez, José. (2006). "Altruismo, Simpatía y comportamientos prosociales en el análisis económico".
- Stiefken, Juan. (2008). "Altruismo y Solidaridad en el Estado de Bienestar".

SOBRE EL ORIGEN MORAL JERÁRQUICO Y VIOLENTO DE LA DEUDA. LA VISIÓN ANARQUISTA DE DAVID GRAEBER

Jonathan Bidwell Boitano¹

En este trabajo se busca realizar una revisión condensada y sistematizada de la obra “Debt: The first 5000 years” (“Deuda: los primeros 5000 años”; traducido al español con el título de “Una historia alternativa de la economía”, editorial Ariel, año 2011) del antropólogo anarquista David Graeber. Todos los conceptos, explicaciones y ejemplos han sido extraídos del texto y pertenecen al autor, a menos que se explicita lo contrario. He dado coherencia al texto para que puedan captarse las principales tesis y argumentaciones que Graeber realiza en su obra.

INTRODUCCIÓN: ¿CUÁL ES EL ORIGEN MORAL DE LA DEUDA?

Si estudiamos la historia de la deuda, lo primero que advertimos es una profunda confusión moral: por un lado, devolver un dinero prestado se considera algo correcto; por otro lado, es incorrecto tener la costumbre de prestar dinero. Todas las grandes tradiciones parecen colisionar contra este dilema de una u otra manera. Por una parte, en la medida en que las relaciones humanas implican deudas, todas están moralmente comprometidas negativamente. Sin embargo, no deber nada a nadie es malo, ya que es un imperativo moral el cumplir obligaciones con los demás.

De lo anterior surge la idea de que las obligaciones morales son deudas o una especie de contrato. Es decir, la moral se reduce a un contrato económico: la obligación moral se reduce a deuda. ¿Por qué? Porque la deuda es una obligación moral cuantificada, fácil de transferir. No es necesario calcular los efectos humanos; sólo el monto, los balances, penalizaciones y tipos de interés.

Pareciera ser que el dinero tiene la capacidad de convertir la moralidad en un asunto de aritmética impersonal, donde el factor violencia es secundario. Sin embargo, la violencia y la cuantificación están íntimamente relacionados. Tal es la fuente de la confusión moral: la naturaleza violenta del intercambio. Reaparece a lo largo de la historia y yace bajo el tejido básico de las instituciones actuales: Estado y mercado.

La crisis financiera del año 2008 generó un intenso debate sobre la naturaleza violenta de la deuda, del dinero y las instituciones financieras. En el pasado, las épocas de dinero crédito virtual iban acompañadas de instituciones diseñadas para evitar que todo se descompusiera, diseñadas para proteger a los deudores. Esto entra en directa contradicción con el presente, donde las instituciones económicas, como el FMI, defienden a los acreedores.

La violencia es la fuente del intercambio. Por lo tanto, los orígenes hay que buscarlos no en el trueque entre hombres libres (como ocurre en el mito de los textos económicos ortodoxos) sino en crímenes y recompensas, guerras y esclavitud, honor, deuda y redención; todo lo anterior basado en una premisa fundamental: el soporte institucional para la violencia basado en relaciones morales de autoridad jerárquica.

UNA VISIÓN ALTERNATIVA: SOBRE LA TEORÍA DEL CRÉDITO CIRCULANTE (O DE LA DEUDA PRIMORDIAL)

¿Por qué los reinos de la antigüedad hacían pagar impuestos a las personas? Los gobiernos exigen impuestos porque quieren meter mano en el dinero de la gente. Al tener conciencia de que el dinero y el mercado no emergen de manera espontánea, tiene sentido crear mercados a través de impuestos. Un ejemplo ocurrió en Madagascar. El General Gallieni, conquistador de Madagascar en 1901, imprimió dinero y exigió que todos los habitantes de la isla le devolvieran parte de ese dinero, a través de un impuesto “moralizador” o “educativo”, pagado inmediatamente después de la época de la cosecha. Dado que durante la cosecha

¹ Licenciado en Economía y candidato a Magíster en Análisis Económico, Universidad de Chile. Correo electrónico: jbidwellb@gmail.com

el precio de los alimentos era bajo, los granjeros debieron vender parte de la cosecha a mercaderes indios o chinos. Como en la época en que el precio subía, los granjeros no tenían reservas de alimento, debieron pedir préstamos para recomprarlo a los mismos mercaderes. Pronto los granjeros se endeudaron completamente, teniendo que pagar las deudas con cosechas más caras (café o piñas) o enviar a los hijos a trabajar a las ciudades o en alguna de las plantaciones que los colonos establecieron por el país. El proyecto consistió, pues, en generar mano de obra campesina barata, que a la vez fuera demanda de nuevos bienes de consumo que perdurara después de que los conquistadores se hubieran ido, y que mantuviera a Madagascar por siempre ligado a Francia.

Pero ¿por qué pagar impuestos? Aquí es cuando aparece la teoría de la deuda primordial: nace de un equipo de investigadores agrupados en torno a las figuras de Michel Aglietta, Andre Orléan y Bruno Thérét. El argumento esencial es que todo intento de separar política económica de política social es definitivamente erróneo. Los teóricos de la deuda primordial insisten en que siempre han sido la misma cosa. Los gobiernos usan los impuestos para crear dinero y son capaces de hacerlo porque se han convertido en los guardianes de la deuda que todos los ciudadanos tienen con todos los demás. Esta deuda es la propia esencia de la sociedad. Existe desde mucho antes que los mercados y el dinero, y estos no son sino maneras de acotar piezas de lo mismo.

Debemos aclarar que al principio este sentimiento de deuda se expresó no a través del estado, sino a través de la religión. Por ejemplo, en los antiguos poemas védicos entre el año 1500 y 1200 A.C., se da a entender que la mera existencia humana es un tipo de deuda con los dioses: “cuando un hombre nace es una deuda; por sí mismo nace de la muerte, y sólo cuando realiza sacrificios se redime de la muerte”. Las deudas a menudo se pagaban con “tributos” mediante sacrificios animales, los cuales representaban el pago de “intereses” para los dioses. Estos sustituirían temporalmente la muerte física que saldaría la deuda por completo. Así se extendió la noción de deuda a toda responsabilidad

social: todo aquel que viva una vida correctamente siempre estará pagando deudas existenciales de uno u otro tipo. Con esto, las obligaciones morales irán además en dos sentidos; por ejemplo, al engendrar hijos para pagar a los ancestros, el padre será a la vez deudor y acreedor.

Aquí Graeber cita a Thérét: “En los orígenes del dinero tenemos una “relación de representación” de la muerte como un mundo invisible, antes y después de la vida - una representación fruto de la función simbólica característica de la especie humana y que considera el nacimiento como una deuda contraída por todos los hombres-. Una deuda hacia los poderes cósmicos de los que emergió la humanidad. El pago de esta deuda que, sin embargo, nunca se podrá completar en vida (...), toma la forma de sacrificios que, al reaprovisionar el crédito de los vivos, permite prolongar la vida y, en algunas ocasiones, incluso alcanzar la eternidad uniéndose a los dioses. Pero la primera declaración de esta creencia se asocia también con la emergencia de potencias soberanas cuya legitimidad reside en su capacidad para representar todo el cosmos original. Y son estas potencias las que inventaron el dinero como medio de pagar las deudas - un medio cuya abstracción permite resolver la paradoja del sacrificio, por la cual matar se convierte en la manera permanente de proteger la vida-. A través de esta institución, la creencia a su vez se transfiere a una moneda estampada con la efigie del soberano - un dinero puesto en circulación, pero cuyo regreso lo organiza esta otra institución que es el impuesto/ pago de la deuda vitalicia-. De modo que el dinero asume también la función de medio de pago.”²

De lo anterior se desprende que tales potencias soberanas son los dioses, luego los monarcas, para terminar en los Estados modernos, cuya deuda hacia ellos representaron y representan la deuda hacia la sociedad que nos hizo lo que somos. Y tales potencias sólo pueden manifestarse en torno a los hombres de acuerdo a su posición jerárquica en la comunidad. Así, los padres y sabios, por ejemplo,

² Bruno Thérét. Dimensiones socio-culturales de la moneda: implicaciones en la transición al euro, *Journal of Consumer Policy*, 1999.

hacen suyos la posición de acreedor por costumbre. Esto no siempre fue así en todas las sociedades. Por ejemplo, los atenienses no pagaban ningún tipo de impuesto directo. Sin embargo, las ciudades sometidas sí tuvieron que pagar tributo.

A partir de las figuras de Auguste Comte y Émile Durkheim, padres de la sociología, la noción de deuda primordial adquirió una forma discursiva más influyente y consciente. Para Comte, los seres humanos nacemos bajo un montón de obligaciones de todo tipo: hacia nuestros predecesores, hacia nuestros sucesores, hacia nuestros contemporáneos. Tras nuestro nacimiento estas obligaciones se van ampliando y acumulando incluso antes de llegar al punto en que somos capaces de prestar algún servicio a los demás. ¿En qué fundamento humano puede, pues, asentarse la idea de derechos?

El Estado adquiere el rol auto legitimado de administrador de una deuda existencial que todos tenemos con la sociedad que nos ha creado. La URSS, por ejemplo, prohibió a sus ciudadanos emigrar a otros países ya que esta los creó y educó; las hizo quienes son. El Estado termina legitimando la deuda primordial en un mito nacionalista que involucra pago de intereses y la defensa con la vida frente a los enemigos.

Se trata de una gran trampa del siglo veinte: por un lado está la lógica de mercado, en la que nos gusta imaginarnos que comenzamos como individuos que no deben nada a nadie. Por el otro lado está la lógica del Estado, donde todos comenzamos con una deuda que nunca podemos pagar del todo. Se nos dice continuamente que son opuestos, y que entre ellos se contienen todas las posibilidades humanas reales. Pero es una falsa dicotomía. Los estados crearon los mercados. Los mercados necesitan Estados. Ninguno puede continuar sin el otro, al menos de manera parecida a las formas en que los conocemos hoy en día.

ACERCA DE LAS BASES MORALES DE LAS RELACIONES ECONÓMICAS

La deuda difiere de otras obligaciones sociales. Difiere por ejemplo de los regalos que Marcel Mauss describió en su ensayo de 1925 “Ensayo

sobre el Don”. La deuda no se crea necesariamente y de manera inmediata a partir del intercambio de un regalo que una de las partes deberá compensar en el futuro. Pero si no se basa en un intercambio, ¿entonces en qué? Tampoco se basa necesariamente en la reciprocidad; como si la reciprocidad fuese lo opuesto exclusivo del intercambio. Si los sistemas morales y de justicia los aprendemos fundamentalmente de nuestros padres, ¿la moral implícita en la deuda puede ser concebida como una relación de reciprocidad? Probablemente no. Entonces una relación moral no necesariamente se basa en una relación de intercambio o reciprocidad. Algunas deudas han de pagarse, pero otras no. ¿Acaso “debemos” pagarles a nuestros padres? Y si no debemos pagarles, entonces, ¿en qué sentido tenemos una deuda con ellos?

Graeber propone tres tipos de relaciones morales, principios que se dan en todas las sociedades y que además se dan en otras relaciones, como las económicas: comunismo, jerarquía e intercambio. Dentro de la relación moral comunista (no confundir con Comunismo de Estado; son acepciones diferentes) existe una seguridad de que la otra persona haría un acto benéfico hacia uno, no que necesariamente lo hará. La sociedad es eterna, por lo tanto, no se necesita llevar cuentas. Se forman leyes de hospitalidad, tanto con los individuos de una misma sociedad, como con los extranjeros. Este principio se hace más presente en casos de necesidad o habilidad absoluta (misericordia o abundante riqueza).

La relación moral del intercambio se basa en la equivalencia. Cada uno tiende a dar tanto como recibe. La relación no es eterna; puede cancelarse. Puede existir un elemento de competición, en los modos de ventaja egoísta o competición por generosidad. Aquí las personas pueden eventualmente no cancelar una deuda si prefieren mantener una amistad.

Finalmente, llegamos a la relación moral de la jerarquía. Así como el intercambio requiere de una igualdad formal o potencial, la jerarquía no actúa de la misma manera. No se actúa mediante

reciprocidad. Por ejemplo, la relación entre señor feudal y campesino no es recíproca. Esta tiende a obrar por una lógica de precedentes, es decir, basada en relaciones que funcionen el tiempo suficiente como para no tratarse de la aplicación de fuerza arbitraria. Así, las relaciones basadas en la costumbre se demuestran como legítimas en la medida en que se hayan practicado en el pasado. En la jerarquía es difícil establecer equivalencias dentro de las relaciones sociales. Por ejemplo, a nadie se le ocurrió calcular cuántas plegarias de los sacerdotes equivalían a una tonelada de alimento producido por los campesinos durante la edad media. Sin embargo, puede analizarse el grado de redistribución de bienes en este tipo de relaciones para establecer cuán igualitaria es una sociedad.

Si existen estos sistemas morales diferentes, ¿por qué la moralidad de la deuda se trata de enmarcar dentro de una relación de reciprocidad? Lo que es cierto es que los sistemas morales pueden llegar a fundirse entre sí, o que un sistema derive en otro. Por ejemplo, que el sistema moral comunista o de equivalencia derive en jerárquico; que una relación recíproca transforme la relación social en sí de manera definitiva. En el caso de los dones de las sociedades descritas por Mauss, el regalo puede ser agoniástico: una relación de reciprocidad deriva en un clan más generoso que otro, donde el que recibe el regalo siente la inferioridad como un daño real hacia ellos. Es un daño al honor de la tribu, donde el honor lo es todo.

Graeber plantea un sesgo metodológico a sus colegas antropólogos económicos. Afirma que las relaciones sociales que estudian las enmarcan fundamentalmente en el intercambio, la reciprocidad y la deuda como elementos cualitativamente parecidos. Donde la deuda pasa a ser una relación más dentro del gran conjunto de relaciones recíprocas a largo plazo. El error consiste en no considerar que la deuda transforma relaciones entre iguales, en relaciones entre no-iguales.

La deuda está enmarcada, pues, en una relación moral específica, compleja, que puede incluir una reciprocidad (puesto que puede darse en individuos o agentes con estatus similar) o una

relación de equivalencia, y que persiste como tal si la deuda puede cancelarse. Si la deuda no puede cancelarse, la lógica de la jerarquía se hace cargo, dejando al deudor como culpable. Hay algo malo en él que le impide restaurar la igualdad, puesto que no hace lo necesario para loglarla.

Al estar involucrada la jerarquía, entran en escena los precedentes o costumbres que rigen las relaciones jerárquicas. Los deudores insolventes pueden ser encarcelados o ejecutados, como en la Roma republicana. Mientras exista deuda, existirá desigualdad y, por lo tanto, jerarquía, puesto que la igualdad no ha sido restituida del intercambio original.

LAS INVERSIONES MORALES

La insistencia, por parte de los economistas, de que la vida económica comienza con el trueque, sin nadie en posición de humillar, violar o torturar a nadie, y que esto en el presente sigue siendo imposible, carece de todo sentido. Como si las mujeres prostitutas asiáticas que en la actualidad atienden a grandes empresarios extranjeros hubiesen aparecido por accidente para establecer relaciones de intercambio.

No parece haber sido normal, en las sociedades tradicionales, que los padres pudieran vender a sus hijos. Se trata de una práctica con una historia muy específica: aparece en las grandes civilizaciones agrarias, de Sumeria a Roma y a China, justo en la época en que comenzamos a tener pruebas de que aparecen el dinero, los mercados y los préstamos con intereses; posteriormente, y de manera gradual, comienza a aparecer también en los alrededores de estas civilizaciones, que son los que las proveen de esclavos. Es más: si analizamos las pruebas históricas, tenemos buenas razones para creer que la misma obsesión por el honor patriarcal que define la “tradicción” en oriente medio y el mediterráneo nace junto con la potestad paterna de vender a los hijos, como reacción a lo que perciben como peligros morales del mercado. La historia económica deja todo esto, de alguna manera, fuera de sus límites.

Casi con certeza las prostitutas fueron hijas de padres endeudados. Posiblemente ellas mismas fueron contractualmente sirvientas por deudas.

Las monedas primitivas no se emplearon sólo para comprar o vender nada en absoluto. En lugar de ello, se emplearon para regular la vida social mediante la posesión y la disponibilidad (concertar matrimonios, impedir peleas, pedir perdón en caso de crímenes, adquirir seguidores, etc.) Por lo que en realidad fueron “monedas sociales” dentro de “economías humanas”. Economías basadas no en la acumulación y distribución de riquezas, sino en la creación, redistribución y destrucción de seres humanos.

Lo anterior puede ayudarnos a entender la reducción de las obligaciones morales a deudas transables. Las economías comerciales (o de mercado) son relativamente recientes. Durante la mayor parte de la historia predominaron las economías humanas. Cuando estas economías se incorporaron repentinamente a otras economías más grandes de tipo comercial fue cuando ocurrió la reducción de la relación moral de la deuda, donde los créditos y débitos adquirieron características completamente diferentes. Un ejemplo trágico es el comercio de esclavos africanos.

Para vender algo, en una economía humana, primero hay que arrancarlo de su contexto. Los esclavos son gente secuestrada de la comunidad, sin parientes de ningún tipo dada su nueva condición. Por eso se pueden vender o comprar, e incluso matar; porque la única relación que tienen es con sus amos. Los esclavos pierden sus características únicas que impedían inicialmente la equivalencia con otros humanos. He allí la violencia implícita en el intercambio.

Durante la década de 1760, unos cien mil africanos fueron embarcados en naves británicas, francesas o de cualquier otra nación europea y cruzaron el atlántico. A algunos los habían capturado en guerras o partidas, o simplemente los habían secuestrado. La mayoría, sin embargo, estaba allí por deudas hacia los acreedores que los intercambiaron, dada su nueva condición de siervos por deuda.

A pesar de que el rol de la fuerza para proporcionar el marco básico de las relaciones humanas es más explícito en las llamadas “sociedades tradicionales”, aún hoy en día la violencia se conserva dentro de la estructura de la ley. Y aquella violencia no se refiere únicamente a lo que fue la esclavitud, en teoría abolida, sino al proceso de arrancar personas de la red de obligaciones mutuas, historia común y responsabilidad colectiva, con el fin de hacerlas objeto de intercambio, bajo la lógica de la deuda. La esclavitud es la consecuencia extrema de tal desarraigo. Pero debido a su rol histórico, ha moldeado nuestras asunciones básicas y nuestras instituciones de maneras de las que ya no somos conscientes. Si nos hemos convertido en una sociedad de deuda, es debido a que el legado de guerras, conquistas y esclavitud nunca nos ha abandonado del todo. Aún está aquí, alojado en nuestras convicciones más íntimas del honor, la propiedad e incluso la libertad. Tan sólo somos incapaces de verlo.

Este proceso de desarraigo humano no ocurrió necesariamente de manera instantánea, sino que también fue fruto de un lento desarrollo de principios morales como el honor y la violencia asociada, y las deudas correspondientes (deudas de honor o el honor de cancelarlas). La noción de honor no tiene sentido sin la posibilidad de degradación del otro. Además, aparece cuando existe un exceso de dignidad sobre el otro, el cual faculta a quien tiene honor a dar órdenes sobre los demás; específicamente, sobre la decisión de hacer a otros humanos transables.

El dinero juega un rol importante dentro de las economías humanas para medir la dignidad o el honor. Y es sólo cuando ocurre una crisis moral dentro de aquellas economías, que entonces se hace posible el intercambio total a partir de las monedas sociales. Por ejemplo, para los individuos pobres en Mesopotamia, que alcanzaron tal condición debido al efecto de la esclavitud pasada, el matrimonio se vuelve una relación comercial que permite la subsistencia de la familia. O en la antigua Grecia, donde los pobres, juntos con sus hijos y parientes, quedaron esclavizados por los ricos. Sólo cuando se limitó la servidumbre

por deuda, fue cuando se enviaron a los pobres a colonizar militarmente ultramar, donde floreció más el comercio de esclavos.

Por razones de extensión, es imposible describir históricamente todas las transformaciones morales que moldearon las concepciones sociales sobre la deuda. La obra de Graeber, sin embargo, narra exhaustivamente estos cambios de acuerdo a cada época histórica y en distintas sociedades. Por ejemplo, durante la era de los grandes imperios capitalistas (1450-1971), Graeber sintetiza tal época como una esclavización a gran escala con la conquista de América, para luego gradualmente establecerse mediante varias formas de servidumbre por deudas.

CONCLUSIONES A PARTIR DE LA SOCIEDAD CAPITALISTA CONTEMPORÁNEA

La razón por la que la obra de Adam Smith es tan importante es porque creó la imagen de un mundo imaginario casi completamente libre de deuda y crédito y, por tanto, libre de culpa y pecado. Un mundo en el que los hombres y mujeres eran libres de calcular sus intereses sabiendo que todo había sido dispuesto por Dios para el bien común. El problema de estos paradigmas es que, una vez creados, tendemos a tratarlos como realidades objetivas, e incluso a arrodillarnos ante ellos y tratarlos como dioses. “Debemos obedecer a los dictados del mercado”.

Sin embargo, el dinero moderno se basa en la deuda, y los gobiernos se endeudan a fin de financiar guerras. La creación de los bancos centrales representó la institucionalización de este matrimonio entre los intereses de los financieros y los guerreros, que ya había comenzado a surgir en la Italia del renacimiento y que acabaría siendo la base del capitalismo financiero.

Nixon pasó el dólar al cambio flotante para pagar el costo de una guerra en la que durante el período 1970-1972, ordenó que se arrojaran más de cuatro millones de bombas explosivas e incendiarias sobre ciudades y aldeas de Indochina. Los

mismos dólares reemplazaron al oro como reserva mundial de moneda, lo que proporcionó a Estados Unidos enormes ventajas económicas. Mientras tanto, las fuerzas armadas mantienen al presente una doctrina de proyección global de su poder. La deuda nacional se convierte, mientras tanto, en una promesa de pago que no ocurre y, al mismo tiempo, genera beneficios por acuñación, más conocido en la jerga económica como “señoreaje”. Desde la época de Nixon, los más notables compradores de bonos del tesoro estadounidense en el extranjero tendían a ser los bancos de países de facto bajo ocupación militar estadounidense, como Japón, Taiwán y Corea del Sur. Todo intento, por parte de países de la OPEP, de comenzar a comerciar en otras divisas se ha visto tenazmente frenado por Arabia Saudí y Kuwait, también protectorados militares estadounidenses. Cuando Saddam Hussein tuvo la osadía de pasar unilateralmente del dólar al euro fue rápidamente bombardeado el año 2000 y ocupado militarmente. En el hemisferio sur, el resultado es el terror generalizado.

La nueva moneda global se asienta en el poder militar incluso más firmemente que antes. La servidumbre por deudas sigue siendo la manera más importante de reclutamiento de mano de obra barata a escala mundial a partir de Asia y Latinoamérica. Las instituciones económicas (como el FMI, el Banco Mundial y la OMC) no se han creado para proteger a los deudores, sino para respaldar a los acreedores, operando bajo el principio de que uno “debe pagar las deudas”.

Pero tal principio es una flagrante mentira. Resulta que no todos hemos de pagar nuestras deudas. ¿Qué es una deuda, al fin y al cabo? Una deuda es tan sólo la perversión de una promesa. ¿Qué promesas se hacen los individuos realmente libres? Es algo que no podemos responder. Sin embargo, el primer paso es aceptar que dentro del gran esquema de las cosas, así como nadie tiene derecho a decirnos cuánto valemos, nadie tiene derecho a decirnos realmente cuánto y qué “debemos”.

REFERENCIAS

Graeber, David (2011). "Debt, the first 5000 years". Brooklyn, N.Y. Melville House.

Mauss, Marcel (1925). "Ensayo sobre el Don". Extraído del `s i t i o` web http://www.econ.uba.ar/www/institutos/economia/Ceplad/HPE_Bibliografia_digital/Mauss%20castellano.pdf

Théret, Bruno (1995). Dimensiones socio-culturales de la moneda: implicaciones en la transición al euro, *Journal of Consumer Policy*.

Aglietta, M., Orlean, A. (1990). *La violencia de la moneda*. Ed. Siglo XXI. México. Smith, Adam (1761). *La riqueza de las naciones*. Alianza Editorial. Madrid.

¿EXISTEN DERECHOS SOCIALES?¹

Fernando Atria²

*Si un león pudiera hablar,
no lo entenderíamos*

L. Wittgenstein

Investigaciones Filosóficas (1953)

NOTA PRELIMINAR: DIEZ AÑOS DESPUÉS

Estudios Nueva Economía me solicitó autorización para reproducir este artículo de hace 10 años justo cuando estaba publicándose mi libro *Derechos Sociales y Educación: un nuevo paradigma de lo público*³. La primera parte de ese libro fue conscientemente escrita como una reformulación del argumento de este artículo, una que diera cuenta de que la idea de “derechos sociales” tiene hoy una importancia pública de la que carecía en 2004. Lo primero que pensé, entonces, era que el libro hacía redundante al artículo, por lo que ya no se justificaba volver sobre éste. Pero dos consideraciones me convencieron de que republicarlo tenía un sentido: primero, como una manera de enfatizar que el argumento de este artículo no implica que no hay tal cosa como derecho social a la educación. Para mi sorpresa, algunos lectores de este artículo han quedado con la idea de que al defender hoy que la educación

ha de ser un derecho social estoy rechazando la tesis de este artículo. Esos lectores entendieron que la idea defendida en este artículo era que la pregunta del título recibía una respuesta pura y simplemente negativa, cuando su primer párrafo explica que eso no es así. Yo creo, de hecho, que la manera en que se ha articulado la demanda por una nueva educación da la razón a este artículo: si se trata de hacer de la educación un derecho social, lo que es necesario es acción política, no recursos judiciales.

La segunda razón es que, leyéndolo 10 años después, el artículo es a mi juicio tan correcto como lo era el día en que fue originalmente publicado. Por supuesto que hoy diría algunas cosas de modo distinto, o desarrollaría algunos temas que en este artículo solo se mencionan y no se desarrollan (algunas de estas cuestiones son identificadas más abajo en esta nota). Pero todas las ideas importantes siguen siendo correctas. O al menos yo sigo creyendo que ellas lo son.

En particular, hay un hecho que creo que debería hacer reflexionar al lector. En un artículo especialmente crítico de “¿Existen derechos sociales?”, Christian Courtis reclama que el argumento de este texto “deja de lado cualquier discusión de mayor actualidad” y por consiguiente es “una pieza provocadora pero básicamente inútil desde el punto de vista práctico”⁴. Para Courtis el argumento es “básicamente inútil” porque no orienta al intérprete.

En la misma línea, luego Courtis me reprocha que sostener que los derechos sociales no son judicialmente exigibles, que su correcta comprensión es política (=como derechos de ciudadanía) y no jurídica (=como derechos a un mínimo) significa devaluar los derechos sociales, repetir “lo dicho en casi cualquier manual de derecho constitucional latinoamericano editado entre los años cuarenta y los años noventa del siglo pasado: los derechos sociales como derechos programáticos [...], incompletos, mandatos dirigidos al poder político y no a los jueces”. Esto

1 Gracias al profesor Rodrigo Soto por su disponibilidad a examinar una y otra vez muchas de las cuestiones discutidas en este artículo, que es parte de un proyecto mayor en ejecución sobre la relación entre derecho y política financiado por FONDECYT (proyecto 1010461). La versión original de este texto fue presentada como ponencia plenaria en las XVI Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social (Azul, 2002). Versiones posteriores de la misma fueron discutidas en el Seminario organizado por la cátedra del Profesor Marcelo Alegre en la Universidad de Palermo (Buenos Aires, 2003), y en el Congreso de la Asociación Mundial de Filosofía Jurídica y Social (Lund, 2003), en el taller convocado por Rolando Tamayo. Mis agradecimientos a los profesores Ricardo Guibourg, Marcelo Alegre y Rolando Tamayo por la oportunidad para discutir estas ideas en Azul, Buenos Aires y Lund, respectivamente.

2 Profesor Asociado de derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Correo electrónico: fernando.atria@uai.cl

3 Atria, *Derechos Sociales y Educación. Un nuevo paradigma de lo público*.

4 Courtis, “Tres discusiones sobre los derechos sociales”, 384.

significaría “prácticamente nada”. Yo creo que eso es de una miopía singular. En el caso chileno, para entender la significación que en el siglo XX tuvieron los derechos sociales no hay que mirar a los tribunales. Hay que mirar a “gobernar es educar”, a la reforma agraria, a la promoción popular, la sindicalización (urbana primero, campesina después), la sociedad constructora de establecimientos educacionales, etc. Claro está que en condiciones de hegemonía neoliberal estas maneras de avanzar quedan políticamente en cuestión y entonces podrá ser importante obtener algunas victorias locales mediante acciones judiciales. Pero esto es en buena medida la marca de la derrota de los derechos sociales, no de su éxito.

Y esto lleva a la otra cuestión que puede decirse aquí, a partir de la acusación de que el argumento de este artículo sería “básicamente inútil”. El tema de los derechos sociales ha sido, durante al menos las últimas dos décadas, uno de los temas preferidos de la academia jurídica “progresista”, al menos la dedicada al derecho constitucional. Pero hoy, cuando se trata de pensar la educación como derecho social, y es entonces necesario salir a defender la idea de derechos sociales o responder preguntas acerca de cómo organizar institucionalmente la provisión de derechos sociales, toda esa reflexión progresista resulta no tener nada especialmente interesante o iluminador que decir. Quienes la hacían estaban demasiado ocupados en discutir sobre las condiciones de exigibilidad judicial de los derechos sociales, y a pesar de todo el esfuerzo y la inteligencia invertidos en reflexionar sobre los derechos sociales, cuando llega el momento de producir lo que en Chile se ha llamado “el cambio de paradigma” (de la educación como una mercancía a la educación como derecho social) todos estos juristas progresistas no tienen nada especialmente interesante que decir sobre cómo (demonios) eso se hace: qué quiere decir “gratuidad”, o si los derechos sociales son compatibles con alguna forma de selección, o cuáles ha de ser sus modalidades de financiamiento, etc.

Quizás debamos decir que la obsesión por la

judicialización de los derechos sociales fue la forma en que se manifestó en la academia lo mismo que hoy se le reprocha a la Concertación: que en vez de defender la necesidad de un modelo alternativo al neoliberalismo heredado, se dedicaron a dotarlo de rostro humano. Que en vez de entender que el derecho a la educación exigía descomodificar la educación, entendían que lo que era importante era que a las estudiantes embarazadas no las expulsaran de sus establecimientos. La Concertación, por su parte, entendió que el problema no era cambiar el modelo, sino morigerar sus consecuencias más brutales. En ambos casos, lo que se hizo es importante y debía ser hecho (mis respetos a quienes lucharon a favor de esas estudiantes embarazadas). Pero el precio de hacerlo fue normalizar la idea de derechos sociales, des-socializarla. Como en todas las cosas, hay condiciones en que puede ser razonable pagar un precio que parece alto. Lo que es objetable es pagar un precio sin tener conciencia de que se está pagando.

La idea de que los derechos sociales son derechos a prestaciones mínimas protegidas por acciones judiciales, que es como los ha entendido la izquierda jurídica durante las últimas décadas, es la manifestación jurídica del neoliberalismo con rostro humano. Y si es verdad que hoy estamos en un nuevo ciclo, que se trata de transformar y no de humanizar, lo mismo vale para la reflexión sobre derechos sociales. Estos ya no son un mínimo, ahora son el contenido de la ciudadanía.

Me gustaría terminar esta nota observando algunas cuestiones a propósito de ciertos temas mencionados en el artículo.

La contraposición entre derechos “de bienestar” (welfare rights) a un mínimo y derechos auténticamente sociales. Esta distinción (y la contraposición correlativa entre pobreza y desigualdad como los problemas que ellos pretenden enfrentar) ha sido desarrollada más latamente en el capítulo II de *Derechos Sociales y Educación*. El punto de partida ahí es lo que es discutido aquí: que en la tradición liberal se puede encontrar referencia a derechos de bienestar, pero no a derechos sociales. El capítulo IV del mismo

libro desarrolla otra idea que no está tratada aquí, pero sin la cual los derechos sociales pueden verse como meras exigencias normativas: la idea de que entre derechos civiles, derechos políticos y derechos sociales hay una progresión histórica. La idea crucial en este punto, que está ausente en este artículo, es la de pedagogía lenta, que se desarrolla en el capítulo IV de *Derechos Sociales y Educación*.

La distinción entre focalización y universalismo como principios estructuradores de la política social (mencionada en la nota 49) es discutida monográficamente en “Las cosas cambian cuando les pones un TU”, y en el capítulo V de *Derechos Sociales y Educación*.

En el artículo se afirma que la expresión derechos sociales es en algún sentido contradictoria, tan contradictoria como la expresión “soltero casado”: hoy preferiría expresar esta misma idea diciendo que la expresión contiene una tensión, y que esa tensión no debe ser normalizada. Esta formulación es mejor que la de este artículo porque una expresión contradictoria como “soltero casado” es pura y simplemente contradictoria, pero la tensión envuelta en la expresión “derechos sociales” es la que da sentido a la idea de pedagogía lenta, es una tensión que empuja siempre algo más allá de donde estamos. En efecto, la tensión es que los derechos sociales responden a una lógica contraria a la del derecho liberal: en un caso es el autointerés, en el otro es la solidaridad. Entonces, introducir derechos sociales es introducir, en el cuerpo receptor del derecho liberal, un implante anómalo. Esta situación es inestable en la medida en que en contiene en sí misma una tendencia a su estabilización: ya por la normalización del cuerpo extraño, que empieza a ser entendido conforme a la lógica del derecho liberal (entonces el derecho a la educación deja de ser un derecho social y se transforma en un derecho de bienestar a un mínimo, compatible y no contrario al mercado), o en la transformación del cuerpo receptor (que entonces deja de ser derecho liberal). Lo primero es lo que los juristas progresistas hacen cuando enfatizan la dimensión judicial de los derechos sociales. Lo segundo es la promesa que, al mantenerse abierta, sujeta a toda forma

de socialdemocracia a su constante superación. Como dice Marshall en su obra sobre derechos sociales: “la meta está siempre más allá”. Esto está discutido con cierta detención en el capítulo II de *Derechos Sociales y Educación*.

La discusión contenida en la nota 104 sobre la unidad política y una comprensión “naturalista” de ella es mucho más importante de lo que aparece en esa nota. He tratado de decir algo al respecto en textos posteriores⁵.

Pero, como puede verse, estas observaciones no afectan el argumento principal. Son extensiones o profundizaciones de las mismas ideas contenidas en este artículo. Ese hecho fue el que en definitiva me convenció de que no era una mala idea reimprimirlo. Aparte de esta nota, el texto es el mismo que en su versión original, salvo algunas erratas o referencias incorrectas que han sido corregidas.

5 Véase especialmente Atria, “Sobre la soberanía y lo político” y Atria, “Viviendo bajo ideas muertas. La ley y la voluntad del pueblo”.

No hay razón para mantener en suspenso la respuesta a la pregunta que da título a este artículo. Sostendré que si la noción de derecho es entendida por referencia a la idea de derecho subjetivo en el sentido jurídico del término, la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos. Si queremos evitar esta conclusión debemos rescatar una forma alternativa de entender el concepto político de derechos. Las líneas que siguen deben ser entendidas como (el inicio de) una contribución a ese respecto.

1. La historia con la que quiero empezar es suficientemente conocida. Durante el siglo XVII, culminando el siglo XVIII, la burguesía empezó a demandar de modo cada vez más categórico el reconocimiento de ciertos bienes que eran para ella especialmente importantes⁶. El modo en que esa demanda fue formulada fue a través de una exigencia de que ciertos *derechos* fueran reconocidos. Esos derechos aseguraban a la burguesía protección frente a la arbitrariedad de lo político, ante la voracidad del *Leviathan*⁷. El reconocimiento de estos derechos fue paulatino, pero hacia fines del siglo XVIII la lucha ideológica por establecerlos como bienes a los que las personas tenían título legítimo había sido ganada: sobre la base del reconocimiento de estos derechos, llamados ‘civiles y políticos’ fue que se estructuró el concepto de estado de derecho. En efecto, las dos notas centrales del estado (‘formal’) de derecho, el *principio de distribución* conforme al cual la libertad de los individuos es anterior al Estado y por lo tanto en principio ilimitada, mientras que la facultad del Estado para invadirla es en principio limitada, y el *principio de organización*, conforme al cual el poder del estado es desmembrado en diversos órganos, se explican y justifican por la necesidad de crear estructuras institucionales que aseguren el goce de esos derechos ‘naturales’⁸.

6 *cf.* Marshall, *Citizenship and Social Class*, 8-17 [22-36]. En lo sucesivo, cuando se hace referencia a una obra en su idioma original las referencias a las traducciones españolas, cuando existen y las he tenido a la vista, aparecerán entre corchetes a continuación de la referencia al original.

7 *cf.* Arendt, *Los Orígenes del Totalitarismo*, 369.

8 Sobre las dos notas del estado de derecho, véase Schmitt, *Teoría de la Constitución*, 138-139. En general, sobre el estado

Los derechos de ésta, que después fue llamada ‘primera’ generación, irrumpieron históricamente de la mano de la revolucionaria idea de que lo político era una asociación no natural, es decir, una asociación constituida por seres humanos de modo artificial⁹. Los derechos eran aquello que los individuos constituyentes de lo político detentaban antes de esa constitución, y que en definitiva justificaba la idea misma de constituir la comunidad política¹⁰. Por tanto, los derechos fueron concebidos originalmente como derechos del individuo en contra de la comunidad política. ‘En contra’ tiene aquí un doble sentido: por una parte, eran derechos en contra de la comunidad porque ya constituida ésta, la principal amenaza para los derechos no era el ataque de otros individuos (neutralizar esa amenaza era la finalidad del contrato constitutivo), sino el Leviathan recién constituido. Por otra parte, porque los individuos constituyentes (contratantes) eran en algún sentido acreedores de la comunidad política, cuya existencia era justificada por la protección a los derechos que ella aseguraba.

Y esta fue efectivamente la función política de los derechos: justificar (ex-ante o ex-post) la revolución¹¹. Los derechos eran ya ‘la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión’, como en el caso francés, o ‘la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad’, como en el caso norteamericano. El vínculo entre

formal de derecho, véase Böckenförde, “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho”.

9 En efecto, como sostenía H Arendt, ‘la importancia que aún hoy [la idea de el estado de naturaleza] conserva se debe al reconocimiento de que la esfera política no nace automáticamente del hecho de la convivencia y de que se dan acontecimientos que, pese a producirse en un contexto estrictamente histórico, no son auténticamente políticos e incluso puede que no tengan que ver con la política [...]’. En efecto, la hipótesis de un estado de naturaleza implica la existencia de un origen que está separado de todo lo que le sigue como por un abismo insalvable’. Arendt, *On Revolution*, 19 [19-20]. *cf.* también Arendt, *Los Orígenes del Totalitarismo*, 368.

10 *cf.* Schmitt, *Teoría de la Constitución*, 167: ‘la declaración solemne de derechos fundamentales significa el establecimiento de principios sobre los cuales se apoya la unidad política de un pueblo y cuya vigencia se reconoce como el supuesto más importante del surgimiento y formación incesante de esa unidad’.

11 Véase Waldron, “Natural rights in the seventeenth and eighteenth centuries”, 7-13.

las declaraciones de derechos y la finalidad de la asociación política es en ambos casos explícito: 'el objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre' (art. 2) dijeron los revolucionarios franceses, mientras la tercera verdad autoevidente para los norteamericanos era que 'para proteger estos derechos los hombres instituyen gobiernos'. Los derechos invocados por los revolucionarios eran, en consecuencia, naturales en el sentido de que ellos eran normativamente previos a la existencia de la comunidad política. El respeto a esos derechos se convirtió en el fundamento de la autoridad de los nuevos sistemas políticos modernos¹².

2. Pero la visión liberal, aunque dominante, no sería la única tradición moderna. Me interesa en particular prestar atención a una de las ideas centrales de las tradiciones republicana y socialista, de acuerdo a la cual el acto constitutivo de lo político crea una comunidad cuyo valor reside no en la protección que ofrece contra la agresión de otros, sino en que posibilita una forma de vida propiamente humana, en la que cada uno ahora puede relacionarse con los otros

*substituyendo en su conducta el instinto por la justicia, y dando a sus acciones la moralidad que antes les faltaba. Sólo entonces, cuando la voz del deber sucede al impulso físico y el derecho al apetito, el hombre que hasta entonces no había mirado más que a sí mismo se ve forzado a obrar por otros principios y a consultar su razón antes que escuchar sus inclinaciones*¹³.

12 Véase Böckenförde, "Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho", 33. En este párrafo, las referencias son a la *Declaración de Independencia Norteamericana* (Filadelfia, 1776), y a la francesa *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789).

13 Rousseau, *Contrato Social*, Cap. I.8; nótese cómo lo que el pacto social hace posible es, para Rousseau, que los seres humanos desarrollen una 'capacidad para un sentido de la justicia', que es precisamente lo que para Rawls es condición necesaria y suficiente de la ciudadanía moral (véase Rawls, *A Theory of Justice*, §77). Podríamos también haber hecho referencia a la *Grundrisse* de Marx: 'El hombre es en el sentido más literal de la palabra un *zoon politikon*, no sólo un animal social, sino un animal que puede desarrollarse como individuo sólo en sociedad': Marx en McLellan, *Marx's Grundrisse*, 17. *cf.* también Waldron, "Karl Marx's 'On the Jewish question'", 128-129.

En la visión liberal son los derechos individuales los que constituyen el núcleo duro de legitimidad. El estado es utilizado como un instrumento para hacer cumplir las obligaciones que los individuos tenían, respecto de los otros, incluso en el estado de naturaleza, y que correspondían a esos derechos naturales. Las obligaciones de los demás (incluido el Estado) y los derechos del agente son correlativos, pero la prioridad normativa corresponde a los derechos¹⁴.

En esta visión socialista o republicana la comunidad es valiosa porque permite a sus miembros relacionarse respondiendo a la razón y no a sus inclinaciones; en otras palabras, porque dentro de ella pueden actuar no ya mirando exclusivamente su auto interés, sino sobre la base de la solidaridad. La idea de solidaridad, expresada comunitariamente en el lema 'de cada cual de acuerdo a sus capacidades, a cada cual de acuerdo a sus necesidades' (que la sociedad comunista inscribiría en sus estandartes después de abolir el derecho burgués¹⁵) es una que enfatiza

14 F. Laporta ha sostenido la tesis de la correlatividad entre derechos y deberes implica 'forzosamente' la prioridad justificatoria de los deberes (Laporta, "El concepto de derechos humanos", 25). Pero la tesis de la correlatividad es agnóstica respecto del problema de la prioridad justificatoria, porque sólo afirma que los derechos son correlativos a los deberes. Es curioso que Laporta no haya notado que la tesis de la correlatividad es tan compatible con la idea de que 'la noción de "derecho" es reducible a una noción lógicamente más primitiva como es la de "deber"' (ibid) como lo es con la idea contraria. Sobre lo que él denomina el 'axioma de la correlatividad' véase el lúcido análisis de Kramer, *Rights without Trimmings*, 24-49. Una cuestión distinta, por supuesto, es afirmar por otras razones (i.e. razones adicionales a la mera tesis de la correlatividad) la prioridad de deberes sobre derechos, como lo hacen, entre otros, Weil, *Echar Raíces*, 23; O'Neill, *Bounds of Justice*, 98-105, o el propio Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 138-142. En todos estos casos, la afirmación de la prioridad del deber sobre el derecho se basa precisamente en rechazar (al menos parcialmente) la tesis de la correlatividad ('al menos parcialmente' porque la tesis de la correlatividad puede ser entendida en un sentido fuerte: significando que no hay obligaciones sin derechos correlativos ni viceversa, o en un sentido débil: implicando sólo lo segundo pero no lo primero; aceptando, como Kelsen, que puede haber obligaciones sin derechos, aunque no derechos sin obligaciones; véase *infra*, n. 21). La cuestión de la prioridad no es conceptual sino substantiva: 'el incentivo que funciona en el sistema de libre contrato del mercado abierto es el beneficio personal; el que corresponde a los derechos sociales es el deber público', dice Marshall, *Citizenship and Social Class*, 43 [74].

15 Marx, *Critique of the Gotha program*, 215.

la obligación comunitaria de atender al bienestar de cada uno de sus miembros. En la correlación derecho-deber la prioridad justificatoria se invierte cuando se trata de la idea de solidaridad: la solidaridad no puede ser expresada primariamente en términos de derechos (subjetivos), porque ella

*implica la idea de 'tenderle la mano' a la otra persona, un elemento de supresión del yo y sacrificio hacia el otro, y el derecho por su misma naturaleza como un medio de adjudicar pretensiones en conflicto y el principio de 'ganar o perder' viola el momento de auto-negación que subyace al encuentro de la solidaridad*¹⁶.

3. El avance del socialismo durante el siglo XIX y su énfasis en la idea de comunidad e igualdad tuvo su impacto en la idea de 'derechos' y en las antiguas declaraciones. En efecto, desde el punto de vista socialista, el énfasis liberal en los derechos civiles y políticos era unilateral y formalista.

Era *unilateral*, porque miraba al individuo aislado de la comunidad y dejaba fuera de consideración al individuo situado. La lista de derechos con que los liberales dotaban al individuo era una que quedaba definida naturalmente, sin que la existencia de la (artificial) comunidad política fuera relevante. Por supuesto, como hemos visto, los revolucionarios burgueses creían que los derechos eran relevantes para la asociación política porque la protección de los mismos fijaba su única finalidad legítima, pero el hecho de vivir en comunidad no era fuente de 'derecho' alguno. Esto no era casual, porque si los derechos fueran concebidos como derechos del ciudadano situado ya no sería posible hablar de la verdad autoevidente de que 'para proteger esos derechos los hombres instituyen gobiernos'¹⁷.

Era *formalista*, porque enfatizaba la importancia de las condiciones formales para el ejercicio de la libertad y la búsqueda de la felicidad sin pronunciarse acerca de la importancia de las

condiciones sustantivas. Pero las interferencias de otros son simplemente una de las causas de los límites a la libertad. Notoriamente, la carencia de recursos es otra causa.

Es importante notar que estas dos características del pensamiento liberal están conectadas entre sí: es precisamente el unilateralismo lo que permite rechazar el cargo de formalismo (al menos cuando es formulado así: como un cargo). Los derechos que hoy llamamos de 'primera' generación tienen una peculiaridad: la especificación completa del contenido del aspecto *activo* de esos derechos es *al mismo tiempo* una especificación completa del contenido de su aspecto *pasivo*. Al determinar quién tiene derecho a qué queda también determinado, tratándose de estos derechos, quién tiene qué deber. Esto tiene una consecuencia de extraordinaria importancia. Los derechos de primera generación pueden ser concebidos como naturales, porque para especificar su contenido tanto activo como pasivo es suficiente atender a la posición del individuo aislado. Pero los derechos sociales son radicalmente diversos en este sentido. La especificación del contenido de su aspecto activo no constituye una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo. Ella no incluye información ni sobre quién es el sujeto obligado ni sobre cuál es el contenido de su obligación. La respuesta a esta pregunta sólo es posible una vez que los individuos viven en comunidad, de modo que es posible, por ejemplo, cargar a todos de acuerdo a sus capacidades (*e.g.* a través de un sistema impositivo progresivo) con la obligación de satisfacer las necesidades cubiertas por los derechos sociales. En la medida en que los derechos cumplen la función de justificar la existencia del estado (es decir, en la medida en que ellos necesitan ser caracterizados con prescindencia de cualquier forma de asociación entre seres humanos), ellos sólo pueden ser los derechos naturales, derechos de esos que hoy llamamos de 'primera' generación¹⁸.

16 Christodoulidis, "The Inertia of Institutional Imagination: A Reply to Roberto Unger", 381. Por eso Simone Weil creía que era necesaria una 'declaración de deberes de la humanidad'. Véase Weil, "Estudio para una declaración de las obligaciones respecto al ser humano".

17 *Declaración de Independencia Norteamericana* (1776).

18 Sólo esta nota para llamar la atención sobre la supuesta distinción entre derechos de 'primera' y 'segunda' generación sobre la base de la distinción derechos negativos/positivos, y ello sólo para decir que esta distinción es teóricamente irrelevante. Ello en virtud de que una obligación es positiva o negativa según

Ahora podemos ver cómo todo calza: los derechos hicieron su irrupción histórica como justificando la revolución, como proponiendo las bases justificatorias de una nueva forma de asociación entre seres humanos. Por eso la visión liberal era unilateral, y por eso no era formalista (al menos no en sentido peyorativo): no era que

su descripción, y habitualmente encontramos que para cada derecho hay descripciones alternativas disponibles, porque las acciones de cumplimiento de un deber, así como las acciones en general, pueden recibir múltiples descripciones verdaderas (véase Atria, "Legalismo, política y derechos", 119-121). Dada esta constatación, es usual concluir que no hay distinción conceptual entre los derechos de ambas generaciones, una conclusión que se utiliza polémicamente contra pensadores neoliberales que afirman no sólo la diferencia, sino la importancia sólo de los derechos de primera generación (como lo hace, por ejemplo, Kelley, *A Life of One's Own*, 23-29). Dudo de la utilidad de una estrategia argumentativa que consiste en encontrar algún derecho de primera generación y declararlo 'positivo' para después poder decir, sobre la base de ese contraejemplo, que eso refuta 'en sus propios términos' la tesis de la distinción entre derechos negativos y derechos positivos (como lo hace, e.g. Elster, "Is there a right to work?"). Usualmente el contraejemplo escogido es el derecho al debido proceso (e.g. Nickel, "Is there a human right to employment?"). Esto último contiene en todo caso un error cuya clarificación es provechosa para la distinción que estoy defendiendo. Comenzamos recordando que la distinción relevante no es la distinción entre derechos positivos y derechos negativos, sino la distinción, introducida en esta sección, entre derechos que pueden ser concebidos como naturales porque su justificación normativa no hace referencia a la comunidad y derechos que no pueden ser así concebidos. Respecto del contraejemplo del debido proceso, todo lo que es necesario es distinguir entre el contenido de un derecho en abstracto y el contenido que a la luz de las circunstancias el derecho adquiere. El derecho en abstracto es el de libertad negativa: nadie puede interferir con mis acciones lícitas. Cuando por convención creamos el Leviathan, lo que hacemos es crear un agente más poderoso que cada uno de nosotros, con lo que seremos capaces de salir de la condición natural de la humanidad. Este agente puede interferir con nuestra libertad de maneras en que antes los individuos separadamente no podían, y por lo tanto los modos en que él puede afectar mi libertad negativa están sujetos a ciertas garantías: ahí el debido proceso. No es correcto decir que yo tengo derecho al debido proceso. Lo que tengo es derecho a que el estado no interfiera con mi vida (propiedad, libertad etc) sino en circunstancias especiales (cuando la interferencia es necesaria para salvaguardar los derechos de otros) y en todo caso de un modo adecuado. 'Debido proceso' es el nombre que damos al modo de la interferencia (o su antecedente) cuando es adecuado. En general, es posible decir: la vida en asociación hace posible nuevas formas de violación de los viejos derechos, por lo que en concreto cómo han de respetarse esos derechos depende del contexto. El derecho al debido proceso es simplemente una contextualización del derecho a la libertad negativa, y por eso no es una objeción a la tesis principal (esto ha sido escrito en respuesta a una objeción del profesor Marcelo Alegre).

otras necesidades fueran menos importantes, sino que ellas no estaban cubiertas por derechos que pudieran ser concebidos como naturales.

4. Pero desde luego, a medida que la revolución empieza a desaparecer del horizonte y que la normalidad empieza a negar (como la normalidad se define por hacer¹⁹) el recuerdo del momento fundacional, la distinción entre la forma de un derecho (que justifica la preferencia por los bienes que podían ser concebidos como protegidos por derechos naturales) y su sustancia (que precisamente impugna esa diferencia) empieza a perder su contenido emancipador y comienza a ser percibida como opresiva. En efecto, para quienes no tenían acceso a un cierto nivel de bienestar material los derechos aparecían sólo en su aspecto pasivo: como imponiendo deberes de respeto a la libertad de otros. Pero no aparecían en su aspecto activo, porque no hay espacio para la libertad cuando uno está sujeto a la necesidad de la re-producción de la vida²⁰. Esta idea aparece claramente en *La Internacional*:

*La ley nos burla y el Estado oprime y sangra al productor. Nos da derechos irrisorios, no hay deberes del señor. Basta ya de tutela odiosa, que la igualdad ley ha de ser, no más deberes sin derechos, ningún derecho sin deber.*²¹

A la unilateralidad y formalismo de la doctrina liberal de los derechos los socialistas (al menos algunos de ellos) respondieron formulando sus propias demandas en el mismo lenguaje²². Parte

19 Por eso Jefferson quería mantener artificialmente el recuerdo del momento fundacional, disponiendo que la constitución debía ser revisada cada diez y nueve años: Jefferson, *Writings*, 1401-2.

20 Este es un tema central en la obra de Hannah Arendt, que enfatiza la idea de que la libertad sólo es posible en público porque el espacio privado es el espacio de la reproducción de la vida, de la necesidad. Véase Arendt, *The Human Condition*, 36-7, 68-73, etc [43-45, 102-103, etc].

21 La frase es de Marx, y aparece en el Capítulo 4º del panfleto *The International Workingmen's Association. Its Establishment, Organisation, Political and Social Activity, and Growth* (1869): "El Congreso cree que es el deber de un hombre reclamar los derechos del hombre y del ciudadano, no solo para sí mismo, sino para cada hombre que cumple su deber. No más derechos sin deberes, no más deberes sin derechos".

22 Probablemente aquí lo más adecuado sería empezar a hablar de 'socialdemócratas', porque en cuestiones como estas

importante de lo que quiero sostener en este artículo se relaciona con el modo en que debemos interpretar este paso, por lo que quiero detenerme aquí un momento. Más adelante sostendré que la idea comunitaria a la que el socialismo apela no es traducible a la lengua de los derechos. Quiero entonces explicar por qué, a mi juicio, ese fue el lenguaje elegido para formular ese ideal²³. Para eso, sin embargo, deberemos hacer un pequeño desvío conceptual.

5. ¿Qué diferencia hay entre decir 'dar (o hacer o no hacer) x a w es bueno (justo etc)' y decir 'w tiene derecho a x'? Espero que sea evidente que ésta es una pregunta fundamental para que tenga sentido empezar a hablar de derechos²⁴. No se trata, desde luego, de que las dos cuestiones sean distintas en el sentido de que la respuesta a una no tenga impacto alguno en la respuesta a la otra. No, la cuestión no es de independencia o autonomía sino de diferenciación. Si tiene sentido decir que w tiene derecho a x, no puede ser que con eso *sólo* estemos diciendo que es bueno que se dé, haga o no haga x a w. Cuando decimos que el comprador tiene derecho a que el vendedor le entregue la cosa ciertamente estamos diciendo mucho más que al decir que es lícito para el vendedor entregar la cosa.

Quizás podamos aprender algo de la noción de derecho mirando al modo de operación de un derecho subjetivo en el sentido jurídico. Para el derecho, lo crucial para que podamos hablar de derecho subjetivo es la posición en la que se

encuentra una persona con potestad para decidir si la obligación de otro será o no coactivamente exigida²⁵. No se trata de que el vendedor no tenga obligación de entregar la cosa, porque todos sabemos que esa obligación nace con el contrato y no con la demanda del comprador. Pero sabemos que parte de lo que queremos decir al decir que el comprador tiene un derecho subjetivo es que el comprador tiene una potestad en el sentido hohfeldiano, es decir, tiene un poder normativo para modificar la situación del otro: la manifestación de voluntad del comprador es condición necesaria (aunque desde luego no suficiente) para que el derecho exija coactivamente al vendedor el cumplimiento de su obligación. No puede decirse lo mismo respecto de otras obligaciones que uno puede tener de acuerdo a un sistema jurídico: la exigibilidad de mi deber de pagar impuestos, o evitar matar a otro, no están mediadas por la declaración de voluntad de ninguna persona determinada²⁶.

La razón por la cual la obligación es mediada por una declaración de voluntad de un individuo (el titular del derecho) es que la única (o la principal y dominante) razón por la cual el derecho crea esa obligación es atender a un interés del acreedor²⁷. Por eso no diríamos que, en países con procedimientos penales acusatorios y principio de oportunidad, el fiscal tiene un *derecho subjetivo* a que los ciudadanos no comenten delitos. Aun cuando la sanción penal es mediada por la acción del fiscal (en el sentido de que si el fiscal no inicia el procedimiento no habrá sanción), la razón por la cual se produce esa mediación no es reducible al interés del sujeto que ocupa el cargo de fiscal. Si el razonamiento hasta ahora es correcto,

la tradición socialista empieza a fraccionarse (véase la discusión entre lo que Campbell, *The Left and Rights*, 2-12 llama 'reformistas' y 'revolucionarios'). Con esta advertencia, sin embargo, seguiré utilizando la etiqueta 'socialismo'.

23 Esto no es ofrecido como una tesis historiográfica (hasta donde yo sé la historia de los derechos sociales está todavía esperando ser escrita), sino una interpretación de esa tradición hecha desde nuestro tiempo, en particular una que pretende explicar por qué la idea de derechos sociales, en la particular forma juridificada en que hoy es comúnmente defendida, es tan dominante entre los pensadores de izquierda (o, como se les llama ahora, 'progresistas').

24 Villey, por ejemplo, ha mostrado que la idea moderna de derecho subjetivo supone la distinción entre 'la cualidad moral que corresponde a una persona para tener o hacer algo justamente' (Villey sigue aquí la definición de Grotius: *cf.* Villey, "Los orígenes de la noción de derecho subjetivo", 26), y 'lo justo, el objeto de la justicia' (*ibid* 34).

25 *cf.* Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 147-8. Uso 'potestad' en el sentido de Hohfeld, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, 67-80.

26 *cf.* Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 141. Este es el argumento kelseniano para afirmar la prioridad de la noción de deber sobre la de derecho: hay deberes que no son correlativos a derechos, porque hay deberes que en cuanto a su exigibilidad no están mediados por la declaración de voluntad de otra persona (*cf. supra*, nota 9).

27 Con lo cual pareciera que estoy defendiendo una teoría 'eclectica' en cuanto al fundamento del derecho subjetivo, ecléctica entre voluntad e interés. Pero no quiero pronunciarme explícitamente sobre esto, que ha de quedar pendiente para otra ocasión.

estamos en posición de concluir que para que en sentido jurídico podamos hablar de un derecho subjetivo es necesario que una persona,

- (i) tenga una obligación
- (ii) cuya exigibilidad está jurídicamente mediada por la declaración de voluntad de otra; y
- (iii) que sea reconocida o creada por el derecho en atención al interés de esa otra.

¿Qué nos dice esto respecto del concepto de derecho tal como aparece, e.g. en la expresión 'derechos humanos'? Es evidente que aquí lo que es crucial desde el punto de vista jurídico (*i.e.* la posibilidad de demandar coactivamente el cumplimiento de la obligación correlativa) deviene irrelevante²⁸. Sin embargo, es razonable pensar que el concepto jurídico y el moral de derecho subjetivo son fundamentalmente análogos, por lo que una característica fundamental del concepto jurídico debería corresponder a alguna característica fundamental del concepto moral²⁹. En otras palabras: es razonable pensar que las características institucionales que adopta el derecho subjetivo en sentido jurídico son un reflejo de algo importante acerca de los derechos morales que el derecho pretende proteger, y es eso a lo que tenemos que atender ahora.

6. Quiero defender la tesis (nada novedosa, por lo demás) que tener derecho (moral) a x significa que, en principio³⁰, es posible pronunciarse sobre la

justicia de dar, hacer o no hacer x a w sin necesidad de evaluar el impacto que dar, hacer o no hacer x a w tendrá en otros aspectos moralmente valiosos. Decir que w tiene derecho a que v cumpla su promesa es decir que en principio es justo que v haga lo que prometió hacer, conclusión a la que podemos llegar sin necesidad de considerar el impacto que la acción de cumplir su promesa tendrá en otras cuestiones moralmente valiosas. Si esto es correcto, la noción de 'derechos' en algún sentido implica recortar la situación de dos personas, el acreedor y el deudor, y separarla del resto de las consideraciones morales válidas, de modo que sea posible determinar la justicia de la acción del deudor sin mirar más que a la específica relación existente entre deudor y acreedor, porque lo moralmente dominante es la manera en que (dentro de ciertos límites) el interés del acreedor ha de ser servido por el deudor. Por eso es perfectamente concebible que uno tenga derecho moral a hacer algo moralmente lamentable³¹.

Lo anterior nos permite desde luego conectar la noción de derecho subjetivo en sentido jurídico con la noción moral correspondiente. Hemos visto que jurídicamente lo crucial para poder hablar de derecho subjetivo es que la exigibilidad de la obligación del deudor esté mediada por la voluntad del acreedor. Ahora sabemos que esa característica del concepto jurídico de derecho es reflejo de una característica moral análoga: que el derecho (en sentido moral) significa recortar el rango de consideraciones morales aplicables a la determinación de la justicia de una acción, porque dado el contexto en el que el derecho

28 Véase Dabin, *El Derecho Subjetivo*, 121-128.

29 Formulo este argumento con cierta cautela, para no ser malentendido. La cuestión recuerda el problema, largamente debatido en la tradición analítica del positivismo jurídico, de si el 'concepto' de obligación jurídica era el mismo que el 'concepto' de obligación moral. No estoy afirmando que derechos (morales y jurídicos) sean la misma cosa, que ambos se encuentran en los códigos inmutables del derecho natural, ni nada parecido. Sólo estoy suponiendo que hay entre ambos 'notables semejanzas que bastan para mostrar que su vocabulario común no es accidental' (Hart, *The Concept of Law*, 172 [214], con referencia al concepto de obligación). Por eso, una explicación del concepto que muestra que lo que es jurídicamente crucial *corresponde* a alguna característica que es moralmente crucial es, *ceteris paribus*, una mejor explicación que otra que no muestra eso. Nada más debe leerse en el argumento del texto principal.

30 'En principio', porque el argumento no supone que es una verdad conceptual que los derechos no sean derrotables. Sobre el problema de la derrotabilidad en general, véase Atria, "Las

circunstancias de la derrotabilidad", y Atria, *On Law and Legal Reasoning*, caps. 1 y 5.

31 Véase Waldron, "A right to do wrong?". Hay por eso algo de paradójico en la noción de derecho moral, porque tener derecho a x significa entonces que es justo dar, hacer o no hacer x aun cuando tomando en cuenta otras consideraciones sería mejor no dar, hacer o no hacer x (esta es la objeción estándar de utilitaristas de actos contra utilitaristas de reglas, expresada de modo categórico en Smart, "Extreme and Restricted Utilitarianism"). Por eso nótese que los contextos en los cuales el concepto moral de derecho es aplicable de modo más adecuado son contextos altamente institucionalizados, como el contexto ya mencionado de la promesa. La cuestión ha sido discutida de modo inmejorable por Rawls, "Two Concepts of Rules".

aparece lo dominante es cómo es servido el interés del acreedor. Jurídicamente esta nota se manifiesta a través de la exigibilidad mediada. El derecho entiende que el que mejor conoce sus intereses es el propio interesado (salvo en casos especiales, para los cuales el derecho cuenta con otros medios como las reglas sobre incapacidad y representación, para los casos en que una persona no sabe proteger sus intereses, o sobre auto-contratación, cuando está a cargo de intereses propios y ajenos, o sobre (*e.g.*) insinuación, cuando están en juego los intereses de otros).

Nótese que las observaciones anteriores sobre el concepto de derecho subjetivo son bastante parcas desde el punto de vista de las cuestiones substantivas que esta noción plantea. En particular, esas consideraciones son silenciosas respecto de problemas como los siguientes: (i) el peso de los derechos frente a las consideraciones morales que ellos hacen irrelevante; (ii) la correcta manera de describir el razonamiento moral conforme a derechos, si se trata de lo que Raz ha denominado razones excluyentes³² o simplemente de razones especialmente fuertes de primer orden; y (iii) las condiciones de derrotabilidad de los derechos³³. En principio, uno pensaría que la respuesta a este y otros problemas no puede ser zanjada con argumentos sobre la correcta comprensión del *concepto* de derechos y requiere una teoría substantiva, moral o política.

Pero lo anterior sí nos muestra qué se sigue del hecho de que una teoría moral entienda a los derechos como el concepto central: sabemos que esa teoría substantiva afirma que las consideraciones morales no cubiertas por derechos sólo son moralmente relevantes para determinar la justicia de una acción o situación cuando los derechos involucrados ya han sido satisfechos. Al declarar a los derechos como el concepto moral fundamental, los intereses que esos derechos protegen son doblemente priorizados: en tanto conceptos fundamentales (i.e. esos son los intereses más importantes) y en tanto derechos (porque en

principio no compiten con intereses no protegidos por derechos). Así, por ejemplo, en la teoría de la justicia de J Rawls la libertad es doblemente priorizada: por un lado, la libertad es un *derecho*, por lo que para saber cuál es la extensión de la libertad sólo es necesario mirar a la situación del acreedor (o titular) de ese derecho y los deudores (cada uno tiene derecho a 'la libertad básica más extendida compatible con una libertad similar para los otros'³⁴) y está adicionalmente ordenada lexicográficamente con el segundo principio. Por eso la tesis de Dworkin, que los derechos son 'cartas de triunfo'³⁵ no es puramente estipulativa: ella refleja una de las características básicas de la idea misma de 'derechos'.

Que de la sola consideración del concepto de derechos subjetivos no se sigan muchas consecuencias substantivas no significa, por tanto, que una teoría substantiva que afirme que los derechos son *fundamentales* en el sentido de que son el fundamento de la legitimidad de la asociación política sea igualmente agnóstica. Esto es importante porque el hecho de que al menos ciertos derechos son fundamentales es algo que puede, en el estado actual de la discusión, darse por establecido. Si no fuera por otra razón, porque así lo afirman todas nuestras constituciones. Por eso lo que resulta interesante es estudiar el problema de cuáles son las consecuencias *sustantivas* de utilizar el aparato conceptual de los derechos, y eso es lo que quiero hacer en lo que sigue.

7. Aclarados como lo hemos hecho los conceptos, ahora podemos entender la especial importancia que los derechos suelen reclamar. Ella radica en que los derechos en principio sólo conocen como límites otros derechos: 'el ejercicio de los derechos naturales no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos', dice la declaración francesa (art. 4). Por consiguiente, las demandas socialistas sólo podían reverberar en el discurso liberal si eran manifestadas como derechos, de modo que pudiera decirse que el conflicto entre

32 En Raz, *Practical Reason and Norms*, 37-48 [39-54].

33 Véase *supra* n. 25.

34 Rawls, *A Theory of Justice*, §11.

35 Dworkin, "Rights as Trumps".

esas demandas era un conflicto de derecho contra derecho (permitido) y no de derecho contra utilidad general o aspiración comunitaria (no permitido).

En efecto, si las demandas socialistas se manifestaban en el lenguaje de la aspiración comunitaria, la respuesta liberal habría indefectiblemente de ser que en tanto objetivos agregativos esas aspiraciones comunitarias no podían competir con los derechos. Al presentarlas como derechos, el liberalismo se veía enfrentado a un dilema, porque debía optar entre (1) mantener su adhesión prioritaria a los derechos de 'primera' generación, declarándolos más importantes que las otras necesidades, e implicando así que lo importante era, por ejemplo, gozar de libertad 'formal', aunque esa libertad fuera substancialmente vacía (el rico y el pobre eran libres de dormir bajo los puentes de París) o (2) aceptar que las condiciones para el ejercicio legítimo y substancialmente significativo de las libertades fueran también cubiertas por derechos con al menos el mismo título que ellas³⁶.

Un ejemplo de un ataque al liberalismo que sigue el modelo anterior, formulado precisamente desde una perspectiva socialista, es el de G A Cohen contra R Nozick:

Desde luego, Nozick nos quiere hacer creer, que la propiedad de uno mismo [*self-ownership*] que él favorece es más que meramente formal. En el capítulo III de *Anarchy, State and Utopia* él sostiene que cada persona debe ser libre de vivir su propia vida, un *desideratum* que es supuestamente asegurado por los derechos que constituyen la propiedad sobre uno mismo [*self-ownership*] nozickeana. Pero Nozick también cree que el proletario más abyecto – llamémoslo Z – que debe elegir entre vender su fuerza de trabajo a un capitalista o morir, goza de los derechos relevantes³⁷.

Para decir lo primero Nozick necesita entender la propiedad sobre uno mismo en el sentido de control sobre la propia vida (noción que, según él está vinculada a la idea de llevar una vida 'con sentido'³⁸). Pero Z no tiene control sobre su vida en este sentido. Para decir que Z es dueño de sí mismo Nozick necesita recurrir a una noción más débil de dominio sobre uno mismo, un concepto meramente formal de propiedad sobre uno mismo. Éste es el dilema del liberalismo que la idea de derechos sociales pretendía explotar: o los liberales afirman la prioridad de los derechos de primera generación, declarando a Z libre en el sentido relevante, y demostrando que no les preocupa la libertad *real* de todos (sino que sólo quieren decir por libertad 'la libertad de los dueños de la propiedad privada de hacer lo que quieran con su propiedad'³⁹) o adoptan un concepto substantivo de libertad, uno que niegue la prioridad de la forma sobre la substancia.

El contraste entre las ideas originalmente defendidas por Nozick en *Anarchy, State and Utopia* y la crítica de Cohen es interesante para nuestros efectos, porque la de Nozick es precisamente una filosofía política basada en derechos. Eso la hace una filosofía política formalista⁴⁰; la crítica de Cohen se basa en la arbitrariedad de usar la noción de derechos (y su complemento, aunque él no usa esa expresión, la noción de relación de derecho privado) como concepto central de la filosofía política.

Estoy consciente de que el párrafo anterior debe haber resultado oscuro a muchos lectores, por lo que intentaré aclararlo. Cohen discute la siguiente tesis, que (justamente) imputa a Nozick (sigo la numeración de Cohen):

(8) Si Z es forzado a hacer A o B, y A es lo único que sería razonable que haga, y Z hace A por esa razón, entonces Z es forzado a hacer A.⁴¹

36 Aquí sólo un ejemplo de un argumento que hoy por hoy se ha hecho estándar: 'si los derechos fundamentales apuntan a lo que es fundamentalmente importante para el bienestar humano, no podemos excluir de su área los recursos materiales. En particular se ha dicho a menudo que, sin un mínimo de bienestar material, los derechos civiles y políticos tienen escaso valor y relevancia para los seres humanos' (Jones, *Rights*, 147).
37 Cohen, *Self-Ownership, Freedom and Equality*, 100.

38 Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, 50 [60].

39 Cohen, *Self-Ownership, Freedom and Equality*, 90.

Recuérdese los versos de *La Internacional* citados supra, §4.

40 En el sentido no peyorativo de Weinrib, *The Idea of Private Law*, 22-55.

41 Cohen, *Self-Ownership, Freedom and Equality*, 35.

La discusión de fondo es: el trabajador que se ve ante la alternativa de trabajar (recibiendo el salario de mercado) o vivir en la miseria, y que por eso elige trabajar, ¿es forzado a trabajar? Según (8), pareciera que lo es, porque la opción entre trabajar y padecer miseria no es razonable. Pero, por supuesto, si se concediera que el trabajador es forzado a trabajar no podría decirse que bajo el capitalismo los trabajadores son libres, y no podría decirse que la sociedad capitalista es una sociedad libre.

Como Nozick quiere poder decir estas últimas dos cosas, él tiene que mostrar por qué, a pesar de que acepta (8), el proletario que se ve enfrentado a la opción de vender su poder de trabajo o enfrentar la miseria es, en el sentido relevante, libre. Para esto, Nozick sostiene que las restricciones que otros ponen a las opciones que una persona tiene abiertas no disminuyen la libertad de éste, ni la voluntariedad de sus acciones, en la medida en que el otro tenga derecho a ponerlas:

La cuestión de si las acciones de una persona son voluntarias depende de qué es lo que limita sus alternativas. Si las limitan los hechos de la naturaleza, las acciones son voluntarias (puedo caminar voluntariamente a un lugar al cual preferiría volar por mí mismo). Las acciones de otras personas limitan las oportunidades abiertas para uno. Para decidir si esto hace a las acciones resultantes de uno voluntarias es necesario determinar si los otros tenían derecho a actuar como lo hicieron.⁴²

La explicación de por qué ‘un pensador extremadamente agudo’⁴³ como Nozick sostendría una tesis tan implausible es que la teoría de Nozick es una teoría de la justicia que podríamos llamar de derecho privado. El derecho privado, como ha mostrado elegantemente E Weinrib⁴⁴, se basa en la idea de que lo que una persona debe a otra es determinado no por consideraciones externas (*i.e.* externas a la relación entre ambas partes) de justicia sino por la especial configuración de la relación entre las

partes. Por eso Nozick cree que no puede saberse si la limitación de las opciones que Z sufre es una merma de su libertad sin saber si quien las crea (esas limitaciones) ha actuado con derecho a hacerlo o no. Desde el punto de vista de una consideración externa (a la relación), que es la óptica asumida por Cohen, es evidente que para responder la pregunta sobre si Z, en el caso, es libre o no debemos saber (a) cuán significativa es la opción que le resta a Z y (b) en qué consiste la libertad (cuestión que viene dada por una teoría de la libertad que es en principio externa a la relación entre A y B). Estas dos cuestiones son declaradas irrelevantes en la medida en que la teoría de la justicia es construida sobre el supuesto básico, como lo hace Nozick, de que la justicia de la situación en la que se encuentra una persona, o la justicia de una acción, depende de las características de la relación que une a las partes involucradas.

Nótese el formato de la cuestión: los derechos, en Nozick, son naturales en el sentido de que no son artificialmente creados por el Estado ni por la asociación política (las partes tienen derechos en el estado de naturaleza⁴⁵), y lo que es justo se determina mirando solamente a la manera en que los derechos que las partes tienen afectan una determinada acción o situación. Esto lleva naturalmente a una teoría de la justicia distributiva que es fundamentalmente justicia conmutativa (una teoría basada en los títulos, más que una teoría basada en patrones, como dice el propio Nozick⁴⁶).

8. Ahora podemos, entonces, entender la aparición de la ‘segunda’ generación de derechos frente a la primera: quien acepta la primera lo hace como un vacío gesto formal, a menos que acepte también la segunda. Y por eso hay algún sentido en que es correcto decir, con N Bobbio, que haber logrado la incorporación de los derechos de segunda generación en un pie de igualdad con los de la primera puede ser considerado

42 Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, 262.

43 Cohen, *Self-Ownership, Freedom and Equality*, 36.

44 Weinrib, *The Idea of Private Law*, 8-16.

45 Sobre el estado de naturaleza, véase Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, 3-25 [17-38]

46 Weinrib, *The Idea of Private Law*, 150-160.

una de las conquistas más clamorosas [...] de los movimientos socialistas que han sido identificados al menos hasta ahora con la izquierda.⁴⁷

La idea aquí no es que a los liberales les importan sólo las libertades civiles y políticas y que a los socialistas les importan sólo los derechos sociales⁴⁸. Liberales y socialistas defienden los bienes detrás de ambas generaciones de derechos⁴⁹, pero la diferencia estriba en la razón por las que ellos son importantes en cada tradición. En la tradición liberal los derechos se fundan en el auto interés (porque ellos no dependen de sino anteceden a la comunidad) o, para expresarlo de una manera más elegante, en lo que Rawls llama el ‘mutuo desinterés’⁵⁰. El liberalismo, en su variante ‘progresista’, acogió la idea de derechos sociales, pero para fundarlos debía recurrir a una concepción más amplia que lo común de auto-interés, un *enlightened self-interest*. Por eso, los derechos sociales en clave liberal son concebidos como una especie de seguro que cada agente toma para precaverse de la posibilidad de encontrarse descubierto y necesitado.

Steven Holmes ha mostrado, de hecho, que los autores liberales clásicos efectivamente reconocían la existencia de ciertos ‘derechos de bienestar’ [*welfare rights*]. Pero precisamente como ellos manejaban una noción ‘natural’ de derechos, *i.e.* derechos existentes en el estado de naturaleza (=derechos en cuya justificación normativa el hecho de vivir en comunidad no aparece), esos

derechos de bienestar sólo podían tener como límite máximo ese estado: es irracional acceder a un pacto constitutivo si en virtud del pacto el sujeto quedará peor de cómo estaba en el estado de naturaleza⁵¹. Si uno no tuviera un derecho de bienestar, un derecho a un nivel de vida apenas superior a la vida ‘solitaria, pobre, desagradable, bruta y breve’ de que habla Hobbes⁵², entonces los demás ciudadanos no podrían exigirle respeto a la autoridad. Por eso los derechos de bienestar que Holmes encuentra en la tradición liberal no son derechos sociales en el sentido socialdemócrata, sino derechos a un mínimo⁵³. Lo que los ofende no es la desigualdad, sino la pobreza.

En la tradición socialista, los derechos sociales son una manifestación de un forma superior de comunidad, una en que (e.g.) cada uno contribuye de acuerdo a sus capacidades, y recibe de acuerdo a sus necesidades. Esta es precisamente la idea discernible en el análisis ofrecido por T H Marshall⁵⁴. Los derechos sociales constituyen una manera más amplia, más completa de concebir la ciudadanía, y como la ciudadanía es la pertenencia a una comunidad política, los derechos sociales de los que nos habla Marshall son la consecuencia de una nueva forma de concebir la asociación comunitaria. Ahora la sola pertenencia a la

51 Hobbes, *Leviathan*, 21 [178].

52 *ibid.* Cap. 13 [103]

53 Holmes invoca a autores liberales clásicos como Smith, Montesquieu, Locke y Hobbes, entre otros. Para Hobbes las leyes del estado debían proveer a la mantención de quienes ‘por accidente evitable, resultan incapaces para mantenerse a sí mismos’ (Hobbes, *Leviathan*, Cap. 30 [284]; *cf.* Holmes, “Liberal Guilt. Some theoretical origins of the welfare state”, 88); Smith destacaba la necesidad de que el gobierno se hiciera cargo de ‘la ayuda a los pobres’ (Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, V.i.d.5 [641]; *cf.* Holmes, “Liberal Guilt. Some theoretical origins of the welfare state”, 90); para Montesquieu, se trata de dar ‘a los obreros en necesidad momentánea [...] un socorro rápido, tanto para prevenir el sufrimiento del pueblo, o para evitar una rebelión’ (Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, Cap. 23 §29; *cf.* Holmes, “Liberal Guilt. Some theoretical origins of the welfare state”, 95); Locke, por ultimo, reconoce a cada uno un título sobre la riqueza de los demás, ‘para mantenerlos alejados de la necesidad extrema, en tanto carezcan de medios para subsistir de otra manera’ (Locke, *Two Treatises on Government*, I §42 [85]; *cf.* Holmes, “Liberal Guilt. Some theoretical origins of the welfare state”, 86).

54 Marshall, *Citizenship and Social Class*, 8-17 [22-36].

47 Bobbio, *Derecha e Izquierda*, 151; para Peces-Barba, los derechos sociales son ‘una aportación socialista original al acervo de los derechos humanos’ (en Peces-Barba, *Derecho y Derechos Fundamentales*, 413); por su parte, Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, 175, denomina a los derechos sociales ‘derechos y pretensiones socialistas (o más suavemente: sociales)’ (énfasis agregado). *cf.* también Waldron, “Nonsense upon stilts? -- A reply”, 158.

48 O ambos, como solía sostenerlo la propaganda soviética. Véase e.g. Venguérov y Danilévich, “Derecho, Moral y Personalidad: El sistema judicial soviético en acción”, 20.

49 Como dice el mismo Bobbio: ‘¿Qué doctrina política no tiene que ver en mayor o menor medida con la igualdad?’ Bobbio, *Derecha e Izquierda*, 141. Véase adicionalmente *infra*, n. 48.

50 Rawls, *A Theory of Justice*, 13-14 [31]. Véase Atria y Michelon, “Is Rawls egalitarian? A critique of the difference principle” (inédito, disponible por correo).

comunidad política es suficiente para fundar esos derechos. La diferencia entre la ciudadanía liberal (i.e. derechos civiles y políticos, en términos de Marshall) y la socialista es que mientras la primera es una forma de comunidad que se caracteriza porque sus miembros 'no tienen interés en los intereses de otros'⁵⁵, la segunda es una forma de comunidad en que cada uno de sus miembros tienen un interés en el bienestar del otro, un interés que se extiende, como lo expresara el *slogan* del *National Health Service* británico, 'from cradle to grave' (desde la cuna hasta la tumba).

La distinción entre (la eliminación de la) pobreza y desigualdad nos da la clave para distinguir entre una concepción que llamaré 'liberal' y una 'socialista' de los derechos sociales. Como sostiene Marshall,

*La reducción de las desigualdades de clase es también la finalidad de los derechos sociales, pero ha adquirido un nuevo sentido. Ya no es solamente un intento de disminuir los desagradados obvios de la miseria. Ahora se presenta como acción tendiente a modificar todo el patrón de desigualdad social. Ya no se satisface con levantar el nivel del suelo en el subterráneo del edificio, dejando los pisos superiores como estaban. Ha comenzado a remodelar el edificio completo, y puede incluso convertir un rascacielos en un bungalow.*⁵⁶

De lo que se trata ahora, entonces, es de examinar cómo estas dos concepciones pueden expresarse a través del razonamiento jurídico.

9. Antes de eso, sin embargo, es necesario enfatizar que en sus principios la noción de 'derechos (naturales)' no era parasitaria de la noción de derecho (subjetivo). No era, en otras palabras, reducible ni a la tesis de que todos los seres humanos en tanto tales gozan de esos derechos en el sentido jurídico del término ni a la tesis de que ellos deberían tener, conforme al derecho del Estado respectivo, esos derechos subjetivos.

En vez de hacer alusión a los *derechos* subjetivos que los individuos tienen o deben tener la noción política de derechos (humanos, naturales, etc) afirmaba que ciertos bienes (libertad, igualdad ante la ley, educación, protección de la salud, etc) eran *especialmente* importantes en el sentido fundacional identificado más arriba. Es perfectamente coherente utilizar el lenguaje de los derechos como lenguaje *político* y no jurídico. El sentido político de la expresión 'w tiene derecho (humano, natural, etc) a x' puede perfectamente ser 'un Estado es ilegítimo, y su autoridad se basa en su sola fuerza, si no asegura a w el goce de x'⁵⁷. Pero como hay muchas maneras a través de las cuales x puede ser garantizado, es perfectamente posible que w goce de x sin que la forma jurídica a través del cual se le garantice sea un *derecho subjetivo* a x.

Pero esta última idea nada en contra del *Zeitgeist*. Hoy es común encontrarse con la idea de que o los derechos humanos no significan nada, o significan que los seres humanos por el hecho de ser tales de hecho gozan, o (en su versión más plausible) *deberían gozar* de los derechos humanos como derechos subjetivos reconocidos por el sistema jurídico⁵⁸. En otras palabras, hoy parece haber un consenso cada vez más extendido sobre la idea de que los derechos humanos son parasitarios respecto de los derechos subjetivos jurídicos, *en tanto se definen por su relación con éstos*. Esta idea, evidente como puede hoy parecernos, es relativamente nueva. De hecho, por ejemplo, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano no fue ni pretendió ser una ley, sino una *declaración* sin efectos jurídicos propios⁵⁹. En efecto, ¿cómo podría alguien tener derecho subjetivo a la *seguridad*? Lo mismo puede decirse de la declaración norteamericana, e incluso de la declaración universal de 1948. La declaración universal tenía por finalidad promover 'una concepción común' de ellos que permitiera evitar 'actos ultrajantes para la conciencia de la humanidad', de modo que, viviendo en 'un mundo

57 Véase Atria, "Legalismo, política y derechos", supra n. 13.

58 Para una formulación bastante explícita de esta idea, véase *infra*, texto que acompaña n. 87.

59 La importancia de este hecho es una cuestión que me fuera destacada por Michel Troper.

55 Rawls, *A Theory of Justice*, 13 [31].

56 Marshall, *Citizenship and Social Class*, 28 [52].

librados del temor y la miseria', los hombres no se vieran 'compelidos al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión'⁶⁰. Por eso lo que los pueblos del mundo hicieron fue *declarar* esos derechos, declaración que debe entenderse como un esfuerzo por hacer del mundo un lugar en que las atrocidades que habían ocurrido recientemente fueran menos probables; el mundo es distinto desde que entendemos que él (*todo* el mundo) es habitado por seres que tienen esos derechos. La declaración es un acto performativo, cuyo sentido es cambiar el mundo al declararlo cambiado.

Hoy, sin embargo, todo esto es rápidamente descartado como retórica política, lenguaje 'metafórico' o 'figurativo'⁶¹, 'meras' declaraciones de principio, obligaciones 'programáticas' que a nada obligan, a menos que los derechos declarados impliquen al menos la exigencia de conceder a su titular un derecho subjetivo dotado de todas las características propias de los derechos subjetivos, especialmente *exigibilidad*. En este contexto, hay un sentido importante en que el conflicto político, especialmente en Latinoamérica (y también en Europa del este⁶²) se ha desplazado desde las calles o parlamentos hacia las cortes.

10. El desplazamiento al que me refiero no es simplemente un cambio de *locus* institucional, aunque nadie puede negar que la importancia política de los tribunales ordinarios y constitucionales ha aumentado de modo considerable en, digamos, los últimos 20 años. El problema no es (o no es *sólo*) que hoy sean tribunales los que decidan cuestiones que antes estábamos acostumbrados a creer que debían ser decididas por asambleas representativas. Esto de hecho ha ocurrido y es importante, pero adicionalmente se ha producido un cambio de valoración del derecho y su relación con la política. Hoy el derecho es visto como el *medium* de la acción política. Por supuesto, el derecho siempre estuvo relacionado con la política, al menos en el sentido

de que el derecho era el resultado de la política. Pero en algún sentido importante la política gozaba de cierta prioridad frente al derecho.

Para entender esta prioridad, es útil considerar el momento en que ella fue explícitamente formulada en términos de teoría del derecho⁶³. Me refiero al surgimiento del positivismo jurídico en la Inglaterra de fines del siglo XVII y principios del siglo XVIII. Lo que caracterizaba a ese positivismo no era la pretensión de determinar las condiciones de conocimiento científico del derecho (como en Kelsen⁶⁴), ni proveer un análisis del 'concepto' de derecho (como en Hart⁶⁵) sino el objetivo político de afirmar la autonomía del derecho como instrumento político. En términos de N Bobbio, se trataba de un positivismo ideológico o ético⁶⁶.

En efecto, el positivismo jurídico nació junto al estado nación afirmando que el derecho es artificial, y que en consecuencia lo que los juristas llamaban la 'razón' del derecho no era sino un disfraz para dar mayor respetabilidad a sus preferencias políticas (habitualmente conservadoras). Siendo el derecho artificial, una manifestación de la voluntad del soberano, entonces los juristas y los jueces están sometidos a él. Los juristas y los jueces modernos ya no pueden entender la ley como la habían entendido los medievales, es

63 Atria, "La ironía del positivismo jurídico".

64 Atria, "La impureza de la aplicación del derecho y sus consecuencias".

65 Cfr. Atria, *supra* n. 59.

66 Bobbio, *El Positivismo Jurídico*, 233-235; Bobbio cree sin embargo que el positivismo ético (en su versión 'moderada') afirma el valor del *orden*. Sin embargo esto, así como la versión 'extrema' del positivismo ético identificada por Bobbio, parece también 'propia más de los adversarios que de los defensores del positivismo jurídico' (ibid, 233). El positivismo ético no tiene por qué afirmar que todo derecho por ser derecho tiene valor, ni siquiera 'moderadamente' (véase Atria, "Bobbio y el positivismo ético", de próxima aparición en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (Valparaíso, 2005)). Es posible tener una teoría positivista ética (como es, creo, la mejor interpretación de la tradición positivista) que enfatiza el valor del autogobierno democrático y que defiende la estricta sujeción a la ley del juez (dado un modo de producción del derecho que refleja el autogobierno) como la única manera en que ese valor puede ser servido. En este sentido, véase Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, y Campbell y Goldsworthy, *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*.

60 *Declaración Universal de Derechos Humanos* (Naciones Unidas, 1948), preámbulo.

61 Cfr. Peces-Barba, *Derecho y Derechos Fundamentales*, 415-416.

62 Celebrando este desarrollo véase Schwartz, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*.

decir como derivaciones de la ley natural que en consecuencia podían ser derivaciones correctas o incorrectas, sino como manifestaciones de *voluntad* del soberano que en tanto tales no podían ser correctas o incorrectas: para el juez y el jurista debían ser consideradas *dogmas*. El positivismo es la manifestación jurídica de la idea política moderna de que los gobiernos (y el derecho) son instituidos artificialmente por los hombres, que en consecuencia pueden, como dijeron los revolucionarios norteamericanos en 1776,

*reformularlos o abolirlos, e instituir un nuevo gobierno y organizar sus poderes en la forma que a su juicio garantice mejor su libertad y seguridad.*⁶⁷

El positivismo era, en este sentido (al igual que el movimiento codificador), un movimiento para asegurar la sujeción a la ley de los ‘sinister interests’ de ‘Judge & Co’⁶⁸, afirmando la prioridad de la política (el derecho como voluntad, no como razón) sobre la razón artificial del derecho.⁶⁹

Hoy, sin embargo, la relación entre derecho y política se ha invertido y se nos invita a celebrar la sujeción de la política al derecho. A esta visión, que concibe al derecho como lo que estructura, limita y ordena el conflicto político, la denominaré ‘legalismo’⁷⁰. El legalismo ya no concibe al derecho como el ‘gran ocultador de la opresión’⁷¹, sino como el medio a través del cual la comunidad se constituye a sí misma. Ahora el derecho expresa ‘el pueblo que queremos ser y la comunidad que aspiramos

a tener’⁷². Liberales y republicanos celebran el potencial emancipador del derecho, aunque uno podría haber esperado algo distinto⁷³. Incluso entre las posturas más explícitamente radicales, es a través de la subversión de los significados jurídicos, la detección del contraprinipio que yace, indefectiblemente, escondido bajo el principio, que será posible volver a luchar por los viejos ideales de la izquierda⁷⁴. En la práctica política, especialmente en varios de los países latinoamericanos (Argentina y Chile entre ellos⁷⁵) la idea de utilizar foros judiciales para luchar por el progreso social y político se ha hecho más y más corriente, y esos foros consecucionalmente más y más importantes⁷⁶.

El supuesto básico de esta aceptación generalizada del derecho como el medio de expresión del conflicto político es que el derecho es neutral, es decir, que el discurso jurídico permite la expresión sin distorsiones de las pretensiones políticas. La idea ha sido explícitamente defendida por Zagrebelsky: el derecho es ‘dúctil’⁷⁷. Lo curioso de esto es que navega en contra de una importante idea, sostenida por autores tan diversos como

72 Dworkin, *Law's Empire*, 413.

73 Habermas destaca aprobatoriamente el hecho de que ‘no deja de ser interesante que el republicanism, como quizás hubiese cabido esperar de su inspiración democrata-radical, no se convierta en abogado del *judicial self-restraint*’ (Habermas, *Facticidad y Validez*, 351).

74 Unger, *The Critical Legal Studies Movement*; *cf.* también Unger, *What Should Legal Analysis Become*, y en general (aunque crítico de la crítica crítica) Altman, *The Critical Legal Studies Movement*.

75 Por Argentina, véase la crónica de Böhmer, “La corte de los ‘80 y la corte de los ‘90: un diálogo sobre el rule of law en Argentina”; por Chile, véase Atria, “Revisión Judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha”, en 79 *Estudios Públicos* (2000): 347-402.

76 En Chile y en latinoamérica, influyentes programas de ‘acciones de interés público’ y un uso reiterado de acciones de amparo o (como son denominadas en Chile) protección de derechos constitucionales por parte de ONGs han convertido a las cortes en árbitros de conflictos que hace un tiempo no podría haber sido entendido sino como conflictos políticos por excelencia. Al respecto, véase González, “Evolución y perspectivas de la red universitaria sudamericana de acciones de interés público”. Véase adicionalmente Correa Sutil, “Cenicenta se queda en la fiesta: el poder judicial en la década de los 90”, y Atria, “La hora del derecho. Los ‘derechos humanos’ entre el derecho y la política”.

77 Zagrebelski, *El Derecho Dúctil*.

67 *Declaración de Independencia Norteamericana* (1776).

68 Bentham, *Rationale of Judicial Evidence*, 199-210. Van Caenegem ha enfatizado que ‘históricamente, la codificación fue un arma utilizada en contra de la judicatura’ (van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors*, 152).

69 Por supuesto, esta prioridad creaba una tensión con la noción de estado de derecho, en especial con la noción de estado material de derecho (en la medida en que la idea de estado formal de derecho miraba a la configuración positiva de la potestad legislativa como la mejor garantía, mientras el estado material considera esa garantía insuficiente e introduce criterios materiales de legitimación). Véase en general, sobre este tema, Böckenförde, “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho”.

70 *cf.* Shklar, *Legalism*, 111 [125]. Véase adicionalmente Atria, “Legalismo, política y derechos”, *supra* n. 13.

71 Christodoulidis, *Law and Reflexive Politics*.

Pashukanis, Hayek y Marx: que el derecho *no* es neutral, que en algún sentido importante la *forma* del derecho está vinculada a los mismos arreglos políticos y económicos que la izquierda detesta⁷⁸. Marx expresaba esta idea en un famoso pasaje de *Sobre la cuestión judía*:

*los llamados derechos humanos, los droits de l'homme, a diferencia de los droits du citoyen, no son otra cosa que los derechos del miembro de la sociedad civil, es decir, los derechos del hombre egoísta, del hombre que vive al margen del hombre y la comunidad [...]. El derecho humano de la libertad no descansa sobre la unión del hombre con el hombre, sino que se basa, por el contrario, en la separación entre los hombres.*⁷⁹

11. Dentro del derecho y de las constituciones, el *locus* natural que sirve de sucedáneo para el conflicto político es el conjunto de derechos reconocidos por las constituciones modernas y/o los tratados internacionales. De hecho, si Zagrebelsky está en lo correcto y el derecho es completamente *dúctil*, las demandas de liberales y socialistas debieran poder reaparecer en el discurso jurídico sin sufrir tergiversaciones, como interpretaciones en competencia de enunciados jurídicos vagos como los que aparecen, por ejemplo, en lo que se denomina la 'parte dogmática' de las constituciones.

No cabe duda de que en una buena medida eso es así. Como ha señalado Jeremy Waldron⁸⁰ el conflicto jurídico tiende a reflejar el conflicto político. Esto es mucho más evidente cuando se trata de cuestiones jurídicas cuyas consecuencias políticas son especialmente directas, como suele ser el caso tratándose de cuestiones relacionadas con la interpretación y protección de los derechos fundamentales. En otras palabras, la idea crítica de que el derecho

es política es correcta en cuanto implica que el conflicto político se manifiesta en el conflicto jurídico, que éste no es autónomo de aquél.

Sin embargo, para que el derecho sea neutral, es decir, para que a través de él se pueda manifestar el conflicto político sin distorsiones de traducción, no es suficiente que el discurso jurídico carezca de autonomía respecto del discurso político. Se requiere adicionalmente que el derecho sea *completamente dúctil*, en el sentido de que cualquier reclamo político pueda ser manifestado a través de él sin necesidad de distorsionarlo, es decir, sin necesidad de presentarlo de un modo distinto a como en efecto es⁸¹.

Y es ésta la condición que el derecho no puede cumplir. Una manera de explicar por qué el derecho no puede cumplir esta condición es considerando la discusión sobre la relevancia jurídica de los derechos sociales, porque tratándose de derechos sociales el sentido *jurídico* del substantivo no es neutral respecto de las dos maneras ya distinguidas⁸² de entender el significado *político* del adjetivo.

12. Si el argumento hasta ahora es plausible, una de las formas en las que la confrontación política entre liberalismo y socialismo reaparece dentro del discurso jurídico es como una confrontación entre derechos civiles y políticos y derechos sociales y la importancia relativa de cada grupo. Parece que en el derecho nuestra época simplemente ha encontrado un nuevo lenguaje en el cual resolver los conflictos de siempre. Ahora quiero mostrar que esta apariencia es engañosa, porque el derecho no permite expresar sin distorsión esos conflictos: el derecho es *dúctil*, pero no completamente *dúctil*. Ni siquiera *suficientemente* dúctil.

En abstracto, el argumento es relativamente simple: hemos visto que el concepto de derecho subjetivo hace referencia a la idea de que lo que es justo dar, hacer o no hacer al titular del derecho

78 Véase Pashukanis, *Law and Marxism: a general theory*, Hayek, *Rules and Order*. La explicación del sentido en que Hayek y Pashukanis coinciden en identificar a la forma del derecho (no sólo a su contenido) con el capitalismo de mercado está en Bankowski, *Living Lawfully*, 80-89; *gr.* también Waldron, "Karl Marx's 'On the Jewish question'", 126.

79 Marx, "Sobre la Cuestión Judía".

80 En Waldron, *Law and Disagreement*, 221-231 y *passim*.

81 Al menos tratándose de posiciones políticas que en términos de Rawls, *Political Liberalism*, 48-58 [67-71] sean razonables.

82 *Supra*, §8.

puede determinarse con independencia de consideraciones substantivas de índole general. Por eso los derechos triunfan (al menos en principio) consideraciones de utilidad general o aspiraciones comunitarias. El mayor bienestar social o la aspiración comunitaria no pueden constituir una razón que triunfe sobre un derecho. Esto es lo que 'tener derecho a...' significa en el juego de lenguaje del derecho. El comprador demandante no necesita probar, para obtener en el juicio, que la sociedad como un todo estará mejor si su demanda es acogida, y el vendedor demandado no puede oponer una 'excepción de bienestar general' para excusarse del cumplimiento⁸³.

Los fines colectivos (o comunitarios) que justifican los derechos sociales, en consecuencia, no podrán vencer a los derechos individuales si no están expresados en el lenguaje de los derechos. En tanto aquellos sean 'sólo' fines agregativos éstos siempre saldrán triunfadores. Como hemos visto, esa es una de las razones por la que los derechos sociales fueron precisamente presentados como 'derechos'. Pero por supuesto, una vez que esas ideas comunitarias son expresadas como 'derechos' la idea comunitaria en la que descansan es negada y la demanda es entendida como una de *individuos* en contra de la comunidad.

El argumento a seguir tiene como corolario que hay un sentido importante en el cual la expresión 'derechos sociales' es una contradicción, es tan contradictoria como 'soltero-casado'. A pesar de esto, mucho esfuerzo e inteligencia se ha gastado en ofrecer una noción de derechos sociales que

sea razonable. Sin embargo, persiste siempre una tensión entre lo que depende del contenido del material jurídico positivo (*i.e.* positivado, *puesto*) y lo que depende del modo de operación de las prácticas institucionalizadas que llamamos 'jurídicas'; una tensión, en otras palabras, entre mirar a la *sustancia contingente* del derecho puesto o a su *forma necesaria de operación* (necesaria, *i.e.* en tanto jurídica) para explicar la especial (devaluada) posición que ocupan los derechos sociales frente a los derechos de primera generación en los sistemas jurídicos occidentales.

Quiero ahora mostrar algunas instancias del fenómeno indicado. Para eso, comenzaremos mostrando cómo la tensión entre la sustancia del derecho y su forma de operación aparece al analizar los modos de operación de los derechos sociales y los bienes que protegen; luego el examen será dirigido a dos propuestas aparentemente contradictorias sobre cómo deberíamos proteger esos bienes, para terminar con un caso en que el discurso jurídico hace estrictamente imposible un significado político⁸⁴.

13. Comenzamos considerando un aspecto de la discusión sobre el estatus normativo de los derechos sociales en la Constitución Española. Como se sabe, la mayoría de los bienes que habitualmente se denominan derechos sociales son agrupados por esta constitución en su capítulo 3°, al que luego se le niega protección judicial. Ante esta situación, autores como L. Prieto se preguntan por qué los denominados 'principios rectores de la política económica y social' del capítulo III de la Constitución Española aparecen en ese texto constitucional 'jurídicamente devaluados'⁸⁵, en particular si esa devaluación responde en verdad a alguna exigencia técnica o representa más bien el fruto de una decisión

83 Nada obsta, desde luego, que se reforme el Código Civil y que se cree una excepción de bienestar general. El argumento sólo implica que, en la medida en que eso fuera el caso, lo que el vendedor tendría dejaría de ser reconocido como un derecho subjetivo (la cuestión es un poco más compleja, sin embargo. Que el vendedor tenga una excepción de utilidad general es estrictamente compatible con que el comprador tenga un derecho a la entrega de la cosa, porque tal excepción podría cumplir la función de la cláusula 'en principio' discutida más arriba (*supra* n. 25). Pero si el comprador necesitara probar que su demanda va en el bien general, o si el vendedor pudiera excusarse de cumplir probando solamente que en las circunstancias, es conveniente socialmente que él no cumpla (y no sólo para evitar, parafraseando a Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, 30n [42n], 'horrores jurídicos catastróficos'), entonces no podríamos decir que en realidad tiene un derecho).

84 Sostendré que lo que he denominado la 'concepción socialista' de los derechos sociales no puede sobrevivir a la juridificación del concepto, la que entonces impone sobre el mismo un significado liberal. Esa concepción es entonces la que ahora discutiremos. Por eso, en lo que sigue utilizaré la expresión 'derechos sociales' para referirme sólo a la concepción socialista ya identificada.

85 Prieto, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, 190.

política⁸⁶ (nótese como Prieto ha formulado con toda precisión la tensión identificada más arriba). Como Prieto encuentra en otras partes de la Constitución Española derechos que muestran las posibles notas características de los derechos sociales, pero que están dotados de exigibilidad judicial, inicialmente concluye que si los principios rectores se hallan jurídicamente devaluados

*no es principalmente porque sean derechos sociales, es decir, no es porque reúnan algunas de las características propias de esa categoría de derechos, sino que obedece más bien a la voluntad constituyente.*⁸⁷

No obstante esta conclusión, Prieto luego nos informa de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha reconocido valor normativo a los principios rectores, aunque uno limitado, porque ‘la concreta operatividad de los mismos no resulta siempre uniforme y generalmente depende de la presencia de otras disposiciones relevantes para el caso’⁸⁸. Cuando la pregunta que Prieto intenta responder es por qué el reconocimiento del ‘valor normativo’ de los principios rectores es limitado de este modo, la explicación que nos ofrece no descansa ya en una ‘decisión política’ de la ‘voluntad constituyente’ contenida en el capítulo III, porque ‘aun cuando’ esa decisión cambiara, permitiendo la protección judicial de esos derechos,

*es probable que los tribunales no pudiesen llegar mucho más lejos de donde ha llegado la doctrina del tribunal Constitucional [...]. Por la propia naturaleza de la actividad jurisdiccional, de los posibles efectos de sus sentencias y de la fuerza ejecutiva de las mismas, cabe suponer que mientras no se arbitre una articulación detallada de los distintos principios, el otorgamiento de amparo judicial mostraría una virtualidad bastante limitada ante el vacío jurídico de normas secundarias o de organización.*⁸⁹

Aquí vemos cómo Prieto se mueve entre los dos extremos del dilema que estamos examinando:

si la razón por la cual los derechos sociales están jurídicamente devaluados es ‘una declaración expresa de la voluntad constituyente’ pareciera que basta cambiar el contenido de esa voluntad para reevaluarlos. Pero si la devaluación se debe a la *naturaleza* de los mecanismos jurídicos de exigibilidad, entonces hemos chocado con los límites de la ductibilidad del derecho. En el primer caso, podemos mantener el derecho como *medium* y dirigir nuestros esfuerzos a cambiar el contenido del derecho, a reemplazar la decisión constituyente por una decisión de contenido contrario; en el segundo caso, intentar cambiar la decisión constituyente sería inútil del modo más irónico, porque ‘aun cuando’ esa decisión fuera modificada nos encontraremos con que la protección de los derechos sociales no puede ser equiparable a la que gozan los derechos civiles y políticos. Y éste es un ‘no puede’ que atestigua las limitaciones del lenguaje jurídico como lenguaje institucionalizado: las instituciones son dúctiles, pero no completamente.

Para mostrar que el derecho *no puede* proteger los derechos sociales como puede proteger los derechos civiles y políticos no es suficiente, sin embargo, un argumento abstracto sobre la naturaleza institucional del derecho y el contenido político de sus conceptos: es necesario ver cómo fallan los intentos de torcer la forma del derecho para adecuarlo al contenido buscado.

14. Para apreciar esto puede ser interesante comentar algunas ideas sobre derechos sociales, aparentemente opuestas, que tres autores argentinos han defendido recientemente. Me refiero, por un lado, a *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles* de V Abramovich y C Courtis, y ‘La pobreza, la ley y la constitución’ de C Rosenkrantz. Es interesante destacar que, a pesar de lo alejados que se encuentran entre sí los argumentos de cada uno de ellos (Abramovich y Courtis alegando que los derechos sociales deben ser tratados como los derechos civiles y políticos en cuanto a su exigibilidad y protección jurisdiccional, y Rosenkrantz, por su parte, alegando que debemos considerar seriamente la posibilidad de eliminar los derechos

86 Ibid, 187.

87 Ibid, 190 (destacado agregado).

88 Ibid, 196.

89 Ibid, 197-98 (destacado agregado).

sociales de nuestros catálogos constitucionales) ambos comparten la idea de que los derechos sólo son plenamente reconocidos cuando son jurisdiccionalmente protegibles⁹⁰. En realidad sus argumentos, a pesar de lo disímiles que parecen, son perfectamente complementarios: muestran cuáles son las consecuencias que se siguen del modo en que el derecho entiende los derechos. Al ser ambas posiciones insuficientes, como intentaré mostrar, ellas conjuntamente muestran los límites de la ductibilidad del derecho.

En su alegato por la exigibilidad de los derechos sociales, Abramovich y Courtis parten de una posición que puede parecer extraña, porque parecen preferir el agua sucia de la bañera antes que al bebé:

*aunque un Estado cumpla habitualmente con la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por el derecho social [...] ningún observador podría afirmar que los beneficiados por la conducta estatal gozan de ese derecho como derecho subjetivo hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento.*⁹¹

Aquí Abramovich y Courtis parecen querer decir que para que un derecho social se encuentre plenamente reconocido no es suficiente (ni necesario) que el Estado satisfaga la necesidad a la que se refiere, porque ese reconocimiento no se alcanzará 'hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada justiciabilidad'⁹². Pero políticamente, desde luego, parece preferible preferir la sustancia a la forma.

A pesar de lo políticamente insensata que pueda parecer, creo que esta posición de Abramovich y Courtis es jurídicamente impecable, porque jurídicamente la forma triunfa la sustancia: si los derechos sociales son *derechos*, es decir, si deben

ser entendidos conforme a la técnica de los derechos subjetivos, entonces ellos *deben poder* ser reclamables. Para el abogado es irrelevante que el vendedor entregue la cosa, lo que importa es que el comprador tenga una acción para exigir la entrega si el vendedor incumple. Que el derecho no reconozca una acción a una determinada pretensión *quiere decir*, como hemos visto⁹³, que esa pretensión no constituye un derecho subjetivo en el sentido propio del término. *Ubi remedium, ibi jus*: cualquier abogado entendería inmediatamente el sentido en el que el acreedor de una *obligatio naturalis* no tiene realmente un *derecho subjetivo* a la prestación precisamente porque no puede demandarla judicialmente. Como los derechos sociales son reconocidos como derechos (*i.e.* aparecen como tales en los catálogos de prácticamente todas las constituciones occidentales), la conclusión forzosa es que ellos son tan accionables como los derechos civiles y políticos. Estrictamente, todos ellos son *igualmente* accionables, porque su accionabilidad les viene dada por el hecho de que sean reconocidos (o configurados) por el sistema jurídico como *derechos*. Por así decirlo, lo que los hace accionables es que sean *derechos*, con prescindencia de si son o no sociales.

Pero lo que un argumento inteligente da el derecho lo quita. Abramovich y Courtis entienden que los derechos sociales no pueden ser completamente exigibles, porque en una medida importante ellos dependen de sistemas que el juez no puede, por el tipo de cargo que ocupa, crear⁹⁴. En esos casos, por supuesto, la exigibilidad de los derechos sociales es severamente limitada:

No cabe duda de que la implementación de derechos económicos, sociales y culturales depende en parte de actividades de planificación, previsión presupuestaria

⁹³ Véase *supra*, §5.

⁹⁴ Porque, como hemos visto, la caracterización de su aspecto activo no caracteriza completamente su aspecto pasivo (véase *supra*, §3). Aquí no basta saber que *w* tiene derecho a *x* para poder concluir quién tiene qué obligación. Quizás a la vista del caso particular el juez puede llegar a la conclusión de que sería bueno o justo o correcto que se proveyera al demandante del servicio que reclama, pero de eso no se sigue respuesta a la pregunta de quién ha de ser el proveedor.

⁹⁰ Véanse los textos que acompañan a las notas 87 (por Abramovich y Courtis) y 97-98 (por Rosenkrantz).

⁹¹ Abramovich y Courtis, *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, 37.

⁹² *Ibid* 37.

y puesta en marcha que por naturaleza corresponden a los poderes políticos siendo limitados los casos en que el poder judicial puede llevar a cabo la tarea de suplir la inactividad de aquellos.⁹⁵

Nótese la referencia, de nuevo, a lo que por naturaleza es el caso: lo que queda excluido de la protección por la 'naturaleza' del derecho es precisamente la idea central de los derechos sociales en su comprensión socialista: que ellos configuran una forma diferente de comunidad, una en que la comunidad como un todo se preocupa del bienestar de cada uno de sus miembros. Sólo una noción de este tipo completa la caracterización del contenido pasivo de esos 'derechos'.

Habiendo excluido esta dimensión de los derechos sociales, los autores creen poder rescatar algo todavía: la idea de que algunos aspectos de esos derechos son exigibles. Pero sorprendentemente (o, quizás: predeciblemente), cuando ellos proceden a determinar de modo preciso cuáles son estos aspectos, lo que aparece no son ni derechos sociales, ni las necesidades que los derechos sociales tienden a satisfacer: la principal dimensión de exigibilidad de los derechos sociales, la que 'queda siempre abierta', nos dicen los autores, es

*la posibilidad de plantear judicialmente la violación de obligaciones del Estado por asegurar discriminatoriamente el derecho.*⁹⁶

Pero al hablar de esto no estamos hablando de la exigibilidad de los derechos sociales, sino del viejo derecho a la igualdad formal, el derecho a la igualdad que aparece en la declaración francesa de 1789 y la americana de 1776: la igualdad de ricos y pobres para atender una mediocre escuela pública, o postular a una minúscula vivienda pública, o concurrir a un desmedrado consultorio de salud estatal. 'Mediocre', 'minúscula' o 'desmedrado' no porque la provisión de servicios públicos sea desigualitaria (en nuestros países todas las escuelas, viviendas y consultorios públicos son mediocres,

minúsculas o desmedradas en comparación con sus equivalentes privados). Lo que Abramovich y Courtis dejan 'siempre abierto' no implica estándar alguno de evaluación entre los sistemas públicos y privados⁹⁷.

Pero aun cuando es posible ir más allá de lo que 'queda siempre abierto', y cuando la violación a un derecho social puede ser directamente invocada ante un tribunal, es necesario que ella sea 'reformulada [...] en términos de violación individualizada y concreta, en lugar de en forma genérica'⁹⁸. De este modo el derecho social a la protección de la salud, que originalmente consistía en que se garantizara un nivel de atención de salud a todos (porque una comunidad en la que todos nos preocupamos por los otros es una comunidad más decente que otra en la que cada uno persigue su bienestar individual y el resto lo hace la mano invisible), se convierte en un derecho individual alegado por el demandante de que se obligue al Estado a dar una determinada prestación de salud, sin que las necesidades de los otros puedan ser relevantes (las necesidades de los otros aparecen ante el juez como no distribuidas, es decir, como objetivos de política o aspiraciones comunitarias, y por eso los derechos las triunfan). Lo que llega al tribunal no es un derecho social, no puede ser un derecho social, sino una demanda privada, que expresa ya no la idea de una forma superior de comunidad sino la negación de ésta: la pretensión del demandante de que su interés sea atendido, aun a costa del interés de los demás.

⁹⁷ De hecho, tampoco implica un estándar significativo entre un servicio público determinado, porque como Marshall señalaba, la provisión progresiva de un cierto beneficio puede implicar desigualdades formales. Véase Marshall, *Citizenship and Social Class*, 35 [62]. Nótese aquí el dilema: o el 'aseguramiento igualitario del servicio' impide la mejora progresiva por parcialidades (porque una mejora de algunas escuelas, que no beneficia a los usuarios de otras, sería contraria al derecho al 'aseguramiento igualitario del servicio' de éstos), por lo que deberíamos concluir que sólo la reforma completa del servicio es compatible con los derechos sociales (lo que significa que los espacios políticos de reforma son prácticamente inexistentes), o no lo impide (y entonces deberíamos concluir que un derecho al 'aseguramiento igualitario', que no impide ni distinciones entre la calidad de los servicios públicos y privados ni distinciones dentro de un servicio público tiene en realidad una utilidad bastante limitada).

⁹⁸ Abramovich y Courtis, *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles* (el destacado es agregado).

⁹⁵ Abramovich y Courtis, *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, 44 (énfasis agregado).

⁹⁶ *Ibid.*, 43.

Abramovich y Courtis creen que ellos pueden aprovecharse de la ductilidad del derecho y apropiarse del término 'derecho subjetivo' sin por eso hacerse cargo del 'contexto político-ideológico que culminó en la articulación técnica de esa noción'⁹⁹. Pero si el argumento hasta ahora es correcto, los conceptos muerden de vuelta de modo perverso: no se trata de que Abramovich y Courtis hayan adaptado la noción individualista de derecho subjetivo a sus finalidades sociales, sino que sus finalidades sociales han sido secuestradas por el concepto que han elegido. Para cambiar el sentido político de un concepto jurídico no basta querer cambiarlo¹⁰⁰.

15. C Rosenkrantz, por su parte, llega a la conclusión precisamente opuesta: como el derecho no puede redimir la promesa de los derechos sociales, éstos en tanto derechos *jurídicos* están condenados a mantenerse como una promesa incumplida, devaluando de paso las otras promesas que el derecho hace, en particular la promesa de defender los derechos civiles y políticos: 'la existencia de derechos constitucionales que no son ejecutables mella la credibilidad de toda la constitución'¹⁰¹. Como los derechos civiles y políticos nos interesan a todos, entonces tenemos razones para cuidar la credibilidad de la constitución, y para eso debemos remover los derechos sociales de nuestras constituciones.

Rosenkrantz, agudamente, percibe que el problema está en la manera (contingente a su juicio) en que los derechos se entienden en la cultura jurídica argentina:

Si, como sucede en nuestro caso, su cultura jurídica asocia íntimamente el derecho y la coerción la presencia

*de derechos no-ejecutables seguramente depreciará el valor de la constitución como una norma guiadora de nuestro comportamiento social.*¹⁰²

Supongo que nos mantenemos fieles a Rosenkrantz si corregimos esta afirmación ligera aunque significativamente. Lo determinante no es la cultura *jurídica* del país del caso, porque para el derecho no hay derechos subjetivos sin acción (en otras palabras: en la 'cultura jurídica' occidental, la idea jurídica de derecho subjetivo está *siempre y necesariamente*, no contingentemente, vinculada a la *acción* para exigir el cumplimiento coactivo¹⁰³). El problema al que apunta Rosenkrantz es la existencia contingente de una cultura política en la cual los enunciados *políticos* sobre derechos son entendidos como si fueran parasitarios de enunciados jurídicos sobre derechos.

Este énfasis en la distinción de lo jurídico y lo político puede parecer un purismo pasado de moda, pero en realidad la cuestión es importante, como lo demuestra precisamente el caso de los derechos sociales. Los derechos sociales *no pueden* ser exigibles como derechos subjetivos. Para hacer de los derechos sociales derechos jurídicamente exigibles es necesario des-socializarlos, como hemos visto que Abramovich y Courtis efectivamente hacen.

Rosenkrantz por supuesto no alega que por eso no debemos preocuparnos de obtener bienes como salud, educación, vivienda y trabajo para todos: sólo alega que esos bienes no pueden estar protegidos constitucionalmente por derechos sociales, a menos que estemos dispuestos a poner en peligro todo el sistema de derechos fundamentales.

El significado *político* de aceptar la tesis de Rosenkrantz, sin embargo, es profundamente conservador. Una constitución como la que defiende Rosenkrantz, en la que los derechos sociales no son reconocidos, sería sin duda el paradigma de una constitución de derecha. Ni la constitución chilena de Pinochet llegó tan lejos

99 Ibid, 58.

100 Los autores se percatan de algo parecido que ocurrió cuando se intentó utilizar el derecho privado para proteger derechos no patrimoniales 'como la vida, la libertad de conciencia, la libertad religiosa o los llamados derechos personalísimos'. El derecho sólo pudo otorgarles protección judicial comodiéndolos, traduciendo 'su afectación a términos de rendimiento económico' (ibid, 51n51). Sin embargo, no se dan cuenta de los efectos devastadores que para la idea original de derechos sociales (o derechos no patrimoniales, como en este caso) esta necesidad de 'traducción' implica.

101 Rosenkrantz, "La pobreza, la ley y la constitución", 247.

102 Ibid, 247-8.

103 Véase *supra*, §5

como el argumento de Rosenkrantz sugeriría¹⁰⁴. Y esta posición extremadamente conservadora no se sigue de argumentaciones conservadoras de Rosenkrantz, sino una premisa que hoy parece evidente: que la constitución es la ‘la última palabra en la determinación de la acción política’¹⁰⁵, y que adicionalmente la constitución debe ser entendida como un texto jurídico cualitativamente igual a las leyes y otras normas¹⁰⁶. Paradojalmente, el argumento de Rosenkrantz lleva a la misma conclusión que el esfuerzo de Abramovich y Courtis: si el discurso político es parasitario del discurso jurídico, si el derecho es el medio a través del cual la política se manifiesta, si el lenguaje del derecho es el lenguaje de la política, entonces la promesa de los derechos sociales debe ser ignorada.

El texto de Rosenkrantz es especialmente importante porque muestra de modo evidente el efecto *político* del discurso jurídico: Como está visto, la colonización de la política por el derecho hace ininteligible la pretensión socialista de un nuevo modo de comunidad, originalmente expresado en el lenguaje político (no jurídico) de los derechos. Al mismo tiempo, impone una concepción liberal de los derechos. Pero la colonización de la política por el derecho se presenta a sí misma como neutral, en el sentido de que es agnóstica entre liberalismo y socialismo (y otros, desde luego). Precisamente para mantener ese agnosticismo, Rosenkrantz presenta lo que a su juicio es su argumento más fuerte en contra de la constitucionalización de los derechos sociales, una objeción que él denomina ‘epistémica’ y que se

basa en el hecho de que hay desacuerdo sobre los derechos sociales. Dado ese desacuerdo, insistir en la constitucionalización de los derechos sociales excluye a quienes no están de acuerdo con nuestra visión de ellos:

*¿Cómo hará [usted] 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?*¹⁰⁷

Pero para quienes creen en los ideales comunitarios que justifican los derechos sociales, la situación es precisamente ésta: sus opiniones políticas sobre la comunidad decente no pueden producir resultado político alguno, porque el lenguaje que deben usar para expresarlas los obliga a traicionarlas. La situación es aún más grave que la situación que preocupa a Rosenkrantz, porque en nuestro caso el excluido no puede ni siquiera levantar su voz en contra de la exclusión¹⁰⁸. Su pretensión

107 Rosenkrantz, “La pobreza, la ley y la constitución”, 250.

108 No me referiré aquí (más que en esta nota) al extraño naturalismo de Rosenkrantz respecto a la identidad de la comunidad política: Rosenkrantz parece creer que la comunidad política tiene límites naturales, y que en consecuencia la constitución debe ser una carta de compromiso entre todos aquellos que están de antemano incluidos (*ibid* 250). Pero desde luego no es así: la comunidad se constituye a sí misma, y por eso las constituciones se denominan, precisamente, ‘constituciones’ (véase Rubinfeld, *Freedom and Time*, 131-144). Cuáles diferencias son suficientes para estructurar, en términos de Schmitt, *El Concepto de lo Político*, 56, la división propiamente política de ‘amigo/enemigo’ es en sí misma una cuestión política. En la segunda mitad del siglo XIX en Estado Unidos la creencia o no en la igualdad de blancos y negros fue suficiente para llevar el conflicto a su nivel máximo de intensidad (*i.e.* se convirtió en una cuestión política). En Chile durante los años 70 fue la diferencia marxista/antimarxista. El ejemplo muestra que no podemos dar una respuesta que cubra todos los casos (como las dan los que ingenuamente sostienen que la distinción amigo/enemigo es ajena a la política democrática), porque es la cuestión política por excelencia. Imputándole creencias que a mi me parecen razonables, imagino que Rosenkrantz sostendría que los americanos (del norte) tenían razón al insistir en el fin de la esclavitud como un criterio básico de definición de la comunidad, uno que justificaba someter (o expulsar) a los que no lo compartieran, y que los chilenos (de Pinochet) no tenían razón al definir la comunidad sobre la base del antimarxismo (tener razón—yo habría luchado con ellos). La constitución no representa el acuerdo de un grupo preexistente. Lo que

104 Al hacerle presente esta objeción al profesor Rosenkrantz, él se defendió diciendo que no tenía ser acusado de derechista porque él no era derechista. Pero esto hace su posición más insostenible: el derechismo de su posición no se basa en un argumento derechista, sino en consideraciones sobre el derecho y los derechos. ¿Qué mejor demostración podría uno pedir de que el lenguaje del derecho no es neutral políticamente? Si uno va a defender una tesis derechista, ¿no sería razonable hacerlo porque uno es derechista?

105 Rosenkrantz, “La pobreza, la ley y la constitución”, 248.

106 No he discutido aquí la cuestión del significado de esta re-conceptualización de la constitución. Algo he dicho, sin embargo, en Atria, “Legalismo y reflexividad: la contraloría como modelo”, y en Atria, “El derecho y la contingencia de lo político”.

original no se escucha, pero tampoco se escucha su reclamo de que su pretensión original no se escucha. El derecho es ciego, y ciego incluso a su propia ceguera. El derecho, hablando a través de Rosenkrantz, tiene ojos para ver la situación de exclusión en la que quedaría el partidario de Nozick en una sociedad que constitucionaliza los derechos sociales, pero no tiene ojos para ver la exclusión del socialista cuyo alegato sólo puede ser formulado en el lenguaje de los derechos subjetivos si es distorsionado, transformado en un alegato distinto, liberal.

16. Quiero terminar esta parte comentando un ejemplo más de lo que hemos estado discutiendo. Gregorio Peces-Barba ha sostenido que el 'socialismo del futuro' debe prescindir de una de las demandas características del socialismo socialdemócrata, la idea del derecho al trabajo. La razón por la cual sostiene esto no es sino un argumento formal sobre la imposibilidad de positivizar jurídicamente ese derecho, que en consecuencia 'no puede ser realmente derecho'¹⁰⁹. Peces-Barba cree que reconocer el derecho al trabajo como derecho requiere dar a cada persona una acción que le permita forzar a alguna empresa la contratación y eso es, claro, absurdo. Pero eso sólo demuestra que es absurdo entender el derecho al trabajo como un derecho subjetivo accionable

a una plaza de trabajo, y podemos fácilmente explicar por qué: porque del hecho de que sea justo (bueno, correcto, etc) que alguien tenga trabajo no sigue sin mediación una respuesta a la pregunta de quién es el que está obligado a proveerlo. Como Peces-Barba cree (o parece creer) que los derechos sólo pueden significar lo que significan para el derecho, él pierde de vista la característica más importante del uso político de la idea de derechos. Peces-Barba, por ejemplo, cree que el uso de la expresión 'derechos' para criticar regímenes como la España franquista, la Rusia de Stalin o el Chile de Pinochet es un 'uso figurado [...], una extensión metafórica con la pretensión de reforzar el valor del objetivo moral'¹¹⁰. Al decir esto Peces-Barba ignora el hecho evidente de que este sentido 'metafórico' o 'figurativo' de los derechos ha sido, históricamente, su uso político *primario*: en las revoluciones francesa y americana, en el Chile de Pinochet, en la lucha por los derechos civiles en Estados Unidos durante los años '50 y '60, etc. Si hay algo que es 'metafórico' o 'figurativo', es la asimilación de los derechos en sentido *político* a los derechos en sentido *jurídico*.

Partiendo de estos supuestos y conceptos, es obvio que el derecho al trabajo no tiene sentido. Pero Peces-Barba podría haber sido más caritativo con esa idea, al menos para evitar atacar un hombre de paja. A continuación sólo quiero hacer un par de observaciones sobre cómo podríamos entender el derecho al trabajo sin que nos llevara al absurdo que Peces-Barba cree es inevitable¹¹¹.

El argumento que quiero simplemente mencionar lo ha expuesto J Shklar en su *American Citizenship*. De acuerdo a Shklar, el trabajo no es un bien en sí mismo, sino es instrumental para la ciudadanía completa. El que trabaja contribuye al bienestar de la comunidad, por una parte, y recibe por ello un ingreso que le permite vivir con (cierta) independencia. Por eso el que es desempleado 'ha sido expulsado de la sociedad civil, reducido a

hace es constituir a la comunidad política, como el grupo que adhiere a la decisión política fundamental. Por lo tanto Rosenkrantz no puede apelar al hecho del desacuerdo para justificar su abstención constitucional. Debe complementar su argumento epistémico con otro sustantivo que muestre que el desacuerdo sobre los derechos sociales no es suficiente para estructurar la distinción amigo/enemigo. No estoy diciendo que ese argumento no exista, sino objetando la tesis subyacente de Rosenkrantz: que no necesitamos formular ese argumento para decidir sobre la incorporación de los derechos sociales a la constitución.

109 El ofrece otras razones para rechazar el derecho al trabajo, algunas de las cuales son difíciles de entender. Aquí hay una, por ejemplo: 'seguir sosteniendo [ante el hecho de la imposibilidad del pleno empleo] que el trabajo es una exigencia para la autonomía moral del hombre sería condenar a una parte importante de la humanidad a la imposibilidad de su realización íntegra, de su independencia moral' (Peces-Barba, *Derecho y Derechos Fundamentales*, 421). Pero esto, como argumento para olvidarse del derecho al trabajo, no resiste análisis. El que dice, por ejemplo, que eliminar la pobreza, la tortura o la esclavitud es imprescindible para salvaguardar la dignidad humana, no está condenando a los que sufren esos flagelos a la indignidad.

110 *ibid* 415.

111 Aquí no quiero defender la tesis del derecho al trabajo, sino sólo mostrar que ella puede tener un significado que no es el que le asigna Peces-Barba.

ciudadano de segunda clase¹¹². Por consiguiente, tratándose del trabajo, debemos considerarlo

*No como simplemente un interés entre otros, sino debería gozar de la primacía que un derecho puede reclamar en cualquier conflicto de prioridades políticas.*¹¹³

Por eso, tiene sentido hablar del derecho al trabajo aun cuando no pueda ser protegido por tribunales. El compromiso con el derecho al trabajo no es un compromiso con un derecho subjetivo de cada persona a demandar coactivamente un puesto de trabajo, sino una manifestación del compromiso comunitario de considerar al empleo no como un dato macroeconómico más en la formulación de la política monetaria (o, aunque hoy por hoy sea anatema, la fiscal) sino como un aspecto central de la forma en que la comunidad entiende su responsabilidad de asegurar la igual ciudadanía de cada uno. Esto explica por qué no es sólo una metáfora o figurativa manifestación retórica decir que ‘incluso si no es posible hacer que el derecho [al trabajo] sea completamente respetado, la conciencia del derecho puede tener un efecto político’¹¹⁴.

17. Que el discurso jurídico no puede acomodar los derechos sociales como puede acomodar los derechos civiles y políticos no es sólo un hecho casual: tiene que ver con el concepto mismo de derecho (subjetivo). Aun cuando la idea de derecho subjetivo propia del derecho privado ha mutado, se dice, en algo distinto cuando se utiliza para referirse no al derecho del comprador a que le entreguen la cosa vendida, sino al derecho ‘humano’ a la integridad física o a la participación política, lo que importa es lo que no ha mutado. Ya hemos visto que no basta querer separar, como Abramovich y Courtis intentaron hacerlo, la idea de derecho subjetivo de ‘el contexto político-jurídico que culminó en la articulación técnica de esa noción’¹¹⁵, porque el concepto mismo

de derecho subjetivo, implica que el interés individual que el derecho protege triunfa (al menos típicamente) las aspiraciones comunitarias. Quien reclama un derecho se separa de la comunidad y afirma su derecho aun en contra de ella si es necesario. Por consiguiente, concebir la política como estructurada fundamentalmente por la idea de derechos subjetivos, por humanos que sean, implica rechazar la idea de una forma de asociación en la cual las personas se relacionan unas con otras no como agentes auto interesados sino unidos por vínculos de solidaridad y reciprocidad.

18. Por las razones anteriores es que todas las formas de socialización basadas en nociones de solidaridad y reciprocidad¹¹⁶ no pueden ser juridificadas sin traicionar su significado, es decir, sin ser tergiversadas o destruidas.

El primero ya fue mencionado: el caso de la solidaridad. Hacer algo respecto de otro porque el otro tiene derecho a exigirlo excluye el hacerlo por solidaridad. Esto no quiere decir que yo no pueda hacer por solidaridad algo a lo que de todos modos el otro tiene derecho. Pero sí quiere decir que ambas descripciones (‘actuó para satisfacer un derecho del acreedor’/‘por solidaridad’) son incompatibles.

Lo mismo ocurre en el matrimonio. El derecho constituye y regula el contrato de matrimonio, estableciendo derechos y obligaciones para los cónyuges. Pero los cónyuges no pueden invocar esos derechos *entre sí* sin producir una subversión completa de la relación entre ellos; el derecho asfixia, de este modo, el amor entre los cónyuges. No se trata de que el derecho aumente o disminuya la injusticia sufrida por alguna de las partes; eso dependerá de las partes no estipuladas del ejemplo¹¹⁷. En otras palabras,

116 Uso la noción de ‘reciprocidad’ en el sentido de Cohen, “Vuelta a los principios socialistas”, 160-163.

117 *e.g.* si la mujer invoca su derecho a desarrollar su propia carrera profesional asfixiada por la división sexual del trabajo establecida al interior de su matrimonio, podemos celebrar que el derecho irrumpa en esa relación subvirtiéndola, pero eso no cambia el hecho de que la irrupción del derecho la ha subvertido.

112 Shklar, *American Citizenship. The quest for inclusion*, 93.

113 *Ibid*, 99.

114 *Ibid*, 101.

115 Abramovich y Courtis, *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, 58.

*la substancia del reclamo puede ser indispensable para un matrimonio feliz y amoroso en el mundo moderno. Es el hecho de esgrimirlo como un derecho – es decir, como algo que alguien exige de modo perentorio, agresivo y adversarial contra el otro – lo que nos llevaría [a decir que algo anda mal en ese matrimonio].*¹¹⁸

El argumento no implica, por tanto, ni que no deba haber regulación legal del matrimonio ni que la regulación legal del matrimonio no deba crear derechos para los cónyuges. Pero sí implica que si por alguna razón nosotros llegáramos, en tanto cónyuges, a concebir el matrimonio, con Kant, como un contrato¹¹⁹, y creyéramos que la manera adecuada de concebir las posiciones de los cónyuges *por los propios cónyuges* fuera en términos de derechos y obligaciones, entonces habríamos perdido la capacidad de relacionarnos unos con otros a través de esa modalidad especial que conocemos como matrimonio. El argumento, por sí mismo, es naturalmente agnóstico sobre si esto es una cosa que debe ser celebrada o resistida.

La amistad, por último, tampoco puede ser descrita en términos de derechos y obligaciones sin pérdida de significado. Al igual que en los casos anteriores, no se trata de que no tenga sentido describir la posición de un amigo en términos de derechos y deberes (derecho a no ser traicionado por el otro, etc); de lo que se trata es que si nos convenciéramos de que la amistad debe ser *primariamente* entendida en términos de derechos y obligaciones ésta habría cambiado radicalmente.

En los tres casos, lo importante es distinguir el caso de una relación que *puede* ser concebida utilizando el lenguaje del derecho de una relación que puede ser concebida *primariamente* en términos jurídicos y permanecer fiel a sí misma. ‘Primariamente’ aquí indica el modo de auto comprensión de las partes en primera persona. Ello no obsta a que un observador (por ejemplo, un sociólogo) describa en tercera persona las relaciones de amistad en términos de derechos y deberes. Lo mismo ocurre, como hemos visto, en el caso del matrimonio: el

argumento presentado más arriba no se opone a que un profesor de derecho civil describa el matrimonio en términos de los derechos subjetivos de los cónyuges, sólo indica que si *éstos* entienden su relación en esos términos ya no existe entre ellos lo que nosotros llamamos ‘matrimonio’ en sentido no legal sino substantivo, i.e. como una relación amorosa entre dos personas.

19. La pregunta central para nuestros propósitos es: ¿es la ciudadanía una forma de relación no juridificable? La forma de comunidad a la que apela la idea de derechos sociales, en tanto ‘conquista clamorosa de la izquierda’ es como la solidaridad, el amor de los cónyuges o la amistad; no puede ser juridificada sin ser desnaturalizada. Los derechos sociales apelan a una idea de comunidad cuyo

*requerimiento central es que a las personas les importe y, cuando sea necesario y posible, se preocupen de la suerte de los demás. Y también que les importe preocuparse los unos de los otros.*¹²⁰

Esta noción de comunidad es incompatible con una que concibe a sus miembros primariamente como portadores de derechos, porque expresiones como

*‘tengo un derecho...’ o ‘no tienes derecho a...’ [...] evocan una guerra latente y despiertan el espíritu de contienda. Ubicar la noción de derechos al centro de los conflictos sociales es inhibir cualquier posible impulso a la caridad en ambos bandos.*¹²¹

Los individuos que se conciben a sí mismos primariamente como portadores de derechos son los individuos que concurren al mercado: individuos para los cuales los otros son amenazas, amenazas contra las cuales deben estar defendidos¹²². Los derechos son esas armas de defensa. Por eso los abogados (acostumbrados como están a mirar las relaciones interpersonales en términos de lo que Oliver W. Holmes llamaba

118 Waldron, “When justice replaces affection: the case for rights”, 372-3.

119 Kant, *La Metafísica de las Costumbres*, §24.

120 Cohen, “¿Por qué no el socialismo?”, 72.

121 Weil, “La persona y lo sagrado”, 28. Véase adicionalmente Atria, “La hora del derecho”, *supra* n. 72.

122 Cohen, “Vuelta a los principios socialistas”, 161.

‘el hombre malo’¹²³) insisten en la exigibilidad como marca característica de un derechos subjetivo: para qué sirve un arma de defensa que no es útil para exigir respeto? En efecto,

*los derechos siempre son afirmados en un tono de contienda; y cuando este tono es adoptado debe estar apoyado por la fuerza, de otro modo sería motivo de burla.*¹²⁴

En un contexto en el cual la reflexión y discusión políticas se concibe a los ciudadanos primariamente como portadores de derechos, quienes creen que es posible otra forma de comunidad están como el león deque hablaba Ludwig Wittgenstein: ‘si pudiera hablar, no lo entenderíamos’¹²⁵.

REFERENCIAS

- Abramovich, V. y C. Courtis: *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles* (Madrid: Trotta, 2002).
- Altman, A.: *The Critical Legal Studies Movement* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1990).
- Arendt, H.: *The Human Condition* (Chicago, IL: University of Chicago Press, 1958).
- Arendt, H.: *On Revolution* (Harmondsworth: Penguin, 1977; ed.orig. 1963).
- *Los Orígenes del Totalitarismo* (Madrid: Taurus, 1998; ed.orig. 1951).
- Atria, F.: “Las circunstancias de la derrotabilidad”, en 45 *Revista de Ciencias Sociales* (2000), pp. 437-467.
- “Legalismo y reflexividad: la contraloría como modelo”, en J Pallavicini y R Herrera (eds): *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho* (Santiago: Contraloría General de la República, 2002), pp. 277-302.
- *On Law and Legal Reasoning* (Oxford: Hart Publishers, 2002).
- “La hora del derecho. Los ‘derechos humanos’ entre el derecho y la política”, en 91 *Estudios Públicos* (2003), pp. 45-90.
- “Legalismo, política y derechos”, en M Alegre, A do Amaral et al.: *Los Derechos Fundamentales* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003), pp. 107-139.
- “El derecho y la contingencia de lo político”, en 26 *DOXA* (2004), pp. 319-345.
- “La impureza de la aplicación del derecho y sus consecuencias”, en A. Squella (ed) *¿Qué Queda de la Teoría Pura del Derecho?* (Valparaíso: EDEVAL, 2005), pp. 157-192.
- “La ironía del positivismo jurídico”, en 28 *Doxa* (2005), pp. 81-139.
- “Sobre la soberanía y lo político”, en 12 *Revista de Derecho y Humanidades* (2007), pp. 47-93.
- “Las cosas cambian cuando les pones un “TU”: sobre universalismo, gratuidad y regresividad”, en J. Couso (ed) *Anuario de Derecho Público 2012* (Santiago: Universidad Diego Portales, 2012).
- “Viviendo bajo ideas muertas. La ley y la vountad del pueblo”, en A. do Amaral, F. Atria et al.: 2012).
- *Derechos Sociales y Educación. Un nuevo paradigma de lo público* (Santiago: Lom, 2014).
- Bankowski, Z.: *Living Lawfully* (Dordrecht: Kluwer, 2001).
- Bentham, J.: *Rationale of Judicial Evidence*, en J Bowring (ed): *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 7 (Edinburgh: William Tait, 1843; ed.orig. 1827).
- Bobbio, N.: *Derecha e Izquierda* (Madrid: Taurus, 1996).
- *El Positivismo Jurídico* (Madrid: Debate, 1998; ed.orig. 1961).

123 Holmes, “The path of the law”, 459 [19].

124 Weil, “La persona y lo sagrado”, 26.

125 Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, Iixi, p. 221e.

- Böckenförde, W.: "Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho" (1969), en W. Böckenförde: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia* (Madrid: Trotta, 2000), pp. 17-46 [traducido por R. Agapito].
- Böhmer, M.: "La corte de los '80 y la corte de los '90: un diálogo sobre el rule of law en Argentina", en A. J. D'Alessio, J. J. Alvarez et al.: *Estado de Derecho y Democracia* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001), pp. 93-118.
- Campbell, T.: *The Left and Rights* (London: Routledge and Kegan Paul, 1983).
- "The Legal Theory of Ethical Positivism" (Aldershot: Dartmouth, 1996).
- Campbell, T. y J. Goldsworthy (eds): *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism* (Aldershot: Dartmouth, 2000).
- Cohen, G. A.: *Self-Ownership, Freedom and Equality* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995).
- Cohen, G. A.: "¿Por qué no el socialismo?", en R. Gargarella y F. Ovejeros (eds): *Razones para el Socialismo* (Barcelona: Paidós, 2002).
- "Vuelta a los principios socialistas", en R. Gargarella y F. Ovejeros (eds): *Razones para el Socialismo* (Barcelona: Paidós, 2002), pp. 153-170.
- Correa Sutil, J.: "Cenicienta se queda en la fiesta: el poder judicial en la década de los 90", en I. Drake y P. Jaksic (eds): *El Modelo Chileno* (Santiago: LOM, 1999), pp. 281-315.
- Courtis, C.: "Tres discusiones sobre los derechos sociales", en M. Alegre, R. Gargarella y C. Rosenkrantz (eds): *Homenaje a Carlos S. Nino* (Buenos Aires: La Ley, 2008), pp. 375-388.
- Christodoulidis, E.: "The Inertia of Institutional Imagination: A Reply to Roberto Unger", en 59 *Modern Law Review* (1996), pp. 377-397.
- Christodoulidis, E.: *Law and Reflexive Politics* (Dordrecht: Kluwer, 1998).
- Dabin, J.: *El Derecho Subjetivo* (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955).
- Dworkin, R.: "Rights as Trumps" (1981), en J. Waldron (ed) *Theories of Rights* (Oxford: Oxford University Press, 1984), pp. 153-167.
- Dworkin, R.: *Law's Empire* (London: Fontana, 1986).
- Elster, J.: "Is there a right to work?", en A. Gutmann (ed) *Democracy and the Welfare State* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1988).
- Esping-Andersen, G.: *The Three Worlds of Welfare Capitalism* (Oxford: Polity Press, 1990).
- González, F.: "Evolución y perspectivas de la red universitaria sudamericana de acciones de interés público", en F. González y F. Viveros (eds): *Defensa Jurídica del Interés Público* (Santiago: Universidad Diego Portales, 1999), pp. 21-60.
- Goodin, R., B. Headley, R. Muffels y H.-J. Dirven: *The Real Worlds of Welfare Capitalism* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999).
- Habermas, J.: *Facticidad y Validez* (Madrid: Trotta, 1998; ed.orig. 1992).
- Hart, H. L. A.: *The Concept of Law*, en J. Raz y P. A. Bulloch (eds) (Oxford: Clarendon Press, 1994; ed.orig. 1961).
- Hayek, F.: *Rules and Order* (London: Routledge and Kegan Paul, 1973).
- Hobbes, T.: *Leviathan* (Oxford: Oxford University Press, 1965; ed.orig. 1651).
- Hohfeld, W. N.: *Conceptos Jurídicos Fundamentales* (México: Fontamara, 2001; ed.orig. 1923).
- Holmes, O. W.: "The path of the law", en 10 *Harvard Law Review* (1897), pp. 457.
- Holmes, S.: "Liberal Guilt. Some theoretical origins of the welfare state", en J. D. Moon (ed) *Responsibility, Rights and Welfare* (Boulder, CO: Westview Press, 1988), pp. 77-106.
- Jefferson, T.: *Writings* (New York: The Library of America, 1984).
- Jones, P.: *Rights* (London: MacMillan, 1994).
- Kant, I.: *La Metafísica de las Costumbres* (Madrid: Tecnos, 1994; ed.orig. 1790).
- Kelsen, H.: *Teoría Pura del Derecho: 1960* (México: Porrúa, 1991; ed.orig. 1960).
- Kelley, D.: *A Life of One's Own* (Washington DC: Cato Institute, 1998).
- Kramer, M.: *Rights without Trimmings* (Oxford: Oxford University Press, 2000).
- Laporta, F.: "El concepto de derechos humanos", en 4 *DOXA* (1987), pp. 23-46.
- Locke, J.: *Two Treatises on Government* (New York: Mentor, 1965; ed.orig. 1689).
- Marshall, T.: *Citizenship and Social Class* (London: Pluto, 1992; ed.orig. 1950).
- Marx, K.: "Sobre la Cuestión Judía" (1843), en Marx: *Escritos de Juventud* (México: Fondo de Cultura Económica, 1987) [traducido por T. Carver].
- *Critique of the Gotha program* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996; ed.orig. 1875).
- McLellan, D. (ed): *Marx's Grundrisse* (London: MacMillan, 1971).
- Montesquieu: *Del Espíritu de las Leyes* (Buenos Aires: Heliasta, 1984; ed.orig. 1748).
- Nickel, J.: "Is there a human right to employment?", en 10 *Philosophical Forum* (1978-9), pp. 149-70.
- Nozick, R.: *Anarchy, State and Utopia* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1974).
- O'Neill, O.: *Bounds of Justice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000).
- Pashukanis, E.: *Law and Marxism: a general theory* (London: Pluto Press, 1978).
- Peces-Barba, G.: *Derecho y Derechos Fundamentales*

- (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).
- Prieto, L.: Estudios sobre Derechos Fundamentales (Madrid: Debate, 1990).
- Rawls, J.: *A Theory of Justice* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971).
- Rawls, J.: *Political Liberalism* (New York, NY: Columbia University Press, 1993).
- Rawls, J.: "Two Concepts of Rules" (1955), en S Freeman (ed) *John Rawls. Collected Papers* (Oxford: Clarendon Press, 1999), pp. 20-46 [traducido por M Arbolí.
- Raz, J.: *Practical Reason and Norms* (Princeton: Princeton University Press, 1992; ed.orig. 1975).
- Rosencrantz, C.: "La pobreza, la ley y la constitución", en A Bullard, J. Couso et al.: *El Derecho como Objeto e Instrumento de Cambio Social* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003), pp. 241-258.
- Rousseau, J. J.: *Contrato Social* (Madrid: Espasa-Calpe, 1975).
- Rubinfeld, J.: *Freedom and Time* (New Haven, CT: Yale University Press, 2001).
- Schmitt, C.: *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza, 1992; ed.orig. 1928).
- *El Concepto de lo Político* (Madrid: Alianza, 1998; ed.orig. 1932).
- Schwartz, H.: *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe* (Chicago, IL: Chicago University Press, 2000).
- Shklar, J.: *Legalism* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1986; ed.orig. 1964).
- Shklar, J.: *American Citizenship. The quest for inclusion* (Cambridge MA: Harvard University Press, 1991).
- Smart, J. C. C.: "Extreme and Restricted Utilitarianism" (1956), en P Foot (ed) *Theories of Ethics* (Oxford: Oxford University Press, 1967), pp. 171-183 [traducido por M Arbolí.
- Smith, A.: *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (Indianapolis: Liberty Fund, 1981; ed.orig. 1776).
- Unger, R. M.: *The Critical Legal Studies Movement* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1983).
- *What Should Legal Analysis Become* (London: Verso, 1994).
- van Caenegem, R. C.: *Judges, Legislators and Professors* (Cambridge: Cambridge University Press, 1987).
- Venguérov, A. y A. Danilévich: "Derecho, Moral y Personalidad: El sistema judicial soviético en acción" (Moscú, 1987).
- Villey, M.: "Los orígenes de la noción de derecho subjetivo", en M Villey: *Estudios en Torno a la Noción de Derechos Subjetivo* (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976), pp. 25-57 [traducido por A Guzmán.
- Waldron, J.: "Karl Marx's 'On the jewish question'", en J Waldron (ed) *Nonsense upon Stilts* (London: Methuen & Co, 1987), pp. 119-136.
- "Natural rights in the seventeenth and eighteenth centuries", en J Waldron (ed) *Nonsense upon Stilts* (London: Methuen & Co, 1987), pp. 7-25.
- Waldron, J.: "Nonsense upon stilts? -- A reply", en J Waldron (ed) *Nonsense upon Stilts* (London: Methuen & Co, 1987), pp. 151-209.
- "A right to do wrong?", en J Waldron: *Liberal Rights* (Cambridge: Cambridge University Press, 1993), pp. 63-87.
- "When justice replaces affection: the case for rights" (1988), en J Waldron: *Liberal Papers* (Cambridge: Cambridge University Press, 1993), pp. 370-391.
- *Law and Disagreement* (Oxford: Clarendon Press, 1999).
- Weil, S.: *Echar Raíces* (Madrid: Trotta, 1996; ed.orig. 1949).
- "Estudio para una declaración de las obligaciones respecto al ser humano" (1957), en S Weil: *Escritos de Londres y Últimas Cartas* (Madrid: Trotta, 2000), pp. 63-70 [traducido por M Larrauri.
- "La persona y lo sagrado" (1950), en S Weil: *Escritos de Londres y Últimas Cartas* (Madrid: Trotta, 2000), pp. 17-40 [traducido por M Larrauri.
- Weinrib, E.: *The Idea of Private Law* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995).
- Wittgenstein, L.: *Philosophical Investigations* (Oxford: Blackwell, 1958).
- Zagrebelski, G.: *El Derecho Dúctil* (Madrid: Trotta, 1995; ed.orig. 1992).

BRECHA PRODUCTIVIDAD - SALARIO: UN ACERCAMIENTO POR RAMA¹

Francisco Gomez²
Raimundo Mac-Auliffe³
Santiago Rosselot⁴

ABSTRACT

La economía neo-clásica indica que una firma contratará trabajadores hasta que el salario pagado sea igual al valor de la productividad marginal del último trabajador contratado. Esta idea, sin embargo, no se ve reflejada con claridad en los mercados laborales reales. Se ha estimado para Chile la brecha productividad-salario anteriormente. La novedad de esta investigación es que se estima esta brecha para cada una de las ramas de la economía nacional. Los resultados muestran que para las ramas de manufactura, construcción y transporte y telecomunicaciones se puede ver, con claridad, que los salarios están por debajo de la productividad laboral.

INTRODUCCIÓN

La diferencia entre la productividad y el salario es un asunto que históricamente ha sido tema de debate al interior de la discusión nacional y de políticas públicas. Esto porque el salario es un determinante fundamental para las condiciones de vida material de quienes ofrecen su fuerza de trabajo.

La economía clásica siempre ha planteado el salario como el valor del producto marginal del trabajo. Esto es, formalmente, la productividad marginal del trabajo por el precio del bien final. Marx, a través de su obra *El Capital*, apunta en una dirección similar al plantear que la fuerza de trabajo es un factor productivo que se vende a su costo pero que además genera valor. Dicha

generación de valor es denominada como plusvalor y representaría la diferencia entre lo que el trabajador realmente aporta a la producción (muy ligado al concepto de productividad) y lo que se le es entregado en forma de salario (costo de reproducción de la fuerza de trabajo).

El plusvalor, por su parte, representa la fracción del trabajo que el trabajador “regala” a su empleador en el sentido de que no percibe ningún tipo de recompensa por ese valor aportado en el proceso productivo, o en otras palabras, una medida de explotación.

En ese sentido, es fácil apreciar cómo diferencias entre salario y productividad se puede relacionar de manera inmediata con la explotación de la cual los trabajadores históricamente han sido víctimas. La discusión nacional se remite a temas salariales y de poder efectivo de negociación para los trabajadores.

ESTADO DEL ARTE

Bajo la visión neo-clásica, en ausencia de distorsiones de mercado, bajo el supuesto de competencia perfecta en el mercado laboral⁵ los salarios reales deben ser iguales al valor de la productividad marginal del trabajo. No obstante, estos resultados teóricos no se aprecian en la realidad. Esto se puede deber a mercados distorsionados (monopolios, oligopolios o monopsonio). El comercio internacional, los despidos (desempleo) y la tecnología producen inseguridad en los trabajadores, lo que disminuye su poder de negociación aumentando la brecha productividad-salario⁶.

Cashell (2004), plantea que la brecha se puede explicar ya que no siempre aumentos en la productividad de los trabajadores lleva a aumentos en los salarios. Da como ejemplo una mejora tecnológica (por ejemplo, un computador de punta). Esto puede llevar a que la productividad

1 Investigación realizada en el marco del curso Análisis Distributivo de Microdatos usando Stata, dictado por los profesores Gonzalo Durán y Marco Kremerman.

2 francisco.gomez.av@gmail.com

3 raimundo.mac@gmail.com

4 srosselo@fen.uchile.cl

5 Precios de los productos y factores dados y un comportamiento de maximización del beneficio por parte de las firmas con retornos constantes de escala.

6 Greenhouse & Leonhardt, 2006

aumento de forma más rápida que la demanda por bienes, lo que llevaría a una disminución del precio del producto (por aumento en la oferta). De esta forma se compensaría el aumento en los salarios. En este caso, el autor plantea que los beneficios por aumentos en la productividad del trabajo se lo llevan los consumidores y no así los trabajadores.

También desde la teoría neo-clásica, Joseph Persky & Herbert Tsang (1974) desarrollaron el modelo de explotación Pigouviana, definido como la diferencia entre la productividad del trabajo y los salarios reales. Este depende de las tasas de sindicalización, desempleo, inflación y la intensificación del capital. El primer factor tiene un efecto negativo en la brecha, mientras que los restantes uno positivo. El desempleo y la sindicalización tienen efectos significativos y robustos.

Como se mencionó anteriormente, los resultados teóricos de la competencia perfecta que decantan en que la productividad del trabajo sea iguala a los salarios, no son respaldados empíricamente en varias economías. Ceyhun Elgin & Tolga Kuzubas (2012) realizaron un estudio para el sector manufacturero en Turquía. Ellos encuentran una brecha significativa entre salarios y productividad, la cual tiene una correlación positiva con la tasa de desempleo y negativamente en el largo plazo con el número de huelgas (proxy del poder de negociación de los trabajadores, los resultados no varían al incluir tasa de sindicalización). Los mismo autores (2013) investigan la brecha salario-productividad para 31 economías de la OECD, encontrando brechas significativas en la mayoría de los países y el mismo efecto descrito anteriormente del desempleo sobre el salario.

El concepto de explotación fue establecido primeramente por la economía marxista, donde el mismo Marx en su explicación de la teoría del plusvalor da cuenta de cómo los capitalistas se apropian de parte del trabajo del obrero (plusvalía) y sólo pagan parte de su producción en forma de salario. Este último no depende de la oferta y demanda en el mercado laboral, sino del mercado de bienes. El salario pagado por los capitalistas (residuo de la producción del

trabajador menos el plusvalor), es la remuneración para que el trabajador se reproduzca como clase de forma continua en el tiempo. Para Marx, esta brecha productividad-trabajo, medida como plusvalor, sería permanente en el tiempo puesto que es la dinámica central del capitalismo y la contradicción capital-trabajo.

Continuando con la línea de autores heterodoxos, Kalecki (1971) plantea que la lucha de clases, manifestada en la negociación sindical puede tener efectos redistributivos en el ingreso nacional, habiendo transferencia de los beneficios hacia los salarios.

MARCO TEÓRICO

Como se vio en la sección anterior, existen distintas teorías acerca de que factores generan la brecha productividad - salario. El enfoque que encontramos más adecuado es el de la negociación colectiva como motor del cierre de esta brecha.

Kalecki (1971) plantea, a diferencia de la escuela clásica y neo-clásica, que los mercados no son perfectos y existen oligopolios. Identifica dos clases: capitalistas dueños de las empresas y trabajadores, quienes venden su trabajo. En su teoría de distribución del ingreso, los primeros obtienen sus beneficios como la diferencia entre lo producido y su costo. Dentro de este costo existe un componente salarial. De esta forma, mientras mayor es este componente salarial, menor es la utilidad del capitalista. Esta diferencia es el llamado "Excedente Productivo No Remunerado". Dentro de este contexto es relevante preguntarse que medidas pueden disminuir la brecha productividad - salario. La respuesta está en la negociación colectiva. Ceyhun y Kuzubas (2012) encuentran que existe una relación de largo plazo entre la brecha anteriormente escrita y el número de huelgas. El aumento de la brecha salarial está asociado a una disminución en el poder de negociación.

Persky y Tsang (1974) obtienen un resultado similar. Ven la explotación desde el punto de vista Pigouviano (ratio entre la productividad marginal

del trabajo y el salario real). Sus resultados indican que, tanto en el tiempo como en corte transversal, el poder de negociación de los trabajadores reduce la explotación. Vogel (2007) utiliza datos de Alemania y concluye que, dentro de un modelo de fijación de salarios “Right-to-Manage”, la presencia de sindicatos comprime la distribución salarial.

Fundación SOL estimó la brecha productividad - salario para el caso chileno. Se puede concluir que, a nivel nacional, los salarios están por debajo de la productividad. Sin embargo, para ahondar más en el análisis, creemos relevante desagregar la brecha según rama económica. A partir de las leyes de demanda derivada de Marshall (1890) se pueden obtener una serie de factores que determinan la fuerza de un sindicato (la capacidad que este tiene para materializar sus demandas). Además, en distintas industrias existen distintas imperfecciones del mercado que también pueden afectar la brecha. De esta forma, se hace necesario analizar la relación entre la productividad y el salario para Chile y las distintas ramas de la economía.

METODOLOGÍA Y DATOS

Para este estudio usaremos las encuestas ESI (Encuesta Suplementaria de Ingresos, para el período 1990-2009), NESI (Nueva Encuesta Suplementaria de Ingresos, para el 2010) del INE, y las cuentas nacionales del Banco Central. Las bases antes mencionadas fueron utilizadas ya que contienen la siguiente información: ingresos, número de trabajadores, masa horaria empleada en la producción (NESI y ESI) y producción por clase de actividad económica (series empalmadas del Banco Central). Además, son bases de datos de publicación anual, que es el periodo que escogimos para la investigación.

Cabe mencionar que para el año 1994 no existe el microdato ESI. Este problema se palea utilizando un promedio entre los valores obtenidos para 1993 y 1995. Los índices que utilizaremos serán los siguientes:

- Índice de salario: Usaremos el salario medio y el salario mediano de los trabajadores asalariados contenidos en la encuesta NESI y ESI desde el año 1990 al 2009 re-ajustándolos a precios del año 2008 con el IPC. De esta forma se puede captar el aumento real de los salarios y limpiarlos del efecto precio. Se utilizaron los trabajadores asalariados ya que entendemos que lo relevante son los salarios y no los ingresos por cuenta propia u otras fuentes de ingresos, ya que nuestro objetivo es obtener medidas de explotación o nivel (a través de la brecha) del excedente productivo no remunerado. Para generar los índices de salarios medios y medianos se tomo como año base 1990. El indicador utilizado es la razón entre los salarios del año “i” y los salarios del año 1990.
- Índice de productividad: Utilizaremos dos índices distintos. El primero es la razón entre PIB y número de trabajadores asalariados. El segundo es la razón entre PIB y número de horas efectivamente trabajadas por los trabajadores asalariados. La decisión de generar un índice adicional de productividad se hace con la intención de generar más robustez en nuestros resultados. Por otro lado pensamos que el índice que incluye las horas trabajadas puede entregarnos una medida más realista, que el que se realiza en base al número de trabajadores asalariados. Esto se debe a que asignarle un número a un trabajador meramente por ser un trabajador no nos habla de manera tan directa sobre lo que realmente se produce. Los índices de productividad son calculados de la siguiente manera:

$$Productividad\ Hora_i = \frac{PIB_i}{Masa\ Horaria_i} \quad (1)$$

$$Productividad\ Trabajador_i = \frac{PIB_i}{Masa\ Horaria_i} \quad (2)$$

Además, la rama de la minería fue corregido por el precio real del cobre⁷, para de esa forma limpiar el efecto de los términos de intercambio en la estimación.

Como todo trabajo empírico, y este no es la excepción, se tienen limitantes metodológicas. Estas limitantes son mencionadas a continuación:

- Problemas con las mediciones de productividad en ciertas áreas. Esto significa que la metodología descrita anteriormente para medir productividad no es válida en todas las ramas, donde se debieran ocupar otras medidas. Por ejemplo en la rama de comercio, restaurantes y hotelería hubiera sido más adecuado tener número de ventas por trabajador, inventarios u otra medida de volumen de ventas. Sin embargo, no hay disponibilidad de datos para esto. Para la rama de servicios financieros nuestra metodología tampoco sería la más adecuada. No es capaz de capturar bien la productividad de los trabajadores asalariados, por todas las fluctuaciones características de este sector y externas al trabajador.
- En la rama de la minería existe un declive en la ley del mineral que afecta la productividad y que este estudio no abarca.
- No poder aislar la productividad del trabajo de los efectos de la productividad de la intensificación en capital durante el periodo de estudio ni los aumento en productividad por la PTF.
- Otra limitante surge al considerar solo a los trabajadores asalariados para los ratios construidos por productividad. De esta forma, se le está asignando todo el PIB de cada rama a ellos. Esto sobre estimaría la productividad, por lo tanto al ser sólo una fracción del PIB que le correspondería a los trabajadores asalariados la productividad debería disminuir y la brecha ser menor.

ANÁLISIS DE RESULTADOS

Los gráficos obtenidos al desagregar por ramos muestran diversos resultados. En primer lugar, vemos que efectivamente existe una brecha productividad-salario para las ramas de la manufactura, construcción y transporte y comunicaciones. Los resultados se muestran a continuación:

Figura 1:

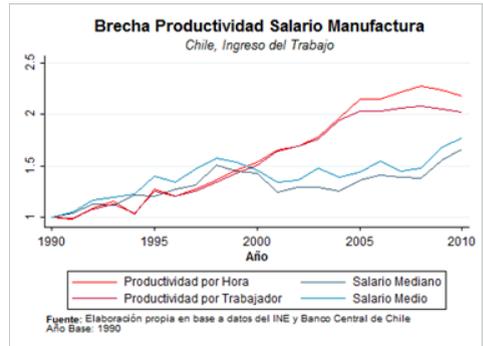
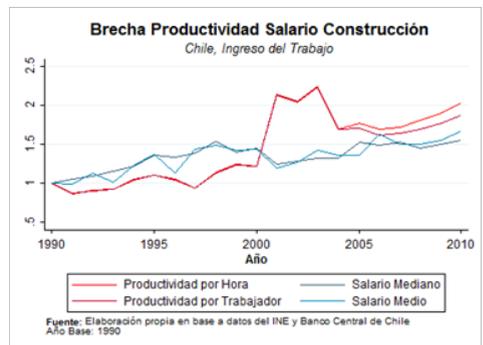
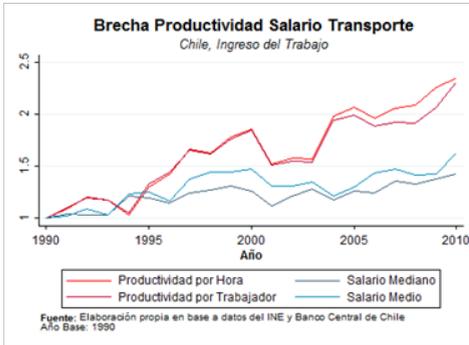


Figura 2:



7 Comisión Chilena del Cobre

Figura 3:



A su vez, en las ramas restantes los resultados no se condicen con lo que esperábamos encontrar. Creemos que la forma de las curvas, y por tanto, de la brecha, responde a errores propios de la metodología, antes que a una realidad que viniera a contraponerse a lo indicado por la literatura y usado en nuestro marco teórico. En particular, creemos que nuestro error pudo haber radicado en asumir que todas las productividades de las distintas ramas se medían de la misma manera.

Resulta evidente que el aporte a la producción en construcción o manufacturas (intensivos en fuerza de trabajo) no se puede medir de igual manera que en la rama de servicios financieros. Aquí tendríamos una limitante en cuanto nos encontramos a un procedimiento de mayor complejidad que lo previsto. Este puede ser un desafío para una mejora futura de la investigación. Otros factores que nos parece relevante analizar, es la caída de salarios (y consiguiente aumento de la brecha) que se da prácticamente para todas las ramas a fines de los 90'. En este caso, encontramos que esto sí podría ser explicado por fenómenos económicos. Se sabe que la crisis asiática ocurrida en esos mismos años tuvo fuertes y negativas repercusiones en economías como la chilena, y esto a su vez también se vería reflejado en que la caída en salarios se da transversalmente a lo largo de la economía.

CONCLUSIONES

A lo largo de esta investigación, pudimos darnos cuenta de lo importancia que tiene hoy en día volver a hablar del salario de las personas y sobretodo de los trabajadores del país. No solamente porque la realidad chilena nos muestra que existe una gran mayoría de trabajadores que recibe salarios precarios, y que esto trae consigo implícitamente problemas como desigualdad y una regresiva distribución del ingreso, sino que también porque los resultados nos muestran una realidad igualmente preocupante: en Chile los trabajadores están recibiendo un salario que no contiene el valor de todo el trabajo que entregan diariamente.

Esta situación no es otra cosa que explotación laboral y es un deber para los economistas y gestores de política pública acabar con esta injusta realidad. En ese sentido, es de esperar que la discusión salarial retome relevancia no sólo en la fijación del salario mínimo y el aseguramiento de condiciones de subsistencia al interior del mercado laboral, pero también en la creación de programas y políticas públicas que se encarguen de darle a los trabajadores las herramientas para que estos sean dueños y soberanos de su propio trabajo. En ese sentido el fortalecimiento de la actividad sindical debiese tener un enfoque prioritario.

Respecto a la investigación también aprendimos algunas lecciones que vale la pena aclarar y que sin duda pueden convertirse en un insumo para futuras modificaciones. La primera tiene que ver con cómo se mide la productividad en las distintas ramas económicas. En ese sentido vemos que nuestros indicadores estuvieron acertados en muchas ramas, en especial las que demostraron tener una producción intensiva en mano de obra. Pudimos demostrar que para las ramas de la manufactura, construcción y transporte sí se ve, con esta metodología, un excedente no remunerado. Sin embargo, para otras, pudimos apreciar que nuestros indicadores no pudieron explicar lo que queríamos demostrar. Un desafío a futuro es generar indicadores por rama que sepan medir productividad ante las diferentes labores que se realizan al interior de la economía.

Por último, al analizar los resultados pudimos ver que existen factores económicos que también influyen sobre la brecha. El de mayor importancia fue la depresión asiática a fines de los 90' que produjo una caída general de los salarios a lo largo de la economía. Sin embargo, a la luz de la literatura, nos atrevemos a decir que la principal causa de la brecha es, por un lado, la explotación laboral, y por otro, el nulo poder de negociación que tienen los trabajadores y trabajadoras de este país, así como también sucede con sus organizaciones y sindicatos.

“Los trabajadores no tienen nada que perder que no sean sus cadenas. Tienen, en cambio, un mundo entero por ganar.”
Karl Marx

REFERENCIAS

- Cashell, B. (2004). “Productivity and Wages”. Federal Publications.
- Comisión Chilena del Cobre (2014). “Precios del Cobre Refinado”. Technical report.
- Durán, G., Kremerman, M., and Páez, A. (2014). “Estimando la Brecha Salario - Productividad en Chile: 1990 – 2012”. PhD thesis.
- Durán, G. (2011). “Collective Bargaining Structure and the incidence on Income Distribution: Some insights to the Chilean case”. PhD thesis.
- Elgin, C. and Kuzubas, T. U. (2012). “Wage-Productivity Gap in Turkish Manufacturing Sector”.
- Elgin, C. and Kuzubas, T. U. (2013). “Wage-Productivity Gap in OECD Economies”. *Economics: The Open-Access, Open-Assessment E-Journal*, 7.
- Greenhouse, S. and Leonhardt, D. (2006). “Real Wages Fail to Match a Rise in Productivity”.
- Kalecki, M. (1971). “Class Struggle and the Distribution of National Income”. *Kyklos*, 24(1):1–9.
- Marshall, A. (1890). “Principles of Economics”.
- Marx, K. (1867). “Das Kapital”.
- Persky, J. and Tsang, H. (1974). “Pigouvian Exploitation of Labor”. *The Review of Economics and Statistics*, 56(1):52–57.
- Vogel, T. (2007). “Union Wage Compression in a Right-to-Manage Model”.

PENALIZACIÓN DEL ABORTO Y SIN TAXES EN CHILE: ¿SE PUEDE ALEGAR PATERNALISMO DE ESTADO?

Renate Carriquiri¹
Natalia Crispi²

INTRODUCCIÓN

Dentro de la literatura económica un “*sin tax*” es un impuesto específico que grava un bien o actividad considerado como pecaminoso o dañino para la sociedad. En los últimos años este tipo de impuesto ha tenido gran apoyo gracias al avance de la economía conductual, cuyo marco teórico plantea que a la hora de tomar decisiones de consumo, los individuos se comportan de forma irracional. Así, la intervención y regulación estatal se justifica, pues permite desincentivar el consumo de bienes que no brindan bienestar en el largo plazo a los individuos y que, sin embargo éstos consumirán en el corto plazo. El avance de un Estado paternalista a través del uso de “*sin taxes*”, sin embargo, no está libre de discusión. Existen autores bastante críticos respecto de si los efectos de estos impuestos son efectivamente beneficiosos para los individuos o si el avance de este tipo de políticas más bien atenta contra la libertad individual.

El presente ensayo analizará si la estructura de la penalización del aborto en Chile permite que ésta se entienda como un *sin tax*, revisando las características de la penalización que son homologables a este tipo de impuestos e instalando el aborto dentro de la discusión sobre el paternalismo de Estado.

CARACTERIZACIÓN SIN TAXES

Los llamados “*sin taxes*” son impuestos específicos que gravan bienes o servicios considerados dañinos o pecaminosos, como es

el caso del alcohol, el tabaco y los juegos de azar. La desaprobación general de los bienes que caracteriza este tipo de impuestos permite que sean ampliamente aceptados y por ende, convenientes y fáciles de establecer por parte del Estado. A su vez, este tipo de impuestos suele recaer sobre bienes con demandas altamente inelásticas que permite recaudar fondos con menor pérdida de eficiencia. Así, los *sin taxes* se enmarcan en la necesidad de obtener ingresos para el Estado, al tiempo que vuelven el consumo de bienes socialmente no deseados más costosos, disminuyendo eventualmente su consumo.

DISCUSIÓN TEÓRICA

Las políticas económicas del Estado se fundan históricamente en modelos teóricos. Ese es el caso, por ejemplo, de las reformas económicas impulsadas en Chile durante la dictadura a cargo de los llamados “*Chicago Boys*” que transformaron la economía a una sumamente neoliberal, fundado sobre las bases de la escuela austriaca de Hayek y la creencia de que el mercado es un buen mecanismo para asignar los recursos. Asimismo, existen teorías económicas que respaldan la intervención del Estado para controlar los niveles de consumo de determinados bienes, como es el caso de la implementación de los *sin taxes*. Una de estas teorías que lo respalda es el post-utilitarismo basado en la economía conductual.

La economía conductual ha tomado fuerza en los últimos años con su idea de que los individuos tienen racionalidad humana y no sobrehumana, y por ende pueden tomar decisiones que no son las óptimas para sus propios intereses. Esto se debe en gran medida a la presencia de inconsistencia intertemporal y preferencias sesgadas hacia el presente.

Bajo este enfoque, se debe abandonar la creencia de que el nivel de consumo de los individuos es el mejor para ellos, pues así ellos lo escogieron. Así, el análisis económico basado en la economía conductual deslegitima

1 rcarriquir@fen.uchile.cl
2 nataliacrispi@gmail.com

al mercado como medio de asignación óptima, pues las decisiones de los individuos reflejadas en el mercado no son las óptimas en la medida que tienen conductas irracionales (O'Donogue & Rabin, 2003; O'Donogue & Rabin, 2006). Al alero de este marco teórico surgen las políticas paternalistas que a través de la intervención estatal permitirían a los individuos alcanzar un mayor bienestar. Así, el paternalismo de Estado ha implementado sin taxes para llegar a niveles de consumo más beneficiosos, que de lo contrario los individuos no podrían alcanzar.

La idea de los *sin taxes* no convence a todos los economistas. Gilles Saint-Paul, por ejemplo, hace una dura crítica a las consecuencias de la economía conductual y sus prácticas paternalistas (como lo son los *sin taxes*) en su libro "The Tyranny of Utility" (2011). El autor afirma que la economía conductual es peligrosa, pues al asumir a los individuos como irracionales e incapaces de perseguir sus intereses de largo plazo, hace socialmente aceptable la regulación estatal de la vida privada. Según el autor, el avance de la economía conductual, puesta en práctica a través del Estado paternalista, significa la eliminación gradual de las libertades individuales y representa por lo tanto una gran amenaza para todos aquellos que valoran estas libertades. Por otro lado, los *sin taxes* son criticados por su regresividad, afectando de manera más significativa a individuos de menores ingresos (Shughart II 1997; Hoffer, Shughart II y Thomas, 2013).

EL ABORTO EN CHILE

Chile tiene una de las legislaciones más restrictivas del mundo en torno a la interrupción del embarazo, **siendo uno de los únicos siete países que penaliza el aborto, independiente de su motivo**. Así, el código penal chileno penaliza la interrupción del embarazo en cualquier circunstancia, incluso por motivos terapéuticos o en caso de violación.

La penalización del aborto se establece en el código sanitario (artículo 119), a través de una prohibición de cualquier tipo de intervención cuyo fin sea interrumpir un embarazo, así como en el código penal, que establece las penas por cometer este tipo de delitos. Las penas relacionadas con el delito de aborto van desde presidio menor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado medio y se enmarcan en los delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública.

Como la práctica es ilegal, no existen cifras certeras sobre cuántos abortos se realizan al año en el país, sin embargo existen numerosas estimaciones. Según datos del Ministerio de Salud, entre 2001 y 2009, se registra un promedio de 33.690 abortos anuales. Por otro lado, estimaciones en un informe sobre la penalización del aborto en el marco de los derechos humanos se refieren a cifras intermedias, entre 60 y 70 mil abortos al año, el doble de los registrados por el Ministerio de Salud. Finalmente, la tasa de abortos en Chile de acuerdo a las estimaciones de Henshaw et. al (1999) es de 50 de cada 1000 mujeres en edad fértil.

Por otra parte, de acuerdo a la Fiscalía Nacional, entre los años 2010 y 2012 se abrieron 553 causas por el delito de aborto.

La información proporcionada por los datos permite estimar el porcentaje de abortos que termina en una causa por delito. Tomando una cifra intermedia entre el Ministerio de Salud y el informe sobre DD.HH y asumiendo que las 553 causas entre 2010 y 2012 se reparten de forma homogénea, de realizarse 50.000 abortos anuales en Chile, se habrían abierto causas en sólo un 0,5% de los casos. Por lo tanto, si bien en Chile el aborto está penalizado, en la práctica no es un delito que sea perseguido ni sancionado de forma significativa.

1. ¿ES UN IMPUESTO?

Sin duda, la penalización del aborto en Chile tiene muchas diferencias en términos morales

y sociales con la aplicación de un impuesto. Sin embargo, tanto los impuestos específicos como las leyes que criminalizan conductas, provocan que la gente que las practica incurra en altos costos al realizarlas, desincentivando su consumo. La diferencia es que los impuestos sancionan económicamente, mientras que las leyes sancionan además a través de la privación de libertad y una importante sanción social. El presente análisis sólo busca abarcar la dimensión económica.

Si bien en la práctica la penalización del aborto no se traduce en sanciones para quienes realizan la actividad, ésto no significa que no existan costos más altos asociados a la práctica producto de la penalización. Nos referimos al aumento de costos que se genera por la ilegalidad de la práctica, los cuales son generalmente producto de las asimetrías de información y de la dificultad para conseguir el producto o servicio, lo que lleva a que al consumidor se le cobren precios muy superiores a los que enfrentaría si esta práctica fuese legal, como se expone en una investigación financiada por la Universidad Diego Portales sobre la violación a los derechos humanos que significa la penalización del aborto.

Según la investigación mencionada anteriormente, el aborto clandestino ha sido reemplazado masivamente por el uso del Misoprostol. Este es un medicamento que ha sido reconocido por la Organización Mundial de la Salud para interrumpir un embarazo de hasta 12 semanas de gestación. En nuestros días, el Misoprostol se adquiere en el extranjero o bien en el mercado negro, a un precio que fluctúa entre \$40.000 y \$120.000 Pesos chilenos, según las entrevistas realizadas en dicha investigación.

Según un estudio de la Defensoría Penal Pública sobre mujeres que han sido defendidas por el delito de aborto, existe una variedad de prácticas abortivas con rangos de precio que oscilan entre 40 mil y 2.5 millones de pesos por el aborto realizado por un facultativo.

En un escenario de aborto despenalizado los costos del consumidor se reducirían drásticamente y en el extremo, en el caso de que el aborto fuese legalizado e incluido en planes de salud pública, la práctica podría ser incluso gratuita. Ante una despenalización, una estimación de los precios que enfrentarían las consumidoras sería de alrededor de \$18.000 en el caso de la compra de Misoprostol, muy por debajo del precio actual. Los valores de los procedimientos realizados por un facultativo disminuirían al no existir el riesgo de penalización para el médico. A su vez, disminuirían los costos físicos y psicológicos asociados a los abortos clandestinos.

Por el lado de la cantidad podemos considerar que, dado que la penalización aumenta el precio del bien, es esperable que la cantidad de abortos sea menor en países con esta restricción legal. Sin embargo, las cifras internacionales nos dicen que **la penalización del aborto no disminuye significativamente la cantidad de abortos que se practican.** (Singh et al. 2009). Esta evidencia es aún más clara si consideramos que en nuestro país la tasa de abortos es de 50 de cada 1000 mujeres en edad fértil, de las más altas de América Latina, y casi el doble de la de países donde esta práctica está legalizada, como en Estados Unidos (22,9/1000), la cual a su vez está bastante por encima de la correspondiente a Europa occidental, que también tiene en su gran mayoría el aborto legalizado. Existe incluso el caso de Francia e Italia, donde después de legalizar el aborto, la tasa de abortos disminuyó (Guttmacher Institute; 1999). Así, la demanda de abortos parece ser sumamente inelástica, similar a muchos bienes gravados a través de *sin taxes*.

Finalmente, analizando el aspecto de la recaudación para el fisco, en el caso de la penalización del aborto, esta recaudación no se produce, pues lo que ocurre son más bien transferencias entre consumidores y productores.

2. ¿SE CONSIDERA DAÑINO O PECAMINOSO? ¿POR QUÉ?

Dentro del marco en el cual estamos trabajando, los *sin taxes* se aplican para desincentivar conductas que, según el Estado, son dañinas o pecaminosas.

Para empezar, la penalización del aborto se enmarca en la sección de “Delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública” del código penal, lo que de entrada manifiesta el carácter *immoral* que se le otorga a la actividad.

Los datos confirman también la existencia de una convención social en Chile que no acepta esta práctica. Según una encuesta de la Universidad Diego Portales realizada el año 2010, el aborto en el caso de que la madre no quiera tener a su hijo, tiene una desaprobación de un 77,9%. En el caso de que el feto tenga un serio defecto, la aprobación es de un 44,3%, si la vida de la madre corre peligro, esta aumenta a un 53,1%, parecida a cuando el embarazo es producto de una violación, donde un 53,4% dice estar de acuerdo.

Buscando la causa de este *sentido común*, como en muchos otros debates, se hace imperante analizar el impacto que puede tener la iglesia católica sobre la desaprobación de las personas y el Estado hacia el aborto.

Para hacer esto compararemos la cantidad de personas que se declaran católicas en las distintas naciones, con las legislaciones relativas al aborto que existe en estos países, para analizar la existencia de una relación entre la influencia de la iglesia y la legislación en el tema.

Tabla 1: Relación entre porcentaje de católicos y legislaciones con respecto al aborto

País	% de Católicos	Está legalizado el aborto con las causas de						
		Protección de la vida de la	Salud física	Salud mental	Violación	Defectos del feto	Factores socio-económicos	A solicitud
USA	23.30%	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
CANADA	42.60%	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
CHILE	75%	No	No	No	No	No	No	No
ARGENTINA	92%	Sí	Sí	No	Legal sujeto a importantes restricciones	No	No	No
VENEZUELA	96%	Sí	No	No	No	No	No	No
GRECIA	0.41%	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
RUSIA	0.53%	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
POLONIA	89.80%	Sí	Sí	Legal sólo durante primer trimestre	Legal durante primer trimestre	Legal durante primer trimestre	No	No
ESPAÑA	94%	Sí	Sí	Sí	Legal durante primer trimestre	Legal durante primer y segundo trimestre	No	No

Fuente: Elaboración propia en base a los datos extraídos de “Abortos. (2009). Otras legislaciones. 15 de Junio 2014, de Abortos Sitio Web: http://www.abortos.com/otras_aborto.htm”

Como se puede ver en la Tabla 1, en América, los casos extremos de poca participación de católicos en la población corresponden a Estados Unidos y Canadá. En estos dos casos, el aborto es legal bajo cualquier circunstancia. Revisando las legislaciones de los países más católicos en el continente americano, encontramos que Venezuela, país con una población mayor al 95% que se declara católica, el aborto es legal solamente para casos de protección de la vida de la madre. Argentina, país que le sigue, cuenta con una legislación que lo permite sólo por protección de la vida de la madre y por salud física, mientras que en casos de violación es legal, pero está sujeto a importantes restricciones. Los resultados son similares en el caso de países europeos.

Chile muestra una alta población que se declara católica en términos relativos con otros países del continente, cercana al 70%, y una de las legislaciones más estrictas en la materia. Este análisis sugiere que efectivamente la influencia de la Iglesia Católica podría tener un rol relevante en la no aceptación de las prácticas abortivas en el país.

¿ES LA DISCUSIÓN EN TORNO A LOS *SIN TAXES* HOMOLOGABLE A LA DISCUSIÓN SOBRE EL ABORTO?

La penalización del aborto en Chile implica que éste no se realice abiertamente en los recintos asistenciales ni esté sujeto a normas o estándares mínimos. Así, aquellas mujeres que quieran practicarse un aborto, se enfrentan a un escenario de desinformación e incertidumbre. El riesgo asociado a las distintas opciones de aborto que tienen los distintos grupos sociales no es el mismo. Si bien la prohibición del aborto es general a todos los individuos de la sociedad, en la práctica los costos de salud física y mental incurridos por la clase media y baja producto de la penalización, son mayores.

Por otro lado, al igual que los *sin taxes*, la penalización del aborto se enmarca en una discusión en torno de las libertades individuales y derechos sexuales y reproductivos de la mujer. Es importante señalar, sin embargo, una gran distinción entre la

discusión en torno al aborto y los *sin taxes*: En el caso de los *sin taxes*, las consecuencias de la acción del consumidor recaen principalmente en él. Sin embargo, en materia de aborto, hay una discusión adicional, respecto de si el feto es o no vida y por ende, si la acción de abortar afecta en forma directa a más de un individuo. En la medida en que se acuerde que el feto es vida, la discusión del aborto no es homologable a la de los *sin taxes*, pues la práctica del aborto afectaría directamente a un segundo individuo. En cambio, si se acuerda que el feto no es vida, entonces la discusión del aborto sí es homologable, pues se centra en el enfrentamiento de la libertad del consumidor con el paternalismo estatal.

CONCLUSIONES

La penalización del aborto actúa como un *sin tax* en el sentido que representa un aumento del costo para las mujeres que se realizan un aborto. Las asimetrías de información, desregulación y clandestinidad del mercado permite abusos de precios hacia el consumidor.

Tanto en el caso de *sin taxes* sobre bienes considerados pecaminosos, como en el caso de la penalización del aborto, existe un argumento valórico para justificar su implementación. Para el caso del aborto, la desaprobación pública se explicaría en gran medida por la influencia de la Iglesia Católica en la opinión pública.

La discusión sobre el carácter asimétrico de los efectos de un *sin tax* aplica también al caso de la penalización, que afecta mayormente a mujeres de menores ingresos, actuando en dirección opuesta a los esfuerzos por mayor equidad en el país. Por otro lado, la imposición de la penalización por parte del Estado abre el debate sobre el avance del paternalismo de Estado que plantea Saint-Paul (2011), en la medida en que la imposición estatal pasa a llevar las libertades individuales y los derechos reproductivos de la mujer. Así, tanto la penalización del aborto como los *sin taxes* son imposiciones por parte del Estado que no necesariamente mejoran el bienestar social.

REFERENCIAS

Abortos. (2009). "Otras Legislaciones". 15 de Junio de 2014, de Abortos Sitio Web: http://www.abortos.com/otras_abortos.htm

Casas, L. y Vivaldi, L. (2013). "Informe Anual sobre DD.HH. en Chile, Capítulo II: La Penalización del Aborto como una Violación a los Derechos Humanos de las Mujeres". Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales.

Código Penal Chileno, Libro II: Crímenes y Simples Delitos y sus Penas, Título VII: Crímenes y Simples Delitos contra la Familia y contra el Orden Público.

Henshaw et al. (1999) En Berzelatto, José y Faundez, Aníbal. "El Drama del Aborto: En Busca de un Consenso".

O'Donoghue, T. y Rabin, M. (2003). "Studying Optimal Paternalism, Illustrated by a Model of Sin Taxes". American Economic Association.

O'Donoghue, T. y Rabin, M. (2006). "Optimal Sin Taxes". Journal of Public Economics, Vol. 90.
Organización Ipas. (2010). "Ten Facts About Abortion". Estados Unidos: Chapel Hill.

Saint-Paul, G. (2011). "The Tyranny of Utility: Behavioral Social Science and the Rise of Paternalism".

Udp. (2010). Encuesta UDP. 16 de Junio 2014, de UDP Sitio WEB: <http://www.encuesta.udp.cl/2010/12/encuesta-udp-chienos-aprueban-aborto-bajo-ciertas-situaciones>.

GRATUIDAD EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR: ECONOMÍA POLÍTICA Y EVIDENCIA

Felipe Gajardo León¹

I. INTRODUCCIÓN A LA INVESTIGACIÓN

La gratuidad en la educación superior es quizá uno de los temas más discutidos en el ámbito de la educación. Desde el 2011 ha estado en la palestra del debate público, e incluso llegó a posicionarse como uno de los ejes centrales de la propuesta de gobierno de la actual presidente de Chile.

En el presente estudio se profundizará sobre la gratuidad en la educación superior, introduciéndose en tópicos de economía política, teoría económica y tecnicismos, además de la evidencia empírica, que necesariamente deben considerarse ante una evidente implementación de la política.

La investigación se divide en cinco secciones comenzando con la presente introducción. La segunda sección introduce la economía política de la concepción de educación superior, en donde nacen los argumentos para concebir a la educación terciaria como un bien que debe financiarse privadamente o bien por parte del Estado. Posteriormente se señala cómo se financia la educación superior en la práctica, dando alusión a países desarrollados, de Latinoamérica y a Chile. La cuarta sección relata el debate teórico sobre la educación superior que ha tenido lugar en nuestro país, citando visiones disímiles acerca de quién debe financiar la educación superior. Finalmente en la quinta sección se entregan las conclusiones y reflexiones de la investigación.

II. ECONOMÍA POLÍTICA DEL FINANCIAMIENTO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR

La educación² puede concebirse bajo dos criterios que divergen completamente: como mercancía (bien de consumo) o como derecho social. Ambas definiciones tienen implicancias institucionales disímiles y por tanto, derivan en mecanismos de financiamientos distintos. Por esta razón el modo en que se concibe la educación no es una discusión estéril: es su piedra angular.

¿Por qué mercancía y derecho social son criterios opuestos? Porque ambas apuntan a formas institucionales diferentes de resolver la asignación del servicio. Concebir la educación como mercancía implicaría que el problema es privado, vale decir, dependiente de la capacidad de cada uno de satisfacer las condiciones unilaterales impuestas por el vendedor, mientras que concebir la educación como derecho social implicaría que la asignación es un problema social, donde es la sociedad la que responde por su entrega (Atria, 2014a).

II.1. EDUCACIÓN SUPERIOR COMO MERCANCÍA

Concebir a la educación como mercancía implica que su distribución le compete al mercado resolverlo. Éste se define como un contexto institucional de intercambio voluntario, que se rige por tres principios (Atria, 2014b):

- i. Los individuos actúan motivados por su propio interés, no por el interés ajeno
- ii. Nadie tiene el deber de proveer o derecho a recibir, antes de llegar a acuerdo en un contrato
- iii. Cada participante es libre de sujetar su disposición a contratar a las condiciones que desee.

1 Licenciado en Economía y candidato a Magíster en Análisis Económico, Universidad de Chile. Miembro de Estudios Nueva Economía (ENE). fgajardo@fen.uchile.cl

2 Al hablar de educación, estamos implícitamente considerando todo nivel educativo; tanto primario, secundario como terciario.

En la medida en que algo se distribuye a través del mercado, cada uno obtendrá lo que pueda obtener mediante el intercambio. Si quien concurre al mercado en demanda de educación se encuentra con que nadie quiere proveerle el servicio a cambio de lo que tiene para ofrecer, entonces no habría intercambio y la necesidad quedaría insatisfecha. Pero esa insatisfacción será un problema privado (responsabilidad de cada uno), no público (Atria et al, 2013).

II.2. EDUCACIÓN SUPERIOR COMO DERECHO SOCIAL

Por el contrario, concebir a la educación como un derecho social implicaría que la provisión de este es responsabilidad de todos, y por tanto, su distribución debe estar organizada conforme a un criterio de ciudadanía (Atria y Sanhueza, 2012). Esto conllevaría tres principios (Atria, 2014b):

- i. El proveedor no entrega bajo la idea de servir su propio interés, sino que lo hace por el interés del ciudadano
- ii. El ciudadano tiene derecho a provisión, y el proveedor tiene el deber de proveer.
- iii. El proveedor no está en condiciones de establecer, unilateralmente, condiciones especiales de provisión caso a caso. Las condiciones de acceso, que especifican los márgenes del derecho ciudadano, han de estar establecidas en un protocolo público aplicable a todos por igual.

Aquí se trata de que existen ciertas dimensiones del bienestar de una persona que son responsabilidad de todos y a las que cada ciudadano tiene derecho³. Como el ciudadano tiene derecho, es un problema público (de todos). Por consiguiente, la provisión debe ser una que tenga la pretensión de

3 El entendimiento de que hay dimensiones del bienestar que son responsabilidad de todos, se enmarca en la búsqueda de que todos los ciudadanos alcancemos un pleno desarrollo de nuestras capacidades. Al tener derecho de recibir o potenciar esas dimensiones, se está creando una sociedad que elimina los obstáculos al pleno desarrollo de los ciudadanos, y por tanto, potencia el desarrollo humano (Sen, 2000; Lebowitz, 2012).

ser igual para todos, en la medida en que todos son ciudadanos, porque todos tienen el mismo derecho (Atria et al, 2013).

II.3. CONFRONTACIÓN DE CONCEPCIONES

Nótese que los principios de la educación como derecho social son diametralmente opuestos a la concepción de mercancía, y por tanto, concebir la educación como un derecho social implica excluir al mercado de su asignación. De hecho, la distribución de la educación a través del mercado quiere decir que es públicamente indiferente que cada uno reciba lo que quiere, lo que ocurrirá siempre y cuando uno puede satisfacer las condiciones unilaterales impuestas por quien ofrece el servicio educativo. El modo y las condiciones de distribución, por lo tanto, se fijan conforme al interés particular del proveedor. En cambio, concebir a la educación como un derecho social, implica que se está aceptando que todos tienen derecho a las mismas oportunidades de desarrollo, y por tanto, recibir la educación no debe depender de la capacidad de pago de quien la recibe (Atria y Sanhueza, 2012). Vale decir, a cada quien según su necesidad. Por esa razón es que, la educación debiese proveerse de manera gratuita, pues cumpliría con el criterio universalista: educación debe ser provista para todos.

Por lo tanto, la esfera de los derechos sociales es un espacio informado por la lógica contraria a la del mercado, en que se trata de atender a la necesidad del que necesita, y no a la utilidad del que provee (Atria et al, 2013).

III. EVIDENCIA DEL FINANCIAMIENTO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR

Una vez que se tiene en consideración los dos tipos de criterios para concebir a la educación, y por tanto, su financiamiento, procedemos a investigar la evidencia empírica. Se analizarán los casos internacionales de países desarrollados y latinoamericanos de cómo conciben la educación, para luego estudiar el caso chileno.

III.1. FINANCIAMIENTO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN PAÍSES DESARROLLADOS

En los países desarrollados de Europa sus sistemas de educación superior son compuestos, en general, por un sector público predominante y un sector privado que no compone más allá del 25% de las matrículas. Su sistema es en gran medida mantenido a través de financiamiento directo del Estado, el que representa un 83,7% del gasto público total en la educación superior de 27 países, mientras que el financiamiento indirecto representa un 16,3% del gasto público total (Eurydice, 2007).

Gran parte de los sistemas de educación superior de países de Europa Occidental se componen de un sector privado que no compone más allá del 25% de la matrícula, y de un sector público que imparte el servicio de manera gratuita. Para el caso de la mayoría de los países de Europa del Este, el sector privado posee una ponderación incipiente o casi inexistente en la provisión de educación terciaria, mientras que el sector público, al igual que en los países vecinos del Occidente, imparte educación superior gratuita (García, 2001)⁴.

Esta situación se debe a que en Europa, y por lo general en los países desarrollados, se considera a la educación como un derecho social, y por consiguiente, universal. Esto implica que la provisión de educación terciaria debe ser gratuita. Por lo tanto, el mecanismo de financiamiento es en base a aportes directos del Estado hacia sus instituciones educacionales.

Sin embargo existen casos de Europa en donde el sector público no ofrece educación superior gratuita. Ejemplo de ello son los países de Gran Bretaña, Bélgica, Países Bajos y España. En ellos, existe una porción menor al 25% de la matrícula del sector privado, y el sector público no ofrece matrículas gratuitas. En el caso de países

desarrollados no Europeos, como Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Japón y Corea del Sur, el sector privado tiene una proporción entre un 25 y 50% de matrícula de educación terciaria, y el sector público ofrece una educación que debe ser financiada por las familias (García, 2001).

En estos países la educación terciaria cumple más con las definiciones de bien de consumo, que la de ser un derecho social.

III.2. FINANCIAMIENTO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN LATINO AMÉRICA

El financiamiento de la educación terciaria en Latinoamérica es predominantemente de carácter público, aunque en todos los países hay también recursos privados cuya magnitud depende del tamaño de la provisión privada y de si existe cobro de aranceles o no por parte de las universidades estatales. De manera que en varios países la contribución privada es significativa (Brunner y Villalobos, 2014).

Cuadro 1. Información sobre Financiamiento de la Educación Superior en Latino América.

a) Financiamiento de la educación superior de origen predominantemente público (2/3 del gasto total es público)	•Argentina •Bolivia •Brasil	Ecuador México Perú	Uruguay Venezuela
b) Financiamiento de la educación superior con esquema de costos compartidos entre Estado y Privado (1/5 o más del gasto total es de origen privado)	•Colombia •Costa Rica	Puerto Rico República Dominicana	
c) Financiamiento de la educación superior de origen predominantemente privado (1/2 o más del gasto total es privado)	•Chile		
d) Financiamiento público es asignado a las instituciones estatales directamente (subsido a la oferta)	•Argentina •Bolivia •Brasil	Costa Rica Colombia Ecuador	México Perú Rep. Dom. Uruguay Venezuela
e) Financiamiento público asignado a los estudiantes bajo la forma de becas y créditos (subsido a la demanda)	•Chile •Puerto Rico		
f) No existe pago de arancel en los programas de pregrado de instituciones de educación superior públicas estatales, o a través de una contribución de los graduados	•Argentina •Bolivia •Brasil	Ecuador México Perú	Rep. Dom. Uruguay Venezuela
g) Existe pago de arancel en los programas de pregrado de instituciones de educación superior públicas estatales, o a través de una contribución de los graduados	•Colombia •Costa Rica	Puerto Rico Chile	

Fuente: Brunner y Villalobos (2014).

4 Lo anterior, por supuesto, ha ido cambiando en los últimos años en favor de los privados, producto de las crisis europeas en donde los déficits fiscales han desencadenado desligamientos de obligaciones estatales.

Del cuadro 1 (a) podemos apreciar que un buen número de países poseen un financiamiento de la educación superior de origen predominantemente público.

De hecho, es en estos países donde hay presencia de universidades estatales gratuitas. Tal es el caso de Argentina, donde las instituciones públicas imparten educación superior gratuita (César, 2005). Lo mismo ocurre en México, donde el Estado mexicano financia directamente los planteles, permitiendo universidades gratuitas. En Brasil, existe un sistema de gratuidad en las universidades federales, que superan los 60 planteles, mientras que en Uruguay la única universidad pública es gratuita, y los estudiantes tras haber egresado realizan un aporte al plantel (Villalobos, 2014). En Ecuador, como resultado de la asamblea constituyente realizado en el año 2008, se estableció que la educación pública debía ser universal y laica en todos sus niveles, y gratuita hasta el tercer nivel de educación superior inclusive. Esta disposición constitucional elimina todos los cobros que realizaban las universidades públicas a sus estudiantes (Brunner y Villalobos, 2014).

En efecto, estos países, alineados con gran parte de los países desarrollados, consideran a la educación como un derecho social, y por tanto, el Estado debe garantizar el acceso a éste, incluyendo el nivel terciario. Del cuadro 1, b) verificamos que cuatro países poseen un financiamiento de la educación superior donde hay un esquema de costos compartidos entre el Estado y los privados (con participación del 20% del gasto total).

Por el contrario a los doce países anteriores, Chile es el único país que posee un sistema donde al menos la mitad del financiamiento de la educación superior es de origen privado (cuadro 1, c)).

Ahora bien, si estudiamos la modalidad del financiamiento de las instituciones de educación superior público-estatales, predomina ampliamente la asignación directa de recursos a las instituciones, es decir, subsidios a la oferta

(cuadro 1, d)). Mientras que el financiamiento de los estudiantes (vale decir, subsidio a la demanda) sólo sería relevante para los casos de Chile y Puerto Rico (cuadro 1, e)).

En cuanto al mecanismo de pago de aranceles por parte de los estudiantes matriculados en programas de pregrado de instituciones de educación superior públicas, el mecanismo sólo existe en Colombia, Costa Rica, Puerto Rico y Chile (cuadro 1, f) y, g)). En el caso de Chile, estos valores representan un alto gasto en relación al ingreso per cápita promedio de la población (Banco Mundial, 2011). Simultáneamente, estos cuatro países disponen de esquemas de becas y créditos estudiantiles subsidiados para permitir el acceso de estudiantes a la educación superior.

Respecto al sector privado de la educación superior, todas las instituciones educacionales privadas, sin excepción, reciben una parte importante de sus ingresos del pago de aranceles. La mayoría de los estudiantes paga directamente con sus propios recursos o de su familia, o bien, mediante préstamos obtenidos en la banca privada o a través de becas otorgadas por las propias instituciones, por empresas y personas. Sólo utilizan esquemas fiscales de becas y créditos –y por ende subsidios públicos directos o indirectos para instituciones privadas– Chile, Brasil y Colombia (Brunner y Villalobos, 2014).

En suma, en nuestro continente, a pesar de la persistencia del origen del financiamiento público, la provisión por parte de los privados está en auge. De hecho, la tendencia generalizada de las últimas décadas ha sido hacia la creciente privatización de la educación superior. En comparación con el resto del mundo, América Latina tiene la proporción más alta de instituciones y matrículas por el sector privado. De los 24 millones de alumnos terciarios que hay en América Latina, cerca del 50% estudia en un plantel privado (Villalobos, 2013). Por lo anterior, algunos investigadores ya hablan de una mercantilización de la educación terciaria.

III.3. FINANCIAMIENTO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR PARA EL CASO DE CHILE

III.3.1. BREVE HISTORIA DEL FINANCIAMIENTO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR

En los años 60 la educación terciaria se trataba de un régimen mixto de provisión compuesto por ocho universidades; dos instituciones estatales y seis universidades privadas, de las cuales tres de ellas eran fundadas por la iglesia católica y otras tres creadas en regiones con apoyo del Estado. En aquellos años, la educación superior era caracterizada por la autonomía de sus instituciones y por ser mayoritariamente gratuita.

Durante la primera etapa de la dictadura (1973-1980), la situación de la educación superior se caracterizó por la intervención política del sistema y el fin a la autonomía universitaria. El sistema pasó a ser directamente comandado desde el gobierno, la matrícula evolucionó negativamente durante este periodo y el gasto público cayó a la mitad en 1980 (Brunner, 2011). A partir de 1981, la dictadura impuso un giro a su política frente a la educación superior, instaurando un mercado para la educación terciaria e invitando a privados a participar, casi sin barreras de acceso, en la oferta de cursos y programas conducentes a grados académicos y títulos técnicos y profesionales (Brunner, 2011). El sustento del nuevo modelo era que los mercados tendrían por sí solos la virtud de asegurar la cantidad y calidad de educación terciaria requeridas por la sociedad. Naturalmente, el financiamiento se obtendría de los pagos de las familias que optaban por consumir educación superior.

Con la recuperación de la democracia, el diseño original de corte netamente neoliberal fue levemente abandonado en el aspecto más esencial de dicho diseño, que consistía en el retiro del Estado de sus responsabilidades directas e indirectas en el campo de la educación superior. Se construye un sistema mixto donde la educación superior se deja en manos del mercado, con regulación e intromisión estatal tanto en temas de regulación como de financiamiento, aunque poco sustantivas.

III.3.2. FINANCIAMIENTO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN LA ACTUALIDAD

Ya en el presente, y con cerca de un millón de estudiantes, él ha dotado a Chile de una educación superior con una tasa de participación de 55%, con poca presencia de sectores vulnerables. A continuación revisaremos los mecanismos de financiamiento de la educación superior para Chile en la actualidad, junto a los montos que se destinan.

Para el presente año, de acuerdo a los datos de la Ley de Presupuestos para 2014, se distribuirá un total de \$1.183.138.872 en miles de pesos en moneda nacional a programas relativo a educación superior, monto que representa aproximadamente un 4,1% del gasto total de la suma de los servicios e instituciones incluidos en la Ley de Presupuesto para este año.

Los mecanismos de financiamiento de la educación superior chilena en la actualidad pueden catalogarse en dos: financiamiento a las instituciones que imparten educación superior (subsidio a la oferta), o bien, financiamiento a los estudiantes o familias (subsidio a la demanda). Del monto destinado por el fisco a la educación superior, probablemente un 71,5% será asignado a estudiantes y un 28,5% a las instituciones, tal como ocurrió con el presupuesto ejecutado del año 2013 (El Mercurio, 2014). Vale decir, el financiamiento fiscal a la educación superior está orientado mayoritariamente hacia los estudiantes, llevándose más del doble de los recursos que reciben las instituciones, situación contraria a lo que ocurre en el promedio de los países europeos y latinoamericanos.

Así mismo, la asignación de los fondos fiscales está principalmente orientada a las universidades, atribuyéndoles en el año 2012 un 83,8% de estos fondos, ya sea que esté dirigido a estudiantes o instituciones. En efecto, un 33,2% está orientado a universidades estatales, un 26,7% a universidades tradicionales no estatales, y un 23,9% a universidades privadas. La diferencia

es destinada a institutos profesionales, centro de formación técnica y a las fuerzas armadas.

III.3.2.1. FINANCIAMIENTO A INSTITUCIONES DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR.

Respecto al financiamiento a las instituciones de Educación Superior (IES), la mayor cantidad de recursos que se destinan a financiar la oferta se realiza por medio del Aporte Fiscal Directo (AFD), Aporte Fiscal Indirecto (AFI), Fondos para la Investigación (CONICYT) y Fondos de Desarrollo Institucional (FDI). Prácticamente la totalidad de los recursos asignados a las IES van dirigidas a las universidades del CRUCH, que en su conjunto reciben el 95,2%, de las cuales el AFD es el aporte principal. En efecto, el monto que entrega el AFD representa el 53% del financiamiento fiscal a las IES, mientras que los montos que entrega CONICYT, AFI y FDI son 18,5%, 7% y 5,3% respectivamente (Contraloría General de la República, 2012).

Así también, el AFD representa en promedio un 7 al 10% del financiamiento total de una universidad pública, mientras que AFI significa un 6% de los aportes estatales. En total, las universidades Estatales reciben en promedio un financiamiento estatal del 17% del total de sus gastos (aporte correspondiente al 62,7% del total de financiamiento que hace el fisco en la educación superior). El restante gasto se financia por medio de ingresos autogenerados como a través de cobros de aranceles a la demanda.

Del financiamiento a establecimientos educacionales terciarias, las universidades tradicionales no estatales figuran como las principales beneficiarias (Contraloría General de la República, 2012).

III.3.2.2. FINANCIAMIENTO A ESTUDIANTES DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR

En cuanto al financiamiento a los estudiantes, el mecanismo de financiamiento típico de la

demanda es el sistema de créditos y becas. El sistema de créditos pueden ser entregados por instituciones financieras (la banca privada por excelencia), instituciones estatales como la CORFO y el mismo Estado. Este mecanismo permite que estudiantes de condición socioeconómica vulnerable que no accedieron al sistema de becas puedan acceder a la educación superior. La razón económica de este sistema es corregir la falla de mercado incompleto, en donde se les ofrecen mecanismos de pagos a estudiantes que no podrían acceder a la educación superior por razones económicas.

Son cuatro las formas de crédito que existen en la actualidad; uno de financiamiento fiscal, vale decir el fondo solidario de crédito universitario (FSCU); uno mixto que es el Crédito con garantía estatal (CAE); uno vinculado con una empresa pública que es la CORFO; y uno privado, el cual es otorgado por los bancos. El fondo solidario es un beneficio sólo para estudiantes de estrato socioeconómico vulnerable provenientes de instituciones del CRUCH. Mientras que el crédito CORFO está orientado para la clase media y pueden recibirlo estudiantes de universidades privadas. El CAE es otorgado y cobrado por entidades bancarias, con la participación del Estado como aval del estudiante. Por último, los créditos privados actúan similares a un crédito de consumo.

Como se comentó, en la actualidad el fisco desembolsa aproximadamente el 69.9% del gasto que hace en educación superior en financiar la demanda⁵. En concreto, de este monto, un 25,4% se realiza vía CAE, un 8,8% vía FSCU y un 35,7% vía Becas. En el año 2012 estos recursos financiaron en una mayor proporción a los estudiantes que se vinculan a universidades privadas (30%), es decir, de los estudiantes que solicitan créditos o becas, el 30% está matriculado en alguna universidad privada. Además, un 26,4% de los recursos financiaron a estudiantes de

⁵ Se utilizaron los datos disponibles de Contraloría (2012). Por lo tanto, a pesar de no contar con los valores para el 2014, consideramos que es una buena estimación de lo que está sucediendo en la actualidad.

universidades Estatales, y un 22,3% a estudiantes de Universidades Tradicionales No Estatales (Contraloría General de la República, 2012).

Del financiamiento entregado a los estudiantes de universidades privadas, el mecanismo con mayor ponderación es el CAE. En efecto, en el año 2012, el 65,25% de los CAE entregados, fueron a estudiantes de universidades privadas. En cambio, para el caso de las universidades públicas y tradicionales no públicas, los mecanismos más usados son el FSCU (pues es un crédito enfocado a estudiantes del CRUCH) y Becas de Arancel (un 38,9% es destinado a alumnos de universidades públicas y un 29,2% a alumnos de universidades tradicionales no estatales).

Del total de recursos existentes para financiar a los estudiantes, los alumnos que pertenecen a las Universidades Tradicionales No Estatales reciben un monto promedio que hace a estas instituciones las mayores receptoras del financiamiento a la demanda, en desmedro de las universidades Estatales (Contraloría General de la República, 2012).

Por último, el mecanismo del CAE ha generado muchas controversias por permitir la intromisión de la banca privada en la educación. Así mismo, Riesco (2014) cuestiona las enormes sumas de dinero que el Estado debe desembolsar directamente a la banca por motivos de su rol de aval del estudiante. ¿Es realmente el sistema eficiente en el uso de su dinero?

III.3.2.3. FINANCIAMIENTO EN SU CONJUNTO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR

Considerando ambos mecanismos de financiamiento -aportes asignados a las instituciones y a los estudiantes de la educación superior- para el año 2012, se puede evidenciar que un 44,7% del total de fondos son destinados a diez universidades, de las cuales tres son universidades estatales, cinco son universidades tradicionales no estatales y dos son universidades privadas. En el año 2013, de estas 10 universidades, las estatales se redujeron a dos, las tradicionales no estatales se

mantuvieron y las privadas aumentaron a tres. ¿Es pertinente que el 30% de los recursos públicos se destinen a universidades privadas?

IV. DEBATE TEÓRICO SOBRE LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN CHILE

Desde las movilizaciones estudiantiles ocurridas en el año 2006 y posteriormente en el año 2011, se ha ido introduciendo en el debate público la idea de educación gratuita como política necesaria para avanzar como país hacia el desarrollo. En efecto, la consigna utilizada por los estudiantes universitarios en el año 2011 de “educación gratuita en todos sus niveles” pasó de ser una frase mediática a una propuesta del programa de gobierno de la actual presidente de Chile.

La discusión en torno a la gratuidad en la educación superior ha estado presente en todos los centros de estudios y Universidades del país, y han nacido de ellos algunas propuestas o críticas que revisaremos en el presente apartado.

Atria y Sanhueza (2013) han propuesto un mecanismo que permitiría la educación superior gratuita, entendiéndola a ésta como un derecho social. Esto sería un cambio paradigmático del cómo concebimos la educación hoy en día. Como se presentó en el apartado anterior, desde la época de dictadura la educación comenzó a entenderse como un bien de consumo, donde cada quien se educa dependiendo de su capacidad de satisfacer las condiciones unilaterales impuestas por el proveedor. Pues bien, entenderlo como un derecho social, entonces requiere que ésta sea accesible para todo quien desea educarse. Esto conlleva a que la educación superior sea gratuita pues, de otro modo existirían individuos que no podrían acceder a ella.

La propuesta se basa en lo que se denomina “régimen de lo público”, el cual tiene dos pilares: (i) como ya se dijo, la comprensión de la educación superior como un derecho social; y (ii) la identificación de la universidad pública como una institución que cumple una función paradigmática. La propuesta, por lo tanto, permite por una parte materializar una gratuidad universal

y por otra fortalecer la educación pública (Atria y Sanhueza, 2013)⁶.

Para lograr los fines anteriores, la propuesta de Atria y Sanhueza contempla el siguiente sistema de financiamiento.

IV.1. PROPUESTA DE IMPUESTO CEDULAR AL INGRESO DE LOS EGRESADOS

Se trata de uno cuyos beneficiarios no tendrán que pagar mientras estudian, y luego de finalizar sus estudios, tendrían que pagar un 5 o 10% de sus ingresos por 15 años. Si antes de esos 15 años devuelven el costo total de lo recibido, dejan de pagar. Si al cumplirse los 15 años no han devuelto todo lo que recibieron, también dejan de pagar y la deuda se entiende extinguida (Atria y Sanhueza, 2013).

La propuesta es un impuesto para todos, es decir, todos los que recibieron educación, una vez que ya son parte del mercado laboral, aporten una proporción de su ingreso. Además, se aplica a todos los estudiantes, de modo que es el único medio para financiar los estudios superiores.

Para los autores, el mecanismo permitiría que la universidad fuese para todos gratuita, en el sentido de que nadie tendría que pagarla como condición de recibirla. Todos aportarían después de haber estudiado, en atención a su capacidad contributiva. Como los estudiante del 10% más rico probablemente tendrán salarios más altos, terminarán aportando más de lo recibido, mientras que los pobres aportarían menos de lo recibido. Este sistema, por lo tanto sería progresivo.

Esta propuesta se asemeja a un impuesto específico, pero como grava un estatus (egresado) y no una actividad (minería, alguna que genere externalidades negativas), entonces en lenguaje estricto se denomina un impuesto cedular. Este,

para los autores, permitiría que cada uno reciba de acuerdo a sus necesidades, y cada uno aporte de acuerdo a sus capacidades.

Este impuesto cedular al ingreso de los egresados sólo sería suficiente para sustentar el costo de la docencia, no sería una propuesta global de financiamiento a la educación superior. Este debe ser complementado con financiamientos basales para financiar la dimensión pública de la universidad, que incorpora la investigación entre otras cosas.

Con este mecanismo de, todo estudiante que desee cursar los estudios terciarios podrá hacerlo si cumple con los requisitos académicos, pero ¿Puede llamársele gratuito si de igual forma, el estudiante una vez que ingrese al mercado laboral, deba pagar por su educación cursada?

IV.2. GRATUIDAD FOCALIZADA EN LOS MÁS VULNERABLES

Beyer y Cox (2011) cuestionan la gratuidad en la educación superior, puesto que significaría que el grueso de los recursos fluiría hacia los sectores más acomodados, porque son ellos los que tienen una mayor proporción de jóvenes cursando este nivel educativo. Esto desencadenaría un comportamiento regresivo. Además, cuestionan que la propuesta de gratuidad en la educación superior no contempla el uso alternativo de los recursos utilizados. Al ser montos considerables, una política focalizada en los sectores más vulnerables sería una alternativa de carácter más progresivo que la propuesta de Atria y Sanhueza.

IV.3. CONFRONTACIÓN DE IDEAS SOBRE GRATUIDAD EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR

Beyer y Cox (2012) estimaron en base a la encuesta CASEN 2009 el resultado de llevar a cabo la política de gratuidad de la educación superior para todos. Sus resultados indican que se reduciría el índice de GINI del ingreso per cápita en 0.3 puntos. Los autores concluyen que la reducción es poco significativa para el nivel de política

⁶ Para efectos del estudio, no profundizaremos en el segundo punto.

que se está efectuando, y que, considerando el uso alternativo del dinero, la política no es recomendable. En efecto, mencionan “la pregunta relevante no es si una política que reduce el índice de GINI del total de ingresos en 0.3 puntos es regresiva, sino que si una política que lo hace a un costo de 150.000 millones mensuales lo es. Nosotros creemos que sí”. En la misma línea, los autores realizaron un ejercicio matemático en donde concluyen que una política de focalización (gratuidad al 60% más pobre) permite obtener mejores resultados en lo que respecta a reducción de la desigualdad (índice GINI), utilizando menores recursos que la de hacer gratuita la educación superior, por lo que resultaría ser una mejor política, tanto en términos de equidad como de costo alternativo.

Así mismo, Beyer y Cox (2012) proponen otro ejemplo numérico donde se introduce el impuesto cédular de Atria y Sanhueza (2011) para financiar la educación. Sus conclusiones siguen amparando que es preferible una política educacional focalizada para el 60% de la población vulnerable, en vez, de una educación gratuita para todos.

Sin embargo, Atria y Sanhueza (2013) responden señalando que la política de gratuidad si es mejor que una focalizada. En efecto, con la política de gratuidad, el rico entenderá que le están quitando recursos para financiar un sistema que beneficia a ambos, mientras que en la política focalizada, el rico entenderá que esos recursos serán para los pobres. En estas situaciones hay diferencias de estabilidad y sostenibilidad. En la medida en que ricos y pobres sean beneficiados, el sistema es más estable y sostenible en el tiempo. La propuesta de focalización evita, por otro lado, un cambio de paradigma en la concepción de la educación, defendiendo la postura de concebirla como un bien de consumo. Por tanto, refuerza la existencia de un mercado que asigne la educación para quienes pueden pagar y para quienes no pueden pagar (y por tanto se le subsidia). Además, al apoyar la existencia de pagos por el bien, avala la colaboración de instituciones como la banca

privada en el sistema, a menos que se le prive su participación.

Por último, hace pocos meses se han publicado cartas abiertas firmadas por académicos y políticos tanto a favor de la gratuidad en la educación superior como en contra (El mercurio; 2014a; 2014b). En efecto, quienes están en contra, fundan sus argumentos en que ésta es regresiva pues, quienes se verán más beneficiados serán los ricos, pues una alta proporción de estudiantes de educación superior provienen de esas condiciones socioeconómicas. Por lo demás, la política no asegura en ningún caso calidad e incluso podría deteriorarse. Por el contrario, quienes apoyan la medida, además de evidenciar que el 74% de los votos en las presidenciales fueron apoyando a candidatos que apoyaban la gratuidad, postulan que es un error estipular que la medida sea regresiva. En efecto, mientras los ingresos de los hogares del 10% más pobre aumentarían en 26.7% con la política, los ingresos del 10% más rico aumentarían en 2.2%. Además agregan que si el mecanismo de gratuidad es el impuesto cédular, los ricos terminarán contribuyendo tres veces más a la educación superior que lo que actualmente pagan.

Además, los recursos con que se haría la reforma, dicen quienes apoyan la medida, provienen de una reforma tributaria diseñada especialmente para financiar la gratuidad, en la cual el 65% proviene de los más ricos.

Por último, Atria se hace cargo de la crítica sobre la calidad cuestionando la lógica de mercado, en donde cada uno obtendrá la calidad por la que puede y quiere pagar, ni más ni menos, por lo que es ridículo pretender que la gratuidad empeoraría la situación actual (El mercurio, 2014).

CONCLUSIONES Y REFLEXIONES DE LA INVESTIGACIÓN

En el presente estudio profundizamos sobre la gratuidad en la educación superior, ahondando

en la economía política del financiamiento de la educación superior, examinando los distintos mecanismos de financiamiento que existen, y recurriendo a la evidencia de países desarrollados y de Latino América.

En efecto, encontramos evidencia de que gran parte de los países de Europa y Latinoamérica poseen un sistema educativo terciario en donde el sector público es quien provee en mayor medida el servicio y el Estado los financia de manera directa, permitiendo la gratuidad en la educación superior en muchos de ellos. Entendemos para estos casos, que sus sociedades consideran a la educación terciaria como un derecho social.

Así mismo, Chile es el caso opuesto y prácticamente único, en donde el servicio es provisto en un porcentaje importante por el sector privado, el Estado financia en gran medida a la demanda, y la educación superior pública no es gratuita.

Estas características nos permiten concluir que quienes fueron y son los tomadores de decisiones del ayer y hoy en nuestra sociedad concibieron a la educación superior como un bien de consumo. Por tanto, aceptaron que estudiantes que teniendo las condiciones para ingresar no podrían acceder a ella por no contar con los recursos para financiarlo. Para esto generaron mecanismos de financiamientos para que pudiesen endeudarse en beneficio de la banca privada, además de mecanismos de becas. Este sistema educacional hoy se encuentra cuestionado por una fracción importante de la sociedad chilena. En el presente estudio recorrimos el debate que se ha generado sobre el modelo educativo que podría reemplazar al actual, citando las posturas de Atria y Sanhueza, quienes proponen un mecanismo de impuesto cedular para financiar la educación superior gratuita, y las opiniones de Beyer y Cox, quienes consideran que la gratuidad en la educación superior es regresiva debido al costo de oportunidad de los recursos, prefiriendo un sistema con gratuidad sólo para los vulnerables.

Es importante preguntarse si como sociedad estamos dispuestos a que la educación se entienda como un bien de consumo, dejándolo al alero del mercado, y alejándose sustancialmente del entendimiento de la educación como un derecho social. Así mismo, si nos parece bien que con dinero público se financie universidades privadas como ocurre hoy en día, y que la banca privada obtenga ganancias del endeudamiento de estudiantes.

Basándose en la investigación, nos parece necesario transitar desde una concepción de educación como mercancía, a una de derechos sociales. En efecto, no es casualidad que los países desarrollados lo conciban así. Más bien, somos excepción a las reglas, incluso en nuestra región. Pero más allá de la razón anterior, debemos concebir a la educación como un derecho social porque sólo así aseguramos institucionalmente que todo quien desee estudiar, efectivamente lo pueda hacer –a cada quien según su necesidad. Obviamente, aún persisten otros elementos que restringirán lo anterior: calidad de la educación, pobreza, segregación territorial, pero entender a la educación como un derecho social es el primer y gran paso.

Con respecto al sistema de financiamiento que permita lo anterior, se necesita de algún mecanismo universalista. Las políticas de focalización no tendrían cabida bajo este nuevo esquema, puesto que justifica el funcionamiento del mercado, donde el Estado intervendría subsidiando a quien no puede pagar el servicio producto de sus condiciones materiales de vida. Por el contrario, pareciese más razonable utilizar algún mecanismo como el impuesto cedular, que permite que todo quien desee estudiar lo pueda hacer, y posteriormente, todo quien pueda pagar lo haga –de cada quien según su capacidad. La discusión sobre gratuidad en la educación superior está en auge, y la presente investigación brinda insumos teóricos que podrían ser útil para dilucidar si la política va en la dirección correcta en lo que respecta a construir una sociedad que permita desarrollar libremente las capacidades de cada uno.

REFERENCIAS

- Atria F. y Sanhueza C. (2013). "Propuesta de Gratuidad para la Educación Superior Chilena" Clave de Políticas Públicas, Número 17. Instituto de Políticas Públicas, Universidad Diego Portales.
- Atria F., Larraín G., Benavente J., Couso J., y Joignant. A. (2013). "El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público". Editorial Debate.
- Atria F. (2014a). Exposición ante la Comisión de Educación de la Cámara de Diputados, emitido el Martes 1 de julio de 2014.
- Atria F. (2014b). "Sobre la Reforma Educacional en Actual Discusión".
- Beyer H. y Cox L. (2011). "Gratuidad de la Educación Superior. Una política regresiva". Puntos de Referencia, Número 337. Centro de Estudios Públicos.
- Brunner J. (1990) "Educación Superior en América Latina: Cambios y Desafíos". Editorial Fondo de Cultura Económica. Chile.
- Brunner J. (2011) "Visión histórica de la evolución del sistema de educación superior chileno: hitos desde 1967 a la fecha" en Jiménez de la Jara y Durán (2011) "Un Recorrido por la Historia Reciente de la Educación Superior Chilena. Foro Educación Superior, Corporación Santo Tomás para Aequalis.
- Brunner J. y Villalobos C. (2014). "Políticas de Educación Superior en Iberoamérica, 2009-2013" III Encuentro de Rectores Universia, Río de Janeiro, 2014. Universia-UDP-UNESCO.
- César J. (2005). "Internacionalización de la Educación Superior en Argetina". En Educación Superior en América Latina. La dimensión internacional". Capítulo 3. Banco Mundial. Ediciones Mayol.
- Contraloría General de la República (2012). "Financiamiento Fiscal a la Educación Superior 2012". División de Análisis Contable. Área Empresas Públicas y Universidades.
- El Mercurio (2014, Julio 18). "Sólo dos estatales están entre los 10 planteles que más recursos fiscales recibieron en 2013". Recuperado de emol.cl: <http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2014-07-18&dtB=18-07-2014%200:00:00&PaginaId=7&bodyid=3>
- El Mercurio (2014, Agosto 28). "Kast y la educación: todavía un bien de consumo". Recuperado en emol.cl: <http://www.elmostrador.cl/opinion/2014/08/28/kast-y-la-educacion-todavia-un-bien-de-consumo/>
- El Mercurio (2014, Septiembre 6). "Gratuidad universal: Una medida regresiva". Recuperado en emol.cl: <http://www.elmercurio.com/blogs/2014/09/06/24985/Gratuidad-universal-Una-medida-regresiva.aspx>
- El Mercurio (2014, Septiembre 13). "Gratuidad y calidad en la educación superior". Recuperado en emol.cl: <http://www.elmercurio.com/blogs/2014/09/13/25174/Gratuidad-y-calidad-en-la-educacion-superior.aspx>
- García C. (2001) "Lo público y lo privado en la educación superior: algunos elementos para el análisis del caso latinoamericano". Revista de Educación Superior, vol. XXX, no. 119, México
- Lebowitz (2012). "La alternativa socialista: El verdadero desarrollo humano". Plataforma Nexos.
- OCDE (1998). "Measuring what people know: Human Capital for the knowledge economy". OECD Publications. France.

EDUCACIÓN Y MERCADO: DIVERSAS CONSIDERACIONES DESDE LA PERSPECTIVA REPUBLICANA

Javier Guevara¹

La educación es sin lugar a dudas un concepto de gran relevancia, objeto de un sin número de debates; discusiones y análisis, y ubicado en el centro de la opinión pública chilena de los últimos años². Diversas perspectivas son tomadas en cuenta a la hora de desarrollar argumentos para fundamentar una determinada posición: consideraciones desde la filosofía y la teoría política se mezclan con otras provenientes de la teoría económica. Es así que mientras algunos consideran a la educación como un derecho social, otros argumentan que la educación es un bien de consumo³, e incluso algunos argumentan que es un bien de capital⁴. Es por esto que el presente ensayo tiene como objetivo, en un primer lugar, responder a la interrogante de si la educación puede ser considerada como un bien de consumo, para luego desarrollar la idea de si tener que pagar por una educación de calidad nos hace más o menos libres, desde una perspectiva republicana.

Con perspectiva republicana hablamos de un análisis a partir de los elementos y conceptos claves para el republicanismo: libertad como no dominación (tema que se trata con detalle más adelante), igualdad, autogobierno, imperio de la ley, separación de los poderes públicos, participación ciudadana y protección a grupos minoritarios. El republicanismo le entrega especial importancia a la virtud cívica de los ciudadanos, que corresponde a la capacidad que permite por

voluntad propia servir al bien común, lo que promueve la deliberación puesta al servicio de la justicia social (Gargarella et al., 2004), además de la universalización de los derechos⁵.

La educación es, desde una perspectiva republicana, una propiedad común, un bien público del que nadie, en principio, puede ser excluido. Es así que el republicanismo argumenta a favor de un papel central del Estado en el diseño de un sistema educacional público, universal, obligatorio (por lo menos hasta el nivel secundario) y gratuito, que se entiende como fundamental para la formación común del ciudadano y para la construcción de una sociedad de iguales (Ruíz, 2012).

Por otra parte, desde la perspectiva del modelo de mercado, la educación es considerada un bien de consumo o de inversión, con altas tasas de retorno para los individuos y por esta razón debe ser pagada por sus usuarios. De acuerdo a esta visión, un sistema privado de educación se justifica también en términos de la libertad de los agentes económicos para ofrecer bienes educacionales y la libertad de escoger entre potenciales consumidores (Ruiz, 2012). Es la opinión de los autores el que la educación no es un bien de consumo, sino que representa un derecho social. Este derecho a la educación no se reduce al acceso a la escolarización formal, ni consiste en una garantía que el Estado deba asegurar únicamente a niños, niñas y adolescentes; puesto que se trata de un derecho humano que, por definición, todas las personas, independientemente de su edad, pueden exigir⁶. La educación es entonces, además de una garantía individual, un derecho social cuya máxima expresión es la persona en el ejercicio de su ciudadanía. No se reduce a un periodo de la vida sino al curso completo de la existencia de los hombres y las mujeres (Muñoz, 2011).

Ahora, resulta pertinente hablar acerca de la libertad. Un rasgo central y fundamental de la postura republicana tiene que ver, precisamente,

1 javier.guevara.molina@gmail.com

2 Desde el 2006, con la llamada "Revolución de los pingüinos", y posteriormente en el 2011 con las movilizaciones encabezadas por los estudiantes universitarios y secundarios, las discusiones respecto a consideraciones sobre el financiamiento y la calidad de la educación han estado en el centro del debate, buscando cambios profundos al actual sistema educativo.

3 Revisado en http://www.cooperativa.cl/presidente-pinera-la-educacion-es-un-bien-de-consumo/prontus_notas/2011-07-19/134829.html

4 Revisado en <http://www.elmostrador.cl/opinion/2013/06/18/la-educacion-es-un-bien-de-capital/>

5 Para una mayor profundidad de cada uno de estos conceptos se recomienda ver Gargarella et al. (2004)

6 Artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

con su forma de concebir y definir la libertad. El ideario republicano de libertad se distingue del de la libertad liberal. Para el republicanismo democrático moderno, la libertad hay que entenderla como ausencia de dominación y/o interferencia arbitraria en el accionar del sujeto. Para el liberalismo, como es sabido, se trata de la libertad en un sentido negativo: libres somos en cuanto actuamos en ausencia de interferencias externas. Pero una interferencia podría ser validable si aquella es justa y no arbitraria. Entonces, la libertad no puede definirse por la ausencia de interferencia externa hacia mis actos o decisiones, sino más bien, por la ausencia de dominación⁷, esto es, por la existencia o no de una capacidad arbitraria de otros para interferir en mi vida y en mis decisiones, sea que se produzca realmente o no esa interferencia (Salvat, 2011). El republicanismo reivindica entonces un ideal de libertad como autogobierno y autonomía expresados en una comunidad autorganizada en función de ciertas finalidades (Salvat, 2011).

Entonces, ¿cómo es que la educación nos hace más o menos libres? El hecho de tener que pagar por una educación representa una situación en la cual los individuos no son libres, puesto que su capacidad y “libertad” para elegir qué tipo de educación desean recibir pasa por la condición material y económica que enfrentan, es decir, no depende principalmente de la voluntad de las personas, sino de circunstancias ajenas a ellas, como puede ser considerado el mercado, o el poder económico que ostentan. En efecto, en el pensamiento republicano son claves las condiciones materiales para ejercer la libertad y protegerla de la dominación. Vulnerabilidad y dependencia hacen que una persona no sea libre, aun cuando pueda elegir o no sufrir interferencias. James Harrington, importante teórico político del republicanismo clásico, plantea que “el hombre que no puede vivir por sí mismo debe ser un sirviente; pero aquel que puede vivir por sí mismo puede ser un hombre libre” (Pettit, 2004). Es, en este sentido, que esta “libertad”

para elegir qué tipo de educación se desea recibir, termina provocando que personas vulnerables y de escasos recursos finalmente asistan a colegios públicos o particulares subvencionados, de mala calidad; mientras que las personas de mayores recursos asisten a colegios particulares pagados, y que en promedio, tienen una mejor calidad, lo que perpetúa la segregación y la desigualdad socioeconómica existente en nuestro país⁸. En la educación superior ocurre una situación similar, que básicamente constituye una consecuencia de las deficiencias y desigualdades que se arrastran de los niveles inferiores. Así, resulta sorprendente observar que las ideas centrales que ayudaron a forjar el nacimiento de nuestra república distan mucho de lo que ocurre en la actualidad. Juan Egaña, por ejemplo, define a la educación como función pública, a cargo del gobierno, y afirma que la educación no puede ser asumida por ningún otro tipo de institución que no sea estatal (Castillo & Ruíz, 2001).

Por lo explicado anteriormente se argumenta que el pagar por una educación nos hace menos libres como individuos, y que las ideas sobre educación han transitado desde un foco con sentido republicano y democrático, hacia un foco que justifica la necesidad de educarse solo para remediar las fallas de mercado, porque “son las preferencias y los cálculos de utilidad de los individuos y sus familias (...) los agentes y sujetos básicos de la educación” (Ruíz, 2010). Ejemplo de esto son las actuales políticas públicas en educación (diferentes créditos y becas para quienes no puedan pagar), que se mantienen bajo la lógica de entender la educación como un bien privado, y que el mercado educativo sigue el mismo funcionamiento que cualquier otro mercado⁹. Una política pública con sentido republicano, y que entienda a la educación como un derecho social

8 Se hace esta reflexión considerando el sistema de Voucher, el cual aseguraba permitir la elección de los padres de la escuela que ellos quieran para sus hijos, y que esta elección (que se supone basada en la calidad de la escuela) haría que los malos colegios salieran del sistema. En la práctica vemos que esta situación no ha ocurrido. Para un entendimiento más profundo del sistema de Voucher se recomienda ver Gallego & Sapelli (2007).

9 Para más detalle ver Meller (2011)

7 En el nuevo republicanismo, se trataría de ir más allá de la dicotomía entre libertad negativa y positiva (establecida por I. Berlin (1958))

podría ser un impuesto a la renta progresivo por decil de ingreso (Sanhueza, 2013), o establecer un impuesto a la minería (por ejemplo, un aumento del royalty) que inyecte nuevos recursos al presupuesto fiscal y, de esta forma, se pueda financiar una gratuidad en el sistema educativo¹⁰. Esto, entendiendo que el republicanismo “requiere la presencia de ciudadanos dotados de ciertas disposiciones morales que los llevan a identificarse con la suerte de los demás y, en definitiva, con los destinos de la comunidad (Gargarella et al., 2004). Es decir, entender la educación como un derecho social implica que cada individuo sea responsable de la educación de todos.

CONCLUSIÓN

En el presente ensayo hemos podido examinar que la educación no representa un bien de consumo, sino que un derecho social, cuya máxima expresión es la persona en el ejercicio de su ciudadanía. Por otro lado, el hecho de pagar por la educación nos hace menos libres, ya que condiciona nuestra capacidad de elección (y así, ser “libres” para elegir) a nuestra condición material y económica, aspectos que en el republicanismo son claves para ejercerla y protegerse de la dominación, y en donde la vulnerabilidad y la dependencia hacen que una persona no sea libre. En este sentido, el pagar por una buena educación termina generando profundas desigualdades socioeconómicas en la sociedad, provocando que las personas no sean libres. Las políticas públicas relacionadas con la educación deben avanzar a entender la educación como un derecho social, en donde cada individuo es responsable de la educación de todos.

REFERENCIAS

- Castillo, V., & Ruiz, C. (2001). El Pensamiento Republicano en Chile. El Caso de Juan Egaña. *Revista Ciencia Política*, 25-40.
- Gallego, F., & Sapelli, C. (2007). El financiamiento de la educación en Chile: una evaluación. *Revista Pensamiento Educativo, Volumen 40, N°1*, 263-284.
- Gargarella, R., Martí, J., & Ovejero, F. (2004). *Nuevas Ideas Republicanas*. Barcelona: Paidós.
- Meller, P. (2011). Universitarios: ¡El problema no es el lucro, es el mercado! Santiago de Chile: Uqbar.
- Muñoz, V. (2011). El derecho a la educación: una mirada comparativa. Santiago de Chile: UNESCO.
- Pettit, P. (2004). *Penser en Societe*. Paris: P.U.F.
- Ruiz, C. (2010). De la República al mercado. Ideas educacionales y política en Chile. Santiago de Chile: LOM.
- Ruiz, C. (2012). La República, El Estado y El Mercado en Educación. *Revista de Filosofía, Volumen 68*, 11-28.
- Salvat, P. (2011). Del republicanismo democrático, el comunitarismo y la educación nacional (Educación para una ciudadanía democrática: una asignatura pendiente). Santiago de Chile: CEPPE.
- Sanhueza, C. (2013). La falacia que la gratuidad universal financia a los más ricos. Columna de opinión.

¹⁰ En la actualidad, se discute una reforma tributaria que permita obtener los recursos necesarios para financiar la reforma educacional propuesta por el gobierno de Michelle Bachelet.

EL DESARROLLO DE LA CIUDADANÍA HASTA FINALES DEL SIGLO XIX

Thomas Humphrey Marshall

NOTA INTRODUCTORIA

A continuación se presenta un extracto del clásico ensayo de Thomas H. Marshall llamado “Ciudadanía y Clase Social” de 1949 el que, 65 años después de su publicación, aún se muestra particularmente pertinente para aclarar y repensar elementos en constante pugna como lo son los derechos sociales, la democracia, y el rol del Estado y del mercado en nuestra sociedad.

Marshall (1893 – 1981) fue un sociólogo inglés, catedrático y director del Departamento de Ciencias Sociales en la London School of Economics and Political Science, que dedicó gran parte de su trabajo a desarrollar el concepto de ciudadanía. Se le considera el autor que asentó y desarrolló la concepción moderna de Derecho Social y Ciudadanía.

En su ensayo, Marshall analiza el desarrollo de la ciudadanía desde los puntos de vista de los derechos civiles, políticos y sociales; realizando un análisis histórico para identificar las distintas formas de derechos que se han desarrollado en los últimos siglos. En particular, identifica en el siglo XVIII el desarrollo moderno de los Derechos Civiles, en el siglo XIX los Derechos Políticos, mientras que en el siglo XX los Derechos Sociales. Su principal contribución radica en la introducción del concepto moderno de Derechos sociales, caracterizados por ser derechos a los cuales se accede por ser ciudadano, sin importar la clase social a la que se pertenezca.

* * *

Pareceré un sociólogo típico si empiezo diciendo que propongo dividir la ciudadanía en tres partes. Pero el análisis, en este caso, está guiado por la historia más que por la lógica. Llamaré a estas tres partes, o elementos, civil, política y social. El

elemento civil consiste en los derechos necesarios para la libertad individual —libertad de la persona, libertad de expresión, de pensamiento y de religión, el derecho a la propiedad, a cerrar contratos válidos, y el derecho a la justicia—. Este último es de una clase distinta a la de los otros porque es el derecho a defender y hacer valer todos los derechos de uno en términos de igualdad con otros y mediante los procedimientos legales. Esto nos demuestra que las instituciones asociadas más directamente con los derechos civiles son los tribunales. Con el elemento político me refiero al derecho a participar en el ejercicio del poder político como miembro de un cuerpo investido de autoridad política, o como elector de los miembros de tal cuerpo. Las instituciones correspondientes son el parlamento y los concejos del gobierno local. Con el elemento social me refiero a todo el espectro desde el derecho a un mínimo de bienestar económico y seguridad al derecho a participar del patrimonio social y a vivir la vida de un ser civilizado conforme a los estándares corrientes en la sociedad. Las instituciones más estrechamente conectadas con estos derechos son el sistema educativo y los servicios sociales¹.

Antaño estos tres hilos formaban una sola hebra. Los derechos se entremezclaban porque las instituciones estaban amalgamadas. Como dijo Maitland: «Cuanto más atrás nos remontamos en nuestra historia, tanto más imposible nos es trazar unas líneas estrictas de demarcación entre las distintas funciones del Estado: la misma institución es una asamblea legislativa, un consejo de gobierno y un tribunal. Donde quiera que pasemos de lo antiguo a lo moderno, vemos lo que la filosofía que prevalece llama diferenciación»². Maitland nos habla aquí de la fusión de las instituciones y derechos políticos y civiles. Pero también los derechos sociales de una persona formaban parte de la misma amalgama, y se derivaban del *status* que también determinaba

1 En esta terminología, lo que los economistas llaman a veces «rentas de los derechos civiles» deberían denominarse «rentas de los derechos sociales». Cf. H. DALTON, *Some Aspects of the Inequality of Incomes in Modern Communities*, Part 3, Chapters 3 and 4.

2 F. MAITLAND, *Constitutional History of England*, p. 105.

el tipo de justicia que podía conseguir y dónde la podía conseguir, y la manera en la que podía participar en la administración de los asuntos de la comunidad de la cual era miembro. Pero este *status* no era un *status* de ciudadanía en nuestro sentido moderno. En la sociedad feudal el *status* era el sello de clase y la medida de desigualdad. No existía ningún grupo uniforme de derechos y obligaciones con los que todos los hombres —nobles y plebeyos, libres o esclavos— estuviesen dotados en virtud de su pertenencia a la sociedad. En este sentido, no existía ningún principio de igualdad de los ciudadanos con el que contraponer el principio de desigualdad de clases. Es cierto que en las ciudades medievales se pueden encontrar ejemplos de ciudadanía auténtica e igual. Pero sus derechos y obligaciones específicos eran estrictamente locales, mientras que la ciudadanía cuya historia pretendo trazar es por definición nacional.

La evolución de la ciudadanía supuso un doble proceso de fusión y separación. La fusión fue geográfica, la separación funcional. El primer paso importante data del siglo XII, cuando se estableció la justicia real con fuerza efectiva para definir y defender los derechos civiles del individuo —tal como se entendían entonces— con base no en las costumbres locales, sino en el *common law* del país. Los tribunales eran instituciones nacionales pero especializadas. Siguió el Parlamento, concentrando en sí los poderes políticos del gobierno nacional y despojándose de todo excepto de un pequeño resto de funciones judiciales que pertenecían anteriormente a la Curia Regis, esa «especie de protoplasma constitucional a partir del cual con el tiempo evolucionarían los distintos consejos de la corona, el Parlamento y los tribunales»³. Finalmente, el cambio económico también disolvió paulatinamente los derechos sociales, que estaban arraigados en la pertenencia a la comunidad de la aldea, la ciudad y el gremio, hasta que no quedó nada más que la *Poor Law*, una vez más una institución especializada que adquiere una dimensión nacional, aunque siguiese estando bajo administración local.

De lo anterior se siguieron dos consecuencias importantes. En primer lugar, cuando las instituciones de las cuales dependían los tres elementos de la ciudadanía se separaron, cada uno pudo seguir su propio camino, a su propio ritmo, y en la dirección de sus propios principios característicos. Durante mucho tiempo han estado desperdigados, y solamente en el presente siglo, en realidad debería decir solamente en los últimos meses, los tres corredores se han puesto a una misma altura.

En segundo lugar, las instituciones nacionales y especializadas no podían imbricarse tan íntimamente en la vida de los grupos sociales a los que servían como aquellas que eran locales y tenían un carácter general. La lejanía del parlamento se debía al menos al tamaño del distrito electoral; la distancia de los tribunales obedecía al tecnicismo de sus leyes y de sus procedimientos, que obligaban al ciudadano a emplear expertos legales que le aconsejasen acerca de la naturaleza de sus derechos y le ayudasen a obtenerlos. Se ha señalado en numerosas ocasiones que en la Edad Media la participación en los asuntos públicos era más una obligación que un derecho. Los hombres debían someterse al tribunal correspondiente a su clase y vecindario. El tribunal les pertenecía a ellos y ellos a él, y tenían libre acceso a él porque él los necesitaba a ellos, y porque ellos estaban al tanto de sus asuntos. Pero el resultado de este proceso parejo de fusión y de separación fue que la maquinaria que daba acceso a las instituciones de las cuales dependían los derechos de la ciudadanía tuvo que recomponerse de nuevo. En el caso de los derechos políticos, la historia es la ya conocida del sufragio y de las cualificaciones para ser miembro del parlamento. En el caso de los derechos civiles, la cuestión tiene que ver con la jurisdicción de los diferentes tribunales, con los privilegios de la profesión legal y, sobre todo, con la capacidad de afrontar los costes de los litigios. En el caso de los derechos sociales, el centro del escenario está ocupado por la *Law of Settlement and Removal*, y las distintas formas de comprobación de los recursos. Todo este aparato se combinaba para decidir no solamente qué derechos se reconocían en principio, sino también hasta qué punto

3 A. F. POLLARD, *Evolution of Parliament*, p. 25.

los derechos reconocidos en principio podían disfrutarse en la práctica.

Tras separarse, los tres elementos de la ciudadanía en seguida perdieron el contacto, por decirlo coloquialmente. El divorcio entre ellos se consumó hasta tal punto que, sin forzar demasiado la precisión histórica, es posible asignar el período formativo en la vida de cada uno de ellos a un siglo diferente —los derechos civiles al siglo XVIII, los políticos al siglo XIX, y los sociales al siglo XX—. Estas épocas habrá que tratarlas, naturalmente, con una flexibilidad razonable, y existe cierto solapamiento evidente, especialmente entre los dos últimos.

Para hacer que el siglo XVIII cubra el período formativo de los derechos civiles habrá que estirarlo hacia atrás de forma que incluya el *habeas corpus*, la *Tolerance Law* y la abolición de la censura de la prensa; y habrá que estirarlo hacia adelante para incluir la Emancipación Católica, la abolición de las *Combination Acts* y el éxito en la lucha por la libertad de prensa, asociada a los nombres de Cobbett y Richard Carlile. En ese caso, se podría describir de forma más precisa, aunque menos breve, como el período comprendido entre la Revolución y la primera *Reform Act*. Para el final de ese período, cuando los derechos políticos intentaron dar su primer paso infantil en 1832, los derechos civiles habían alcanzado ya la condición adulta y, en sus rasgos básicos, presentaban ya la apariencia que les caracteriza hoy⁴. Trevelyan escribe que «lo característico de la época temprana de los Hanover fue el establecimiento del imperio de la ley, y que la ley, con todos sus graves defectos, era cuando menos una ley de libertad. Todas las reformas subsiguientes se edificaron sobre esa sólida base»⁵. Este logro del siglo XVIII, truncado por la Revolución Francesa y completado tras ella, fue en gran medida resultado de la actividad de los tribunales, tanto en la práctica diaria como en una serie de casos famosos, en alguno de los

cuales se emplearon contra el parlamento en defensa de la libertad individual. Supongo que el actor más celebrado en este drama fue John Wilkes, y, aunque podamos deplorar que careciese de las cualidades nobles y santas que nos gustaría que adornasen a nuestros héroes nacionales, no podemos quejarnos si a veces el apóstol de la causa de la libertad es un libertino.

En la esfera económica el derecho civil básico es el derecho al trabajo, es decir, el derecho a trabajar en el oficio que se ha elegido en el sitio que se ha elegido, con el único requisito legítimo de la formación técnica preliminar. Este derecho se había conculcado tanto por ciertos estatutos como por la costumbre; de un lado, por el *Statute of Artificers* isabelino, que limitaba el acceso a ciertos oficios a determinadas clases, y, de otro, por las reglamentaciones locales que reservaban el empleo en una ciudad para sus habitantes y por el uso de la formación de aprendiz más como un instrumento de exclusión que de reclutamiento. El reconocimiento del derecho supuso la aceptación formal de un cambio fundamental de actitud. La vieja suposición de que los monopolios locales y de grupo eran de interés público, dado que «el comercio y la economía no pueden mantenerse o incrementarse sin ley ni gobierno»⁶, fue reemplazada por el nuevo presupuesto de que esas restricciones eran una ofensa para la libertad del individuo y una amenaza para la prosperidad de la nación. Como en el caso de los otros derechos civiles, los tribunales de justicia jugaron un papel decisivo en la promoción y registro del avance del nuevo principio. El *common law* era suficientemente flexible como para que los jueces lo aplicasen de una manera que, casi imperceptiblemente, tuvo en cuenta los cambios graduales de circunstancias y opinión, sancionando la herejía del pasado y la ortodoxia del presente. El *common law* es en buena medida una cuestión de sentido común, como reconoce la sentencia emitida por el Justicia Mayor Holt en el caso del Alcalde de Winton contra Wilks (1705): «Todas las personas son libres de vivir en

4 La excepción más importante es el derecho a la huelga, pero las condiciones que hicieron que este derecho fuese vital para el trabajador y aceptable a los ojos de la opinión pública todavía no se daban por completo.

5 G. M. TREVELYAN, *English Social History*, p. 351.

6 of London Case, 1610. Véase E. F. HECKSCHER, *Mercantilism*, vol. 1, pp. 269-325, donde se narra la historia con bastante detalle.

Winchester, y ¿cómo se les va a impedir que hagan uso de los medios de vida ajustados a derecho allí? Tal costumbre inflige un daño al interesado y supone un grave perjuicio para el ciudadano»⁷. La costumbre fue uno de los dos grandes obstáculos al cambio. Pero cuando la costumbre antigua en sentido técnico dejó de corresponderse con la costumbre contemporánea equivalente a la forma de vida aceptada comúnmente, sus defensas empezaron a tambalearse bastante rápidamente, ya con anterioridad a los ataques de un *common law* que en fecha tan temprana como 1614 abominaba de «todos los monopolios que prohibían a alguien trabajar en cualquier ocupación o negocio legal»⁸. El segundo gran obstáculo fue la ley escrita, y los jueces también asestaron algunos golpes certeros a este poderoso oponente. En 1756, Lord Mansfield describía el *Statute of Artificers* isabelino como una ley penal, que contravenía el derecho natural y el *common law* del Reino. Y añadía que «la experiencia nos dice que la política en la que se basaba el acta se ha hecho dudosa»⁹.

A principios del siglo XX, este principio de libertad económica individual se aceptaba como un axioma. Seguro que ustedes están familiarizados con el pasaje citado por los Webb a partir de un informe del *Select Committee* de 1811, que establece que

«no puede producirse ninguna interferencia de las leyes con la libertad de comercio, o con la libertad de todos los ciudadanos de disponer de su tiempo y su trabajo de la forma y en los términos que consideren conducentes a su propio interés, sin que se violen los principios generales de mayor importancia para la prosperidad y la dicha de la comunidad».¹⁰

La abolición de las leyes isabelinas no tardó en producirse, como reconocimiento tardío de una revolución que ya había tenido lugar.

La historia de los derechos civiles en su período

de formación es la de una inclusión gradual de nuevos derechos a un *status* que ya existía y que se consideraba que afectaba a todos los miembros adultos de la comunidad —o quizás habría que decir a todos los miembros varones, ya que el *status* de las mujeres, al menos de las casadas, era peculiar en muchos aspectos—. Este carácter democrático o universal del *status* emergió naturalmente del hecho de que era fundamentalmente el *status* de la libertad, y en la Inglaterra del siglo XVIII todos los hombres eran libres. El *status* de siervo, o de villano por nacimiento, había persistido como patente anacronismo en los días de la reina Isabel, pero se desvaneció poco después. El profesor Tawney ha descrito este cambio que lleva del trabajo servil al trabajo libre como «un gran hito en la evolución tanto económica como política de la sociedad», y como el «triumfo final del *common law*» en regiones que habían estado privadas de él durante cuatro siglos. Consecuentemente, el campesino inglés «es miembro de una sociedad en la que, al menos nominalmente, hay una sola ley que es la misma para todos los hombres»¹¹. La libertad que sus antepasados habían ganado buscando refugio en las ciudades libres se había convertido en su libertad por derecho. En las ciudades, los términos «libertad» y «ciudadanía» eran intercambiables. Cuando la libertad fue universal, la ciudadanía dejó de ser una institución local para convertirse en nacional.

Tanto por su carácter como por su cronología, la historia de los derechos políticos es diferente. Como ya apunté, el período de formación empezó en los albores del siglo XIX, cuando los derechos civiles asociados al *status* de libertad habían adquirido la sustancia que nos permite hablar de un *status* general de ciudadanía. Y cuando empezó consistió no en crear nuevos derechos que enriqueciesen un *status* del que ya disfrutaban todos, sino en garantizar derechos anejos a segmentos nuevos de la población. En el siglo XVIII los derechos políticos eran defectuosos no en su contenido, sino en su distribución —es decir, defectuosos a la luz de los patrones de

7 King's Eench Reports (Holt), p. 1002.

8 HECKSCHER, op. cit., vol. 1, p. 283.

9 Ibid. p. 316.

Sidney and Beatrice Webb: History of Trade Unionism, 1920, p. 60.

11 R. H. TAWNEY, Agrarian Problem in the Sixteenth Century, 1916, pp. 43-44.

la ciudadanía democrática—. El Acta de 1832 hizo poco, en sentido puramente cuantitativo, por poner remedio a ese mal. Tras aprobarse, el número de votantes seguía sin superar la quinta parte de la población masculina adulta. El derecho al voto seguía siendo un monopolio de grupo, pero había emprendido los primeros pasos para convertirse en un derecho del tipo de los que eran aceptables para las ideas del capitalismo del siglo XIX: un monopolio que podría calificarse con bastante plausibilidad de abierto, y no cerrado. Un monopolio cerrado de grupo es aquel al que ningún hombre puede acceder por sus propios medios; la admisión depende de la voluntad de los miembros del grupo. La descripción se ajusta bastante a la realidad de las elecciones locales anterior a 1832; y no es demasiado desafortunada cuando se refiere al sufragio basado en la propiedad de la tierra. Los feudos francos no siempre se pueden adquirir, aunque se disponga de dinero necesario para ello, especialmente en una época en la que las familias consideran que sus tierras son el fundamento tanto social como económico de su existencia. Por lo tanto, el Acta de 1832, al abolir el voto de los propietarios y extender el sufragio a los inquilinos y arrendatarios de tierras con suficiente nivel de renta, abrió el monopolio reconociendo los derechos políticos de quienes podían presentar pruebas suficientes de su éxito en la lucha económica.

Es patente que, si sostenemos que en el siglo XIX la ciudadanía en forma de derechos civiles era universal, el sufragio político no era uno de los derechos de ciudadanía. Era el privilegio de una clase económica escogida, cuyos límites se ampliaban con cada nueva *Reform Act*. Con todo, se puede afirmar que en ese mismo período la ciudadanía no carecía del todo de implicaciones políticas. No confería un derecho, pero sí reconocía una capacidad. Ningún ciudadano en pleno dominio de sus facultades y respetuoso de la ley era excluido de la adquisición y registro de su voto en razón de su *status* personal. Era libre de ganar su dinero, de ahorrarlo, de comprar propiedades o alquilar una casa, y de disfrutar de cualesquiera derechos políticos que acompañasen a esos logros económicos. Sus derechos civiles le

daban el derecho a hacerlo, y la reforma electoral le capacitaba para hacerlo cada vez en mayor medida.

Como veremos, no es extraño que la sociedad capitalista del siglo XIX tratase los derechos políticos como un subproducto de los derechos civiles. Tampoco lo es que en el siglo XX se abandonase esta postura y que los derechos políticos se imbricaran directa e independientemente en la ciudadanía. Este cambio vital de principios entró en acción cuando el Acta de 1918, al reconocer el sufragio a todos los hombres, desplazó el fundamento de los derechos políticos de las bases económicas al *status* personal. He dicho «todos los hombres» deliberadamente para subrayar la gran importancia de esta reforma en comparación con la segunda reforma, no menos importante, introducida al mismo tiempo: el acceso al sufragio de las mujeres. Aunque el Acta de 1918 no acabó de establecer del todo la igualdad política en términos de los derechos de ciudadanía. Los residuos de una desigualdad basada en las diferencias de renta económica no se extinguieron hasta que, sólo hace un año, se abolió finalmente el voto plural (que se había acabado limitando a voto dual).

Cuando asigné cada uno de los períodos de formación de los tres elementos de la ciudadanía a un siglo diferente —los derechos civiles al XVIII, los políticos al XIX y los sociales al XX— ya dije que estos dos últimos se solapaban bastante. Propongo limitar lo que tengo que decir ahora sobre los derechos sociales a este solapamiento, de forma que pueda completar mi revisión histórica con el final del siglo XIX, y extraer las consiguientes conclusiones, antes de dirigir mi atención a la segunda parte de mi tema, el estudio de nuestras experiencias actuales y de sus antecedentes inmediatos. En este segundo acto del drama, los derechos sociales pasarán a ocupar el centro del escenario.

La fuente originaria de los derechos sociales fue la pertenencia a las comunidades locales y las asociaciones funcionales. Esta fuente fue complementada, y sustituida progresivamente,

por la *Poor Law* y un sistema de regulación salarial, ambos diseñados nacionalmente pero administrados localmente. El último —el sistema de regulación salarial— se quedó obsoleto rápidamente en el siglo XVIII, no sólo porque el cambio industrial lo hizo administrativamente imposible, sino también porque era incompatible con la nueva concepción de los derechos civiles en la esfera económica, con el derecho a trabajar donde y en lo que uno considerase oportuno bajo un contrato hecho por uno mismo. La regulación salarial infringía este principio individualista de la libertad en el contrato laboral.

La *Poor Law*, por contra, estaba en una posición de alguna manera ambigua. La legislación isabelina la había convertido en algo más que un medio para aliviar la indigencia y acabar con los vagabundos, y los fines que inspiraron su construcción apuntaban a una interpretación del bienestar social con reminiscencias de derechos sociales más primitivos, pero también más genuinos, que ella misma había socavado. Al fin y al cabo, la *Poor Law* isabelina era un elemento más en un amplio programa de planificación económica cuyo objetivo general no era crear un nuevo orden social, sino preservar el existente en ese momento con un mínimo de cambios esenciales. A medida que el viejo orden se disolvía por el influjo de una economía cada vez más competitiva, y que el plan se desintegraba, la *Poor Law* se quedó sola como un superviviente aislado del que emanó gradualmente la idea de los derechos sociales. Pero precisamente a finales del XVIII tuvo lugar la última pugna entre lo viejo y lo nuevo, entre la sociedad planificada y la economía competitiva. Y en esta batalla la ciudadanía se dividió contra sí misma; los derechos sociales engrosaron el bando del viejo orden, y los civiles, el del nuevo.

En su obra *Origins of our Time*, Karl Polanyi concede al sistema de beneficencia de Speenhamland una importancia que no dejará de resultar extraña a algunos lectores. Para este autor, tal sistema parece marcar y simbolizar el final de una época. Con él, el viejo orden reunió todas sus fuerzas y lanzó un ataque furibundo contra el país enemigo. Así me gustaría describir, al

menos a mí, su importancia para la historia de la ciudadanía. El sistema de Speenhamland ofreció, efectivamente, un salario mínimo garantizado y ayudas familiares, combinado con el derecho al trabajo o a la manutención. Esto, incluso según los estándares modernos, es un cuerpo sustancial de derechos sociales, que va mucho más allá de lo que se puede considerar el ámbito apropiado de la *Poor Law*. Y los acuñadores del esquema se dieron perfecta cuenta de que invocaban la *Poor Law* para hacer lo que el sistema de regulación salarial hacía tiempo que no era capaz de lograr. Porque la *Poor Law* era el último vestigio de un sistema en el que se intentaba acomodar el salario real a las necesidades sociales y al *status* de ciudadano, y no solamente al valor de mercado de su trabajo. Pero este intento de inyectar un elemento de seguridad social en la estructura misma del sistema salarial con la instrumentación de la *Poor Law* estaba condenado al fracaso, no sólo debido a sus desastrosas consecuencias prácticas, sino por lo repugnante que resultaba al espíritu que prevalecía en la época.

En este breve episodio de nuestra historia vemos en la *Poor Law* al adalid agresivo de los derechos sociales de ciudadanía. En la fase subsiguiente nos encontramos con que el atacante debe retroceder a posiciones anteriores a las de partida. Por el Acta de 1834, la *Poor Law* renunció a toda pretensión sobre el territorio del sistema salarial, o a interferir en las fuerzas del mercado libre. Se ofrecía beneficencia sólo a quienes, por enfermedad o edad, fuesen incapaces de seguir peleando, o a todos aquellos seres indefensos que renunciaban a la lucha, reconocían su derrota y pedían clemencia. Así, se invirtió el avance tentativo hacia el concepto de seguridad social. Pero, más aún, los derechos sociales mínimos que quedaron se desligaron por completo del *status* de la ciudadanía. La *Poor Law* trataba los derechos de los pobres no como parte integral de los derechos del ciudadano, sino como sustituto de ellos —como demandas que sólo se podían satisfacer a costa de renunciar a ser ciudadano en cualquier sentido auténtico de la palabra—. Porque los menesterosos perdían de hecho el derecho civil de la libertad personal al entrar en

los asilos de pobres y, por ley, cualquier tipo de derechos políticos que tuviesen. Esto fue así hasta 1918, y quizás no se ha apreciado lo suficiente el significado de su abolición definitiva. El estigma que acompañaba la beneficencia pública era expresión de los sentimientos profundos de unas gentes que entendían que quienes aceptaban la beneficencia debían cruzar la senda que separaba la comunidad de los ciudadanos de la compañía de los proscritos de la sociedad.

La *Poor Law* no es un ejemplo aislado de este divorcio de los derechos sociales del *status* de ciudadanía. Las tempranas *Factory Acts* muestran una tendencia semejante. Aunque de hecho significaron una mejora de las condiciones de trabajo y una reducción de la jornada laboral para beneficio de todos los trabajadores de las industrias para las que eran vinculantes, evitaron meticulosamente prestar su protección directa al varón adulto —el ciudadano par *excellence*—. Y lo hicieron precisamente por respeto a su *status* de ciudadano, sobre la base de que las medidas de protección obligatoria coartaban el derecho civil a firmar un contrato laboral. La protección alcanzaba sólo a las mujeres y los niños, y los abanderados de los derechos de la mujer pronto denunciaron la afrenta implícita. Se protegía a las mujeres porque no eran ciudadanos. Si éstas deseaban disfrutar de una ciudadanía plena y responsable, debían renunciar a la protección. A finales del siglo XX estos argumentos se habían quedado obsoletos, y el código fabril se había convertido en uno de los pilares del edificio de los derechos sociales.

La historia de la educación muestra semejanzas superficiales con la de la legislación del trabajo en las fábricas. En ambos casos, el siglo XIX fue en su mayor parte un período en el que se sentaron las bases de los derechos sociales, pero aún entonces se negaba expresamente o no se admitía definitivamente el principio de los derechos sociales como parte esencial del *status* de ciudadanía. Aunque había diferencias significativas. Como acertaba a expresar Marshall cuando la singularizaba como objeto más apropiado de la acción del Estado, la educación es un servicio con rasgos únicos. Es fácil decir que el reconocimiento

del derecho de un niño a recibir educación no afecta el *status* de ciudadanía en mayor medida de lo que lo hace el reconocimiento del derecho de los niños a la protección contra la explotación laboral o la maquinaria peligrosa, simplemente porque los niños, por definición, no pueden ser ciudadanos. Pero esta afirmación es errónea. La educación de los niños tiene implicaciones inmediatas para la ciudadanía, y cuando el Estado garantiza que todos los niños recibirán educación, tiene en mente todos los requisitos y la naturaleza de la ciudadanía. Trata de estimular el crecimiento de ciudadanos en potencia. El derecho a la educación es un genuino derecho social de ciudadanía, porque el objetivo último de la educación en la infancia es crear al futuro adulto. Debe considerarse esencialmente no el derecho del niño a ir a la escuela, sino el derecho del ciudadano adulto a recibir educación. Y aquí no hay conflicto alguno con los derechos civiles tal y como se interpretaban en la era individualista. Porque los derechos civiles estaban diseñados para que hicieran uso de ellos personas razonables e inteligentes, que habían aprendido a leer y escribir. La educación es un prerrequisito necesario para la libertad civil.

Pero a finales del siglo XIX la educación básica no sólo era libre: era obligatoria. Por supuesto, este significativo abandono del *laissez-faire* se podría justificar sobre la base de que la elección libre es un derecho sólo de las mentes maduras, de que los niños están naturalmente sometidos a la disciplina, y de que no se puede confiar en que los padres hagan lo mejor para sus hijos. Pero el principio tiene implicaciones de mayor trascendencia. Estamos ante un derecho personal combinado con una obligación pública de ejercer el derecho.

¿Es una obligación pública impuesta únicamente en beneficio de la persona —porque los niños puede que no alcancen a captar del todo sus intereses y los padres no sean capaces de ilustrarles—? Creo que difícilmente puede ser ésta la explicación adecuada. A medida que se entraba en el siglo XX, se tomó cada vez más conciencia de que la democracia política precisaba un electorado educado, y que la manufactura científica precisaba

trabajadores y técnicos cualificados. La obligación de mejorarse y civilizarse es, por tanto, una obligación social, y no meramente personal, porque la salud social de una sociedad depende de la civilización de sus miembros. Y una comunidad que refuerza esta obligación ha empezado a darse cuenta de que su cultura es una unidad orgánica, y su civilización un patrimonio nacional. De lo que se sigue que la extensión de la educación básica pública durante el siglo XIX fue el primer paso decisivo en la senda del restablecimiento de los derechos sociales de ciudadanía en el siglo XX.

Cuando Marshall dictó su conferencia ante el *Reform Club* de Cambridge, el Estado tan sólo estaba preparándose para asumir la responsabilidad que él le atribuía cuando decía que estaba «destinado a obligar y ayudar a los niños a dar el primer paso adelante». Pero ni eso era llegar muy lejos en su ideal de hacer de todo ser humano un caballero, ni ésa era tampoco su intención. Y al menos hasta entonces había pocos indicios de un deseo de «ayudarles, si quieren, a dar muchos pasos adelante». La idea estaba en el aire, pero no era un punto cardinal de la política. A principios de los noventa, el LCC [*London County Council*], a través de su *Technical Education Board*, instituyó un sistema de educación que Beatrice Webb consideraba obviamente que era de los que hacían época. Ya que escribió sobre él:

*«En su aspecto popular ésta era una escalera educativa de unas dimensiones sin precedentes. De hecho, de todas las escaleras educativas que existían en cualquier parte del mundo, era la más larga en extensión, la más elaborada en su organización de los “ingresados” y egresados, y la más diversificada por los tipos de excelencia seleccionados y por los tipos de formación dada».*¹²

El entusiasmo de estas palabras nos permite ver ahora hasta qué punto han progresado nuestros estándares desde aquellos días.

12 Our Partnership, p. 79.

ENE