

ESTUDIOS PÚBLICOS

Nº 124

PRIMAVERA

2011

Otfried Höffe

Justicia política y social como intercambio: Para la fundamentación del derecho, del Estado y del Estado social

**Ricardo Sanhueza
y Benjamín Mordoj**

Competencia desleal:
La economía del engaño

Aldo Mascareño

Entre la diferenciación y los individuos: Derechos fundamentales y las redes de la infamia

Alejandra Salinas

Los presupuestos psicológicos en política

Antonio Bascuñán

La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil

Enrique Barros y Arturo Fontaine: Apuntes acerca de la universidad en tiempos de conflicto

José Joaquín Brunner: Universidad para todos

Enrique Barros y Arturo Fontaine: Más acerca del sistema educacional y la Universidad de Chile

Humberto Giannini: Dar la palabra o de la insolvencia del yo

Ernesto Rodríguez S. y Marcelo D. Boeri: Alfonso Gómez-Lobo (1940-2011): In Memoriam

CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS

ESTUDIOS PÚBLICOS

REVISTA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Nº 124 primavera 2011

ESTUDIOS PÚBLICOS

REVISTA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

www.cepchile.cl

Estudios Públicos es una revista académica y multidisciplinaria de políticas públicas, editada por el Centro de Estudios Públicos. Su finalidad es contribuir, desde una perspectiva tanto nacional como internacional, al debate sobre la justificación, diseño, ejecución y evaluación de políticas públicas.

La revista aparece trimestralmente en forma impresa y electrónica. Todos los trabajos publicados en la categoría de artículo han sido previamente revisados y aceptados por al menos dos especialistas externos al CEP en un proceso de arbitraje ciego. Los trabajos son responsabilidad de sus autores y no reflejan necesariamente la opinión de los editores ni del Centro de Estudios Públicos.

Toda colaboración debe ceñirse a las normas de *Estudios Públicos* para presentación de trabajos. Las contribuciones, así como todo comentario y correspondencia, deben dirigirse a: *Estudios Públicos*, Monseñor Sótero Sanz 162, C. Postal 7500011 Providencia, Santiago, Chile, o ser enviados por email a: estudiospublicos@cepchile.cl.

© Centro de Estudios Públicos.

Toda reproducción total o parcial de los trabajos publicados está prohibida sin la debida autorización del Centro de Estudios Públicos.

Print and online editions of *Public Studies*

In the print edition of *Public Studies*, papers and documents are published only in Spanish, and abstracts both in Spanish and English. The online edition of *Public Studies* is published on CEP's web site, www.cepchile.cl, and includes the papers in Spanish, and their abstracts both in Spanish and English. A number of papers and documents are also available in English in the online edition.

Indexación

Estudios Públicos está, entre otros índices, en *Clase* (Universidad Nacional Autónoma de México); *Handbook of Latin American Studies* (Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos); *HAPI* (Universidad de California, Los Angeles); *International Political Science Abstracts* (International Political Science Association) y *PAIS International in Print* (OCLC).

Suscripciones

Pedidos directos al CEP. Monseñor Sótero Sanz 162. Santiago, Chile.

Teléfono: 328-2400. Fax: 328-2440 (Formulario de suscripción en última página).

ISSN 0716-1115 edición impresa; ISSN 0718-3089 edición en línea.

Composición: Pedro Sepúlveda; *diagramación:* David Parra

Impreso en *Andros Productora Gráfica*.
Hecho en Chile / Printed in Chile, 2011.

Director Responsable **Arturo Fontaine**
Secretaria de Redacción **María Teresa Miranda H.**
Secretaria Ejecutiva **Ana María Folch V.**

Comité Editorial

Enrique Barros

Universidad de Chile.
Centro de Estudios Públicos.
Santiago, Chile.

Antonio Bascuñán

Universidad Adolfo Ibáñez.
Santiago, Chile.

Harald Beyer

Centro de Estudios Públicos.
Santiago, Chile.

Dan Black

The University of Chicago.
Chicago, Estados Unidos.

Marcelo Boeri

Universidad Alberto Hurtado.
Santiago, Chile.

Andrés Bordali

Universidad Austral de Chile.
Valdivia, Chile.

José Joaquín Brunner

Universidad Diego Portales.
Santiago, Chile.

Vittorio Corbo

Centro de Estudios Públicos.
Santiago, Chile.

Sofía Correa

Universidad de Chile.
Santiago, Chile.

Sebastián Edwards

University of California
Los Angeles (UCLA).
Los Angeles, Estados Unidos.

Cristián Eyzaguirre

Director de empresas.
Santiago, Chile.

Juan Andrés Fontaine

Libertad y Desarrollo.
Santiago, Chile.

David Gallagher

Centro de Estudios Públicos.
Santiago, Chile.

James Heckman

The University of Chicago.
Chicago, Estados Unidos.

Juan Pablo Illanes

Diario *El Mercurio*.
Santiago, Chile.

Fabián Jaksic

P. Universidad Católica
de Chile.
Santiago, Chile.

Felipe Larraín

P. Universidad Católica
de Chile.
Santiago, Chile.

Jorge Larraín

Universidad Alberto Hurtado.
Santiago, Chile.

Jari Lavonen

University of Helsinki.
Helsinki, Finlandia.

Beltrán Mena

P. Universidad Católica
de Chile.
Santiago, Chile.

Sonia Montecino

Universidad de Chile.
Santiago, Chile.

Juan Pablo Montero

P. Universidad Católica
de Chile.
Santiago, Chile.

Emilio Pacheco

Liberty Fund., Inc.
Indianápolis, Estados Unidos.

Óscar Parra

Universidad de Concepción.
Concepción, Chile.

Francisco Javier Pinedo

Universidad de Talca.
Talca, Chile.

Hans-Jörg Rheinberger

Max-Planck-Institut für
Wissenschaftsgeschichte.
Berlín, Alemania.

Carlos Rosenkrantz

Universidad de San Andrés.
Buenos Aires, Argentina.

Lucas Sierra

Universidad de Chile.
Centro de Estudios Públicos.
Santiago, Chile.

John B. Thompson

Cambridge University.
Cambridge, Inglaterra.

Mariano Tomassi

Universidad de San Andrés.
Buenos Aires, Argentina.

Sergio Urzúa

University of Maryland.
Maryland, Estados Unidos.

Arturo Valenzuela

Georgetown University.
Washington DC.
Estados Unidos.

Rodrigo Vergara

Banco Central.
Santiago, Chile.

PRESENTACIÓN DE TRABAJOS A *ESTUDIOS PÚBLICOS*

- *Estudios Públicos* selecciona los trabajos a publicar entre aquellos favorablemente informados por al menos dos especialistas externos en un proceso de arbitraje ciego.
- Se entiende que los trabajos recibidos para publicación no han sido publicados en forma íntegra o parcial en otro medio impreso o electrónico, ni sometidos a otros editores en su forma actual o como parte de un trabajo más extenso. Los autores que presenten artículos cuyos contenidos sean de algún modo similares a trabajos ya publicados, deben hacer presente esta situación en una carta adjunta. Asimismo, los autores deben informar en nota al pie de página si el trabajo fue realizado por encargo o si ha contado con el financiamiento de alguna entidad privada o del Estado, a fin de determinar si esa situación puede afectar o no el contenido del trabajo.
- Toda reproducción impresa o electrónica, parcial o total, de los trabajos aceptados o publicados en *Estudios Públicos* debe contar con la autorización previa del CEP.

NORMAS DE ESTILO

- **Extensión:** El artículo deberá tener una extensión máxima de diez mil palabras, incluidos gráficos, tablas, notas y referencias bibliográficas.
- **Resumen y palabras clave:** Se deberá anteponer en la primera página, antes del comienzo del trabajo, un resumen del mismo, de no más de 120 palabras, y entre tres y cinco palabras clave. Tanto el resumen, como las palabras clave y el título del trabajo deben incluirse, además, en inglés.
- **Nota biográfica:** En hoja aparte del trabajo deben enviarse el nombre o los nombres del o de los autores, sus grados académicos más relevantes, ocupaciones o cargos actuales, instituciones a las que pertenecen, institución de filiación principal y direcciones electrónica y postal.
- **Referencias bibliográficas, bibliografía final, tablas y gráficos, citas en otros idiomas, uso de comillas, cursivas y otros,** consultar las normas que se detallan en http://www.cepchile.cl/dms/lang_1cat_725_inicio.html.
- **Permisos de reproducción.** Los autores son responsables de conseguir autorización escrita para publicar material sobre el cual no poseen los derechos de reproducción.
- **Lenguaje técnico:** Para que los artículos puedan ser fácilmente comprendidos por personas cultas pero de otras disciplinas, se debe evitar en lo posible el lenguaje técnico. Cuando sea necesario usar tecnicismos, su sentido debe explicarse en el texto.
- **Idioma de publicación:** *Estudios Públicos* recibe trabajos en distintos idiomas, pero en la edición impresa sólo publica la traducción al castellano. En la edición *on line* se publica el trabajo en su lengua original y en la traducción al castellano.
- Los trabajos deben enviarse de preferencia por correo electrónico, en programa Word, a estudiospublicos@cepchile.cl o bien a *Estudios Públicos*, Monseñor Sótero Sanz 162, Santiago, Chile. No se devuelven los originales.

ESTUDIOS PÚBLICOS

REVISTA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Nº 124 primavera 2011

CONTENIDO

<i>Otfried Höffe</i>	<i>Artículo</i> Justicia política y social como intercambio: Para la fundamentación del derecho, del Estado y del Estado social	1
<i>Ricardo Sanhueza y Benjamín Mordoj</i>	<i>Artículo</i> Competencia desleal: La economía del engaño	23
<i>Aldo Mascareño</i>	<i>Artículo</i> Entre la diferenciación y los individuos: Derechos fundamentales y las redes de la infamia	45
<i>Alejandra Salinas</i>	<i>Artículo</i> Los presupuestos psicológicos en política: Una revisión introductoria de la literatura	83
<i>Antonio Bascuñán</i>	<i>Artículo</i> La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 2011, rol Nº 1683-2010)	113
<i>Enrique Barros y Arturo Fontaine</i>	<i>Opinión</i> Apuntes acerca de la universidad en tiempos de conflicto	139
<i>José Joaquín Brunner</i>	<i>Opinión</i> Universidad para todos	151

<i>Enrique Barros y Arturo Fontaine</i>	<i>Opinión</i> Más acerca del sistema educacional y la Universidad de Chile	171
<i>Humberto Giannini</i>	<i>Ensayo</i> Dar la palabra o de la insolvencia del yo	181
<i>Ernesto Rodríguez S., Marcelo D. Boeri</i>	<i>In Memoriam</i> Alfonso Gómez-Lobo (1940-2011)	201

JUSTICIA POLÍTICA Y SOCIAL COMO INTERCAMBIO
PARA LA FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO,
DEL ESTADO Y DEL ESTADO SOCIAL*

Otfried Höffe

Universidad de Tübingen

Resumen: En este artículo se intenta refundar la justicia política y social a partir de una concepción nueva de justicia, a saber, la justicia entendida como intercambio. Para ello, el autor revisa críticamente las concepciones clásicas más relevantes, como son las de Aristóteles, Hobbes y Kant, así como también la de autores modernos, como Rawls, Hayek y Nozick.

Palabras clave: justicia social, estado social, intercambio.

Recibido: agosto 2011; **aceptado:** septiembre 2011.

**POLITICAL AND SOCIAL JUSTICE IN EXCHANGE:
FOUNDATIONS FOR THE LAW, THE STATE, AND
THE SOCIAL STATE**

Abstract: *This article endeavors to rework the foundations of political and social justice based on a new concept of justice, namely justice understood as an exchange. The author*

OTFRIED HÖFFE. Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Política, Departamento de Filosofía de la Universidad de Tübingen, Alemania (otfried.hoeffe@unituebingen.de).

* Traducción desde el alemán por Martín Bruggendieck para *Estudios Públicos*.

critically reviews the most important classical concepts, such as those of Aristotle, Hobbes and Kant, and modern authors like Rawls, Hayek and Nozick.

Keywords: *social justice, social state, exchange.*

Received: *August 2011; accepted:* *September 2011.*

Que prevalezca la justicia en el mundo ha sido uno de los anhelos fundamentales de la humanidad desde sus albores. Pero qué es la justicia constituye, desde luego, un tema en permanente discusión. El jurista podría recurrir a las palabras del juez federal norteamericano Oliver Wendell Holmes: “Cuando hablamos de justicia, evitamos pensar en categorías jurídicas”, para excusarse de intentar definirla jurídicamente. Holmes puede tener y no tener razón al mismo tiempo. Tiene razón porque la invocación a la justicia no reemplaza la argumentación jurídica ni la descripción del estado de las cosas, como tampoco su interpretación a la luz del derecho vigente. Pero no tiene razón por a lo menos tres motivos.

Primero, en la denominación de la judicatura como “justicia” resuena todavía la tarea, hasta hoy irrenunciable, de hacer justicia: hacer justicia a alguien significa, en el derecho civil, ayudar a alguien a validar sus derechos. En el derecho penal, por una parte, a castigar sólo a los culpables y, por otra, a establecer el castigo en consonancia con la gravedad de la culpa. En ambos casos, se ha de refutar el nefasto dicho de que “en alta mar y ante el juez, uno está siempre en las manos de Dios”. Para este fin no basta aquello que plantea Holmes: que el juez realmente domine su oficio jurídico. La judicatura también habrá de ser organizada de modo tal que sus dictámenes tengan una alta probabilidad de ser objetivamente correctos. Esa justicia institucional está conformada por la publicidad de los procedimientos y el deber de fundamentación, además de la prohibición de ser juez en causa propia y el deber de escuchar a la otra parte. Ha de existir además una jerarquía de tribunales y, en el caso de los procedimientos penales, una división del trabajo entre el acusador, el abogado defensor y el juez.

Sabemos por experiencia, y no solamente por la de los Estados ilegítimos, que un proceso se puede pervertir al transformarse en un juego colusorio, y que, en general, se puede dilatar y dilatar, hasta llegar a doblegar incluso al derecho. Para que ello no suceda, *segundo*, ayuda

la justicia como cualidad personal. Es especialmente en la persona del juez que se exige la justicia como virtud, es decir, como integridad, de la que la imparcialidad es un mínimo irrenunciable.

Parte de la justicia del juez consiste en la resignación: conformarse con la aplicación de la ley —claro que creativamente—, en vez de minar la separación de los poderes dedicándose a la política del derecho. La política del derecho incumbe al legislador, lo cual llama a escena a la justicia por *tercera vez*, esto es, a la justicia como idea del derecho y del Estado: la justicia política. Y en ese marco de la justicia política, a saber, como idea del derecho y del Estado, la justicia social ha pasado a jugar nuevamente un papel especial. De acuerdo con Hans-Peter Müller (2006, 34), ella incluso debe ser “la pauta natural del actuar político en democracia”.

Desde los inicios, los padres de la filosofía política, a saber Platón y Aristóteles, se preguntaron por las condiciones en las cuales un ordenamiento jurídico y un orden del Estado son justos. Una reflexión acuciosa da un paso atrás y pregunta por qué debe haber, en realidad, una justicia y un Estado. Ante la pregunta por la justicia que *norma* al derecho y al Estado, surge la pregunta por la justicia que *legítima* al derecho y al Estado. Sea como fuere, el derecho y el Estado exigen el establecimiento de impuestos, un servicio civil y fuerzas armadas. Éstas y una plétora de otras limitaciones a la libertad requieren de justificación. Ahora bien, la justicia política se justifica por aquello que los miembros de la comunidad se deben mutuamente.

Ahora procederé en tres pasos. Primero esbozaré un nuevo modelo de argumentación a favor de la justicia política y de la justicia social, a saber, el de la justicia como intercambio. Segundo, con auxilio de la justicia del intercambio justificaré la justicia política y, tercero, la justicia social. Y, de paso, refutaré o tomaré distancia de filósofos de la justicia clásicos como Aristóteles, Hobbes, Kant, y también de autores más modernos como Rawls, Hayek y Nozick.

1. Justicia como intercambio

De acuerdo con un difundido prejuicio, la justicia tiene que ver primordialmente con cuestiones distributivas. Incluso el más importante teórico de los últimos tres decenios, John Rawls, comparte esta opinión. Pero también Paul Ricoeur (1995, 97) declara: “La justice ne peut être

que distributive” (la justicia no puede ser sino distributiva). Aunque esta opinión se ha impuesto hasta el punto de que se puede hablar de un “dogma del debate sobre la justicia”, forzosamente da pie a la crítica. Ésta comienza con el razonamiento de que la pregunta acerca de dónde proviene lo que se distribuye es pasada por alto. En el mejor de los casos se supone que viene “de arriba”: de Dios o de la naturaleza, del padre de familia, del jefe del clan o de una gran madre, posteriormente de un Estado, que entonces presenta forzosamente rasgos paternalistas o maternalistas. De modo que de acuerdo con el paradigma hasta aquí dominante, lo que se ha de distribuir se debe a una instancia superior, tal vez no en cuanto a su poder pero sí en términos productivos.

Pero lo que se distribuye no cae del cielo como el maná. Aun cuando al comienzo haya un don de Dios o de la naturaleza, igual habrá que esforzarse para apropiarse de él. Si bien de cara a la fundamentación última de todo trabajo en la tierra, incluidos sus frutos y animales, se plantea una tarea distributiva, la cuestión social corresponde a desarrollos posteriores. En el mejor de los casos, el primer comienzo juega un papel como punto de fuga del debate. En lo principal se trata de la relación entre el trabajo que se realiza con la tierra y sus frutos y la parte que obtiene cada uno al final. Además, los objetos primeros de la justicia política, aquellos derechos y libertades de los que trata el primer principio de Rawls, no son resultado del trabajo.

En ambos casos, tanto en el caso del trabajo destinado a obtener una ganancia como también en el caso de los derechos y libertades que son indiferentes respecto al trabajo, resulta pertinente otro modelo de relación social que no es la distribución sino el intercambio.

A favor del intercambio hay un argumento de estrategia argumentativa. Se debate con vehemencia cuál es el criterio de la justicia distributiva. El liberalismo económico, por ejemplo, dice: “A cada cual según su rendimiento”; el socialismo en cambio, así como muchos alegatos en favor de la llamada justicia social, demandan: “A cada cual según sus necesidades”; en el Estado de derecho se dice: “A cada cual según sus derechos legales”; y en la aristocracia: “A cada cual según los méritos de sus antepasados”. Pero no existe en cambio una discusión seria sobre el fundamento de la justicia del intercambio. Ésta consiste en la igualdad valórica del tomar y del recibir. De modo que sobre el criterio de la justicia del intercambio (la justicia conmutativa) existe acuerdo. Si bien el valor exacto de las mercancías o de los servicios

a intercambiar a menudo es controversial, no resulta controvertido el criterio por el cual se considera justo un intercambio: el principio de la equivalencia. Dar y tomar deben tener igual valor; y allí donde el valor es discutido, debe haber a lo menos una ventaja recíproca.

Desde luego, el argumento de legitimación es más importante que aquel estratégico: el hecho de que la instancia que hoy es preponderantemente responsable de la justicia, el Estado, visto a modo general solamente es capaz de prestaciones secundarias y subsidiarias. Ya sea que mediante leyes penales se protejan bienes jurídicos elementales, ya sea que mediante prescripciones formales se ordene la vida social y comercial, ya sea que mediante impuestos se (co)financien establecimientos educacionales, fondos sociales o ramas de la actividad económica incapaces de subsistir por sí solas, todas estas prestaciones del Estado presuponen las siguientes prestaciones de los sujetos de derecho, mejor dicho, de los ciudadanos: que no se maten o roben unos a otros, que se contraigan compromisos sociales y realicen transacciones sociales y que se paguen impuestos. Entonces, los ciudadanos deben ser vistos en primer lugar como situados en un mismo nivel, y no subordinados unos a otros. Mientras toda distribución está marcada por un carácter asimétrico, sea maternalista o paternalista, el modelo base de la cooperación entre iguales consiste en la reciprocidad o, *pars pro toto*, en el intercambio.

Pero el paradigma del intercambio sólo podrá convencer cuando se maneje un concepto de intercambio que no sea demasiado estrecho, esto es, puramente económico. No se puede operar con un concepto “mezquino”, ni con uno “impaciente”, ni con uno de alguna manera excesivamente estrecho.

“Impaciente” será un concepto de intercambio que olvide tomar en cuenta los desfases en los intercambios. Y será “mezquino” quien sólo dé a aquel de quien haya obtenido y sólo tanto como haya recibido. Finalmente, tendrá un concepto de intercambio demasiado estrecho quien piense sólo en dinero, mercancías o en aquellos servicios que en nuestras sociedades se pueden comprar. Al hablar de intercambio, habitualmente uno sólo piensa en el mercado, es decir, en procesos económicos, debiendo entonces temerse que el nuevo paradigma rebaje la justicia a un asunto meramente económico. Sin embargo, no solamente se intercambian mercancías, servicios y dinero, sino que también cantos, historias, pensamientos y, bajo la forma de contratos matrimoniales,

incluso personas. Más allá de lo anterior, se intercambian bienes ideales como seguridad, poder y reconocimiento y, especialmente, libertades y oportunidades para la autorrealización. Además se pueden intercambiar prestaciones negativas, como, por ejemplo, renunciadas al uso de la fuerza.

Al construir, entonces, un concepto con esta amplitud, el intercambio aparece como la forma más democrática de cooperación. Supone que todos los seres humanos son ciudadanos con igualdad de derechos, en vez de degradarlos a la calidad de niños sempiternos como acontece bajo el Estado benefactor maternalista.

En este punto puede plantearse la objeción de que el ser humano llega desamparado a este mundo. Esta objeción es correcta, pero pasa por alto que el ser humano por regla general también se encuentra desamparado al final de su vida. La asistencia que se recibe después del nacimiento y durante el desarrollo pueden, por lo tanto, “repararse” más adelante mediante la ayuda a los ancianos. El correspondiente intercambio, practicado en un principio al interior de la familia y de la familia extensa, corresponde a un contrato (tácito) de ayuda desfasada, pero aun así recíproca.

Aparte del habitual intercambio sincrónico, existe también el intercambio diacrónico desfasado y, aparte del intercambio positivo, también existe el negativo. Sobre la base de la combinación de ambas alternativas, positivo-negativo, sincrónico- diacrónico, se distinguen cuatro formas básicas de intercambio: (1) el positivo-sincrónico, (2) el negativo-sincrónico, (3) el positivo-diacrónico y (4) el negativo-diacrónico.

A partir de sus vastos estudios de sociedades arcaicas, Marcel Mauss, alumno de Durkheim, desarrolló una teoría social alternativa a la de Marx. En ella es el intercambio, entendido como entrega y contra-entrega, como reciprocidad, el que se presta para concepto básico de la teoría social: “Primero los seres humanos debieron arrojárselas para deponer sus lanzas. Luego fueron capaces de intercambiar bienes y personas. Y recién entonces las personas pudieron generar intereses, satisfacerlos mutuamente y defenderlos sin el recurso de las armas [...]. No hay otra moral, otra economía, otra praxis social que ésta” (Mauss 1923-24 / 1968, 181 y sig.; cf. Sahlins 1972, cap. 4).

Dado que el intercambio no representa ni una forma de cooperación maternalista ni paternalista sino más bien fraterna, es decir democrática, pueden abrigarse reservas frente a la sobrevaloración de la

justicia distributiva. Pero de ello no se desprende, como suponen Hayek (1976) y Nozick (1974), que se deba objetar la idea de la justicia social y su correspondiente concepto de Estado social, y considerar legítimo únicamente al Estado mínimo o al llamado Estado vigilante (para la crítica de Nozick, véase Höffe 1988, 79-104).

Mediante dos reflexiones voy a aplicar la idea del intercambio, primero al tema de la justicia política y después al de la justicia social. En esto persigo un interés quíntuple: (1) a diferencia de Rawls, aquí, desde la perspectiva de la teoría del Estado, se vuelve importante la justificación del poder de coacción. (2) Desde la perspectiva de la teoría del Estado, y a la vez desde la perspectiva de la política social, se refuta tanto la idea de Hayek como la de Nozick del Estado mínimo, justificándose aquella del Estado social. (3) En términos de la teoría de legitimación, se propone a su vez el ya esbozado cambio de paradigma, el reemplazo de la justicia distributiva por la justicia del intercambio (justicia conmutativa). (4) A esto se suma la siempre necesaria complementación con la justicia correctiva o justicia compensatoria incluso, en el caso de la justicia distributiva. Si se ha cometido una injusticia con alguien, éste tiene derecho a reparación. (5) Finalmente, habrá de perfilarse con mayor precisión metodológica el modelo de legitimación. La justicia del intercambio, así se verá, constituye por sí sola un núcleo, incapaz de desplegar una fuerza de legitimación en la ausencia de condiciones marco y de condiciones marginales anexas.

2. Justicia política como intercambio

La justificación del derecho y del Estado comienza con un intercambio todavía más fundamental: un contrato político originario. Por semejante contrato no habrá de entenderse un contrato histórico inicial, ni juramento a la bandera primigenia, al que debiera atenerse el nacimiento de cualquier Estado en el mundo. El contrato político originario es más bien un experimento ideal con fines de legitimación. En cuanto a su contenido, se trata de un intercambio tanto negativo como (relativamente) trascendental. Es negativo porque no se intercambian bienes o servicios corrientes, sino más bien la renuncia recíproca al ejercicio de la fuerza. Y posee carácter trascendental en cuanto se verifica en un nivel irrenunciable para todos los seres humanos, ya que de por sí recién hace posible que el ser humano pueda ser humano. Primero, el

contrato político originario trata de intereses trascendentales, es decir, de las condiciones de la posibilidad de una capacidad de actuar y de una libertad de actuar; hablando en términos de la lengua (*lingua*) franca: de las condiciones de agencia (*conditions of agency*). Y, segundo, el contrato apunta a aquella parte de los intereses trascendentales que sólo se cumplen en y a través de la reciprocidad.

De ello se desprende que el criterio legitimador del contrato originario es su aprobación universal: debido a la reciprocidad, el contrato apunta a un interés general (“omnes”, respectivamente, “volonté générale”) en que pueda reconocerse cada uno (“singuli”, respectivamente, “volonté des tous”), según su capacidad de actuar. Esta idea de una ventaja distributivo-colectiva solamente enuncia una tarea; y su realización incluso parece imposible a primera vista, dado que las necesidades e intereses de los seres humanos son demasiado diferentes como para que pueda haber una ventaja generalizada. De hecho, esa ventaja no se encuentra en el nivel de los intereses corrientes, aunque sí en el de las condiciones necesarias para el actuar humano que son irrenunciables, tanto para el desarrollo y la posesión de intereses corrientes como también para su consecución. De modo que recién es posible hallar una ventaja general en las condiciones de la capacidad de actuar, o, mejor dicho, en la subjetividad práctica.

En cuanto condiciones de agencia (*conditions of agency*), ellas no consisten en estados de cosas generales, empíricos, sino que en intereses lógicos de categoría más elevada. Resultan de una teoría de la acción que apunta a las condiciones de la capacidad de actuar, de una teoría de la acción en este sentido trascendental, y pueden ser llamados —relativamente— intereses trascendentales. Dado que sólo conocemos la capacidad de actuar del ser humano, podemos también adscribir esos intereses a una antropología trascendental de un nuevo tipo: una doctrina del ser humano que no se ocupe de las especificidades de una especie biológica dotada, por así decirlo, de un caminar erecto, con carencias esenciales y un exceso de impulso, como tampoco con formas humanas plenas como ciencia y arte, amistad, nobleza y amor. A diferencia de los requerimientos de una antropología (general) biológico-filosófica, basta en este caso una antropología parcial y minimalista. Y, en contraposición con una teoría de lo logrado, de la vida buena, incluso realizada, basta una antropología a-teleológica, una antropología arcaica en perspectiva lógica, no temporal, esto es: una teoría de aquellas condiciones

iniciales (*archai*) del ser humano, en que residen las condiciones irrenunciables de la capacidad de actuar.

Los intereses trascendentales son exigentes en este sentido, por cuanto reclaman validez universal. Pero por otra parte también son humildes, ya que se conforman con una antropología mínima, vale decir: con las condiciones iniciales de la capacidad de actuar (del ser humano). Y es debido a esta combinación de exigencia y humildad que resultan aptos para un discurso en tiempos de globalización: en cuanto intereses universalmente válidos atañen no sólo al ser humano occidental sino que al ser humano de cualquier cultura. Y en cuanto intereses lógicos de categoría superior y meras condiciones iniciales, escapan del peligro de caer en un relativismo cultural estricto, aquel de la uniformidad. Debido a que los intereses trascendentales no se hallan en el nivel de los intereses corrientes, se mantienen abiertos a la diversidad, tanto de los individuos como también de los grupos, incluso de las culturas y de las épocas. Y de esa apertura incluso se sigue un derecho a la diferencia.

Como sea, los intereses trascendentales, por sí solos, no justifican todavía la facultad coercitiva. Pues, sólo afirman que todo el mundo tiene esos intereses, sin mostrar aún por qué otros tienen el deber de defenderlos. Se advierte aquí un déficit de fundamentación: una brecha de legitimación de la clase de error “ser-deber ser”. Dicha brecha se cierra allí donde el carácter trascendental se amplía con el carácter social enunciado en el contrato originario, conduciendo a una reciprocidad trascendental, *pars pro toto*: a un intercambio trascendental. Este intercambio excepcional es absolutamente trascendental en el sentido de que representa la condición de la posibilidad de la reciprocidad corriente y del intercambio corriente. No produce un entramado concreto de relaciones recíprocas, ni la red de relaciones de las sociedades arcaicas o de las modernas. Pero hace que la socialización sea posible y, a la vez, necesaria. Los intereses trascendentales y a la vez genuinamente sociales, los “intereses socio-trascendentales”, son condiciones irrenunciables porque son válidas para toda forma de vida; y, más aún, requieren de socialización debido a que dependen de la acción conjunta.

Es mediante este intercambio trascendental que se fundamentan aquellos derechos elementales que hacen posible al ser humano en cuanto ser humano —es decir, como un ser capaz de actuar— y por ello es que se denominan derechos humanos. Es decir, los derechos

humanos no se fundan en las acciones voluntarias de un favor social o político. Son derechos que se deben mutuamente los ciudadanos, los sujetos del derecho. Una parte de esos derechos incluso son irrenunciables para la definición misma del derecho. Pues, sin una cierta protección de bienes jurídicos como el cuerpo y la vida, la propiedad y el honor, resulta imposible distinguir siquiera conceptualmente el derecho del crimen organizado. El correspondiente mínimo de derechos humanos protegidos por el derecho penal ya forma parte de la justicia que define el derecho: un reconocimiento parcial de los derechos humanos tiene carácter definitorio para el derecho, y su reconocimiento pleno tiene un carácter normativo.

Hasta el día de hoy se discute sobre cuál es la definición más precisa de los derechos humanos, pero apenas se discute sobre sus determinaciones fundamentales. Desde sus inicios griegos sabe la antropología filosófica que la capacidad de actuar está sujeta a tres cosas que se hacen visibles en tres determinaciones fundamentales aplicables a todo ser humano de cualquier cultura: todo ser humano es (1) un ser corporal y viviente, que (2) se caracteriza por la capacidad de pensar y de hablar y que (3) requiere de una colectividad política. Ahora bien, las dos primeras determinaciones están sujetas a condiciones previas positivas y negativas, de modo que resultan tres grupos principales de derechos humanos: derechos a la libertad negativos, derechos a la libertad positivos y derechos de participación (democráticos).

Los derechos a la libertad negativos pueden fundamentarse de modo relativamente sencillo mediante el intercambio trascendental: el primer paso de fundamentación dice que los seres humanos pueden ser tanto actores de la violencia que amenaza a la capacidad de actuar, como sus víctimas. Si aún así desean salvaguardar su interés trascendental en la capacidad de actuar —nos señala el segundo paso— deberán asumir una renuncia recíproca. El tercer paso sólo enuncia lo que acontece en el segundo. Si cada cual renuncia a su libertad de infligir heridas corporales y de matar, será precisamente por ello que a cada cual se le resguardará el “derecho” a la integridad física y a la vida. Si se renuncia a la “libertad” de robar o de ofender, es precisamente por ello que se resguardarán los “derechos” a la propiedad y al honor. O, si cada cual renuncia a impedir que otro ejerza su religión, entonces habrá reciprocidad en la protección del derecho a la libertad religiosa. De acuerdo con el intercambio trascendental, los derechos humanos se

convierten en el premio a la renuncia a la libertad. Pero el premio no ha de entenderse como una causa de la consecuente renuncia a la libertad. Más bien no es otra cosa que el lado positivo de la renuncia a la libertad en sí. Allí donde todos renuncian recíprocamente a su libertad de dar muerte, se resguardará “automáticamente” la libertad, en el sentido de una integridad del cuerpo y de la vida. En pocas palabras: los derechos a la libertad negativos surgen a través de renunciaciones universales a la libertad. Y como en este intercambio cada cual da y recibe lo mismo, este intercambio es fundamentalmente justo. Cuando son aplicados en un Estado absolutista, los derechos a la libertad se entienden preferentemente como derechos de defensa contra el Estado. Pero en el hecho son los propios ciudadanos quienes los protegen, mientras que el Estado se hace cargo meramente de la tarea subsidiaria, aunque también irrenunciable, de garantizarlos.

Dado que al menos los derechos a la libertad negativos se fundamentan en renunciaciones a la libertad universales, y éstas son a la vez beneficiosas para todos, se impone una pregunta que es desatendida por la teoría de la justicia de Rawls, pero que en cambio juega un papel tanto en Kant, a quien invoca Rawls, como también en Hobbes¹, a quien Rawls rechaza en lo esencial: ¿por qué se requiere de un ordenamiento público coercitivo, de un Estado propiamente tal?

La respuesta surge de la circunstancia de que hay todavía algo más beneficioso que la recíproca renuncia a la libertad, a saber, la renuncia unilateral a la libertad por parte de los otros. Cuando todos menos uno renuncian a su libertad de matar, entonces éste uno goza de su derecho a la vida sin él resguardar el derecho de los demás. A quienes se aprovechan de esa forma parasitaria de ventajas universales se les llama, en el transporte público, “polizones”. Para impedir semejante “polizonaje” en el intercambio de libertades, digamos un polizonaje político-social, se necesita de una imposición del poder público general mediante el cual una colectividad se convierta en la “espada de la justicia”. Subyacente a este poder hay nuevamente un intercambio, un intercambio negativo: todos renuncian recíprocamente a imponer por su cuenta sus derechos de libertad. Y como todos renuncian a lo mismo, esto es, al derecho de hacer justicia en forma privada, también este intercambio puede validarse como justo.

¹ Cf. O. Höffe, *Thomas Hobbes*, 2010.

3. Justicia social como intercambio

Por sí solas, las renunciaciones al ejercicio de la fuerza aún no hacen posible la capacidad de actuar. Para la libertad real también se requieren prestaciones positivas: bienes, servicios y oportunidades. En tanto esas prestaciones son prácticamente irrenunciables para la libertad, ahora también tienen el rango de derechos a la libertad positivos. Desde el punto de vista de los derechos humanos, no quedan por ello a la zaga de los derechos a la libertad negativos. Pero aun así se distinguen de los derechos negativos en forma notable: como lo que interesa ya no son prestaciones negativas sino que otras positivas, los derechos a la libertad positivos están sometidos al problema de la escasez y no pueden ser demandados bajo cualquier circunstancia. Por eso podría ser más justo no declararlos derechos individuales, posibles de ser demandados subjetivamente, sino considerarlos como exigencias programáticas, y fines obligatorios para el Estado. Estructurarlos en la medida de las respectivas posibilidades es algo que más bien debiera quedar para el legislador y las cambiantes condiciones marginales.

Otra diferencia: las prestaciones que son necesarias para los derechos a la libertad positivos no necesitan ser realizadas por todos los seres humanos. En cambio, en el caso de los derechos libertarios negativos, basta que sólo uno se niegue a renunciar al ejercicio de la fuerza para que, *eo ipso*, se vean amenazadas la integridad física y la vida de los demás. Pero si alguien deniega las prestaciones positivas, entonces, por regla, serán otros los que podrán ayudar, lo cual impone una pregunta anexa: ¿quién tiene la obligación de aportar? Se puede contestar con el término “prestatarios naturales”. Por ejemplo, los padres son, antes que ningún otro, los esencialmente responsables de sus hijos; pues ellos los trajeron a este mundo, sin su anuencia, en calidad de seres necesitados de ayuda.

A pesar de semejantes diferencias, me permito afirmar que los derechos a la libertad positivos coinciden con los derechos a la libertad negativos en el modelo de justificación, es decir, en el modelo del intercambio trascendental. Esta afirmación arranca de una sorprendente constatación. Si bien el concepto de justicia es muy familiar para la filosofía, ésta no conoce el concepto de la justicia social que predomina en los actuales debates socio-políticos. De Aristóteles en adelante, bien se sabe que hay “varias justicias” (*pleious dikaiosynai*) (*Ética a Nicomáco*,

capítulo 5, 1130b 6). Aparte de la *iustitia universalis* y de la *iustitia particularis*, la justicia general y la justicia particular, así como de la *iustitia commutativa* y de la *iustitia distributiva*, la justicia de intercambio y la justicia distributiva, nada se dice de una *iustitia socialis*. Esta idea de justicia se origina en la ética social cristiana del siglo XIX y por ello corre el riesgo de mezclar el meollo de la justicia, el hecho de que los seres humanos se deben mutuamente ciertas cosas, con la idea del amor al prójimo o, más bien, con aquella de la beneficencia. Para escapar de esa mezcla recurre a la idea del intercambio y su núcleo, el intercambio trascendental.

En concreto, ciertas asignaciones son tan elementales que resultan irrenunciables, en parte para la mera supervivencia, en parte para una capacidad de actuar que se pueda asumir responsablemente. Como las asignaciones se verifican en forma asimétrica, desde los capaces de ayudar hacia los necesitados de ayuda, pareciera faltar la segunda condición, aquella de la reciprocidad. Esto cambia, sin embargo, apenas se presta atención al ya mencionado desfase del intercambio.

Comencemos por una tarea clásica, la preocupación por la generación mayor. Casi todas las culturas conocen alguna forma del deber de honrar a los ancianos. A pesar de esta presencia prácticamente universal, la exigencia de honrar a la tercera edad causa dificultades. En contra de un principio tan propio de nuestro ámbito cultural, el del amor (al prójimo), la formulación del Decálogo suscita reservas: “Honra a tu padre y a tu madre como te lo ha mandado Yahvé tu Dios, para que se prolonguen tus días y seas feliz en la tierra que Yahvé tu Dios te da” (Dt 5, 16; cf. Ex 20, 12). Aquí, la preocupación por los padres no reviste una fundamentación altruista, si no que egoísta. En su favor se dice que evita ilusiones y no supone el altruismo, que nunca está demasiado presente. Por lo demás, conocemos la crítica ideológica, desde los sofistas a Nietzsche, de acuerdo con la cual el altruismo no sería más que un velado amor propio. Por esta razón parece recomendable mostrar, mediante una pequeña “inversión de valores”, que los seres humanos mayores tienen, al menos en un ámbito nuclear, derechos que se desprenden de la justicia del intercambio, por lo que puede demandarse su reivindicación.

Con la estructura generacional de la vida humana se relacionan diversos potenciales de poder y de amenaza, los que a primera vista hablan en contra de la idea del intercambio. El ser humano llega a este

mundo prácticamente desprovisto de poder y luego, en la edad avanzada, retorna a un alto grado de impotencia, por lo que durante estas dos fases de su vida depende de la misericordia y de la compasión de los otros (y su renuncia al uso de la fuerza tiene poco que aportar). Esto significa, para quien pondere la circunstancia, que así como a los niños les interesa que nadie, aprovechándose de su debilidad, les impida crecer, también a los padres les interesa, llegado el momento, ser capaces de envejecer en forma digna. Por lo tanto, es más provechoso para la generación intermedia no aprovecharse de su superioridad, en términos de poder, a fin de no verse sometida a su vez, cuando los niños crezcan, a los potenciales ejercicios de poder de la que será, para ese entonces, la generación intermedia.

Una visión que englobe a todas las generaciones muestra, entonces, que no solamente por motivos de compasión o de amor al prójimo, sino que por la justicia del intercambio, todos los grupos aludidos deben ser incluidos en la recíproca renuncia al poder. A ello se suma un argumento de justicia correctiva: ningún ser humano decide por cuenta propia llegar a este mundo e iniciar su vida como frágil lactante. En ambos sentidos, el del nacimiento y el de un dilatado desamparo, todo ser humano no es autor sino víctima y, por tanto, tiene derecho a ese extenso cuidado que en un principio posibilita la mera vida y, más adelante y gradualmente, la vida independiente.

Visto en términos de la historia del desarrollo, el respectivo intercambio tiene lugar primero al interior de la familia y la familia extensa, la stirpe. Corresponde a un contrato tácito entre padres e hijos que se contrae en relación a una ayuda desfasada, pero recíproca. En parte porque las relaciones sociales se han vuelto más complicadas, en parte porque los padres no debieran depender de la buena conducta de sus hijos, el “contrato familiar” hace tiempo ha sido extendido a “contrato generacional”. A favor de esa extensión hay dos líneas de argumentación, que introducen, por el lado descriptivo, hechos de la historia social y, por el lado normativo, la complementación necesaria para la justicia del intercambio: la justicia correctiva. El modelo de argumentación ahora se llama: ética más antropología más historia social.

La colectividad política, que es una institución de segundo orden, no sólo asume la coordinación de una institución primaria como lo es la familia o la familia extensa (stirpe, clan), sino que también la restringe, tanto en su derecho propio como en su peso propio. Este proceso

conlleva para la institución primaria tanto un alivio como también una pérdida de poder. El principio de la teoría del intercambio, la (relativa) igualdad de valor del dar y del tomar, impone ahora a la colectividad prestar una “reparación” por la pérdida de poder de la institución primaria, asumiendo aquellas tareas que debido a su pérdida de poder la institución primaria ya no puede cumplir o sólo puede hacerlo de manera insuficiente.

De acuerdo con este modelo argumentativo, gran parte de las tareas del Estado social constituyen un deber de compensación y una responsabilidad de contención de esos derechos. Aun cuando el Estado social pueda parecer en la superficie como una comunidad solidaria o, como supone Rawls, como una colectividad de justicia distributiva, en su núcleo teórico de legitimación se revela como una comunidad que vive a partir de la justicia del intercambio y la complementaria justicia correctiva.

En contra de la idea del intercambio se imponen dos objeciones. Primero, que debido a las mayores expectativas de vida aumenta el tiempo en que los mayores requieren de la asistencia de los menores, por lo cual el contrato generacional ha pasado a favorecer más a los ancianos. A ello se contraponen, sin embargo, que para los jóvenes se ha aplazado el inicio de la vida profesional, en parte debido a la extensión de la escolarización, en parte debido a periodos de capacitación profesional más extensos.

De acuerdo con la segunda objeción fundamental, la idea del intercambio no podría considerar a aquellas personas que no aportan al intercambio, como, por ejemplo, aquellos que desde su nacimiento adolecen de incapacidades graves. Pero a esta objeción puede restársele fuerza mediante un argumento que contiene varias partes. Un primer argumento parcial recuerda la responsabilidad que asume aquel que trae niños al mundo, una responsabilidad que comparten los padres con el grupo primario en que viven. El ser humano no llega a este mundo por soberana decisión, sino que a raíz de una decisión ajena. Quien trae niños al mundo a sabiendas de que son inermes y que, en casos dados, requieren de atenciones especiales por sufrir de impedimentos, asume el deber de prestar la correspondiente ayuda.

El segundo argumento parcial introduce la idea del deber de compensación y la responsabilidad por la contención de los derechos sociales de los ciudadanos; apunta a algo que va mucho más allá de una

mera fianza de indemnidad en tanto que las familias han sido privadas de poder por el Estado, éste deberá emprender tareas que originalmente realizaba la familia. De acuerdo con un tercer argumento parcial, buena parte de los impedimentos se deben a aquellos riesgos que guardan relación con nuestra forma de civilización. Dado que reivindicamos colectivamente las ventajas de aquélla, también cabe asumir colectivamente sus desventajas.

Tarea análoga se presenta también en el caso de otras cuestiones sociales clásicas, por ejemplo, en las esferas de la cesantía y de la pobreza. A modo de continuación de las colectividades familiares y de stirpe, fueron las comunas las que hasta muy avanzado el siglo XIX constituyeron colectividades solidarias. En parte de modo directo, en parte vía cooperativas profesionales, los llamados gremios, se preocupaban de las posibilidades ocupacionales y asumían importantes tareas asistenciales. Observamos ahora que parte de la multiplicidad de factores que condujeron a la decadencia de las colectividades solidarias fue el fortalecimiento del poder político central. Dado que éste reúne en sus manos mayores competencias regulatorias y, además, percibe una parte mayor del cada vez más abultado ingreso por concepto de impuestos, tiene, por razones de la justicia del intercambio, el deber de compensar la pérdida de poder de las comunidades. En parte de modo indirecto, mediante la seguridad social, y en parte de forma directa, mediante la política económica y social, asume las tareas de las agencias anteriores al Estado.

Otras tareas compensatorias resultan de las relaciones de intercambio injustas del pasado. Piénsese en las injusticias cometidas contra los esquimales, los indígenas, indios y otros pueblos originarios al expropiarse su propiedad, ya de modo violento, ya a través de prestaciones insuficientes. Hasta donde la injusticia persista y los habitantes originarios de los respectivos países se vean menoscabados en lo que respecta a las relaciones de propiedad, ellos merecen una compensación. Algo similar vale para los africanos de América del Norte y de Sudamérica, así como para otros grupos a los que por vía de la esclavitud o regímenes de servidumbre como la encomienda, o también vía instituciones “más sutiles”, se les impidió durante siglos el acceso a títulos de propiedad, a establecimientos educacionales con igualdad de derechos y al ascenso social.

En la medida que existe el derecho a la compensación, aunque sólo en la medida que la injusticia siga obrando efectos hasta hoy y

los respectivos grupos tengan menores oportunidades, ésta deberá ser prestada no sólo por aquellos que se encuentren en una situación absolutamente ventajosa, sino que por aquellos que gocen de ventajas sobre la base de la injusticia pretérita. Algo similar vale para los territorios que antaño fueron colonias. En tanto en ellos se hayan cometido injusticias con efecto de largo plazo, sea por la imposición de monocultivos, por insuficientes oportunidades educacionales para los nativos, etc., se les debe una compensación. Claro que a ellos no les debe la comunidad mundial, sino que aquellos que cometieron las injusticias, es decir, el correspondiente poder colonial, especialmente cuando goza hasta el presente de alguna ventaja, por ejemplo, la de seguir ejerciendo una influencia cultural en ese territorio.

Hay todavía otro argumento de la teoría institucional que habla a favor de una serie de tareas propias del Estado social. A semejanza del primer argumento, sólo cobra importancia en combinación con desarrollos propios de la historia social, confirmando, por tanto, el modelo de argumentación “ética más antropología más historia social”: en el transcurso de su historia, las instituciones sociales se van desarrollando hasta convertirse en complejos progresivamente diferenciados. Este desarrollo trata en gran medida de transformaciones estructurales, es decir, transformaciones que se manifiestan colectivamente, con una nueva situación colectiva de ventajas y de riesgos, que, eso sí, se distribuyen de modo diferente entre los diversos grupos e individuos. Por ejemplo, el hecho de que la producción industrial abarate los bienes materiales favorece a todos. Pero sólo es posible con la ayuda de una mano de obra que no aporta al proceso productivo (casi) nada más que su fuerza de trabajo, viéndose por tanto más afectada por el riesgo de ser fuerza laboral que aquellos grupos que también disponen de propiedad, ya sea agrícola o urbana, o de capital. Debido a la ventaja colectiva —esto es, la producción de bienes a menor precio— la fuerza laboral asume una desventaja particular, a saber, el riesgo de un alto grado de desprotección. En ello residirá una injusticia en tanto que el riesgo no sea coasumido por todos aquellos que acceden al usufructo de una producción más barata de bienes, es decir, la sociedad como un todo.

Algo similar vale para la comunidad de trabajadores especializados. Ésta no sólo incrementa la productividad y la capacidad de rendimiento, no mejora únicamente las oportunidades para una auto-

realización individual e individualizada, también encierra una serie de riesgos. Por ejemplo, aumenta la interdependencia en la sociedad y, por consiguiente, aumenta también la propensión a los trastornos. Además, sigue creciendo el porcentaje de los trabajadores no independientes. A esto se suma que el trabajo se va especializando en segmentos cada vez más pequeños; y, además, es objeto de una creciente planificación anticipada. Y, no en último lugar, la indispensable disposición para el desplazamiento va de la mano de una pérdida de los espacios vitales originarios, lo que menoscaba la estabilidad emocional y la identidad cultural. Dado que los riesgos se presentan, una vez más, en forma estructural, es decir, colectivamente, no afectando, eso sí, a cada grupo por igual, también ellos deben ser colectivamente amortiguados por razones de justicia correctiva.

A todas luces esta argumentación implica nuevas tareas para el Estado social, como en la esfera de la educación, ya que una sociedad del trabajo no demandará únicamente educación por sí misma, sino que en aras de la capacitación laboral. Pero la justicia del intercambio en sí sólo constituye un núcleo, y sin las respectivas condiciones estructurales y marginales no puede desplegar una fuerza de legitimación.

Quien aún es el más importante teórico de la justicia de los últimos siglos, John Rawls (1971: parágrafos 13, 17 y otros), plantea otros argumentos, tanto desde un punto de vista descriptivo como normativo. Su estrategia de legitimación, sin embargo, es menos convincente en ambos sentidos. En un sentido descriptivo, Rawls no entra en aquellas condiciones marginales de la historia social que han suscitado la cuestión social; aquí sigue una estrategia poco específica, demasiado general. Y desde una perspectiva normativa, pasa por alto el núcleo de la teoría del intercambio: que para grupos de poblaciones y “tipos” de personalidad que se ven perjudicados por el desarrollo de una sociedad industrial, la respectiva ventaja colectiva solamente es justa cuando cada uno participa de la ventaja colectiva.

De la nueva estrategia de legitimación surge para la justicia social un principio nuevo. Mientras el primer principio de Rawls, aquel de la mayor libertad igual para todos, forma parte de la justicia política y no de la justicia social, su así llamado principio de diferencia (“difference principle”) es un principio relativamente equivalente al de la justicia social: seres humanos que se encuentran en extrema necesidad merecen

nuestra compasión activa aun cuando ellos mismos sean culpables de su situación; pero no tienen propiamente derecho a exigir nuestra ayuda. Si, en cambio, la necesidad es en parte culpa de la sociedad porque, por ejemplo, ella ha incurrido en riesgos colectivos, entonces la sociedad está obligada a compensar. De acuerdo con Rawls, la sociedad es responsable de todos los perjuicios, aunque en mi modelo de legitimación lo es únicamente de aquellos perjuicios ocasionados por los mejoramientos colectivos. A fin de que la formación de una sociedad industrial pueda valer como legítima, las desventajas pertinentes deben ser convertidas en una ventaja per-saldo.

Por cierto, toda sociedad se desarrolla en gran medida de manera natural. Además, es imposible determinar anticipadamente, con precisión, ni el tipo ni el balance de las ventajas y desventajas. Por esta razón el Estado debe volver una y otra vez a reflejar los desarrollos sociales desde el punto de vista de “ventajas colectivas, desventajas particulares” y, en los casos particulares, discernir medidas de corrección y asumir, con ese fin, nuevas competencias: más precisamente, competencias de planificación.

Por otro lado no debe olvidarse que el tantas veces ponderado contrato generacional se establece respecto de a lo menos tres generaciones. Cuando el Estado social se extralimita en pos de la “justicia social”, quien paga es la tercera generación, aquella de los hijos y de los hijos de esos hijos: el peso de la deuda crece, la tasa de inversión, que no debe entenderse solamente como financiera, cae, la salud pública crece con mayor fuerza que la educación pública y en muchos lugares la infraestructura social, que se representa con estructuras que funcionan, es sometida a más exigencias que a renovaciones.

Hay una tarea importante para la cual, al parecer, no sirve pensar en términos de intercambio: aquella que yo llamo “la nueva cuestión social”. Se trata de la justicia entre las generaciones, uno de cuyos factores es la protección del medio ambiente natural. De hecho, la naturaleza natural es un don que no cabe intercambiar sino que distribuir. Sin embargo, la mayor parte de los procesos sociales y de la civilización consisten en transformaciones de la naturaleza en que están en juego la justicia de intercambio y la justicia compensatoria que la complementa. Así como, por ejemplo, la condición en que se lega el medio ambiente natural a la generación siguiente co-determina sus oportunidades y riesgos de vida,

un contrato generacional sólo será justo si la generación dominante en ese momento no lega hipotecas a la generación que le sigue, a quien no dejará las correspondientes garantías. Midiendo con esta vara resulta, por ejemplo, que la explotación de fuentes de energía no renovables sólo será justa bajo la condición de que esa explotación no se haga de un modo más acelerado que la creación de nuevas fuentes.

Yo propongo una manera de legitimar la responsabilidad del Estado por el medio ambiente que difiere considerablemente de aquella de Nozick. Este filósofo social, liberal de viejo cuño, patrocina, como se sabe, una teoría del derecho que comienza con “la obtención originaria de la propiedad”. Y la obtención originaria la concibe como “apropiación de objetos que no tienen dueño”. Y en esto supone tácitamente que la naturaleza “aún intocada” por el ser humano, en su totalidad y en cada una de sus partes, representa un bien todavía sin dueño que pasa a la propiedad del ser humano mediante la apropiación y el trabajo. Pero esta suposición, que Nozick no fundamenta, resulta implausible:

Dado que la naturaleza natural representa un hecho principal, parece tanto más plausible considerarla como una propiedad común de la humanidad que pertenece por igual a cada generación. Se comporta como un capital de cuyos intereses puede vivir cada generación, sin tocar el capital mismo. Ya sea un individuo, un grupo o una generación, aquel que saca algo de la propiedad en común está obligado a devolver algo de valor equivalente. Y así como los padres prefieren dejar a sus hijos una herencia más abultada, una generación generosa lega a la siguiente una tierra más rica.

Ese deber no sólo se extiende sobre el medio ambiente natural, sino que también sobre aquel cultural, social y técnico. Trátese de adquisiciones de la cultura, incluyendo el idioma, la literatura, el arte, la música y la arquitectura, trátese de infraestructura civilizatoria como caminos y carreteras o canalizaciones, de la educación y la salud públicas, o de la calidad arquitectónica de la ciudad y del solaz del paisaje, además del conocimiento científico, médico y tecnológico, las instituciones jurídicas y sociales y, no en último lugar, de la acumulación de capital y el desarrollo de la ciudadanía, en todas estas esferas cada generación debe practicar un ahorro tridimensional y de ningún modo sólo económico, es decir: un “conservar conservador”, que es la mantención de instituciones y recursos; una “acumulación inversora” de capital, infraestructura, tecnologías futuristas...; y un “ahorro preventivo” en

términos de evitar la guerra, las catástrofes ecológicas y las debacles económicas o sociales.

En la realidad política acontece lo contrario. En el marco del producto social bruto han crecido enormemente los gastos actuales: las cargas sociales, los costos de la salud pública, los gastos de la previsión y la amortización de la deuda pública. Los gastos a futuro, en cambio, han disminuido, es decir, las inversiones en educación pública y otros ámbitos de la infraestructura social y material. Este marcado desplazamiento del ámbito inversor a un ámbito, en el más amplio sentido, consumidor, significa una injusticia respecto a las futuras generaciones. Esta disparidad cada vez mayor entre ingreso y riqueza creciente de los mayores, y merma en la inversión en la educación, no sólo pone en riesgo el futuro, también atenta contra la justicia intergeneracional. Hay que decirlo en pocas palabras: el presente vive a costas del futuro.

Parte de la justicia entre las generaciones son también los dispositivos que favorezcan a los padres jóvenes. Ellos requieren, especialmente las mujeres, de horarios de trabajo más flexibles, ocupaciones de media jornada y subsidios familiares mucho mejores, incluyendo jardines y guarderías infantiles. Finalmente, hay que permitir que los jóvenes asuman oportunamente responsabilidades económicas, sociales y políticas en lugar de mantenerlos expuestos a una creciente gerontocracia, es decir, a la acumulación de cargos y altas posiciones en personas cada vez mayores.

Hago balance: indudablemente las reflexiones anteriores constituyen tan sólo un esbozo de legitimación. Las considero como una proposición para discutir las tareas del Estado, tanto las que son obvias como las que no lo parecen tanto, no con reflexiones sobre la solidaridad, sino con reflexiones sobre lo justo, y, en el marco de la justicia, y no (meramente) de una justicia distributiva, sino que (adicionalmente) de la justicia de intercambio y la justicia correctiva. En esto me parecen importantes a lo menos cuatro puntos: primero normativamente, en cuanto reciprocidad de las ventajas y desventajas a ser intercambiadas; en seguida, no-normativamente, buscando un concepto de intercambio suficientemente amplio y sensible del aspecto socio-histórico. Tercero, se requiere demostrar que sin las facultades de decisión y de coacción de los poderes públicos la reciprocidad, en efecto, no logra imponerse de manera suficiente.

BIBLIOGRAFÍA

- Aristóteles. *Nikomachische Ethik*. Trad. al alemán de Ursula Wolf. Darmstadt: 2002.
- Hayek, F. A. *Law, Legislation and Liberty. A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*. Vol. 2: *The Mirage of Social Justice*. Londres: 1976.
- Hobbes, Th. *Leviathan, or The Matter, Forme & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill* [1651]. Edición de C. B. Macpherson. Londres: ND Londres: 1962.
- Höffe, O. *Den Staat braucht selbst ein Volk von Teufeln. Philosophische Versuche zur Rechts- und Staatsethik*. Stuttgart: 1988.
- . *Thomas Hobbes*. Munich: Beck Verlag, 2010.
- Kant, I. “Die Metaphysik der Sitten. Erster Teil: Methphysische Anfangsgründe der Rechtslehre” [1797]. Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften (eds), *Gesammelte Schriften*. Edición de la Academia, Berlin: 1902.
- Mauss, M. *Die Gabeunparteilichkeitsstaatsordnung, gründliche Überlegung. Form und Funktion des Austauschs in archaischen Gesellschaften*. Frankfurt/M.: 1923/1924.
- Müller, H. P. “Soziale Gerechtigkeit heutee”. *Merkur* 562 (1996).
- Nozick, R. *Anarchy, State and Utopia*, Nueva York: 1974.
- Rawls, J. *A Theory of Justice*. Cambridge: 1971.
- Sahlins, M. *Stone Age Economics*. Chicago: 1972. □

**COMPETENCIA DESLEAL:
LA ECONOMÍA DEL ENGAÑO**

Ricardo Sanhueza

Universidad de Los Andes

Benjamín Mordoj

Universidad de Chile

Resumen: La Ley N° 20.169 protege en Chile a competidores y consumidores de la competencia desleal. Es plausible pensar que la Ley exige a los jueces acreditar la aptitud de una conducta potencialmente desleal para desviar clientes desde un competidor a otro, por lo que resulta indispensable evaluar desde la perspectiva económica cuándo una conducta supuestamente desleal es apta para producir el desvío del comercio. Se plantea que cuando se trata de información falsa sobre los atributos de los productos, aplicar la Ley sólo podría tener sentido cuando se trata de bienes de experiencia y de confianza. Asimismo, se plantea que la usurpación de la identidad de un rival constituye un acto de competencia desleal especialmente relevante porque no sólo busca desviar clientela, sino que destruye un mecanismo de mercado para informar verazmente sobre los atributos de los productos. Consideran-

RICARDO SANHUEZA. Doctor en Economía, Universidad de Maryland. Profesor de la Universidad de Los Andes (rsanhueza@uandes.cl).

BENJAMÍN MORDOJ. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Profesor Ayudante de Derecho Económico, Universidad de Chile. Abogado asociado de FerradaNehme (bmordoj@fn.cl).

do que la Ley otorga competencia para conocer este tipo de conflictos a los tribunales ordinarios de justicia, este trabajo puede servir como una guía simple para una interpretación y aplicación de la Ley.

Palabras clave: competencia desleal, información, aptitud de la conducta.

Recibido: agosto 2011; **aceptado:** septiembre 2011.

THE ECONOMICS OF DECEPTION

Abstract: *Law 20,169 protects competitors and consumers in Chile from unfair competition. As it is plausible to conceive that the Law requires judges to confirm the capability of a potentially unfair conduct geared to divert customers from one competitor to another, it is necessary to assess from an economic perspective when a supposedly unfair conduct is capable to divert trade. This paper argues that when there is false information about the attributes of a product, enforcing the law could only make sense when the products are experience and credence goods. It contends too that usurpation of a rival's identity is an especially relevant form of unfair competition since the intent is not only to divert clientele, but also to destroy a market tool that provides truthful information on the features of products. Since the Law grants jurisdiction to the ordinary courts of justice to resolve this type of disputes, this paper aims to provide a simple guide on interpreting and enforcing the Law.*

Keywords: *unfair competition, information, conduct potential.*

Received: *August; accepted: September 2011.*

1. Introducción

En febrero de 2007 se promulgó la Ley N° 20.169 (la Ley) cuyo objeto declarado es proteger a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses por un acto de competencia desleal. La Ley define un acto de competencia desleal como toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del

mercado¹. La Ley tuvo su origen en una moción parlamentaria para complementar el derecho chileno de la competencia², en parte, porque el Decreto Ley N° 211 de 1973 (DL 211), que establece el régimen de defensa de la libre competencia, tipifica sólo aquellos actos de competencia desleal realizados con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante³. Lo anterior difiere del caso de la Ley N° 20.169, que busca cautelar de manera simultánea dos bienes jurídicos distintos —el interés del competidor particular y el de los consumidores—, lo que justifica analizar algunas hipótesis que se presentan en los mercados desde la perspectiva de la racionalidad económica de su sanción.

Asimismo, a nuestro juicio, la Ley exige a los jueces acreditar la aptitud de una conducta potencialmente desleal para desviar clientes desde un competidor a otro, tal como se deriva de su propia redacción⁴ y como lo ha señalado una sentencia sobre la materia⁵. Por ello, resulta indispensable evaluar desde la perspectiva económica cuándo una conducta supuestamente desleal es apta para producir el desvío del comercio, lo que —argumentaremos— depende del contexto de información en que las transacciones entre oferentes y consumidores se materializa.

Un tercer aspecto que justifica ahondar en los aspectos económicos de la competencia desleal es que el órgano jurisdiccional a cargo de conocer las demandas al amparo de la Ley es un tribunal no especializado —los tribunales ordinarios en lo civil⁶—. En este contexto, entender la economía que subyace a las conductas sancionadas por la ley se hace indispensable.

Por último, comprender la economía de la competencia desleal permite muchas veces identificar de manera temprana la eficacia de una

¹ Artículo 3.

² Exposición de Motivos, p. 1.

³ Artículo 3, letra c.

⁴ A modo de ejemplo, a propósito de las distintas acciones que el artículo 5 de la Ley permite ejercer. El único caso menos claro sería el de la acción de prohibición de un acto no puesto en práctica (letra a). Sin embargo, dado su carácter eminentemente cautelar, el requisito de aptitud se encontraría en la necesidad de acreditar un *fumus bonis iuris*.

⁵ Décimo Juzgado Civil de Santiago, Sentencia Rol C-23384-2008, de 27 de mayo de 2009, Considerando Vigésimo: “[L]a actora no puede pretender que la población de este país se confunda, ya sea por la morfología, colores y demás elementos utilizados por quienes elaboran este tipo de productos”.

⁶ Artículo 8.

conducta para desviar comercio entre competidores. Esto permitiría a un juez, y a potenciales demandantes, anticipar la tipicidad efectiva de una conducta, lo que podría precaver los litigios frívolos. Esto es especialmente relevante en Chile porque no existen reglas claras ni eficaces para atribuir los costos de un litigio infundado a un demandante⁷, y donde, a diferencia de lo que ocurre en otros países, un juez no puede desestimar una acción en las etapas preliminares de un procedimiento⁸.

Por todo lo anterior, este trabajo pretende abordar algunos casos en que la inconsistencia entre bienes jurídicos protegidos puede presentarse (descuentos o precios mentirosos y publicidad engañosa), así como un ejemplo en que efectivamente ambos bienes jurídicos sí pueden resultar coherentes y, al mismo tiempo, la conducta resulta apta para desviar clientela a favor del sujeto activo (usurpación de identidad). Lo anterior, con el objeto de contribuir a una mejor interpretación de la Ley N° 20.169, otorgando una simple guía para ser considerada por el juez en un hipotético caso.

La Ley considera un acto de competencia desleal la difusión de hechos o aseveraciones, incorrectos o falsos, que induzcan a error respecto a las características o la calidad y, en general, sobre las ventajas proporcionadas por los bienes y servicios ofrecidos, sean propios o ajenos⁹. Asimismo, serían actos de competencia desleal las aseveraciones incorrectas o falsas en relación al precio¹⁰, y el aprovechamiento indebido de la reputación ajena por medio de inducir a confundir los propios bienes, servicios, actividades y signos distintivos con los de un tercero¹¹.

Las ofertas de precios rebajados son comunes en muchos mercados. A veces suelen promocionarse como descuentos porcentuales respecto al precio normal durante un cierto periodo. Otras veces se trata de ofertas de precios rebajados pero condicionadas a que el vendedor

⁷ Véase, por ejemplo, Mery (2006).

⁸ Es lo que se conoce en el derecho anglosajón como *summary judgment*. En Chile no existe una institución similar y se observa escaso interés por incorporarla a nuestro régimen legal. De hecho, el proyecto de reforma a la justicia procesal civil que consagra un nuevo Código Procesal, se limita a introducir un control de admisibilidad solamente formal de las demandas (Boletín N° 6567-07 Cámara de Diputados, artículo 236).

⁹ Artículo 4, letra b.

¹⁰ Artículo 4, letra b.

¹¹ Artículo 4, letra a.

cuenta con disponibilidad de inventario o capacidad para concretarlas. En ninguno de estos casos el consumidor puede comprobar la veracidad de la oferta y existe espacio para el engaño —rebajas porcentuales que no son tales o bien ofertas de precios que no están disponibles—. En este contexto, cabe preguntarse en qué medida la ley que regula la competencia desleal puede proteger los intereses de los consumidores (uno de sus objetivos declarados) y evitar que ofertas de precios engañosas sean utilizadas para desviar clientela entre competidores.

La racionalidad económica que subyace la regulación de la competencia desleal es que las transacciones entre compradores y vendedores se dan normalmente en condiciones de información incompleta, por lo que es factible mentir respecto a los atributos de los productos con el objeto de desviar clientela hacia el propio negocio. Sin embargo, ello no siempre es así. La idoneidad o aptitud del engaño para desviar clientela depende del papel que juega la falta de información en la transacción¹². Por ello, evaluar en un caso particular si una conducta constituye un acto de competencia desleal requiere entender en qué medida la difusión de información falsa es un medio idóneo para desviar clientela.

Por otra parte, las empresas saben que los consumidores tienen información limitada respecto a los atributos de los productos que ofrecen, y que existe la posibilidad de que un competidor oportunista tome ventaja. Por ello, existen mecanismos de mercado operando cuyo objetivo es informar de manera creíble a los consumidores respecto a los atributos de los bienes que ofrecen. Además, es plausible pensar que si un competidor intenta desviar clientela hacia su negocio engañando respecto a los atributos de sus productos, sus rivales tengan incentivos para desenmascarar el engaño. Sin embargo, como veremos, ambos mecanismos podrían ser insuficientes, por lo que regular la competencia desleal sería en algunas ocasiones necesario, dependiendo del tipo de bien comercializado.

¹² El Código Civil de 1857, que es la principal fuente de regulación para nuestros actos y contratos, supone normalmente condiciones de simetría de información entre las partes en una transacción, salvo casos excepcionales. Como ejemplo de estas excepciones se encuentran: (i) la nulidad por error de hecho sobre la sustancia o calidad esencial de la cosa (artículo 1454); (ii) la acción de saneamiento por vicios redhibitorios u ocultos de la cosa adquirida por el comprador no experto (artículo 1861); y, (iii) la acción rescisoria por lesión enorme, cuando el precio de transacción de un inmueble se alejó considerablemente de su justo precio (artículos 1888 y siguientes).

En cambio, la usurpación de identidad de un competidor, aprovechando su reputación mediante la copia de sus signos distintivos (práctica conocida como *trade dress*), constituye un acto de competencia desleal porque, por medio del engaño, desvía clientela hacia el propio negocio. Sin embargo, como veremos, esta conducta tiene consecuencias más allá del desvío de comercio —destruye un mecanismo de mercado por medio del cual las empresas informan a los consumidores de los atributos ocultos de los bienes y servicios que ofrecen—.

El trabajo está organizado de la siguiente manera. En la próxima sección analizamos en qué medida la ley que regula la competencia desleal protege los intereses de los consumidores cuando se trata de precios con descuentos engañosos. La tercera sección trata el problema de la publicidad falsa respecto a los atributos de los productos. Se analiza en qué medida la información falsa respecto a los atributos de los bienes resulta idónea para desviar clientela hacia el propio negocio, y si los mecanismos de mercado y la competencia resultan suficientes para evitar actos de competencia desleal. La cuarta sección trata la usurpación de identidad entre competidores y cómo ella destruye mecanismos de mercado para informar a los consumidores. La última sección concluye con algunas reflexiones sobre la aplicación de la Ley en sus distintos ámbitos.

2. Precios con descuentos engañosos

Una de las variables más importantes en la decisión de compra es el precio, por ello, una empresa podría intentar desviar clientela desde los rivales promocionando descuentos que en realidad no son tales. Un descuento engañoso puede tomar dos formas. La primera es promocionar descuentos porcentuales que no son reales. La segunda es ofrecer descuentos que en realidad no están disponibles cuando el cliente los solicita. En esta sección analizamos en qué medida sancionar estas prácticas beneficia a los consumidores, que es uno de los bienes jurídicos que la Ley señala proteger.

2.1. Descuentos porcentuales mentirosos

Es común observar que una tienda promocióne descuentos de sus precios en un porcentaje determinado. Sin embargo, al no especificarse la base sobre la cual se aplicó el descuento, ello puede no ser verdad.

Para ejemplificar, suponga que una tienda ofrece un descuento del 25% en el precio los días martes. Sin embargo, este descuento es respecto al precio que tiene los días lunes que en realidad es 20% superior al precio que cobra los demás días de la semana. Así, la rebaja no fue en realidad del 25% sino de tan sólo un 10% si se consideran las condiciones normales de precio durante el resto de la semana.

Si bien, desde la perspectiva de la ley que regula la competencia desleal, este tipo de rebajas engañosas podría ser objeto de sanción, es concebible imaginar situaciones en que hacerlo podría resultar contrario a los intereses de los consumidores (Rubin, 1991). Ello podría ocurrir si la tienda que promociona un descuento del 25%, a pesar de que en realidad es sólo del 10%, atrae consumidores más sensibles al precio que comprarían en la tienda y dejarían de hacerlo en otras. Las demás tiendas, sin embargo, como una estrategia defensiva se verían forzadas a reaccionar reduciendo sus propios precios aun por debajo del precio rebajado en 10%. Asimismo, la reacción de los rivales podría llevar a la primera tienda a reducir el precio por sobre el 10% inicial, y el descuento mentiroso desencadenar una dinámica competitiva que intensificaría la competencia en precios. El resultado sería que los consumidores terminan accediendo a menores precios y comprando más.

Por otra parte, no es claro que una estrategia de descuentos engañosos como ésta resulte en un desvío de comercio hacia la tienda que desencadenó la competencia más intensa. Todo depende de cómo reaccionen los rivales. La evidencia casual sugiere que el resultado suele ser una guerra de precios en la que todos los competidores reducen fuertemente sus precios para defender sus participaciones de mercado. Las múltiples guerras de precios entre supermercados donde las participaciones de mercado no se han alterado sustantivamente son un ejemplo de que no siempre se produce un desvío de clientela.

Si la persecución de casos de descuentos engañosos resultara en que los comercios fueran mucho más cautos a la hora de ofrecer descuentos, ello podría eventualmente hacer menos probable que se desencadenen dinámicas competitivas que hicieran más intensa la competencia en precio, lo que obviamente resultaría en que los consumidores pagaran precios más altos. De este modo, una aplicación irrestricta de este tipo legal debe analizar su aptitud y consistencia con otros bienes jurídicos distintos de la protección de un competidor porque podría tener efectos sobre los consumidores.

Respecto a este último punto, sin embargo, conviene hacer un par de consideraciones adicionales. La primera es que, aun cuando la competencia pudiera resultar más intensa en un contexto en que las empresas engañan en sus descuentos en el precio, los consumidores pudieran ver disminuido su bienestar si se erosiona su confianza en los proveedores y requieren incurrir en mayores costos de búsqueda para suministrarse de manera confiable un bien o un servicio¹³. En este sentido, los descuentos mentirosos importarían un costo para los consumidores. La segunda consideración es que las reducciones de precio engañosas encarecen establecer relaciones de confianza entre oferentes y consumidores, y la confianza es un elemento esencial para que las empresas logren la lealtad de sus consumidores que les permita acceder a una participación de mercado sustentable en el tiempo¹⁴.

2.2. Descuentos no disponibles

Suele ser común ver publicidad con ofertas de precios rebajados sujetos a disponibilidad, en particular cuando se trata de la venta de servicios como, por ejemplo, viajes aéreos, paquetes vacacionales, o estadías en hoteles. Pero también ocurre en comercios que venden bienes complementarios como, por ejemplo, un supermercado donde la publicidad de precios rebajados de algunos productos ganchos sirven para atraer clientes y vender otros bienes¹⁵.

La imposibilidad de los consumidores para comprobar si existía o no disponibilidad al momento de comprar hace posible que este tipo de ofertas pueda ser un mecanismo para desviar clientela desde los rivales promocionando productos con descuentos que en realidad no están disponibles. Sin embargo, como argumenta Rubin (1991), al igual que

¹³ Los descuentos mentirosos son la expresión de oportunismo en un contexto de información incompleta, lo que incrementa los costos de transacción. Para mayor detalle véase, por ejemplo, Williamson (1985, cap. 2).

¹⁴ Ver para el caso del comercio electrónico, por ejemplo, Urban *et al.* (2000) y Reichheld y Scheffer (2000).

¹⁵ La venta a pérdida de un producto gancho para incentivar la compra de otros bienes es una práctica denominada *loss leading*. Recientemente, la Fiscalía Nacional Económica validó su licitud en la mirada del derecho de la competencia. Véase Resolución de archivo Denuncia de Cámara de Comercio de San Vicente Tagua-Tagua, por presuntos precios predatorios en el rubro panificador.

en el caso de los descuentos engañosos, prohibir este tipo de descuentos podría resultar en que los consumidores terminen pagando mayores precios.

Consideremos, por ejemplo, el caso de las promociones de rebajas no disponibles que se dan en industrias como las líneas aéreas, los hoteles o el arriendo de automóviles. Una característica común a estas industrias es que los oferentes enfrentan costos fijos importantes y su costo medio depende de manera crucial de la tasa de utilización de sus inversiones. Por otra parte, los servicios que ofrecen no son almacenables en el sentido que si no se venden en un determinado periodo la posibilidad de hacer esa venta ya no está disponible en el periodo próximo. Por ejemplo, si un hotel no vende una habitación un día determinado no es factible venderla en el futuro. Ambas características llevan a que los proveedores deban gestionar sus ingresos (hacer *revenue management*) cambiando constantemente el precio a medida que va cambiando la tasa de utilización de su capacidad para minimizar el costo medio de proveer el servicio. Como consecuencia, en condiciones como éstas, los precios rebajados que se publicitan sólo estarían disponibles de manera irregular. Cuando la capacidad ociosa es elevada, y no se prevé llenarla a los precios de lista, la oferta de precios rebajados estaría disponible. Pero si, por el contrario, la demanda es tal que el oferente del servicio prevé que su capacidad se llenará a los precios de lista, los precios rebajados dejarían de estar disponibles.

Si, en este tipo de industrias, se prohibiera o sancionara fuertemente la promoción de descuentos que eventualmente no estarán disponibles, o bien se obligara al oferente a especificar la disponibilidad a esos precios, todo el proceso de gestión de ingresos se vería entrampado. Los oferentes de viajes, hoteles, arriendo de automóviles o vuelos, podrían verse desincentivados de hacer ofertas a precios reducidos porque existe la posibilidad de que su capacidad instalada se agote y no puedan cumplir. El resultado es que la tasa de utilización promedio de la capacidad instalada sería menor, y los costos medios se incrementarían y ello llevaría a un aumento de precios. Aplicar la ley que regula la competencia desleal en este contexto no protege a los consumidores, por lo que su interpretación debe ser coherente con esta realidad, considerando que ello es también un bien jurídico protegido por la Ley cuya sanción conllevaría una lesión al bienestar de los consumidores y la dinámica competitiva.

La situación es distinta en el caso de las ofertas de precio sin respaldo de inventario en industrias en que no existen indivisibilidades y los productos se pueden almacenar. En estos casos, la utilización de ofertas de precio sin respaldo de inventarios sólo busca desviar comercio desde los rivales y no existirían consideraciones de eficiencia económica que las justifiquen, por lo que su sanción no conllevaría una lesión al bienestar de los consumidores o a la dinámica competitiva.

3. Publicidad engañosa respecto a los atributos

En un mercado de productos homogéneos, el precio es la variable más importante en la decisión de compra. Sin embargo, el mundo se caracteriza por una oferta diferenciada de bienes y servicios. Esta diferenciación puede venir dada por los distintos atributos que tiene el producto o bien por su imagen de marca. En este último caso, poco importa si los productos son físicamente idénticos, son distintos si los consumidores consideran que no son sustitutos suficientemente buenos.

La diferenciación entre productos puede ser horizontal o vertical. Cuando están horizontalmente diferenciados, a un mismo precio, distintos consumidores preferirán distintos productos. Es el caso, por ejemplo, de las bebidas gaseosas. Como las preferencias de los consumidores son heterogéneas, a un mismo precio algunos preferirán gaseosas de sabor naranja mientras que otros de sabor a lima. Cuando la diferenciación es vertical, en cambio, a un mismo precio todos los consumidores prefieren un solo producto. Éste es el caso de la diferenciación basada en la calidad. Por ejemplo, si a los consumidores se les ofreciera a un mismo precio un automóvil con un sistema de frenos convencionales y otro idéntico pero con un sistema de frenos ABS, todos elegirían este último. En este caso ambos bienes están verticalmente diferenciados.

A diferencia de lo que en ocasiones podría ocurrir con los descuentos engañosos, en el caso de la publicidad engañosa respecto a los atributos del producto, el engaño importa un costo en términos de eficiencia económica. Jordan y Rubin (1979) plantean que si un consumidor es inducido por la información falsa a comprar, su bienestar se vería mermado porque de no haber existido engaño hubiese comprado otro bien. Asimismo, los rivales perderían ventas producto del engaño que de otra manera hubiesen podido materializar. Así, la publicidad engañosa respecto a los atributos de los bienes implicaría una asignación

ineficiente de los recursos. Los consumidores terminarían realizando compras que no hubiesen efectuado a vendedores que no hubiesen escogido de no haber mediado el engaño.

3.1. Información, atributos de los bienes y posibilidad de engaño

El engaño respecto a los atributos de los bienes y servicios sólo tiene sentido si las transacciones se dan en un contexto de información incompleta. Por eso, antes de analizar en qué medida la difusión de información falsa respecto a los atributos de los bienes resulta un medio apto para desviar clientela, es indispensable entender cuál es el papel que juega la información en las transacciones.

El trabajo seminal de Nelson (1970) permite explorar la importancia que tiene la información en distintos tipos de transacciones. El autor argumenta que existen dos clases de bienes: los bienes con atributos de búsqueda y los bienes con atributos de experiencia. Los bienes con atributos de búsqueda son aquellos cuyas características (incluida la calidad) pueden ser conocidas por el comprador antes de realizar la compra. En estos casos basta la inspección directa del bien para conocer sus características relevantes. Un ejemplo de un bien de búsqueda es una camisa. Por medio de la inspección directa del producto el consumidor puede conocer la calidad de la confección, el diseño, la calidad de la tela, etc.

En estos casos, los incentivos a entregar información falsa respecto a los atributos del producto para desviar clientela son tenues. Los consumidores pueden conocer los atributos de los bienes por inspección directa antes de comprar, y el engaño no es un medio eficaz para desviar clientela. Si un vendedor mintiera sobre los atributos del producto, el engaño quedaría expuesto fácilmente. En este caso, la publicidad y la información que provee el vendedor pretenden informar de los atributos del producto, dónde adquirirlo, su precio, etc., pero de manera veraz (Nelson, 1974)¹⁶.

¹⁶ Nelson (1974) reconoce la posibilidad de que cuando ir de compra resulta costoso, un oferente de un bien de búsqueda podría exagerar algunos atributos para atraer al cliente. Éste, a pesar de descubrir, antes de comprar el bien, que el oferente exageró sus atributos valorados, no sigue buscando otro proveedor para no incurrir nuevamente en el costo de búsqueda. Sin embargo, argumenta que existen costos de reputación para un oferente que hace esto, lo cual hace menos relevante en este caso el incentivo a engañar.

Los bienes con atributos de experiencia, en cambio, son aquellos cuyas características relevantes, como, por ejemplo, la calidad, la resistencia, durabilidad, etc., sólo son posibles de determinar por el cliente una vez que los ha adquirido, consumido o utilizado. Es el caso, por ejemplo, de los electrodomésticos. Las distintas marcas en oferta suelen ser aparentemente similares pero difieren en su calidad y durabilidad. Algunas marcas tendrán el desempeño esperado para este tipo de productos, otras, en cambio, requerirán de mantenimiento continuo y durarán menos que la vida útil promedio. Como en este caso la inspección directa no provee información respecto a los atributos relevantes, el consumidor sólo logra conocer la calidad y la durabilidad del producto una vez que lo ha adquirido y lo ha usado por un tiempo.

A diferencia de lo que ocurría con los bienes de búsqueda, cuando se trata de bienes con atributos de experiencia podrían existir incentivos a engañar respecto a los atributos relevantes como, por ejemplo, la calidad. La producción de bienes de mejor calidad implica mejores materias primas, mejor ingeniería y un sistema de control de calidad más exigente, por lo que es más cara que la producción de baja calidad. Así, un oferente oportunista podría manipular rentablemente la información que entrega a los consumidores respecto a la calidad del producto. En concreto, le convendría difundir falsamente que está ofreciendo productos de alta calidad, cobrar un precio mayor, pero en definitiva proveer un producto de baja calidad. En este caso, el engaño resultaría eficaz para desviar clientela porque el consumidor es incapaz de reconocer los atributos relevantes sin haber previamente adquirido y utilizado el producto.

El problema de los atributos ocultos y la posibilidad de engaño es aún más agudo en otro tipo de bienes identificados por Darby y Karni (1973), los que tienen atributos de confianza¹⁷. En este caso, a un consumidor no experto le resulta imposible juzgar los atributos del bien o el servicio aun después de haberlo adquirido y consumido. Un ejemplo es la compra de verduras regadas con agua de pozo. La verdad es que resulta imposible saber, aun después de consumirlas, si ello es o no verdadero. Obviamente, en estos casos la posibilidad de engaño es aun mayor que en el caso de los bienes de experiencia, y la divulgación de información falsa respecto a los atributos podría ser un medio eficaz para desviar clientela.

¹⁷ Estos bienes o servicios se denominan en inglés *credence goods*.

La taxonomía entre bienes de búsqueda, experiencia y confianza resulta analíticamente útil para entender la idoneidad del engaño para desviar clientela. Sin embargo, en la práctica, las características de los bienes y servicios suelen no ser asimilables exclusivamente a una de estas categorías. Ellos pueden mostrar en distinto grado y de manera simultánea atributos de búsqueda, experiencia y confianza. No obstante, se puede colegir que en la medida que los bienes y servicios tengan en mayor medida atributos de experiencia y confianza, la idoneidad del engaño para desviar clientela en el mercado es mayor, por lo que su sanción al amparo de la Ley puede resultar justificada.

3.2. Publicidad engañosa y relevancia de la Ley

Las transacciones entre compradores y vendedores se dan en un contexto de información incompleta, por lo que es posible que el engaño sea idóneo para desviar clientela. Sin embargo, como veremos, existen mecanismos de mercado operando que permiten a las empresas informar de manera veraz y creíble sobre los atributos de sus productos. Asimismo, las transacciones se materializan normalmente en ambientes competitivos, por lo que resulta interesante analizar si la competencia resulta en la exposición del engaño.

Mecanismos de mercado para informar sobre los atributos

Como vimos más arriba, el engaño respecto a los atributos de los bienes ofrecidos es relevante cuando se trata de bienes de experiencia o de confianza. Por eso, las empresas están dispuestas a invertir para informar creíblemente sobre las características que los consumidores no observan —o no se encuentran en condiciones de observar a bajo costo— antes de comprar. Existen varios mecanismos de mercado para ello.

Uno es ofrecer garantías que puedan exigirse si los atributos del producto no son los ofrecidos¹⁸. Sin embargo, las garantías podrían ser

¹⁸ Esta solución ya se encuentra, en algún sentido, incorporada en nuestro ordenamiento jurídico, a través del derecho legal de garantía consagrado en el artículo 21 de la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, aunque de un modo limitado (tres meses desde la recepción del bien). Respecto a los aspectos económicos de las garantías como señal de calidad véanse, por ejemplo, Spence (1977) y Gal-Or (1989).

muy poco efectivas cuando el precio del producto es muy bajo y existen costos de exigirlos¹⁹; o bien cuando es difícil definir cuál debería ser el desempeño adecuado del bien o el servicio prestado²⁰; o cuando la durabilidad del bien no sólo depende del fabricante sino que también del uso que el consumidor le haya dado al producto. Por eso, las garantías no siempre pueden resolver el problema de informar creíblemente a los consumidores de los atributos ocultos de los bienes. Además, la garantía es en sí misma un bien de experiencia porque su valor sólo es develado una vez que un consumidor la exige y en este sentido también puede resultar en un mecanismo ineficaz para asegurar calidad²¹.

Nelson (1974) ha sugerido, sin embargo, que, en el caso de los bienes de experiencia, la publicidad podría ser por sí misma informativa sobre la calidad del producto, independiente de la veracidad del mensaje. Quienes producen bienes de alta calidad estarían dispuestos a gastar más en publicidad que quienes anuncian alta calidad pero en realidad ofrecen baja calidad. La razón es que la publicidad induce una primera venta, pero ella es mucho más valiosa para quien suministra la calidad ofrecida. Quien ofreció la calidad prometida obtiene ventas repetidas de su producto, pero el que maliciosamente engañó a los consumidores no, porque se correría la voz de que se trata de un mal producto y la sanción por los consumidores resulta posible²². Por eso, cuando se trata de productos con ventas que se repiten en el tiempo, se argumenta que el gasto publicitario sería un mecanismo que informa creíblemente respecto a los atributos ocultos del bien o el servicio.

Klein y Leffler (1981), por otra parte, han sugerido que la inversión que realiza una empresa en construir una marca reconocida y valiosa, y mantenerla, podría ser otro mecanismo que en sí mismo resulte informativo respecto a la calidad oculta de bienes y servicios. Para construir una marca y mantenerla, una empresa debe realizar gastos en publicidad, promoción y *merchandising* que son específicos a la empre-

¹⁹ Un ejemplo es la garantía que ofrecía un fabricante de alimentos para bebés (colados). Si el consumidor no estaba satisfecho con el producto debía enviar la etiqueta del envase a una casilla postal en Costa Rica. Obviamente que el costo del trámite era mayor que el costo de desechar el alimento si estaba en mal estado sin más.

²⁰ Probablemente muchos pacientes de cirugías estéticas esperan más de las intervenciones de lo que obtienen.

²¹ Agradecemos esta observación a uno de los árbitros.

²² La idea de Nelson (1974) ha sido desarrollada formalmente por Kilstrom y Riordan (1984).

sa y sus productos. Una vez realizadas estas inversiones, la empresa las recupera sólo si logra realizar ventas repetidas en el tiempo, lo que obviamente requiere que la empresa suministre la calidad ofrecida de ese producto. Así, la inversión en el desarrollo de una marca, al igual que el gasto en publicidad, resultaría ser informativa respecto a la veracidad de la promesa de calidad y otros atributos que la empresa realiza.

En la misma línea, Shapiro (1983) plantea que los consumidores infieren la calidad considerando la calidad de los productos ofrecidos por la empresa en el pasado, y que la construcción de una reputación de calidad permitiría informar verazmente a los consumidores sobre la calidad y otros atributos de los productos ofrecidos. La empresa que pretende desarrollar una reputación de calidad podría hacerlo por medio de establecer un precio introductorio menor que el costo de producir el bien en baja calidad. Las pérdidas que asume durante este periodo introductorio constituyen una inversión para establecer su reputación, que sólo recuperaría si logra repetir ventas en el tiempo cobrando un premio por la calidad que provee. El que los productos con reputación de calidad se puedan vender con un premio sobre los costos induce a los oferentes a mantenerla en el tiempo.

La literatura sobre los mecanismos de mercado que permiten informar verazmente a los consumidores respecto a los atributos ocultos de los bienes ha sido un esfuerzo sistemático por caracterizar las condiciones de oferta y demanda en que ellos operan. Por eso, el que existan estos mecanismos no implica que sea innecesaria una ley que regule la competencia desleal porque bajo determinadas condiciones ellos no resultan eficaces. Sin embargo, cuando uno observa que algunos de estos mecanismos son utilizados por una empresa, lo lógico es inferir que en ese caso concreto sí resultan eficaces, si no las empresas no invertirían en ellos.

Competencia y exposición del engaño

Cuando una empresa informa de manera falsa respecto a los atributos de un producto lo que busca es desviar ventas desde los rivales hacia sí misma. Por eso cabe preguntarse si el mismo proceso competitivo no resultaría suficiente para exponer el engaño sin necesidad de una ley especial que regule la competencia desleal. Los oferentes cuyos productos tienen mejores atributos deberían tener incentivos a informar verazmente a los consumidores y exponer un eventual engaño

de sus competidores. Por ello, no sería necesario regular. La competencia generaría información veraz respecto a los atributos de los productos. Pitofsky (1977), sin embargo, argumenta que estos incentivos no siempre existirían.

Por ejemplo, en mercados oligopólicos muy concentrados, los oferentes podrían evitar revelar información respecto a los atributos de los bienes para evitar una guerra competitiva en el ámbito del diseño de los productos que sea mutuamente desventajosa. Las guerras competitivas en diseño de productos normalmente implican mayores costos, los que no siempre se pueden traspasar a precio. Pitofsky (1977) argumenta que ello ha ocurrido en la industria alimenticia donde se ha desatado una guerra por ofrecer productos bajos en calorías, lo que a la larga ha encarecido los productos y deteriorado los márgenes. En Chile ocurre algo similar en el mercado de las tarjetas de crédito. Los emisores lanzan tarjetas con cada vez más beneficios para los tarjeta-habientes como, por ejemplo, créditos sin intereses hasta por un año, descuentos sustantivos en la compra de combustible, o bien descuentos para viajar. En casos como estos existen escasos incentivos para promover las características del producto propio y exponer las debilidades de los competidores.

Por otra parte, en mercados que son altamente concentrados y es caro entrar, informar de manera muy precisa respecto a los atributos de los productos puede abrir oportunidades de entrada a nuevos rivales. Por ejemplo, el mercado de las galletas fue tradicionalmente servido por pocos oferentes que comercializaban con marcas reconocidas, sin que se produjera entrada. Sin embargo, ello cambió con la creciente preocupación de un segmento de clientes por el contenido calórico del producto, la cantidad de grasas saturadas y otros atributos nutricionales. Cuando esta información comenzó a publicarse en los envases, y los clientes fueron más conscientes de su importancia, se abrió la posibilidad de entrada para productores más pequeños. Su ingreso al mercado obedeció a que fueron capaces de diseñar productos con atributos nutricionales valorados por un segmento del mercado que resultó más fácil de identificar cuando los oferentes establecidos fueron obligados a revelar información sobre las características nutricionales de sus productos.

En una industria más atomizada, donde existe un mayor número de competidores, cada uno con una baja participación de mercado, tampoco existirían incentivos a exponer el engaño. Los beneficios que obtendría cada competidor de exponer el engaño serían muy pequeños

porque tienen una baja participación de mercado, y, además, la exposición del engaño de un competidor constituye un bien público para todos los demás (Jordan y Rubin, 1979). En este contexto, la competencia no promovería, sino que más bien inhibiría, la exposición del engaño.

Pitofsky (1977) argumenta, además, que exponer el engaño de los rivales tiene sus propios inconvenientes. El primero es que puede no ser una estrategia competitiva rentable. Los presupuestos de marketing de una empresa son limitados y exponer el engaño de un rival implica asumir el costo de oportunidad de dejar de resaltar las bondades del propio producto. Si el efecto en la participación de mercado de promover los propios productos es mayor que el denunciar rivales, la puja competitiva no incentiva exponer el engaño.

Pitofsky (1977) también identifica otras razones de orden práctico que inhibirían la exposición del engaño. Una es que puede ser difícil probar que un rival está entregando información falsa respecto a los atributos de sus productos, y existe el riesgo de judicializar la competencia²³, con los costos públicos y privados ya señalados²⁴. Otra es que

²³ De hecho, una de las conductas que la propia Ley sanciona en su artículo 4, letra g. —y que la jurisprudencia antimonopolios también reconoce como conducta potencialmente desleal— es el ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales efectuado con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado (práctica conocida como *sham litigation* en el derecho comparado).

²⁴ Un caso de judicialización como el que hemos descrito se encuentra en el dictamen N° 1235, de 6 de enero de 2003, emitido por la antigua Comisión Preventiva Central. En dicho caso, el denunciante alegó que la campaña publicitaria del alimento para gatos marca Whiskas constituía un acto de competencia desleal, al señalar que 8 de cada 10 gatos prefieren Whiskas. El denunciante alegó, entre otras cosas, que: “[L]a afirmación que se hace por medio de esta propaganda no tiene asidero, de acuerdo a las cifras obtenidas de un análisis del mercado chileno de alimentos para gatos, donde los alimentos Whiskas aparecen con una venta en todos los segmentos investigados que en ningún caso alcanza el 80%, que sería lo lógico en su concepto, si tal preferencia fuera verdadera [...] de suerte entonces que resulta falsa la pretensión de la denunciada de que de cada 10 gatos 8 prefieran el alimento Whiskas (§3)”. La Comisión Preventiva Central, al rechazar la denuncia, indicó que: “[N]o se puede inferir de la conducta de la denunciada que con su aviso promocional pretende eliminar o restringir la competencia, puesto que este hecho no es idóneo para lo primero ni impone un barrera que provoque lo segundo. En cuanto a que la entorpezca, tal ocurriría si de ello se derivara en una limitante para la concurrencia a los mercados, virtud o efecto del que carece un aviso publicitario, tanto más cuando afirmaciones como las de este tipo son comunes en el mercado publicitario y usadas generalmente, también por la denunciante (§17)”.

los medios podrían ser reacios a una publicidad confrontacional considerando que le venden espacio publicitario a más de un competidor.

En suma, la rivalidad no siempre soluciona el problema de la difusión de información falsa respecto a los atributos de los bienes vendidos, por lo que existe espacio para la regulación de la competencia desleal.

4. Usurpación de identidad

Los envases, la publicidad y otros signos distintivos permiten a un oferente transmitir su identidad e imagen de marca a los consumidores. La imagen de la marca permite comunicar ideas y atributos de manera que ellos sean asociados a los productos (Gardner y Levy, 1999). La marca de un producto también permite informar sobre los beneficios funcionales y emocionales que se pueden derivar de su consumo (Aaker, 1996; y Aaker y Joachimsthaler, 2000), y posicionarlo en la mente de los consumidores respecto a los productos ofrecidos por los competidores (Aaker, 1991 y 1996; East, 1997; y Rook 1999). Es así que, en el caso de los bienes de búsqueda, las marcas y sus signos distintivos serían un medio por el cual un productor provee información al consumidor que incrementa el valor de los bienes consumidos y le reduce los costos de búsqueda.

La usurpación de identidad, por medio de inducir a los consumidores a confundir los propios bienes, servicios, actividades y signos distintivos con los de un tercero, tiene como fin apropiarse de la reputación ajena para desviar clientela, por lo que no cabe duda de que se trata de un acto de competencia desleal.

Cuando la usurpación de identidad no es penalizada, los signos distintivos dejan de ser informativos y se debilitan los incentivos a invertir en desarrollar una marca. A las empresas les resultaría más difícil asociar características funcionales y emocionales a sus productos y posicionarlos en la mente de los consumidores. Ello entorpecería el mecanismo por el cual los oferentes agregan valor a los productos y servicios que comercializan. Por otra parte, los costos de búsqueda de los consumidores aumentarían porque ya no podrán confiar en los signos distintivos en su elección de compra, y tendrían que desarrollar actividades de búsqueda y testeo para poder identificar los oferentes que proveen los atributos que ellos valoran.

La relevancia de prevenir la usurpación de identidad por medio de una ley que regule la competencia desleal, sin embargo, va más allá de evitar que por medio del engaño se desvíe clientela hacia el propio negocio, sino que resulta indispensable para preservar las inversiones en marcas como mecanismos para informar creíblemente a los consumidores de los atributos de los bienes (Klein y Leffler, 1981 y Shapiro, 1983).

Si la usurpación de identidad no es penalizada y la marca con sus signos distintivos dejan de ser informativos, el mecanismo de mercado para separar oferentes de alta calidad de los de baja calidad dejaría de ser efectivo. Como se sabe desde el trabajo seminal de Akerlof (1970), cuando los consumidores no pueden distinguir a oferentes de alta y baja calidad se produce una reducción de la calidad promedio de los bienes ofrecidos en el mercado, pudiendo llegarse al extremo que los oferentes de alta calidad salgan del mercado. Esto importaría un costo en bienestar cuando existen consumidores dispuestos a pagar por bienes y servicios de alta calidad pero ellos no pueden ser provistos porque el mecanismo para informar creíblemente respecto al atributo se ha vuelto ineficaz.

5. Conclusión

La ley que regula la competencia desleal pretende, al menos formalmente, proteger a competidores y consumidores de las conductas contrarias a la buena fe o las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiguen desviar clientela. Sin embargo, su aplicación en el caso de ofertas de descuentos de precio engañosas puede desincentivar una rivalidad más intensa entre competidores, o bien entabrar el proceso de gestión de ingresos, lo que podría afectar el bienestar de los consumidores —que es otro bien jurídico protegido por la Ley y por el DL 211—. En ambos casos, los consumidores podrían terminar pagando precios más altos. Por ello, su aplicación debería considerar los eventuales efectos sobre la intensidad de la competencia en precio y si existen o no razones de eficiencia que justifiquen que en ciertas circunstancias las ofertas no puedan ser satisfechas.

Por otra parte, en los casos de información falsa sobre los atributos de los productos, es indispensable evaluar en qué medida el engaño es un instrumento apto para desviar clientela. La aplicación de la ley de

competencia desleal cobra sentido cuando se trata de bienes de experiencia y de confianza, es decir, cuando los atributos no son observables antes de comprar y consumir el producto. Además, en cada caso, se debe evaluar en qué medida las empresas utilizan mecanismos de mercado eficaces para revelar creíblemente sus atributos a los consumidores, porque ello podría constituir indicio de que la información provista es veraz.

El ámbito en que resulta imprescindible aplicar la Ley es en los casos de usurpación de identidad (*trade dress*). En estos casos es obvio que el objetivo es apropiarse de la reputación ajena para desviar clientela, lo que genera ineficiencias en la asignación de recursos. Pero, además, la sanción se hace imprescindible porque la conducta destruye las marcas, un mecanismo de mercado por medio del cual las empresas buscan informar verazmente a sus consumidores respecto a los atributos de sus productos, cuestión que puede afectar el bienestar de los consumidores y entrapar el proceso competitivo.

La aplicación de la Ley por los tribunales ordinarios de justicia debiera tener en cuenta estos elementos, en especial porque en Chile no existe una etapa formal de admisibilidad que permita desestimar tempranamente las demandas manifiestamente frívolas o inútiles, lo que ahorraría costos públicos y privados. Entre otras cosas, hemos enfatizado la importancia de que los tribunales evalúen la aptitud o idoneidad de la conducta para desviar el comercio, lo que supone entender la economía de la competencia desleal.

BIBLIOGRAFÍA

- Aaker, D. *Managing Brand Equity: Capitalizing on the Value of a Brand Name*. New York: The Free Press y Simon & Schuster, 1991.
- . *Building Strong Brands*. New York: The Free Press/Simon & Schuster, primera edición, 1996.
- Aaker, D. y E. Joachimsthaler. *Brand Leadership*. New York: The Free Press/Simon & Schuster, primera edición, 2000.
- Akerlof, G. "The Market for Lemons". *The Quarterly Journal of Economics* 84 (3), 1970: 488-500.
- Bork, R. *The Antitrust Paradox*. New York: The Free Press, 1978.
- Darby, M. y E. Karni. "Free Competition and the Optimal Amount of Fraud". *Journal of Law and Economics* 16 (1), 1973: 67-88.
- East, R. *Consumer Behavior: Advances and Applications in Marketing*. Hemel Hemstead Hertfordshire: Prentice Hall Europe, primera edición, 1997.

- Gal-Or, E. "Warranties as a Signal of Quality". *Canadian Journal of Economics* 22 (1), 1989: 50-61.
- Gardner, B. y S. Levy. "The Product and the Brand". En D. Rook (ed), *Brand, Consumers, Symbols & Research: Sidney J. Levy on Marketing*. Thousand Oaks, California: Sage Publications, 1999: 131-40.
- Jordan, E. y P. Rubin. "An Economic Analysis of the Law of False Advertising". *The Journal of Legal Studies* 8 (3), 1979: 527-553.
- Kilstrom, R. y M. Riordan. "Advertising as a Signal". *Journal of Political Economy* 92 (3), 1984: 427-450.
- Klein, B. y K. Leffler. "The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance". *Journal of Political Economy* 89 (4), 1981: 615-641.
- Mery, R. "Una Aproximación Teórica y Empírica a la Litigación Civil en Chile". Latin American and Caribbean Law and Economics Association, 2006.
- Nelson, P. "Information and Consumer Behavior". *Journal of Political Economy* 78, 1970: 311-329.
- . "Advertising as Information". *Journal of Political Economy* 82, 1974: 729-754.
- Pitofsky, R. "Beyond Nader: Consumer Protection and the Regulation of Advertising". *Harvard Law Review* 90 (4), 1977.
- Reichheld, F. y P. Schefter. "E-Loyalty: Your Secret Weapon on the Web". *Harvard Business Review* 78 (July/August), 2000:105-113.
- Rook, D. "Products and Brands". En D. Rook (ed.), *Brand, Consumers, Symbols & Research: Sidney J. Levy on Marketing*. Thousand Oaks, California: Sage Publications, 1999: 127-129.
- Rubin, P. "The Economics of Regulating Deception". *Cato Journal* 10 (3), 1991: 667-690.
- Shapiro, C. "Premium for High Quality Products as Returns to Reputation". *The Quarterly Journal of Economics* 98 (4), 1983: 659-680.
- Spence, M. "Consumer Misperception, Product Failure and Producer Liability". *Review of Economic Studies* 44 (138), 1977: 561-573.
- Urban, G., F. Sultan y W. Qualls. "Placing Trust at the Center of Your Internet Strategy". *Sloan Management Review* 42 (Fall), 2000: 39-49.
- Williamson, O. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985. □

**ENTRE LA DIFERENCIACIÓN Y LOS INDIVIDUOS:
DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS REDES
DE LA INFAMIA***

Aldo Mascareño

Universidad Adolfo Ibáñez

Resumen: En el contexto de la modernidad, la relación interna entre política y derecho constituye el eje de la institucionalización de los derechos fundamentales. Estos son co-originales a la diferenciación funcional en tanto esta provee un espacio donde los individuos pueden concretizarlos mientras el acoplamiento jurídico-político los legitima y sanciona. Este artículo aborda las dificultades para la realización de esos derechos en la región latinoamericana producto de la consolidación de redes de estratificación y reciprocidad que intervienen procedimientos formales y, con ello, limitan la universalización de esos derechos e introducen intereses particularistas propios de la red. El resultado de esto consti-

ALDO MASCAREÑO. Doctor en Sociología, Universidad de Bielefeld, Alemania. Profesor investigador Escuela de Gobierno, Universidad Adolfo Ibáñez (aldo.mascareno@uai.cl).

* Este texto es parte de las actividades de investigación de los proyectos Fondecyt 1110437 y 1110428. Agradezco a los árbitros anónimos del CEP y a María Teresa Miranda por sus comentarios y sugerencias. Errores y omisiones son responsabilidad del autor.

tuye una importante fuente de desigualdad en la modernidad regional.

Palabras clave: diferenciación funcional, desigualdad, derechos fundamentales, redes, procedimiento, exclusión.

Recibido: julio 2011; **aceptado:** septiembre 2011.

BETWEEN DIFFERENTIATION AND INDIVIDUALS: FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE NETWORKS OF INFAMY

Abstract: *In modern societies, the internal relationship between politics and law constitutes the cardinal factor by which fundamental rights are institutionalized. Since functional differentiation provides a framework in which individuals can implement those rights and the legal-political coupling legitimizes and sanctions them, fundamental rights are deemed to be co-original with functional differentiation. This article addresses the difficulties in realizing those rights in Latin America as a consequence of the networks of stratification and reciprocity. Such networks become entrenched and disrupt formal procedures, thereby limiting the universalization of those rights and introducing the particular interests of the network itself. It is argued in this paper that this is an important source of inequality in Latin American modernity.*

Keywords: *functional differentiation, inequality, fundamental rights, networks, procedure, exclusion.*

Received: *July 2011; accepted: September 2011.*

En su pequeño libro *Historia universal de la infamia*, Jorge Luis Borges (2008) incluye el relato llamado “El proveedor de iniquidades Monk Eastman”. Es un relato sobre las bandas de New York a fines del siglo XIX. Eastman comenzó como encargado del orden en uno de los salones de baile de la época, pero ya en 1899 era un poderoso caudillo electoral de la zona con 1.200 hombres a su cargo. Particulares y políticos solicitaban su diligente ayuda, por la cual Eastman tenía la siguiente lista de precios: “15 dólares una oreja arrancada, 19 una pierna rota, 25 un balazo en la pierna, 25 una puñalada, 100 el negocio entero” (Borges, 2008: 56). Al decir de Borges, los políticos locales negaban que existieran tales bandas y las llamaban ‘sociedades recreativas’, pero

se alarmaron cuando la banda de Eastman entró en disputa pública con la de Paul Kelly, otro inefable proveedor de maldades. Eastman fue finalmente atrapado y condenado a diez años de prisión. A su salida, no pudo reunir a su banda y se alistó en otra más grande: un regimiento de infantería que participó en las guerras europeas. Conocido ahí por la doctrina de no tomar prisioneros, apareció muerto en New York en 1920 al lado de un siempre curioso gato.

Otro infame: Vicente Benavides, jefe de montoneras de la ‘guerra a muerte’ en Chile en los años veinte del siglo XIX. El escritor venezolano Mariano Picón Salas (1972) lo muestra en plenitud. Nació en Concepción y se enroló primero en las filas del ejército chileno, pero luego se pasó a los realistas y fue apresado en la batalla de Maipú en 1818. Condenado a muerte por desertión y otros crímenes, lo mataron, varias veces, pero sobrevivió. San Martín oyó de esto y, por su rudeza, lo quiso para su campaña peruana, pero antes lo destinó al ejército chileno a fin de que luchara contra los indios en el sur. Mala decisión. Benavides ofreció sus servicios ahora a los indios y con ellos asoló la frontera del Bío-Bío. Su creciente poder lo llevó a procurarse su propia flota y ejército. Atacó varios barcos y se apropió de ellos. Cuentan que, como buen proveedor de iniquidades, se preocupaba de sus soldados-prisioneros; a sus oficiales les permitía incluso vivir en sus casas y les pedía opinión. Y como buen infame, cuando convenía se decía soldado de España y enarbolaba su bandera, y cuando no, jefe de la nación araucana, con propios colores. Lo arrestaron en Concepción en febrero de 1822 cuando bajó a tierra a buscar provisiones. El 23 de febrero “se le sacó de la cárcel, en un canasto atado a la cola de una mula, y fue colgado en la plaza principal. Se le cortaron después la cabeza y las manos, para ser colocados en altos postes, para señalar los lugares de sus horribles crímenes, Santa Juana, Tarpellanca y Arauco” (Picón Salas, 1972: 277) —así al menos rezaba el comunicado público emitido por el Gobierno de S. E. el Director Supremo el sábado 23 de febrero de 1822 titulado “¡Venganza pública!”, todo por supuesto después de haber sido juzgado ‘conforme a las leyes de un estado libre’.

Sin duda, varias historias pueden seguir a estas, y no solo de inicios del siglo XX, sino de inicios del XXI. Los proveedores de iniquidades, de maldades inicuas, de injusticias a propósito, abundan en la trastienda de la diferenciación funcional y en la antesala de los individuos. Lo que sin embargo quiero destacar de estos relatos es que tanto

Eastman como Benavides no actuaban solos. Ellos fueron el punto nodal de bandas y redes que operaban ilegítimamente entre la diferenciación y los individuos, es decir, entre los marcos y estructuras institucionales formales y las personas. Esas redes, no obstante, siguen existiendo en la actualidad, probablemente en formas más sutiles. La historia del futuro se encargará de identificar a sus infames. Lo que en este artículo me interesa ilustrar es la función de estas redes en un contexto moderno y sus consecuencias tanto para la institucionalización de los derechos fundamentales como para los individuos. Pues si esas redes operan sin atender a las instituciones formales o se introducen en ellas para obtener sus beneficios al margen de la legalidad, entonces obstaculizan la concretización de los derechos fundamentales e impiden el desarrollo de un orden democrático.

En Chile, desde los años noventa, se ha transformado en parte del sentido común sociológico sostener una tensión constitutiva entre modernización y subjetividad (Lechner, 1991, 2001, 2006; PNUD, 1998; Salvat, 1999; Larraín, 2004; Güell, 2005; Casas, 2005; Kaulino/Stecher, 2008). En su Informe de 1998, el PNUD llegó incluso a hablar de las paradojas producidas por el enfrentamiento de modernización y subjetividad, y de diferenciación e integración. Siempre hubo dudas que se tratara de paradojas (Aguilar, 2005), pero al plantearlas así, la tarea parecía clara: había que limitar la excesiva expansión de la fría racionalidad sistémica con las tibias corrientes de la subjetividad y la comunidad, especialmente la nacional. La conclusión era una condensación de lo que la teoría sociológica general había venido sosteniendo desde Durkheim hasta Habermas, esto es, que en las sociedades modernas se puede distinguir entre una integración social de tipo normativo fundamentada en esferas como el derecho (aunque también en la moral, la familia e incluso, aunque en menor grado, en la religión) y una integración sistémica, es decir, una coordinación de intereses entre actores sin mayor sustrato normativo y que principalmente se observa en la economía y la política (ver Durkheim, 1985; Parsons, 1968; Lockwood, 1964; Archer, 2009; Habermas, 1990). La traducción, sin embargo, no era todo lo fiel que se podía esperar, pues para el PNUD tanto la especialización o diferenciación de la sociedad moderna (esto es, la formación de esferas de relativa autonomía como el derecho, la economía, la política, entre otras) así como la individuación (es decir, la constitución de un sujeto moral con expectativas y capacidad de acción social para

intentar realizar esas expectativas) eran malestares de la modernización, eran dimensiones sociales que se habían separado y que había que reintegrar. La receta tenía su centro en el estado: “Una ‘sociedad ciudadana’ es tan fuerte y tan débil como el Estado que la representa. Afianzar una ciudadanía participativa implicaría revitalizar la política” (PNUD 1998: 224). Más allá del carácter jerárquico de esta solución, el problema es —como quiero desarrollar más adelante— que el estado es cooptado desde dentro por redes que operan desde él. Entonces, apelar al estado como estrategia de fomento de la ciudadanía sin observar este problema es paradójicamente —ahora sí— debilitarla.

Entretanto, la idea jerárquica de revitalización de la ciudadanía desde el estado encontró su contraparte en la noción de capital social. Este se construía ‘desde abajo’, en la producción de redes de vinculación entre personas. Con ello tales redes y sus capitales sociales parecían ser una puerta de escape frente a la lejanía de los sistemas y el enclaustramiento del individuo. Su lado bueno era que permitían una movilidad social ascendente en términos de una inversión personal en relaciones y vínculos con individuos a los que se puede recurrir en casos determinados para la realización de intereses propios (Coleman, 1988). Así también las redes reconstituían eso que ni la diferenciación funcional ni la individuación entregaban: un sentido recreado de comunidad que era resultado de la interacción continua entre personas orientadas hacia el logro de objetivos comunes (véanse Putnam, 1993; Durston, 2000). Su lado oscuro —y este es mi punto de partida— es que por efecto del vínculo personal en el que las redes se sustentan, pueden en diversas situaciones eludir los procedimientos formales, privilegiar a sus miembros, discriminar a los externos y, de ese modo, convertirse en una fuente importante de desigualdad en la modernidad regional. No se trata ya de las bandas de forajidos de Eastman y Benavides (aunque las redes de narcotráfico no operan de modos muy distintos), sin embargo la lógica de privilegios y un funcionamiento en varios sentidos opuesto a la institucionalidad se siguen manteniendo.

La hipótesis que busco sostener aquí es que la institucionalización de la diferenciación funcional presupone no solo individuación, sino también procedimientos conocidos y democráticamente legitimados de inclusión social, estructurados sobre la base normativa de derechos fundamentales políticamente procesados y jurídicamente positivizados que aseguran a los individuos la oportunidad de acceso a re-

cursos para la realización de sus planes de vida y su protección cuando ello no acontezca. Si en una determinada región o estado-nación esos procedimientos no logran reconocer las expectativas individuales o si se ven sobrepasados por las demandas de los públicos, entonces emergen y se consolidan redes de estratificación y reciprocidad que operan al margen de los procedimientos formales de inclusión y emplean criterios normativos particularistas para decidir la participación de los públicos en los rendimientos aspirados. A mi parecer, en la interacción de esas redes de estratificación y reciprocidad con los individuos, por un lado, y los procedimientos formales de las instituciones de la diferenciación funcional, por otro, sería posible encontrar gran parte de la génesis de las desigualdades actuales.

Para plausibilizar esta hipótesis quiero partir por la tesis inicial de la co-originalidad de autonomía pública y privada de Jürgen Habermas sustentada en un derecho que legitima y en una política que sanciona los derechos fundamentales (1), para luego ocupar este modelo con el fin de ampliar el alcance sociológico de esa tesis a la propuesta de una co-originalidad entre diferenciación funcional y el desarrollo y estabilización de los derechos fundamentales (2). Seguidamente observo cómo los límites de la diferenciación en América Latina hacen inestable la relación derecho-política y promueven la formación y estabilización de redes de estratificación y reciprocidad de carácter particularista que reemplazan los procedimientos formales de las instituciones de la diferenciación funcional (3) y generan situaciones episódicas de exclusión, inclusión particularista y subinclusión (4) que derivan en una desigualdad por estratificación (5). Concluyo con una síntesis del argumento expuesto (6).

1. La hipótesis original de la co-originalidad de los derechos fundamentales

La tesis de la co-originalidad referida a los derechos fundamentales ha sido propuesta principalmente por Jürgen Habermas (1996, 1999, 2004). Habermas sitúa el problema en un nivel normativo y político por medio del concepto de autonomía. Autonomía para Habermas no implica, por supuesto, alguna capacidad del individuo para decidir a su antojo, sino una formación racional de la voluntad de manera tal que ella quede vinculada a las leyes que los individuos se dan a sí mismos en el

marco de un proceso discursivo de formación de una voluntad común. Para Habermas, tanto Rousseau como Kant habrían coincidido en el uso del concepto de autonomía, pero mientras Rousseau entiende la razón situada en la voluntad popular, Kant “intenta alcanzar este objetivo subordinando el derecho a la moral” (Habermas 2004: 144). Más allá de que la preocupación principal de Kant había estado en la vinculación de derecho y moral en torno a la razón práctica, Habermas se propone reconstruir el problema a la vez como *supresión y conservación* de Rousseau y Kant a través de la idea de autolegislación: “ella establece una relación interna entre la libertad y la razón: pone la libertad de todos —la *autolegislación*— en una relación de dependencia con el respeto *igualitario* a la libertad individual de cada uno para decir sí o no, para tomar posición —frente a la *autolegislación*” (Habermas, 2004: 143). Esto debe entenderse como la co-originalidad de autonomía privada y pública en que a aquellos a los cuales el derecho se dirige son, a la vez, los productores de él. De esto se concluye que: “La sustancia de los derechos humanos reside entonces en las condiciones formales para la institucionalización legal de aquellos procesos discursivos de opinión y formación de la voluntad en los cuales la soberanía popular asume un carácter vinculante” (Habermas, 1996: 104). Pero paralelo a esta institucionalización, los derechos fundamentales sustentan la posibilidad de participación individual. Recorro a otra formulación de Habermas: “No hay derecho en absoluto sin la autonomía privada de los sujetos de derecho. Consecuentemente, sin derechos fundamentales que aseguren la autonomía privada de los ciudadanos, tampoco habría un *medium* para la institucionalización jurídica de las condiciones bajo las cuales los ciudadanos en su rol de ciudadanos del estado puedan hacer uso de su autonomía pública” (Habermas, 1999: 301).

Lo que derivó de las formulaciones anteriores es que no solo autonomía privada y pública son co-originales, sino que también hay co-originalidad de derechos fundamentales y condiciones formales de su institucionalización. Por un lado, los derechos fundamentales fundan la autonomía privada y, por otro, las condiciones formales de institucionalización posibilitan la formación de autonomía pública, todo condensado en la fórmula de autolegislación. No quiero sostener que hay anterioridad de una co-originalidad frente a otra, ni que el argumento de Habermas combina elegantemente el espíritu rousseauiano con la tesis kantiana de la emancipación; más bien solo busco poner el problema en otro plano.

Habermas mismo colabora en esto cuando, complementariamente al argumento de la co-originalidad de autonomía privada y pública, introduce la idea de relación interna entre derecho y poder político. Esta relación se expresa en que para cada instituto de derecho debe existir un correlato en la estructura política. Relación interna significa entonces que derecho y política se complementan, que mientras el derecho condensa orientaciones jurídico-normativas, la política las apoya con poder sancionador. En cuanto a los derechos fundamentales, esta relación interna se muestra, por ejemplo, en que los derechos de igual libertad presuponen el poder sancionador de una fuerza legítima; derechos de participación tienen lugar en una colectividad de autoridad central que cuida de sus miembros; derechos de protección implican un sistema de tribunales cuya autoridad descansa en el poder sancionador del estado, y el derecho a auto-determinación política se asienta en un poder ejecutivo capaz de implementar los programas diseñados. Es decir, si el derecho recibe su impronta normativa y legitimidad no del contenido moral o la forma jurídica en sí, sino del procedimiento legislativo apoyado en el estado, el estado es imprescindible como fuerza organizadora y sancionadora; no es externo al derecho sino que —para expresarlo en una fórmula kelseniana— *es* derecho; está internamente relacionado con él. En palabras de Habermas: “El poder político sólo puede desplegarse a través del código jurídico, y es, en el sentido jurídico de la palabra, constituido en la forma de derechos fundamentales” (Habermas, 1996: 135).

Lo que expresa Habermas es la génesis del estado de derecho democrático, aquel que nos permite básicamente tres cosas: sabernos iguales, observar cuando fácticamente no lo somos, y demandar legítimamente que la expectativa de igualdad no sea decepcionada. Este es un logro evolutivo de la modernidad, qué duda cabe. Pero la pregunta en este punto es si en el trasfondo de la constitución del estado de derecho y sus derechos fundamentales solo se precisa de una relación entre las esferas de la política y el derecho.

2. La co-originalidad de diferenciación funcional y derechos fundamentales

A esta concepción habermasiana subyace una distinción muy propia del período histórico en que se forma el estado de derecho: la distinción entre estado y ciudadanos, o entre estado y sociedad civil.

En la tradición contractualista liberal, el estado se había formado como contrato a partir de una transferencia de poder de hombres preocupados de la fragilidad de su naturaleza humana —de la vida, la libertad, la propiedad— que veían amenazada en los constantes conflictos y violencia de los albores de la modernidad. Entonces el estado, que estaba sobre ellos y en una posición de autoridad privilegiada, debía ver de tal modo limitado su poder, que la seguridad permitiera el despliegue de esa naturaleza (Hobbes, 2003; Locke, 1969). Contrato es, en este sentido, la expresión de unos derechos fundamentales naturalizados que indican a los nacientes ciudadanos que el estado los protegerá de otros iguales, pero que también los protegerá de los excesos de él mismo ante la vulnerable pero inalienable naturaleza humana.

Pero esta línea normativo-naturalista es, por definición, inmune a la forma en que el despliegue y evolución de las estructuras sociales incide en los modos de acción. Sucede que la emergencia del estado no solo es paralela a la emergencia del derecho, sino también de la economía moderna como sistema de intercambio fundado en la propiedad, el trabajo y el dinero. No por nada la sociedad civil pasa a ser, en un Hegel (2006) que había leído a Smith, la esfera de intereses privados, el sistema de necesidades. Si se trata de derechos fundamentales, la estabilización del sistema económico tuvo que ser central para la institucionalización de la propiedad y el trabajo, así como la política lo fue para los derechos eleccionarios, y el sistema jurídico para la dignidad e igualdad ante la ley. Estabilización de estas esferas significa que ellas encuentren un modo conjunto de coordinación que es apropiado para cada una, esto es, que de la interacción de ellas se deriven consecuencias que refuercen la manera en que ellas se organizan a sí mismas. Es decir, cuando emerge un derecho a la libertad, a la propiedad o al trabajo, se precisa de un sistema político capaz de asegurar esos derechos con poder sancionador, y también de un sistema económico donde aquéllos puedan ser realizados de manera concreta. No es posible lograr esa estabilización donde tales derechos fundamentales se formulen jurídicamente pero el estado restrinja la libertad de trabajo o la individualidad de la propiedad. Estabilización es interdependencia sostenida en el tiempo.

Asimismo, cualquier expresión de derechos fundamentales en la intersección de política y derecho no podía acontecer sin que la religión pasara a ser una esfera más dentro de otras y dejase de ser la fuente de validez que había sido en el orden estamental de la Cristiandad. El pro-

pio derecho fundamental de la libertad se estabiliza jurídicamente en la misma medida en que la religión abandona la plena ocupación de una esfera pública que surge de este mismo abandono; Dios se posiciona en un plano heterárquico frente a otras esferas, es decir, está a la altura de ellas pero no por encima de éstas —*sapere aude* fue la fórmula empleada por Kant (2002) para simbolizar este proceso—; después de ello a lo más se podía seguir pensando con Leibniz (1989) que este era el mejor de los mundos posibles, mientras era fácil imaginarse a Dios jugando a los dados en alguna taberna celestial. Este doble movimiento de retracción religiosa y libertad del hombre fue también un punto de anclaje para la diferenciación de las relaciones íntimas en tanto producción de individualidades en un sentido moderno, es decir, individuos con capacidad de optar y transitar por distintos roles sin dejar de ser individuos, pues se recreaban a sí mismos en las relaciones de intimidad privadas (Luhmann, 1994). Y si había que asegurar el espíritu de los nuevos tiempos, entonces la centralidad de la socialización por medio de la educación asumía un rol primordial. Justamente, la incomodidad de Rousseau (1979) con la educación de roles en *Emilio* (y que lo hacía distinguir entre educación, instrucción e institución) muestra la creciente diferenciación que estaba logrando en la época un sistema educativo diferenciado, y que, según él, no acertaba a formar para desplegar la condición humana de manera íntegra. En sus agitadas palabras de perplejidad ante la diferenciación de la sociedad, Rousseau indicaba: “Poco me importa que destinen a mi discípulo para el ejército, para la iglesia o para el foro; antes de la vocación de sus padres, le llama la naturaleza a la vida humana” (Rousseau, 1979: 15-16).

Lo que sostengo es que en el proceso de institucionalización de derechos fundamentales el acoplamiento o relación interna entre derecho y política es solo el *punto de sutura*. Es necesario también que otras estructuras concurren, y que otras como la religión se descentralicen, para que las expectativas que los derechos fundamentales prometen puedan ser realizadas. Sin esa concretización de expectativas que las diversas estructuras sociales comenzaron a posibilitar, ningún derecho fundamental pudo realmente estabilizarse; para ello le habría faltado el anclaje en una regularidad de comportamientos individuales, y a los individuos, el anclaje estructural y motivacional para ejercer distintos roles en el nuevo orden. Sucede que la condición de ciudadano no solo planteaba al individuo su inclusión en una comunidad política y jurídi-

ca, sino también en una comunidad económica, en una educativa y en la posibilidad de seguir siendo parte o no de la comunicación religiosa. Se requiere de distintos individuos con distintas capacidades, disposiciones y motivaciones para sostener lo que se estaba creando. Estas cualidades ya no podían ser prescritas desde el orden institucionalizado de privilegios de la estructura de rangos, pues de ella derivaban personalidades uniformes asociadas a las altas prescripciones de los estamentos. Se requería más bien de un derecho a la individualidad (Luhmann, 1999), de una especie de normalización de aquella *excentricidad* con la que la tardía edad media y la modernidad temprana habían calificado a las personalidades singulares que escapaban a la *normalidad* estamental (ver Carroll, 2008; Gill, 2009).

Aquí es donde se sustenta la co-originalidad de diferenciación funcional y derechos fundamentales. Por un lado, las diversas estructuras sociales requieren de individuos que puedan desempeñarse en distintos roles, por otro, los individuos requieren asegurar la expectativa de acceder a esas posiciones. En esa intersección surgen los derechos fundamentales como un modo de resguardar político-jurídicamente una individualidad inquieta que podía aparecer en la discusión política tanto como en la plaza del mercado, en roles educativos tanto como en el servicio religioso, en la milicia así como en la vida familiar; y todo ello “sin ser destrozada por obligaciones de conducta contradictorias” (Luhmann 1999: 48), precisamente porque se trataba de un individuo con derechos fundamentales. Para decirlo de otro modo, sin el desarrollo de estructuras diferenciadas los derechos fundamentales carecen del espacio para probar y ejercer su eficacia; y una diferenciación funcional sin efectividad de los derechos fundamentales no puede sostenerse por mucho tiempo, pues por un lado derechos tales como la libertad, la dignidad, la igualdad ante la ley, la propiedad, el trabajo, el derecho a voto, limitan la tentación política de imponer fácticamente decisiones de poder en cada ámbito social y, por otro, habilitan a los individuos para participar en esos ámbitos indistintamente, sin que deban ser parte de una *nomenklatura*.

Que esta sea la doble función de los derechos fundamentales no implica —y más bien supone— que las cosas pueden suceder de otro modo. Su institucionalización se sostiene en un doble movimiento circular: en un sentido gira la concretización de tales derechos en la vinculación interna de política y juridicidad, pero en otro gira la contra-

vención de ellos, es decir, su valor negativo. Los procedimientos jurídicos formales son los que vinculan ambos círculos. De esta manera, cada quebrantamiento de derechos tiene la posibilidad de ser observado y corregido procedimentalmente en el círculo positivo interno. Existe, por tanto, una unidad de contravención y restitución. ¿Cuándo esto no acontece? Cuando en el intersticio de ambas circularidades una intervención externa bloquea la autonomía del procedimiento. Concretamente esto es lo que sucede en casos de corrupción, extorsión, nepotismo, clientelismo, coerción y violencia, es decir, cuando por medio de lo que quiero llamar *redes de estratificación y reciprocidad* los procedimientos formales son intervenidos por intereses particulares que operan por alguno de los mecanismos mencionados o por una combinación de ellos. Para el caso latinoamericano —entre otros— es aquí donde observo quizás no la única, pero sí una poderosa fuente de desigualdad en la región.

3. Las redes de la infamia

En sus análisis sobre la región latinoamericana, el sociólogo brasileño Marcelo Neves se ha puesto frente al caso de una diferenciación sin efectividad de los derechos fundamentales (Neves, 1992, 2006, 2007). Su conclusión general es que en América Latina enfrentamos lo que él llama una *constitucionalización simbólica*, esto es no sólo una desconexión entre las disposiciones constitucionales y los comportamientos, sino también “una ausencia generalizada de orientación de expectativas normativas conforme a las determinaciones de los dispositivos de la constitución. Al texto constitucional le falta entonces normatividad” (Neves, 2007: 92). José Mauricio Domingues (2008) lo ve de un modo distinto. Para él América Latina se encuentra en una tensión entre ciudadanía en institucionalización y ciudadanía instituida, lo que por un lado significa que es posible encontrar en el campo de los derechos lo que denomina ‘abstracciones reales’, es decir, idealizaciones normativas con capacidad de concretización; aunque también se enfrentan situaciones y procesos sociales distinguibles donde ellos no logran institucionalización. En un sentido similar se ha expresado también Manuel Antonio Garretón (2000): reconoce el evidente proceso de democratización en la región latinoamericana en el que, sin embargo, paralelamente subsisten enclaves autoritarios a nivel institucional (elementos normativos que limitan el ejercicio ciudadano), ético-simbólico

(efectos de violaciones de derechos humanos), actoral (actores de horizonte no-democrático) y cultural (hábitos de elites, sectores medios o populares que conspiran contra la operación democrática, como corrupción, clientelismo o caudillismo).

De estas tres interpretaciones, la de Neves tiene consecuencias difíciles de sostener empíricamente. Si hay ausencia generalizada de orientación de expectativas normativas a partir de la constitución, entonces ningún derecho en América Latina podría verse efectivamente realizado, ningún restablecimiento de expectativas podría lograrse a través del derecho, ninguna restitución de derechos ciudadanos quebrantados tendría lugar. La imagen apropiada para América Latina sería la de un *far west* de pura facticidad, es decir, la tierra prometida de los proveedores de iniquidades del tipo Monk Eastmann o Vicente Benavides, el lugar donde los derechos fundamentales no tienen posibilidad alguna de concretización y el pistolero más bravo se lleva el botín a su guarida. Mi propia interpretación coincide más con la de Domingues y Garretón. Es la siguiente.

En América Latina, el poder goza de una diseminación extrapolítica que coopta a otras esferas al expandir su lógica hacia ellas. Con esto la política interviene la autonomía de esas esferas en base a sus propios medios. No se trata aquí de una relación de complementariedad entre política y otros espacios, sino más bien de un ejercicio de subordinación, que no acontece siempre, pero que acontece, y que cuando lo hace tiene consecuencias múltiples, en especial para la concretización uniforme y neutral de los derechos fundamentales. En otro lugar he llamado a esto *episodios de desdiferenciación*, categoría que intenta mostrar que las intervenciones, aun cuando reiteradas, no alcanzan a todos los espacios de la sociedad ni necesariamente se expanden *ad infinitum* (Mascareño, 2010). También —y solo también— las instituciones funcionan, pues en reiteradas ocasiones no lo hacen. Un hecho histórico determina la expansión de medios informales como la corrupción, la coerción, el clientelismo: el surgimiento en el siglo XIX de un estado oligárquico con modos de integración precarios que favorecían (o al menos no limitaban) una alta desigualdad y discriminación dentro de los límites estatales (Germani, 1959, 1962, 1978, 1981, 2010). A este tipo de medios quiero denominarlos *mecanismos informales de inclusión/exclusión*, en tanto permiten a las personas que participan de ellos acceder a ciertos beneficios, a la vez que tienen un efecto de ex-

clusión en quienes no forman parte de ellos. Los modos de integración precarios del estado conducen a que las expectativas de inclusión de los públicos no pudieran ser satisfechas por los mecanismos formales de inclusión, y cuando esto sucede, la inclusión puede discurrir especialmente a través de redes de actores que operan sobre la base de los principios conocidos de estratificación y reciprocidad. Por estratificación hay que entender un posicionamiento jerárquico de los individuos en una determinada estructura social; se trata de una categorización de individuos o grupos en rangos a los cuales se asocian estrechamente determinadas características estructurales (ingreso, educación, vínculos) y semánticas (valoraciones, estigmatizaciones, discriminaciones, privilegios). Reciprocidad implica, en tanto, una relación de intercambio informalmente estructurada entre A y B, pero asentada firmemente en la expectativa de que cuando A aporta algo en favor de B, B *debe* en el futuro hacer lo mismo (véase Mauss, 2009). Si en una situación de interrelación estos principios se combinan y se estabilizan, entonces emergen redes de estratificación y reciprocidad que cumplen la función de lograr inclusión en los rendimientos de instituciones funcionalmente diferenciadas por medio de mecanismos informales como corrupción, extorsión, nepotismo, clientelismo, coerción y violencia. Esto se logra generalmente con la ocupación de posiciones en la estructura burocrática formal del estado por actores clave de las redes informales. Se alcanza de ese modo un acceso no democrático al uso de estructuras de poder, de manera tal que él puede fluir hacia cualquier rincón de la sociedad, puede diseminarse extraparlamentariamente y extrajurídicamente, en la medida en que aquello sea acorde con los objetivos particularistas de la red.

Tal como en el caso de interacciones entre grupos y personas en procesos de transnacionalización, estas redes, que más bien operan en niveles locales, se pueden analizar en términos de estructuras de acción, discursos y actores (Costa 2007: 138ss). En el plano de las estructuras de acción, las redes tienden a emplear formatos jerárquicos y particularistas, antes que heterárquicos y universalistas. Así, aun cuando los derechos fundamentales puedan generar situaciones contradictorias entre sí —por ejemplo entre libertad de opinión y dignidad, o entre igualdad y libertad—, se trata siempre de perspectivas de valor universalistas que se predicán para todo miembro del género humano y que se concretizan en espacios definidos (Chernilo, 2007, 2009). Operan, en este sentido, como niveles de inviolabilidad con los que cada individuo,

independiente de su etnia, clase, estatus, género, talento o habilidad, puede tener la impresión de un sustrato de seguridad, aun cuando en el acontecer cotidiano los mismos derechos sean incluso regularmente quebrantados. Cuando en cambio las redes conjugan los principios de estratificación y reciprocidad, entonces se producen estructuras piramidales que distribuyen los beneficios de manera particularista, es decir, los distribuyen con una doble desigualdad: solo para los que pertenecen a la red y jerárquicamente entre ellos. La reciprocidad en tales casos funciona como un intercambio temporalmente asimétrico de rendimientos en los que se ofrece inclusión a cambio de compromiso: alter ofrece dinero o posiciones, ego responde con una promesa de lealtad futura; alter ofrece apoyo electoral, ego responde con liberación de trabas burocráticas; alter ofrece protección de adversarios, ego responde con mantenimiento del secreto ante autoridades formales. Precisamente la asimetría temporal del intercambio es lo que estabiliza la estructura operativa de la red, pues siempre se espera un contra-rendimiento, y esa expectativa se renueva cada vez que el contra-rendimiento tiene lugar. Y si no tiene lugar, siempre está disponible la extorsión, la coerción o la violencia física para reponerla, lo que a su vez es un contra-rendimiento de otros miembros de la red que con ello retribuyen su deuda momentánea y quedan a la expectativa de una nueva compensación.

Paralelamente, en el plano de los discursos, para autolegitimar la desigualdad que producen hacia el exterior y la jerarquización hacia el interior, las redes desarrollan normas particularistas de justificación, como la lealtad a los conocidos, el compromiso de reciprocidad, la mantención del secreto, el temor a la violencia física o a la exclusión total. Estos constituyen los niveles de inviolabilidad de la red, son, por decirlo así, *sus derechos fundamentales*, con la diferencia que en este caso ellos no se sustentan en la relación interna entre política y derecho, sino más bien en una relación interna entre interés y facticidad, en la que la coerción, la corrupción, la amenaza ilegítima del uso de la violencia física permiten imponer intereses particulares fácticamente, y la facticidad de la operación abre espacio a que el empleo de esos mecanismos quede sin sanción negativa.

Tanto la estructura de asimetría temporal de las redes como su sustrato normativo particularista les permiten estabilizarse y adquirir la capacidad para intervenir los procedimientos formales que vinculan la doble circulación de los derechos fundamentales (contravención-

restitución), mediante la ocupación, por parte de actores clave de las redes informales, de posiciones relevantes en la estructura burocrática formal del estado o en otros espacios privados. La razón de esto es que precisamente de la intervención de esos procedimientos se obtienen los rendimientos que pueden ser distribuidos en la red y que activan la estructura de su asimetría temporal, produciendo las ganancias y ventajas particulares para sus miembros. Entonces, si esos procedimientos son los que a la vez permiten observar los quebrantamientos de derechos y tomar las medidas necesarias para su reposición, la doble circulación se desacopla y los derechos quebrantados no pueden ser restituidos por la relación interna entre política y derecho. Es decir, la doble dependencia del poder organizacional de sanción y el direccionamiento jurídico-normativo de la posible restitución no logran tener lugar, pues los procedimientos constitutivos de esa relación han sido intervenidos, con lo que su capacidad de observación y operación ha sido desviada, limitada o eliminada.

En sus análisis sobre el modo en que la teoría social ha observado la idea de estado-nación, Daniel Chernilo (2007) ha identificado como una de sus características centrales lo que denomina su *ambigüedad normativa*, esto es, que “la base moral universalista de su legitimidad debe venir, internamente de su organización democrática interna, y externamente de la mantención de principios cosmopolitas” (Chernilo, 2007: 61-62). Sobre la base de la relación interna de derecho y política, los derechos fundamentales permiten la conexión de la organización interna (poder sancionador y derecho legitimador) con un entorno de principios universales, esto es, de principios *válidos para todos* y por ello también *propios*. Con ello la ambigüedad normativa se hace manejable. Sin embargo, ella se torna inmanejable cuando los procedimientos son capturados por redes de estratificación y reciprocidad. Si los procedimientos entregan predictibilidad al proceso que vincula poder organizacional y validez jurídica, es decir, si sostienen la cotidiana “batalla por hacer compatibles las dimensiones organizacionales y normativas de la vida social moderna” (Chernilo, 2007: 70), entonces su captura por redes de normas particularistas (lealtad a los conocidos, compromiso de reciprocidad, mantención del secreto) y basadas en mecanismos operacionales jurídicamente ilegítimos (coerción, extorsión, corrupción, violencia física) solo puede desestabilizar el vínculo interno entre derecho y política que sostiene los derechos fundamentales al limitar la ca-

pacidad de los procedimientos para observar las contravenciones a esos derechos y abrir la posibilidad de su restitución. Dicho de otro modo: cada éxito de las redes de estratificación y reciprocidad es un fracaso en la concretización de los derechos fundamentales; o expresado normativamente: todo logro del particularismo de la red es una denegación de la universalidad de esos derechos.

Redes de este tipo son empíricamente identificables en múltiples espacios, como la literatura especializada lo ha mostrado en la última década: en los grupos paramilitares de las *favelas* en Brasil (Deffner, 2007), en espacios políticos locales en Argentina como fuentes de protección y de distribución de bienes y servicios (Auyero, 2000; Dewey, 2011), en el entorno de las empresas maquiladoras de México (Ramírez, 2004), en las redes eleccionarias clientelares en Colombia (Giraldo *et al.*, 2002) y Venezuela (Gruson *et al.*, 2004); o en Chile, en el intercambio de favores en la clase media (Lomnitz, 1988, 2002; Barozet, 2006), en los contextos de comercio local (Stillerman y Sundt, 2007), en las redes de poder de los *political brokers* (Valenzuela, 1978), o en las disputas de las elites por conducción social en el campo político, económico, militar y cultural (Rovira, 2009). Quiero brevemente exponer tres de estos casos para mostrar cómo ellos se corresponden con el tipo de redes descrito.

El caso de las grandes *favelas* brasileñas sea probablemente un ejemplo extremo en el que las instituciones formales en múltiples sentidos ceden un espacio a redes de estratificación y reciprocidad que funcionan especialmente en base al monopolio de la fuerza física, y constituyen con ello un terreno de relaciones sociales en el cual la universalidad de los derechos fundamentales a la seguridad y libertad se ve restringida y controlada por tales redes. Se trata —dice V. Deffner (2007: 215)— “de una violencia distinta a la del estado formal [...] Ante la ausencia de poder institucional o la incapacidad de la fuerza pública y del orden público, el control de las *favelas* y la seguridad y cuidado quedan en manos del ‘poder paralelo’, en grupos paramilitares especialmente en las grandes *favelas* del país”. Deffner pone de relieve una ausencia que está en el origen del despliegue y estabilización de estas redes: la debilidad del poder institucional para establecer la universalidad de derechos fundamentales. Toda vez que los mecanismos formales no logran cumplir las expectativas de inclusión, entonces hay terreno fértil para el desarrollo de medios alternativos, en este caso in-

cluso, de un ‘poder paralelo’ que adquiere, para un determinado espacio, el monopolio del uso de la fuerza física, algo que en un contexto democrático de concretización de los derechos fundamentales solo puede corresponder al estado. Deffner argumenta entonces que las vinculaciones (*Verbundbarkeit*), es decir las relaciones con aquellos miembros de la red asentados en el uso de la fuerza, reemplazan el poder formal. En los términos que lo hemos venido describiendo, esto se puede especificar: mecanismos alternativos como la violencia, corrupción y coerción entran en juego cuando los procedimientos formales de un estado de derecho no son capaces de asegurar las condiciones de inclusión universales estructuradas en los derechos fundamentales. Tan solo entonces se le atribuye a la lógica de “las relaciones sociales y redes correctas, del clientelismo, de la corrupción en el sistema jurídico, de la proveniencia” (Deffner 2007: 218), el rol de operar como mecanismo de inclusión de los miembros de la red y de exclusión de los no pertenecientes.

La investigación de M. Dewey (2011) acerca de la protección policial ilegal a bandas de robo de automóviles en la provincia de Buenos Aires revela otros aspectos característicos de la operación de las redes de estratificación y reciprocidad. Se trata en este caso del intercambio de protección por servicios y bienes que generan un mercado ilegal y se transforman en una limitación de la concretización de derechos fundamentales. Dewey refiere a tres tipos de protección policial: a) el arresto de personas que han cometido crímenes y de otros criminales conocidos para recolectar dinero a cambio de su liberación; b) la liberación de zonas del control policial para no interferir en el desarrollo de actividades criminales; y c) la protección de informantes por dinero o información (o incluso en función del prestigio que adquieren agentes policiales con información valiosa como ‘protectores’ del tipo de sistema que emerge) con el fin de regular la estabilidad del mercado ilegal que se produce. En este nivel, el análisis de Dewey se corresponde con la dimensión de reciprocidad de las redes. Sin embargo, Dewey agrega que esta protección ilegal no puede tener lugar sin un mecanismo de invisibilización. Ello introduce el carácter estratificado de la red, pues este intercambio de protección por dinero, información o prestigio solo acontece con la colaboración de mecanismos burocrático-administrativos: “En varios de los documentos accesibles, se puede verificar que la adquisición de certificados, autorizaciones, permisos, etc. es algo usual, sin lo cual no puede prosperar el negocio ilegal. Las investigaciones derivadas del

asesinato de María Victoria Charadía y Héctor Iglesia Braun sugieren la colaboración de distintas instancias del sistema jurídico, o al menos omisión” (Dewey, 2011: 24). Dewey incluso extiende esta invisibilización a lo que denomina ‘pacto de reciprocidad’ o ‘doble activismo’ entre políticos y la fuerza policial: los primeros aportan no interferencia en la institución policial y “una protección selectiva de oficiales policíacos”; y los segundos aportan “un aceptable control de la criminalidad formal e informal así como la provisión de ciertos ‘servicios’ durante períodos electorarios” (Dewey, 2011: 13). Esto genera condiciones para que la fuerza policial pueda desarrollar sus intercambios de protección a criminales a cambio de dinero o información con prescindencia de las condiciones de un estado de derecho. Por ello, uno de los entrevistados de Dewey —ex General Auditor de Asuntos Internos— indicaba: “la estación de policía pierde prestigio con un jefe de policía honesto” (en Dewey, 2011: 22).

Lo que E. Barozet (2006) denomina ‘intercambio de favores’ y que la autora identifica como rasgo característico de la clase media chilena, responde también a la lógica general de las redes de estratificación y reciprocidad. Su función es “obtener no solamente un trabajo, sino que también un gran número de bienes y servicios (permisos, documentos, préstamos, cuidados médicos, revisión técnica del auto, inscripción de un niño en un colegio, exención del servicio militar, por ejemplo) que no se pueden conseguir por las vías más formales o más institucionales a causa de las carencias de los sectores públicos y privados” (Barozet, 2006: 73). El elemento de la incapacidad institucional formal de inclusión social es central en el argumento. Barozet analiza esto históricamente. Mientras la clase media tradicional estaba vinculada a profesiones independientes (artesanos, comercio, pequeños propietarios), la ‘nueva clase media’ que emerge en los años sesenta y setenta del siglo XX habría estado especialmente vinculada al aparato estatal. En este caso, ante un estado que demora en la entrega formal de servicios, o que incluso no lo hace, el intercambio de favores entre aquellos que se posicionan en el aparato burocrático y los conocidos permite asenso social y estabilidad de estatus por medio del acceso a rendimientos que de otro modo no se habrían obtenido. Esto genera una red de protección que se hace más necesaria a partir de los años ochenta con la reestructuración estatal y la precarización de la clase media, y que incluso se extiende al sector privado, en el que se pueden obtener rendimientos equivalentes

por medio de amigos o conocidos. Uno de los entrevistados de la autora apunta a esto en lenguaje coloquial: “[tener] un pituto es conocer a alguien que trabaje adentro de algo, de una institución, de una empresa y que te puede ayudar o que te puede conseguir alguna información” (en Barozet, 2006: 73). Esta estructura de red informal de inclusión/exclusión asume varios rasgos: se invisibiliza a sí misma; es transitiva, es decir, se puede buscar la inclusión por contactos indirectos que amplían la red; supone una deuda simbólica obligatoria de devolver el favor, lo que permite una estabilización temporal de los vínculos; y sanciona negativamente el no cumplimiento de la expectativa con la retracción del ‘culpable’ a la periferia de la red (Barozet, 2006: 85-89).

Todos esos casos muestran que las redes de estratificación y reciprocidad no son una supervivencia tradicional de las sociedades latinoamericanas, o una especie de rasgo cultural vestigial para cuyo fin habría que emprender una especie de desafío de transformación cultural (cfr. PNUD, 2002). Ver las cosas de este modo significa no observar tanto los problemas concretos de institucionalización de la diferenciación funcional en los países latinoamericanos (y de los derechos fundamentales en ese marco) como las opciones que los individuos buscan para obtener aquello que requieren para cumplir sus expectativas cuando las alternativas estructurales formales no dan abasto. Aunque no es posible desplegar aquí todos los detalles, desde un punto de vista histórico-sociológico el problema puede plantearse del modo siguiente: todo el proceso de concretización de la diferenciación funcional en la región latinoamericana y de realización de derechos fundamentales se ve cruzado por la interferencia de las redes de estratificación y reciprocidad. Una diferencia puede apreciarse entre aquellos países que han estabilizado un sistema democrático representativo y aquellos que más bien han seguido una tendencia populista. Aun cuando en ambos casos está presente la limitación de las estructuras formales para absorber las demandas de inclusión, en los primeros la interferencia de las redes adquiere un carácter episódico y localizado aunque no por ello poco relevante, especialmente cuando se evalúan sus consecuencias para la concretización de los derechos fundamentales; en los segundos, las redes se despliegan hasta las más altas esferas del aparato estatal y pueden formar estructuras que combinan retórica populista, estructuras corporativistas y estilos decisionales autoritarios. En los primeros puede situarse el caso de Chile o Brasil; en los segundos, el caso venezolano, y en algunos sentidos el argentino (para más detalles Mascareño, 2010).

Hacia fines de los años setenta, G. Germani (1978) había observado el proceso político latinoamericano en términos del tipo de integración de clases medias y bajas en él. Sintéticamente, su conclusión fue: una apariencia e ilusión de integración social en los regímenes nacional-populistas, y una asociación de complementariedad entre clases medias y fuerzas militares que hacía surgir regímenes autoritarios. En los procesos de democratización, especialmente desde los años noventa en adelante, este análisis de Germani puede ser complementado con la observación de la función de las redes de estratificación y reciprocidad. Democratización significa —normativa y funcionalmente— exigencia de concretización de derechos fundamentales; la densidad y alcance de estas redes en distintos espacios es, por tanto, un indicador de las limitaciones de ese proceso: a mayor complejidad y expansión de ellas, mayor es la debilidad democrática y la incapacidad institucional de absorber demandas de inclusión. Como lo ha formulado Domingues: “En ausencia de otros mecanismos de representación y encauzamiento de demandas especialmente de la población más necesitada, se abre un espacio para la actividad de empresarios políticos que se apoyan en clientelas para distribuir influencia dentro de las comunidades pobres (a las que entonces de algún modo han atendido y escuchado) y del sistema político” (Domingues 2008: 18). En tal sentido, el acceso de las redes a posiciones formales, especialmente dentro de la estructura burocrática sea estatal-nacional o local (y también privada), es central para explicar la diseminación extrapolítica y extrajurídica del poder, las desdiferenciaciones que produce en los procedimientos formales y los consecuentes obstáculos en la implementación de los derechos fundamentales que resguardan político-jurídicamente la libertad e igualdad de los individuos. Más aún, al hacerlo así, las redes pueden invisibilizarse a sí mismas al ocupar posiciones cuya función es el control y la *accountability*, o pueden también ocultar su informalidad ‘desde dentro’, vistiendo de procedimentalidad rendimientos que se han obtenido o acordado previamente por la vía de la coerción (favelas), la corrupción (protección policial) o la influencia (intercambio de favores). En tales casos, el sistema opera en un simulacro procedimental: hace ver legítimo lo que en realidad sucede en la relación interna de interés y facticidad. No es difícil concebir que esto pueda ser experimentado por algunos individuos como infamia.

4. La sombra de los derechos fundamentales

La relación interna entre política y derecho en la que se sustentan los derechos fundamentales se ve entonces episódicamente interrumpida por la facticidad de la red, y puesto que los derechos fundamentales son la base institucional en la que se sustentan las expectativas normativas de los individuos, se abre un campo demasiado amplio, inseguro e inestable para el desarrollo de los proyectos de vida individuales. Un proyecto individual implica una priorización de intereses en la forma de un *modus vivendi* personal “con el cual pensamos que podemos vivir” (Archer, 2003: 102). No se trata solo de una cuestión cognitiva, sino también emocional; son las mejores apuestas acerca de lo deseable. Pueden ser más o menos exitosas, más o menos alteradas, más o menos diferidas temporalmente de acuerdo a las constricciones (exclusiones, asimetrías, decepciones) y oportunidades (inclusiones, posibilidades, logros) que las personas confrontan en su interacción con otros y con instituciones. Un *modus vivendi* individual no es un modelo fijo de acción. Es, por supuesto, una expectativa normativa, y en tal sentido una expectativa contrafáctica; pero es reflexiva, es decir, si las puertas institucionales se cierran, se pueden buscar otros caminos.

Recientemente, Jorge Fábrega (2009) ha observado esto último en sus análisis sobre el tema de la corrupción. El problema es una cuestión de cómo coordinar la acción entre aquel que ocupa una posición en la estructura burocrática y el agente privado. Se dispone de un procedimiento formal y de uno informal. Si ambos agentes son desconocidos entre sí, el costo de no seguir el procedimiento formal para concretizar los intereses principales o secundarios de su *modus vivendi* particular es demasiado alto; si son conocidos, este queda captado en la estructura de asimetría temporal del intercambio y puede momentáneamente reducirse a cero, a la espera de un contra-rendimiento futuro. En este sentido, concluye Fábrega, “usuarios y ciudadanos son víctimas de la corrupción cuando son ‘no-miembros’, extranjeros, individuos no-conectados, nuevos migrantes, turistas, en otras palabras, cuando no pueden elegir entre mecanismos de coordinación formales e informales (pues sus mecanismos informales son débiles)” (Fábrega, 2009: 152). Dicho en otras palabras: un acoplamiento de política y derecho que no logre observar y procesar las invisibilizaciones del quebrantamiento de derechos fundamentales producidos por la intervención de las redes en aquellos proce-

dimientos formales que hacen posible conectar su quebrantamiento con oportunidades legítimas de restauración, favorece a los miembros de la red y desfavorece a todos los demás individuos. El resultado de esto se produce a la sombra de los derechos fundamentales: es inclusión particularista, subinclusión y desigualdad.

Inclusión significa participación de personas en las operaciones y rendimientos de los diversos sistemas diferenciados. Si se trata de una sociedad donde política y derecho se encuentran en una relación interna que promueve derechos fundamentales, se espera una inclusión de tipo procedimental, es decir, acorde con criterios conocidos y de acceso universal: las organizaciones en general desarrollan para esto reglas de membresía e incorporación, en la economía se evita el monopolio y se fomenta la información, en la ciencia se evita el plagio y se fomenta la producción de conocimiento de acuerdo a teorías y métodos, en la educación se incentiva la certificación y la adecuación a programas de estudio por medio de calificaciones, en la política se observa la legalidad de los procedimientos, y en el derecho el debido proceso. Una inclusión particularista es contraria a cualquiera de estos requisitos; los sobrepasa por medio de los mecanismos informales más arriba descritos y con ello opera en sentido inverso a los derechos fundamentales. Kathya Araujo (2009) ha formulado esto recientemente para el caso chileno en términos de lógica de privilegios: “La actuación de esta lógica es consentida informalmente, y aún más, considerada por los individuos como una lógica de actuación eficiente aunque se encuentre en completa contradicción con los valores que pueden de otro lado defender” (Araujo, 2009: 158-159). La inclusión se obtiene, pero —para ponerlo en los términos más generales— fuera del estado de derecho, aunque a la vez dentro de las estructuras burocráticas, pues solo ahí es posible acceder a los rendimientos esperados y solo desde ahí es posible mantener el simulacro de procedimentalidad.

La subinclusión es una limitación aun más extrema. Las personas en situación de subinclusión “carecen de las condiciones necesarias para ejercitar sus derechos fundamentales [pero] no están libres de los deberes y responsabilidades a las cuales el orden estatal los somete” (Neves, 2007: 262). Puesto que el *modus vivendi* se compone de expectativas normativas, el camino más probable de seguir en condiciones de subinclusión es la búsqueda de posibilidades para realizar el *modus vivendi* más allá de los límites de los mecanismos de compensación formalmente institucionalizados. Entonces se puede optar por las redes de

estratificación y reciprocidad. Sin embargo, los intereses particularistas que guían esas redes ejercen una presión hidráulica sobre el *modus vivendi* personal, y los intereses individuales tienden a ser absorbidos por los intereses particularistas de la red y ajustados a sus objetivos.

La subinclusión es un resultado de la incompetencia de las instituciones compensatorias formales (instituciones de seguridad social, agencias regulativas, organizaciones públicas de protección de derechos y organizaciones internacionales de cooperación) para construir *barreras de convertibilidad* contra la exclusión (Stichweh, 2005). Ellas constituyen mecanismos de redundancia y complementariedad que hacen posible que una exclusión eventual en un espacio social determinado no tenga mayores efectos en otros —seguros de desempleo, alternativas de salud de bajo costo, políticas de educación de adultos, entre otros. Las barreras de convertibilidad, por un lado, limitan el crecimiento exponencial de las exclusiones que derivan de una exclusión particular, y por otro, abren la posibilidad de reintroducir a los individuos en los espacios en que se generan las opciones que el *modus vivendi* requiere para su reproducción.

Gracias a la institucionalización moderna de los derechos fundamentales, el derecho hace exigible y la política impulsa a los diversos sistemas a limitar el efecto *bola de nieve* de la exclusión mediante estas barreras, y también extrae de ellos cualquier dispositivo discriminatorio que niegue, por principio, el acceso a bienes y beneficios a grupos humanos específicos (Mascareño y Chernilo, 2009). Si acontece exclusión o discriminación, se tiene el derecho entonces a reclamar restauración. Sin embargo, cuando las barreras de convertibilidad y los mecanismos compensatorios fallan, son ineficientes en su operación, son intervenidos por redes de intereses particulares, o no logran dar abasto ante las demandas que enfrentan, los individuos pueden optar por realizar los intereses de su *modus vivendi* con independencia de esta institucionalidad, se aíslan de sus prescripciones y de sus abusos (Martuccelli, 2010), pero también de las posibilidades de restauración que ofrecen, y con ello, del horizonte institucional de realización de los derechos fundamentales.

5. El problema de la desigualdad

El resultado que se deriva de estas condiciones de inclusión particularista y de subinclusión, recién descritas, es desigualdad social. En esta sección quiero especificar el tipo de desigualdad que produce la

acción de las redes de estratificación y reciprocidad, y por qué ella se considera una desigualdad ilegítima bajo condiciones modernas. Para esto observo la forma en que tales redes generan desigualdad en un nivel social estructural y en un plano normativo, especialmente en la intervención que producen en procedimientos institucionales formales.

Es un hecho que la desigualdad es constitutiva de la sociedad moderna. Pero una afirmación de ese tipo debe ser especificada, pues esa misma sociedad ha generado en la formulación de los derechos fundamentales un parámetro para evaluar la legitimidad de esa desigualdad, es decir, para indicar cuándo la considera deseable y cuándo se constituye en un lastre que afecta a la misma estabilidad del tipo de sociedad que los derechos fundamentales protegen.

Si como lo he descrito más arriba, la función de los derechos fundamentales consiste en limitar la tentación política de imponer su voluntad en diversos espacios y a distintos individuos sin el contrapeso estructural y normativo que aporta el derecho, y si a la vez los derechos fundamentales habilitan e incluso motivan a esos individuos a moverse entre distintos espacios sociales, entonces los derechos fundamentales presuponen la operación de diversas esferas donde esos derechos que impulsan pueden concretarse, así como presuponen también la diferenciación y relación de política y derecho para estabilizarse. En tal sentido, la libertad que promueven los derechos fundamentales no es únicamente un valor abstracto. Se espera que el individuo la ponga en práctica en términos de un derecho subjetivo en la acción económica, en la acción política, en la selección de alternativas educativas, en la adscripción a opciones religiosas. Pero puesto que cada uno de esos espacios estructurales opera con distintos criterios de funcionamiento, entonces no se espera un modo de comportamiento individual igual en todos ellos. No nos parece adecuado o legítimo cuando individuos se comportan en política del modo en que se conducen en los negocios, como tampoco nos parece aceptable que el estado penetre con sus políticas el espacio de la vida íntima o que coopte medios de comunicación o limite su libertad de expresión. Los derechos fundamentales protegen esa diferenciación, esa *desigualdad funcional* de la sociedad moderna. No nos dicen dónde trabajar, sino que hay un derecho al trabajo; no nos indican qué debemos opinar, sino que existe libertad de opinión; no nos revelan que somos materialmente iguales, sino que tenemos igualdad ante la ley; no nos señalan por quién debemos votar, sino que nos

aseguran que podemos hacerlo si esa es nuestra opción. Es decir, los derechos fundamentales promueven y legitiman nuestra capacidad para tener comportamientos desiguales en los distintos espacios en los cuales nos movemos en nuestras vidas: para optar por un trabajo y no por otro, por un político y no por otro, para tener una opinión y no otra, o incluso una y luego otra. Logran esto a tal nivel de generalidad que cada vez que esa amplitud de movimiento se ve por alguna razón restringida, es posible observarla como una contravención del propio derecho fundamental a la libertad y dignidad de las personas. Solo de este modo el principio se puede categorizar en libertad económica, política, educativa, religiosa, y hacerse exigible cuando se percibe que esas libertades se ven limitadas.

Un tipo absolutamente distinto de desigualdad acontece si se toma en cuenta que la sociedad moderna no es solo diferenciación de espacios funcionales, sino que también ella se asocia de modo estrecho a condiciones de estratificación, es decir, a una vinculación de posiciones jerárquicamente distribuidas en términos estructurales (ingreso, educación, roles, vínculos) y semánticos (valoraciones, estigmatizaciones, discriminaciones, privilegios). Este tipo de *desigualdad por estratificación* pierde crecientemente su legitimación a medida que se avanza en la universalización de los derechos fundamentales. Un logro altamente relevante de la co-originalidad de derechos fundamentales y diferenciación funcional es, precisamente, haber apuntado al corazón de una institucionalización de privilegios que es característica de la sociedad estratificada europea o de la colonial latinoamericana. De ello se derivó que la aspiración normativa de los derechos fundamentales son la libertad y dignidad de todo individuo, no solo de la nobleza; que la igualdad ante la ley no solo es para plebeyos, sino también para aquellos que se sienten sobre o fuera de ella; que la libertad de expresión no cuenta solo para parlamentarios y presidentes, sino para todo individuo que quiera hacerla notar. La evolución del estado democrático de derecho ha seguido esta trayectoria, pero es claro que la eliminación de privilegios no es automática, pues aunque ellos hayan perdido legitimación, pueden mantenerse invisibilizados por medio de redes de estratificación y reciprocidad. Esta desigualdad por estratificación se hace más notable en tanto ventajas o desventajas iniciales en un espacio funcional se extienden hacia otros dada la interconexión entre ellos. Las categorías de género, por ejemplo, introducen una desigualdad en el

acceso a trabajos, en los niveles de remuneración y en las posibilidades de retorno al espacio laboral luego de períodos de ausencia (Peticara/Sanhueza, 2010); algo similar acontece con las categorías basadas en la etnicidad, o en el estatus de migrante/nacional (Mora 2009). Aun cuando cualquier proceso de categorización social produce diferencias, estas son especialmente generadoras de desigualdades “cuando transacciones reiteradas a lo largo de los límites [categoriales] (a) proveen regularmente de ventajas de red a aquellos situados en un lado, y (b) reproducen el límite” (Tilly, 2003: 34). Cuando esto sucede, los principios que los derechos fundamentales aseguran, se acomodan a quienes logran estructurarlos de acuerdo a los intereses particulares propios. En tales casos la ausencia de libertad de unos parece necesaria para la libertad de otros, la seguridad de unos debe ganarse a costa de las garantías institucionales de otros, la dignidad de unos justifica la restricción de la opinión libre de otros, la inclusión de unos se convierte en justificación para la exclusión de otros.

Esta relación entre *unos* y *otros* refleja un juego de suma cero que se simboliza como necesario para la estabilidad estructural del sistema en general. Entonces se puede afirmar con convicción cuasi-religiosa que demasiada igualdad de género en cuestiones de remuneración desestabilizaría económicamente a la empresa, que mucha libertad de opinión sería insoportable para la acción política, que tanto extranjero debilita la identidad nacional, que mayores regulaciones ambientales ahuyentarían la inversión extranjera, y, por cierto, que la pobreza es el costo que hay que pagar por sostener los equilibrios macroeconómicos. La desigualdad por estratificación estabiliza simbólicamente estos juegos de suma cero y los hace esperables tanto para los no directamente involucrados en la transacción categorial producida, como también para las propias instituciones encargadas de la compensación de ellas, cuya tarea nunca ha sido corregir la fuente desde la cual emergen, sino tratar con sus consecuencias. Este problema se hace tanto más grave ante la incompetencia de las instituciones compensatorias para compensar las desigualdades por estratificación —incompetencia que en reiteradas ocasiones, como lo he intentado hacer claro en estas páginas, tiene su origen en la captura de sus rendimientos por redes de estratificación y reciprocidad que distribuyen privilegios a los conocidos y excluyen a los no-miembros. Ciertamente, cualquier tipo de estructura social muestra siempre una doble característica: por un lado plantea constricciones

a la libertad de acción de los individuos, y por otro ofrece posibilidades de realización de esa libertad (véase Archer, 2009). Sin embargo, cuando las instituciones compensatorias son atrapadas por redes de estratificación y reciprocidad, las constricciones para unos se amplifican al tiempo en que se reducen las posibilidades de realización de derechos para los mismos; mientras para otros sucede exactamente lo contrario. El corolario de esto es una amplificación de desigualdades, es decir, una profundización de la desigualdad por estratificación.

Ello, sin embargo, no elimina el horizonte de legitimidad de los derechos fundamentales. Ellos constituyen expectativas normativas, es decir, expectativas que se mantienen a pesar de las decepciones (Luhmann, 1987) y que son condensadas en un nivel alto de generalidad con el fin de hacerlas aplicables a distintos espacios y situaciones. En tal sentido se trata de niveles de inviolabilidad universales, cuya universalidad no deriva de una potencia mística extrasocial, tampoco religiosa o natural, sino del poder sancionador de una fuerza jurídicamente legítima —esto es, instituida en la aceptación de los mismos principios que luego se generalizan— que se sitúa, en la sociedad, en la vinculación interna de derecho y política. Es decir, son universales para todos quienes muestren aceptación, para todos los que experimenten una continuidad entre la vivencia de esos principios y la acción propia y de otros conforme a ellos. Asimismo, en tanto horizonte de expectativas normativas, los derechos fundamentales están siempre disponibles como instancia de justificación o como horizonte de reposición cuando la acción conforme a la norma no recibe la atención esperada, es decir, cuando hay decepción de expectativas normativas.

Sobre esta base, los individuos pueden confiar en otros relevantes o en estructuras institucionales para que actúen en nombre de ellos: pueden votar por representantes políticos, depositar su dinero en el banco, entregarse a abogados, llamar a policías en caso de estar en riesgo la seguridad. Otros relevantes son aquellos situados en posiciones estructurales que tienen la capacidad para implementar sus derechos colectivamente (Coleman, 1994). Sin embargo, cuando esos otros relevantes han sido cooptados por redes de estratificación y reciprocidad, las posiciones institucionales que detentan dejan de funcionar con neutralidad y universalidad de acceso, sino que priman en ellas valores particularistas como la lealtad a los conocidos, el compromiso de reciprocidad, la mantención del secreto, o el temor a represalias. Con ello, la continuidad en-

tre alguien que transfiera sus derechos sobre la base de un presupuesto universalista y el otro relevante que se espera los realice en ese mismo horizonte, se quiebra. Los derechos de acción de uno son empleados en el fortalecimiento de las aspiraciones y objetivos particulares de la red y, por tanto, son alejados de las expectativas originales situadas en el horizonte de concretización de los derechos fundamentales.

Puesto que la red opera desde el interior de las instituciones en las cuales se introduce, y puesto que para que logre sus objetivos debe invisibilizarse, es decir, debe ocultar los privilegios que produce, buena parte de su supervivencia depende: a) de implementar un simulacro procedimental que encubra el carácter ilegítimo de sus acciones, y b) de desplazar el incumplimiento de derechos a la incapacidad de las instituciones formales para implementarlos. Simulacro procedimental es realizar arrestos de delincuentes y ocultar su liberación a cambio de dinero, como en el caso de la policía en la provincia de Buenos Aires; es distribuir beneficios a conocidos que en base al ocultamiento de esta condición han sido seleccionados para participar de tales beneficios, como en el caso de las redes de favores. Mediante el simulacro procedimental se gana la apariencia de continuidad de la norma legítima, y mediante el desplazamiento de los problemas que las redes generan a las instituciones formales, el simulacro queda consagrado en la esfera pública como problema de incompetencia, ineficiencia e ineficacia de una burocracia estatal que no logra concretizar en políticas y programas el mandato de los derechos fundamentales. Es decir, el conflicto normativo entre la neutralidad y universalidad de acceso a posiciones y servicios que promueven los derechos fundamentales y el particularismo con el que operan las redes de estratificación y reciprocidad queda invisibilizado. Mientras esta operación permanezca oculta, el horizonte normativo de los derechos fundamentales es debilitado desde su propio interior —desde los propios espacios que se espera los implementen— mediante una intervención de los procedimientos encargados de su concretización.

La función de todo procedimiento es establecer un puente de acceso a bienes o servicios institucionalizados por medio de la determinación de los requisitos o pasos necesarios para ello. La única condición de inclusión que el procedimiento formula es que se cumpla con sus especificaciones. En tal sentido, opera como un mecanismo de neutralización de los privilegios de la desigualdad por estratificación. Sin

embargo, en un espacio social donde la concretización de derechos se considere obvia o natural, no habría necesidad de sancionarlos político-jurídicamente. Contravención de los derechos fundamentales existe, y son precisamente los procedimientos los que logran vincular tales contravenciones con posibilidades de restitución y esto lo hacen tendiendo un puente entre la actual contravención y su futura restitución, u otorgando la sensación de seguridad de que quien se atiene al procedimiento hoy, tendrá un tratamiento equitativo durante el proceso y un resultado justo aunque indeterminado en el futuro.

Para que ello acontezca, no solo es necesaria la sanción político-jurídica de los procedimientos, sino también la confianza de los individuos en el funcionamiento de ellos. No se trata en este caso de una confianza abstracta y generalizada, aunque en nombre de una simplificación pública se hable de confianza institucional o de una confianza en la conducción política. Más bien la confianza se entrega en cuotas: “el proceso se hace digno de confianza cuando acontece en varios pequeños pasos y es informable en cada nivel, de manera tal que la soberanía, aun cuando el proceso de garantizar la unidad de la decisión sea dirigido por una instancia central, no puede ser ejercida de golpe, es decir arbitrariamente” (Luhmann, 2000: 71-72). Con ello, cada ciudadano se puede comprometer con el procedimiento de una manera no centralizada y paulatina, y esperar la vinculación con la restitución de derechos sobre una base actual que se recrea (o también se puede poner en duda) con cada paso del procedimiento.

Cuando las redes intervienen los procedimientos realizan una doble acción: se apropian de la decisión de restitución del derecho y con ello toman en sus manos el de los no-miembros —el expediente del desconocido queda al final de la fila, la licitación la obtiene la empresa que extraprocedimentalmente la había negociado con anterioridad, el proceso a un sospechoso no se abre invocando falta de méritos. La invisibilidad hace posible ocultar la intervención y el simulacro mantiene la apariencia de procedimentalidad. Pero quien se ve afectado por esto, ve cómo la restitución de un derecho conculcado se disuelve y cómo el trato equitativo y un resultado justo pasan de ser expectativas sustentadas procedimentalmente a esperanzas privadas sin correlato estructural. Puesto que cada paso del procedimiento es necesario para tender el puente de expectativas hacia la restitución, la intervención de la red en cualquiera de estos momentos detiene la doble circulación de los dere-

chos fundamentales (contravención-restitución), introduce intereses particulares, disuelve la confianza en la institucionalización, y todo ello resulta en una amplificación de la desigualdad por estratificación. Siempre el afectado puede optar entre mantener su confianza en que los procedimientos restituirán su expectativa decepcionada por la intervención del procedimiento, o puede cambiar el destinatario de su confianza y entrar a la red. En el primer caso debe estar atento a que no suceda lo mismo, pues en cada momento puede tener lugar una nueva intervención, lo que es difícil de observar dadas las estrategias de invisibilización de la red. Si en cambio el afectado opta por entrar a la red, se integra a la planta baja de las redes de estratificación y reciprocidad.

Una última consideración debe ser hecha a este respecto. Además de las inequidades producidas por la desigual distribución de rendimientos que impulsa la red, la invisibilización del conflicto normativo entre el particularismo de la red y la universalidad de los derechos fundamentales no solo evita el cuestionamiento público de sus métodos, sino también la confrontación normativa pública de sus aspiraciones particularistas. Por ello, cuando una de ellas sale a la luz, el problema no puede evitar ser tratado como escándalo.

Un aspecto característico del escándalo en general es que contraviene una norma moral. En el caso de las redes, generalmente este se presenta como escándalo político, que pasa por alto las reglas, convenciones y procedimientos del estado de derecho por medio de lo que John Thompson (2000) ha denominado ‘poder oculto’. Este puede incorporar desde “elaboradas redes de poder e influencia que se extienden a lo largo de diferentes sectores de la vida social y política [hasta] pequeños grupos de individuos cuyas actividades están encubiertas y orientadas hacia objetivos particulares” (Thompson, 2000: 199). Como señala el autor, el escándalo presupone un ocultamiento que ha sido conocido por los no-participantes en la mantención del secreto y dramatizado públicamente como revelación de lo oculto, y paralelamente como desaprobación moral: “Para que el escándalo emerja, algunos de los no-participantes deben sentir, al escuchar o conocer del tema, que la trasgresión es (o fue) una acción moralmente desacreditable” (Thompson, 2000: 19). Ello se transforma en un discurso oprobioso que debe ser comunicado a una pluralidad de otros indeterminados y aceptado como tal. Solo cuando esto acontece es posible la confrontación normativa entre el horizonte de los derechos fundamentales y la particularidad de la red.

Si las redes operan sobre la base de valores particularistas como la lealtad a los conocidos, el compromiso de reciprocidad, la mantención del secreto, y si invisibilizan su acción en el marco de instituciones formales, entonces la función del escándalo es reafirmar el carácter vinculante de una norma universal que ha sido quebrantada, y cuyo quebrantamiento está generalmente asociado al empleo de un criterio de decisión externo al espacio social en el cual se está; por ejemplo, al uso del dinero para eludir sanciones jurídicas (corrupción), al empleo de información comprometedor para obtener beneficios propios (extorsión), a la selección de personal en base a relaciones familiares (nepotismo), a la amenaza de violencia a cambio de compromiso (coerción), a la solicitud de favores a cambio de favores recíprocos futuros (clientelismo). El escándalo moral permite reconocer que en cada uno de esos casos el criterio decisional debió ser otro: el del derecho en los casos de infracción al derecho, el de la transparencia en casos de uso de información, el del mérito en casos de selección de personal, el de la autonomía de la voluntad en casos de compromiso con algún proyecto, el del *fairness* procedimental en el caso de bienes y servicios públicos en vez de una transacción basada en favores particularistas. El escándalo moral expone negativamente la contravención particularista, y al hacerlo, sostiene positivamente el horizonte de universalidad de los derechos fundamentales y su co-originalidad con la diferenciación funcional, pues indica la ilegitimidad del uso del dinero más allá de la economía, del poder, y la violencia física más allá de una política jurídicamente regulada, o de los vínculos familiares en espacios procedimentales.

Sin embargo, el escándalo moral tiene también una función para las propias redes que se ven afectadas por él, pues el escándalo concentra en individuos el menosprecio por la contravención de la norma; genera más presión sobre un individuo o grupo de ellos que sobre la estructura de estratificación y reciprocidad de la red. Nunca son instituciones las responsables, sino algunos de sus miembros. Esto permite a la misma red optar por una exposición pública clara de quien o quienes han sido descubiertos, para de ese modo disminuir la presión sobre el entorno de colaboradores, o sobre el contexto más general de la red. Especialmente las semánticas de ‘transparencia total’ son invocadas en estos casos y la insistencia en ellas de parte de los eventualmente involucrados abre la posibilidad de su reivindicación moral a la vez que desvía la atención sobre las especificidades de las irregularidades come-

tidas. Con ello, por muy relevantes que al interior de la red hayan sido quienes son objeto del escándalo moral, las vinculaciones no se desintegran por completo y pueden recomponerse cuando el escándalo ceda, con las mismas u otras finalidades. Esta exposición abierta de quienes han sido descubiertos en el escándalo permite abrir espacio al ascenso o movilidad al interior de las estructuras jerárquicas o de reciprocidad de las redes. Ellas se renuevan con el escándalo moral: los caídos dejan espacios que otros ocupan y la propia situación de exposición las impulsa a revisar sus métodos de invisibilización para que no acontezca nuevamente lo mismo en el futuro.

Es decir, el escándalo moral puede reponer la expectativa normativa universalista que la red contravino con sus acciones particularistas, puede restituir la confianza en la norma de derecho fundamental quebrantada, pero a la vez puede indicar un momento de recomposición de la estructura interna de estratificación y reciprocidad de la red —puede por tanto ser una vía de renovación de la desigualdad por estratificación.

6. Entre la diferenciación y los individuos

Buena parte de las situaciones de desigualdad en las sociedades latinoamericanas contemporáneas tiene su origen en el despliegue de redes de estratificación y reciprocidad. Esto también puede acontecer en otras regiones de la sociedad mundial, pero en ellas se debe intentar determinar cuál es el tipo de interpenetración entre redes y diferenciación funcional que en cada caso tiene lugar. No en todas partes las cosas acontecen del mismo modo, aunque en todas partes acontezcan. La integración asiática de redes familiares en empresas transnacionales es por cierto distinta de las cooptaciones de la mafia en el sur de Italia, y distinta de la combinación de formalidad e informalidad de las estructuras políticas post-soviéticas. África es otro caso. Las estructuras del parentesco y los conflictos tribales determinan ahí otros tipos de relación con instituciones de expectativas modernas. Por las razones histórico-evolutivas abordadas en este texto, América Latina tiene la combinación que tiene en esta interrelación entre diferenciación institucional y redes de estratificación y reciprocidad, y de ella resultan los problemas descritos aquí.

En términos generales, el problema no es especialmente la diferenciación de espacios funcionales, tampoco la individuación de los individuos. La primera se ha puesto a sí misma, como centro normativo,

el resguardo de derechos fundamentales, los ha situado en la relación interna de política y derecho y ha desarrollado diversos mecanismos de inclusión en espacios diferenciados por medio de los cuales las personas pueden acceder a sus bienes y servicios y ver satisfecha la expectativa de sus derechos. La segunda, la individuación de los individuos, ha significado el desarrollo de proyectos individuales acerca de lo deseable, proyectos cognitiva y emocionalmente contruidos en forma de *modus vivendi* personales suficientemente flexibles para buscar distintos caminos de realización y suficientemente relevantes para continuar con la búsqueda de su concretización a pesar de las decepciones que cotidianamente se puedan enfrentar. El nexo entre ambos se establece a través de procedimientos democráticamente legitimados que abren la posibilidad de un acceso universal a recursos relevantes para la realización de los planes de vida.

Todo este esquema, sin embargo, se ve alterado cuando entre la diferenciación y los individuos operan redes que se estructuran en base a modelos de estratificación y reciprocidad y que normativamente se sustentan en valores de tipo particularista como sucede en América Latina. Cuando esto acontece, el horizonte de concretización de los derechos fundamentales se ve restringido y la institucionalización de los procedimientos formales de la diferenciación funcional es intervenida por mecanismos de inclusión y exclusión informales con los que las redes sostienen su operación. El resultado inmediato de ello es exclusión, inclusión particularista y subinclusión; el mediato es lo que he denominado desigualdad por estratificación. Ciertamente un ordenamiento social como este puede tener lugar en otras regiones de la sociedad mundial; el interés de este texto ha sido, sin embargo, cómo esto acontece en América Latina. El fin de los períodos militares en los años ochenta del siglo XX y la recomposición democrática pudo abrir expectativas para el desarrollo de procedimientos de inclusión orientados a la concretización de derechos fundamentales; sin embargo en muchos casos las demandas exceden la capacidad institucional de absorción, y cuando esto acontece las redes de estratificación y reciprocidad aparecen como una opción para alcanzar por vías informales lo que por otros medios no es posible. Y precisamente este entorno favorable al desarrollo de tales redes puede hacerlas aparecer como necesarias para resolver problemas de exclusión, sin advertir que con ello la orientación normativa universalista de los derechos fundamentales y los procedimientos instituciona-

les por medio de los cuales esa orientación se concretiza, se ven restringidos en su alcance y para algunos también en su legitimidad.

Probablemente personajes del tipo Eastman o Benavides aludidos al inicio de este texto no sean modelos actuales, no obstante el particularismo normativo de la red, las estructuras discriminatorias de inclusión y exclusión que la sostienen y la acción ilegítima que de ella resulta, siguen presentes entre la diferenciación y los individuos. En tanto ello no se observe, el crecimiento económico y los esfuerzos redistributivos se verán restringidos en su capacidad de reducir desigualdad, y tanto como antes, la retórica populista de la inclusión y unidad nacional total podrá plantearse como alternativa la concretización de unos derechos fundamentales que requieren de diferenciación y de individuos para sostener el orden democrático de derecho y controlar, finalmente, la historia latinoamericana de la infamia.

REFERENCIAS

- Aguilar, O. (2005). "Sociología y modernización". *Revista de Ciencias Sociales* 1: 1-20.
- Araujo, K. (2009). *Habitar lo social*. Santiago: Lom Ediciones.
- Archer, M. (2003). *Structure, Agency and the Internal Conversation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- (2009). *Teoría social realista. El enfoque morfogenético*. Santiago: Ediciones Universidad Alberto Hurtado.
- Auyero, J. (2000). "The Logic of Clientelism in Latin America: An Ethnographic Approach". *Latin American Research Review* 35(3): 55-81.
- Barozet, E. (2006). "El valor histórico del pituto: clase media, integración y diferenciación social en Chile". *Revista de Sociología* 20: 69-96.
- Borges, J. (2008). *Historia universal de la infamia*. Madrid: Alianza Editorial.
- Carroll, V. (2008). *Science and Eccentricity*. London: Pickering & Chatto.
- Casas, A. (2005). *Integración regional de desarrollo en los países andinos*. Córdoba: ETEA.
- Chernilo, D. (2007). *A social theory of the nation-state*. London: Routledge.
- (2009). *Nacionalismo y cosmopolitismo*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- Coleman, J. (1988). "Social capital in the creation of human capital". *American Journal of Sociology* 94: 95-120.
- (1994). *Foundations of social theory*. Cambridge: The Belknap Press.
- Costa, S. (2007). *Vom Nordatlantik zum 'Black Atlantic'. Postkoloniale Konfigurationen und Paradoxien transnationaler Politik*. Bielefeld: transcript.

- Deffner, V. (2007). Soziale Verwundbarkeit im 'Risikoraum Favela' - Eine Analyse des sozialen Raumes auf der Grundlage von Bourdieus 'Theorie der Praxis' (207-232)". En R. Wehrhahn (ed.), *Risiko und Vulnerabilität in Lateinamerika*. Kiel: Kieler Geographische Schriften 117.
- Dewey, M. (2011). "Fragile States, Robust Structures: Illegal Police Protection in Buenos Aires". GIGA Working Papers. Institute of Latin American Studies.
- Domingues, J. M. (2008). *Latin America and Contemporary Modernity: A sociological interpretation*. London: Routledge.
- Durkheim, E. (1985): *La división del trabajo social*. Barcelona: Planeta-Agostini.
- Durston, J. (2000). "¿Qué es el capital social comunitario?". Serie Políticas Sociales 38, CEPAL.
- Fábrega, J. (2009). "Who is Who in Petty Corruption: The Rationality Behind Small Bribes". Tesis doctoral, Irving B. Harris Graduate School of Public Policies, University of Chicago, Chicago.
- Garretón, M. A. (2000). *La sociedad en que vivi(re)mos*. Santiago: Lom Ediciones.
- Germani, G. (1959). *Desarrollo y estado actual de la sociología latino-americana*. Buenos Aires: Cuadernos del Boletín del Instituto de Sociología.
- (1962). *Política y sociedad en una época en transición*. Buenos Aires: Paidós.
- (1978). *Authoritarianism, Fascism, and National Populism*. New Brunswick, New Jersey: Transaction Books.
- (1981). *The Sociology of Modernization*. New Brunswick, London: Transaction Books.
- (2010). *La sociedad en cuestión*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Gino Germani, CLACSO.
- Gill, M. (2009). *Eccentricity and the Cultural Imagination in Nineteenth-Century Paris*. Oxford: Oxford University Press.
- Giraldo, F., R. Losada y P. Muñoz (eds.) (2002). *Colombia: Elecciones 2000*. Bogotá: Centro Editorial Javeriano.
- Grusson, A., V. Zubilaga, M. Izaguirre, M. de Viana, R. Briceño (2004). *Una lectura sociológica de la Venezuela actual*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Güell, P. (2005). "Los informes de desarrollo humano en Chile: Su aporte a la reflexión sociológica". *Persona y Sociedad* 19(3): 199-212.
- Habermas, J. (1990). *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus.
- (1996). *Between Facts and Norms*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press.
- (1999). *Die Einbeziehung des Anderen*. Frankfurt: Suhrkamp.
- (2004). *Tiempo de transiciones*. Madrid: Trotta.
- Hegel, G. W. F. (2006). *Filosofía del espíritu*. Buenos Aires: Editorial Claridad.
- Hobbes, T. (2003). *Leviatán*. Buenos Aires: Losada.

- Kant, I. (2002). *Filosofía de la historia*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Kaulino, A. y A. Stecher (2008). *Cartografía de la psicología contemporánea*. Santiago: Lom Ediciones.
- Larraín, J. (2004). *Identidad y modernidad en América Latina*. México D.F.: Océano.
- Lechner, N. (1991). "El estado en el contexto de la modernidad". En N. Lechner, R. Millán y F. Valdés (coords.), *Reforma del estado y coordinación social*. México D. F.: Plaza y Valdés.
- (2001). "Modernización, malestar y gobernabilidad". En J. Labastida, A. Camou (coords.), *Globalización, identidad y democracia*. México D. F.: Siglo XXI Editores.
- (2006). *Obras escogidas*. Santiago: Lom Ediciones.
- Leibniz, G. W. (1989). *Philosophical Essays*. Cambridge: Hackett Publishing Company.
- Locke, J. (1969). *Ensayo sobre el gobierno civil*. Madrid: Aguilar.
- Lockwood, D. (1964). "Social Integration and System Integration". En G.K. Zollschan y W. Hirsch (eds.), *Explorations in Social Change*. London: Routledge (pp. 244-256).
- Lomnitz, L. (1988). "Informal Exchange Networks in Formal Systems: A Theoretical Model". *American Anthropologist* 90(1): 42-55.
- (2002). "Social Networks and Political Parties". *Redes* 3(2): 1-13.
- Luhmann, N. (1987). *Rechtssoziologie*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- (1994). *Liebe als Passion*. Frankfurt: Suhrkamp.
- (1999). *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*. Berlin: Druncker & Humblot.
- (2000). *Vertrauen*. Stuttgart: Lucius & Lucius Verlag.
- Martuccelli, D. (2010). *¿Existen individuos en el sur?* Santiago: Lom Ediciones.
- Mascareño, A. (2010). *Diferenciación y contingencia en América Latina*. Santiago: Ediciones Universidad Alberto Hurtado.
- Mascareño, A. y D. Chernilo (2009). "Obstacles and Perspectives of Latin American Sociology: Normative Universalism and Functional Differentiation". *Soziale Systeme* 15(1): 72-96.
- Mauss, M. (2009). *Ensayo sobre el don*. Buenos Aires: Katz Editores.
- Mora, C. (2009). "Estratificación social y migración intrarregional: Algunas caracterizaciones de la experiencia migratoria en Latinoamérica". *Universum* 24(1): 128-143.
- Neves, M. (1992). *Verfassung und Recht in der peripheren Moderne –Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*. Berlin: Duncker & Humboldt.
- (2006). "Die Staaten im Zentrum und die Staaten an der Peripherie: Einige Probleme mit Luhmanns Auffassung von den Staaten der Weltgesellschaft". *Soziale Systeme* 12(2): 247-273.
- (2007). *A constitutionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica.
- Parsons, T. (1968). *La estructura de la acción social*. Madrid: Guadarrama.

- Perticara, M. y C. Sanhueza (2010). "Women's Employment after Childbirth". Documento de Investigación 258, Facultad de Economía y Negocios, Universidad Alberto Hurtado.
- Picón Salas, M. (1972). *Imágenes de Chile*. Santiago: Nascimento.
- PNUD (1998). "Las paradojas de la modernización. Informe Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo". Santiago: PNUD.
- (2002). "Nosotros los chilenos: un desafío cultural. Informe Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo". Santiago: PNUD.
- Putnam, R. (1993). *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*. Princeton: Princeton University Press.
- Ramírez, L. (2004). *Las redes del poder. Corrupción, maquiladoras y desarrollo regional en México. El caso de Yucatán*. México D. F.: Miguel Ángel Porrúa.
- Rousseau, J. J. (1979). *Emilio o la educación*. Barcelona: Paidós.
- Rovira, C. (2009). *Kampf der Eliten*. Frankfurt: Campus Verlag.
- Salvat, P. (1999). "Del proceso de modernizaciones y las transformaciones normativas de la sociedad chilena". Santiago: Centro de Ética, Universidad Alberto Hurtado.
- Stichweh, R. (2005). *Inklusion und Exklusion. Studien zur Gesellschaftstheorie*. Bielefeld: transcript.
- Stillerman, J. y C. Sundt (2007). "Embeddedness and Business Strategies Among Santiago, Chile's Streets and Flea Market Vendors" (180-200). En J. Cross y A. Morales (eds.), *Street Entrepreneurs: People, Place and Politics in Local and Global Perspective*. London: Routledge.
- Thompson, J. (2000): *Political Scandal*. Cambridge: Polity Press.
- Tilly, C. (2003). "Changing Forms of Inequality". *Sociological Theory* 21(1): 31-36.
- Valenzuela, A. (1978). *El quiebre de la democracia en Chile*. Santiago: Flacso.

LOS PRESUPUESTOS PSICOLÓGICOS EN POLÍTICA UNA REVISIÓN INTRODUCTORIA DE LA LITERATURA

Alejandra Salinas

Universidad Católica Argentina/Eseade

Resumen: El análisis de las disposiciones psicológicas de los actores políticos, sus implicancias institucionales y su impacto en las políticas públicas ha recibido creciente atención académica en las últimas décadas. Creemos que el estado del arte amerita una revisión introductoria que oriente al lector respecto de las principales posturas teóricas sobre el tema. A tal fin, este trabajo resume, clasifica y compara teorías de autores clásicos como de otros más recientes, e incorpora contribuciones de diversas disciplinas.

Palabras clave: psicología, política, racionalidad, ignorancia, emociones.

Recibido: enero 2011; **aceptado:** octubre 2011.

ALEJANDRA SALINAS. Licenciada en Ciencias Políticas y Doctora en Sociología, Universidad Católica Argentina (UCA). Profesora de Teoría Política y Social en UCA y Eseade (salinas@eseade.edu.ar).

* Versión adaptada del trabajo elaborado gracias a la Beca Federico Zorraquín/Eseade, presentado en el Congreso Nacional de Ciencia Política (Santa Fe, agosto de 2009) y en la Universidad de San Andrés (noviembre de 2009). Agradezco los comentarios allí recibidos y las sugerencias de los *referees* de *Estudios Públicos*.

PSYCHOLOGICAL ASSUMPTIONS IN POLITICS. AN INTRODUCTORY REVIEW OF THE LITERATURE

Abstract: *The analysis of the psychological dispositions of political actors, their institutional implications and impact on public policy has received increasing academic attention in recent decades. We believe that the state of the art merits an introductory review to guide the reader on the major theoretical positions on the issue. To this end, this paper summarizes, classifies and compares theories of classical and contemporary authors, and includes contributions from various disciplines.*

Keywords: *psychology, politics, rationality, ignorance, emotions.*

Received: *January 2011; accepted: October 2011.*

Introducción

El estudio de las disposiciones psicológicas de los actores políticos y las implicancias que ellas tienen para la organización y el funcionamiento institucional ha sido ampliamente ilustrado en el pensamiento moderno. Así, Hobbes explicaba el contrato social a partir del miedo provocado por la agresión mutua; Adam Smith consideraba el dominio de sí mismo como una de las cualidades sociales más útiles en una sociedad libre; Kant detectaba la pereza y la falta de coraje como el mayor obstáculo para cumplir con el *motto* de “pensar por uno mismo” y alcanzar así la autonomía; Locke advertía que las personas suelen ser “lentas y perezosas” para cambiar sus inclinaciones y proclives a soportar una “larga cadena de abusos”, y Tocqueville observaba que, debido a la moderna división del trabajo, los votantes juzgaban “apresuradamente”, prefiriendo “el más saliente de los objetos”¹.

A partir de sus observaciones, estos autores imaginaron arreglos institucionales que pudieran atenuar, entre otras cosas, los problemas asociados con las limitaciones cognitivas y emocionales de los individuos. Salvo excepciones, sus escritos han sido accesibles al lector

¹ Hobbes, *Leviathan*, Cap. XIII; Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, Parte VI: Conclusión; Kant, “What is Enlightenment?”; Locke, *Second Treatise*, Cap. XIX: Sec. 223-225; Tocqueville, *La democracia en América*, Vol. II: Cap. 5.

interesado en comprender los fenómenos sociales y políticos y las complejas motivaciones y tendencias humanas subyacentes a ellos.

De un tiempo a esta parte, los aportes teóricos cobraron un giro más técnico y especializado, acompañado de la multiplicación y variedad disciplinaria de textos, lo que dificulta una lectura general e introductoria sobre el tema. Por ello, este trabajo busca ofrecer una clasificación y comparación general de distintas teorías y disciplinas en torno a los presupuestos psicológicos en política, incluyendo un esbozo general de sus implicancias institucionales y de su impacto en las políticas públicas.

Cabe aclarar que la expresión “disposiciones psicológicas” alude aquí, en un sentido amplio, a dos dimensiones de los procesos mentales de las personas: la dimensión racional o cognitiva (proceso de pensamiento lógico / uso de las facultades racionales para obtener y procesar información sobre la realidad / elección de los medios para la consecución óptima de un fin²) y la dimensión emocional o sentimental (sensaciones y percepciones frente a ciertos estímulos / estados de ánimo / motivaciones para obrar en base a sentimientos)³. Ambas dimensiones son aplicadas al análisis de las opiniones, decisiones y conductas de los actores políticos, es decir, de los ciudadanos (en cuanto votantes), los expertos o técnicos, los funcionarios de gobierno, los dirigentes y demás impulsores de políticas públicas. Por razones de espacio, deberé centrar mi trabajo en las teorías sobre las cualidades cognitivas en mayor medida que en los sentimientos, y entre los actores políticos, en los ciudadanos o votantes en mayor medida que en los expertos o técnicos, dirigentes y funcionarios.

² Esta breve definición busca ilustrar las distintas facetas de la racionalidad que conviven en la mente humana: la instrumental (analizar la utilidad de medios con relación a fines), la axiológica y normativa (razonar en base a creencias y valores considerados verdaderos o buenos), y la gnoseológica (conocer la realidad y procesar bien la información).

³ Antonio Damasio distingue entre las emociones como respuesta frente a un estímulo y la percepción de esa respuesta (2005:270). Andrew Gluck amplía el concepto para incluir sensaciones y percepciones relativas a particulares estados psíquicos y espirituales —además de físicos—, y a los estados de ánimo (*feeling-states*) (2007:112-113). Por su parte, Robert Frank (1988) y Viktor Vanberg (2006) defienden la función motivadora de las emociones para adoptar cursos de acción considerados óptimos desde un punto de vista evolutivo.

El análisis de las cualidades y procesos cognitivos ha recibido intensa y creciente atención académica de diversas disciplinas. Entre los problemas advertidos por quienes plantean la “racionalidad limitada” y las “disonancias cognitivas” de las personas en su calidad de tomadores de decisiones (calidad medida a partir de observaciones y estudios experimentales) figuran la tendencia de los votantes a juzgar intuitivamente (Kahneman, 2002), su dificultad para procesar diferentes piezas de información de modo simultáneo (Simon, 1985) o su dificultad para comprender los aspectos ideológicos al momento de votar (Converse, 1964). Por otro lado, entre las falencias cognitivas de los funcionarios y expertos, se ha señalado la pretensión de conocer aquellas circunstancias que sólo los individuos pueden conocer actuando en un orden de mercado (Hayek, 1978), la simplificación que hacen de las teorías (Rizzo y Whitman, 2008), la predisposición a la “racionalidad insincera” de los políticos (Pincione y Tesón, 2006), y la preeminencia de la ideología o el dogmatismo por sobre la constatación empírica (Friedman, 2005), entre otras. Común a todos los actores políticos es la tendencia a ignorar el hecho de que las consecuencias o resultados suelen no seguirse de las intenciones invocadas o los fines buscados individual o colectivamente (Friedman, 2005).

Entre las implicancias institucionales de los problemas antes mencionados se ha sostenido, por ejemplo, que dada la limitada capacidad cognitiva de los actores políticos la democracia sería una institución subóptima respecto de los mercados (Rizzo y Whitman, 2008; Caplan, 2007; Pincione y Tesón, 2006; Tebble, 2003). Otros recalcan la necesidad de reforzar las prácticas deliberativas en los espacios públicos para que las personas puedan formar o mejor conocer sus preferencias (Rawls, 1997; Nino, 1996), y/o defienden medidas “paternalistas” que guíen a las personas a tomar decisiones en la dirección racionalmente óptima respecto de un objetivo dado (Thaler y Sustein, 2003). Se encuentran también quienes impulsan la necesidad de “filtros institucionales” para corregir las limitaciones cognitivas de los votantes (Brennan y Lomasky, 1993; Hardin, 2000), mientras otros promueven la limitación del poder político como una forma de atenuar las consecuencias de los problemas cognitivos tanto de los votantes (Somin, 1998; Brennan y Buchanan, 2000) como de los funcionarios y técnicos (Gaus, 2008; Weyland, 2006).

Por otro lado, en términos de la influencia de los sentimientos, algunos autores han analizado el modo en que éstos se manifiestan en la vida política. Una preocupación común ha sido abordar el problema de los condicionamientos psicológicos a la libertad individual, asociándolos por ejemplo con los “miedos y complejos, ignorancia, error, prejuicios, ilusiones, fantasías, compulsiones” (Berlin, 1983:306). En líneas similares, el miedo a la incertidumbre y el sentimiento de inseguridad, se ha sostenido, impulsarían a las personas a exigir al gobierno una posición material mínima asegurada contra todo riesgo. Esta demanda habría provocado un Estado sobre-extendido, con problemas de eficiencia, burocracia y falta de transparencia (Buchanan, 2005; Hayek, 1978).

Dado que la literatura sobre el tema de este trabajo es muy variada, es difícil no incurrir en una selección relativamente arbitraria y simple de los argumentos ofrecidos en este campo. Al respecto he escogido aquellos que, creo, ilustran debates clásicos tanto como actuales, y cuyos presupuestos psicológicos tienen importantes implicancias institucionales y para las políticas públicas. Por otro lado, cabe aclarar que en las teorías aquí presentadas conviven los enfoques predictivo, descriptivo, normativo y evaluativo: el primero busca anticipar ciertos cursos de acción y sus consecuencias a partir de presupuestos metodológicos; el descriptivo caracteriza cómo la gente de hecho razona o siente; el normativo se propone indicar una regla, proceso o principio ideal a alcanzar, y el evaluativo busca determinar en qué medida los conceptos y conductas concuerdan con esos ideales.

A partir de esta distinción analítica, y a título ilustrativo, mencionaré que los psicólogos cognitivos suelen ofrecer un enfoque descriptivo que, a partir de estudios experimentales, busca anticipar ciertas falencias o “disonancias cognitivas” de los actores individuales (Kahneman y Tversky, 1984). Otros emplean una mirada descriptiva para cuestionar el alcance de los estudios que miden la racionalidad del votante en base a complicados cuestionarios elaborados por expertos (Lupia, 2006). En tanto, las teorías normativas asumen *a priori* ciertos presupuestos psicológicos para construir su edificio teórico y efectuar recomendaciones, institucionales y otras (Brennan y Hamlin, 2000; Habermas, 1999, Rawls, 1997). Mientras que la mirada descriptiva observa conductas y opiniones para indagar cuáles son los problemas cognitivos y cómo se manifiestan en la realidad bajo estudio, la mirada normativa se pregunta, por ejemplo, qué instituciones o medidas deben

adoptarse para asegurar mejor los resultados consistentes con ciertos valores. Finalmente, la mirada evaluativa se detiene a analizar si determinados presupuestos psicológicos posibilitan o no el cumplimiento de los ideales normativos. Así, como veremos, Anthony Downs (1957) elabora el presupuesto de la ignorancia racional y evalúa bajo qué condiciones el ideal de la igualdad democrática se ve afectado por ella, mientras que James Buchanan (2005) examina el sentimiento del miedo a la incertidumbre para evaluar su impacto respecto del ideal de libertad individual.

Hechas estas aclaraciones, nuestro recorrido será el siguiente: en la sección 1 se clasifican los argumentos sobre la capacidad cognitiva de los actores políticos, es decir, el grado en que éstos poseen o pueden poseer el conocimiento suficiente para tomar decisiones racionales, y se presentan algunas implicancias institucionales que se derivan de ellos. En la sección 2 analizo algunas consecuencias para las políticas públicas a la luz de esos argumentos. La sección 3 trata sobre las emociones en política y sus implicancias para el diseño y funcionamiento de ciertos programas e instituciones políticas. Concluyo el trabajo con un resumen de sus principales ideas.

1. Argumentos sobre la racionalidad en política

El desafío que presenta el aspecto cognitivo para el diseño y funcionamiento de las instituciones políticas queda expresado en las siguientes preguntas: ¿son los votantes racionalmente capaces de adquirir información correcta, y de actuar políticamente en forma coherente y reflexiva? ¿En qué medida poseen falencias cognitivas (¿cuáles serían?) que dificultan esa tarea? ¿Acaso los gobernantes y los técnicos exhiben falencias similares o distintas? ¿Qué problemas se presentan a partir de las limitaciones respectivas?

A continuación distingo cinco grupos de posturas sobre la racionalidad en política, bajo los rótulos de: a) ignorancia inducida, b) elección racional, c) racionalidad deliberativa, d) racionalidad limitada, y e) ignorancia inevitable. Las primeras dos corresponden a teorías que son en cierto modo fundacionales, ya que a partir de ellas se ha desarrollado una extensa literatura sobre el tema. La primera presenta una mirada más descriptiva, y la segunda es más predictiva. Las otras cuatro posturas están ordenadas por el mayor al menor grado de racionalidad

que reconoce cada una. Mientras c) y e) tienden a ser más normativas, d) enfatiza los aspectos empíricos.

En base a esta somera distinción, señalaré las principales contribuciones de estos planteamientos y algunas similitudes y diferencias entre ellos. Brevemente y en líneas generales, anticiparé que a) y d) detectan serios problemas cognitivos en los votantes, pero asumen que los políticos y expertos poseen cualidades cognitivas suficientes para prevenir o corregir los efectos políticos derivados de esos problemas. En contraste, b) y c) defienden un presupuesto más exigente de racionalidad, si bien difieren en sus enfoques e implicancias: la “elección racional” asume un cálculo individual de costo-beneficio que conduciría a una débil participación política por parte de los votantes, mientras que los “deliberativos” asumen la capacidad racional de éstos para deliberar sobre los asuntos públicos. Por último, la “ignorancia inevitable” mantiene el supuesto cognitivo más débil y lo aplica tanto a los votantes como a los políticos, funcionarios y expertos.

a) Ignorancia inducida

Si bien no lo desarrolló en profundidad, a mediados de los años 40 Joseph Schumpeter planteó argumentos que están todavía vigentes sobre la racionalidad del ciudadano promedio, a quien veía guiado por promesas electorales de corto plazo e inserto en un sistema donde las responsabilidades inmediatas son difusas. Según este autor, el votante escapa a la “influencia racionalizadora de la experiencia y la responsabilidad personal” y se sitúa en un plano de “inferioridad mental”. De ahí su “ignorancia y falta de juicio” en asuntos políticos complejos, incluso de la gente instruida, pese a la abundancia de información. Esto tendría dos consecuencias negativas: dejarse llevar por asociaciones fáciles e impulsos y prejuicios, y así favorecer a los grupos que moldean las opiniones políticas (Schumpeter, 1947:302-304).

La teoría de Schumpeter fue catalogada como una que asume la “irracionalidad” de los votantes (Prisching, 1995; Wohlgemuth, 2007). En mi opinión, si bien el autor usa el término “irracional”, lo aplica para describir los efectos del sistema institucional sobre la conducta particular del votante, antes que para describir las cualidades cognitivas de éste. De hecho, el autor reconoce que “frecuentemente se exagera la

irracionalidad individual”, porque se confunde la racionalidad de pensamiento con la racionalidad de acción, que puede existir sin “ninguna deliberación consciente”. Schumpeter cree, además, que las personas suelen reaccionar de forma rápida y racional frente a beneficios pecuniarios (pagos directos, tarifas protectoras, etc.), si bien sostiene que es una racionalidad de corto plazo, que puede equivocarse respecto de esos beneficios a largo plazo (ibídem, 300,304).

Bajo esta óptica, es plausible pensar que en Schumpeter la “ignorancia y la falta de juicio” del votante no proceden de anomalías cognitivas propiamente dichas sino de un sistema que exige a los votantes tomar decisiones sin el correlato de enfrentar la responsabilidad de las consecuencias por las decisiones tomadas. En un párrafo muy citado, el autor observa que el ciudadano “emplea un esfuerzo menos disciplinado para dominar un problema político que el que emplea en una partida de bridge” donde las tareas y las reglas son claras y la responsabilidad por los resultados es atribuida a cada individuo (ibídem, 303). Por lo tanto, sin el incentivo que procede de enfrentar responsabilidades inmediatas, el autor concluye que esa ignorancia persistirá, a pesar de la disponibilidad de información y de la capacidad para interpretarla. Es decir, las características del sistema introducen incentivos para que el votante no despliegue su capacidad cognitiva potencial para adquirir y evaluar la información política.

El problema del comportamiento electoral así entendido estaría fomentado además por la actitud de los políticos que se ven tentados a manipular la ignorancia con fines políticos. En contraste con el votante “infantil”, el político schumpeteriano se presenta como un líder con capacidad suficiente para moldear la opinión de los votantes, y que compite con otros para hacerlo. Así, la democracia sería un proceso de competencia electoral entre políticos que “crean” las preferencias del votante, frecuentemente escondiendo información o mintiendo a favor de su propio interés (ibídem, 305-306)⁴. Sin embargo, los líderes sólo parecieran utilizar estos artilugios principalmente en el momento electoral para acceder al poder, puesto que una vez en el gobierno Schumpeter cree en la posibilidad de que existan líderes con cualida-

⁴ En líneas similares véase Russell Hardin (2000:121) para la noción del político schumpeteriano como experto que puede juzgar mejor lo que sirve a los intereses del electorado.

des “suficientemente elevadas” que aseguren el éxito de la democracia (ibidem, 335-337)⁵.

Al margen de esas cualidades, las implicancias institucionales del modelo cognitivo de Schumpeter se traducen en la confianza en que pueda existir un grupo de funcionarios, esto es, una burocracia fuerte, eficiente, e independiente del poder político, con la suficiente capacidad como para instrumentar un gobierno eficaz (ibidem, Cap. 23).

Una teoría cognitiva similar a la de Schumpeter es la de James M. Buchanan, para quien la incertidumbre sobre los resultados electorales y la pérdida del sentido de la responsabilidad personal en la toma de decisiones políticas limitan el presupuesto de racionalidad individual (Buchanan y Tullock, 1999:37-39). En tanto el presupuesto de racionalidad instrumental basado en el análisis costo-beneficio permite predecir el comportamiento individual con éxito en el campo económico, en política los votantes tenderían a guiarse por cuestiones ideológicas o por consideraciones meramente expresivas o simbólicas (Buchanan y Tullock, 1999:12). Así, la elección del votante sería de tipo “litúrgica” (análoga a la de alentar a un equipo deportivo), por lo que no se puede esperar que se seleccionen las opciones que reflejen los intereses racionalmente evaluados (Brennan y Buchanan, 2000:160-166).

También como Schumpeter, para Buchanan la limitación cognitiva de los votantes se debería al marco institucional, ya que tanto el *homo economicus* como el *homo politicus* responderían a la estructura de incentivos institucionales en que se insertan: mientras las preferencias del primero tienen correlato directo con los resultados esperados de su actividad de intercambio, las preferencias del segundo se agregan mediante reglas de decisión mayoritaria que no reflejan esas preferencias en los resultados obtenidos. A ello se suma la complejidad de las cuestiones económicas y políticas, frente a la cual ni siquiera los expertos concuerdan sobre las consecuencias de las medidas de gobierno, y frecuentemente se equivocan (Buchanan y Wagner (2000): 132-133)⁶.

⁵ Schumpeter señala la necesidad del autocontrol de los votantes y los parlamentarios para resistir los “ofrecimientos de pillos y desequilibrados” y la “tentación de derribar u obstaculizar al gobierno cada vez que tienen ocasión de hacerlo” (ibidem, 340). En última instancia, las conductas de votantes y políticos en la democracia son analizadas a la luz de sus cualidades morales.

⁶ Véase también Douglas North (1990) para la necesidad de insertar el debate sobre la racionalidad dentro de un marco institucional que disminuya los costos de transacción y facilite el manejo de la información en la toma de decisiones políticas.

A la luz de este diagnóstico, y en contraste con el burócrata eficiente de Schumpeter, desde el punto de vista institucional Buchanan ha propuesto optar por los mercados y la descentralización política para proveer los bienes buscados por los ciudadanos, antes que por procesos electorales mayoritarios a gran escala (Brennan y Buchanan, 2000:168).

b) Elección racional

La teoría de la elección racional asume los presupuestos de información completa y racionalidad instrumental de todos los actores políticos, quienes usarían un análisis utilitario de costo-beneficio para evaluar, y consecuentemente elegir, aquella opción más beneficiosa o menos costosa en términos individuales⁷.

El modelo de la elección racional ha sostenido que los votantes tienden a no informarse adecuadamente sobre los temas o candidatos políticos, es decir, eligen permanecer “racionalmente ignorantes”. Esta elección obedecería a los incentivos introducidos por las siguientes características del sistema representativo actual: la incertidumbre del resultado electoral, el bajo peso relativo del voto individual en determinar el resultado de la votación, el costo de obtener información adecuada con la cual fundamentar el voto, y el carácter indivisible de los bienes públicos que imposibilita desagregar las opciones votadas presentándolas en vez como un bloque. En este contexto de incertidumbre y de altos costos, que el votante invierta en información sería “irracional” (Downs, 1957).

La ignorancia racional se reflejaría por ejemplo en el desconocimiento de los votantes de las plataformas partidarias y de las instituciones y funciones básicas del gobierno, así como en la incapacidad del votante medio para analizar múltiples asuntos mediante un marco analítico integrado (Somin, 1998: 416-418). La situación se vería exacerbada por el crecimiento en el tamaño y el alcance del sector público, que dificulta el conocimiento de los temas y candidatos políticos, así como por los incentivos introducidos por un Estado con poderes redistributivos, que dispersa los costos de la redistribución y concentra sus beneficios en algunos sectores (Somin, 1998:433-435).

⁷ La lógica de la elección racional aplicada al caso de las decisiones políticas y grupales fue inicialmente analizada *in extenso* por Anthony Downs (1957) y Mancur Olson (1971), respectivamente.

Profundizando el argumento sobre la ignorancia racional, recientemente Guido Pincione y Fernando Tesón han sugerido que los votantes no sólo eligen ignorar datos e información política, sino también ignoran las teorías respecto de las políticas públicas que mejor asegurarían los resultados preferidos por ellos. Así, los autores hablan de “fallas del discurso” para aludir a un fenómeno social caracterizado por la combinación de tres aspectos mutuamente reforzados: la ignorancia racional de la mayoría de los votantes, el aprovechamiento que los políticos hacen de ella (*posturing*), y el moderno Estado redistribuidor (Pincione y Tesón, 2006: 5,16-18). En directa crítica a las teorías deliberativas que veremos más adelante, para estos autores en un escenario así retratado los incentivos de los actores políticos tenderán a alejarlos de la “verdad”, al contrario de lo que postulan quienes confían en el debate público como método racionalmente óptimo para llegar a ella.

Una de las implicancias institucionales del modelo de la elección racional es que la disparidad de información se traduce en desigualdad política, es decir, que las decisiones democráticas no reflejan la igualdad de preferencias que alegan representar (Downs, 1957:257). Así, los grupos de presión y las minorías organizadas estarían dispuestos a hacer frente a los costos de obtener información para influir en el gobierno, lo que favorecería a estos grupos a expensas de la ciudadanía en general (Downs, 1957:254-256). Es decir, una de las peores consecuencias de este escenario cognitivo sería la “captura” de las políticas públicas por parte de grupos especiales que buscan aumentar sus ingresos o rentas a través de la acción pública (Pincione y Tesón, 2006:5).

Bajo esta luz, se ha recalcado la necesidad de imaginar nuevas propuestas donde las personas tengan los incentivos adecuados para tomar decisiones conducentes a alcanzar sus objetivos (Pincione y Tesón, 2006: 228,231-232). Una de las recomendaciones normativas en este sentido es adoptar un sistema de gobierno con funciones y alcances más limitados, que atenúen los problemas cognitivos agudizados en presencia de un poder político monopólico y demasiado extendido (Somin, 1998:446).

La literatura sobre el tema de la ignorancia racional es extensa y no pretendo revisarla exhaustivamente sino sólo para contrastar su idea principal con las otras posturas aquí analizadas. Al igual que Schumpeter, la escuela de la elección racional reconoce en el votante la existencia de una capacidad cognitiva fuerte, que en el análisis de Schumpeter

es “bloqueada” por un sistema que no le exige utilizarla, y en el de Downs es “utilizada” para evadir el elevado esfuerzo de adquirir información, ya que ello no le depara beneficios ciertos o directos. En ambos casos, el votante permanece desinformado, lo que facilitaría a los políticos manipular la (escasa) información de modo de maximizar los votos a obtener y, una vez en sus cargos, intentar maximizar el poder que les es conferido.

Las críticas a este modelo son numerosas. Brevemente apuntaremos que la imagen del individuo efectuando un cálculo basado en el supuesto de racionalidad instrumental ha recibido la crítica de quienes señalan su carácter restringido e incapaz de explicar otros tipos de racionalidad, tal como la racionalidad axiológica observada por Max Weber (Boudon, 2003), o como el compromiso individual para obedecer reglas morales antes que la persecución del beneficio material (Vanberg, 2006). También se ha resaltado, con Buchanan, la fuerza del voto “simbólico” guiado por razones no utilitarias y por ideas relacionadas con la defensa de valores como la igualdad, la justicia y la verdad (Nozick, 1995:49-60). Adicionalmente, se ha señalado que nadie sabe exactamente qué es lo que tendría que calcular para proceder a invertir en obtener información política (Wohlgemuth, 2007:11-13), o para evaluar todos los efectos de una legislación dada sobre el bienestar individual (North, 1990:360).

Finalmente, una de las críticas más difundidas actualmente es la de Kahneman y Tversky (1984), quienes a partir de observaciones en el campo económico cuestionan el presupuesto de la elección racional y defienden un modelo de racionalidad limitada, basado en la preeminencia de ciertos condicionamientos psicológicos (aversión al riesgo, influencia del encuadre, etc.) por sobre el cálculo racional utilitario. Volveré sobre esta última noción en la próxima sección.

c) Racionalidad limitada

Desde una perspectiva descriptiva, algunos teóricos de la racionalidad limitada asocian los problemas cognitivos principalmente con la conducta y opiniones de los votantes, quienes, en el mejor de los casos, son racionales respecto de aspectos de la realidad política muy reducidos y desconectados (Simon, 1985:302). Para otros, la ignorancia del votante proviene del presupuesto de que están “mal equipados para

aislar la información correcta” (Brennan y Lomasky, 1993:209). Bajo esta óptica, la mayor parte de las personas no estaría capacitada para procesar información política, deliberar sobre propuestas alternativas o evaluar las implicancias y resultados de las políticas públicas. Sólo estarían capacitadas para seleccionar candidatos y recibir información de los partidos políticos, los que son fáciles de clasificar (Brennan y Lomasky, 1993:217). En este sentido, las teorías de racionalidad limitada se distinguen de las teorías de la ignorancia inducida y de la elección racional en que para las primeras existen anomalías cognitivas propias de la mayoría de las personas que no pueden revertirse, mientras que para las segundas son las instituciones las que condicionan la habilidad cognitiva del individuo promedio e impiden alcanzar los beneficios generales que se derivarían del uso de esa habilidad.

Entre otros factores, la racionalidad limitada del votante se reflejaría en los problemas de atención selectiva (Simon 1985:302), la mutabilidad de las preferencias, la tendencia a tomar decisiones que privilegian los beneficios de corto plazo (Przeworski *et al.*, 1999:10) y la prevalencia del juicio intuitivo sobre el razonado (Kahneman, 2002)⁸. Por el contrario, algunos asumen, en general implícitamente, que los funcionarios y expertos poseerían cualidades cognitivas fuertes y que estarían suficientemente informados y preparados para que sus políticas sean tan eficaces y consistentes como ellos pretenden. Se asume también la transparencia y la disponibilidad de información brindada por los funcionarios y los grupos de interés asociados con éstos (Maravall, 1999:193).

¿Cuáles serían las implicancias institucionales, de tipo normativo, del diagnóstico de la racionalidad limitada? En general, se aduce la necesidad de introducir o reforzar filtros múltiples e independientes para corregir las decisiones inconsistentes de los votantes. Para algunos, y en línea con Schumpeter, el filtro puede ser la existencia de una burocracia independiente con poder discrecional (Brennan y Lomasky, 1993: 214-217); para otros, los legisladores cumplen el papel correctivo, filtrando y —cuando el caso lo requiere— incluso ignorando las preferencias de los votantes para asegurar el buen gobierno (Stokes, 1999:128). En

⁸ Pero véase Lupia (2006) para una respuesta a los diagnósticos descriptivos sobre la incompetencia del votante, medida en encuestas y estudios diseñados por elites de expertos en base a presupuestos de un modelo de racionalidad completa.

otras palabras, según la óptica de la racionalidad limitada los representantes deberían actuar (se asume que desean hacerlo) en el mejor interés ciudadano. Afirmar lo anterior no excluiría intentar mejorar la información del electorado, pero siempre dentro de un modelo pensado para que los representantes puedan corregir los problemas cognitivos subyacentes al voto ciudadano.

A partir del presupuesto de racionalidad limitada algunos autores se interesan por mantener una visión política “robusta” (Brennan y Hamlin, 2000:124-125), es decir, orientada a buscar soluciones dentro de las instituciones democráticas. Así, al igual que Buchanan, defienden la descentralización y el federalismo como forma de minimizar los problemas de información para el votante (Brennan y Lomasky, 1993:221), pero a diferencia del economista de Virginia no incluyen en su consideración respuestas extra-políticas —como las provistas por las instituciones de mercado— para proveer los bienes y servicios públicos sobre los cuales se toman gran parte de las decisiones políticas.

Cabe señalar, por último, las teorías que llevan el presupuesto cognitivo bajo análisis a un extremo, y hablan de la “irracionalidad” de la mayoría de las personas, guiadas por errores sistemáticos o por las emociones. Estas teorías provienen, en general, de los economistas. Por citar un ejemplo, para el economista Dan Ariely (2008) la irracionalidad es entendida como un mal cálculo, generalmente basado en circunstancias aleatorias, que suele conducir a la elección de la alternativa más costosa en términos monetarios. El corolario normativo de Ariely es que para evitar el excesivo costo de estas elecciones —especialmente en el campo del cuidado de la salud, de la educación y de los servicios públicos— el gobierno debería regular los mercados, dado que los individuos son irracionales, no aprenden de sus errores, se equivocan sistemáticamente y los mercados sólo pueden funcionar con personas racionales (2008:39-48).

Pero el argumento de la irracionalidad también es utilizado en sentido contrario para criticar las expectativas sobre la eficacia gubernamental. Para Bryan Caplan, ésta fallaría en asegurar un gobierno sensato, pues los políticos suelen atender las demandas de votantes irracionales y prejuiciosos. Las consecuencias de esta dinámica electoral serían perjudiciales para la implementación de políticas públicas eficaces, dada la tendencia de los votantes a subestimar los beneficios del mercado (Caplan, 2007:22,30-39). En consecuencia, este autor propone trasladar

algunas decisiones al ámbito privado del mercado, y para las decisiones colectivas aconseja implementar un sistema de voto calificado según el grado de alfabetización económica (Caplan 2007:197).

El argumento de la irracionalidad da por sentado que las falencias cognitivas de los votantes-consumidores son básicamente irreversibles, y que sólo resta mitigar o controlar sus efectos mediante la acción estatal o mediante restricciones al voto. En el caso de Ariely, el supuesto es que los funcionarios poseen cualidades cognitivas suficientes para alcanzar sus propósitos correctivos; en el caso de Caplan, el supuesto es que los economistas se podrán poner de acuerdo acerca de qué decisiones tomar, y que las medidas adoptadas por ellos serán más sensatas en términos de la asignación de recursos públicos. A modo de crítica, en ambos casos se estarían ignorando las falencias cognitivas alternativas de los funcionarios y expertos (Gaus, 2008).

d) Racionalidad deliberativa

Para los teóricos de la racionalidad limitada el grado de racionalidad de los votantes se presume o se mide a partir de una decisión individual (elegir un candidato o adoptar una medida). A diferencia de ellos, los teóricos de la racionalidad deliberativa hacen hincapié en la superioridad de los mecanismos colectivos de argumentación y justificación para reforzar las cualidades cognitivas en los procesos sociales. Su mirada es fundamentalmente normativa y evaluativa. Así, desde los años 80 Jürgen Habermas desarrolló una teoría de la “racionalidad interpersonal”, que es aquella adquirida a través de la práctica de la deliberación colectiva, mediante la cual se invita a los ciudadanos, legisladores y comunicadores a intercambiar argumentaciones justificadas sobre temas y medidas considerados relevantes por todos (Habermas, 1999).

Todas las teorías deliberativas sostienen que mediante la deliberación los agentes políticos pueden superar las limitaciones de su racionalidad individual, y que pueden conocer cuáles son sus intereses y valores. Así, esas teorías comparten con Schumpeter la idea de que la política es un proceso, pero difieren de él en que la política no consiste en competir para ganar votos, sino en transformar las preferencias individuales mediante la discusión racional (Rawls, 1997). En este sentido,

la deliberación es una instancia necesaria para obtener o legitimar conocimientos que no podrían ser obtenidos o legitimados de otra manera: “la deliberación amplía nuestro conocimiento, revela defectos en el razonamiento, y ayuda a satisfacer la exigencia de atención imparcial de los intereses de todos los afectados” (Nino, 1996:113).

Frente a las teorías que enfatizan la racionalidad mínima del votante a partir de datos empíricos, los teóricos de la deliberación asumen *a priori* la potencial igualdad en la capacidad que poseen electores y representantes, y la necesidad de desarrollar esa capacidad mediante la justificación mutua de las opiniones políticas. Así, afirman que “...pensamos en las personas como razonables y racionales, como ciudadanos libres e iguales, con los dos poderes morales [capacidad para una concepción de la justicia y capacidad para una concepción del bien]...” (Rawls, 1997:800), o sugieren que el ciudadano se contemple como un “legislador ideal” a la hora de evaluar las leyes y ofrecer una concepción razonable de justicia (Gutman y Thompson, 2000:161).

Sin embargo, a pesar del elevado grado de confianza cognitiva, las prescripciones institucionales de algunos teóricos de la deliberación limitan el ejercicio de la racionalidad deliberativa a grupos específicos como los jueces, los funcionarios públicos (legisladores y ejecutivos) y los candidatos a cargos políticos; los ciudadanos están invitados a deliberar en otros foros públicos, pero no en el foro político (Rawls, 1997:767). La práctica deliberativa es incluso prescindible, pues puede ser eliminada si interfiere con la búsqueda de fines sustanciales. En última instancia, la democracia deliberativa sólo exige que la decisión de omitir la deliberación sea hecha pública y por agentes responsables de rendir cuentas (Gutman y Thompson, 2000:177). Probablemente esta conclusión sea inevitable, dadas las premisas cognitivas del modelo deliberativo, lo que implica que en el caso de que esas exigencias no sean satisfechas se recurra a instancias no deliberativas o se introduzcan importantes restricciones al proceso de modo de asegurar el resultado buscado. También se ha propuesto robustecer el filtro judicial para limitar o minimizar los efectos de una deliberación equivocada que afecte o pueda afectar los derechos individuales (Nino, 1996:202, 204, 207).

Puede pensarse que admitir la necesidad de filtros legislativos, judiciales y deliberativos implica reconocer que el producto de la deliberación pueda no ser el resultado de un mejor conocimiento colectivo. Ello implicaría desconocer que los mismos representantes y jueces a

veces se comportan como “ignorantes racionales”, evitando obtener información correcta a la hora de evaluar y adoptar medidas, o simplificando la complejidad de los temas en aras de maximizar sus objetivos políticos o personales (Rizzo y Whitman, 2008:30-31).

Esta última crítica contrasta con la idea de que no existiría ninguna tensión entre los ciudadanos que deliberan para elegir los objetivos de la asociación política, por un lado, y los legisladores que deliberan para elegir los medios para alcanzar esos objetivos, por el otro (Christiano, 1996:233). Esta postura se acerca más a la confianza schumpeteriana de que existen líderes con cualidades cognitivas (y morales) suficientemente elevadas, y comparte la mirada de los teóricos de la racionalidad limitada respecto de los funcionarios y técnicos, en el supuesto de que éstos pueden conocer cuáles son los intereses específicos de los ciudadanos independientemente de las preferencias de ellos.

e) Ignorancia inevitable

A partir del aporte de Hayek, las concepciones enfocadas en el hecho de la ignorancia han sostenido que todos los individuos son considerablemente ignorantes de los numerosos factores necesarios para alcanzar sus objetivos. En su opinión, todos somos ignorantes fundamentalmente debido a la complejidad de la realidad social y a la naturaleza limitada del conocimiento humano, la mayor parte del cual no es explícito sino tácito, y se encuentra disperso entre todos los individuos (Hayek, 1978:29-30).

A diferencia de los otros debates que asumen la racionalidad de los gobernantes y no la de los votantes, aclara este autor, desde esta óptica el problema de la ignorancia alcanzaría a gobernantes, ciudadanos, expertos, intelectuales y científicos por igual. En otras palabras, la ignorancia es constitutiva del ser humano; por ende, es inevitable y resistente a nuestros esfuerzos por sortearla. En particular, es fútil —peor aún, puede ser dañino— el intento de los funcionarios y expertos que, inspirados por la “pretensión del conocimiento”, creen posible poseer el conocimiento y el poder suficientes para “moldear los procesos sociales a nuestro gusto, conocimiento que de hecho no poseemos” (Hayek, 1974). En contraste con esta pretensión, Hayek postula una “lección de humildad”: aceptar que la civilización es producto del esfuerzo libre de

millones de individuos y no del diseño de una mente (Hayek, 1974). Ese esfuerzo se inscribe en un proceso evolutivo, a partir del cual se produce un aprendizaje de las cosas que salieron mal, es decir, un aprendizaje a partir del fracaso (Hayek, 1978:36).

Las implicancias institucionales de la visión hayekiana son varias. Aceptar la ignorancia inevitable implica, por ejemplo, desplazar la exigencia de obtener el mejor conocimiento posible hacia la necesidad de adoptar procesos e instituciones adecuadas para poder hacer un mejor uso del conocimiento escaso y disperso (Hayek, 1978:26-27). Desde un punto de vista normativo, ello exige adoptar instituciones que nos permitan aprender a través del ensayo y error y elegir así los cursos de acción adecuados, a partir de un “sistema competitivo”, el único que nos puede brindar información sobre cómo coordinar mejor nuestras acciones (Hayek, 1979:177-178). En el campo político, una democracia limitada es el mejor arreglo institucional para hacer frente a las exigencias cognitivas, ya que la libre competencia entre propuestas hace posible la creación y difusión de nuevo conocimiento (Hayek, 1978:109-110,117).

Siguiendo a Hayek, Viktor Vanberg (2006) sostiene que a partir del reconocimiento de nuestra ignorancia es que decidimos adoptar reglas de comportamiento, es decir, reglas morales que el curso de la evolución humana nos ha indicado que son racionalmente óptimas en términos de los beneficios buscados. Desde esta óptica, la conducta guiada por el cumplimiento de esas reglas no requiere un análisis racional de costo-beneficio para coordinar las actividades sociales de modo óptimo. En este sentido, escribe el autor, su teoría del *rule-following behavior* es más apropiada que la teoría de la elección racional a la hora de analizar las conductas humanas.

Cabe efectuar aquí otras comparaciones entre la visión de la ignorancia inevitable y las demás posturas cognitivas. Al igual que los teóricos de la deliberación, los teóricos de la ignorancia inevitable resaltan la naturaleza intersubjetiva del conocimiento: es en sociedad, cooperando con los demás, donde podemos conocer mejor. Pero mientras para los primeros el problema cognitivo se resuelve mediante la argumentación, para los segundos se resuelve en las interacciones individuales que incluyen otros mecanismos sociales para articular los distintos intereses, sentimientos, valores e ideas de las personas. Así, “los procesos políticos discursivos pueden de hecho reducir el espectro, la

calidad y la complejidad de los procesos comunicativos” (Pennington, 2003:728). Desde esta óptica, las decisiones basadas exclusivamente en la argumentación racional dejan de lado otras habilidades individuales y pautas culturales difíciles de articular, pero también conducentes a resultados socialmente eficaces (Tebble, 2003:262).

Por otra parte, los teóricos de la ignorancia inevitable se alejan de la visión schumpeteriana según la cual la información política es abundante y en principio posible de ser adquirida, mientras que los primeros niegan que esa adquisición sea abundante y/o disponible. Además, mientras Schumpeter confía en burócratas eficaces, la ignorancia inevitable desconfía de sus capacidades cognitivas y de sus tendencias planificadoras, basadas en la pretensión de conocer más de lo que realmente pueden. Por último, los teóricos de la ignorancia inevitable se distinguen de los “irracionalistas” en que aquéllos (elección racional y racionalidad limitada) creen posible encauzar los impulsos y errores de las personas mediante un proceso de aprendizaje gradual, en pos de un mejor uso del conocimiento, mientras que éstos (ignorancia inevitable) parecen resignarse a que exista tal posibilidad.

Por último, y desde un punto de vista descriptivo y evaluativo, Gerald Gaus advierte que la capacidad cognitiva del público, de los funcionarios y de los expertos debe analizarse tanto en términos absolutos como relativos, y respecto de cuestiones específicas. Este autor sostiene que, comparativamente considerados, los expertos suelen predecir las consecuencias económicas de las medidas políticas mejor que el público, si bien en términos absolutos tampoco lo hacen tan bien. Pero en materia de racionalidad moral, concluye, no hay “expertos” y la gente está capacitada para hacer juicios correctos (Gaus, 2008:17-20).

En la medida en que muchas de las decisiones políticas deben ser analizadas a la luz de su legitimidad, al igual que Schumpeter y Vanberg, Gaus también sitúa el plano cognitivo junto al plano moral a la hora de evaluar la dinámica de los actores y el funcionamiento de las instituciones políticas.

2. Consecuencias de las teorías sobre la racionalidad para las políticas públicas

De un tiempo a esta parte, las ideas sobre la racionalidad individual han tenido considerable impacto en el diseño de las políticas públicas. Para ilustrar mejor esta idea analizo a continuación

una postura que presupone una racionalidad limitada en la mayoría de las personas, y que propone atenuar esas limitaciones mediante correctivos o señales emitidas por los funcionarios de gobierno. Tal es la propuesta de Richard Thaler y Cass Sunstein (2003), quienes hablan de un “paternalismo liberal” para defender la idea de que el Estado induzca a los individuos a actuar y tomar decisiones cuyos beneficios no serían advertidos por ellos mismos. En este sentido, su propuesta se distinguiría del paternalismo a secas en que éste controla los recursos o bienes y los asigna o distribuye según un único criterio, sin posibilidad de opciones por parte del individuo. En cambio el paternalismo liberal guiaría a las personas a tomar decisiones en la dirección que —el gobierno estima— es racionalmente óptima respecto de un objetivo dado. Los ejemplos que mencionan en su propuesta van desde obligar a las personas a contratar un seguro automotor y a ahorrar para la vejez, hasta la “invitación” a no fumar y comer comida saludable mediante la adopción obligatoria del menú *light* en los restaurantes.

El enfoque cognitivo del “paternalismo liberal” se asienta en dos argumentos del tipo de racionalidad limitada: a) un presupuesto empírico según el cual las personas carecen de preferencias definidas, estables u ordenadas, por lo que sus elecciones dependen del contexto y la presentación de las opciones (2003:1161), y b) un presupuesto normativo que defiende la intervención estatal mínima, es decir, la adopción de requisitos y regulaciones que influenciarían la conducta de las personas, orientándolos “en direcciones sensatas” (2003:1188-1193)⁹.

El paternalismo liberal ha sido criticado por Mario Rizzo y Donald Whitman, para quienes la noción ignora los clásicos problemas asociados con la regulación estatal de las actividades privadas y con la expansión incesante del radio de acción estatal hacia nuevas órbitas. En este sentido, el paternalismo tendría el potencial de acarrear consecuencias no intencionadas que frustren sus objetivos e impliquen

⁹ Thaler y Sunstein alientan a los planificadores estatales a estar más informados acerca de cómo instrumentar sus ideas, llegando a sugerirles la posibilidad de efectuar una deducción estatal automática para fomentar las donaciones de caridad (2003:1193 n.132). En este esquema las donaciones se distinguirían de los impuestos en que permitirían a los individuos “salirse” de esas deducciones si así lo indicaran. Para los autores, los esquemas de *opt out* se basan en la evidencia de que debido al esfuerzo asociado con la toma de decisiones, los individuos tienden a demorar esas decisiones, por lo que en el ejemplo planteado, un sistema de *opt out* aseguraría más donaciones que uno de *opt in*.

nuevas intervenciones estatales (Rizzo y Whitman, 2008:23,56). Por otro lado, esgrimen estos autores, las falencias cognitivas atribuidas a los individuos también se aplican a los planificadores, quienes tienden a concentrar su mira en el corto plazo (ya que probablemente no estén en sus cargos a la hora de enfrentar los costos o beneficios de sus decisiones como funcionarios).

En la misma línea argumentativa que enfatiza falencias cognitivas para ciudadanos y expertos por igual, Tasic emplea la expresión “ilusión de la profundidad explicativa” para aludir a un exceso de confianza en nuestras capacidades cognitivas. Así —escribe— creemos que “entendemos las causas, los efectos y el funcionamiento interno de mecanismos complejos, eventos y procesos mucho mejor de lo que realmente lo hacemos” (Tasic, 2009:426). De acuerdo con este autor, basado en un amplio repertorio de descripciones de casos puntuales, en el complejo campo de la política los economistas y funcionarios toman decisiones para regular (u omitir regular) las actividades económicas, sin advertir que existen consecuencias secundarias que pueden frustrar sus planes. También suelen incurrir en simplificaciones extremas que luego impiden anticipar la verdadera magnitud de los problemas económicos y sociales que se derivan de esas medidas. Los agentes reguladores y los expertos no sólo ignoran estos factores, sino que además “ignoran su propia ignorancia” (Tasic, 2009:430).

Las críticas al paternalismo liberal y a la ilusión de la profundidad explicativa se inscriben en lo que aquí denominamos la teoría de la ignorancia inevitable, según la cual todos los individuos, incluyendo expertos y funcionarios, presentan sesgos cognitivos a la hora de recabar información y evaluar las consecuencias de las acciones y regulaciones adoptadas a partir del uso de ese conocimiento limitado. En el plano normativo, y en el caso de los funcionarios públicos, entre los instrumentos institucionales para contrarrestar los defectos cognitivos se ha sugerido incluir restricciones procesales y sustantivas a la acción estatal (Rizzo y Whitman, 2008:43, 59, 60)

3. Algunas consideraciones sobre los sentimientos en política

En las teorías analizadas en las secciones anteriores, el análisis de las emociones suele presentarse incorporado o enfrentado a la dinámica de la racionalidad. Así, encontramos autores para quienes las emociones

complementan y ‘abren los ojos’ de la razón (Elster, 2008; Nussbaum, 1996); son el ‘determinante principal’ de muchos juicios y conductas, de modo que las elecciones de las personas se ven más influidas por sus sensaciones e impresiones que por un criterio de utilidad (Kahneman, 2002; Kahneman y Tversky, 1984); pueden dificultar la racionalidad (Schumpeter, 1947:304); “esclavizan” la mente (Buchanan y Tullock 1999:304), son una “mala influencia” (Brennan y Lomasky, 1993:217), y corrompen el pensamiento (Caplan, 2007:152), entre otras¹⁰.

Sobre la influencia mutua entre los sentimientos y la racionalidad hay un debate extenso y específico del que no me ocuparé en esta sección. Me interesa, en cambio, examinar otros abordajes teóricos sobre los sentimientos, en función de las consecuencias que éstos pueden acarrear para las instituciones y políticas públicas. En particular, me ocuparé de los argumentos sobre el miedo, la solidaridad y la compasión, tal como son presentados para justificar —o criticar— el rol del Estado en paliar situaciones que, según esas visiones, despiertan sentimientos asistenciales. Por ejemplo, para Isaiah Berlin las emociones habrían inspirado ciertas perspectivas “terapéuticas” que observan a la gente en función de miedos y ansiedades que el experto piensa puede corregir a través de la acción estatal (Berlin, 1999:87-88). En este sentido, se ha sostenido que los sentimientos humanitarios o compasivos serían la principal inspiración de quienes defienden un rol estatal activo al servicio del bienestar social (Friedman, 2005).

El argumento del miedo puede rastrearse al influyente psicólogo Eric Fromm, quien en su libro *Miedo a la libertad* retrató al hombre occidental moderno como un individuo cuyos sentimientos de inseguridad y soledad surgen del capitalismo, un sistema donde se vive bajo la falsa ilusión de libertad (Fromm, 1974:132-138)¹¹. Fromm proponía rescatar el esfuerzo creativo individual mediante una economía planificada, en la que “toda la nación domine racionalmente las fuerzas sociales y económicas” y que combinara la “planificación desde arriba” con la “cooperación activa” y la fiscalización desde abajo (ibíd., 299-301). En su propuesta,

¹⁰ Se me ha sugerido sumar otros enfoques que aborden los aspectos emocionales y biológicos de la conducta como, por ejemplo, el de Fowler, Baker, y Dawes (2008) y Lakoff (2008). Como no hay suficiente espacio aquí, deberé dejar el tratamiento de este aspecto del tema para futuros trabajos.

¹¹ Véase un análisis similar al de Fromm en los otros autores de la Escuela de Frankfort como T. W. Adorno, Max Horkheimer y Herbert Marcuse.

Fromm reconoció el carácter problemático (aunque para él no contradictorio) de combinar la planificación estatal con la actividad espontánea descentralizada, pero supuso que de todos modos era posible conciliarlas.

Curiosamente, el argumento socialista de Fromm hace eco en el argumento liberal de James Buchanan, quien reconoce en muchos individuos el miedo a la libertad, entendido como una predisposición generalizada que demostraría la aversión a enfrentar las responsabilidades y desafíos individuales, con la consecuente apelación a la intervención estatal para solucionar cuestiones que los individuos consideran difícil o improbable de resolver por sí mismos (Buchanan, 2005). Buchanan sostiene que en el pasado el miedo era contrarrestado por la visión religiosa, pero en el mundo secular moderno el Estado ha reemplazado la función consoladora de la religión¹². Pero a diferencia de Fromm, para quien la inseguridad emocional proviene de una sensación de impotencia individual frente al sistema capitalista que *reduce* al individuo a una dimensión laboral-instrumental, para el autor norteamericano el miedo a la libertad provendría de la incertidumbre que trae aparejada la libertad, al *ampliarse* la esfera de oportunidades individuales y consecuentemente multiplicarse la posibilidad de incurrir en decisiones erradas o riesgosas, ocasionando resultados adversos a los fines buscados.

Una preocupación similar a la de Buchanan late también en el análisis de Hayek sobre la “seguridad económica” y sus implicancias para la vida institucional y la libertad (Hayek, 1972: IX; 1978:257 ss.). Esta noción de seguridad se refiere al deseo de las personas de buscar refugio en la posesión de recursos materiales para hacer frente a la incertidumbre y al riesgo (1978:286). Nótese que Hayek no utiliza un lenguaje jurídico —reclamar un derecho a ciertos bienes o exigir el deber de proveerlos— sino más bien uno psicológico: satisfacer el sentimiento de seguridad. El actor individual que tiene en mente no es un ser racional que calcula cómo maximizar su riqueza, sino alguien “perezoso, imprudente y despilfarrador” (1978:61), que pareciera contentarse con un mínimo de seguridad material.

Frente a este actor así retratado, ¿cuáles políticas públicas recomendar? Hayek distingue dos clases de actitudes por parte de funcio-

¹² En este sentido, su opinión sobre el “miedo” prevalente es coherente con su visión de la conducta “litúrgica” de los votantes: ambos estarían facilitados o inducidos por un marco institucional (la debilidad de las instituciones religiosas, acompañada de una fuerte institución estatal, en el primer caso, y las instituciones representativas a gran escala, en el segundo).

narios y expertos para calmar el sentimiento de inseguridad: la primera busca asegurar una provisión mínima de bienes básicos para todos, mientras que la segunda consiste en determinar resultados finales en función de criterios políticos, controlando o modificando los resultados obtenidos en el mercado. En su opinión el primer camino no lesiona libertades, y si bien se presta a distorsiones y abusos, en principio puede sostenerse, mientras que el segundo camino afecta y restringe las libertades individuales y por ende no es admisible (Hayek, 1972: IX).

La recomendación de Hayek va dirigida a gobernantes “cortos de vista, ansiosos o impacientes” que, movidos por esos sentimientos y por la pretensión de conocer, implementan soluciones erradas e inadmisibles (1978:260-266). En este sentido, el autor austriaco parece respaldar la idea de que la fe en el Estado benefactor y la crítica al capitalismo estarían inspiradas tanto en impulsos sentimentales como en pretensiones planificadoras (*pace* Friedman, 2005:40).

Una ilustración reciente de la fuerza de los impulsos sentimentales en política se encuentra en la teoría de Ernesto Laclau. Siguiendo los conceptos de Freud y Lacan sobre los lazos libidinales que operan en los grupos sociales, Laclau centra su análisis en los sentimientos que subyacen a las formas de la organización populista. Según este autor, la “razón populista” —que él defiende— sería “ininteligible sin el componente afectivo” (2009:143). Cabe advertir que este componente es doble, ya que incluye un aspecto vertical —los sentimientos de *identificación* a partir del amor del pueblo por su líder— y un aspecto horizontal: los sentimientos de *solidaridad* entre las demandas insatisfechas que se agrupan en el concepto de pueblo (2009:81,153).

A diferencia de las lecturas marxistas que restringen la solidaridad a la clase proletaria, para Laclau cualquier demanda democrática puede erigirse en parte solidaria. El éxito del proyecto populista será entonces articular todas esas demandas en un proyecto “hegemónico” y oponerlas a cualquier “otro antagónico”. Por un lado, entonces, tenemos lazos afectivos que unen al pueblo, y por el otro, un antagonismo que lo desune de cualquier fuerza opositora. En ambos planos priman los afectos, y hasta podría inferirse que el amor por el líder se nutre del odio a la oposición. Independientemente de las críticas a la “razón populista”¹³

¹³ Para un análisis más detallado del pensamiento de Laclau y algunas críticas véase Salinas (2010).

he querido señalar con este ejemplo la presencia de los sentimientos en una teoría política de gran difusión actual.

Dentro de los otros aportes teóricos en torno a los sentimientos en política, la filósofa Martha Nussbaum (2003:401-454) se preocupó por analizar el sentimiento de la compasión, que nos llevaría a buscar modos políticos de mejorar la suerte de quienes sufren un dolor inmerecido o desproporcionado. A diferencia de la lectura psicoanalítica de Laclau, quien limita la solidaridad sólo al pueblo, para la filósofa norteamericana una sociedad compasiva siente la necesidad de ayudar a *todos* los que están peor para así proteger su dignidad humana (ibídem, 414). Contra la sospecha de que las emociones nublan la racionalidad, esta sensibilidad compasiva, la capacidad de “sentir con” los otros, para ella operaría en conjunción con, y no enfrentada a la racionalidad instrumental y a la racionalidad deliberativa (ibídem, 441;454).

En su invitación a ser más compasivos, Nussbaum sugiere promover las emociones compasivas, por ejemplo mediante una educación pública que cultive las artes y humanidades para formar ciudadanos sensibles (ibídem, 425-433). Más importante aún para esta autora es cultivar la imaginación literaria y humanista en los líderes y en quienes toman las decisiones —como es el caso de algunos jueces— para que puedan discernir mejor las variadas formas de trato desigual a las personas. Una democracia asentada en una noción formal de igualdad sin un sentimiento correlativo, sostiene la autora, es demasiado frágil (ibídem, 442-443).

En un escrito anterior Nussbaum planteaba una forma de complementar el sentimiento de compasión con un sistema de bienestar solventado con impuestos, si bien presentaba el radio de acción de ese sistema como una cuestión de eficiencia librada al balance racional de ensayo y error (1996:51-56). Al margen del juicio sobre las bondades del Estado de bienestar, en la medida en que Nussbaum defiende un estándar de eficiencia para el mismo parece lógico inferir de sus argumentos que la ayuda estatal debe ser justificada en función de resultados evaluados racionalmente, y no sólo porque sentimos que sea buena o apropiada. ¿Quizás este corolario pueda servir de inspiración a los hacedores de políticas públicas que deseen conciliar eficiencia con compasión?

Conclusiones

En este trabajo me propuse resumir, clasificar y comparar teorías de diversos autores y disciplinas sobre las disposiciones psicológicas de los actores políticos, sus implicancias institucionales y su impacto en las políticas públicas, con el fin de introducir al lector a las principales posturas sobre el tema.

En el plano cognitivo, apunté dos nociones “fundacionales”—ignorancia inducida y elección racional— que parten de premisas opuestas: la primera detecta una incapacidad cognitiva del votante medio en los sistemas representativos, mientras la segunda lo cree racionalmente capaz, pero indiferente a obtener información política. Ambas se preocupan por los efectos políticos negativos derivados de este paisaje cognitivo, al igual que los teóricos de la racionalidad limitada, para quienes los funcionarios o expertos podrían corregir esos efectos.

En contraste, los “deliberativos” asumen *a priori* la capacidad racional de todos los actores para deliberar sobre los asuntos públicos y proponen un modelo normativo basado en esta capacidad. Por otra parte, la fe en la deliberación y en la representación es cuestionada por quienes mantienen el supuesto cognitivo más débil, el de la “ignorancia inevitable”, y lo aplican a votantes, funcionarios y expertos por igual para alertarlos, por ejemplo, respecto de las consecuencias no intencionadas de las acciones humanas.

En el plano de los sentimientos, examiné algunos argumentos presentados para justificar o criticar el rol del Estado en atender aquellas demandas que, según las visiones respectivas, se basan en los sentimientos del miedo, la solidaridad o la compasión, y que buscarían atenuarlos mediante el asistencialismo, tanto en su versión más clásica del sistema de bienestar social como en su más moderna versión populista.

Si bien las implicancias institucionales de los presupuestos cognitivos y emocionales aquí mencionados son varias, identifiqué, por un lado, las que defienden los mercados y la descentralización política como una forma de minimizar los efectos de los problemas cognitivos de todos los actores políticos, y por el otro las que confían en la capacidad de los políticos y/o expertos tanto para promover los sentimientos de compasión como para introducir mayor racionalidad mediante regulaciones a las decisiones individuales. En relación con este último punto, resumí la visión del paternalismo liberal y de sus críticos para ilustrar algunas de las consecuencias concretas de los presupuestos psicológicos en el campo de las políticas públicas.

REFERENCIAS

- Ariely, Dan (2008). *Predictably Irrational: The Hidden Forces that Shape Our Decisions*. New York: Harper Collins.
- Berlin, Isaiah (1983) [1964]. "De la esperanza y el miedo liberado". En I. Berlin, *Conceptos y categorías*. México: Fondo de Cultura Económica.
- (1999) [1949]. "Political Ideas in the 20th Century". En I. Berlin, *Liberty*. Henry Hardy (comp.). Oxford: Oxford University Press.
- Boudon, Raymond (2003). "Beyond Rational Choice". *Annual Review of Sociology*, Vol. 29, 1-21.
- Brennan, G. y James M. Buchanan (2000) [1984]. "Voter Choice: Evaluating Political Alternatives". En *Politics as Public Choice*. Indianapolis: Liberty Fund.
- Brennan, G. y Alan Hamlin (2000). *Democratic Devices and Desires*. Cambridge, MA: Cambridge University Press.
- Brennan, G. y Loren Lomasky (1993). *Democracy & Decision: The Pure Theory of Electoral Preference*. Cambridge, MA: Cambridge University Press.
- Buchanan, James M. (2005). "Afraid to Be Free: Dependency as Desideratum". *Public Choice* 124: 19-31.
- Buchanan, James M. y Gordon Tullock (1999) [1962]. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Indianapolis: Liberty Fund.
- Buchanan, James M. y Richard E. Wagner (2000) [1977]. *Democracy in Deficit: The Political Legacy of Lord Keynes*. Indianapolis: Liberty Fund.
- Caplan, Bryan (2007). *The Myth of the Rational Voter: Why Democracies Choose Bad Policies*. Princeton: Princeton University Press.
- Christiano, Thomas (1996). *The Rule of the Many: Fundamental Issues in Democratic Theory*. Boulder and Oxford: Westview Press.
- Converse, Philip E. (1964). "The Nature of Belief Systems in Mass Publics". En David E. Apter (ed.), *Ideology and Its Discontents*. New York: The Free Press of Glencoe.
- Damasio, Antonio (2005) [1994]. *Descartes' Error: Emotion, Reason and the Human Brain*. USA: Penguin Books.
- Downs, Anthony (1957). *An Economic Theory of Democracy*. New York: Harper & Row.
- Elster, Jon (2008). *Reason and Rationality*. Princeton: Princeton University Press.
- Fowler, James H., Laura A. Baker y Christopher T. Dawes (2008). "Genetic Variation in Political Participation". *American Political Science Review*, Vol. 102, No. 2, pp. 233-248.
- Frank, Robert H. (1988). *Passions Within Reason. The Strategic Role of Emotions*. New York & London: W. W. Norton & Company.
- Friedman, Jeffrey (2005). "Popper, Weber and Hayek: The Epistemology and Politics of Ignorance". *Critical Review*, 17, 1-18.
- Fromm, Erich (1974) [1941]. *Miedo a la libertad*. Buenos Aires: Amorrortu.

- Gaus, Gerald (2008). "Is the Public Incompetent? Compared to Whom? About What?". *Critical Review: A Journal of Politics and Society*, 20 (3), 291-311.
- Gluck, Andrew L. (2007). *Damasio's Error and Descartes' Truth: An Inquiry into Epistemology, Metaphysics and Consciousness*. Scranton & London: University of Scranton Press.
- Gutmann, Amy y Dennis Thompson (2000). "Why Deliberative Democracy Is Different". *Social Philosophy and Policy*, Vol. 17:1, pp. 161-180.
- Habermas, Jürgen (1999) [1996]. *La inclusión del otro: estudios de teoría política*. España: Paidós.
- Hardin, Russell (2000). "Democratic Epistemology and Accountability". *Social Philosophy and Policy*, 17 (1), 110-126.
- Hayek, Friedrich A. (1972) [1944]. *The Road to Serfdom*. Chicago: University of Chicago Press.
- (1974). "La pretensión del conocimiento". En *Los Premios Nobel de Economía 1969-1977*. México: Fondo de Cultura Económica.
- (1978) [1960]. *The Constitution of Liberty*, Chicago: The University of Chicago Press.
- (1979) [(1952)]. *The Counter-Revolution of Science. Studies on the Abuse of Reason*, Indianapolis: Liberty Press.
- Hobbes, Thomas (1651). *Leviathan*, en <http://www.gutenberg.org/ebooks/3207>.
- Kahneman, Daniel (2002). "Maps of Bounded Rationality: A Perspective on Intuitive Judgement and Choice". Discurso de Aceptación del Premio Nobel de Economía.
- Kahneman, Daniel y Amos Tversky (1984). "Choices, Values and Frames". *American Psychologist*, abril, 342-350.
- Kant, Immanuel (1784). "What is Enlightenment?". En <http://www.fordham.edu/halsall/mod/kant-what-is.asp>.
- Laclau, Ernesto (2009) [2005]. *La razón populista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Lakoff, George (2008). *The Political Mind: Why You Can't Understand 21st-Century American Politics with an 18th-Century Brain*. Viking Adult/Penguin.
- Locke, John (1954) [1690]. *The Second Treatise of Government*. Thomas Peardon, editor. New York: The Liberal Arts Press.
- Lupia, Arthur (2006). "How Elitism Undermines the Study of Voter Competence". *Critical Review*, 18 (1-3), 217-232.
- Macedo, Stephen (comp.) (1999). *Deliberative Politics: Essays on Democracy and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press.
- Maravall, José M. (1999). "Accountability and Manipulation". En A. Przeworski, S. Stokes y B. Manin (comp.), *Democracy, Accountability and Representation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Nino, Carlos S. (1996). *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press.
- North, Douglass C. (1990). "A Transaction Cost Theory of Politics". *Journal of Theoretical Politics*, 2, 355-367.

- Nozick, Robert (1995) [1993]. *La naturaleza de la racionalidad*. Barcelona y Buenos Aires: Ediciones Paidós.
- Nussbaum, Martha (1996). "Compassion: The Basic Social Emotion". *Social Philosophy and Policy*, 13, 57-78.
- (2003) [2001]. *Upheavals of Thought: The Intelligence of Emotions*, Cambridge, MA: Cambridge University Press.
- Olson, Mancur (1971) [1965]. *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge: Harvard University Press.
- Pennington, Mark (2003). "Hayekian Political Economy and the Limits of Deliberative Democracy". *Political Studies*, 51, 722-739.
- Pincione, Guido y Fernando Tesón (2006). *Rational Choice and Democratic Deliberation: A Theory of Discourse Failure*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Prisching, Manfred (1995). "The Limited Rationality of Democracy: Schumpeter as the Founder of Irrational Choice Theory". *Critical Review*, 9 (3), 301-324.
- Przeworski, A., S. Stokes y B. Manin (comp.) (1999). *Democracy, Accountability and Representation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rawls, John (1997). "The Idea of Public Reason Revisited". *University of Chicago Law Review*, 64 (3), 765-807.
- Rizzo, Mario J. y Douglas Whitman (2008). "Little Brother is Watching You: New Paternalism on the Slippery Slopes". NYU Law School, Public Law Research Paper No.08-12.
- Salinas, Alejandra (2011). "Populismo, democracia, capitalismo: La teoría política de Ernesto Laclau". *Crítica. Revista de Teoría Política Contemporánea*, Año 1, Nº 1, pp. 168-188. Disponible en <http://www.fcs.edu.uy/archivos/REvista%20completa.pdf>.
- Schumpeter, Joseph (1947) [1942]. *Capitalismo, Socialismo y Democracia*. Buenos Aires: Editorial Claridad.
- Simon, Herbert A. (1985). "Human Nature in Politics: The Dialogue of Psychology with Political Science". *APSR*, 79, 293-304.
- Smith, Adam (1982) [1759-1790]. *The Theory of Moral Sentiments*. Indianapolis: Liberty Fund [reimpresión de la edición de Oxford University Press de 1976-1979].
- Somin, Ilya (1998). "Voter Ignorance and the Democratic Ideal". *Critical Review* 12 (4), 413-458.
- Stokes, Susan (1999). "What Do Policy Switches Tell Us About Democracy?". En A. Przeworski, S. Stokes y B. Manin (comp.) (1999). *Democracy, Accountability and Representation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tasic, Slavisa (2009). "The Illusion of Regulatory Competence". *Critical Review*, 21(4), 423-436.
- Tebble, Adam (2003). "Does Inclusion Require Democracy?". *Political Studies*, 51, 197-214.
- Thaler, Richard H. y Cass R. Sunstein (2003). "Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron". *The University of Chicago Law Review*, 70 (4), 1159-1202.

- Tocqueville, Alexis de (2000) [1835]. *La democracia en América*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Vanberg, Viktor J. (2006). “Rationality, Rule-Following and Emotions: On the Economics of Moral Preferences”. Max Planck Institute.
- Weyland, Kurt (2006). *Bounded Rationality and Policy Diffusion: Social Sector Reform in Latin America*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Wohlgemuth, Michael (2007). “Schumpeterian Political Economy and Downsian Public Choice: Alternative Economic Theories of Democracy”. Walter Eucken Institut, Discussion Paper 02/7. □

LA PROHIBICIÓN PENAL DE LA HOMOSEXUALIDAD MASCULINA JUVENIL

(COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL DE 4 DE ENERO DE 2011, ROL N° 1683-2010)

Antonio Bascuñán

Universidad Adolfo Ibáñez

Resumen: El autor analiza críticamente la sentencia del Tribunal Constitucional sobre inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Art. 365 del Código Penal, que prohíbe el acceso carnal a una persona del mismo sexo mayor de 14 pero menor de 18 años de edad. En su crítica, sostiene la falta de fundamentos del voto de mayoría y constata un uso tendencioso y tergiversado de sus pretendidas fuentes. Asimismo, observa que la jurisprudencia comparada desautoriza la posición del Tribunal Constitucional por obsoleta.

Palabras clave: sodomía, autonomía sexual, discriminación por razón de orientación sexual, edad de consentimiento sexual, derechos del niño, paternalismo.

Recibido y aceptado: noviembre 2011.

ANTONIO BASCUÑÁN. Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Diplomado en Derecho y Ludwig-Maximilian Universität München. Profesor de Derecho Penal y Teoría del Derecho en la Universidad Adolfo Ibáñez y en la Universidad de Chile (a.bascunan@uai.cl).

THE CRIME OF JUVENILE MALE HOMOSEXUALITY
(COMMENTARY ON THE DECISION BY THE
CONSTITUTIONAL COURT ON JANUARY 4,
2011, CASE #1683-2010)

Abstract: *The author takes a critical look at the decision by the Constitutional Court ruling that Article 365 of the Penal Code cannot be considered unconstitutional, which forbids carnal relations with a person of the same sex who is older than 14 but younger than 18 years of age. In his critique, he argues that the majority vote was not grounded and confirms a slanted and twisted use of the claimed sources. He also notes that comparative jurisprudence overrules the position of the Constitutional Court because it is obsolete.*

Keywords: *sodomy, sexual autonomy, discrimination on the grounds of sexual orientation, age of sexual consent, children's rights, paternalism.*

Received and accepted: *November 2011.*

1. **E**n su redacción conforme a la modificación introducida por la Ley 19.617 (*Diario Oficial* de 12 de julio de 1999), el Art. 365 del Código Penal dispone:

Art. 365. El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

La interpretación contextualizada de esta disposición conduce a la conclusión de que la norma prohíbe la penetración genital anal de una persona de género masculino menor de 18 años pero mayor de 14 años, incluso si no se emplea fuerza ni intimidación; ni se halla la víctima privada de sentido; ni se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia; ni se abusa de su enajenación o trastorno mental; ni se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno; ni se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral; ni se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima; ni se la engaña abusando de su inexperien-

cia o ignorancia sexual. En otras palabras, aunque la penetración genital no sea abusiva conforme a los criterios con que el Código Penal define los atentados sexuales contra personas mayores de 14 años, se encuentra prohibida cuando la persona penetrada genitalmente es de género masculino y no ha cumplido los 18 años¹. Si se trata, en cambio, de una persona de género femenino, la penetración genital de su vagina, ano o boca resta impune, a título de atentado sexual, cuando no es abusiva bajo esos criterios.

2. El 13 de abril de 2010 la Defensoría Penal Pública presentó ante el Tribunal Constitucional un requerimiento para declarar inaplicable por inconstitucional el Art. 365 CP en la causa RIT 1287-2008 seguida ante el Juzgado de Garantía de Cañete *contra Sepúlveda Álvarez*². El requerimiento fue acogido a tramitación por resolución del 11 de mayo de 2010 y declarado admisible por resolución del 27 de mayo, con voto en contra del Ministro Francisco Fernández Fredes, quien estimó que el requerimiento carecía de fundamento plausible. El 9 de septiembre de 2010, a las 15.30 horas se procedió a la vista de la causa, alegando un abogado de la Defensoría Penal Pública por el requirente. El pleno del tribunal acordó fijar un tiempo para mayor estudio del asunto, suspendiendo el debate y el acuerdo. El 14 de octubre de 2010 la Defensora Nacional presentó ante el tribunal un informe en derecho sosteniendo la inconstitucionalidad del Art. 365 del Código Penal, elaborado por cator-

¹ Es usual deducir de lo anterior que el Art. 365 CP sanciona la penetración genital del ano del menor de edad incluso cuando ella es plenamente consentida por el menor. En sus propios términos, esta deducción incurre en una falacia de *non sequitur*: que la acción sea punible aun cuando no sea abusiva en los términos de la regulación de la violación y el estupro, no implica que no haya de ser abusiva bajo otros criterios. Sí es correcto asumir que el sentido literal posible de la disposición admite la comprensión de la norma como una prohibición incluso del acceso carnal serio y libremente consentido por el menor. Basta con eso para generar el problema de constitucionalidad que fue objeto de discusión en este caso.

² Con anterioridad a este requerimiento, la disposición legal había sido impugnada ante el tribunal en dos oportunidades, sin resultados: (i) *Robert Pizarro*, Rol N° 1334, requerimiento de 19 febrero de 2009, declaración de inadmisibilidad de 19 de marzo del mismo año; (ii) *Van den Hove*, Rol N° 1482, requerimiento de 7 de septiembre de 2009, declaración de inadmisibilidad de 21 octubre del mismo año.

ce profesores de derecho penal³. El 19 de octubre de 2010 el pleno del tribunal adoptó acuerdo en la causa. El 4 de enero de 2011 el tribunal dio a conocer su sentencia, en la que rechaza el requerimiento⁴.

El Tribunal Constitucional adoptó su acuerdo por mayoría de 6 votos; el voto de mayoría fue redactado por la Ministra Marisol Peña Torres y suscrito además por el Presidente (S), Raúl Bertelsen Repetto, y los Ministros Mario Fernández Baeza, Francisco Fernández Fredes, Iván Aróstica Maldonado y Enrique Navarro Beltrán, este último con un voto de prevención. El extenso voto disidente fue redactado y suscrito por los Ministros Hernán Vodanovic Schnacke, Carlos Carmona Salgado y José Antonio Viera-Gallo Quesney. En este lugar interesa comentar el voto de mayoría.

3. El voto de mayoría afirma como principio general una deferencia del tribunal hacia la legítima prerrogativa de decisión del legislador democrático (considerandos 18° a 22°), rechaza que el Art. 365 CP establezca una discriminación arbitraria que viole el derecho a la igualdad ante la ley (considerandos 23° a 34°), rechaza que viole el derecho a la privacidad (considerandos 35° a 42°) y rechaza que viole el derecho al libre desarrollo de la personalidad (43° a 52°).

Independientemente de cuestiones relativas a la comprensión que el voto de mayoría tiene de los tres derechos considerados como parámetros de control de constitucionalidad del Art. 365 CP⁵, es común

³ Sus autores son los profesores Jaime Couso Salas (Universidad Diego Portales), Juan Pablo Cox Leixelard (Universidad Adolfo Ibáñez), Felipe De la Fuente Hulaud (Universidad Adolfo Ibáñez), José Ángel Fernández Cruz (Universidad Austral), Héctor Hernández Basualto (Universidad Diego Portales), María Inés Horvitz Lennon (Universidad de Chile), Juan Pablo Mañalich Raffo (Universidad de Chile), José Luis Guzmán Dálbora (Universidad de Valparaíso), Gonzalo Medina Schulz (Universidad de Chile), Guillermo Oliver Calderón (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), Luis Rodríguez Collao (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), Luis Emilio Rojas Aquirre (Universidad Alberto Hurtado), Miguel Soto Piñeiro (Universidad de Chile) y el suscrito. Este comentario se apoya sustancialmente en el contenido del informe.

⁴ Las piezas del expediente se encuentran disponibles en línea en el sitio del tribunal constitucional: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/rols/view/542> (última visita: 23 de mayo de 2011).

⁵ Que son: (i) una insostenible validación de la comprensión jurisprudencial chilena del principio de igualdad como una exigencia de tratar igual a los iguales y desigualmente a los desiguales (cons. 24°); (ii) una insostenible reducción del contenido del derecho a la vida privada al manejo de información

a todo su razonamiento sostener que la eventual afectación del ámbito *prima facie* protegido por cualquiera de esas normas constitucionales se encuentra en concreto justificada por el fin perseguido por el legislador mediante la prohibición establecida en esa disposición. Este fin es caracterizado así:

[E]l fin perseguido por el legislador fue la protección de la integridad física y psíquica y la indemnidad sexual de los menores de edad, entendida como la necesidad de precaver daños o perjuicios al desarrollo psicosocial de quien, por las propias circunstancias de su madurez física y emocional, no está en plenas condiciones de comprender el alcance de sus actos, sino hasta llegar a la etapa adulta. De esta forma, por mucho que la relación aparezca como consentida [...] el legislador ha entendido que dicho consentimiento prestado por un menor de 18 y mayor de 14 años de edad no puede tener el mismo alcance que el de una persona adulta, pues aquél no posee conciencia clara de los efectos, incluso físicos, que su conducta puede generar⁶.

Conforme al voto de mayoría, el hecho de que éste sea el fin perseguido por el legislador hace que la prohibición establecida por el Art. 365 CP sea razonable, por lo que no constituye una discriminación arbitraria (cons. 31° y 33°) y representa una limitación legal justificada tanto a la privacidad (cons. 41°) como al libre desarrollo de la personalidad (cons. 42°). Éste es, en lo esencial, el argumento del voto de mayoría.

4. En un sentido mínimo, la decisión del Tribunal Constitucional implica un logro desde una perspectiva comprometida con la defensa de la igual libertad para toda orientación sexual. El Tribunal no afirma explícitamente la constitucionalidad de la norma en virtud de su concordancia con alguna comprensión heredada de la moral social sexual que repruebe las orientaciones sexuales diversas de la heterosexualidad. Para el Tribunal, la legitimidad del Art. 365 CP ante la Constitución

(cons. 36° a 38°), y (iii) un insostenible desconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad como parte del derecho a la libertad personal (cons. 44° a 50°). El voto disidente refuta los tres errores del voto de mayoría: (i) cons. 18° y 36°, (ii) cons. 49° a 52° y (iii) cons. 58° y 59°. El voto de prevención contribuye a la refutación de (iii).

⁶ Considerando 28°, párrafo primero.

estaría avalada por la finalidad de prevenir un daño para el menor. En qué consista ese daño, eso no es claro. Pero al menos la sentencia se compromete con la concepción del delito en cuestión como un atentado contra una víctima y no como una infracción que en principio cometen por igual ambos partícipes⁷. Dicho en los términos actuales del epígrafe del título vii del libro segundo del código penal chileno, para el Tribunal la legítima finalidad de protección perseguida por el Art. 365 no es la moralidad pública sino la integridad sexual de una persona: de un hombre mayor de 14 pero menor de 18 años⁸.

No obstante, en los términos con que el voto de mayoría pretende justificar su decisión, el argumento del Tribunal Constitucional es una burla.

5. Nadie duda que en abstracto la protección de la vida, la salud corporal y la salud mental de los menores de edad sea un fin en sí mismo legítimo. Nadie cuestiona, tampoco, que el desarrollo de la autonomía sexual de los menores de edad pueda requerir una protección

⁷ Esta comprensión —expresada en la redacción introducida por la Ley 19.617— lo diferencia del delito de sodomía que el código penal chileno (1875) establecía en el inciso único de su artículo 365 hasta la Ley 17.927 (1972) y luego en su inciso primero hasta la reforma introducida por la Ley 19.617. La regulación originaria chilena se explica como una pervivencia del derecho colonial español, que en esta materia se remonta al derecho de los reyes visigodos: Fuero Juzgo, leyes 5 y 6, título vi, libro iii; Fuero Real de Alfonso X, ley 12, título ix, libro iv; Partida Séptima, título 21, ley 1; Novísima Recopilación, leyes 1 y 2, título 30, libro 12 (correspondientes a una instrucción de los Reyes Católicos de 1497 y a una pragmática de Felipe II de 1598). El uso del término “sodomía” se basa en la interpretación del pasaje bíblico de la destrucción de las ciudades de Sodoma y Gomorra (Génesis 19) como castigo de la homosexualidad de sus habitantes. Esa interpretación del pecado sodomítico es actualmente controvertida, considerándose que en el contexto del Antiguo Testamento (por ejemplo, Jueces 19, 22-30; Sabiduría 19, 13-14), ratificado por expresiones atribuidas a Jesús de Galilea en el Nuevo Testamento (Lucas 10,10-12), dicho pecado corresponde más bien a la comisión de actos violentos de maltrato a los extranjeros en violación de los deberes de hospitalidad (John Boswell, *Cristianismo, Tolerancia Social y Homosexualidad*, 1993, p. 115-131; Mark D. Jordan, *The Invention of Sodomy in Christian Theology*, 1997, p. 30-37).

⁸ El Tribunal Constitucional asume además que esta concepción del delito avala una interpretación restrictiva de la expresión “accediere carnalmente”, reduciéndola a la penetración genital del ano del menor; es decir, excluyendo la relevancia jurídico-penal de la penetración genital de su boca (considerando 16°).

especial, más intensa que la dispensada a la autonomía sexual de los mayores de edad. La cuestión no radica, pues, en si éste es o no un fin en sí mismo legítimo, sino en el modo como el Art. 365 CP pretendidamente sirve a ese fin como medio. Pues lo hace:

(1) estableciendo un trato diferenciado respecto de toda otra acción de significación sexual con una persona menor de 18 y mayor de 14 años, y

(2) desconociendo al menos en su faz (esto es, conforme a su tenor literal) la autonomía del menor.

5.1. El Código Penal protege el desarrollo de la autonomía sexual de los menores de edad estableciendo dos estándares especiales, distintos de los criterios de protección de la autonomía sexual de los mayores de edad. Conforme a un estándar, se prohíbe *prima facie* absolutamente—esto es, sin sujetar la prohibición a la concurrencia de medios comisivos especificados o circunstancias especiales— la realización de acciones sexuales y la interacción de significación sexual con menores impúberes, es decir, personas menores de 14 años⁹. Este carácter *prima facie* absoluto de la prohibición se expresa en la descripción del estado de cosas que se desea asegurar como la “incolumidad”, “la indemnidad” o la “intangibilidad sexual” del menor: en principio, lo que la ley pretende es protegerlos de toda acción sexual o interacción de significación sexual¹⁰. Conforme al otro estándar, se prohíbe el uso de ciertos medios o el aprovechamiento de ciertas circunstancias con ocasión de la realización de acciones sexuales y la interacción de significación sexual con menores púberes, es decir, personas menores de 18 pero mayores de 14 años. Se trata de casos de abuso menos grave que los abusos punibles por regla general, que sólo resultan punibles como abuso sexual cuando recaen en menores de edad¹¹.

⁹ Este estándar se consagra en los Arts. 362, 365 bis N° 3, 366 bis, 366 quáter incisos primero y segundo, 366 quinquies del Código Penal.

¹⁰ La excepción se encuentra en las acciones de significación sexual realizadas con impúberes respecto de los cuales no existe una diferencia de edad superior a 2 años (si la acción sexual es el acceso carnal) o a 3 años (si es otra acción de significación sexual). Para estos casos, el Art. 4° de la Ley 20.084 declara no procesable penalmente al joven que realiza la acción de significación sexual con el impúber.

¹¹ Este estándar se consagra en los Arts. 363, 365 bis N° 3, 366 inciso segundo, 366 quáter inciso tercero del Código Penal.

La prohibición del Art. 365 sólo es aplicable a mayores de 14 años. Si son menores de esa edad, el acceso carnal es constitutivo de violación conforme al Art. 362. Luego, la protección especial al menor púber requeriría consagrarse conforme al segundo estándar, es decir, sancionándose el acceso carnal obtenido mediante abuso menos grave. Pero el Art. 363 (estupro) ya sanciona el acceso carnal al menor de 18 años en esas circunstancias. El Art. 365 cubre por lo tanto casos de acceso carnal realizado sin esas modalidades de abuso. En consecuencia, según las coordenadas del propio Código Penal el acceso carnal descrito en el Art. 365 no merecería pena: no se lo realiza con un menor impúber ni se lo realiza abusivamente¹².

5.2. La diferencia de trato dada al acceso carnal homosexual masculino no sólo es relevante respecto del interés de libertad e igualdad de quien mantiene la relación sexual con el menor de edad, sino también

¹² La Ley 19.927 (*Diario Oficial* de 14 de enero de 2004) estableció dos disposiciones legales que también se desentienden de las coordenadas sistemáticas de los atentados sexuales: el Art. 366 quinquies CP, que sanciona la participación en la producción de material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de edad, y el Art. 367 inciso primero CP, que sanciona la mera promoción o favorecimiento de la prostitución de menores, por oposición a la promoción o favorecimiento habituales, con abuso de autoridad o confianza o con engaño. En el Art. 366 quinquies el legislador confundió la prohibición de la interacción de significación sexual con un menor de edad con la prohibición de la representación sexualizada de la imagen de un menor de edad. Esa confusión se ha visto intensificada recientemente con la Ley 20.526 (*Diario Oficial* de 13 de agosto de 2011). Por su parte, el Art. 367 inciso primero carece de sentido una vez que se sanciona al usuario de la prostitución juvenil, como lo hizo la Ley 19.927 mediante la introducción del Art. 367 ter. Esta última disposición, que sanciona la obtención de servicios sexuales de un menor de 18 pero mayor de 14 años a cambio de dinero y otras prestaciones de cualquier naturaleza, persigue en abstracto una finalidad congruente con el sistema de los atentados sexuales, cual es, impedir la explotación del menor. No es casual que el voto de mayoría cite estas tres disposiciones como ejemplo de reglas que otorgan “una protección especial en materia de delitos sexuales” a los menores de edad (cons. 26°). Pero estas reglas no ejemplifican el sistema de protección de las personas frente a delitos de abuso sexual (consagrado por los Arts. 361 a 363 y 365 bis a 366 quáter), sino que constituyen anomalías respecto de ese sistema. Además, ninguna de esas reglas establece una diferencia por orientación sexual, como tampoco lo hace su fuente inspiradora, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 25 de mayo de 2000.

respecto del interés de libertad e igualdad del propio menor de edad. El voto de mayoría describe el fin de esta prohibición como “protección de la indemnidad sexual” del menor. Esto implica considerar a la persona mayor de 14 años como una persona menor de 14 años respecto de ese comportamiento. Esta infantilización del menor púber es descrita por el voto de mayoría como el hecho de entender el legislador que el consentimiento de un menor de edad es meramente aparente, porque “no puede tener el mismo alcance que el de una persona adulta”¹³.

Pero ¿por qué no puede tenerlo? La regulación de los atentados sexuales en el Código Penal —violación (Arts. 361, 362), estupro (Art. 363), abusos sexuales simples (Arts. 366, 366 bis) y calificados (Art. 365 bis), interacción abusiva de significación sexual (Art. 366 quáter)— reconoce inequívocamente al menor púber un margen de autonomía dentro del cual su consentimiento tiene exactamente el mismo alcance que el de una persona adulta: excluye por completo la relevancia jurídico-penal de la acción de significación sexual realizada por él, con él o ante él. La razón de ello se encuentra en que la ley no asume que la abstinencia sexual hasta la mayoría de edad sea una condición necesaria para el desarrollo de la autonomía sexual. Por el contrario, la ley asume que ese desarrollo puede tener lugar mediante la adquisición de experiencia sexual antes de la mayoría de edad, con tal de que el menor no sea objeto de abuso, en un sentido más amplio que el aplicable a los mayores de edad: el sentido que corresponde al segundo estándar de protección especial arriba mencionado. La ley reconoce al menor de edad de género masculino este ámbito de autonomía para realizar toda clase de acciones de significación sexual con personas de género femenino y para realizar casi toda clase de acciones de significación sexual

¹³ *Supra*, nota 5. Contrariamente a lo que el considerando 14° del voto de mayoría pretende dar a entender, esta infantilización del menor púber no es avalada por toda la doctrina chilena que en él se cita. La consideración del “desarrollo libre de perturbaciones de la autodeterminación sexual del menor” como bien jurídico protegido —defendida por el suscrito— exige concretar la perturbación en un modo abusivo de trato del menor. A su vez, la consideración del delito en cuestión como un delito de corrupción —defendida en su momento por Luis Rodríguez Collao— exige constatar que en el caso concreto el menor esté en situación de poder ser afectado psíquica o emocionalmente en un sentido dañino para el normal desarrollo de su sexualidad. A la luz del informe en derecho elaborado por los catorce profesores de derecho penal, la cita de ambos en el considerando 14° representa un malentendido, cuando no una tergiversación.

con personas de género masculino, con tal que no consistan en ser él objeto de acceso carnal. Sin embargo, según la interpretación que el voto de mayoría hace del Art. 365 CP la ley desconocería radicalmente la autonomía del menor púber, rebajándolo a la condición de impúber, cuando se trata de realizar una acción sexual específica, el coito anal en el rol pasivo.

Tanto el requerimiento como el informe elaborado por los catorce profesores de derecho penal hacen de este aspecto problemático del Art. 365 la razón central de su impugnación como un precepto legal inconstitucional. El voto disidente acoge esta consideración sosteniendo que la protección de las personas menores de edad debe hacerse respetando su autonomía (cons. 24° a 28°). La tesis del informe en derecho y el voto disidente es además compartida por el Comité sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas. En su informe de 2 de febrero de 2007 se expresa:

[P]reocupa al Comité que las relaciones homosexuales, inclusive entre personas menores de 18 años de edad, se sigan penalizando, lo que supone una discriminación sobre la base de la preferencia sexual¹⁴.

El voto de mayoría, sin embargo, es ciego a esta consideración. Ni siquiera se plantea la pregunta por la justificación de la afectación de la igualdad y la libertad del menor interesado en participar en una relación sexual que incluya el coito. Sólo considera la cuestión como una afectación de la igualdad y la libertad de la persona que accede carnalmente al menor, justificada por la protección del menor.

Esta ceguera pretende explicarse como una asunción del principio del interés superior del niño, consagrado por el Art. 3.1 de la Convención de Derechos del Niño, en calidad de razón suficiente para justificar un trato paternalista duro¹⁵. Esto constituye un error. Ya sea

¹⁴ Comité de Derechos del Niño, 44º período de sesiones, Examen de los informes presentados por los estados partes con arreglo al Artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: Chile (CRC/C/CHL/CO/3), párrafo 29. El informe en derecho (punto 6.3) y el voto disidente (cons. 27º) se hacen cargo de esta opinión; el voto de mayoría la ignora.

¹⁵ La aplicación de la distinción entre paternalismo duro (*hard paternalism*) y suave (*soft*) al trato a menores de edad exige ser contextualizada, pues en abstracto la justificación del trato paternalista por consideración a la minoría de edad es propia del paternalismo suave (Joel Feinberg, *The Moral Limits of*

en virtud de una interpretación del Art. 3.1 o bien en virtud de su aplicación en conjunto con el Art. 12 de la convención, es opinión unánime en la jurisprudencia y doctrina que el derecho internacional de los derechos humanos exige que el Estado tome en consideración la voluntad manifiesta de las personas menores de edad y respete el núcleo de autonomía personal garantizado por sus derechos a la libertad de expresión (Art. 13) y de pensamiento (Art. 14), así como su derecho a la vida privada (Art. 16). El paternalismo justificado respecto de los niños supone la consideración de los mismos como sujetos de derecho, en transición desde la incapacidad hacia la plena capacidad de ejercicio, en un proceso de desarrollo progresivo de su autonomía que por lo mismo debe ser progresivamente reconocida por el Estado.

No se necesita desplegar un gran aparato bibliográfico para demostrar la afirmación anterior¹⁶. Basta con recurrir a las mismas fuentes citadas por el voto de mayoría¹⁷.

El voto alude a la sentencia C-318/03 de la Corte Constitucional de Colombia, de 24 de abril de 2003, cuyo considerando 3.1 ofrece

Criminal Law, Vol. 3: *Harm to Self*, 1989, p. 12-16). En este contexto, el paternalismo duro implica considerar absolutamente irrelevante la voluntad del menor y el paternalismo suave considerarla irrelevante sólo en circunstancias de asimetría intensificada, *i.e.* cuando el menor es impúber, o cuando el menor púber es objeto de abuso en un sentido especial, distinto de la coerción o aprovechamiento de la incapacidad que caracterizan al abuso por regla general.

¹⁶ Para un tratamiento ilustrativo, Miguel Cillero Bruñol, “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, disponible en: <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf> (última visita, 28 de mayo de 2011); Jaime Couso Salas, “El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído”, 2006, pp. 145-166, disponible en: <http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2009/08/jaime-couso.pdf> (última visita, 28 de mayo de 2011).

¹⁷ La excepción se encuentra en Gloria Baeza Concha, “El Interés Superior del Niño: Derecho de Rango Constitucional, su Recepción en la Legislación Nacional y Aplicación en la Jurisprudencia”, 2001, pp. 355-362. Esta autora, profesora de Derecho de Menores de la Pontificia Universidad Católica de Chile, entiende al principio del interés superior como una proyección del criterio paternalista tradicional. Con todo, incluso bajo ese error de comprensión la autora cita laudatoriamente una sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 18 de marzo de 1989, por haber reconocido como base de una decisión sobre tuición “la conveniencia y el interés de las menores, en armonía con los sentimientos y anhelos exteriorizados por ellas, considerando que las niñas son los sujetos y principales beneficiarios del Derecho de Menores” (p. 361).

entre otras razones justificatorias de la protección que la constitución colombiana ordena dispensar a los menores de edad “su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social”¹⁸. El voto omite mencionar, sin embargo, que se trata de una sentencia recaída en un procedimiento de control abstracto de constitucionalidad de la Ley 765 de 2002, que aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía (2000). En su contexto, por lo tanto, la finalidad de protección aludida por la Corte Constitucional de Colombia justifica la prohibición de conductas constitutivas de explotación sexual, secuestro, venta o trata de menores de edad, que los Arts. 34 y 35 de la Convención sobre Derechos del Niño ordenan impedir a los estados parte. En ningún caso la Corte deduce de ese fin de protección la legitimidad de una prohibición de acciones sexuales consentidas por un joven mayor de 14 años, ámbito de acción respecto del cual el código penal de Colombia consagra una de las regulaciones más liberales —si no la más liberal— que ofrece el derecho comparado¹⁹.

El voto de mayoría menciona también la opinión consultiva OC-17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 28 de agosto de 2002, sobre la condición jurídica y los derechos humanos del niño, para afirmar que el interés superior del niño justifica “la necesidad de que le sea dada una protección especial, en vista de su falta de madurez física y mental, debilidad o inexperiencia”²⁰. Esto no es más

¹⁸ Disponible en http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/cc_sc_nf/c-318_2003.html. El pasaje se encuentra transcrito en el considerando 30°, párrafo primero del voto de mayoría.

¹⁹ Los Arts. 205 a 210 del Código Penal de Colombia, según Ley 599 de 24 de julio de 2000, distinguen entre víctimas menores de 14 años y víctimas mayores de edad; respecto de estas últimas, sólo se prohíbe penalmente las acciones gravemente abusivas. No existe, por lo tanto, una protección penal especial para personas menores de 18 pero mayores de 14 años. Por otra parte, ninguna de las prohibiciones penales efectúa una diferenciación atendiendo al género u orientación sexual de la víctima o del autor del delito.

²⁰ Considerando 28°, conteniendo la siguiente referencia “OC-17/02 de 28 de agosto de 2002”. En la opinión de la Corte, el pasaje más parecido al texto que el voto de mayoría le atribuye se encuentra en su considerando 60, donde después de citar el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y el Art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se afirma:

que el principio general de protección de la infancia y la juventud: en ninguna parte de su opinión la Corte Interamericana afirma un principio de paternalismo duro. Por el contrario, la Corte advierte que existen distinciones entre niños y menores de edad, aunque para los fines perseguidos por la opinión no es necesario hacerlas (cons. 40), insiste en que los niños, aun los incapaces, deben ser considerados sujetos de derecho (cons. 41), observa que la protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos (cons. 53) y acepta la legitimidad de la diferencia de trato entre menores y mayores de edad con tal que ellas sirvan al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño, posean una justificación objetiva y tengan como objeto único el ejercicio de los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (cons. 55). En este contexto, la Corte entiende al principio del interés superior del niño como subordinado a la finalidad de asegurar la efectiva realización de todos los derechos del niño, propiciando su desarrollo, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades (cons. 56 y 59).

Esta comprensión de la opinión consultiva de la Corte, junto con su jurisprudencia, es compartida decididamente por Gonzalo Aguilar Cavallo, a quien el voto de mayoría también cita en pretendido apoyo de su paternalismo duro²¹. El autor señala que de los pronunciamientos de la Corte Interamericana “se pueden desprender un conjunto de criterios o elementos componentes del principio del interés superior del niño en donde resaltan la consideración de los derechos humanos de los niños, la participación del niño, niña o adolescente y la valoración del proyecto de vida del niño”²², y concluye afirmando que tomar en serio el principio del interés superior del niño exige considerar “el derecho

“En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.” Vale la pena notar la diferencia de redacción: ya en su tenor literal es manifiesto que la opinión de la Corte no implica —como pretende el voto de mayoría— que todos los menores de 18 años sean por definición débiles, inmaduros o inexpertos, tal que se haga necesario inhibirlos de realizar su voluntad.

²¹ Considerando 29º, párrafo tercero.

²² Gonzalo Aguilar Cavallo, “El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 2008, pp. 223-247, 244.

del niño a desarrollarse plenamente en un ambiente que promueva sus propios derechos y que ampare su propio proyecto de vida, y, sobre todo, que haga realidad su derecho humano a la participación en las decisiones que lo afecten”²³.

Finalmente, el voto de mayoría concluye con la siguiente cita en pretendido apoyo a su tesis:

Conforme señala Miguel Viveros Vergara, cuando se trata del interés superior del niño, *lo prudente y razonable según un buen padre de familia o las buenas intenciones no son suficientes*²⁴.

La cita es tendenciosa. No sólo porque de esas aseveraciones no se concluye la procedencia de un paternalismo duro, sino porque su sentido en el contexto de la obra es precisamente el contrario: servir como razones para impugnar ese paternalismo. Inmediatamente después del punto seguido con que termina la cita del tribunal, el autor citado suscribe la declaración más enfática que existe en nuestro medio en contra de la concepción paternalista dura del principio del interés superior del niño. En sus propias palabras:

Como ya se ha venido destacando en el medio, “[...] debe abandonarse cualquier interpretación paternalista-autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia [...]”²⁵.

Esta concepción del menor de edad como un sujeto dotado de una autonomía progresiva que debe ser también progresivamente reconocida por el Estado se contrapone diametralmente a la descripción del menor como víctima necesitada de protección con que el voto de mayoría encabeza su análisis del fin de protección que perseguiría el Art 365 CP:

²³ *Ibidem*, p. 245.

²⁴ Considerando 29º, párrafo cuarto (las cursivas son de la sentencia).

²⁵ Miguel Viveros Vergara, “La Legislación y el Interés Superior del Niño”, 1999, pp. 54-58, 55. El pasaje entrecomillado por Vergara proviene del artículo de Miguel Cillero citado en la nota 16.

[D]esde la doctrina especializada se ha sostenido que “el adolescente es, a su propia manera, inocente e inexperto, a pesar de la madurez de sus capacidades y apetitos. Su curiosidad sobre el sexo es avasalladora, pero aún no están claros sobre los significados sexuales y los códigos de propiedad sexual. Tienen menos control de sus impulsos y también se encuentran menos claros sobre sus orientaciones sexuales, además de ser vagos en cuanto a su responsabilidad sexual [...] El compañero adolescente es, en algunos sentidos, él mismo un niño [...]”²⁶.

La cita no es honesta. La “doctrina especializada” a la que alude el voto de mayoría no es doctrina del derecho internacional de los derechos humanos ni del derecho penal, ni siquiera es doctrina jurídica, sino un estudio sociológico de una muestra de estudiantes universitarios ingleses que se refieren a sus experiencias sexuales infantiles y juveniles, publicado en 1979²⁷. En ninguna parte de ese estudio se sostiene que los menores de 18 años deban ser considerados como incompetentes para consentir actos homosexuales. Es más, la tesis central del libro, basada en los resultados que arrojó el estudio de la muestra, es que el factor más importante asociado al trauma del menor es el uso de la fuerza en su contra²⁸. O sea, precisamente el factor que el legislador no toma en cuenta al describir el delito en el Art. 365. La tergiversación del texto es tal, que el pasaje transcrito ni siquiera describe al adolescente que es víctima de un abuso sexual. Como se expresa al final del pasaje, se trata de una descripción del “compañero adolescente”, es decir, del adolescente que es *autor* del delito²⁹.

²⁶ Considerando 28º, párrafo tercero.

²⁷ David Finkelhor, *Sexually Victimized Children*, 1979. La cita es a la edición en castellano: *El Abuso Sexual al Menor. Causas, Consecuencias y Tratamiento Psicossocial*, 1980. El fallo cita la página 114 del libro, pero el pasaje transcrito se encuentra en su página 116.

²⁸ *Ibidem*, p. 202-203.

²⁹ El pasaje se encuentra dentro del capítulo 5 del texto, dedicado a los “Compañeros de mayor edad”, que refuta la imagen tradicional del abusador como “un hombre viejo frustrado sexualmente que rondaba por los parques públicos o los patios escolares buscando atraer algún jovencito inocente” (p. 106). El resultado de la muestra confirma otros estudios, en el sentido de que en la mayoría de los casos el abusador es una persona conocida del menor y, además, joven. El capítulo compara primero al abusador masculino (claramente predominante) con la abusadora femenina, y luego al abusador adolescente con el

6. La pretensión de justificar un paternalismo duro en el principio del interés superior del niño es una parte del argumento del Tribunal Constitucional. La otra parte se refiere al daño respecto del cual se lo pretende proteger contra su voluntad. ¿En qué consisten esos “efectos, incluso físicos” que irrogan “daños o perjuicios al desarrollo psicossocial” a los que alude el voto de mayoría?

La sentencia nunca responde derechamente esa cuestión, sino que se refiere al punto incidentalmente en tres considerandos:

(i) describe el acto como una conducta que deja al menor “en una posición desmedrada”, por lo que constituye un “episodio [...] que lo determina o condiciona, de alguna manera relevante, al momento de tener que definir, con plena libertad, su propia identidad sexual” (cons. 28°);

(ii) afirma que el hecho de que el menor juegue un papel pasivo constituye “un tipo de relación lesiva de su dignidad como persona, afinada en la inmadurez de su desarrollo psíquico y sexual” (cons. 31°);

(iii) sostiene que la penetración anal produce un “impacto [...] en el desarrollo psicossocial del menor varón [...] que no podría predicarse, en los mismos términos, de una relación entre mujeres en las mismas condiciones” (cons. 33°).

Como se puede ver, el voto de mayoría oscila entre considerar a la penetración anal como un acto intrínsecamente degradante para quien recibe la penetración y considerarlo como un acto inherentemente dañino (o peligroso) para el desarrollo psíquico de la persona que recibe la penetración, cuando esa persona es menor de 18 años. La primera consideración obviamente hace suya una representación cultural arraigada desde la antigüedad, conforme a la cual el rol pasivo en el coito es incompatible con la masculinidad³⁰. Considerar sin embargo que en este contexto ésa es una razón válida para que la ley lo prohíba es algo muy distinto. Implica subordinar el reconocimiento de la dignidad humana a

abusador adulto. A este segundo contexto pertenece el pasaje citado, en el cual se aduce razones que hacen discutible la equiparación del abusador adolescente al abusador adulto y por ello justifican su estudio diferenciado en la muestra. Lo más interesante se encuentra en el resultado, que arroja una diferencia entre niños y niñas. Para éstas, la experiencia con el compañero adolescente resulta por lo general tan traumática como la experiencia con el compañero adulto. Para los niños, en cambio, la experiencia con el compañero adolescente —por lo tanto, experiencia homosexual— es marcadamente distinta, y muchas veces incluso es evaluada positivamente (p. 118).

³⁰ Para un vistazo documentado, A. Williams Craig, *Roman Homosexuality*, 1999, especialmente pp. 17 s., 125 s.

la conformidad con un estereotipo. Si eso no es discriminación, entonces nada lo es. Puede que los suscriptores del voto de mayoría compartan sinceramente ese prejuicio, pero su decisión debe basarse en razones constitucionales y no en la expresión de sus estados mentales.

La segunda consideración es un enunciado de hecho, cuya verosimilitud debe ser acreditada. El voto de mayoría ni siquiera se preocupa en aducir algún tipo de evidencia, bastándoles a quienes lo suscriben su certeza doméstica. Eso, en circunstancias que la “doctrina especializada” sobre los abusos sexuales contra menores que ellos dicen seguir desmentando esa afirmación. Según los resultados de ese estudio, el tipo de acción sexual realizada con el menor de edad no tiene una relación directa con la magnitud del trauma experimentado³¹.

Lo más notable del voto de mayoría, sin embargo, se encuentra en la indefinición del resultado perjudicial para el menor. ¿Cuál es ese daño? El intérprete de la sentencia tiene dos opciones: concluir que el daño es la misma homosexualidad o constatar que no hay descripción alguna del daño cuya evitación justificaría la prohibición. O sea, o bien el Tribunal Constitucional incurre en discriminación por razón de orientación sexual, o bien valida una prohibición penal que carece de fin de protección.

7. Nada de esto es nuevo en el derecho comparado, ni la decisión del legislador chileno en 1999 ni su falaz validación por el Tribunal Constitucional. En los países europeos que durante el siglo xix conservaron la prohibición general de la homosexualidad recibida del derecho canónico y medieval, como el Reino Unido, Alemania y Austria, dicha prohibición fue sustituida durante la segunda mitad del siglo xx por una prohibición de contacto homosexual con jóvenes³². Eso fue lo que hizo

³¹ “Los niños que han estado involucrados en un coito no parecen sentir una mayor negatividad hacia su experiencia que aquellos que solamente fueron tocados en sus genitales. El coito ciertamente no destacaba como un factor particularmente negativo en la experiencia, tanto para los niños como para las niñas, y el simple frotamiento de los genitales era tan negativo como cualquier otro tipo de contacto físico real” (Finkelhor, 1979, p. 148). Recuérdese que según el estudio, la variable más importante como causa del trauma es la fuerza ejercida sobre el menor (supra, nota 29).

³² En el Reino Unido la sección 61 de la Ley de Ofensas contra la Persona de 1861 fue sustituida por la Ley de Ofensas Sexuales de 1967. En Alemania, el § 175 del código penal alemán de 1870 fue sustituido por una nueva disposición en el mismo párrafo en 1969. En Austria, el § 129 del código penal de 1853 fue sustituido por una nueva disposición en el mismo párrafo en 1971, correspondiendo la disposición al § 209 entre 1975 y 2002.

en Chile la Ley 19.617, con 30 años de retraso respecto de Europa. La facilidad con que se aceptó en ese entonces que la protección de la juventud brindaba justificación suficiente para mantener ese residuo de la prohibición demostraba naturalmente la fuerza de la moral social sexual heredada: la ley penal podía tolerar divergencias por parte de adultos pero afirmaba esa moral sexual respecto de los menores de edad. El tránsito desde un reclamo de libertad y privacidad hacia un reclamo de reconocimiento igualitario que caracteriza la evolución del discurso legitimatorio de la diversidad sexual en occidente trajo consigo el descrédito de esa justificación como una consideración discriminatoria³³.

En el caso de Alemania, el trato discriminatorio de la homosexualidad juvenil respecto de la heterosexualidad fue eliminado a iniciativa del propio legislador, en el contexto de los cambios legales requeridos por la reunificación. La 29ª ley de modificación del derecho penal, de 31 de mayo de 1994, suprimió el § 175 del código penal alemán, referido desde 1969 a la prohibición de la homosexualidad juvenil, y modificó su § 182, hasta entonces referido a la seducción de una muchacha. En su lugar, estableció un delito de abuso sexual de jóvenes —mayores de 14 pero menores de 16 años—, mediante aprovechamiento de una situación de necesidad, mediante contraprestación de dinero o mediante aprovechamiento de la falta de capacidad de autodeterminación sexual. Desde 1994 el código penal alemán no establece distinciones atendiendo al carácter heterosexual u homosexual de las acciones realizadas con mayores o menores de edad³⁴.

En el caso de Inglaterra y Austria, las modificaciones legales fueron exigidas por decisiones judiciales que revisaron decisiones previas, inicialmente validatorias de la prohibición de la homosexualidad

³³ Para un examen ilustrativo de ese tránsito, concretado en la oposición entre privacidad (libertad) y publicidad (reconocimiento), Kenji Yoshino, “El Derecho a la Publicidad”, 1998, pp. 43-55; también, Antonio Bascuñán, “La Afirmación de la Diversidad”, 2007, pp. 63-70. En el derecho penal, junto al tratamiento de la iniciación sexual, el aspecto más sensible a la discriminación por razón de orientación sexual una vez derogada la prohibición general de la homosexualidad es la expresión pública de la sexualidad. La tolerancia que el sistema punitivo demuestra frente a la divergencia privada respecto de la moral social sexual no se extiende a su expresión en los espacios públicos; la calificación de lo ofensivo —la obscenidad, el escándalo—, siempre depende de la expectativa cultural dominante.

³⁴ Maurach, Reinhardt, Friedrich-Christian Schroeder y Manfred Maiwald, *Strafrecht – Besonderer Teil*, 2003, Tomo I, p. 212 s.

juvenil. En *Dudgeon v. The United Kingdom*³⁵ la Corte Europea de Derechos Humanos, al mismo tiempo que declaró a la prohibición general de la homosexualidad —a ese entonces todavía vigente en Irlanda del Norte— como incompatible con el derecho a la vida privada, reconoció a los Estados legítima competencia para establecer una regla especial relativa al consentimiento en actos homosexuales, más exigente que la regla relativa al consentimiento en actos heterosexuales³⁶. Ese criterio ya había sido aplicado por la Comisión Europea de Derechos Humanos para validar la prohibición inglesa de la homosexualidad juvenil³⁷ y volvió a serlo en relación con la misma prohibición contemplada en el código penal austríaco de 1975³⁸. Sin embargo, en su informe recaído en el caso *Sutherland v. The United Kingdom*³⁹, la Comisión consideró que las razones ofrecidas por el gobierno británico como fundamento de la prohibición de realizar acciones homosexuales con menores de 18 años no ofrecían una justificación razonable y objetiva. Esas razones eran (i) que algunos hombres cuya edad oscila entre los 16 y los 18 años no tienen definida su orientación sexual, por lo que son vulnerables a acciones que pueden posteriormente perjudicarlos, y (ii) que la sociedad está legitimada para expresar su desaprobación de la conducta homosexual y su preferencia de que los niños sigan un modo de vida heterosexual. En opinión de la Comisión:

[...] ninguno de los argumentos ofrece una justificación razonable y objetiva para mantener una edad diferente para el consentimiento de actos homosexuales y heterosexuales o que mantener esa diferenciación de edad sea proporcionada a algún propósito legítimo al cual sirva. En lo que respecta al primer argumento, se concedió en los debates parlamentarios que la actual opinión médica considera que la orientación sexual se encuentra fijada en ambos sexos ya a la edad de 16 años y que los hombres de edad entre 16 y 21 años no se encuentran en una especial necesidad de protección frente al riesgo de ser “reclutados” en la homosexualidad. [...].

En lo que se refiere al fundamento de la segunda razón —la alegada facultad de la sociedad para indicar desapro-

³⁵ Sentencia de 22 de octubre de 1981 (N° 7525/76).

³⁶ Considerandos 61 y 62.

³⁷ *X. v. the United Kingdom* (N° 7215/75).

³⁸ *W. Z. v. Austria* (N° 17279/90); *H.F. v Austria* (N° 22646/93).

³⁹ Dictamen de 1 de julio de 1997 (N° 25186/94).

bación de la conducta homosexual y su preferencia por un estilo de vida heterosexual—, la Comisión no puede aceptar que esto pudiera en caso alguno constituir una justificación objetiva o razonable para la falta de igualdad del tratamiento bajo la ley penal. Como la Corte observó en su sentencia *Dudgeon* en el contexto del Artículo 8 (art. 8) de la Convención: “Desincriminación” no implica aprobación, y el temor de que ciertos sectores de la población puedan inferir de la reforma de la legislación conclusiones equivocadas a este respecto no brinda una buena razón para mantenerla en vigencia con todas sus injustificables características⁴⁰.

El caso *Sutherland* no fue resuelto por la Corte, en atención a que el Parlamento inglés redujo la edad requerida para el consentimiento del menor a los 16 años mediante una reforma legal que entró en vigor el 8 de enero de 2001⁴¹. La reforma legal de 2001 quedó consolidada en el Reino Unido con la entrada en vigencia de la Ley de Ofensas Sexuales de 2003, uno de cuyos principios fundamentales es la ausencia de toda diferenciación basada en consideraciones de género, sexo u orientación sexual⁴².

En que respecta a Austria, en 1989 el Tribunal Constitucional Austríaco declaró que el § 209 del código penal austríaco de 1974, que penalizaba la relación sexual entre un hombre mayor de 19 años y un hombre menor de 18 pero mayor de 14 años, no era inconstitucional⁴³. En 2002, sin embargo, el mismo tribunal declaró inconstitucional dicha disposición, atendiendo a las diferencias injustificables en razón de edad

⁴⁰ *Sutherland v. The United Kingdom* (N° 25186/94), considerandos 64-65.

⁴¹ *Sutherland v. The United Kingdom* (N° 25186/94), sentencia de 27 de marzo de 2001. No obstante, respecto de otro caso de aplicación de la ley inglesa previa a la reforma de 2001 la Corte consideró el año 2004, tal como lo hiciera la Comisión en el caso *Sutherland*, que la diferencia de edad para el consentimiento de actos homosexuales y heterosexuales constituía una violación del artículo 14 en conexión con el artículo 8, ambos del Convenio Europeo, y ordenó al Reino Unido pagar costas procesales e indemnización de perjuicios al recurrente (*B.B. v The United Kingdom*, N° 53769/00, sentencia de 10 de febrero/7 de julio de 2004).

⁴² Al respecto, Raimond Card, *Sexual Offences: The New Law*, 2004, especialmente p. 63 s.

⁴³ Sentencia de 3 de octubre de 1989 (G227/88, G2/89).

que resultaban del hecho de exigir la ley no menos de 19 años de edad en el autor⁴⁴.

Por razones distintas, siguiendo *Sutherland v. The United Kingdom* la Corte Europea de Derechos Humanos también impugnó la legitimidad del § 209 del Código Penal austríaco, sosteniendo que violaba el derecho a la igualdad tomado en conjunto con el derecho a la vida privada, en los siguientes términos:

Lo que es decisivo es si había una justificación razonable para que hombres jóvenes en el margen de edad de 14 a 18 años necesitaran protección frente a relaciones sexuales con hombres adultos, mientras que las mujeres jóvenes del mismo margen de edad no necesitaban tal protección frente a hombres o mujeres adultas. En conexión con esto, la Corte reitera que el ámbito del margen de apreciación dejado al estado contratante variará conforme a las circunstancias, la materia y el trasfondo; a este respecto, uno de los factores relevantes puede ser la existencia o no existencia de una base común entre las leyes de los estados contratantes [...].

El Gobierno descansó en la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1989, la que consideró que el artículo 209 del Código Penal era necesario para evitar “una peligrosa presión [...] puesta por experiencias homosexuales sobre el desarrollo sexual de hombres jóvenes”. No obstante, este punto de vista ha quedado superado por el debate parlamentario en 1995 sobre una posible derogación de la disposición. Tal como fue correctamente destacado por los reclamantes, la vasta mayoría de los expertos que ofrecieron evidencia en el Parlamento claramente se pronunciaron a favor de una misma edad de consentimiento, encontrando en particular que la orientación sexual se encuentra en la mayor parte de los casos establecida antes de la edad de la pubertad y que la teoría de que los adolescentes masculinos son “reclutados” en la homosexualidad ha quedado por lo tanto des-

⁴⁴ Sentencia de 21 de junio de 2002 (G6/02). Tal como lo sostiene el informe en derecho de los catorce profesores de derecho penal en su punto 4, esta consideración del Tribunal Constitucional austríaco es enteramente aplicable al derecho chileno, se estima aplicable al delito del Art. 365 del Código Penal en atención a lo dispuesto por el Art. 4 de la Ley 20.084, sobre responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, que declara no procesables a los autores menores de 18 años que tienen menos de 2 o 3 años de diferencia con su compañero sexual de menor edad. La consideración no era sin embargo pertinente para el caso concreto (*infra*, nota 48).

aprobada. A pesar de su conocimiento de estos cambios en la perspectiva científica al asunto, el Parlamento decidió en noviembre de 1996, esto es, brevemente antes de las condenas de los reclamantes en enero y febrero de 1997, mantener el artículo 209 en el texto legal.

En la medida en que el artículo 209 del Código Penal consagró un prejuicio predispuesto por parte de la mayoría heterosexual contra la minoría homosexual, estas actitudes negativas no pueden por sí mismas ser consideradas por la Corte como justificación suficiente para el tratamiento diferenciado, no más que actitudes negativas similares respecto de aquellos que pertenecen a una diferente raza, origen o color [...] ⁴⁵.

El 13 de agosto de 2002, el legislador austríaco introdujo en reemplazo de la disposición invalidada por el Tribunal Constitucional un nuevo § 207b en el Código Penal, relativo al abuso sexual de menores de edad. Este nuevo artículo consta de tres incisos, en los cuales la ley configura atentados constitutivos de abuso del menor en virtud de las circunstancias que concurren (aprovechamiento de la falta de madurez del menor, superioridad en razón de una mayor edad, aprovechamiento de la situación de necesidad del menor, contraprestación económica). El nuevo precepto no establece diferencias entre las acciones de significación sexual heterosexuales y homosexuales ⁴⁶.

Todos estos antecedentes fueron puestos en conocimiento del Tribunal Constitucional chileno. El informe de los catorce profesores de derecho penal los hizo valer y el voto de minoría los reconoció. Pese a ello, el Tribunal decidió reproducir las consideraciones que hoy en día se encuentran obsoletas en Europa. En esto quizás radique su novedad: en la impudicia con que se desentiende de la evolución del derecho comparado. Con auténtica vocación de localismo cisandino, el voto de mayoría asume que puede mantener como consideración no problemática un punto de vista descartado hace diez años por la jurisprudencia de derechos humanos en Europa.

⁴⁵ *L. and V. v. Austria*, 9 de enero de 2003 (N° 39392/98 y 39829/98), 49, 51, 65-66; seguido en *Wolfmeyer v. Austria*, 26 de mayo de 2005 (N° 5263/03).

⁴⁶ La aplicación del § 207b por los órganos de prosecución penal sí ha mantenido, sin embargo, un sesgo discriminatorio de la homosexualidad masculina. Esa práctica discriminatoria ha sido observada por el Parlamento Europeo, que ha exhortado a Austria a una aplicación libre de discriminación del precepto legal (Resolución acerca de la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea, de 4 de septiembre de 2003, párrafo 79).

8. El poco tiempo que lleva ejerciendo las atribuciones que le fueran conferidas por la Ley de reforma constitucional 20.050 (*Diario Oficial* de 26 de agosto de 2005) ha bastado al Tribunal Constitucional para demostrar su particular ineptitud en el tratamiento de los principios constitucionales que definen y limitan el ejercicio de la potestad punitiva del Estado⁴⁷. Con esta sentencia el tribunal se ha superado a sí mismo. Si hubiera que juzgarlo a la luz de la tergiversación que el voto de mayoría hace de sus pretendidas fuentes de apoyo doctrinario, de la displicencia con que elude la cuestión constitucional central planteada por el requerimiento y de la frivolidad con que afirma enunciados que tanto sus fuentes como la jurisprudencia comparada considera refutados, habría que concluir que ya no se trata de una institución inepta sino francamente irrisoria.

En lo que respecta a la discusión acerca de la legitimidad de la represión penal de la homosexualidad juvenil masculina puede sacarse dos conclusiones.

La primera, que queda abierta la interrogante de si un caso futuro en el que sea evidente el interés del propio joven homosexual en realizar el coito anal en un rol pasivo pueda problematizar la regla ante el tribunal como lo que es: una limitación inconstitucional de la autonomía sexual del menor⁴⁸.

⁴⁷ El Tribunal Constitucional ha pretendido que la infracción de una garantía del principio de legalidad puede compensarse con la satisfacción de otra (Rol N° 486-06, 559-06, 1191-08), ha sostenido que el empleador que no paga las cotizaciones previsionales no es un deudor de una obligación de dinero sino un detentador de cosa de propiedad ajena (Rol N° 519-06, 576-06), ha acudido a una definición de Wikipedia para afirmar que un concepto legal no es indeterminado (Rol N° 549-06), ha sostenido que una presunción legal no altera la carga de la prueba del hecho punible (Rol N° 739-07), ha exigido respecto de un delito una prueba de peligrosidad concreta sin indicar qué hecho distinto de la acción típica correspondería a esa prueba (Rol N° 739-07), ha confundido la proporcionalidad prospectiva (preventiva) con la proporcionalidad retrospectiva (proporcionalidad de culpabilidad) (Rol N° 825-07, 829-07), ha estimado que un acto legislativo inconstitucional por infracción a reglas de competencia puede ser convalidado si su contenido es equivalente al de una disposición previa a la entrada en vigencia de la Constitución (Rol N° 1191-08) y ha confundido la satisfacción de las reglas legales de imputación subjetiva con el contenido del principio constitucional de culpabilidad (Rol N° 1584-09).

⁴⁸ En este caso se acusaba a una persona que al momento de los hechos tenía 33 años de haber accedido carnalmente a una persona que a ese momento tenía 14 años recién cumplidos. La acusación del Ministerio Público incluía al menor como su primer testigo de cargo y el requerimiento presentado por la Defensoría Penal Pública no adujo la existencia de relación afectiva alguna entre el acusado y el menor. El caso no parecía implicar, en consecuencia, un interés sexual del menor que hubiera sido afectado por la prohibición del Art. 365 y su aplicación en una investigación y juicio penales. Este es un dato importante para distinguir este caso de eventuales casos futuros.

Como segunda conclusión está el hecho de que ni siquiera la facción más conservadora de la cultura jurídica chilena, atrincherada en el Tribunal Constitucional, se considera habilitada para apelar abiertamente a un discurso condenatorio de la homosexualidad. Es cierto que ese discurso domina la decisión de la mayoría del tribunal, apenas encubierto por consideraciones pseudo-naturalistas. Pero el mismo hecho de ese encubrimiento es significativo. Los tiempos han cambiado. Ya no es el amor sino el prejuicio el que no se atreve a decir su nombre.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar Cavallo, Gonzalo. "El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos". 6 N° 1 *Estudios Constitucionales* (2008).
- Baeza Concha, Gloria. "El Interés Superior del Niño: Derecho de Rango Constitucional, su Recepción en la Legislación Nacional y Aplicación en la Jurisprudencia". 28-2 *Revista Chilena de Derecho* (2001), p. 355-362.
- Bascuñán, Antonio. "La Afirmación de la Diversidad". *Revista Universidad Diego Portales* N° 5 (2007).
- Boswell, John. *Cristianismo, Tolerancia Social y Homosexualidad*. Barcelona, Muchnick Editores S.A., 1993.
- Card, Raimond. *Sexual Offences: The New Law*. Bristol: Jordan Publishing Limited, 2004.
- Cillero Bruñol, Miguel. "El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño". Disponible en: <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf> (última visita, 28 de mayo de 2011).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-318/03. Disponible en http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/cc_sc_nf/c-318_2003.html.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002.
- Craig, A. Williams. *Roman Homosexuality*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- Couso Salas, Jaime. "El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído". 3-4 *Revista de Derechos del Niño* (2006), p. 145-166, disponible en: <http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2009/08/jaime-couso.pdf> (última visita, 28 de mayo de 2011).
- Feinberg, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*. Volumen 3: *Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press, 1989.

- Finkelhor, David. *Sexually Victimized Children*. Nueva York: The Free Press, MacMillan Publishing Co., Inc., 1979. Edición en castellano: *El Abuso Sexual al Menor. Causas, Consecuencias y Tratamiento Psicosocial*. México: Editorial Pax, 1980.
- Jordan, Mark D. *The Invention of Sodomy in Christian Theology*. Chicago: University of Chicago Pres, 1997.
- Maurach, Reinhardt; Friedrich-Christian Schroeder y Manfred Maiwald. *Strafrecht– Besonderer Teil*. Tomo I. C.F. Müller Verlag, 2003.
- Viveros Vergara, Miguel. “La Legislación y el Interés Superior del Niño”. 64 *Revista Universitaria* (1999).
- Yoshino, Kenji. “El Derecho a la Publicidad”. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* (1998). □

**APUNTES ACERCA DE LA UNIVERSIDAD
EN TIEMPOS DE CONFLICTO***

Enrique Barros

Universidad de Chile

Arturo Fontaine

Universidad de Chile

Resumen: En este ensayo los autores sostienen que es necesario distinguir entre la finalidad de la educación como tal, que es un fin en sí misma, y sus efectos colaterales, como el aumento en la productividad. Afirman que el cultivo de las ciencias y humanidades incide directamente en la calidad del profesorado escolar. Critican la existencia en Chile de universidades con fines de lucro encubierto que vulneran el espíritu de la ley que lo prohíbe. La norma quiere evitar el conflicto de interés entre el cumplimiento de metas estrictamente académicas y las típicas de una empresa comercial. Las limitaciones e imperfecciones propias de los instrumentos de medición de la educación, así como sus efectos no buscados, hacen más realista, a juicio de los autores, establecer reglas

ENRIQUE BARROS. Abogado, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y miembro del Consejo Directivo del Centro de Estudios Públicos (ebarros@bce.cl).

ARTURO FONTAINE. Profesor del Departamento de Filosofía de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad de Chile y director del Centro de Estudios Públicos (afontaine@cepchile.cl).

* Versión extendida del texto que apareció en *El Mercurio* de Santiago el 24 de julio de 2011.

generales y simples de carácter prudencial para evitar dichos conflictos de interés.

Palabras clave: educación, mediciones educacionales, universidad, universidades con fines de lucro, conflicto universitario chileno, Universidad de Chile.

Recibido y aceptado: diciembre 2011.

NOTES ON THE UNIVERSITY IN TIMES OF CONFLICT

Abstract: *It is argued in this essay that the aim of education as an end in itself must be distinguished from the side effects of education such as growth in productivity. The authors contend that the cultivation of the sciences and humanities has a direct bearing on the quality of school teachers.*

According to them, there are universities in Chile that have a concealed profit-making purpose and consequently violate the spirit of the law. The Chilean norm, which expressly forbids the universities to have profit-making ends, intends to avoid a conflict of interests between the fulfillment of strict academic goals and the typical goals of a commercial enterprise. The limitations and imperfections of the instruments of educational measurement, as well as their non intended effects, make more realistic—the authors say—to establish general and simple rules of good judgment in order to avoid such clash of interests.

Keywords: *education, educational measurements, universities, universities with profit-making purposes, Chilean university conflict, University of Chile.*

Received and accepted: *December 2011.*

Es erróneo concebir la educación como un medio para mejorar la productividad y contribuir al crecimiento económico. Una sociedad con muchos enfermos es menos productiva que una con su población sana. Sin embargo, la salud es un fin en sí misma, aunque también sea valiosa por su aporte a la productividad. Algo análogo ocurre con la educación. Los constructores de la biblioteca de Alejandría, los monjes medievales que conservaron los folios de los clásicos, los humanistas que leyeron esos textos y con ello, de algún modo, pusieron en marcha el mundo moderno no lo hicieron para lograr un beneficio ajeno al bien que por sí mismo representaba el saber y entender.

¿Qué movió a Darwin a plantearse sus reflexiones observando la fauna de las Islas Galápagos? ¿Por qué nos atrae seguir su modo de razonar? Simplemente porque nuestra natural curiosidad, que ha sido el gran motor del desarrollo de la especie, adquiere en la ciencia por sí misma una justificación. Por cierto que la educación tiene como un efecto colateral la mejoría de la productividad, pero esa no es su finalidad. La educación nos importa porque en ella se pone en juego la humanidad de lo humano. Cuando un niño pregunta de donde nacen las estrellas es movido por el asombro que, dice Aristóteles, está en el origen del conocimiento. El estado debe apostar a lo que nos hace mejores seres humanos, porque es a partir de allí que cobran sentido nuestra ciudadanía democrática y contenido las oportunidades que ofrece el progreso material.

La universidad es el lugar de ese asombro primordial, sin el cual no hay amor al conocimiento. La creación y transmisión del conocimiento en su más alto nivel da sentido a la comunidad universitaria. Por eso, el cultivo de las matemáticas, las ciencias, las humanidades deben estar en el centro de su actividad. Es el estudio de esas disciplinas matrices lo que luego permite, por ejemplo, tener profesores de calidad en los liceos y colegios, es decir, profesores capaces de inquietar, de abrir mentes y orientar personas. Por cierto que esta tarea es cumplida con éxito si el propio profesor ha llegado a entender los límites de su ciencia y está en cierto sentido maravillado por su entendimiento. En última instancia, el nivel de los departamentos de matemáticas de la universidad, que no persiguen en sí mismos fin instrumental alguno, determina el nivel de los profesores de matemáticas de la media y la básica; y, en cascada, el de gran parte de nuestros profesionales.

Un profesor enseña porque intuye que entender, por ejemplo las leyes de la óptica, es una experiencia fascinante en sí misma, como contemplar un paisaje de singular belleza o ver un gran partido de tenis o escuchar una sonata de Mozart. Lo atractivo de ser profesor es ayudar a entender. Eso hacemos los profesores en las clases. Esto no es un sueño romántico, como le dijo a uno de nosotros hace unas semanas un experto, quien, por cierto, no hace clases. Es lo que nos ocurre a diario. Que ello cause sorpresa y escepticismo en el experto indica hasta qué punto es incomprendida hoy en Chile la profesión docente. El principio es el mismo en las ciencias teóricas que en los saberes prácticos. Porque entiende cómo funciona el motor, el buen mecánico es capaz de pillar la pana y repararla. Gracias a que entiende las coordenadas de su discipli-

na, el buen profesional es capaz de ganarse la vida prestando servicios en eso que llegó a entender. Y, claro, alguien lo hizo posible. Alguien lo condujo de entendimiento en entendimiento hasta que llegó a ser un “entendido”.

No es cierto que los beneficios de la universidad se agoten en los que asisten y se gradúan en ella. La educación tiene un efecto expansivo que alcanza a todos y, en especial, a los que vienen de hogares de escasa tradición cultural y encuentran en la escuela la mejor oportunidad de dar un salto cualitativo respecto de la anterior generación. El interés por conocer se contagia desde la universidad y desde allí por mil vasos comunicantes —la prensa entre ellos— se reparte por el cuerpo social. A su vez, la cultura que nace fuera de la universidad fluye en ella (como se muestra en los cambios de intereses de cada generación de estudiantes). Los conflictos universitarios graves llegan a La Moneda porque, consciente o inconscientemente, partimos de la base de que lo que ocurre en la universidad, tarde o temprano, nos atañe a todos.

Quizás haya que aceptar que sólo algunas universidades chilenas están en condiciones, por ahora, de cumplir cabalmente esa misión. Eso obliga a reconocer, entonces, que nuestra investigación y enseñanza dependen de las pocas universidades que por su tradición o universalidad, por su vocación académica y de excelencia, se acercan a la misión de un gran centro de estudios superiores. Esas universidades son el pulmón que oxigena todo el sistema. Esas universidades deben atraer a las mejores cabezas que tengan vocación por el estudio y comprometerlas en una vida dedicada al conocimiento y al desarrollo de las sensibilidades superiores que caracterizan a una persona cultivada. Chile necesita que los jóvenes más dotados e inclinados a investigar y enseñar puedan consagrarse a esa tarea con entusiasmo y sin zozobras. Para ello, se debe asegurar un financiamiento estable que lo haga posible. De lo contrario, miles de jóvenes graduados en grandes universidades extranjeras, gracias al programa Becas Chile, terminarán trabajando en universidades fuera de Chile o irán al mercado profesional, a pesar de sus vocaciones académicas.

Universidades con fines de lucro y conflictos de interés

Las que reconocemos como las mejores universidades se financian fundamentalmente con aportes del Estado o una combinación del Estado más cuantiosos fondos obtenidos de donaciones privadas. El

aporte que hacen las familias, vía matrícula diferenciada, alcanza en una universidad como Harvard, sólo al 19 por ciento de su presupuesto anual, según datos del año pasado. En cambio, los intereses de su fondo de inversiones representan un 35 por ciento. Otras donaciones aportan un 7 por ciento adicional. El Estado aporta un 17 por ciento. Harvard —como tantas de las mejores universidades del mundo— es una corporación privada sin fines de lucro y el grueso de su presupuesto proviene de donaciones. Por eso, es difícil que un joven verdaderamente excepcional quede fuera de las más grandes universidades porque carece de recursos.

Pareciera que en Chile están en deuda tanto el Estado como la empresa. Pareciera que el paro prolongado, ha logrado un grado de coincidencia en esto. El Estado ha fallado porque su aporte es bajo y su sistema de créditos requiere cirugía mayor. Y las universidades con lucro encubierto han sembrado la duda y la desconfianza. A su vez, ese smog que se ha levantado en torno a la educación superior privada también oscurece el creciente aporte que están realizando universidades privadas sin fines de lucro que progresan y mejoran día a día.

La ley obliga a las universidades a constituirse como corporaciones o fundaciones, esto es, como entidades sin fines de lucro. La norma quiere evitar el conflicto de interés entre el cumplimiento de metas estrictamente académicas y las típicas de una empresa comercial; por ejemplo, entre la conveniencia de construir un laboratorio de física o de idiomas y la expectativa de los dueños de una empresa de servicios de extraer las utilidades que deja la operación. Los caminos indirectos para obtener las rentas por otros caminos son igualmente ajenos al fin de esa norma. Por eso, si quienes gobiernan la universidad retiran dividendos vinculados a su gestión, tal conflicto reaparecería y la norma que prohíbe el lucro carecería de razón de ser. La norma, que es preventiva y prudencial, quedaría en tal caso sin efecto gracias a una martingala.

Los conflictos potenciales son diversos. El más evidente apunta al número de alumnos. La calidad de la enseñanza muchas veces mejora con cursos más bien pequeños. Pero si la universidad es un negocio, por obvias economías de escala convendrá hacer lo contrario, es decir, aumentar al máximo el número de alumnos por profesor. Tampoco convendrá tener profesores a dedicados al estudio e investigación y con tiempo para corregir con esmero y formar a sus alumnos. Y para enseñar no se optará por expertos excepcionales, que tienen alternati-

vas promisorias en su vida académica o profesional, sino más bien por secundones que se pasean repitiendo una letanía de aula en aula. La universidad se llenará de instructores mediocres (que serán llamados profesores) que hacen clases como podrían hacer cualquiera otra tarea.

La investigación en ciencias básicas rara vez es un negocio para un inversionista, aunque indirectamente produzca beneficios económicos a la sociedad. En Estados Unidos el empresariado apostó tempranamente a la libertad de la cultura y al valor de las ciencias. Las generosas donaciones que hacen las empresas sostienen un sistema universitario mixto, estatal y privado, sin fines de lucro, que se sitúa hoy en la vanguardia del conocimiento en muchísimos campos. Esta es una importantísima fuente de legitimación del capitalismo. En Chile, por el contrario, las martingalas contribuyen a deslegitarlo.

Ya Tocqueville observó la significación que tenían las asociaciones voluntarias sin fines de lucro en los Estados Unidos. La National Gallery, por ejemplo, es una donación de la familia Mellon; y la Universidad de Chicago fue creada por los Rockefeller. Con los años, ese rasgo cultural no ha hecho más que crecer y multiplicarse. La cohesión social y la confianza en la libertad de las personas se fortalecen con la iniciativa y la capacidad para asociarse en tareas de interés general. En Chile carecemos de esta fuerte tradición de que fines públicos sean asumidos desde dentro de la sociedad civil. Así y todo, las donaciones a las universidades han ido aumentando. Eso es muy esperanzador. Sin embargo, los montos que se donan no guardan relación directa con la calidad académica de la institución. Así, la Universidad de Chile, pese a tener el mayor número de publicaciones en revistas especializadas internacionales, no es la que recibe más donaciones. Una vocación por la excelencia es parte de un cambio cultural más profundo, que vea en el desarrollo de la universidad al más alto nivel un camino para hacer más inteligente, culto y fuerte a nuestro país.

El difícil tema de las mediciones de calidad

Un estudiante, por serlo, es un evaluador sumamente imperfecto de la calidad de la docencia que recibe en su universidad. (¿Cuántos semestres de cálculo necesita un administrador de empresas? ¿Dos, uno, ninguno?) Cuando el joven entra a trabajar y cae en la cuenta de sus falencias, ya es tarde (y muy caro) para empezar a estudiar de nuevo.

No ocurre lo mismo en el mercado de las camisas o de las corbatas. El problema con los argumentos por analogía es saber hasta dónde llevar la similitud y dónde marcar la diferencia. Si se parte por las semejanzas, es evidente que el mercado universitario chileno no pasa la prueba del consentimiento informado, que trata de cautelar el derecho en los contratos con consumidores. Muchos de los jóvenes más desventajados (y sus familias) toman decisiones cruciales respecto de su educación tras el velo más denso de desinformación.

Nuestro sistema universitario no asegura que los licenciados de las universidades más mediocres tengan las habilidades y conocimientos suficientes para desempeñarse en sus profesiones. Sin embargo, esos grados les permiten obtener sin más la calificación profesional. El resultado es que se ve comprometida la confianza pública en las capacidades asociadas a las profesiones. De hecho, a pesar de sus limitaciones, es probable que se requiera un sistema público de controles externos para comprobar que los egresados de las universidades tengan las aptitudes para desempeñarse como abogados, arquitectos, constructores o ingenieros (los médicos ya han avanzado en esta dirección gracias a regulaciones que rigen el acceso a las especialidades).

En verdad, resulta más fácil medir destrezas profesionales que la calidad de la educación. De hecho, las mejores universidades no persiguen sólo desarrollar destrezas profesionales concretas. Los indicadores y las acreditaciones ayudan y son muy útiles, pero deben administrarse con sentido de sus limitaciones. No son la panacea que solucionará todas las fallas de la educación básica, media y superior como a veces pareciera creerse. Por la compleja y sutil multidimensionalidad de los procesos educativos, las mediciones son siempre parciales. A menudo las evaluaciones pueden ser sorteadas y desvirtuadas desnaturalizando la docencia hasta hacer de ella un mero adiestramiento para rendir una prueba. Es decir, la medición puede alterar lo que se busca medir.

Además, hay fuertes indicios de que, por ejemplo, la empleabilidad y el nivel de ingreso de un graduado chileno tiene más que ver con su medio social que con sus notas. En consecuencia, es probable ese indicador premie a las universidades que capturen a jóvenes de mejor situación económica y buenas redes.

Por otro lado, existen grandes diferencias entre los escasos recursos asignados a difundir información objetiva y las millonarias campañas publicitarias de ciertas universidades. Tampoco están claras

la naturaleza y calidad de la información requerida. Los costos de informarse bien son elevados para un joven dieciocho años. Y si se atiende a que usualmente quienes disfrutan de menor capital cultural tienen proporcionalmente menos probabilidades de acceso a las universidades reconocidas como las mejores, la decisión de invertir parte del patrimonio familiar para que el hijo sea universitario se suele tomar a tientas.

En esta cuestión tan delicada, como es qué estudiar y dónde hacerlo, nada hay más ciego a la realidad que suponer una racionalidad económica perfecta. Ese es un supuesto utópico. Es cierto que, con ciertas distorsiones, en general la experiencia muestra cuales son las mejores universidades, públicas y privadas. Pero no hay información homologable que permita saber cuáles simplemente no dan la marca. En definitiva, aunque es obvio que resulta más compleja la decisión por una carrera y una universidad que la de comprar unas zapatillas, se protege mejor como consumidor al que compra un par de zapatillas; poco se ha hecho por años para proteger al estudiante y a su familia cuando se toma una decisión tanto más relevante.

Más importante: aspectos importantísimos de la educación —quizás los más importantes para la formación de un joven— no admiten mediciones cuantitativas. El año pasado en el CEP, James Heckman, Premio Nobel de economía, expuso un trabajo que indica que las habilidades que más remunera el mercado del trabajo son las “habilidades blandas”, las vinculadas al carácter, y no los conocimientos duros, como por ejemplo las matemáticas (ver www.cepchile.cl video y láminas “James Heckman en el CEP”). El énfasis excesivo en lo medible pone el foco de la educación en eso, en lo medido, en desmedro, muchas veces, de actividades más valiosas y que no se miden.

Quienes favorecen la creación de universidades con fines de lucro responden al argumento del conflicto de interés apelando a la información y las mediciones que debería llevar a cabo el Estado. Ahora bien, si la institución bajo evaluación tiene fines de lucro, los incentivos para eludirla o tergiversarla serán mayores. Toda una alambicada parafernalia de controles y evaluaciones de cientos de carreras pasaría a ser responsabilidad del Estado y, en la práctica, de funcionarios públicos que actúan en una estructura que no tiene fines de lucro. Los defensores a ultranza de las empresas comerciales de educación superior, al revés de lo que dicen, terminan depositando enorme confianza en el Estado, en sus regulaciones y funcionarios. Si son sinceros.

Esto no impide, a nuestro juicio, que en el futuro pudieran permitirse universidades organizadas como empresas de servicios, que deberían pagar impuestos como cualquier empresa y no podrían recibir, claro, donaciones con los beneficios tributarios de las que persiguen fines propiamente universitarios. Por prudencia, dichas universidades tampoco deberían recibir aportes del Estado. Los conflictos de interés ya mencionados aconsejan extrema cautela. En Estados Unidos estas universidades existen y hasta ahora se han orientado a una formación puramente instrumental, incluso en disciplinas que tienen una tradición intelectual o científica fuerte, como el derecho y las ingenierías. En Brasil llenan un vacío que en países con un capitalismo más maduro llenan el Estado e instituciones educacionales sin fines de lucro. Estas universidades con fines de lucro, con todos los resguardos de información, pueden ser efectivas como instancias educativas de formación técnica más que universitaria. Es un dicho conocido en Estados Unidos que estas universidades forman profesionales de 'Main Street' (el nombre que suele tener la calle que atraviesa los pueblos pequeños), esto es, profesionales habilitados para solucionar problemas cotidianos del vecindario. Pero, así y todo, ninguno de los licenciados puede llamarse abogado si antes no ha pasado un examen general de habilidades profesionales básicas.

El Presidente es el patrono de la Universidad de Chile

Las concordancias preliminares a que se ha llegado durante el conflicto que estamos viviendo indican que el gobierno reconoce que el aporte del Estado a la educación es insuficiente en nuestro actual grado de desarrollo. Hay aquí una oportunidad para que también la empresa privada, dado este diagnóstico común, refuerce sus donaciones a entidades propiamente universitarias, impulsando a nuestras universidades de mayor excelencia académica, que hoy representan menos del 2% del presupuesto fiscal (*El Mercurio*, 17 de julio 2011, B 4). La manera de responder al descrédito del negocio de educación superior es mostrar un empresariado generoso y con fe en las de la libertad de la cultura.

Una de las palancas del crecimiento económico de la India es el desarrollo de la informática que se concentra en Bangalore, el Silicon Valley de la India. Ese fenómeno se explica, en parte, como una

consecuencia indirecta, y en su momento no pensada, de los institutos tecnológicos de alto nivel, los Indian Institutes of Technology (IIT), universidades estilo MIT, que se crearon en tiempos de Nehru. La apertura de la economía y los nuevos desarrollos de la ciencia de la computación han valorado ese esfuerzo. Son universidades estatales muy selectivas. Aceptan sólo al 2 por ciento de los que postulan (Harvard acepta al 10 por ciento) Una de las empresas más exitosas en el rubro de la informática es Infosys. Su fundador y CEO hasta el 2001, Narayan Murthy, uno de los empresarios más famosos de la India, es uno de los principales donantes de IIT, donde obtuvo su master (pese a ello su hijo, por no alcanzar los puntajes requeridos, no fue aceptado por ningún IIT y estudió en la Universidad de Cornell). Desde su retiro, asumió la presidencia del directorio del Indian Institute of Information Technology de Bangalore. “El poder del dinero es el poder de dar”, ha dicho Murthy. Ese es el tipo de relación que se establece en las economías modernas entre empresa y universidad.

El Presidente de Chile es el patrono de la Universidad de Chile. A veces, como profesor, uno no siente ese afecto en las palabras y gestos del Presidente; ese cuidado de la institución que es propio de un patrono. Tampoco lo sentimos, la verdad, en los presidentes anteriores. Es cierto que recíprocamente la Universidad de Chile tiene la responsabilidad de darse un buen gobierno, tarea que es dificultada por una burocracia y por un corporativismo que la asfixian, porque la mera concurrencia de intereses particulares hace que en su gobierno a menudo se oscurezca el horizonte de la excelencia académica, que al final de cuentas es su única meta legítima. Pero, aun con sus dificultades, la Universidad de Chile es un faro de la cultura chilena, porque en ella late, al menos por aquí y por allá, el espíritu libre y sensible que respira una universidad de excelencia.

La universidad aspira a que en nuestros estudiantes se encarne una tradición cultural, que ha de entenderse como una larga conversación entre una muy larga secuencia de generaciones. Como toda buena conversación hay en ella momentos mejores que otros, mutaciones y contradicciones. Pero es siempre al interior de esa conversación abierta que surge y fluye el tú, el yo, el nosotros. Esa conversación que nos constituye como seres humanos, lo sepamos o no, adquiere una particular densidad en la vida al interior de la universidad. No podemos

examinar nuestra cultura desde un punto de vista enteramente exterior a ella. En el curso de ese río descubrimos la amistad, las fallas morales y las virtudes, el abuso y la justicia, nuestros miedos e incertidumbres, la belleza del conocimiento, y hasta las formas del amor y el sentido del humor. Y presentimos el tamaño de nuestra ignorancia.

UNIVERSIDAD PARA TODOS*

José Joaquín Brunner R.
Universidad Diego Portales

Resumen: A partir de los más recientes datos que caracterizan la evolución de la educación superior iberoamericana, en estas páginas se analiza el impacto de la masificación y universalización de este nivel educacional sobre la plataforma institucional que lo provee, especialmente en su componente universitario. Se describe el paso de la universidad ideal, espiritual, de elite, a la universidad masiva, heteróclita y posmoderna y las reacciones de la *intelligentsia* frente a este proceso.

Palabras clave: universidad, moderna, elite, masas, instituciones, intelectuales.

Recibido y aceptado: diciembre 2011.

JOSÉ JOAQUÍN BRUNNER. Director de la Cátedra Unesco de Políticas Comparadas de Educación Superior con sede en el Centro de Políticas Comparadas de Educación (CPCE) de la Universidad Diego Portales (josejoaquin.brunner@gmail.com).

* Texto revisado y expandido a partir del documento leído con ocasión de la presentación del volumen *Educación Superior en Iberoamérica: Informe 2011*, editado y coordinado por José Joaquín Brunner con Rocio Ferrada, editora adjunta. Una versión abreviada fue publicada originalmente en el diario *El Mercurio*, 20 de noviembre de 2011, en el cuerpo Reportajes.

UNIVERSITY FOR ALL

Abstract: *Based on the most recent data on the evolution of higher education in Latin America, the author analyses the impact that massification and universalization of this educational level has had on its institutional platform, especially on the universities. He describes the change from an elite, ideal and spiritual university to a postmodern, heteroclitical and massive one, and the intelligentsia's reactions to this process.*

Keywords: *university, modern, elite, masses, institutions, intellectuals.*

Received and accepted: *December 2011.*

I

El Informe *Educación Superior en Iberoamérica 2011* es una obra colectiva: se halla respaldada por cuatro prestigiosas instituciones; fue producida por 47 autores de 22 países que cubren prácticamente la totalidad del espacio iberoamericano, y en él convergen diversos enfoques disciplinarios y se expresan también diferentes visiones sobre la evolución de nuestros sistemas de educación superior o terciaria.

Desde el punto de vista cuantitativo es una obra, sin duda, voluminosa: 431 páginas que contienen 63 gráficos, 33 tablas, referencias a más de un centenar de fuentes y menciones a varias decenas de organismos y entidades públicas, privadas e internacionales relacionadas con este sector en los países de idiomas luso e hispánico. Los informes nacionales, que acompañan digitalmente a cada volumen en un CD, suman adicionalmente mil doscientas páginas.

Desde el punto de vista de los contenidos, constituye un esfuerzo de colaboración en que los autores o equipos nacionales dan cuenta de las transformaciones experimentadas por los sistemas de educación superior de sus respectivos países durante los últimos cinco años. El foco es eminentemente comparativo a nivel de la región iberoamericana y se acompaña de una referencia externa, consistente en un grupo seleccionado de países de la OCDE —Australia, Canadá, Estonia, Gran Bretaña y República de Corea— que debe servir para efectos de *benchmarking*.

A partir de estos análisis, los editores hemos organizado el *Informe* en torno de siete dimensiones claves de esos sistemas: su estructura institucional; acceso y composición del cuerpo estudiantil; resultados formativos en términos de capital humano profesional y técnico; personal académico; financiamiento de los sistemas; regímenes de gobernanza a nivel nacional y de instituciones, y mecanismos de aseguramiento de la calidad.

Hasta aquí las breves noticias sobre las condiciones de producción del *Informe*. ¿Qué puede decirse, en tanto, de los resultados de la investigación sobre los cuales aquél se construye?

II

Si se atiende uno a la evidencia recolectada localmente en los países, me parece a mí que el fenómeno más llamativo del último tiempo en este ámbito es la fuerza irresistible de la *masificación y universalización*, particularmente en la región latinoamericana. Dicho en otras palabras, el tránsito de sistemas de elite a sistemas masivos y, ahora último, a sistemas universales, según la clásica tripartición de fases o estadios de la educación terciaria enunciada por primera vez a comienzos de los años 70 del siglo pasado por Martin Trow¹ (Tabla N° 1).

Efectivamente, durante las últimas cuatro décadas (apenas un instante en comparación con nueve siglos de historia de las universidades), la matrícula terciaria aumentó en esta parte del mundo de manera dramática: de apenas 1,9 millones de estudiantes en 1970 a 8,4 millones en 1990 y a alrededor de 25 millones en 2011² (Gráfico N° 1). De acuerdo a la última estadística disponible (2008), el estudiantado iberoamericano representa el 13% de la matrícula mundial, tres puntos porcentuales más que el peso relativo de la población iberoamericana a nivel global.

Durante el mismo período, la tasa bruta de participación —es decir, el número de matriculados, independiente de su edad, expresado como porcentaje de la cohorte en edad de cursar estudios superiores— escaló de 6% en 1970 a más de 40% el año 2009 (Gráfico N° 2).

¹ Para una completa selección de textos sobre este tópico véase Michael Burrage (ed.), *Martin Trow: Twentieth-Century Higher Education (Elite to Mass to Universal)*, 2010, especialmente capítulos 2, 16 y 17.

² Cifra estimada.

TABLA N° 1: SISTEMAS NACIONALES CLASIFICADOS POR TAMAÑO Y NIVEL DE MASIFICACIÓN/ UNIVERSALIZACIÓN, AÑO 2009*

Nivel de masificación/universalización	Alto (55% o más)	Estonia	Uruguay Portugal Puerto Rico	Chile Cuba	España Australia Canadá	Argentina Venezuela Gran Bretaña Corea del Sur
	Medio-alto (46 a 55%)					
	Medio (36 a 45%)	Panamá	Bolivia Paraguay	Ecuador	Colombia	
	Medio-bajo (26 a 35%)			Perú		Brasil México
	Bajo (25% o menos)	Costa Rica El Salvador Honduras	Guatemala			
		Pequeño (0 a 150 mil)	Medio-pequeño (150 a 500 mil)	Medio (500 mil a 1 millón)	Medio-grande (1 a 2 millones)	Grande (Más de 2 millones)
Tamaño del sistema						

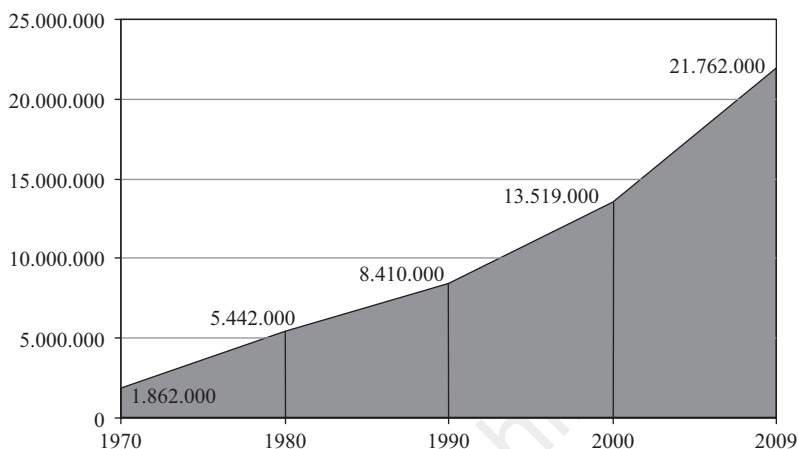
* Tamaño de los sistemas medido por matrícula terciaria total el año 2009 y nivel de masificación medido por la tasa bruta de matrícula en el mismo año. En algunos casos, cifras corresponden a 2008.

Sin información para Nicaragua y República Dominicana.

Fuente: Elaboración propia sobre la base de Unesco Institute for Statistics, *Global Education Digest 2011*, y J. J. Brunner (ed. y coord.) y R. Ferrada (ed. adjunta), *Educación Superior en Iberoamérica: Informe 2011*, C.1.5.

De hecho, la educación terciaria iberoamericana mantuvo un estricto carácter elitista hasta comienzos de los años 80, con una tasa promedio de participación inferior a 15%. Luego entró en una fase de rápida masificación, logrando una cobertura bruta de un tercio de la cohorte alrededor de 2005, para proyectarse actualmente hacia el umbral de la *universalización*, que Trow sitúa en el punto donde una mitad de la cohorte se halla representada en el nivel superior.

GRÁFICO N° 1: EVOLUCIÓN DE LA MATRÍCULA DE EDUCACIÓN SUPERIOR EN EL ESPACIO IBEROAMERICANO, 1970-2009



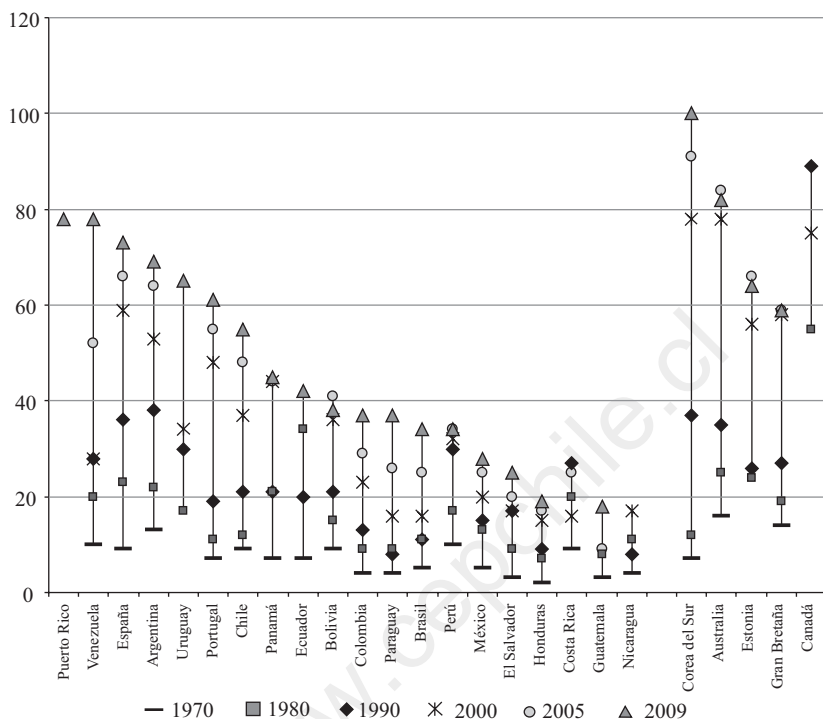
Fuente: Sobre la base de Unesco Institute for Statistics, *Compendio Mundial de Educación 2009* y *Compendio Mundial de Educación 2011*.

III

Si se considera las cifras desagregadamente, varios países superaron dicho umbral hace ya varios años. En esta situación se hallan España, Portugal, Cuba, Venezuela, Argentina, Uruguay y Chile, con tasas de participación superiores a 50%. Otros dos países —Panamá y Ecuador— es probable alcancen tasas similares de participación a finales de la presente década (Tabla N° 2). Permítanme anotar con fines comparativos que tasas ubicadas en la franja de 50% a 60% son hoy propias de países desarrollados, encontrándose allí Irlanda, Austria, Francia y Reino Unido, mientras Suiza está a punto de sumarse.

Me interesan estos procesos no sólo porque emergen con nitidez del *Informe* que comentamos sino porque tienen alcance mundial y representan un verdadero cambio de marea en la historia de la educación superior a nivel mundial. Según Schofer y Meyer, dos investigadores de los Estados Unidos que han dedicado años al estudio de estos fenómenos, ellos corresponderían al surgimiento de un nuevo tipo de sociedad

GRÁFICO N° 2: TASA BRUTA DE PARTICIPACIÓN EN EDUCACIÓN TERCIARIA POR PAÍS: EVOLUCIÓN AÑOS 1970-2009 (en porcentaje)



Fuente: Sobre la base de Unesco Institute for Statistics, *Compendio Mundial de Educación 2010* y *Compendio Mundial de la Educación 2011*.

y se vincularían a un conjunto de transformaciones sociopolíticas, culturales e institucionales³:

- (i) La democratización política y la difusión de los derechos humanos, incluyendo la idea de que el progreso se basa en la educación y que el acceso a ésta, en todos sus niveles, es un derecho universal;
- (ii) La cientificación y tecnificación de las sociedades, que desembocan en la noción de una sociedad global del conocimiento y la información, donde el capital científico, profesional y técnico juega un rol estratégico;

³ Véase Evan Schofer y John W. Meyer, "The World-Wide Expansion of Higher Education", 2005.

TABLA N° 2: MATRÍCULA DE EDUCACIÓN SUPERIOR: FEMENINA, PRIVADA Y TASA BRUTA DE PARTICIPACIÓN, 2008 (en porcentaje)

	Educación terciaria, cine 5 y 6, 2008				
	Matrícula total (000)	% mujeres	% matrícula privada	Tasa bruta de matrícula 2008	% mujeres
Argentina	2.288 ⁻¹	60 ⁻¹	27 ⁻¹	69 ⁻¹	84 ⁻¹
Bolivia	353 ^{-2*}	45 ⁻²	20 ^{*-2}	38 ^{-2*}	35 ^{*-2}
Brasil	6.115	57	74	34 ⁻¹	39 ⁻¹
Chile	805 ⁻¹	50 ⁻¹	78 ⁻¹	55 ⁻¹	56 ⁻¹
Colombia	1.570	51	44	37	38
Costa Rica
Cuba	971	61	na	118	149
Ecuador	535 ⁻¹	53 ⁻¹	35 ⁻¹	42 ⁻¹	45 ⁻¹
El Salvador	139 ⁻¹	55 ⁻¹	66 ⁻¹	25 ⁻¹	26 ⁻¹
Guatemala	234 ⁻²	51 ⁻²	49 ⁻²	18 ⁻²	18 ⁻²
Honduras	148 ^{*-1}	60 ^{*-1}	33 ^{*-1}	29 ^{*-1}	22 ^{*-1}
México	2.705	50	33	28	28
Nicaragua
Panamá	134 ⁻¹	60 ⁻¹	31 ⁻¹	45 ⁻¹	55 ⁻¹
Paraguay	236	58	67	37	43
Perú	952 ^{-3**}	51 ^{** -3}	54 ^{** -3}	34 ^{-3**}	36 ^{** -3}
Puerto Rico	228 ⁻¹	60 ⁻¹	...	78 ⁻¹	95 ⁻¹
Repúb. Dominicana
Uruguay	163 ⁻¹	63 ⁻¹	12 ⁻¹	65 ⁻¹	83 ⁻¹
Venezuela	2.123	62 ^{*-1}	29	78	99 ^{*-1}
España	1.801	54	12	73	82
Portugal	373	53	24	61	67
Australia	1.200	56	6	82	94
Canadá
Corea del Sur	3.219	39	80	100	82
Estonia	68 ⁻¹	62 ⁻¹	84 ⁻¹	64 ⁻¹	80 ⁻¹
Gran Bretaña	2.415	57	100	59	69
ALC	19.658 ^{**}	55 ^{**}	...	37 ^{**}	41 ^{**}
MND	164.582 ^{**}	51 ^{**}	...	27 ^{**}	28 ^{**}

n+/-: Los datos se refieren al año escolar o fiscal (financiero) n, años o períodos después/antes del año o período de referencia.

* Estimación Nacional.

** Estimación de la UIS.

na: No aplica.

...: Sin información.

Fuente: Sobre la base de Unesco Institute for Statistics, *Compendio Mundial de la Educación 2011*.

- (iii) La emergencia de lógicas de planeamiento nacional, cambio organizacional y transformación personal frente a un horizonte de crecimiento sin límite que sitúa al cambio —y no a la estabilidad— en el centro de las políticas sociales, y
- (iv) La aparición, en la arena internacional, de organismos e instituciones que promueven una agenda y discursos pro-educacionales, diseminando la idea de que el progreso de los pueblos, la competitividad de las economías, la movilidad y cohesión sociales y la suerte individual de las personas están indisolublemente ligadas a procesos de escolarización cada vez más prolongados y sofisticados.

Sin duda, varios de estos elementos están presentes en el debate sobre la educación superior que se halla en plena ebullición en la sociedad chilena.

IV

Por mi lado, quiero reflexionar sobre una consecuencia (¡y causa también!) de estos fenómenos de masificación y universalización cuya importancia me parece central para el futuro de los sistemas de educación terciaria.

Según ilustra bien nuestro *Informe*, tiende a producirse en estas circunstancias un espectacular crecimiento e intensa diferenciación —tanto horizontal como vertical— de la plataforma institucional que provee la educación superior masiva en fase de universalización.

A la luz de los datos proporcionados por los estudios nacionales, en Iberoamérica existirían hoy cuatro mil universidades (¡sí, cuatro mil!) y, adicionalmente, cerca de doce mil instituciones no universitarias de educación superior (Tabla N° 3). Sin entrar en detalles respecto de su distribución por países⁴, estas cifras contrastan incluso con las de los Estados Unidos, país que posee la enseñanza terciaria más descentralizada y mejor dotada de recursos, con una matrícula aproximada a la iberoamericana: hay allá, en efecto, 20,5 millones estudiantes repartidos

⁴ Véase José Joaquín Brunner (ed. y coord.) y Rocío Ferrada Hurtado (ed. adjunta), *Educación Superior en Iberoamérica: Informe 2011*, 2011, capítulo B, pp. 111-152.

TABLA N° 3: INSTITUCIONES DE EDUCACIÓN SUPERIOR POR SECTORES PÚBLICO Y PRIVADO Y SEGÚN NIVEL UNIVERSITARIO Y NO UNIVERSITARIO, AÑO 2010

	Universitario		No universitario	
	Público	Privado	Público	Privado
Argentina	55	60	917	1.175
Bolivia	17	68	313	
Brasil*	100	86	2.128	
Chile	16	44	117	
Colombia*	81	201	93	
Costa Rica	5	51	6	18
Cuba	67	na	...	na
Guatemala	1	12
Honduras	6	14
México*	872	1.701	19	
Nicaragua	6	48
Panamá	1	10	39	
Paraguay	15	72	48	118
Perú ^a	35	65	924	196
Puerto Rico ^a	6	43	2	335
República Dominicana	2	31	6	7
Uruguay*	1	14	11	2
Venezuela	33	25	42	70
España*	50	26	5.241	
Portugal ^b	59		87	

Datos del año 2009.

na: No aplica.

...: Sin información.

^a Distribución aproximada de las instituciones no universitarias según financiamiento público o privado.

^b Según distinción pública/privada se declara 46 y 100 instituciones respectivamente.

Fuente: Sobre la base de J. J. Brunner (ed. y coord.) y R. Ferrada (ed. adjunta) *Educación Superior en Iberoamérica: Informe 2011*, Informes Nacionales 2011.

en alrededor de 4.500 instituciones, de las cuales 2.800 son universidades y 1.700 son *colleges* que imparten programas de dos años de duración⁵. Podemos usar un ejemplo adicional de comparación: en la RP China había 23 millones de estudiantes terciarios en 2005, distribuidos

⁵ Para datos de los Estados Unidos véase Institute of Education Statistics, “Tables and Figures 2010”, Table 244 (Number of degree-granting institutions and enrollment in these institutions, by size, type, and control of institution: Fall 2009).

en alrededor de 2.400 instituciones, de las cuales 1.650 eran instituciones regulares, equivalentes a nuestras variopintas universidades⁶.

Si recordamos además que Iberoamérica tenía apenas 105 universidades en 1950 —y que la Asociación Europea de Universidades, con participación de 47 países, cuenta en la actualidad con sólo 850 universidades miembros⁷—, entonces nuestras abultadas cifras resultan, sin lugar a dudas, pasmosas. Parecen arrancadas de algunas páginas del realismo mágico; son difíciles de asimilar, por cierto, e introducen una suerte de ruptura radical con el concepto tradicional de universidad como institución selectiva, centro de excelencia, hogar de la alta cultura y sede de la *intelligentsia* académica, un grupo siempre minoritario y excelso según se percibe a sí mismo.

¿Acaso tales imágenes —que subentienden la formación superior como una actividad pública altamente concentrada del espíritu— son compatibles con la proliferación de centenares y miles de organizaciones que, en la actualidad, cumplen esencialmente funciones de entrenamiento técnico y profesional?

V

Efectivamente, el panorama que surge del *Informe* poco tiene que ver con aquel mundo más bien recoleto y colegial donde se desenvolvía la educación superior de elite, con sus pocas pero consistentes instituciones, su encumbrado valor social y sus ritmos lentos de maduración. En cambio, las universidades contemporáneas, como ha dicho alguien, han dejado de ser lugares tranquilos para enseñar, realizar trabajo aca-

⁶ “¿Qué tipos de instituciones de educación superior (IES) están proporcionando educación a estos 23 millones de estudiantes? En general, las IES son tan diversas como en la mayoría de los países europeos y norteamericanos. Universidades regulares, universidades técnicas, IES especializadas en agricultura, lenguas extranjeras o medicina, *colleges* vocacionales —por ejemplo, para la formación de profesores— y *colleges* especializados: toda la gama está representada, aunque de acuerdo con el informe de la Netherlands Education Support Office, Beijing, podrían identificarse tres grupos: 1.650 instituciones regulares de educación superior, 528 instituciones para adultos y 214 instituciones privadas de educación superior [Netherlands Education Support Office, Beijing, 2005, p. 8] (Uwe Brandenburg y Jiani Zhu, “Higher Education in China in the Light of Massification and Demographic Change: Lessons to Be Learned for Germany”, 2007).

⁷ Véase European University Association, 2011.

démico a un ritmo pausado y contemplar el universo como ocurría en siglos pasados⁸.

En Iberoamérica, por ejemplo, predominan ahora —en número, al menos— las instituciones privadas, tanto en la categoría de universidades como, especialmente, entre las instituciones no universitarias de educación superior. La matrícula pública, en tanto, supera marginalmente a la privada, aunque en América Latina se reparte por mitades. Lo cual significa que en varios países —entre los cuales se cuentan Chile, Brasil, El Salvador, Paraguay y Perú— la masificación ha tenido lugar principalmente por acción del sector privado. En otros casos, la expansión se ha producido básicamente en virtud del esfuerzo de los gobiernos y las instituciones estatales, como ocurre en Cuba, Bolivia, Uruguay y Argentina. Por último, en algunos países el impulso ha sido combinado, estatal y privado, según puede observarse en Guatemala, Colombia, Ecuador, Honduras, México, Panamá y Venezuela⁹.

Como resultado de estas dinámicas de *privatismo*¹⁰ y del crecimiento de la matrícula estatal con reducido gasto público, se multiplican sin contrapeso las instituciones puramente docentes en América Latina. Sin embargo éstas —a diferencia del ideal proclamado por el cardenal Newman, el de preparar a una clase dirigente consciente de su propio carisma social y cultural— actúan más bien como agencias de socialización, instrucción y certificación, produciendo personal técnico-profesional de manera crecientemente estandarizada y conforme a una secuencia bien organizada de actividades y entrenamientos.

En casi todos los países del área iberoamericana predomina este tipo de instituciones y no el modelo *humboldtiano* de universidad del saber, si bien este último comanda mayor prestigio y actúa como ideal para la fracción más consolidada de la profesión académica.

Un simple ejercicio, basado directamente en el *Informe*¹¹, permite apreciar que entre las casi cuatro mil universidades iberoamerica-

⁸ Skilbeck, 2001. Citado en José Joaquín Brunner, *Educación Superior en Chile: Instituciones, mercados y políticas gubernamentales 1967-2007*, 2008, p. 39.

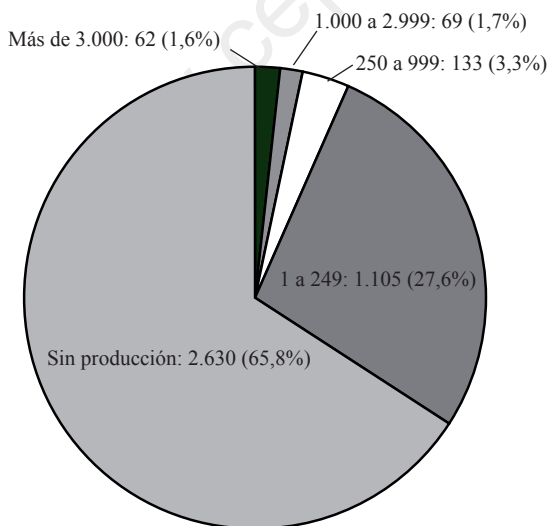
⁹ Los datos de base se encuentran en la Tabla N° 2.

¹⁰ Véase José Joaquín Brunner, *Educación Superior en Chile*, 2008, capítulo 6.

¹¹ Véase José Joaquín Brunner (ed. y coord.) y Rocío Ferrada (edta. adjunta) *Educación Superior en Iberoamérica: Informe 2011*, 2011.

nas (3.999), sólo 62 (menos de 2%) se aproximan a la noción de una *research university* por el volumen de su producción científica medida bibliométricamente; un segundo grupo, de tamaño similar (69 universidades), puede calificarse como compuesto por universidades *con* investigación; luego hay un tercer grupo, de 133 universidades (3,3% del total) que, con benevolencia, puede decirse se halla integrado por “universidades emergentes” a la investigación, las cuales publican cada una en promedio, durante un período de cinco años, entre 50 y 200 artículos anuales. En consecuencia, 93% de nuestras cuatro mil universidades debe clasificarse como instituciones puramente docentes, incluyendo entre ellas a un grupo de algo más de 1.100 universidades (28%) que tienen una actividad artesanal de investigación, publicando en promedio entre 1 y hasta 49,8 artículos anualmente durante el último lustro (Gráfico N° 3).

GRÁFICO N° 3: NÚMERO DE UNIVERSIDADES IBEROAMERICANAS Y PORCENTAJE POR CATEGORÍA SEGÚN SU PRODUCCIÓN CIENTÍFICA (ARTÍCULOS REGISTRADOS) DURANTE EL QUINQUENIO 2005-2009



Fuente: Sobre la base de Tabla N° 3 y de SCImago Institutions Rankings, *Ranking Iberoamericano SIR 2011*. Éste incluye 1.369 instituciones iberoamericanas de enseñanza superior, correspondiente a aquellas que han producido alguna comunicación científica durante el período 2005-2009, indexada en la base de datos Scopus.

Ahora bien, el hecho que en la época de la educación superior masiva y en vías de universalizarse la mayoría de estudiantes curse sus estudios superiores en institutos no universitarios y en universidades puramente docentes—públicas o privadas, da igual— no puede sorprender. Pues son estas instituciones —menos selectivas y, por ende, de menor prestigio académico y social y con un menor costo unitario por alumno— las únicas que están en condiciones de garantizar un acceso masivo, y eventualmente universal, para estudiantes provenientes de hogares con menor capital económico, social y cultural. A ellas debemos que se hayan abierto las puertas hasta ayer cerradas hacia la educación terciaria, permitiendo el ingreso de un contingente cada vez más grande de jóvenes y adultos al dominio del conocimiento profesional y técnico hasta ayer controlado por una minoría.

En breve, el panorama institucional de la educación superior está siendo transformado en profundidad y en variados aspectos por estos fenómenos de expansión y diferenciación.

Lo que molesta y alborota a veces a quienes se identifican con los ideales y valores de la universidad *humboldtiana* —aquella que se precia de ser la expresión ética e intelectual de un Estado cultural (*Kulturstaat*) por medio del libre cultivo de la formación (*Bildung*) y la investigación— es la pérdida del *aura* que rodeó a la educación superior al comienzo de los tiempos modernos. Igual como otras cosas hasta entonces consideradas sólidas y consagradas, también las universidades han visto esfumarse su prestigio tradicional bajo la marea de la masificación y con su progresiva desvinculación de las redes del poder, la riqueza y la influencia.

VI

Naturalmente, hubo quienes tempranamente reaccionaron frente a esta transformación, percibiéndola como una amenaza para el carácter desinteresado de la universidad o bien para las jerarquías sociales y el orden cultural.

Por ejemplo, Thorstein Veblen, uno de los padres de la sociología crítica, produjo en un famoso opúsculo de 1918, el primer ataque —lúcido e irónico— contra lo que hoy algunos denominan “capitalismo académico”; esto es, la comercialización y burocratización de la educa-

ción superior, con su secuela de rasgos mundanos, publicidad mercantil, predominio del pragmatismo, ánimo empresarial y afán de medir el trabajo académico reduciéndolo, decía él, “a una consistencia mecanicista, estadística, con patrones y unidades numéricas, lo que genera en todo momento un trabajo superficial y mediocre”¹².

Por su lado, el humanista alemán Ernst Robert Curtius proponía derechamente en esos mismos años que “la más apremiante reforma universitaria” debía consistir en volver a cerrar las puertas abiertas a las masas “y en dificultar el paso hacia la universidad”¹³.

Luego vendría Abraham Flexner, quien en los años 30 del siglo pasado reclamaba que las universidades modernas se estaban convirtiendo en muchas cosas a la vez: en escuelas secundarias, institutos vocacionales, facultades pedagógicas, centros de investigación, agencias de capacitación; “esto y mucho más, simultáneamente”, se quejaba. Las veía envueltas en “cosas absurdas” e inconducentes. Sin necesidad, decía, “se abaratan, vulgarizan y vuelven mecánicas”, perdiendo su antiguo “carácter orgánico”. Lo más grave de todo —diría Flexner— es que estaban llegando a ser una suerte de “estaciones de servicio para el público en general”¹⁴.

También en nuestro idioma castellano aparecían en esa época críticas a las insuficiencias de la universidad debidas, se esgrimía, a la precariedad del entorno cultural en que ellas se desenvolvían. Dos académicos chilenos, Yolando Pino y Roberto Munizaga, sugerían que el deterioro de la vida universitaria se debía en Chile a una “cierta actitud

¹² Thorstein Veblen, *The Higher Learning in America: A Memorandum on the Conduct of Universities by Business Men*, 1918, cap. VIII. Merece leerse el párrafo entero de donde proviene esta cita: “The underlying business-like presumption accordingly appears to be that learning is a merchantable commodity, to be produced on a piece-rate plan, rated, bought and sold by standard units, measured, counted and reduced to staple equivalence by impersonal, mechanical tests. In all its bearings the work is hereby reduced to a mechanistic, statistical consistency, with numerical standards and units; which conduces to perfunctory and mediocre work throughout, and acts to deter both students and teachers from a free pursuit of knowledge, as contrasted with the pursuit of academic credits. So far as this mechanistic system goes freely into effect it leads to a substitution of salesman like proficiency —a balancing of bargains in staple credits— in the place of scientific capacity and addiction to study”. Disponible en: <http://www.ditext.com/veblen/veb8.html>. Visitado el día 22 de diciembre de 2011

¹³ Ernst Robert Curtius, “La crisis universitaria”, 1933, p. 26.

¹⁴ Abraham Flexner, *Universities: American, English German*, 1930.

de vulgaridad espiritual que, ascendiendo desde los sectores sociales ordinarios, se refleja en la cultura de las clases dirigentes del país”. Estos grupos, con un concepto demasiado tosco de lo útil y un dinamismo sin consistencia, decían ellos, crean un ambiente hostil para el cultivo de las ciencias y para los científicos, los que empezaban a ser mirados —lamentan ellos— con una “mezcla de incomprensión, superioridad, conmiseración e ironía”¹⁵. Tal era la tensión que comenzaba a generarse en Chile, en las primeras décadas del siglo pasado, entre la república de la letras y la burguesía comercial.

VII

Es cierto: hubo también quienes, en los mismos años o más adelante, reaccionaron en sentido contrario, celebrando por ejemplo a la universidad docente y el potencial, incluso comercial, de la universidad multiuso y de la educación superior masiva.

Ortega y Gasset, sin ir más lejos, daba por misión central a la universidad no la investigación sino asegurar la enseñanza superior, profesional, del *hombre medio* y situarlo culturalmente a la altura de los tiempos. Resumía su propuesta así: “Hay que hacer del hombre medio un buen profesional. Junto al aprendizaje de la cultura, la universidad le enseñará, por los procedimientos intelectualmente más sobrios, inmediatos y eficaces, a ser un buen médico, un buen juez, un buen profesor de matemáticas o de historia”. En breve: la universidad debía ser, ante todo, “una institución docente”¹⁶.

Por su lado, Clark Kerr, en su libro sobre los *usos de la universidad* de 1963, publicado luego de haberse desempeñado él como rector de la Universidad de California, Berkeley, muestra que aun las mejores universidades públicas de investigación de los Estados Unidos estaban convirtiéndose en lo que denomina *multiversidades*. Es decir, esa suerte de “estaciones de servicio para todo público” que Flexner había denunciado treinta años antes. Según Kerr, empezaba a crearse un nuevo tipo de institución: “ni realmente privada ni pública en realidad”, escribía; “ni enteramente del mundo ni completamente aparte de él. Única, en verdad”.

¹⁵ Yolando Pino Saavedra y Roberto Munizaga, “En torno al problema universitario chileno”, 1933, pp. 122-123.

¹⁶ José Ortega y Gasset, *Misión de la Universidad*, [1930] 2007, pp. 53-56.

Describía a esta institución única como inconsistente, formada por múltiples comunidades, con fronteras borrosas y permeables, dispuesta a servir a la sociedad de manera casi servil al mismo tiempo que la critica a veces sin piedad; dedicada a la igualdad de oportunidades aunque internamente organizada como una estructura de clases; con intereses internos dispersos, incluso contradictorios; sin un alma sino con varias (no sabiendo a veces cuál salvar). Compuesta por numerosas partes y piezas que podían substraerse o adicionarse con escaso impacto sobre el todo, la multiversidad se asemejaría más a un mecanismo “unido por reglas administrativas y alimentado con dinero” que a una unidad orgánica¹⁷.

VIII

También en América Latina el panorama de la educación superior y sus instituciones que muestra el *Informe* se asemeja hoy más a aquellas ciudades aluvionales que de pronto aparecen en la región —improvisadas, irregulares, ruidosas, heterogéneas, inmaduras, donde conviven opulencia y pobreza, edificios de lujo junto a favelas, espíritu comercial y utopías anacrónicas, corrupción y burocratismo— que a una bien organizada *república de las letras* o a cualquiera otra entidad orgánica, rodeada de aura tradicional.

Es ahí, en medio de esas contradicciones, a partir de sistemas todavía no bien articulados, que florece una educación superior a ratos caótica, más próxima a los mercados que al templo, de espaldas a las tradiciones dentro de las cuales se generó la idea de la universidad moderna y el concepto de educación superior como vértice y culminación de los procesos formativos de las elites.

IX

En este contexto emerge últimamente una nueva metáfora: la de una universidad *posmoderna*, noción que convendría aplicar, más bien, a la educación superior en su conjunto. Frente a los sistemas universitarios modernos —con su triple origen británico, napoleónico y *humboldtiano*, los cuales encarnan simultáneamente una visión del Estado y una idea de la universidad expresadas por medio de una *gran*

¹⁷ Clark Kerr, *The Uses of the University*, [1963] 2001, pp. 1-14.

narrativa— aparece ahora la *universidad posmoderna*, institución multifacética cuya identidad se reduce, sin más, al nombre que encubre su vertiginosa diversidad. Y que, por lo mismo, no se halla sostenida ya por una idea, supuesto que Jaspers proclamó alguna vez como condición de posibilidad de la universidad alemana, al escribir: “Sólo quien porta la idea de la universidad en sí (*an sich*), puede pensar y actuar para ella”¹⁸.

Es justamente este supuesto —que existiría algo así como una esencia de la universidad en sí— el que naufragó en medio de la complejidad social, la diferenciación interna de las organizaciones universitarias y la diferenciación externa de los sistemas de educación terciaria producidos por su masificación y universalización¹⁹.

La institución universitaria ha perdido su centro —primero la facultad de teología, luego la de filosofía, después las de ciencias naturales— y debe responder ahora, más bien, a una variedad de partes interesadas (*stakeholders*), dentro y fuera de la institución. Produce masivamente personal certificado, con contenidos y métodos relativamente estandarizados. No controla ya la producción del conocimiento avanzado a la manera de un monopolio ilustrado. En su interior las especializaciones disciplinarias se conjugan con iniciativas inter y transdisciplinarias, dando lugar a una organización que ya en nada se asemeja a la agrupación de facultades de Kant. La investigación corre por canales separados de la enseñanza de pregrado, aunque la retórica de la administración académica sostenga otra cosa. En suma, por todas partes reinan la novedad y la confusión y los propios académicos se preguntan sobre el destino de su institución.

En cambio, la universidad *posmoderna* no sería más que una colección de diferencias, sin características esenciales propias ni unidad interna, según postula un autor²⁰. El carácter comunitario de la institu-

¹⁸ Karl Jaspers, K. Rossmann, “Die Idee der Universität”, p. 36. Citado en Jürgen Habermas, “La idea de la universidad: Procesos de aprendizaje”, 1987.

¹⁹ Sobre esto, véase Jürgen Habermas, “La idea de la universidad: Procesos de aprendizaje”, 1987.

²⁰ Véase Frank Webster, “The Postmodern University, Research and Media Studies”, 2010. Asimismo, véase Anthony Smith y Frank Webster (eds.), *The Postmodern University? Contested Visiones of Higher Education in Society*, 1997, especialmente los artículos de Zygmunt Bauman, Peter Scott y la conclusión de los editores.

ción, su gobierno colegial, la integración de los saberes, la interacción de docencia e investigación, todo esto estaría en vías de desaparecer o subsistiría exclusivamente en un pequeño número de instituciones. En su reemplazo aparecerían en el horizonte sistemas caracterizados por: una rápida masificación con costos unitarios relativamente bajos o decrecientes; una alta diferenciación y proliferación institucionales; un peso significativo y, en ocasiones, predominio cuantitativo de instituciones, matrículas y recursos privados; una mayoría de instituciones puramente docentes, y por el desvanecimiento de cualquiera idea (esencial) de universidad y de las (meta) narrativas que las acompañan. Restaría nada más que el nombre formal/legal de la institución, desprovisto de legitimidad tradicional y carismática.

Por el contrario, la universidad *posmoderna* sería típicamente heterogénea y los sistemas que la albergan una “colección de diferencias”, donde coexisten lado a lado multi, macro y microuiversidades; instituciones venerables por su antigüedad junto a otras advenedizas; universidades elitistas y masivas, cada una asumiendo una variedad de formas y funciones: presenciales, a distancia, remediales, de nicho, terapéuticas, confesionales, militantes, burocráticas, empresariales, alternativas, burguesas, multiculturales, regionales, metropolitanas...²¹. En el caso de Iberoamérica, la mayoría son de alcance local, algunas de carácter nacional, unas pocas poseen proyección a nivel regional, escasamente alguna podría llamarse propiamente internacional y ninguna es de *clase mundial*²².

X

El *Informe* que presentamos proporciona, creo yo, fundamento empírico y una serie de valiosos análisis nacionales que llevan a concluir que este tipo de sistemas estaría en pleno desarrollo dentro de la región; sobre todo a este lado del Atlántico. Da luces, además, sobre las

²¹ A propósito de estas cambiantes denominaciones, Watson dice: “Pienso que la ausencia de cualquiera idea clara de lo que hoy constituye una universidad se evidencia con la promiscuidad de invocaciones respecto de lo que las universidades son”. Frank Webster, “The Postmodern University, Research and Media Studies”, 2010, p. 10.

²² Véase José Joaquín Brunner, “Educación superior: Global y periférica”, 2012 (en prensa).

dinámicas que favorecen la aparición de estos sistemas y las políticas —activas o por omisión— que los impulsan o inhiben su desenvolvimiento.

A partir de aquí podemos indagar cuál es la mejor forma de gobernar y coordinar estos sistemas híbridos, impuros y diversos; cómo diseñar políticas que den cuenta de esta *colección de diferencias* institucionales sin favorecer un solo modelo único de universidad; qué conceptos, criterios e instrumentos emplear para el aseguramiento de la calidad frente a tal heterogeneidad institucional, y cuáles modalidades de financiamiento utilizar para garantizar la sustentabilidad —a mediano plazo— de estos sistemas que hace rato dejaron atrás el patrón elitista, incluso la fase masiva, para dirigirse atropelladamente hacia su universalización.

En fin, los datos ofrecidos por el *Informe*, así como las opiniones vertidas por los expertos nacionales, entregan valiosos antecedentes para profundizar esta exploración y renovar así la reflexión sobre cómo se organizarán —y qué papel desempeñarán en la sociedad y la cultura— las instituciones de educación superior durante el siglo XXI.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Brandenburg, Uwe y Jiani Zhu. "Higher Education in China in the Light of Massification and Demographic Change. Lessons to Be Learned for Germany". CHE Centrum für Hochschulentwicklung gGmbH Arbeitspapier Nr. 97, Oktober 2007, p. 22. Disponible en: <http://www.che-concept.de/cms/?getObject=349&getLang=de/>. Visitado el día 22 de diciembre de 2011.
- Brunner, José Joaquín. *Educación superior en Chile: Instituciones, mercados y políticas gubernamentales 1967-2007*. Santiago de Chile: Ediciones UDP, 2008.
- . "Educación superior: Global y periférica". En Francisco López-Segrera (ed.), *Internacionalización de la Educación Superior*. Colombia: Editorial Planeta 2012 (en prensa).
- Brunner, José Joaquín (ed. y coord.) y Rocío Ferrada (ed. adjunta). *Educación superior en Iberoamérica: Informe 2011*. Santiago de Chile: CINDARIL 2011.
- Burrage, Michael (ed.). *Martin Trow: Twentieth-Century Higher Education (Elite to Mass to Universal)*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2010.
- Curtius, Ernst Robert. "La crisis universitaria". En Yolando Pino Saavedra y Roberto Munizaga (comps.), *La crisis universitaria*. Santiago de Chile: Ediciones Extra, 1933.

- European University Association, 2001. Disponible en: <http://www.eua.be/eua-membership-and-services/Home.aspx/>. Visitado el día 22 de diciembre de 2011.
- Flexner, Abraham. *Universities: American, English German*. New York: Oxford University Press, 1930.
- Habermas, Jürgen. “La idea de la universidad: Procesos de aprendizaje”. *Sociológica*, Vol. 2, Nº 5, 1987.
- Kerr, Clark. *The Uses of the University*. Cambridge, Ma.: Harvard University Press [1963], 5ª edición 2001.
- Ortega y Gasset, José. *Misión de la universidad*. Madrid: Revista de Occidente en Alianza Editorial [1930] 2007.
- Pino Saavedra, Yolando y Roberto Munizaga, “En torno al problema universitario chileno”. En Yolando Pino Saavedra y Roberto Munizaga (comps.), *La crisis universitaria*. Santiago de Chile: Ediciones Extra, 1933.
- Schofer, Evan y John W. Meyer. “The World-Wide Expansion of Higher Education”. Center on Democracy, Development, and The Rule of Law. Stanford Institute on International Studies, Working Paper Number 32, January 20, 2005. Disponible en: http://cddrl.stanford.edu/publications/worldwide_expansion_of_higher_education_in_the_twentieth_century_the/. Visitado el día 22 de diciembre de 2011.
- Smith, Anthony y Frank Webster (eds.). *The Postmodern University? Contested Visiones of Higher Education in Society*. Buckingham: Society for Research into Higher Education & Open Society, 1997.
- Unesco, Institute of Education Statistics. *Compendio Mundial de Educación 2010*.
- *Global Educational Digest 2011*.
- *Compendio Mundial de Educación 2011*.
- Institute of Education Statistics. “Tables and Figures 2010”. Disponible en: http://nces.ed.gov/programs/digest/d10/tables/dt10_244.asp/. Visitado día 22 de diciembre de 2011.
- Veblen, Thorstein. *The Higher Learning in America: A Memorandum on the Conduct of Universities by Business Men*, 1918. Disponible en: <http://www.ditext.com/veblen/veb8.html>. Visitado el día 22 de diciembre de 2011.
- Webster, Frank. “The Postmodern University, Research and Media Studies”. *Canadian Journal of Media Studies*, Volume 7: June 2010 / juin 2010. Disponible en: <http://ejms.fims.uwo.ca/issues/07-01/Frank%20Webster.pdf>. Visitado el día 22 de diciembre de 2011.

**MÁS ACERCA DEL SISTEMA EDUCACIONAL
Y LA UNIVERSIDAD DE CHILE***

Enrique Barros

Universidad de Chile

Arturo Fontaine

Universidad de Chile

Resumen: En un país democrático el sistema educacional persigue una pluralidad de fines, no siempre fácilmente conciliables e irreductibles a uno sólo, tales como cobertura, calidad académica, equidad, diversidad e integración. Este ensayo aborda las distintas tensiones entre estos fines al interior del sistema educacional chileno, las dificultades de encontrar un balance entre éstos y plantea la necesidad de evaluar los diferentes instrumentos en función de ello. En este marco, se plantea la cuestión de la razón de ser de la Universidad de Chile. Los autores afirman que esta universidad, desde su origen, se dedica a la investigación y la docencia de exce-

ENRIQUE BARROS. Abogado, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y miembro del Consejo Directivo del Centro de Estudios Públicos (ebarros@bpc.cl).

ARTURO FONTAINE. Profesor del Departamento de Filosofía de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad de Chile y director del Centro de Estudios Públicos (afontaine@cepchile.cl).

* Versión ampliada del artículo que apareció en *El Mercurio* de Santiago el 11 de diciembre de 2011.

lencia y no está comprometida con una determinada manera de entender el bien en la vida humana. Por cierto que hay universidades privadas inspiradas en este mismo principio de pluralismo, pero podrían cambiar mañana su naturaleza u orientación. No así la Universidad de Chile. Por otra parte —sostienen los autores— la Universidad de Chile debe revisar su sistema de gobierno y redefinir así, como universidad estatal, su vinculación con la sociedad y el sistema político.

Palabras clave: educación chilena, diversidad, integración, pluralismo, financiamiento compartido, universidad, Universidad de Chile, gobierno universitario.

Recibido y aceptado: diciembre 2011.

MORE ABOUT THE EDUCATIONAL SYSTEM AND THE UNIVERSITY OF CHILE

Abstract: *In a democratic country the educational system seeks a variety of ends which cannot always be easily conciliated and reduced to a single one, such as coverage, academic excellence, equitableness, diversity and integration. This essay refers to the tensions among those ends within the Chilean educational system, the difficulties of striking a balance among them, and it deals about the need to assess the different instruments to achieve them. Within this framework, the question about the *raison d' être* of the University of Chile is addressed. The authors contend that since its inception this university has been a research and teaching institution, and it is not committed to a particular form of the good in human life. Of course there are private universities which are inspired by the same principle of pluralism, but they may change tomorrow their nature and orientation. This is not the case of the University of Chile. On the other side —the authors say— the University of Chile must re-examine its system of government and, as a State university, it must redefine its bonds to the society and to the political system.*

Keywords: *Chilean education; diversity, integration, pluralism, joint financing arrangements, university, Universidad de Chile, university government.*

Received and accepted: *December 2011.*

El sistema educacional, en un país libre y democrático, ha de perseguir una pluralidad de fines: cobertura, calidad, equidad, diversidad, integración, entre otros. Puede haber tensiones entre estos fines o bienes. Buena parte de los diálogos de sordos en materia de educación se explican por ignorar que no todo se puede lograr a la vez y en el mismo lugar.

La cobertura universitaria es un bien muy aplaudido. Pero la palabra “universitaria” se ha estirado para aprovechar su prestigio. Por eso, es tan equívoco hablar sin calificaciones de una expansión de la educación universitaria. Se está hablando de realidades muy distintas. No es necesario ser románticos para saber, bajo cualquier parámetro, qué es una buena universidad. Es la que se dedica en un cierto nivel de excelencia a la investigación y a la docencia en una pluralidad de disciplinas científicas, humanistas y profesionales.

La gratuidad espiritual y la excelencia académica en la universidad

La calidad en la educación tiene dos dimensiones: la calidad académica; y la formación de hábitos y la educación del carácter. La calidad académica importa, porque contribuye a que haya focos que potencien nuestra sensibilidad, inteligencia y conocimiento. Como país, nos debe importar que haya instituciones que iluminen el camino. La universidad en su sentido clásico es una institución de excelencia que está en las fronteras del conocimiento y de las humanidades. Y es bueno para la sociedad —no sólo para ellos mismos— que haya buenos médicos o matemáticos.

Los requisitos que exigen las mejores universidades, en todo el mundo, para seleccionar a sus alumnos no deben ser interpretados sólo como un premio al mérito individual. Ser admitido en la Católica o en la de Chile, por ejemplo, depende de notas escolares y del rendimiento en pruebas de admisión, que mucho deben al talento innato, a la cultura del hogar, a los hábitos de conducta y de pensamiento que haya entregado la escuela.

En nuestra mirada a veces puramente cuantitativa de la educación superior, se suele ignorar que la dedicación a la ciencia está caracterizada por una cierta gratuidad. La ciencia no persigue otro fin prima-

rio que comprender el mundo en que nacimos y moriremos, desentrañar sus relaciones.

“Maravillarse ante lo desconocido, y no la expectativa de beneficio que se pueda lograr gracias a los descubrimientos, es el primer principio que lleva a la humanidad al estudio de la filosofía, de esa ciencia que pretende revelar las ocultas conexiones que unen las diferentes apariencias de la naturaleza”.

El improbable autor de estas ideas es Adam Smith, el gran pensador de una economía movilizadora por los intercambios en un mercado abierto y sin posiciones de poder. Aunque dedicó parte de su vida a entender como operaban los intercambios económicos, le resultaba natural que la ciencia no fuera concebida como una mercancía. Smith llegó hasta los límites de su disciplina porque tenía claro que sus descubrimientos no perseguían otro fin que descubrir las complejas imbricaciones de la sociedad en que vivimos. Y por cierto que no podía prever las profundas consecuencias que produciría su forma de pensar (incluso en la biología).

Ningún país que se piense a sí mismo en serio puede renunciar a universidades de primer nivel, capaces de pensar nuevas rutas.

Los fines del sistema educativo son diversos y concurrentes

La equidad puede concebirse de diversas maneras. Un buen punto de partida es propender a que la calidad sea menos dependiente de la cuna. Si el talento natural se distribuye de manera semejante en los diversos estratos socioeconómicos, es injusto que quienes no tienen la suerte de tener padres educados o con dinero —y ambas cosas suelen ir juntas— no puedan ir progresivamente acortando las desventajas de origen.

A la equidad se opone una desigual calidad de la educación, que simplemente refleje y perpetúe las diferencias culturales de los hogares. Alguien podría querer incluso prohibir las escuelas y universidades privadas en aras del igualitarismo, por ejemplo. Pero este propósito es a costa de la diversidad y también de la calidad.

La diversidad, a su vez, reconoce en el plano institucional el pluralismo en lo religioso, filosófico, político o estético. De hecho, muchas de las mejores universidades privadas están orientadas por conceptos

fuertes en algunos de esos sentidos. Lo mismo ocurre, y de manera más acentuada, en la educación escolar. En términos kantianos, las distintas instituciones promueven diversas doctrinas del bien o de la felicidad, en la medida que “la moral no es una doctrina que nos enseña cómo hacernos felices, sino cómo hacernos dignos de la felicidad”. A la diversidad se opone la uniformidad educacional.

Si prima la tolerancia, el encuentro e interacción de personas heterogéneas, en la universidad o en la vida laboral, la experiencia de vida es más positiva, iluminadora y fértil. La integración apunta a que se eduquen juntos en el mismo establecimiento jóvenes de diversos estratos sociales y de distintas pertenencias culturales, religiosas y políticas. A la integración se opone la segregación.

El sistema escolar y el universitario pueden lograr estos bienes de manera más o menos equilibrada. Por ejemplo, en Chile parece haber bastante diversidad, pero mucha desigualdad en calidad; bastante cobertura, pero mucha segregación.

Un sistema puede ser muy desigual en resultados académicos y, además, segregado. Es lo que ocurre en el sistema escolar chileno. En buena medida, porque la sociedad es muy desigual y la ciudad misma está muy segregada. Pero también puede suceder que el sistema sea bastante integrado socialmente y, sin embargo, desigual. Esto parece ocurrir en Francia, por ejemplo, donde en promedio los resultados escolares dependen aún más del hogar que en Chile (PISA, 2009). Sistemas estatales y gratuitos no aseguran *per se* la integración ni la equidad.

El financiamiento compartido, por ejemplo, introducido como opción en el sistema escolar en 1993, siendo Ministro de Educación don Jorge Arrate, apunta a mejorar la calidad con aportes de los padres. También contribuye a la diversidad de proyectos educacionales. Cumple fines valiosos, aunque no esté dirigido a aumentar la integración.

Algunos incentivos pueden promover la integración. Por ejemplo, premiar económicamente a las universidades y a los colegios que acepten alumnos vulnerables. La subvención preferencial podría empujar las cosas en esa dirección (siempre que los padres sepan cuando la tienen). Sin embargo, si ese premio pasa de cierto umbral, resulta perjudicada la calidad.

Algunas críticas a nuestro sistema educacional —al financiamiento compartido y a la segregación— están en la línea de Bruce Ackerman (*Social Justice in a Liberal State*). Ackerman ve una fuerte

tensión entre el interés de los padres por que la educación externa refuerce la educación de la familia, y el de la sociedad por que los jóvenes definan sus propios ideales, reconociendo su libertad moral. Los padres, por así decirlo, quieren formar herederos y el estado, ciudadanos.

El supuesto es que sólo se puede educar ciudadanos con la actitud crítica característica de una sociedad democrática si los jóvenes conviven desde temprano con otros de distintas proveniencias sociales y económicas, con diversas visiones de mundo. Ello supondría prohibir tanto la educación particular pagada, como la particular subvencionada. Siguiendo la misma lógica no debiera haber universidades privadas. Se trata de una tesis que da importancia superior a la integración como fin del sistema educacional. Aunque ello signifique sacrificar otros bienes valiosos.

No ha sido el enfoque que ha predominado históricamente en Chile. El estado empezó a financiar escuelas y universidades privadas mucho antes de que hubiera nacido Milton Friedman, el gran promotor de los *vouchers* (J. L. Ossa, *Estudios Públicos* 106, 2007). Las subvenciones fueron introducidas para multiplicar los recursos en educación, pero también para dar cuenta del pluralismo, de la contienda entre católicos y laicos. Y para apoyar los esfuerzos educacionales de los franciscanos en la Araucanía, y de los alemanes en el Sur; y también para consolidar la educación femenina, por ejemplo.

La cuestión no es simple, porque no es obvia la elección entre diversidad e integración; ni entre calidad y cobertura. Acostumbramos poner acento en los instrumentos, pero quizás atendemos poco acerca de qué bienes o fines queremos conseguir y de qué manera un bien valioso puede resultar ignorado si la discusión se ideologiza. La regulación y orientación del sistema educacional debe hacerse cargo de una pluralidad de fines, buscando un balance adecuado.

Por ejemplo, todo indica que la explosiva expansión de la matrícula universitaria es un juego de máscaras, en que los más desprotegidos hacen como que estudian lo que no están en condiciones de aprender y algunas instituciones hacen como si fueran universidades de verdad. Atendidas las limitaciones de capital cultural de muchas familias chilenas y los actuales estándares de la enseñanza escolar, lo más razonable para dar un salto cualitativo, evitando esa ficción, es una educación técnica de calidad; no una educación que se dice universitaria, pero que terminará produciendo frustraciones.

La legislación de 1981 promovió que toda carrera se convirtiera en licenciatura; de cinco años, además. En razón de incentivos erróneos, recién ahora se están igualando los estudiantes de profesiones técnicas con la matrícula universitaria. Y universidades privadas de calidad, que persiguen fines no lucrativos, consistentes con la misión de una genuina universidad, son metidas en el mismo cambucho que las que ofrecen falsas ilusiones.

¿Por qué la Universidad de Chile?

Dado este marco, ¿por qué es necesaria la Universidad de Chile? Cuando el Estado la fundó a comienzos de la República, quiso asegurar la existencia de al menos una universidad nacional de excelencia, consagrada a la investigación y docencia. El Estado inspirado “por las más sanas y liberales ideas, ha encargado a la universidad, no sólo la enseñanza, sino el cultivo de la literatura y las ciencias...; que contribuyese al aumento y desarrollo de los conocimientos científicos, que no fuese sólo un instrumento pasivo, destinado exclusivamente a la transmisión de los conocimientos ya adquiridos...” (Andrés Bello, Discurso en el aniversario de la Universidad de Chile, 1848).

A diferencia de otras instituciones de la enseñanza superior que sólo se dedican a la docencia, la Universidad de Chile, desde su fundación, ha aspirado a ser una institución selectiva, consagrada a la enseñanza que se sustenta en la investigación. Eso supone hoy equipos académicos estables de alto nivel, escogidos por su mérito.

La experiencia internacional muestra que instituciones de esta naturaleza, si son privadas, no tienen fines de lucro y cuentan con un patrimonio que les ha sido donado por particulares; y si son instituciones estatales, su financiamiento proviene principalmente (pero no exclusivamente) del Estado. A unas y otras, el Estado hace aportes vía becas y recursos para la investigación.

Al destinar recursos a esos departamentos académicos, el país no sólo fortalece la investigación científica y humanística y, en general, las profesiones que se nutren de tales disciplinas matrices. Muy especialmente, éstas contribuyen a mejorar la educación en el país, porque sólo los profesores que aman y dominan su disciplina pueden enseñarla fructíferamente. Por eso, el desarrollo de las disciplinas básicas a nivel

universitario es el mejor camino para generalizar el expandir la calidad de la educación escolar y combatir la desigualdad.

La Universidad de Chile no está comprometida con una determinada manera de entender el bien en la vida humana. Por cierto que hay universidades privadas inspiradas en el mismo principio, pero podrían cambiar mañana su naturaleza u orientación. No así la Universidad de Chile. El Estado y la sociedad chilena tienen el deber de sustentar este proyecto universitario nacional.

Se trata de un espacio donde se puedan analizar y poner en cuestión las más diversas formas de vida; donde la diversidad no sólo es teoría, sino presencia real. En la Universidad de Chile el pluralismo se vive cotidianamente con toda naturalidad. Un profesor de la universidad puede tener las convicciones más diversas y, sin embargo, las transmite con completa libertad. La interacción intelectual y humana que eso permite es una oportunidad muy valiosa para sus estudiantes y profesores. En especial para sus muchos alumnos que estudiaron en colegios homogéneos. La Universidad de Chile representa los ideales de meritocracia y diversidad, que dan forma a una experiencia formativa que abre horizontes y amplía la visión de la vida; y ello es muy valioso en una sociedad tan segmentada como la chilena.

Pero para que haya integración no basta la mera yuxtaposición de estudiantes de diversos estratos socioeconómicos, y vertientes culturales, políticas y religiosas. Se requiere que en su interior primen prácticas enraizadas de comunicación mutua, de respeto por el otro, de análisis racional, de discusión informada y de espíritu de unidad en la pluralidad.

Muchos pueden temer que la Universidad de Chile tome el camino decadente de algunas universidades públicas hispanoamericanas. Por eso, la universidad debe cuidar que desde ella misma surjan propuestas de buen gobierno, que la acerquen a las mejores universidades públicas. El corporativismo, que subyace a su actual forma de gobierno, favorece la composición de los intereses particulares en un archipiélago de facultades e institutos (en incluso dentro de éstos). Además, dificulta las conexiones vitales de la universidad con la sociedad en que interactúa. Las universidades públicas más exitosas se han alejado de ese modelo, que ha resultado ruinoso en tantos lugares de nuestro continente. Que la Universidad de Chile sea pública exige una mayor participación de toda la sociedad chilena en el cuidado y cumplimiento de sus fines.

La educación escolar tiene en Chile más de socialización que de autocreación. En la Universidad de Chile el énfasis debe estar puesto un poco más en el examen y en la creación del yo. Para ello es necesario un contacto habitual con el pensamiento teórico, las obras de arte y las tradiciones intelectuales que impregnan la manera como sentimos, imaginamos y pensamos. Como contrapartida, se requiere un ambiente de trabajo estimulante y una adecuada retribución para sus académicos. Todo ello supone revisar su régimen de gobierno y, más profundamente, sus relaciones con la sociedad chilena.

Un estudio comparado realizado por uno de nosotros muestra que las más exitosas universidades públicas en tres continentes son gobernadas por un consejo directivo compuesto por académicos y por personalidades externas a la universidad, que tienen experiencia en gestión pública o empresarial. A ese órgano de composición plural corresponde definir la estrategia, para que la universidad cumpla su misión académica de excelencia, y designar y remover al rector. El gobierno universitario simplemente debe facilitar que esa peculiar forma de vida —la universitaria— florezca en un ambiente de creciente excelencia y libertad.

Las buenas universidades son comunidades de estudiantes y profesores dedicadas a la preparación profesional, pero también a la conversación intelectual libre, rigurosa e indagatoria. Son comunidades dedicadas a la exploración por la belleza y asombro de la exploración misma. En esas conversaciones, estudios y exploraciones se teje parte importante del futuro de nuestro país; como el de toda sociedad que quiera ser mejor. □

DAR LA PALABRA O DE LA INSOLVENCIA DEL YO*

Humberto Giannini

Universidad de Chile

Resumen: Toda comunicación real ocurre como un modo de vincularse de un sujeto a otro(s). Al sujeto que propone la vinculación lo llamaremos 'sujeto testimonial'. Y aunque en la mayoría de los casos este sujeto no está explícito, es justamente el significado de su acción lo que se comunica y aquello en virtud de lo cual los sujetos actuantes convergen hacia alguna referencia.

Se ponen como ejemplos las acciones comunicativas de prometer y dar la palabra, ambas con sujeto testimonial explícito.

Palabras clave: comunicación, sujeto testimonial, acción, significado, convergencia, referencia.

Recibido: junio 2011; **aceptado:** septiembre 2011.

HUMBERTO GIANNINI (1927). Premio Nacional de Ciencias Sociales y Humanidades (1999). Doctor Honoris Causa, París VIII. Profesor emérito de la Universidad de Chile (gianniniluz@mi.cl).

* Este texto es el resultado de la investigación desarrollada en el proyecto Fondecyt N° 1110811, actualmente en curso: "El horizonte ético-político del perdón y la promesa. Claves de una ética del conflicto". En el proyecto Fondecyt y en el trabajo actual participan como colaboradores los doctores Juan José Fuentes, Eva Hamamé y Nicole Gardella.

TO GIVE ONE'S WORD OR THE INSOLVENCY OF THE SELF

Abstract: *Every real communication happens as a way of linking a subject to another(s). We call 'testimonial subject' to that one who proposes the link. And though in most cases this subject is not explicit, it is precisely the meaning of his/her action what is communicated and whereby the acting subjects converge to some reference.*

We take as examples the communicative actions of promising and giving the word, both with explicit testimonial subjects.

Keywords: *communication, testimonial subject, action, meaning, convergence, reference.*

Received: June 2011; **accepted:** September 2011.

1. Comunicar es una acción

“**L**a filosofía es una de las formas más excelsas y difíciles de la comunicación; al menos por esto: porque toda cuestión filosófica está saturada, por decirlo así, de la omnipresencia de la palabra”¹ o, dicho de otro modo, porque solo con la palabra el ser humano puede tocar los grandes abismos en que parece sostenerse el ser del Universo, la vida y el mundo de la humanidad.

Hay, pues, una deuda de la filosofía con su propia sustancia expansiva: la comunicación; una deuda de reconocimiento, de revaloración. Lo que queremos decir como punto clave de este estudio, es que la comunicación no se identifica con una estructura semántico-sintáctica que pueda estudiarse en su ser propio en el ámbito cerrado de una ciencia: la lingüística, por ejemplo. ¿Por qué? Porque no es estructura ni mera referencia; porque esencialmente es actividad, *acción*. Y una acción connatural a la vida humana: aquella por la que el ser humano fue definido en el pasado no sólo como *zoon logon echon* o *animal que posee la palabra*; sino también como ‘animal histórico-social’ y, por lo que a nosotros concierne ahora, sobre todo, como ‘sujeto moral’.

Nuestra tarea primera tendrá que ser, entonces, delinear los caracteres propios de una acción en general, a fin de distinguirla, por una parte, de lo que se entiende hoy como ‘movimiento’ en el ámbito de la

¹ Humberto Giannini (1984).

vida mental, es decir como acto intencional, y por otra parte, para distinguirla también tanto de los movimientos reflejos de los seres animados que estudia la biología como de los movimientos mecánicos de los cuerpos inanimados.

Luego, cuando tratemos de la acción en su especificidad comunicativa, centraremos nuestra atención en el campo de lo que llamamos la ‘corp-oralidad² del lenguaje’. Hay una razón fundamental para hacer esta distinción, pues, aun cuando es cierto que sentarse a escribir y ponerse a escribir son genéricamente acciones, es evidente que desde el punto de vista específico de la comunicación son solo potencialmente acciones comunicativas. Y que no lo son realmente mientras no llegan, si es que llegan, al lector determinado o anónimo al que el escrito va dirigido o quien por azar lo recibe³.

El supuesto que nosotros manejamos es que el lenguaje corp-oral existe como fundamento de la vida asociada⁴; que su *actualidad* solo ocurre y circula en la interacción directa entre los seres humanos. Lo que significa con evidencia que en el escenario civil, en cada acción comunicativa real, *in actu*⁵, concurren un agente que pro-pone y un destinatario que responde, y que ambos se correlacionan en virtud de la acción que los vincula⁶. Es, pues, esta vinculación con el otro lo propio de la ‘acción comunicativa’. Y llamaremos ‘referencia’ al objeto implicado en virtud de tal acción transitiva⁷.

Para no perder de vista la extensión y límites de nuestro propósito, debemos habituarnos a desustantivar mentalmente el término ‘comuni-

² O, mejor, del lenguaje como ‘corp-oral’. Usamos esta expresión simplemente como apoyo para recordar que se trata de una acción en la que participan tanto el cuerpo significante como la ‘boca parlante (*orans*)’.

³ Por ejemplo: las obras del ‘Aristóteles perdido’ fueron en parte descubiertas varios siglos más tarde. Es posible imaginar que jamás hubiesen llegado a ser conocidas y que así nunca pudieran haber sido comunicadas ni difundidas.

⁴ De la interacción oral como fundamento de la vida cotidiana nos ha hablado Platón en la antigüedad, Condillac en el siglo XVIII, *çfr.*, *Essai sur l'origine des connaissances humaines* (citado por Derrida, 1990), y Lévinas (1987) en el siglo XX.

⁵ *In actu*: actual, que significa aquí también actuante.

⁶ Platón en la antigüedad hizo la primera defensa filosófica de la palabra hablada y del diálogo como formas esenciales de la actividad filosófica. En nuestros tiempos, Lévinas ha declarado que ‘el discurso es la plenitud de todo discurso’ (1987).

⁷ En términos gramaticales: al objeto (complemento) directo.

cación' y apuntar sin trámite a la acción de comunicar⁸; determinación que nos arrancará de antemano del plano de las estructuras abstractas, sin sujeto, volantes, como a las que se han adscrito con variado énfasis las diversas formulaciones del estructuralismo. *Comunicar es una acción*.

Este intento para mostrarlo arrastra, además, algunas implicaciones epistemológicas y éticas. La más importante: espanta el fantasma del solipsismo que ha estado rondando a la filosofía moderna (desde Descartes a Husserl). Aleja, por otra parte, del sensualismo lógico (Wittgenstein) que blindaba la experiencia contra realidades epistemológicas y éticas innegables.

El precio que se paga por esta liberación es admitir una situación paradójica inseparable de la acción comunicativa. Y la paradoja consiste en que este hecho de comunicar no puede limitarse, por principio a ser solo una acción. O más explícitamente: para ser una acción realizada —actual, entonces— debe ser *interacción*.

Si alguien decide en su fuero interno vender su casa, esta decisión no es todavía una acción sino un proyecto. Decíamos: 'solo un acto intencional'. Pero, desde el momento en que ofrece en venta su propiedad, está realizando una acción comunicativa, esto es, una interacción con otro sujeto.

Volviendo a lo nuestro, la acción actual de comunicar ocurre solo cuando existe otro sujeto que entiende el significado de mi propuesta o proposición, y responde a ella, incluso con el silencio. Así, la acción comunicativa instala un principio de dualidad: debemos contar con el otro. Volveremos sobre esto. Por ahora intentemos separar la acción comunicativa, por una parte, de la acción en general y, por otra parte, tanto de los actos psíquicos (intencionales) como de los movimientos físicos, que no son propiamente acciones.

2. Del acto a la acción

Para empezar nuestra tarea de deslinde entre 'acto de conciencia' (intencional) y 'acción', examinemos el vínculo íntimo, por cierto, entre un acto psíquico cualquiera —digamos, el deseo de algo— y una ac-

⁸ Con 'desustantivar' queremos dar a entender la disposición a devolver a la comunicación su función verbal, esto es, queremos invitar al lector a pensarla como acción (y no como una representación sustantivada de una acción), que solo cabe cumplir en primera persona singular (un yo) en el tiempo que le es presente (un *ahora*). Solo así es una acción comunicativa y no una representación de ella por un yo que se la está representando.

ción, no necesariamente comunicativa, que se ejecuta con el propósito de real-izar tal deseo. El acto denota un dirigir de cierta manera ‘la mirada interior’ a algo real, imaginario o meramente posible. Por ejemplo, a alguien a quien deseamos ver. Es evidente que este mero apuntar no cubre en absoluto la distancia real que me separa de la cosa deseada. Y esta es una de las razones por las que se le ha llamado ‘acto intencional’. Es decir, por el hecho de que a la cosa real deseada, en cuanto es solo mentalmente deseada, no le afecta en absoluto en su ser que un sujeto en su fuero interno la desee, la recuerde, la haya olvidado⁹, etc. Y definitivamente, no tendría por qué afectarla si ese deseo no intentara¹⁰, cuando se ha vuelto, llamémosle así, deseo-dolor¹¹, liberarse de sí mismo; es decir, si no clamara otro tipo de proximidad a las cosas a las que la conciencia, en sus actos intencionales, meramente apunta. Podría decirse incluso que este deseo es una suerte de clamor por la cosa misma. Así, atravesar el Amazonas para llegar hasta el ser deseado¹² no es ya un acto de conciencia sino una *iniciativa* que va apaciguando o absolviéndome de ese ‘deseo-dolor’ que tengo, en este caso, de llegar a ver a alguien. Detengámonos aquí.

¿Qué pasa cuando se pasa del acto a la acción? ¿Y cómo pasa? No es siempre tan fácil determinar el punto preciso del ‘salto’¹³. Sin embargo, es esencial determinar este ‘salto’, puesto que en él se nos revela el poder de iniciar algo *desde sí*, propio de la acción de un agente práctico.

Se suelen proponer diversas secuencias de aproximación para hacer reconocible, puntualmente identificable, el momento del tránsito desde el acto subjetivo de querer algo, a la acción por la que el ‘de-

⁹ No es tan claro que el acto no afecte al ‘objeto’ percibido cuando ‘lo percibido’ es otro sujeto: un sujeto que a su vez nos percibe.

¹⁰ El deseo de algo es, como decíamos, un acto intencional entre otros. Sin embargo, constituye uno de ‘los motivos’ más fuertes de ‘la salida hacia el mundo’ de la subjetividad (es lo apetecible lo que mueve el apetito, como decían en el Medioevo).

¹¹ Llamamos deseo-dolor a esa clase de deseo que urge por su satisfacción al punto de hacerse insoportable.

¹² O una secuencia de acciones. Atravesadas por un mismo propósito, esto es, todas ellas guiadas por un solo proyecto, por un solo final, *v.gr.* volver a ver a quien estoy deseando reencontrar.

¹³ La expresión ‘salto’ es de Kierkegaard (1956), p. 104.

seo' —hecho interior— rompe el misterioso cerco de la subjetividad e 'irrumpe' en pos de aquello que quiere, como el Segismundo de Calderón (Calderón de la Barca, *La vida es sueño*, jornada III, escena II, 1950).

En este intento de aprehensión teórica del 'fenómeno', la psicología o la filosofía tradicionales suelen llegar, por un recorrido subterráneo hasta algún 'movimiento' interior considerado como límite definitivo de esa moción, por ejemplo: el de la resolución, última parada interior, *al parecer*, antes del 'salto' resolutivo.

Sabemos, sin embargo, que una resolución ya tomada puede aferrarse todavía al tiempo interior de la conciencia; que es una 'estación' en la que siempre cabe quedarse y esperar todavía otro tren, una resolución que suele debilitarse o venírse nos por tierra justamente cuando estábamos a punto de atravesar el abismo¹⁴.

Al parecer, en este tránsito, que a veces se asemeja a un parto, consiste la acción humana: en trascender, en hacer real el querer, el proyecto, articulándolo definitivamente a las vicisitudes del mundo. Paul Ricoeur ha abordado con sumo rigor el estado actual del problema (Ricoeur, 1986).

3. El 'desde sí'

En nuestros tiempos, Arendt (2003) lo ha subrayado con energía: la acción es un verdadero inicio. Y lo es en cuanto inaugura no solo una nueva serie de secuencias causales¹⁵, sino también una nueva serie de contingencias y por último una nueva serie de casualidades. Lo que importa destacar ahora es que con la acción se inicia siempre algo nuevo en el mundo humano. Es en virtud de la acción que a su agente lo llamamos 'sujeto humano'. Aquel ente que se mueve *desde sí*.

Pero, ¿qué significa 'desde sí'? ¿Significará, acaso, una fuerza que se dispara, sin otra condición que la de no ser consecuencia y efecto de una fuerza externa/anterior? El agente que se mueve *desde sí*, ¿es, entonces, agente ciego, sin rumbo en su movimiento, sin sentido? ¿Uno que cuando se mueve no se dirige a mover o remover nada?

¹⁴ 'Del dicho al hecho hay mucho trecho', suele recordarnos la sabiduría popular.

¹⁵ *Cfr.* Humberto Giannini (2007), cap. XIII.

Una respuesta afirmativa resulta totalmente insatisfactoria apenas la examinamos desde el ámbito de la acción comunicativa, pero, sobre todo, desde la experiencia moral.

La espontaneidad del *desde sí* no es arbitraria, ‘voluntariosa’, ni gratuita. El *desde sí* es el origen de un movimiento que ya se experimenta y se proyecta al mundo como deseo de lo otro, de lo deseable.

En caso de que no supiera hacia qué ni hacia dónde se mueve, ¿cómo podría ser *desde sí*? ¿Y cómo podría ser este un sujeto susceptible de determinaciones éticas?

Volvamos ahora a lo que veíamos hace un momento: es posible que por el mero acto de desear ni siquiera se tome la resolución de alcanzar aquello que se desea. Recién empieza a configurarse como proyecto cuando ese acto en cierto modo transmite su urgencia a la sensibilidad del cuerpo y la despierta para el mundo. Es a partir de esta suerte de ‘contagio’ que el ser apetente rompe el cerco, por así decirlo, de la subjetividad y, como nauta inexperto, empieza a tantear la espacialidad del mundo y a actuar sobre lo que este mundo le presenta ‘a distancia’. A nuestro parecer, no era impropia la concepción aristotélica de causa final en contraposición a la causalidad mecánica. El *desde sí* es sujeto porque al moverse ya es proyecto de ser, es dirección a lo otro, apetito de lo otro. En definitiva: es a este ‘móvil’ que pretendió hacer eso que *ahora* está haciendo, esto es, ir *desde sí* hacia algo diverso de sí; es a tal ente que llamamos un móvil que actúa, un sujeto.

Podemos decir finalmente que es por este acto unitario que sabe y propende hacia eso que *ahora* está haciendo en el mundo, que el sujeto actuante se experimenta como fuente y proyección de sí y del movimiento que lleva a cabo; que se experimenta como unidad de ser. Éticamente, como responsable.

Este es el supuesto de la vida comunitaria en cuanto tal. Supuesto ontológico, pero ético a la vez, que permite tratarnos unos a otros como sujetos y aquilatar en cada situación el valor de nuestras acciones¹⁶.

Para comprender a fondo este supuesto, la concepción pragmática del lenguaje ha sido sustancial. Y en este sentido, ha representado una de las grandes innovaciones del pensamiento contemporáneo, que inicia Reinach —y por otras vías, Austin y Searle—. Esta concepción

¹⁶ Según este supuesto lo bueno y lo malo son categorías de la acción y solo analógicamente de las operaciones de los instrumentos y enseres.

pragmática del lenguaje establece que el decir es actuar. Y que esta acción involucra necesariamente una relación al otro. Permitted, además, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, el reencuentro entre posiciones filosóficas tradicionalmente contrapuestas: la fenomenología y el pragmatismo anglosajón (D'Agostini, 2000).

Pero ha faltado, sin embargo, un impulso sostenido que radicalice las consecuencias que cabe derivar de esta nueva concepción del lenguaje, sobre todo, en el plano de la reflexión ética.

4. La comunicación es acción vinculante de un desde sí a otro desde sí

El lenguaje corp-oral es acción. Este es el núcleo de nuestro punto de partida. Ahora, en cuanto acción comunicativa —nuestro tema específico—, no habrá que perder de vista su rasgo diferencial: ser la iniciativa por la cual un sujeto actual —el que habla *ahora*¹⁷— *se vincula, mediante la palabra, a otro sujeto*, a fin de converger hacia alguna cosa del mundo común.

Bien puede haber acción¹⁸ sin experiencia del otro, pero no puede haber acción *comunicativa* sin experiencia del otro. Ahora bien, tampoco puede haber experiencia del otro sin que esta sea bajo la forma de una interacción comunicativa. Es solo en este sentido que tenemos derecho a hablar de ‘una experiencia real del otro’. La que no cabe explicar por medio de conceptos u operaciones intelectuales: al otro lo experimento directamente como otro ‘*desde sí*’, en el instante en que nos encontramos en la mirada mutua¹⁹. La experiencia del otro propia de la comunicación es, como lo hemos sostenido en otro lugar (Giannini, 2007), *sui generis*, inconmensurable con aquella por la que llegamos a conocer los objetos.

¹⁷ Sobre el término ‘actual’ hay que insistir en que se trata siempre del sujeto (ontológico) que en ‘este momento mismo’ se está expresando.

¹⁸ Quizá esta acción meramente individual sea mejor nombrada bajo el concepto de ‘conducta’.

¹⁹ “Si a tu ojo le dijeras como si se tratara de un ser humano: ‘mírate a ti mismo’. ¿Qué crees tú que se le estaría aconsejando? ¿No se le aconsejaría acaso mirar hacia eso mismo en que, al mirarlo, el ojo logra verse a sí mismo? Evidentemente, contesta el joven—. Es solo mirando otros ojos y lo que hay de más excelente en ellos —la pupila en que se ven a sí mismos—, entonces, que podrán conocerse a sí mismos” (Platón, *Alcibiades*, p. 16). Una de las tantas imágenes platónicas acerca del conocimiento de sí a través del otro.

Dicho del modo circular en el que únicamente puede decirse: en la experiencia que se tiene del otro, quien está ante mí es, por lo mismo, aquel ante quien yo estoy como ante otro que me está percibiendo cuando lo percibo. Percibir al otro es ya comunicarse con él en una relación de absoluta reciprocidad y actualidad.

Es en virtud de esta experiencia de reciprocidad ontológica, anterior tal vez a la experiencia de los objetos y fenómenos del mundo, que entramos en el territorio de la interacción comunicativa y también en el territorio de la experiencia moral

Hay que decir por último que la tarea de destacar la importancia de la acción comunicativa, en cuanto acción, es algo sumamente dificultoso, puesto que es aquello que, en general, se omite en el concreto trato comunicativo. Hay varios motivos que explican este silencio, pero ninguno nos parece suficiente para silenciar una reflexión filosófica sobre ellos.

Los motivos. El primero: ante un imprevisto, ante un peligro inminente, las miradas suelen volverse sobre los objetos, las cosas, los fenómenos que se nos vienen encima, y no sobre el vínculo que un sujeto cualquiera entabla con nosotros para advertirnos (¡fuego!). Es obvio que lo que se quiere hacer es poner en guardia contra el peligro y que es en virtud de esa intención que atendemos solo a la urgencia ‘objetiva’, de ‘lo que se dice’, esto es, directamente a la eventualidad que está en juego cada vez.

Un segundo motivo: hay situaciones (descritas por los enunciados) que no parecen tener necesidad de que alguien ‘sostenga’ la actualidad de su verdad. Por ejemplo: lo que se sabe de la regularidad física del mundo, de la necesidad de los principios, lo que se dice de la obligatoriedad moral, que parece justificarse por su propio sentido ético, ‘universalmente válido’. Lo con-sabido, lo rutinario²⁰.

Solo parece salvarse de la obviedad de ser siempre así, lo contingente, lo que estamos llamados a negar o a afirmar desde nuestra propia contingencia y desde una temporalidad que estamos obligados a declarar y a asumir como testimonios.

En otros escritos hemos examinado diversos aspectos de la actualidad comunicativa. Ahora nos interesa destacar el hecho de que sea

²⁰ Lo que según Heidegger repetimos, y volvemos a repetir, simplemente porque ‘se dice’.

en esta actividad cotidiana donde el ser humano alcanza también la experiencia originaria de su dignidad.

Es en el mundo donde nos encontramos con los otros. No existe otro lugar de encuentro. Pero, a su vez, este mundo común —de los encuentros y desencuentros cotidianos— tiene actualidad y presencia solo en virtud de la acción comunicativa. Dirigirse con la palabra a otro ser humano es, también y necesariamente, abrir o rescatar una relación con el mundo en el instante mismo en que se habla; rescatar algo del ser, algo sumergido por horas o por siglos en el olvido. En virtud de la comunicación, no somos en el mundo sino que nos citamos en él.

5. Dar la palabra

Importa, ahora de un modo decisivo, recordar lo que decíamos antes: que cuando hablamos de acciones como ‘prometer’, ‘prohibir’, ‘ordenar’, el sujeto actuante, por el hecho de declararlo, hace lo que está diciendo; esto es, al decir ‘te prometo’, ya ha prometido; al decir ‘te prohibo’ ya ha prohibido algo. Tal es su acción. Y a la cual responde con alguna acción correlativa el sujeto al que fue dirigida la promesa o la prohibición²¹.

No cabe afirmar, entonces, que son ‘meras palabras’ aquellas por las que un sujeto queda vinculado a otro. O mejor, hay que afirmar que son meras palabras solo para quien las ha expresado sin el propósito de cumplir lo que ha prometido, o sin querer entregar en el futuro aquello sobre lo cual ha dado ‘su palabra’.

Es decir, salvo que lo que proponga un sujeto sean para él meras palabras, en eso que propone, al decirlo con integridad, se declara portavoz de sí mismo respecto de la vinculación que propone al otro sujeto.

Queremos llegar a este punto: afirmar que en cada acción comunicativa el sujeto que tiene *ahora* la palabra, al hablar y por el hecho de hablar, no solo se declara portador de alguna verdad —pequeña o grande— que ahora descubre, rescata y expone (por ejemplo, cuando enuncia cualquier cosa), sino que —y es lo que ahora nos importa destacar— en todas sus expresiones, en cualquiera de ellas, se declara portavoz de sí mismo, portavoz de lo que realmente está siendo y pretendiendo hacer en la actual vinculación que *ahora* abre hacia otro suje-

²¹ Bajo el supuesto que haya percibido la acción a él dirigida.

to. En otros términos: que la suya es una suerte de presentación de sí y no una re-presentación descomprometida o distractora que exhibe para ocultarse.

Es lícito afirmar, entonces, que quien habla se vuelve testimonio de sí. Y que, por lo mismo, y en todo momento, este acontecimiento de ex-ponerse en la palabra, es también inmediata ocasión de que cada cual use su condición testimonial para sus propios fines, y pueda convertirse también, entonces, en un falso testimonio. Por eso, el cuidado de no falsificar la propia presencia en el encuentro con el prójimo resulta ser un principio inseparable de la autenticidad y de la dignidad humanas. Por otra parte, el falso testimonio que da un sujeto de sí deja al otro ‘fuera’ de una comunidad de la que se creía partícipe. Y en esto consiste el sentimiento de la dignidad lesionada, propio de la ofensa. Ambas experiencias —la de la dignidad y la de la ofensa— están a la base del encuentro con el otro, esto es, de la experiencia moral.

6. Dar la palabra, prometer y jurar: Ser testimonio

Hemos llamado al sujeto ontológico de toda comunicación ‘testimonio de sí’, esto es, garante del vínculo que propone a otro sujeto.

Ahora bien, respecto de lo que se dice, ¿qué fuerza de convicción diversa de la palabra que se da o de la promesa que se hace, agrega el juramento?

A causa de la paulatina secularización del lenguaje, el juramento ha llegado a ser como la estatua de algún dios antiguo, ‘un monumento’ severamente trunco y dañado por el tiempo. Sin embargo, en nuestro uso banalizado de la palabra, fuera del énfasis que se puede poner al pronunciar el juramento, no parece diferir de los pocos modos de dar explícita y manifiestamente testimonio de lo que decimos.

Ciertamente, el juramento dijo más y fue más en el pasado que todas nuestras expresiones actuales. Por ello Émile Benveniste (1983, p. 304) lo presenta como una ordalía, esto es, un rito en el que le iba la vida al sujeto juramentado.

Sabemos que se llamaba ‘testigo’ (*martyr*, en griego), a quien, habiendo presenciado algo, no puede ya negarlo sin negarse a sí mismo. De esta manera el testigo se hace rehén de la verdad que ha experimentado, hasta el punto de inmolar la vida por ello²².

²² Sobre el martirio, E. Castelli, “Introduzione”, 1972, pp. 23-30.

Pero nosotros ahora queremos referirnos no al testimonio de lo que se ve o se escucha en el mundo, sino al testimonio de lo que somos verdaderamente en nuestra vinculación con los otros, al testimonio de nuestra propia veracidad.

Adelantemos un tropiezo no menor: una cosa es ser veraz, y otra más difícil de justificar es la de ser nosotros mismos garantía de esa veracidad. El medioevo sospechaba también de esta total autonomía ética del sujeto profundo (*Diabolus intus agit*).

Examinado en su perspectiva histórica, el jurar fue una acción comunicativa que, al menos en su origen cristiano, tuvo el carácter de una ceremonia ritual. Y suponía tres actores: El primero es quien decía ‘juro’ y, al hacerlo, por esta acción de jurar invocaba la presencia de Dios, él mismo testigo interior del testimonio que da de sí un ser humano mediante el juramento. La otra presencia entonces era la de Dios, que además, era el Juez ejecutor del castigo en el caso de un falso testimonio. El tercer participante era, se comprende, el destinatario del juramento.

Pero en nuestros días, no es grande la diferencia que guarda el juramento con expresiones tales como ‘dar la palabra’ y ‘prometer’²³. A estas últimas dedicaremos ahora nuestra atención.

Volvamos, por un momento, al punto de partida:

Toda acción comunicativa es un vínculo pro-puesto por el sujeto que ‘tiene la palabra’, al sujeto a quien va dirigida. Es a este primer sujeto que ‘tiene la palabra’ al que llamamos ‘sujeto testimonial’ para diferenciarlo del sujeto gramatical interno a la referencia²⁴.

¿Qué acción cumple quien ‘da su palabra’ a propósito de algo que ha dicho?²⁵ Ante todo, ¿se puede ‘dar algo’ que por principio se

²³ Independiente del sentido solemne que tiene en instituciones como el Ejército o la masonería, en la cultura popular sobrevive la costumbre de enlazar el índice con el pulgar de la mano derecha, formando una especie de cruz que el sujeto que jura besa en señal de estarlo haciendo ante el testimonio de Dios.

²⁴ En una estructura gramatical puede faltar el sujeto (en los verbos impersonales, por ejemplo); pero jamás, explícita o implícitamente, el sujeto testimonial. Así, el enunciado ‘Está lloviendo’—que no parece tener sujeto gramatical—descansa también en un sujeto testimonial que lo enuncia.

²⁵ ‘Dar’, ‘ceder la palabra’, es un precepto básico de la reciprocidad en el trato entre iguales. Nosotros no nos referiremos aquí a tal precepto, sino al hecho de que el mismo sujeto que tiene la palabra suele ‘darla’ a otro, en garantía de lo que dice.

vuela de los labios, ‘se esfuma’ y no permanece para nadie? (Ricoeur, 1986).

Habría que detenerse en esta caracterización de la palabra oral como volátil. Digamos por el momento que parece legítimo el asignarle tal condición solo en cuanto fenómeno acústico. En cambio, el verbo, la palabra, que preside cualquier comunicación oral, no es un fenómeno, ni menos, representación o idea de un fenómeno; es la acción de un sujeto singular, y como tal se prolonga narrativamente mediante el vínculo que crea²⁶. Pero, es claro, ella no afecta directamente a cosa alguna del mundo. Su sentido²⁷ es pro-poner a otro sujeto un modo de converger unánime hacia algo. Es, por tanto, un envío vinculante de un ‘desde sí’ *ante* otro ‘desde sí’. De esta manera, lo propio de la acción comunicativa es la correlación y no la fugacidad. Porque no hay ningún modo de ser ‘presente’ ante otro sujeto que no sea en virtud de la palabra actuando²⁸ como verbo; concretamente, como la acción de un sujeto ante otro sujeto.

Es a la integridad de la entrega de sí en la vinculación que se propone al otro, es a la fiabilidad en ‘la palabra que se da’, a la que suele asignársele el nombre de ‘veracidad’: ‘Veraz’ es quien *es* tal como se ex-pone en lo que expone. Y este es el punto difícil de verificar intersubjetivamente.

Como lo han reconocido muchos filósofos, con este término se delimita una categoría exclusivamente ética²⁹. Quisiéramos adherir a este criterio, pero no para reducir su importancia a una consideración parcial y subjetiva —la de la veracidad de cada cual en cada caso—, sino precisamente para transformarlo en un criterio general de la intercomunicación: *la veracidad es una categoría de la comunicación*. Y es allí y solo allí donde se deja percibir. Por esta misma razón, el tema de la veracidad ha sido un problema insoluble para el subjetivismo moderno.

El razonamiento modelo del subjetivismo moderno —el cartesiano— parte con el intento de desplegar una duda radical³⁰: Duda de la

²⁶ Narrativamente, no por relación causal; también la acción se antecede a sí misma, pero no causalmente.

²⁷ Es lo que llamaremos su ‘intención abierta, declarada’: su sentido común.

²⁸ U otro significante corp-oral: un gesto, una mirada, etc.

²⁹ Y no epistemológica (Hume, Leibniz, y en tiempos más recientes, Jaspers).

³⁰ Así lo muestra con nitidez y patetismo la primera de las *Meditaciones metafísicas* de Descartes.

existencia de las cosas, del prójimo, de Dios, de sí mismo. Como sabemos, tal radicalidad se revela impracticable: no puedo dudar del hecho de que mientras estoy ejerciendo la duda, pienso; y entonces tampoco dudar de que, al menos mientras pienso, soy un ser pensante (*res cogitans*). A partir de esta certeza, y en contraste con ella, las cosas del mundo, el prójimo, Dios, se vuelven fantasmas meramente pensados por mí. Este es, en síntesis, el argumento. Como lo ha dramatizado Castelli, el problema es “que una vez que se entra en el laberinto de la conciencia, ya no es posible salir de él” (Enrico Castelli, 1956): el solipsismo como trágico destino del pensamiento subjetivista.

¿Cómo saber con evidencia cartesiana que a mis percepciones, a mis recuerdos, a mis deseos, corresponden entidades independientes de mi pensamiento? ¿Cómo saber con evidencia cartesiana que existen los otros? El filósofo francés se ve obligado a una suerte de malabarismo teológico en el intento de reponer la realidad del mundo de la *res extensa*. Pero la comunicación del pensamiento de un sujeto cogitante a otro³¹ sigue resultando un problema teóricamente insoluble porque no hay duda de que quien piensa y comunica algo a otro ser humano debe tener por evidente que existe aquel que lo escucha y tener por cierto, además, que su interlocutor es capaz de comprender en su propia intimidad, *in auditu cordis*, la palabra que el sujeto hablante le dice.

Tal es el supuesto irreductible por el que es ‘alimentada’ la comunicación, y es en tal convencimiento que me propongo comunicarle a otro lo que estoy diciendo, y por ello soy éticamente responsable de lo que digo. En pocas palabras, la confiabilidad del vínculo que establece un ser humano con otros, queda entregada a la palabra que se da y a la palabra que se recibe.

Por este motivo preferimos llamar sujeto testimonial al sujeto hablante, en el sentido de que es por medio de su acción comunicativa, cuando se hace explícita, que el sujeto testimonial quiere ex-ponerse en su verdadero ser ante el otro. O como diría el medioevo: por cuanto el *verbum exterius* que pronuncia el sujeto testimonia el *verbum cordis* o *verbum interius* que lo sostiene y fundamenta.

Para concluir este punto, ‘veracidad’ remite a una cualidad del sujeto veraz. ‘Testimonio’, en cambio, mueve a completar su sentido: se es testimonio ante otro sujeto, y de algo que ‘actualmente’ parece ser accesible a quien lo dice y no a quien lo escucha.

³¹ De Descartes a sus lectores, por ejemplo.

Pero tal vez esto no baste para asegurar al otro sujeto que las cosas son verdaderamente así: que el verbo exterior por el que nos presentamos exprese el *verbum cordis* que somos, que sea portavoz y expresión íntegra de él. Y eso es lo que pretende garantizar un sujeto cuando da explícitamente su palabra: que su palabra ‘dada’ tiene un valor de garantía en el tiempo, que no es un fenómeno fugaz, volátil, como el *flatus vocis* de los nominalistas.

7. Promesa y testimonio

En nuestros días, es la promesa el término más socorrido para garantizar de alguna manera una vinculación firme o, al menos, confiable entre los sujetos.

¿Qué es la promesa? Según su estructura prometer pertenece al grupo de las acciones que estamos examinando: aquellas cuyo cumplimiento como acción vinculante ocurre en el mismo momento en que el sujeto dice lo que dice, en este caso, ‘te prometo’³².

Como ya tuvimos ocasión de precisar antes, el rasgo más propio de estas acciones comunicativas es, primero, su doble actualidad: temporal y performativa; luego, su carácter testimonial, y finalmente, su fuerza vinculante, rasgos que siempre se dan simultáneamente.

Pero otra cosa es el cumplimiento objetivo de lo ya prometido, la consumación en el mundo de lo que se debiera cumplir. Tal realización fáctica ocurre, siempre que ocurra, en un tiempo futuro convenido o meramente prudencial. Cabe insistir aquí que la acción comunicativa por su naturaleza de ‘estar ocurriendo’, de ser un presente —en el sentido más puntual posible—, desplaza toda referencia a una temporalidad hacia atrás o hacia delante de la acción. En otros términos: la acción comunicativa se da siempre en el tiempo presente del sujeto que habla. Esta diferencia entre lo estructural y lo fáctico, que no siempre se tiene en cuenta, es esencial para ratificar el carácter propio y universal de las acciones comunicativas.

En el prometer, se comprende, no puede haber testimonio simultáneo al cumplimiento fáctico de lo que se promete, puesto que el testi-

³² ‘Prometer’ pertenece a una familia de acciones comunicativas cuyo cumplimiento factual se fija en el futuro. A esta familia pertenecen también acciones como advertir, amenazar, vaticinar, etc.

monio consiste en remitir a una experiencia actual³³, y el cumplimiento fáctico de la promesa es, por el contrario, una aventurada apuesta respecto del futuro, contra las contingencias del mundo humano y del mundo natural, que pueden desbaratar lo prometido. Habrá que insistir en ello.

¿Qué puede testimoniarse de sí mismo?

Sin entrar en el tema escabroso del autoengaño, hemos dicho que para el sujeto de una acción comunicativa veraz, el *verbum exterius* que emite es portavoz y expresión íntegra de su *verbum interius*.

Con todo, suele ocurrir que el sujeto que habla en principio no explicita su acción testimonial, pero que luego considere oportuno detenerse en ella, declarándola, esto es, asumiendo el refuerzo testimonial de lo que ha dicho, prometiendo cuando se trata de una acción futura o ‘dando su palabra’ en otras referencias temporales de la vinculación³⁴. Es decir, que confirme en primera persona la vinculación que pretende establecer con el otro sujeto al decirle lo que le dice.

La promesa, como declaración de lo que en un futuro se hará en pro del sujeto interactuante, es el caso más frecuente del re-forzamiento³⁵ que se da a una acción comunicativa real.

Pero hemos visto que ni en esta ni en ninguna acción comunicativa puede darse testimonio de lo que todavía no es³⁶; en este caso, del cumplimiento fáctico de la promesa. De tal manera que por el *verbum exterius* ‘te prometo’ solo se está testimoniando el propósito *actual* de realizar en el futuro una acción en pro del otro sujeto.

³³ Todo testimoniar implica necesariamente el tener *ahora* una experiencia nítida e indubitable de eso que se testimonia.

³⁴ Ejemplos: ‘Vendré’ (promesa implícita); ‘Te prometo que vendré’ (explícita); ‘Yo estuve allí’ (justificación implícita); ‘Te doy mi palabra de que estuve allí’ (justificación explícita).

³⁵ A propósito de este reforzamiento testimonial —que evoca en un sentido nuevo la fuerza ilocucionaria de Austin— parece discutible que la comunicación no asumida testimonialmente (el ‘se dice’ heideggeriano) sea la principal característica de la intercomunicación cotidiana. Frente a ‘las contingencias de la vida’, es al menos dudoso que el ser humano no deba asumir, incluso dramáticamente a veces, su condición de sujeto testimonial. Ante la posible observación de que prometer ante el juez no es algo que se hace en beneficio del juez, cabe responder que cuando se promete ante el juez no se le promete algo al juez sino al otro, ante el juez como testimonio legal.

³⁶ El testimonio es de lo que ya se ha visto, oído o experimentado con la fuerza de una realidad indesmentible.

Y aunque de hecho ocurre, no es lícito poner en duda gratuitamente³⁷ la disposición que, actualmente, puede tener el sujeto que habla, a cumplir lo que está prometiendo. No obstante, es siempre lícito dudar de las posibilidades que tiene quien promete de cumplir eso que promete, ya sea a causa de las contingencias del mundo o de la vida humana³⁸, en particular, la de la muerte.

En otros términos, una promesa, explícitamente formulada, pretende enfatizar la seriedad y firmeza de ánimo con la que *ahora* el sujeto que tiene la palabra propone a otro una determinada ‘cita en el mundo’. Sin embargo, el testimonio explícito de tal firmeza de ánimo, la palabra dada y el juramento, pueden ofrecerlo no solo respecto del futuro sino respecto de cualquier tiempo propio de la experiencia del sujeto que tiene la palabra.

En conclusión: la promesa, en cuanto ambigua apropiación de lo posible, tiene solo una fuerza testimonial limitada en comparación con la palabra que se da y con el juramento, con la diferencia de que en la primera no se especifica algo que es esencial en las otras: ‘la prenda’ que deja el sujeto al acreedor en resguardo del eventual incumplimiento de lo que está diciendo: su propia palabra³⁹. Pero allí radica precisamente su valía. En su orfandad, sin nada que dar en prenda, y a contrapelo del mundo, la promesa se sobrevive a sí misma, en cuanto puro conato de ser, como el más heroico testimonio de sí.

En la convivencia humana los vínculos que se crean entre los individuos requieren en la mayoría de los casos de evidencias⁴⁰ y de garantías inmediatas. En ‘la palabra que se da’ —y esto es esencial para un punto de vista ético— lo que ofrece el sujeto que tiene la palabra⁴¹ es entregar esa palabra en prenda como garantía del vínculo que ofrece y del crédito que obtiene. ¿Qué significa, entonces, esta entrega en

³⁷ No parece lícito enjuiciar la intimidad ajena y menos aún sin razón (véase Giannini, 2000).

³⁸ Aristóteles disculpa a quienes no cumplen su promesa cuando aparece alguna circunstancia que no está en el conocimiento actual de quien ha prometido. Pero pone una condición: que el agente de la promesa experimente pesar por lo ocurrido (Aristóteles, *Eth.* III, 2, 1110b20).

³⁹ La antigüedad y popularidad de ‘dar prenda’ llegó desde el pasado hasta el juego de los niños.

⁴⁰ Para la convivencia cotidiana, es evidente ‘lo sensible inmediato’, esto es, lo que se ve con ‘nuestros propios ojos’ y se toca con ‘nuestras propias manos’.

⁴¹ El sujeto ontológico.

garantía de ‘un fenómeno’ que, en la expresión de Ricoeur, ‘se esfuma, desaparece’?

Si es cierto que la palabra por la que un sujeto pro-pone un vínculo a otro sujeto, es expresión del testimonio que tal sujeto ofrece de sí mismo, entonces, dar esa palabra en garantía es jugarnos nuestra condición de sujetos testimoniales; esto es, lo que se juega es el derecho a volver a tener la palabra. Lo que se arriesga es quedar como un individuo ‘sin palabra’, ante aquellos a quienes se ha defraudado.

Un estigma terrible que nos cuesta vislumbrar en estos días en que nos parece que ‘el habla habla’⁴²; en una época en la que el discurso de la publicidad, de lo que ‘se dice’, tiene el favor en el oído de la mayoría. Un tiempo en el que el testimonio de sí —si es que se piensa en ello— recaería solo sobre las cosas que elegimos en el mundo, sobre lo que amamos o sobre lo que nos gusta, y no acerca del lazo que por la palabra vinculante mantenemos directamente con otros seres humanos, nexa en virtud del cual el ser externo aparece y ‘funciona’ como mundo.

Hay un ámbito de la realidad al que podemos referirnos y que otros sujetos siempre pueden más tarde verificar. Es el ámbito de la realidad física, de sus regularidades y de su efectivo acontecer. ‘Verificar’ aquí es comprobar intersubjetivamente la existencia del fenómeno enunciado o la reiteración de hechos específicamente similares en su estructura.

Incluso en el caso de la promesa de hacer algo, la verificación del cumplimiento fáctico es, ciertamente, algo que se puede comprobar y cuyo cumplimiento además se puede asegurar, como lo hace cotidianamente el comercio por ejemplo tomando una ‘prenda’, mueble o inmueble, en garantía.

Pero, ¿qué pasa en el campo de las intenciones, sentimientos, recuerdos, etc., que testificamos con la palabra pero que los fenómenos jamás podrían confirmar ni invalidar definitivamente a quien ha escuchado palabras como ‘te quiero’, ‘te perdono’, ‘jamás busqué recompensa ni honores...’, ‘no fueron esas mis intenciones...’? ¿Qué garantía es capaz de saciar una necesidad de verificación infinitamente más profunda que la científica o la comercial?

⁴² Conocida expresión heideggeriana retomada también, como se sabe, por Lacan.

El campo de las intenciones, de los sentimientos, de lo que pasa en la conciencia de cada cual, eso, es un ámbito inverificable, en el sentido de una verificación intersubjetiva.

Es por esta razón que en la comunicación cotidiana respecto de lo que a cada uno le pasa, de lo que cada cual desea, siente o piensa, los otros no tienen como garantía sino la palabra que cada cual quiere dar.

En conclusión: estamos necesariamente entregados a la palabra que de sí mismo da el otro.

Nuestra cultura actual, en la que se ha desvanecido el valor de la palabra testimonial, ha dejado escapar, por esto mismo, la certeza ética de que una palabra no solo dice algo del ser de las cosas del mundo, sino que esencialmente *nos* dice y nos expone a los otros.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aristóteles. *Ética nicomaquea*. Milano: Ed. Rizzoli, 1986.
- Arendt, Hannat. *La condición humana*. Buenos Aires: Paidós, 2010.
- Austin, John L. *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós, 1971.
- Benveniste, Émile. *Vocabulario de las instituciones indoeuropeas*. Madrid: Ed. Taurus, 1983.
- Calderón de la Barca. *La vida es sueño*. Santiago: Ed. Zig-Zag, 1950.
- Castelli, Enrico. "Introduzione". *Archivio di Filosofia*, Padova, CEDAM, 1972.
- . *L'indagine quotidiana*, Roma: CEDAM, 1956.
- Descartes, Renato. *Meditaciones metafísicas*. Buenos Aires: Sopena, 1946.
- Derrida, Jacques. *Limited Inc*. París: Ed. Galilée, 1990.
- D'Agostini, Francesca. *De analíticos y continentales*. Madrid: Ed. Cátedra, 2000.
- Giannini, Humberto. *Desde las palabras*. Santiago: Ed. Univ. Católica, 1984.
- . *La metafísica eres tú*. Santiago: Ed. Catalonia, 2007.
- . *Del bien que se espera y del bien que se debe*. Santiago: Dolmen, 2000.
- Kierkegaard, Soren. *Il concetto dell'angoscia*. Firenze: Ed. Sansón, 1965.
- Lévinas, Emanuele. *Totalidad e infinito*. Salamanca: Ed. Sígueme, 1987.
- Platón. *Alcibiades*. Madrid: Biblioteca Clásica Gredos, 1997.
- Ricoeur, Paul. "Ipseité, Altérité, Socialité". *Archivio di Filosofia*, Padova, CEDAM, 1986.
- . "Sentido y evento". *Revista de Filosofía*, Vol. XVII, Santiago, 1979.
- Searle, John E. *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*. Madrid: Cátedra, 2001. □

ALFONSO GÓMEZ-LOBO
(1940-2011)

Nos conocimos en nuestra juventud; el tendría unos dieciséis años y yo unos diez años más. Habíamos iniciado una pequeña comunidad informal; queríamos unir el cristianismo con un conocimiento real de la cultura. Con Alfonso y sus amigos compartíamos la inmediata cercanía de la congregación de los Sagrados Corazones y su colegio en Viña del Mar. Los mayores nos hicimos cargo de los cursos superiores de un antiguo colegio británico, del que nació casi inmediatamente un colegio nuestro al que llamamos Patmos, porque simbolizaba el encuentro de la tradición judío-cristiana con la griega y era el nombre de uno de los grandes poemas de Hölderlin. Alfonso participó inmediatamente en este impulso inicial. Compartíamos, sin decirlo, un sentido aristocrático, sencillo y jovial de la existencia. Y esa amistad nos ha mantenido unidos hasta hoy. Fernando Rosas ya dirigía coros... Jorge Rivera ya unía su pasión religiosa con la también apasionada lectura de Heidegger...

En las tardes, me juntaba con Alfonso y su amigo más cercano, Jaime Yver, a leer Dante y Hölderlin en alguna residencial alemana o austriaca. Terminé casándome con la hermana de Jaime. Alfonso ha dicho que ese fue el inicio de su vocación, a la que nunca hubiera llamado proyecto; fue simple y determinadamente el seguir un camino que encontró en la lectura de los clásicos, y que después de un paso por la lógica moderna, retomó hasta el final de sus días.

Los dolores y contradicciones de la vida lo tocaron ciertamente, pero más allá, su aire y presencia eran apolíneos. Convertir el caos en forma, darle forma a la vida; eso lo logró y pudo transmitirlo. No creía en la arbitrariedad del pensamiento ni que el conflicto vital fuera el punto central del pensamiento.

Hace unos años, dio en el CEP una conferencia sobre los Juegos Olímpicos en la antigua Grecia. Al oír podíamos *ver* a los atletas, los jardines; caminábamos por la academia de Platón... Se conocía todos los caminos, bahías y montes de la Hélade.

Gozaba, con fruición, leyendo los textos griegos, con breves y precisas inflexiones. Leía con gran serenidad. Levantaba los ojos sonrientes que nos decían ¡qué maravilla! Afortunadamente algunas lecturas están disponibles en la página web del CEP. (<http://www.youtube.com/playlist?list=PL0A6B79AFE3E6C734>)

Y no era sólo un “scholar”, aunque tenía todo el aire de serlo y uno se lo imaginaba perfectamente en el paisaje de Oxford y Cambridge. Fue miembro de casi secretas sociedades aristotélicas que deben ser tan contenidas como exclusivas. Ahora se van a publicar sus “papers” y conferencias. Pero eso no disminuyó su temple moral, porque encarnaba en su figura el eros platónico y la ética aristotélica. Por eso tuvo opinión de todas las circunstancias en nuestro país y en la opiniones del mundo. Sin estridencias, no aceptó la dictadura chilena. Conoció de primera mano el estado actual de la genética y desde ahí mostró una clara opción por proteger la vida humana desde su comienzo. Para incomodidad de muchos católicos afirmó, con Aristóteles, que el alma era inseparable de la muerte del cuerpo y no había en consecuencia un alma inmortal; y luego, como quien vivía su fe cristiana, afirmó que nuestro cuerpo resucitaría después, con una forma más noble y pura. No rehuyó el conflicto, lo asumió.

Otro rasgo que lo definía era el cultivo de la amistad. Keats dijo que el primer deber político de un hombre era la felicidad de sus amigos. Alfonso cuidó a sus primeras amistades, ayudó generosamente a sus amigos infelices y supo crear nuevas amistades hasta sus últimos días.

Conoció muy muy joven a Ximena y vivieron siempre juntos; él tranquilo y sosegado, ella apasionada y asertiva. Respetaron a sus hijos, y cada uno pudo seguir su propio camino. Creía en la verdad, pero rechazó toda forma de autoritarismo, entre ellos, el paternalismo familiar y el eclesiástico.

Unos meses antes de su partida, nos juntamos una mañana en un café de Las Condes para lo que sabíamos podría ser nuestra última conversación. Pero como en la películas, apareció un amigo a quien yo no veía desde hacía tiempo y que resultó estar emparentado con Alfonso. Con su prodigiosa buena educación siguió conversando con él hasta que el amigo se despidió; entonces, ya cansado, antes de levantarse, me dijo: en mi vida todo ha resultado como me lo imaginaba desde mi primera juventud.

Ahora lo veo entrar a un recinto donde hay otras personas. También su figura era apolínea. Impecable y sobriamente vestido con un blazer azul marino o una chaqueta de tweed y siempre una corbata de seda tejida de un color burdeos. Y su radiante sonrisa. La sonrisa es la huella de Dios en la tierra. Siempre benevolente, escuchaba con la mayor atención y era capaz de darle un impulso a la conversación agregando un matiz, una precisión, una pregunta, y le brillaban los ojos de alegría.

Ahora guardamos su vívida imagen y el recuerdo de su amistad, de su cuidado, de su última elegancia, de su sosegada pasión por la verdad, y por sobre todo, de su bondad natural y esencial. Confió su vida a la búsqueda del bien. Disfrutó del saber de las últimas esencias. Su vida fue una *gigantomaquia peri tes ousias*.

Ahora que el tiempo nos ha cambiado, yo quisiera ser su buen alumno, seguiría sus pasos y como el Virgilio, me podría mostrar los recintos celestiales.

Ernesto Rodríguez Serra
Centro de Estudios Públicos
3 de enero de 2012.

En la mañana del 31 de diciembre de 2011 falleció el Profesor Alfonso Gómez-Lobo, víctima de un cáncer que enfrentó con una enorme valentía y una admirable serenidad. Había nacido en Viña del Mar en 1940; hizo sus estudios de pregrado en la Universidad Católica de Valparaíso pero pronto se marchó al extranjero a seguir sus estudios de posgrado. Estudió en la Universidad de Atenas (Grecia) y en tres Universidades alemanas (Tübingen, Heidelberg y München; en esta

última y con poco menos de 30 años de edad obtuvo su doctorado en filosofía, clásicas e historia antigua). Su carrera profesional lo llevó a Puerto Rico y luego a Estados Unidos, donde enseñó primero en la Universidad de Pennsylvania y luego en la Universidad de Georgetown, institución en la que trabajó como profesor e investigador desde 1977 hasta su muerte. Durante su larga y fecunda carrera académica recibió varios premios, honores académicos y becas de estudio (Servicio Alemán de Intercambio, DAAD, Fundación Alexander von Humboldt, Fundación John Simon Guggenheim, Fulbright-Hays Travel Award for University Lecturing in USA, Interdisciplinary Program Pennsylvania State University, Prize for Contributions to Greek Culture, Embassy of Greece). En la Universidad de Georgetown llegó a ser Ryan Family Professor of Metaphysics and Moral Philosophy; entre 1982 y 1997 dirigió el Georgetown's Greece Program: cada año partía a Grecia con un grupo de estudiantes a leer Platón (en el mismo sitio en que se encontraba la Academia en el s. IV a.C.) y los trágicos (en algún teatro griego de la época clásica). Entre sus actividades profesionales como filósofo también debe mencionarse su participación como The White House Member, President's Council on Bioethics. Entre 1990 y 2009 Gómez-Lobo publicó al menos quince ensayos o estudios en *Estudios Públicos* (CEP, del cual fue miembro de su Consejo Directivo); también fue un activo colaborador (como autor y como miembro del comité consultivo) de la *Revista Latinoamericana de Filosofía* y de *Méthexis*, dos revistas especializadas en filosofía, nacidas en Latinoamérica y de trascendencia internacional.

Conocí a Alfonso a comienzos de la década del 90 cuando visitó la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, donde dictó una conferencia memorable (para mí) sobre la *Ética nicomaquea* de Aristóteles. Al poco tiempo tuve la fortuna de poder hacer una pasantía de investigación de un año en la Universidad de Georgetown. Como otros amigos y colegas, fui especialmente privilegiado en conocer no sólo al estudioso y al filósofo (experto en filosofía e historia griega, en G. Frege, en temas de ética contemporánea, de ética de la ley natural y en bioética), sino también a la persona. Alfonso reunía un conjunto notable de cualidades (intelectuales y humanas en el más estricto sentido de la palabra) y al momento de su muerte se encontraba en el punto más alto de su actividad intelectual; consciente como estaba de la gravedad de su enfermedad y del poco tiempo de que disponía,

no dejó, no obstante, de hacer proyectos y de seguir trabajando hasta el último momento. En abril de 2011 tuvo lugar en el CEP la primera sesión de lo que sería un grupo de lectura del *Sofista* de Platón en griego. Alfonso sabía que se estaba despidiendo de Chile; al presentar el texto hizo referencia al cambio de enfoque que se había producido en el siglo XX en la interpretación de ese diálogo gracias a los esfuerzos de los especialistas. Lo que omitió decir, por el pudor y la modestia que lo caracterizaban, fue que él había sido uno de esos estudiosos gracias a los cuales podemos hoy leer con mayor claridad ese crucial y difícil texto platónico. Sus artículos sobre el *Sofista* de Platón y sobre los *Segundos analíticos* de Aristóteles fueron citados y discutidos por algunos de los filósofos y estudiosos de la antigüedad clásica más eminentes del siglo XX (entre ellos H-G. Gadamer y J. Barnes). En el último encuentro personal que tuve con él en su casa en Santiago de Chile le dije que su actitud ante el proceso que estaba atravesando me recordaba mucho la escena final del *Fedón* y que yo, como otros, me identificaba con Critón (que se pone de pie y se retira porque no puede contener las lágrimas) o con Apolodoro (que no había dejado de llorar en ningún momento): Alfonso era quien estaba sufriendo, pero la tragedia no era de él, sino de sus familiares y amigos, que lloraban al advertir la clase de persona de la que quedarían privados. Mi comentario le causó un poco de gracia y dijo: “pues seamos como Sócrates”.

Quienes conocimos a Gómez-Lobo, ya sea personalmente o a través de sus escritos, siempre recordaremos su claridad expositiva, su elegancia y penetración filosóficas, pero también su simplicidad y, al mismo tiempo, agudeza en la formulación de las tesis y los argumentos. Durante dos años fui parte de dos grupos de lectura de textos griegos dirigidos por Alfonso en Georgetown (en uno leímos el extracto de ética estoica transmitido por Estobeo, y en el otro el libro II de la *Retórica* de Aristóteles). Las observaciones del profesor Gómez-Lobo siempre eran estimulantes e iluminadoras, y revelaban no sólo un conocimiento enciclopédico de los textos (que lo tenía), sino también una reflexión cuidadosamente meditada de los mismos. En muchas oportunidades me hizo notar mis errores y, en más de una ocasión, aceptó mis puntos de vista y los de otros, después de examinarlos y convencerse de que eran correctos. Esto, sumado a su fino conocimiento de la filosofía griega y de la antigüedad clásica en general, ha sido para mí un ejemplo de sabiduría, humildad y honestidad intelectual. El encuentro inicial con Gómez-Lobo siempre

podía ser un poco intimidante para alguien que comenzaba a incursionar en el pensamiento antiguo, pues al entrar en contacto con él uno no podía sino advertir de inmediato que las propias creencias respecto de lo que creía saber eran falsas o infundadas, que lo que uno sabía era muy poco o que, sencillamente, debía revisar los propios presupuestos o repensar todo por completo. Gómez-Lobo sin duda, a mi juicio, había incorporado el método socrático-platónico del examen de las creencias ajenas y propias. Pero esa autoridad que proporciona el saber nunca se convertía en autoritarismo en Alfonso y siempre se daba acompañada de su natural bonhomía. Sin perder el rigor intelectual y argumentativo que siempre exige un texto difícil, era capaz de divertirse, tanto con los argumentos de los filósofos que leía y discutía, como con sus propias interpretaciones, que revisaba permanentemente. Hay otro aspecto de su personalidad y de sus talentos que merece mencionarse: Alfonso era un esteta. El rigor de la argumentación siempre era crucial, pero también la manera de presentar dicha argumentación: con elegancia y claridad. Se puede ser preciso y decir algo importante sin ser farragoso. Sus traducciones de Platón (*Critón*, *Eutifrón* y *Menón*) son una prueba de lo que acabo de decir: son precisas en el examen del texto y de los argumentos y, al mismo tiempo, apresan la insuperable belleza del griego de Platón.

En la última carta que varios de sus colegas, amigos y discípulos recibimos pocos días antes de su muerte, Gómez-Lobo escribió: “a través de mi vida he querido ser un instrumento. Una vida dedicada al estudio es una vida en la que uno se convierte en un instrumento, de modo que otros puedan entender textos filosóficos, filológicos y teológicos difíciles [...] Que los bienes humanos y la felicidad estén con ustedes el resto de sus vidas”. Es un mensaje impactante y fuerte, que describe del modo más nítido y simple al Profesor Gómez-Lobo. Su partida deja un vacío muy importante no sólo en el plano personal de todos aquellos que lo conocieron y compartieron con él algo de sus vidas, sino también en el de los estudios de filosofía griega y de ética. He aquí una selección de sus principales publicaciones:

Artículos en revistas

“Sobre sentido y denotación por G. Frege (traducción)”. *Diálogos* 22 (1972): 147-170.

“La digresión filosófica de la *Carta VII* de Platón (traducción)”. *Diálogos* 26 (1974): 119-129.

“Platón, *Sofista* 244b 6 - d 13”. *Diálogos* 26 (1974): 131-137.

- “Platón, *El Sofista*. Una selección bibliográfica”. *Diálogos* 28 (1975): 141-151.
- “Sobre ‘lo que es en cuanto es’ en Aristóteles”. *Revista Latinoamericana de Filosofía* 2 (1976): 19-26.
- “Plato’s Description of Dialectic in the *Sophist* 253d”. *Phronesis* 22 (1977): 29-47.
- “Las vías de Parménides”. *Revista Latinoamericana de Filosofía* 3 (1977): 269-281.
- “Aristotle’s Hypotheses and the Euclidean Postulates”. *Review of Metaphysics* 30 (1977): 430-439.
- “Parménides: Las puertas del día y de la noche”. *Revista Latinoamericana de Filosofía* 3 (1977): 185-188.
- “Aristotle’s First Philosophy and the Principles of Particular Disciplines”. *Zeitschrift für philosophische Forschung* 32 (1978): 183-194.
- “Platón, *Sofista* 256e 5 - 6”. *Crítica* 11 (1979): 3-13.
- “The So-Called Questions of Existence in Aristotle, *Posterior Analytics* II. 1-2”. *Review of Metaphysics* 34 (1980): 71-89.
- “Dialectic in the *Sophist*: A Reply to Waletzki”. *Phronesis* 26 (1981): 80-83.
- “Aristotle, *Metaphysics* H.2”. *Diálogos* 38 (1981): 7-12.
- “Retractación sobre el proemio de Parménides”. *Revista Latinoamericana de Filosofía* 7 (1981): 253-260.
- “Natural Law and Naturalism”. *Proceedings of the American Catholic Philosophical Association* 56 (1984): 232-249.
- “Anotaciones críticas a la *Apología* y *Critón* de la Biblioteca Clásica Gredos”. *Methexis* 1 (1988): 89-95.
- “The Ergon Inference”. *Phronesis* 34 (1989): 170-184.
- “El diálogo de Melos y la visión histórica de Tucídides”. *Nova Tellus* 7 (1989): 9-31 (reed. en *Estudios Públicos* 44, 1991, 247-273).
- “Los axiomas de la ética socrática”. *Méthexis* 3 (1990): 1-13 (reed. en *Estudios Públicos* 34 [1990], 1-14).
- “La fundamentación de la ética aristotélica”. *Diánoia* 37 (1991): 1-15.
- “Ironía socrática”. *Revista Latinoamericana de Filosofía* 19 (1993): 189-202.
- “Sócrates: ¿Filósofo en el límite?” *Revista Latinoamericana de Filosofía* 21 (1995): 159-165.
- “Aristóteles y una disputa de bioética”. *Estudios Públicos* 102, (2006), 27-42.
- “Inmortalidad y resurrección: Problemas filosóficos y respuestas actuales”. *Estudios Públicos* 112 (2008), 267-284.
- “Identidad personal y criterios de muerte”. *Estudios Públicos* 114 (2009), 35-51.

Artículos en libros

- “Definitions in Aristotle’s *Posterior Analytics*”. En Dominic O’Meara (ed.), *Studies in Aristotle*. Washington: 1981, 25-46.
- “Autopredicación”. En C. Eggers Lan (ed.), *Platón: Los Diálogos Tardíos* (Actas del Symposium Platonicum de 1986). México: UNAM, 1987.
- “Aristotle’s Ethics. En R. Cavalier, J. Guinlock & J. Sterba (eds.), *Ethics in the History of Western Philosophy*. London: Macmillan, 1989, 32-59.

- “Philosophical Remarks on Thucydides’ Melian Dialogue”. En J. J. Cleary (ed.), *Proceedings of the Boston Area Colloquium in Ancient Greek Philosophy*, Vol. V Lanham, 1991, 181-203.
- “Zur Logik und Ethik der Folter”. En F. Inciarte & B. Wald (ed.), *Menschenrechte und Entwicklung*. Im Dialog mit Lateinamerika. Ed. Frankfurt/Main, 1992, 49-59.
- “Aristotle’s Right Reason”. En R. Bosley, R. Shiner, J. Sisson (ed.), *Aristotle, Virtue and the Mean*: Edmonston, 1995, 15-34.
- “El bien y lo recto en Aristóteles”. En Carlos García Gual (ed.), *Historia de la filosofía antigua*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones, 1997.
- “Aristóteles y el aristotelismo antiguo”. En Jorge Gracia (ed.), *Concepciones de la metafísica*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones, 1998.

Libros

- El poema de Parménides* (texto griego, traducción y notas). Buenos Aires: Ed. Charcas 1985 (reedición corregida y actualizada, Editorial Universitaria, Santiago, 1999).
- La ética de Sócrates*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.
- The Foundations of Socratic Ethics*. Indianapolis/Cambridge: Hackett, 1994 (trad. francesa Villeneuve-d’Ascq, Presses universitaires du Septentrion 1996; trad. española Editorial Andrés Bello, Santiago, 1998).
- Platón, Eutifrón* (trad. del griego, introducción y notas). Santiago: Editorial Universitaria, 1996.
- Platón, Critón* (trad. del griego, introducción y notas). Santiago: Editorial Universitaria, 1998.
- Morality and the Human Goods*. Washington: Georgetown University Press, 2002.
- Platón, Menón* (trad. del griego, introducción y notas). Santiago: Editorial Universitaria, 2004.

Marcelo D. Boeri
 Universidad Alberto Hurtado (Chile)
 2 de enero de 2012.