

Revista Electrónica

Año V – N° 7 - 2011

Instituto de Investigaciones Jurídicas y
Sociales "Ambrosio L. Gioja"



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

Revista Electrónica

Instituto de Investigaciones Jurídicas y
Sociales "Ambrosio L. Gioja"

Año V – N° 7 - 2011

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB) – 1er. Piso
Horario de Atención: Lunes a Viernes de 9 a 20 horas.
Teléfono: 054 –1-4-809-5629/32
URL: www.derecho.uba.ar/revistagioja
e-Mail: revistagioja@derecho.uba.ar



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

EDITOR RESPONSABLE

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"
(Av. Figueroa Alcorta 2263, primer piso, C1425CKB, Buenos Aires, Argentina)

DIRECTOR Y EDITOR RESPONSABLE

Carlos María Cárcova

COMISIÓN DE REDACCIÓN

Martín Aldao
Lucas Arrimada
Mauro Benente
Agustín Cárdenes
Liliana Ronconi
Luciana B. Scotti
Leticia Vita

COMITÉ CIENTÍFICO

Atilio A. Alterini
David Baigún
Oscar Casas
Sara L. Feldstein de Cárdenas
Cecilia P. Grosman
Hortensia D. T. Gutiérrez Posse
Abelardo Levaggi
Julio Maier
Guillermo R. Moncayo
Tulio E. Ortiz

ÁRBITROS

Ignacio Gabriel Anitua
Mary Beloff
Luis F. Castillo Argañarás
María Laura Clérico
Aníbal D´Auria
Javier Echaide
Juan Carlos Frontera
Lidia Garrido Cordobera
Laura Pautassi
Mónica S. Rodríguez
Isabel Seoane

ÁRBITRO ESPECIAL PARA ESTE NÚMERO

Lila García

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Federico José Lago

Sumario

EDITORIAL

- CARLOS MARÍA CÁRCOVA Pag. 5

INVESTIGACION

- Marta Andrich - *PANORAMA ACERCA DE LA EFICACIA O INEFICACIA DE LOS INSTRUMENTOS ECONÓMICOS Y OTROS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS REGULACIONES AMBIENTALES* Pag. 8
- Horacio Javier Etchichury - *PODER JUDICIAL, DEMOCRACIA Y DERECHOS SOCIALES* 29
- Jesús García Cívico - *SOBRE EL PROCESO DE INTEGRACIÓN SOCIAL DEL INMIGRANTE EN ESPAÑA. LA CUESTIÓN DE LOS INDICADORES* 50
- Carlos Hecker Padilla - *LA DENEGACIÓN DE JUSTICIA AL INVERSIONISTA EXTRANJERO* 78
- Céline Lageot - *LOS MEDICAMENTOS EN FRANCIA, ¿COMPONENTES DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD?* 87
- Tulio Ortiz, Eduardo Barbarosch, Verónica Lescano Galardi - *LOS HOMBRES DE LA FACULTAD DE DERECHO EN LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO MODERNO ARGENTINO* 102
- Jorge Roggero - *DERECHO, VIOLENCIA Y LENGUAJE NOTAS A PARTIR DE "PARA UNA CRÍTICA DE LA VIOLENCIA" DE WALTER BENJAMIN* 136

RESEÑA

- Liliana M. Ronconi y Leticia J. Vita - *RESEÑA BIBLIOGRÁFICA: REPENSAR LA JUSTICIA SOCIAL. CONTRA EL MITO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES. DE FRANÇOIS DUBET* Pag. 148

CONVOCATORIA

- CONVOCATORIA PARA EL PRÓXIMO NÚMERO DE LA REVISTA Pag. 153

EDITORIAL

Desde su creación, la *Revista Electrónica* de nuestro Instituto - a la que no deberíamos demorar más en bautizar con nombre propio, dicho sea de paso - se propuso ser UN instrumento serio, ponderado y pluralista, de divulgación de la actividad que aquí se lleva adelante.

Lo que mostramos hoy es sólo una parte, quizá la más ordenada, pero sin dudas la más pequeña, de las múltiples actividades que el Instituto encara año a año. La fría elocuencia de los números son un reflejo incompleto, en tanto revelan exclusivamente lo cuantitativo, pero aportan un dato coadyuvante con lo que se afirma. Contamos con 55 investigadores permanentes y 80 investigadores adscriptos. A ellos deben sumarse un número aproximado de 30 becarios doctorales o de maestrías, más 15 investigadores extranjeros que nos visitan anualmente, por un período no inferior a los 90 días. Los proyectos de investigación concluidos o a punto de culminar correspondientes a la programación UBACyT 2008/2010 son 40. Los de la programación 2010/2012, en desarrollo suman 13, y los de la programación 2011/2014, iniciados recientemente, son 22. Finalmente los Seminarios de Investigación Permanentes, dirigidos por un investigador permanente, e integrados, por lo general, por grupos numerosos que conforman también docentes y alumnos de grado y posgrado, totalizan 10. Estos seminarios de naturaleza temática, no sólo investigan sino que también externalizan sus actividades a través de publicaciones, mesas redondas, jornadas y congresos.

Este volumen de actividades debe ordenarse, categorizarse y darse a conocer, en términos a veces de relevante transferencia, cuando ellas han decantado en la forma adecuada.

Una manera de hacerlo es a través de esta publicación electrónica. El lector interesado encontrará en este número una interesante variedad de los múltiples intereses y de las visiones plurales, tanto académicas y científicas, como eventualmente ideológicas, que signan nuestra tarea.

Los autores se ocupan en esta oportunidad de las regulaciones ambientales; de la teoría democrática y los derechos sociales; de la inmigración en España; de la cuestión de los medicamentos y la salud en Francia; de los aspectos históricos del papel de nuestra Facultad de Derecho; de análisis filosóficos acerca de las ideas de Walter Benjamín, y también del tratamiento que reciben en este y otros países, las inversiones extranjeras, en particular a través de los tribunales arbitrales.

Como se advierte los temas observan la “variabilidad requerida”, como plantearía la teoría general de sistemas, y resultan de interés. Han sido evaluados y aceptados por el Comité de Referato de nuestra publicación y, por fin, como resulta obvio, representan la opinión de sus respectivos autores y no comprometen los puntos de vista de la Revista. Ella no se pretende neutral, ni aséptica, pero preserva y custodia la posibilidad de cada quien para expresarse libre y respetuosamente.

Carlos M. Cárcova

Director



INVESTIGACIONES

PANORAMA ACERCA DE LA EFICACIA O INEFICACIA DE LOS INSTRUMENTOS ECONÓMICOS Y OTROS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS REGULACIONES AMBIENTALES

Por Marta Andrich*

RESUMEN

El artículo pretende exhibir una muestra de los instrumentos que se usan actualmente para hacer valer los objetivos de las regulaciones ambientales privilegiando el enfoque de su efectividad.

PALABRAS CLAVE

Ambiente. Regulaciones. Mecanismos. Tasas. Externalidades. Costo-beneficio. Contaminador –pagador.
Protocolo de Kyoto. Servicios ambientales.

OVERVIEW ABOUT THE THE EFFICIENCY OR INEFFICIENCY OF ECONOMIC AND OTHER INSTRUMENTS FOR COMPLIANCE WITH ENVIRONMENTAL REGULATIONS

By Marta Andrich

ABSTRACT

The article attempts to show a sample of the instruments at use in order to achieve environmental goals favouring the target of its effectiveness.

KEY WORDS

Environment. Regulations. Mechanisms. Taxes. Externalities, Cost-benefit. Polluter pay principle. Kyoto Protocol. Environmental services.

PANORAMA ACERCA DE LA EFICACIA O INEFICACIA DE LOS INSTRUMENTOS ECONÓMICOS Y OTROS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS REGULACIONES AMBIENTALES

Por Marta Andrich*

Existe un punto de partida que ya no se puede discutir de buena fe, que se reafirma y se puede ver, este es: hay un cambio climático. A lo que sigue la afirmación que es de origen antropogénico y como consecuencia, que cuidar el ambiente es también una tarea humana, necesaria y posible¹. Es un dato de la realidad, no una construcción de los medios. Ante este hecho y como respuesta, se distinguen habitualmente dos objetivos: la mitigación y la adaptación al cambio. Nos gustaría poder agregar la prevención.

Hay una pregunta que nos traslada al punto crucial de cómo resolver estos problemas. Por estar en el ámbito en el que estamos, nuestra conjetura es cómo encararlos, cómo resolverlos, mediante normas². ¿Es posible solucionarlos con normas? Sigamos ¿Qué normas han mostrado ser eficaces?

Estas reflexiones se insertan en el área de las necesarias evaluaciones sobre la posibilidad del cumplimiento de las normas. Hay un cuestionamiento que, a mi juicio, tendría que preceder a la instalación de cualquier normativa y que no puede aislarse ni del contexto cultural ni de una copiosa información interdisciplinaria basada en datos de la realidad, y es ¿se va a cumplir esta norma? Sin llegar a un planteo filosófico, es fundamental reflexionar sobre la posibilidad del cumplimiento de la norma y su efectividad. Además es imprescindible comprender que toda norma requiere para su eficacia de un acompañamiento institucional.

Aún se podría ampliar nuestra pregunta de esta manera ¿Cuáles son los incentivos para cumplir con el orden jurídico? ¿Cuáles son los medios más idóneos para hacer cumplir las normas? ¿Qué función tiene la rentabilidad? ¿Cómo opera la legalidad intrínseca a toda relación económica?

En el informe anterior me preguntaba sobre la eficacia o la ineficacia de los instrumentos económicos y también la de otras alternativas para lograr metas ambientales. Planteo indispensable para el que va a legislar, como también para la adjudicación y la doctrina.

¹ El cuarto informe del IPCC (Panel intergubernamental del CC) dice que es inequívoco. Comentario: Se puede disentir en la velocidad de los cambios, en los grados que aumentará la temperatura, pero no respecto del cambio en sí.

² Queda fuera del campo de estas reflexiones plantear qué ocurriría ante la ausencia de normas.

Esbozaba una clasificación de las herramientas que se utilizan habitualmente, siguiendo las tipologías en uso. Se había hablado de herramientas de mercado o económicas y de las que no lo son, entre las que están, no sólo las regulaciones estatales o instrumentos legales, sino también las de regulación voluntaria que merecen les prestemos una debida atención³. Los instrumentos de mercado apuntan a incentivar algunas acciones, los instrumentos legales al control de ciertas conductas. Se podría decir que las medidas de regulación y control actúan, por lo general, ex post, como por ejemplo se establece en nuestra ley general del ambiente, ley 25675 o ley de presupuestos mínimos⁴. El mercado funciona, en cambio, manejando la oferta y la demanda. El precio constituye una señal. El incremento de un impuesto se traslada al incremento en el precio y los precios más altos reducen la demanda sobre productos que dañan el ambiente. Así se piensa que funciona el mercado, aunque, en mi exposición anterior⁵ me expliqué reproduciendo las objeciones de Coase⁶ a este razonamiento y destacué el duro realismo que expresa en su famoso teorema. Es preciso tener en cuenta, también, en el campo de la realidad, que el sistema de mercado ha sufrido un severo golpe al dejar al descubierto las fallas de su funcionamiento en la crisis desatada en septiembre de 2008.

Por otra parte, los partidarios de la teoría "del mercado" aducen que la multiplicidad de las imperfecciones del mercado que deben ser enfocadas, hacen poco probable que medidas de mitigación costo-efectivas se puedan conseguir con un solo instrumento político⁷. Las tasas⁸, por ejemplo, pueden dañar la competitividad, y pueden causar efectos distributivos indeseados.

Sería necesario ensanchar esta tipología para clasificar otros muchos incentivos, disuasivos o medios con los que se podrían lograr metas ambientales. Sin la pretensión de clasificar sino sólo de ilustrar podemos enumerar, ante todo, herramientas como las medidas tributarias (como las tasas ambientales), el otorgamiento de créditos, las regulaciones de los derechos de propiedad, regulación de los contratos, el monitoreo, la dificultad o facilidad que implican las diversas formas de control, distintos tipos de

³ Como dice el HDR 2007-2008, pág.123: el voluntarismo no puede reemplazar la acción efectiva del Estado. (HDR: Human development reports. Informe sobre el desarrollo humano que presenta anualmente el PNUD, Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo)

⁴ Artículo 28, ley 25675: El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder.

⁵ Publicado en la Revista electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja. Año II, número 2, otoño 2008. Pág 162 y sig.

⁶ Ronald Coase, economista británico, premio Nobel de economía, en el año 1991. Se lo considera el iniciador del análisis económico del derecho. Ya en 1960 llama la atención su artículo "El problema del costo social". En su famoso luego llamado Teorema de Coase dice que "son irrelevantes las reglas de responsabilidad civil para garantizar una asignación óptima de los recursos"

⁷ OECD, 17 de septiembre 2008. Economics department working paper no. 636 by Romain Duval, A taxonomy of instruments to reduce greenhouse gas emissions and their interactions. Traduciendo: Taxonomía de instrumentos para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y sus interacciones.

⁸ Un ejemplo de tasas exitosas lo encontramos en Irlanda que introdujo tasas por el uso de bolsas plásticas en el año 2002 a razón de 0.15 € por bolsa. La tasa ha logrado la reducción en el uso de las bolsas plásticas en más de un 90% a lo que se agrega una disminución en los residuos.

asociación, de colaboración, de participar la información y el conocimiento⁹, más aún, la obligación de informar¹⁰, el manejo de la oferta o la demanda, las subvenciones o subsidios (por ej. Para premiar la eficiencia y consiguientemente el retiro de los subsidios o su disminución para penalizar excesos); la concreción de cambios culturales, explicación y motivación del compromiso ético, el acuerdo sobre Códigos de buenas prácticas, el estímulo de los avances tecnológicos "seguros" (por ejemplo reducir el consumo de energía), el comercio de emisiones, certificaciones, etiquetado, el establecimiento de pagos por servicios ambientales, el cobro por infraestructura, la responsabilidad extendida del productor, la mejora de los diseños industriales, la esperanza de rentabilidad, las multas y... alcanzando el máximo endurecimiento del control estatal, se puede llegar hasta a la criminalización de conductas que perjudican el ambiente y a la aplicación de penas privativas de la libertad¹¹.

Nuestra ley General del Ambiente (25675) se refiere a otras herramientas, como el ordenamiento territorial o la evaluación del impacto ambiental y la educación. Cuando menciona medidas de control nos tenemos que remitir al art. 28 (ver nota 2).

La UE, que ya había dictado la Directiva 96/61/CE del Consejo de 24 de septiembre de 1996 relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación conocida como IPPC, (Prevención y control integrados de la contaminación¹²) y una serie de regulaciones complementarias, avanza desde el control y comercio de emisiones a la tipificación penal de algunas conductas.

En este sentido el Parlamento europeo, (por iniciativa de la Comisión europea) desde el 21 de mayo de 2008, establece que los países miembros cuentan con dos años de plazo para implementar sanciones penales para los siguientes delitos ambientales:

El vertido de sustancias susceptibles de crear daños graves a la salud o al medio ambiente; el lanzamiento de residuos en alta mar; la producción, uso o transporte de material nuclear o nocivo para el ozono; el comercio o destrucción de flora y fauna protegidas, o las conductas que deterioren "significativamente" entornos protegidos, incluida las derivadas de la construcción.

⁹ Aunque nada garantiza que un productor bien informado vaya a aplicar correctamente, por ejemplo, los pesticidas.

¹⁰ Las empresas que **incumplan** las obligaciones impuestas por el SECE (Directiva 2003/87/CE, Sistema Europeo de Comercio de Emisiones) verán su nombre e incumplimiento publicado. Además sufrirán sanciones económicas que serán, durante una primera fase que va del 2005 al 2007, de 40€ por tonelada de exceso sobre el límite de emisiones permitido, incrementándose durante el período de compromiso del Protocolo de Kyoto (de 2008 a 2012) hasta los 100€ por tonelada.

¹¹ Ley 25675 artículo 8º- Los instrumentos de la política y la gestión ambiental serán los siguientes:

1. El ordenamiento ambiental del territorio
2. La evaluación de impacto ambiental.
3. El sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas.
4. La educación ambiental.
5. El sistema de diagnóstico e información ambiental.
6. El régimen económico de promoción del desarrollo sustentable.

¹² Integrated Pollution Prevention and Control. *Además todas las instalaciones cubiertas por el Anexo 1 de la Directiva son obligadas a obtener una autorización (permiso) de las autoridades en los países de la Unión Europea. Si no tienen un permiso, no se les permite operar. Los permisos deben estar basados en el concepto de las "Mejores Técnicas Disponibles" (BAT . Best Available Techniques) que se define en el artículo 2 de la Directiva <http://europa.eu.int/comm/environment/ippc/> (consultado 20 de septiembre 2008). Las conclusiones de la autorización deben publicarse.*

*(L)os Estados miembros deberán incluir en sus **códigos penales sanciones** "efectivas, proporcionales y disuasorias" contra las personas físicas o jurídicas que causen, inciten o colaboren con estos daños¹³.*

(Las sanciones pueden llegar a los 10 años de prisión y a multas de hasta 1 millón de euros)¹⁴.

Pero ¿qué hacer con otra gran cantidad de conductas que dañan el ambiente con diversa repercusión? Local, regional, global. Concentrémonos en repasar la efectividad de los remedios que se proponen. Es necesario recordar una vez más que se ha diferenciado siempre entre las medidas de regulación y control (*command and control*), es decir las regulaciones y el control estatal con los que se busca asegurar el cumplimiento de los objetivos de protección al ambiente de las otras, o sea las medidas de mercado, las tasas y por otro lado también de los compromisos voluntarios. Es preciso añadir que en la mayoría de los casos se puede observar que se aplican categorías mixtas. No es de sorprender que las reducciones en la contaminación han sido particularmente significativas en los países que aplican los instrumentos más estrictos.

Adelantando una primera respuesta a las preguntas que se formularan al principio se puede decir que predominan y parecen más eficaces, las medidas mixtas.

Puede ocurrir también, que los instrumentos económicos y los de regulación entren en conflicto o, por el contrario que se refuercen mutuamente. Respecto de los resultados de los programas voluntarios, no han sido muy alentadores.

Si se quiere profundizar estos temas se verá que se impone distinguir entre las distintas porciones de ambiente que se desea proteger, la naturaleza de los problemas que se intenta resolver, tanto como importa así mismo identificar los intereses de los diversos sectores para que las regulaciones sean eficaces. Sería necesario agregar la eficiencia con la que los diversos actores utilizan el ambiente y la importancia de un cambio de paradigma político. Sin olvidar que el efecto distributivo de toda regulación tiene aspectos sociales y éticos.

No tienen porqué ser iguales ni serán igualmente operativas las normativas para enfrentar la contaminación del agua, o para estimular el uso racional de los suelos, que las necesarias para estabilizar o disminuir el efecto invernadero o las que regulan qué hacer con la basura. A eso nos vamos a dedicar en otra parte de esta exposición. Se ha pensado, más bien, que es necesario disponer de tantos instrumentos como objetivos se pretenda lograr. No todos están de acuerdo; puede ser conveniente utilizar varios instrumentos para alcanzar un sólo objetivo, como también puede ocurrir que con un solo instrumento se consiga controlar varios objetivos. (matar dos pájaros de un solo tiro).

Los instrumentos para estimular el reciclado de los residuos¹⁵, por ejemplo, pueden combinarse con un programa de créditos negociables, con adelantos de créditos, con subsidios, con prohibiciones para

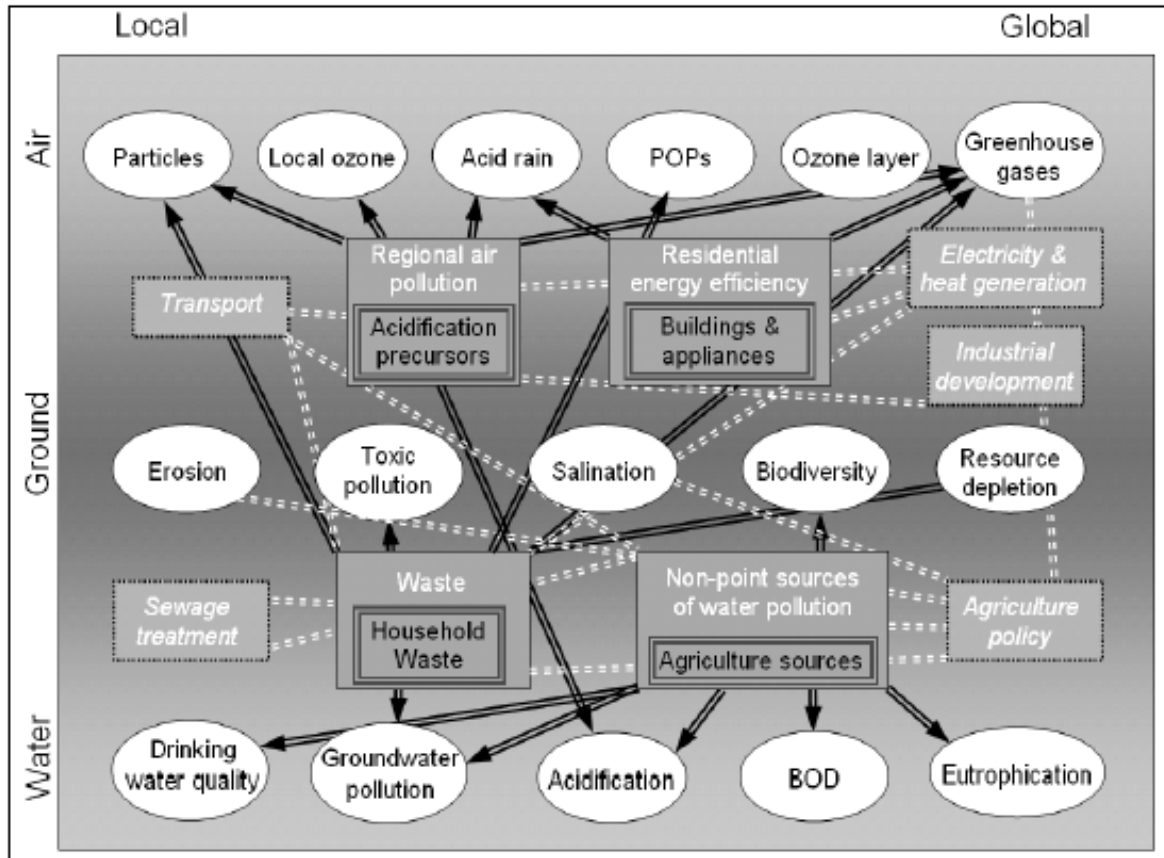
¹³ Los representantes permanentes de los 27 países que componen la UE expresaron también en Bruselas su acuerdo con ese texto por lo que, pese a estar pendiente de su aprobación formal a nivel ministerial, **la tramitación puede darse por finalizada.**

¹⁴ La mayor parte de las infracciones corresponde a los delitos contra la ordenación del territorio: construir en zonas protegidas.

arrojar cierto tipo de residuos especialmente residuos peligrosos, con el pago de una cuota por kilo de residuos o por volumen (pay as you throw), con la prohibición de incinerar que tiene en cuenta fundamentalmente las emisiones contaminantes, con la obligación de compactar o también dando o permitiendo beneficios económicos a la compactación.

Interrelaciones entre algunos problemas ambientales y las áreas políticas

Figure 2. Inter-relations between some environmentally related issues and policy areas



Ver nota ¹⁶

Externalidades

Muchos problemas ambientales se vinculan con las llamadas externalidades, las que se refieren a consecuencias no buscadas o al aprovechamiento gratuito de los recursos naturales. Muchos sugieren que la solución para las externalidades negativas radica en poner un precio al uso libre de los recursos, es decir darles un valor de mercado. Si bien el suelo, en la mayoría de los casos, está vinculado con algún derecho

¹⁵ OECD, Organización para la cooperación económica y el desarrollo. 28-Feb-2006 Grupo de trabajo sobre la prevención y el reciclado de residuos. (Working Group on Waste Prevention and Recycling), n° de documento JT03204660. Consultado en página web de la OECD, 23 de nov. de 2008. www.oecd.org/env/waste.

¹⁶ OECD, 14 de febrero 2007. INSTRUMENT MIXES ADDRESSING NON-POINT SOURCES OF WATER POLLUTION. Combinación de instrumentos para enfrentar fuentes no determinadas de contaminación del agua.

de propiedad, el empobrecimiento o la erosión del suelo podría ser una externalidad si la ganancia que produce ese empobrecimiento no está siendo calculada.

Comentario acerca de una entrevista

Sonó para mí como un llamado de atención el título de una entrevista y debate que publicara la OCDE, que se dirige a varios economistas de la división ambiental de dicho organismo y que tuvo lugar el jueves 27 de marzo de 2008. El título es: Pregunten a los economistas ¿Cuál es el precio de un planeta limpio?¹⁷, ¹⁸ La OECD, siguiendo su tradicional postura, enfatiza la importancia de las medidas de mercado. Desde luego, estamos frente a una pregunta mercadista. La pregunta ética, tal vez la de una ética utilitarista diría ¿Cuánto es equitativo pagar por un planeta limpio? O bien ¿Son más los que se benefician con un planeta limpio? La pragmática ¿Cuánto estamos dispuestos a pagar por un planeta limpio? La jurídica, poniendo el acento en lo deóntico diría ¿Cuánto debemos pagar por un planeta limpio? Y la axiológica: Si es mejor un planeta limpio ¿Cuál es la conducta que logra optimizar ese resultado?

Nos preguntamos por el cuánto. También es necesario preguntarse por el quién: ¿quién está dispuesto a pagar por un planeta limpio? Y quién estaría dispuesto a pagar pero no tiene los medios. Adhiero a la afirmación de que somos todos beneficiarios, ¿es posible separar a algunos que lo son más? Es obvio que no lo somos en igual medida. Pero dejemos de pensar en la responsabilidad para seguir el análisis concentrándonos en el problema para buscar al verdadero interesado en que el ambiente no se contamine eso es, como dice un profesor amigo: una "Brillant idea". Es necesario también evitar que las consecuencias del deterioro ambiental sea absorbida por la población menos favorecida.

Pero como parecería que toda acción social respecto de estos objetivos se debe traducir en regulaciones podemos parafrasear la pregunta interrogando así a los legisladores y juristas: ¿Cómo se encauzan las conductas para alcanzar la finalidad de tener un planeta limpio? ¿Cómo tener en cuenta simultáneamente la eficacia y la equidad? ¿Se trata sólo de una tarea de legisladores?¹⁹ Nos preguntamos también ¿es ineludible tener que pagar un precio? ¿Tiene que ser la solución necesariamente y en todos los casos global? ¿No termina pagando siempre el consumidor? ¿No es necesario separar lo local, lo regional y lo global? ¿Hay alguna autoridad capaz de evitar los mercados negros?

He visto con sorpresa que algunos no ven con desagrado la siguiente proposición: consumamos la tierra que total a la larga ya se encontrarán recursos explotando otros planetas. O también, la naturaleza encontrará su equilibrio sin la intervención del hombre.

En el debate al que aludo, interesa el enfoque sobre las medidas o mecanismos para lograr los objetivos ambientales. No quiere esto decir que esté de acuerdo personalmente con las prioridades que

¹⁷ OECD, Policy Briefs, febrero 2007. The Political Economy of Environmentally Related Taxes (Págs. 1 a 7) Consultado en www.oecd.org/publications/Policybriefs. 11-04-08.

¹⁸ Es pertinente recordar el argumento que surge de comparar lo que se ha gastado en salvar a los bancos de la crisis financiera con las exiguas sumas que se gastan en medidas ambientales.

¹⁹ Cabe recordar la tan citada frase de Alfred Marshall a quien se le preguntó su opinión acerca de una intervención estatal destinada a resolver un problema particular, respondió: "¿Está usted pensando en un Estado sabio, justo y todopoderoso, o en el Estado tal como es?".

prefiere la publicación con la que comienzo esta exposición. En la actualidad, entiendo que la prioridad es el uso racional del suelo como ecosistema (y de las aguas) para asegurar el alimento para toda la humanidad y luego en segundo término mitigar, frenar y si fuera posible, revertir el calentamiento global y la contaminación²⁰.

Se necesita vivir con los recursos ecológicos disponibles. Se trata de porciones del ambiente. Pero es cierto que hay objetivos que se pueden lograr sinérgicamente. Existe un ciclo permanente de equilibrio y retroalimentación entre los gases atmosféricos, las emisiones provenientes del uso de la tierra, la materia orgánica, los componentes químicos, los organismos vivientes y el agua. Si se logra que el uso de la tierra sea racional, al mismo tiempo, se estará obteniendo con toda seguridad el secuestro del carbono y restableciendo o mejorando el ciclo de los nutrientes como el nitrógeno, que es también responsable del calentamiento global y se estará neutralizando el empleo de agroquímicos.

En el comienzo del debate de la OECD, que deseo comentar, se interroga a un profesor (*K. Manhas*) de la Universidad de British Columbia, en Canadá, sobre cuál es la mayor prioridad ambiental y sobre la manera de alcanzarla. Él no duda en responder que la primera prioridad es estabilizar las emanaciones de carbono acentuando las medidas de mercado y encontrar mecanismos que repartan equitativamente entre todos los países el costo de la mitigación. Pero admite que, los instrumentos de mercado deben ser complementados con otros "no mercado", es decir con regulaciones y normas. Y pone un ejemplo, dice, se precisan Códigos de edificación porque si un propietario tiene alquilado su bien y es el inquilino el que paga la cuenta de electricidad, no tiene ningún incentivo para mejorar la eficacia energética de su propiedad.

¿Cuál puede ser el mecanismo para encontrar un reparto equitativo? ¿Cómo encontrar una herramienta común dadas las diferencias entre el mundo desarrollado y el mundo en desarrollo? ¿A quién le corresponderá definir lo que es equitativo²¹? Otra vez insistimos en que es evidente que estamos ante un problema que no es de la competencia exclusiva del mercado. No se puede pasar por alto y es preciso destacar, que el comentario del párrafo anterior agrega que los instrumentos de mercado deben ser complementados con otros "no mercado".

Siguiendo la lógica mercadista, por otra parte, no es posible tener en cuenta solamente si una tasa o un impuesto es eficaz para lograr un objetivo ambiental concreto porque puede producir otros efectos indeseados como la pérdida de competitividad, la pérdida de rentabilidad, el desaliento para la producción de determinados bienes necesarios. Esto es particularmente un escollo en el caso de tener que competir con mercados internacionales. Sin duda a más altos niveles de protección ambiental serán más altos los costos, al menos que las herramientas de protección ambiental logren el efecto de apurar mejoras

²⁰ Los documentos hablan de mitigación y adaptación.

²¹ Aristóteles, *Moral a Nicómaco* libro 5: 10, 1137. De la equidad. *Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo siendo lo justo, no es lo justo legal, lo justo según la ley; sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es, que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales.* (Es conveniente recordar la similitud con la conceptualización de las normas de derechos humanos en Ronald Dworkin o en Robert Alexy).

tecnológicas y estas frenen el encarecimiento. Con lo dicho se afirma además, que todas las medidas de mercado hacen subir los precios, pero no siempre ocurre así con las mejoras en tecnología.

Otro tema a considerar es que, por lo general, las tasas y los impuestos ambientales castigan mucho más a los que tienen bajos ingresos porque, es conocido el ejemplo: la parte del salario que se va en pago de la electricidad es en proporción mucho mayor en una familia de bajos ingresos que lo que pesa en el gasto de una familia de ingresos altos. Este es un problema de distribución. En este sentido, en cuanto a la distribución de la renta, diremos que se trata de un impuesto regresivo.

Continuando con el profesor Manhas, su opinión es que las tasas ambientales disuaden la producción de emisiones, estimulan la inversión en tecnología y mandan una señal a productores y a consumidores, a lo que se puede responder con otro argumento de signo contrario y es que no se puede conocer cuánto se disminuirán las emisiones porque no se sabe cómo va a responder la sociedad y como tampoco se conoce el verdadero costo de la mitigación, las tasas son medidas que deben estar sujetas a un ajuste permanente y al ensayo y error.

Cap and trade

Existe, en cambio, la posibilidad de fijar cuánto se disminuirán las emisiones en los sistemas llamados de (topes y comercio) *cap and trade*. Si bien tienen la dificultad de la distribución de los permisos de emisión y el control.

Así se puede resumir un programa de *cap and trade*.

1) La autoridad establece un tope sobre la masa total de emisiones para un grupo de fuentes y para un determinado período de cumplimiento, por ejemplo, un año.

2) Se divide el tope autorizado en permisos, cada uno representando una autorización para emitir una cantidad específica de contaminante. (Por ejemplo, 1 tonelada de SO₂)

3) La autoridad distribuye los permisos.

4) Durante el período establecido, el responsable de cada fuente mide y comunica todas sus emisiones.

5) Al final del período, cada fuente debe presentar las autorizaciones para poder cubrir la cantidad de contaminante emitida.

Si la fuente no tiene suficientes permisos para cubrir sus emisiones la autoridad administrativa le impone sanciones. Existe también la posibilidad de que pueda comprar permisos a quienes les sobraron. Pero se critica que equivale a otorgar a las empresas 'permisos para contaminar', que les permiten, producir una cantidad específica de emisiones.

En la Conocida ley sobre Aire limpio, (La Clean air act) de los EE.UU se prevé el otorgamiento de permisos negociables²².

²² Enmiendas de 1990 y 24 de febrero 2004. HDR 2007-2008. Se critica que La Ley de aire limpio (*Clean Air Act*) contempla menores controles de contaminación para las antiguas centrales térmicas a carbón de Estados Unidos que para las más nuevas, otorgándoles de hecho un subsidio indirecto por contaminar.

Otro mecanismo similar es otorgar certificados de reducción de emisiones negociables. Se crea así un mercado de certificados. Tiene la ventaja de que hay certidumbre respecto de la cantidad de emisiones que se van a reducir y por lo tanto, a certificar²³. Es más complejo, pero proporciona un medio para distribuir el costo de la mitigación de las emisiones. Este sistema es más consistente con el principio contaminador – pagador.

Es posible aplicar esta herramienta para otros problemas ambientales, por ejemplo, para acordar cumplir con ciertas prácticas (BAT, las mejores técnicas disponibles) y los bienes que se ajustan a dichas normas tienen derecho a un especial etiquetado o bien a que se les otorgue un certificado.

También hay que tener en cuenta los costos de administración y de monitoreo. Ambos sistemas requieren un seguimiento del comportamiento de las emisiones. Y precisan instituciones para hacer cumplir las regulaciones y en caso necesario, aplicar penalidades.

Los mecanismos del Protocolo de Kyoto, impulsan la formación de mercados para negociar los certificados de reducción de las emisiones. La parte del protocolo que aún no se ha implementado es la de las sanciones en las que incurrirán los países que no se adecuen a sus prescripciones. Veremos qué ocurrirá en las próximas reuniones: Poznan, Barcelona y sobre todo Copenhagen.

Como ya lo anunciamos, la OECD prefiere los instrumentos de mercado, sigue una lógica mercadista. Pero, continuando con la misma fuente, dicho organismo en su *Mirada ambiental hasta 2030* (*Environmental Outlook to 2030*), publicada en 2008²⁴ (*Background Report*, pág. 18) dice lo siguiente²⁵, cito:

En ausencia de intervenciones políticas adicionales y bajo suposiciones económicas conservadoras, los resultados ambientales se deterioran al tiempo que la población se expande y es más rica y ejerce una presión mayor sobre las reservas de recursos naturales.

Con lo que claramente rescata la necesidad de intervenciones políticas dado que supone que continúa el aumento de población y, lo que se considera más importante, el aumento de riqueza que se traduce en un aumento del consumo. Ya hace varios años advertía el PNUD, 1998 en su habitual informe anual sobre el desarrollo humano (como dice en la introducción de: [Perspectiva general: Cambiar las pautas actuales de consumo: para el desarrollo humano del futuro](#)) argumentaba que la humanidad estaba practicando

²³ HDR 2007 -2008 pág. 130. La *realpolitik* —política exterior basada en intereses prácticos más que en la teoría o la ética— para el cambio climático presenta un fuerte argumento a favor de los sistemas de emisiones de carbono negociables con fijación de límites máximos. Cualquiera sean los méritos teóricos o prácticos de los impuestos por la emisión de carbono, el ímpetu político que subyace a los sistemas de límites máximos con negociación está tomando fuerza. Es probable que en los próximos años seamos testigos del surgimiento de controles obligatorios a las emisiones en Estados Unidos y la expansión de la venta institucionalizada de derechos de emisión de carbono.

²⁴ Se puede consultar en la página de la OECD. *Background report to the OECD Environmental Outlook to 2030* Overviews, details, and methodology of model-based analysis www.oecd.org/environment/outlookto2030

²⁵ *In the absence of additional policy interventions and under conservative economic assumptions, the environmental outcomes deteriorate as the expanding and more affluent population exerts increasing pressure on the natural resource stocks.* (En ausencia de intervenciones políticas adicionales y bajo supuestos económicos conservadores, los procesos ambientales se deterioran porque la

pautas insostenibles de producción y de consumo. Y estas pautas continúan acentuándose. Hay suficientes mediciones²⁶ que prueban cómo ha aumentado el consumo de alimentos y energía per cápita. Países ricos, con poca población consumen más que el hombre promedio de los países en desarrollo.

Si continuamos con el comentario del debate se analiza luego en él, el problema de las externalidades.

La solución que proponen los partidarios de la regulación por el mercado es internalizar los daños ambientales. De esta manera "*La polución no es más algo invisible sino que tiene su costo*", dice el mencionado profesor de la Universidad de British Columbia.

Así explica la Evaluación de los Ecosistemas del Milenio (el Millenium Ecosystem Assessement) un aspecto de las externalidades:

Cito del Millennium Ecosystem Assessment, 2005. *Ecosystems and Human Well-being: Synthesis*. Island Press, Washington, DC.²⁷ Secc.2:146. pág. 20²⁸:

Las principales fuentes de las decisiones administrativas están influidas por la entrada de los servicios ambientales en los mercados. El resultado de que estos servicios no entren en el mercado es que se pierdan o se degraden. Estos beneficios que no tienen valor de mercado suelen ser altos y muchas veces, más valiosos que los beneficios del mercado.(Mi traducción)

Una tasa ambiental o el comercio de emisiones tienen el efecto de internalizar externalidades o, si se quiere, tienen la virtualidad de darles un precio, no son más algo gratuito. Contaminar conlleva su carga. Se piensa que esta es una solución efectiva y que empuja a buscar nuevas soluciones, estimula la creatividad y que consigue grandes resultados.

El aumento en el costo de la energía ayuda a utilizar la energía de un modo más eficiente. Lo mismo ocurre con el agua. La escasez de agua ha llevado en muchos sitios a gravar su consumo.

Hasta ahora hemos visto que se reconoce mayoritariamente la necesidad de sistemas mixtos y como se acaba de argumentar se reconoce que hace falta la intervención estatal

expansión y mayor riqueza de la población ejercen una presión creciente sobre la existencia de los recursos naturales).

²⁶ Es necesario notar que se dispone de instrumentos de medición de una gran precisión, por ejemplo, a través de las imágenes satelitales que nos pueden mostrar el consumo de energía con un mapa en el que se registren todos los puntos luminosos.

²⁷ Se puede consultar en la página web de la UNEP

²⁸ *Most resource management decisions are most strongly influenced by ecosystem services entering markets; as a result, the nonmarketed benefits are often lost or degraded. These nonmarketed benefits are often high and sometimes more valuable than the marketed ones.* (La mayoría de las decisiones sobre la gestión de los recursos están fuertemente influidas por la entrada de los servicios ambientales en los mercados, con el resultado de que los que no han entrado en el mercado son habitualmente perdidos o degradados. Esos beneficios que no han entrado en el mercado son muchas veces más altos y más valiosos que los que entraron en el mercado).

Pagos por servicios ambientales²⁹

El informe que anualmente produce la FAO con el nombre de SOFA (Estado mundial de la agricultura y la alimentación, 2007) que, obviamente, no es el último, está dedicado al pago por servicios ambientales, según lo expresa en su subtítulo: PAGOS A LOS AGRICULTORES POR SERVICIOS AMBIENTALES.

Existe una tendencia que también reafirman los informes de la UNEP en los "Millennium assessments" de evaluar los ecosistemas ambientales y sus servicios para el bienestar humano.

En el sistema de pagos: Los usuarios de servicios han de pagar por los servicios de los que disfrutan y los proveedores de servicios ambientales se verán compensados por proveerlos. Se trata de servicios que por lo general el mercado no compensa. Dado que, la publicación que he mencionado se trata de un informe de la FAO, se focaliza en los servicios que brinda la agricultura y que están vinculados con la alimentación. Los procesos de producción importan para la conservación o la degradación de los ecosistemas. Un servicio positivo de la agricultura puede ser contribuir a la recarga de las aguas subterráneas, mientras que procedimientos inadecuados pueden producir erosión, pérdida de la biodiversidad, contaminación, sobrepastoreo, que influirán negativamente entre los que comparten el ecosistema.

La producción agrícola está actualmente presionada por una demanda creciente de alimentos, fibras, aceites, alcoholes. Y será muchas veces necesario, estimular al productor para que no descuide la conservación del suelo, para que reponga sus nutrientes, para que no altere los efectos benéficos del ecosistema y para que contribuya a contrarrestar la emisión de gases de efecto invernadero.

Se critica a este enfoque porque encara la protección ambiental como una transacción comercial. Pero lo cierto es que no estamos acostumbrados a incluir las pérdidas por la degradación de las tierras en el cálculo total de la riqueza de las naciones. Como se dice en la Evaluación de los Ecosistemas del Milenio: La degradación de los servicios de los ecosistemas supone la pérdida de bienes capital³⁰ (y ³¹).

²⁹ Según la Evaluación de los Ecosistemas del Milenio. (Millennium Ecosystem Assessment), 2005. *Ecosystems and Human Well-being: Synthesis* Island Press, Washington, DC.

Los servicios ambientales incluyen la *provisión de servicios* tales como alimento, agua leña y fibra; *servicios regulatorios* que afectan el clima, inundaciones, enfermedades, residuos y la calidad del agua; *servicios culturales* que proporcionan beneficios recreativos, estéticos y espirituales; y *servicios de sostén* tales como la formación del suelo, la fotosíntesis, el ciclo de nutrientes. La especie humana depende fundamentalmente del flujo de estos servicios de los ecosistemas.

Ecosystem services. MA Conceptual Framework Millennium Ecosystem Assessment, *Ecosystems and Human Well-being*:

Ecosystem services are the benefits people obtain from ecosystems. These include provisioning services such as food and water; regulating services such as regulation of floods, drought, land degradation, and disease; supporting services such as soil formation and nutrient cycling; and cultural services such as recreational, spiritual, religious and other nonmaterial benefits.

Traducción: Los servicios ambientales son los beneficios que la gente obtiene de los ecosistemas. Incluyen la provisión de servicios tales como alimento y comida, servicios de regulación como la regulación de las inundaciones, sequías y degradación ambiental y enfermedades, servicios de sostén como la formación del suelo y el ciclo de nutrientes y servicios culturales como de recreo, espirituales, religiosos y otros beneficios no materiales.

³⁰ Para registrar la cita original: *A country's ecosystems and its ecosystem services represent a capital asset, but the benefits that could be attained through better management of this asset are poorly reflected in conventional economic indicators.*

³¹ Evaluación de los Ecosistemas del Milenio. Millennium Ecosystem Assessment, 2005. *Ecosystems and Human Well-being: Biodiversity Synthesis*.

World Resources Institute, Washington, DC. Copyright © 2005 World Resources Institute

Los servicios de los ecosistemas y también los recursos no renovables son bienes de capital.

Dice el informe de la FAO:

Además, muchos servicios de los ecosistemas (como el agua dulce en los acuíferos y el uso de la atmósfera como sumidero de contaminantes) están disponibles gratuitamente para aquéllos que los utilizan, y tampoco en este caso su degradación se refleja en las mediciones económicas corrientes. (pág. 11)

El estimarlos, medirlos e incluirlos en los balances nos daría una visión totalmente diferente. El crecimiento de la riqueza puede estar encubriendo la pérdida de recursos naturales.

El pago por los servicios ambientales se basa, generalmente, en normas. Pero igualmente podría ser voluntario y contractual. En los países desarrollados se ha utilizado como una respuesta a problemas de degradación ambiental. En general, los pagos agroambientales en los países de la OECD *están ideados para compensar a los agricultores por renunciar a prácticas agrícolas más intensivas y rentables*. Los agricultores, por consiguiente, se benefician con el pago. El que paga, lo hace para que no se produzca un efecto negativo. No paga el que contamina, sino que alguien paga para que otro no contamine.

El pago por servicios ambientales busca solucionar un problema ambiental, no es su primer objetivo encontrar una solución equitativa, aunque se intenta que se ajuste a la equidad y no produzca consecuencias sociales negativas.

Puede pagarse por hechos positivos como dijimos anteriormente, para que se recarguen las aguas subterráneas o para que no se realicen hechos perjudiciales, como para que no se contaminen las aguas con agroquímicos o con nutrientes.

En el pago por servicios ambientales hay al menos tres servicios íntimamente conectados con la agricultura: los que tienen que ver con el cambio climático, con la biodiversidad y con la contaminación y el agotamiento de las aguas. (Ver gráfico pág.20)

Entre nosotros la ley de bosques (protege los bosques nativos e impone una moratoria a los desmontes) (26331) establece el pago por esta categoría³². También se los prevé en el proyecto de ordenamiento territorial de la provincia de Formosa, iniciado siguiendo las indicaciones de la ley 25675. (Se puede agregar otras provincias).

“A country could cut its forests and deplete its fisheries and this would show only as a positive gain to GDP despite the loss of the capital asset. When the decline in these “natural capital assets” is factored into the measures of national wealth, the estimates of that wealth decline significantly for countries with economies that are especially dependent on natural resources”. (Pág. 6).

Traduciendo: Un país puede cortar sus bosques y depredar sus pesquerías y esto se mostraría solo como una ganancia positiva en el producto bruto pese a la pérdida de valor de capital. Cuando la declinación en estos valores naturales de capital se contabiliza entre las medidas de la riqueza nacional, la estimación de la riqueza declina significativamente en países cuya economía es particularmente dependiente de los recursos naturales.

³² La ley 26331 dice en su ARTICULO 5º - Consideráanse Servicios Ambientales a los beneficios tangibles e intangibles, generados por los ecosistemas del bosque nativo, necesarios para el concierto y supervivencia del sistema natural y biológico en su conjunto, y para mejorar y asegurar la calidad de vida de los habitantes de la Nación beneficiados por los bosques nativos.

Hay países como Costa Rica que crean un fondo de financiamiento para los servicios ambientales (1996, ley forestal, 7575) estableciendo un impuesto al consumo de combustibles³³.

Según el SOFA: *Los programas de PSA eficaces en función del costo, necesitan un diseño muy detallado:*

El diseño del programa implica cuatro fases principales: identificar qué debe pagarse, a quién debe pagarse, cuánto debe pagarse y qué mecanismo(s) de pago debe(n) utilizarse.

Probablemente la dificultad mayor radique en la identificación del servicio por el que se debe pagar y a quién se debe pagar. Calcular el monto de la compensación y la implementación del instrumento normativo. Relacionar proveedores con beneficiarios, con el apoyo de datos científicos³⁴.

Es fundamental la aplicación de criterios objetivos con rigor científico y comprender de forma clara las relaciones biofísicas entre las acciones de los agricultores y sus consecuencias ambientales. (Sofa, 07).

En América latina los pagos por servicios ambientales que han tenido mayor aplicación son los relacionados con los bosques, diseñados para lograr un aumento de los servicios ambientales forestales como: la absorción de carbono, los servicios hidrológicos y la conservación de la biodiversidad. Se ha utilizado un sistema de indemnizaciones pautadas en contratos plurianuales para reforestar, o manejar los bosques de un modo sostenible. (Méjico Scolel te, en Chiapas o en el Salvador SalvaNatura para el cultivo del café de sombra).

En los países de la OECD se diseñan los programas para que los agricultores abandonen prácticas intensivas.

También se les paga para retener carbono y mitigar, de ese modo, el cambio climático; para el cuidado de las cuencas hidrográficas; para mantener la biodiversidad.

Actualmente nos enfrentamos de un modo acuciante ante la necesidad de producir más alimentos. ¿Será posible hacerlo de una manera sustentable? ¿Se hará voluntariamente o será necesaria alguna compensación? O bien se hará por la imposición de la ley y el uso de la coacción?

Recordemos que cuando hay falta de rentabilidad se responde habitualmente y como reacción defensiva con un ahorro de nutrientes, con lo cual se está degradando el suelo; si lo producido se destina para la exportación, se está exportando suelo e incluso agua virtual. Es decir, bienes de capital, que son además, bienes escasos y como ya dijimos, habitualmente no se los contabiliza: son externalidades. El Sofa, como ya se ha dicho, recuerda el argumento que hay quienes consideran que pagar por los servicios ambientales representa para muchos una transacción comercial; a esa proposición, el informe responde que muchos servicios están degradados porque son de acceso libre, eso hace que generen un costo que no se paga.

³³ Hernán Sosa, Susan Kandel y Leopoldo Dimas, 2004: *Compensación por Servicios ambientales y comunidades rurales. Lecciones de las Américas y temas críticos para fortalecer estrategias comunitarias*. Instituto Nacional de Ecología. Consultado en Internet búsqueda de libros, Google. 17-10-08.

³⁴ Según el Sofa 07, El diseño del programa implica cuatro fases principales: identificar qué debe pagarse, a quién debe pagarse, cuánto debe pagarse y qué mecanismo(s) de pago debe(n) utilizarse.

Dice la Evaluación de los ecosistemas del Milenio:

A lo largo de los últimos 50 años, los seres humanos han modificado los ecosistemas con mayor rapidez y amplitud que en ningún otro lapso de tiempo comparable de la historia humana, en gran parte para satisfacer la creciente demanda de alimentos, agua dulce, madera, fibra y combustible.

Esto proporcionó ganancias y bienestar y se produjeron suficientes alimentos. Pero el costo fue, en muchos casos, la degradación de los ecosistemas y el reparto desigual del bienestar, agudizando, para algunos seres humanos, el aumento de la pobreza. Porque precisamente la población más pobre vive en zonas marginales. Al hecho de que no hay incentivos para proteger los ecosistemas se suma la convicción de que su aprovechamiento es gratuito. ¿Será tal vez, como argumentan algunos, porque los mercados no reflejan su valor? En el caso de la industria se acepta el enfoque que dice que el que contamina paga. No ocurre así con la agricultura. Tampoco es esta la propuesta del pago por servicios ambientales en el que se paga por no contaminar.

Tal vez sería ilustrativo dar algunos ejemplos que aclaren la magnitud y la consiguiente necesidad de mitigar la emisión de carbono. El barbecho cumple con la función de absorber carbono. Hay usos agrícolas con un período de almacenamiento más corto y otros, por el contrario con períodos más prolongados. Los pastos anuales retienen una pequeña cantidad. Pero es fundamental que el suelo quede cubierto, de ahí una de las grandes ventajas de la siembra directa, que se está practicando ampliamente en la Argentina. Los bosques ya sea por forestación o reforestación retienen alrededor de 75 toneladas de carbono por ha., si el barbecho se conserva entre 20 y 30 años. Y acumula un promedio de 5 toneladas por año y por ha. (los primeros años acumula más).

Todos los suelos contienen alguna cantidad de carbono depositada como materia vegetal muerta o de forma inorgánica como carbonato de calcio o dióxido de carbono disuelto en las aguas subterráneas.

Existen también, por supuesto, otros servicios de ecosistemas para cuya gestión la agricultura desempeña una función fundamental, como es el caso de la formación del suelo o los ciclos de nutrientes, que son esenciales para mantener la fertilidad del suelo e invertir el proceso de degradación de la tierra (Sofa, 07)

Por la acumulación o, por el contrario, por la emisión de carbono es por lo que el Protocolo de Kyoto presta tanta atención al uso de la tierra y al cambio en el uso de la tierra. Y es por eso que las sucesivas COP han especificado conceptos y métodos para identificar los usos de la tierra. (Lulucf o utcuts). Por eso es preciso analizar el artículo 3 del Protocolo³⁵. Y la importancia que tiene el uso de la

³⁵ Este es sólo el primer inciso del art. 3 del protocolo. 1. Las Partes incluidas en el anexo I se asegurarán, individual o conjuntamente, de que sus emisiones antropógenas agregadas, expresadas en dióxido de carbono equivalente, de los gases de efecto invernadero enumerados en el anexo A no excedan de las cantidades atribuidas a ellas, calculadas en función de los compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones consignados para ellas en el anexo B y de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, con miras a reducir el total de sus emisiones de esos gases a un nivel inferior en no menos de 5% al de 1990 en el período de compromiso comprendido entre el año 2008 y el 2012.

tierra en los mecanismos del Protocolo de Kyoto. Una vez identificados ¿Qué obligaciones se han acordado en el Protocolo que meriten obtener una reducción de las emisiones? Prestemos atención a los mecanismos y al grado de obligatoriedad.

Específicamente: Kyoto

Mecanismos del Protocolo de Kyoto

El sistema de pagos por MDL (Mecanismos para un desarrollo limpio) del protocolo de Kyoto es otra forma de pago por servicios ambientales. Por ejemplo los pagos por forestación y repoblación forestal. Las compensaciones surgen por el beneficio de la reducción o por la eliminación de las emanaciones de carbono. Es necesario medir el secuestro de carbono debajo y sobre la superficie, según la metodología que establecen los organismos del Protocolo y teniendo en cuenta la diferencia en ahorro de emanaciones de carbono que significa poner en marcha el proyecto del que se trate. Es decir debe haber una adicionalidad. Si el proyecto cumple con estos requisitos se otorga un certificado según la cantidad de emanaciones que se comprueba que se reducen.

Según dice el FMI: El cambio climático es una externalidad potencialmente catastrófica y uno de los más grandes problemas de acción colectiva para el mundo³⁶ por ser el clima un bien público global.

Pero como hace notar el Informe sobre el Desarrollo humano (HDR 2007/2008 capítulo 3, pág. 111) cito: *El cambio climático peligroso es una amenaza, no un hecho inevitable de la vida.*

Entre las propuestas más elaboradas están los mecanismos del Protocolo de Kyoto.

El Protocolo ofrece los mecanismos de flexibilidad. La UE los ha implementado en el programa llamado ETS (emission trade system?) que comenzó a funcionar entre 2005 y 2007. Los sistemas de emisiones de carbono negociables con fijación de límites máximos crean incentivos financieros que fomentarían la reducción de las emisiones

Dice el HDR 2007-2008 (pág.131) que no se puede desechar un programa tan ambicioso cuando todavía se encuentra en su etapa de prueba. Sin duda, el programa tiene fallas pero es prematuro abrir juicio. Sin embargo ha producido un enorme desarrollo institucional. En la primera etapa lo adoptaron más de 10.000 industrias con lo que se formó un mercado considerable, que dio extraordinarias ganancias a algunos grupos. En 2006 movilizó más de 24.000 millones de dólares.

El ETS funciona asignando permisos de emisión y permitiendo la venta de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Es necesario identificar los emisores, los que pueden vender sus excedentes o bien adquirir derechos de emisión para cubrir su cuota.

Este sistema funciona entre los Estados miembros. El mecanismo de desarrollo limpio, en cambio, permite a los países que han cumplido con las metas del Protocolo invertir en proyectos en países en vías de desarrollo.

³⁶ IMF, 2008. Nota de prensa del capítulo 4: *El cambio climático y la economía mundial Perspectivas de la economía mundial*, abril de 2008.

Hay un amplio consenso respecto a que se debe continuar con los tres mecanismos del Protocolo de Kyoto, resumiendo, estos son: el comercio de emisiones del art. 17, el mecanismo de implementación conjunta (Art. 6) y el MDL (Art. 12). De todas formas eso se decidirá en las próximas reuniones de las COP y por supuesto en la COP 15 de Copenhague que ya han agregado los REDD (reducción de las emisiones por desertificación y deforestación³⁷) y existen varias propuestas para dotarlos de efectividad, lo que se concretará seguramente con la emisión de certificados, similar pero no igual al de los CERs. También existe consenso respecto a que se debe llegar a un mercado global de carbono con un único precio de mercado. Es necesario decidir a qué grado de mitigación de las emisiones se desea llegar. Pero también en los debates de estos organismos hay acuerdo acerca de que las medidas de mercado deben ser complementadas con otras y particularmente estimular el desarrollo de tecnologías. (Estas son conclusiones del grupo de trabajo para las futuras obligaciones de los países del Anexo 1).

Unos pocos conceptos sobre la responsabilidad extendida del productor

Según la definición de Lindhqvist, cito:

Se trata de un principio político para promover mejoras ambientales para ciclos de vida completos de los sistemas de los productos al extender las responsabilidades de los fabricantes del producto a varias fases del ciclo total de su vida útil y especialmente a su recuperación, reciclaje y disposición final.

Un principio político es la base para elegir la combinación de instrumentos normativos a ser implementados en cada caso en particular. La responsabilidad extendida del productor es implementada a través de instrumentos políticos, administrativos económicos e informativos.

Conclusiones

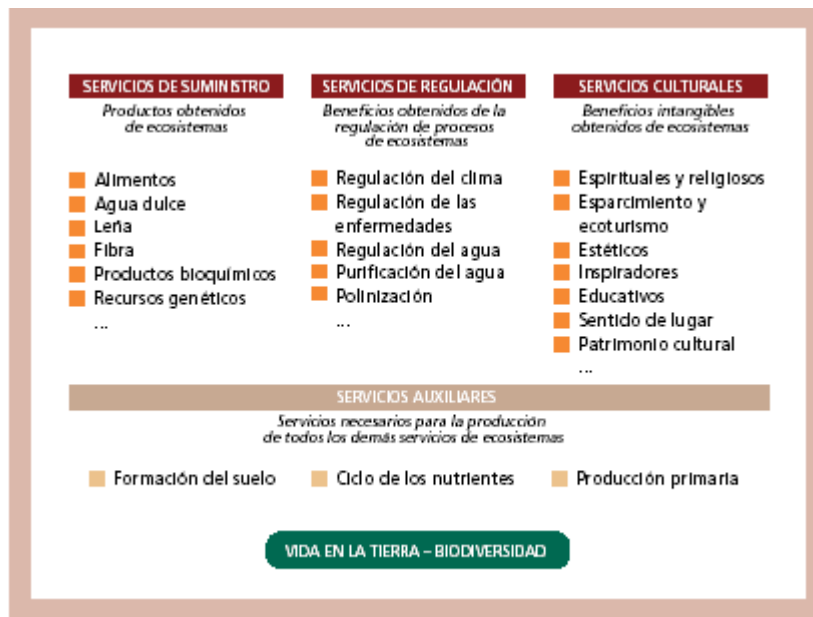
Reflexionemos como conclusión que para alcanzar las metas ambientales es, ante todo, indispensable un cambio cultural. Privilegio este factor de cambio. Carece de eficacia proclamar, por ejemplo, el derecho a la información sin una ciudadanía interesada en estar informada, requisito indispensable para una inteligente participación en la toma de decisiones. El cambio cultural debe expresarse precisamente en una voluntad política informada y apta.

Respecto de la eficacia o ineficacia de los instrumentos económicos, hemos ido marcando las conclusiones que en resumen son a) que mayoritariamente se apoya la necesidad de instrumentos mixtos, los de mercado juntamente con los de orden y control y b) que el mercado sólo, no consigue el logro de objetivos ambientales sino que se precisa la acción estatal de un estado idóneo, con instituciones sanas, capaz de contrarrestar la concentración de las fuerzas de mercado. Todo esto sin olvidar que un incentivo o una tasa, que se consideran instrumentos de mercado, son establecidos por normas que son, al fin y al cabo, impuestos por la autoridad y que deben ser controlados por ella.

³⁷ En inglés: UN collaborative programme on reducing emissions from deforestation and forest degradation in developing countries.

A estas dos conclusiones generales agregamos y acentuamos otra coyuntural: **la crisis económica vivida en 2008 mereció el desembolso de ingentes sumas que pareciera que no se está dispuesto a gastar en conservar nuestro habitat.**

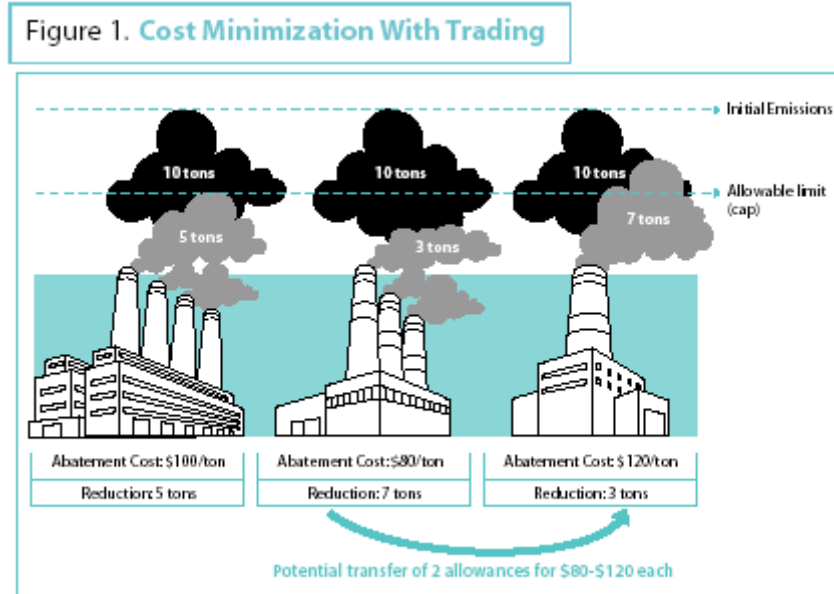
CATEGORÍAS DE SERVICIOS DE ECOSISTEMAS



Fuente: Tomada de Evaluación de ecosistemas del Milenio, *Ecosystems and human well-being: a framework for assessment*. Copyright © 2003 WRI. Reproducida previa autorización de Island Press, Washington, DC.

Tomado de: “El Estado Mundial de la Agricultura y la Alimentación 2007” (Sofa, 2007), pág. 4.

El gráfico siguiente muestra cómo funciona un programa de cap and trade, está tomado de la Agencia de protección ambiental y de la Oficina del aire y la radiación, que son las responsables de la publicación de una guía para la operación de programas de cap and trade.



United States Environmental Protection Agency Office of Air and Radiation EPA430-B-03-002 www.epa.gov/airmarkets June 2003, *Tools of the trade. A Guide To Designing and Operating a Cap and Trade Program For Pollution Control*

Bibliografía

- ALEXU, Robert, 2005 *La fundamentación de los derechos humanos en Carlos S. Nino*. Biblioteca virtual Miguel Cervantes. Edición digital Alicante, 2005.
- ANDRICH, Marta, 2008. Eficacia o ineficacia de los instrumentos de mercado... Publicado en la Revista electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja. Año II, número 2, otoño 2008. Pág 162 y sig.
- ARISTÓTELES, *Moral a Nicómaco*, libro 5; capítulo 10, 1137 "De la equidad". Enciclopedia Británica. The University of Chicago The Great Books. Nineteenth printing 1971. ISBN 0-85229-163-9. Pág. 385.
- COASE, Ronald, 1960. El teorema de Coase en El problema del costo social, publicado originariamente en *The Journal of Law and Economics*.
- DUVAL, Romain, 2008. OECD Economics department working paper no. 636 by Romain DUVAL, Romain, *A taxonomy of instruments to reduce greenhouse gas emissions and their interactions*. Traduciendo: *Taxonomía de instrumentos para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y sus interacciones*.
- DWORKIN, Ronald, 1977 *Taking rights seriously*. Cambridge. Harvard University press.
- FAO, 2007. *Sofa 2007 State of Food and Agriculture*. Estado de la alimentación y la agricultura.
- FMI, 2008. Nota de prensa del capítulo 4: *El cambio climático y la economía mundial Perspectivas de la economía mundial*, abril de 2008.
- HDR 2007-2008: Human development report. Informe sobre el desarrollo humano. PNUD.
- IPCC , 2007. Panel intergubernamental del Cambio Climático. 4to. informe. Se puede consultar en la página web del UNFCC. (Convenio marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático).

IPPC, Integrated Pollution Prevention and Control *Directiva Europea* 96/61/ CE, reemplazada luego por la 2008/1/CE. Se puede consultar en <http://europa.eu.int/comm/environment/ippc/> Consultado 20 de septiembre 2008.

Ley 25675. Ley General del Ambiente o ley de presupuestos mínimos.

Ley 26331. Ley de bosques nativos.

Lindhqvist, Thomas. *La responsabilidad extendida del productor* Tojo, N, Lindhqvist, T, & Davis, G. (2001). *EPR Programme Implementations: institutional and structural factors*. In *OECD Seminar on Extended Producer Responsibility, EPR: Programme Implementation and Assessment*, 13-14 December 2001, Paris.

Millenium Ecosystem Assessment. Evaluación de los Ecosistemas del Milenio, 2005. *Ecosystems and Human Well-being: Synthesis* Island Press, Washington, DC. <http://www.millenniumassessment.org>

Protocolo de Kyoto http://unfccc.int/kyoto_protocol/items/2830.php

OECD. Organización para la cooperación y el desarrollo económicos. Organisation for Economic Co-operation and Development, 28-Feb-2006 Working Group on Waste Prevention and Recycling, (Grupo de trabajo sobre prevención y reciclado de residuos). n° de documento JT03204660. Consultado en página web de la OECD, 23 de nov. de 2008. www.oecd.org/env/waste.

OECD, 14 de febrero 2007. Instrument mixes addressing non-point sources of water pollution.

OECD, *Policy Briefs*, febrero 2007. The Political Economy of Environmentally Related Taxes. (Págs. 1 a 7) Consultado en www.oecd.org/publications/Policybriefs.11-04-08.

OECD, *Background report to the OECD Environmental Outlook to 2030* Overviews, details, and methodology of model-based analysis. www.oecd.org/environment/outlookto2030

SOSA, Hernán, KANDEL, Susan y DIMAS, Leopoldo, 2004, *Compensación por Servicios ambientales y comunidades rurales. Lecciones de las Américas y temas críticos para fortalecer estrategias comunitarias*. Instituto Nacional de Ecología. Consultado en Internet búsqueda de libros, Google. 17-10-08.

UE, 2003. SECE Directiva 2003/87/CE, Sistema Europeo de Comercio de Emisiones.

PODER JUDICIAL, DEMOCRACIA Y DERECHOS SOCIALES

Por Horacio Javier Etchichury

RESUMEN

Este artículo se concentra en la llamada objeción "democrática", que cuestiona la legitimidad de las atribuciones judiciales para invalidar decisiones de los otros poderes. Revisa los límites y supuestos de esta postura, para luego presentar razones que justifican la intervención de los tribunales, en un modelo deliberativo de democracia. Finalmente, repasa los aportes de la objeción "democrática", y a partir de ellos, propone modalidades graduales de actuación para ciertos casos.

PALABRAS CLAVE

Poder judicial. Control de constitucionalidad. Derechos sociales

JUDICIARY, DEMOCRACY AND SOCIAL RIGHTS

By **Horacio Javier Etchichury**

ABSTRACT

This article discusses the “democratic” objection against judicial review. First, it describes some assumptions underlying this objection. After that, arguments are offered to support judicial intervention under a deliberative democracy model. Finally, the article analyzes how the “democratic” objection contributes to improve judicial review. In particular, some models of gradual intervention are described as alternatives for a more democratic version of judicial review.

KEYWORDS

Judiciary – Judicial review – Social rights.

PODER JUDICIAL, DEMOCRACIA Y DERECHOS SOCIALES

Por Horacio Javier Etchichury*

Introducción. La objeción “democrática”.

Desde hace tiempo se discute el legítimo alcance de las atribuciones judiciales. Muchas veces se critica la inacción de los tribunales, o la insuficiencia de sus intervenciones. Se alude entonces a la falta de independencia, a la debilidad frente a las presiones sectoriales o políticas, o bien a la ausencia de un compromiso con la vigencia efectiva de los derechos.

En otros casos, en cambio, se señala el peligro de que los jueces se arroguen facultades demasiado amplias, invadiendo el ámbito que corresponde a otros poderes. Se denuncia el peligro del “gobierno de los jueces”. La magistratura no tiene -en general- un origen electivo; por ello se discute su derecho a anular decisiones de los poderes de origen popular. A veces, la crítica se subraya que jueces y juezas provienen de un solo ámbito profesional (la abogacía), o que pertenecen mayoritariamente a una misma clase social. Ello les impediría tener una perspectiva amplia de las cuestiones que afectan al conjunto.

El problema se plantea a veces como la tensión entre “activismo judicial” y “poderes políticos”. El “activismo”, en realidad, se refiere al ejercicio indebido de atribuciones, la usurpación de facultades. Ahora bien, dentro de sus poderes, es lógico esperar que los tribunales se muestren activos. Si no, podría entenderse que el rol de la judicatura consiste en una mera pasividad, en arbitrar entre las pretensiones de las partes. Tal modalidad subsiste sólo en algunos procedimientos (como en el fuero civil de nuestro país), pero no en la mayoría. El principio de la tutela judicial efectiva, contenido en diversos instrumentos de derechos humanos¹, implica una carga de tareas mayor para la magistratura.

Se discute esta relación especialmente al tratar la exigibilidad judicial de derechos sociales, tales como la alimentación, la vivienda, la educación o la salud. Un sector de la doctrina aconseja dejar la implementación de estos derechos en manos de la legislatura y el ejecutivo (ROSENKRANTZ, 2003). Afirman que los tribunales no tienen legitimidad democrática (CRUZ PARCERO, 2004, 91) para intervenir en el manejo detallado del presupuesto, más aún cuando no existe un acuerdo pleno sobre la interpretación de estos derechos, o sobre cómo ponerlos en vigencia.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Master of Laws, Yale Law School. Profesor asistente, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Investigador Asistente, CONICET. Este trabajo se elaboró a partir de una ponencia presentada ante el Congreso Internacional de Teoría Constitucional, realizado en Córdoba el 11 y 12 de agosto de 2011. La ponencia obtuvo una mención especial del Comité Evaluador y fue seleccionada para su presentación en el Congreso.

¹Por ejemplo, en el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Podemos denominar "objección democrática" a este planteo². A veces, se presenta bajo la forma de una defensa del principio de división de poderes (DE WET, 1996, 40-42). En esta formulación, se alega que los jueces invaden la esfera del legislativo al invalidar leyes o al manipular fondos públicos, materias que –en general– están a cargo de los parlamentos. Otras veces, la objeción se formula como una defensa de la actividad genuinamente "política", por oposición a una supuesta "juridización" de las disputas sociales. Fernando Atria parece seguir este planteo. Este autor rechaza la consagración de derechos sociales subjetivos, alegando que esto lleva el conflicto político "desde las calles o parlamentos hacia las cortes"; el derecho se convierte, indebidamente, en el instrumento de la acción política. Los tribunales resuelven cuestiones que, según Atria, "antes estábamos acostumbrados a creer que debían ser decididas por asambleas representativas" (ATRIA, 2004, 34-35).

En el presente trabajo, (1) revisamos los límites y supuestos de esta objeción. Luego (2) presentamos razones que justifican la intervención judicial incluso en derechos sociales, en el marco de un modelo deliberativo de democracia. Finalmente, (3) repasamos los aportes de la objeción "democrática", y a partir de ellos, (4) proponemos modalidades graduales de actuación para ciertos casos.

1. Los límites y supuestos de la "objección democrática".

Intentaremos primero señalar los límites y alcances de esta objeción, para ver hasta qué punto resulta fundada, y en qué medida aconseja que la magistratura no intervenga en materia de derechos sociales. Así podremos matizar lo que parece la derivación lógica de esta objeción, a saber: que los derechos sociales no deben ser judicialmente exigibles.

¿) Usualmente, la objeción "democrática" suele apuntarse contra la facultad judicial de invalidar normas declarándolas violatorias de la Constitución. Sin embargo, la objeción nos lleva mucho más lejos. Sobre la misma base, también resultaría inaceptable que un tribunal simplemente obligue a cumplir normas infraconstitucionales. Podría criticarse como antidemocrático (o contramayoritario) el ejercicio de esa función.

Supongamos que una ley otorga a toda persona portadora del VIH el acceso gratuito a los medicamentos necesarios. El Ministerio de Salud dicta los reglamentos para proveer las drogas, pero luego un hospital no las entrega a un paciente. La persona hace el reclamo administrativo y ante el silencio del Ministerio, exige los medicamentos judicialmente. En general, quienes sostienen la objeción "democrática" no ven aquí un problema. La ley y el reglamento ministerial, ambos de origen democrático y mayoritario, fijan la obligación del hospital. Si un tribunal ordena cumplir, no invade atribuciones de otros poderes.

Pero miremos el caso con más detalle. El hospital no entrega las drogas; el Ministerio no responde al reclamo ni sanciona al establecimiento; el Congreso no enjuicia políticamente al ministro. ¿Estamos ante

² Nino parece suscribir ese razonamiento. En una obra de 1992, manifiesta su preocupación frente a la combinación (que él observa en la constitución brasileña de 1988) entre "una visión expandida de los derechos", típica del

un "incumplimiento"? En realidad, la aparente omisión puede verse como una nueva decisión mayoritaria: la de postergar el momento de proveer medicación gratuita. Las mayorías que deciden llevar adelante una política sanitaria, pueden también recortarla, posponerla, derogarla, incluso tácitamente. ¿Con qué legitimidad democrática, entonces, el juzgado podría exigir a la mayoría cumplir con compromisos, si esa mayoría resolvió desconocerlos, o dejarlos para más adelante?

De modo que la objeción "democrática" no sólo invalida el control judicial de constitucionalidad. También pone en cuestión toda directiva o sanción de los tribunales contra entes dotados de mayor legitimidad democrática relativa. Un tribunal sólo podría actuar sobre individuos o grupos que no tengan validación electoral. En general, quienes sostienen la objeción "democrática" no llegan a plantear esta conclusión. No se comprende por qué limitan su crítica a la revisión constitucional.

En este trabajo, damos razones para justificar la atribución judicial de revisar la constitucionalidad de las normas dictadas por otros poderes, y actuar en consecuencia. Creemos que si esa facultad resulta aceptable, la de ordenar el cumplimiento de normas infraconstitucionales quedará también, *a fortiori*, justificada.

ii) La objeción "democrática" no cuestiona únicamente la exigibilidad judicial de los derechos sociales. Por el contrario: resulta aplicable a los derechos civiles y políticos (SCOTT y MACKLEM, 1992, 27). Si en nuestro país los jueces no pueden invalidar decisiones mayoritarias en materia de provisión de medicamentos contra el SIDA, tampoco se les puede reconocer legitimidad para declarar inconstitucional una ley que imponga la pena de muerte para delitos gravísimos³. La objeción "democrática", entonces, opone una valla al control judicial de constitucionalidad en cualquier área (incluso en cuestiones de la llamada parte "orgánica" de la Constitución). En cada caso podría decirse que se afecta la voluntad de las mayorías. Una vez más, no se comprende por qué esta objeción suele centrarse sólo en los derechos sociales.

iii) La legitimidad democrática de los jueces es menor solamente en términos relativos. El legislativo y el ejecutivo tienen mayor representatividad, pero su voluntad no equivale a la de la mayoría del electorado. No nos referimos a la ocasional deshonestidad de dirigentes particulares, sino a diseños institucionales que ponen en duda la supuesta identidad entre órganos electivos y voluntad popular. Cabe añadir que estos poderes, en todo caso, representan a las personas con derechos políticos; pero esto excluye a extranjeros, convictos, niños y adolescentes, entre otros grupos. Todos ellos tienen derechos, y no pueden hacerlos valer a través del voto (ELÍAS, 2011, 297).

Las mayorías legislativas, en cualquier caso, no siempre reflejan las preferencias políticas ciudadanas. Los porcentajes no se traducen mecánicamente en escaños. Esto ocurre, obviamente, en

constitucionalismo social europeo, con el sistema estadounidense de control de constitucionalidad, que "transfiere un enorme conjunto de facultades al Poder Judicial" (NINO, 1992, 6-7).

sistemas uninominales⁴ y de listas completas o incompletas⁵. También los sistemas proporcionales excluyen -a través de los mínimos exigidos- a ciertas minorías, beneficiando a partidos con mayor peso⁶. Las cámaras suelen renovarse parcialmente; en ellas coexisten expresiones electorales de distintos momentos⁷. En el Senado argentino, la igualdad de representación de las provincias genera mayorías que no siempre reflejan las posturas políticas de la ciudadanía. Un partido puede ser mayoritario en el Senado y minoritario en el electorado nacional⁸.

Tampoco el poder ejecutivo representa necesariamente una mayoría de votantes. La elección indirecta, a través de un colegio electoral, permite a quien obtuvo menos votos populares quedarse con la presidencia⁹. Una elección directa, por su parte, simplemente asegura que la fórmula vencedora haya obtenido la mayor cantidad de votos afirmativos válidamente emitidos, y no siempre una mayoría electoral; basta con la primera minoría. A su turno, los sistemas de doble vuelta apuntan a generar una base mayoritaria para la persona electa. Sin embargo, no se computan los votos en blanco o nulos. Aun si la abstención espontánea o concertada representa la mayoría real del electorado, la doble vuelta dirime la presidencia entre dos fórmulas y consagra a una como "mayoritaria"¹⁰. Este repaso sintético permite matizar la habitual contraposición entre un poder judicial "minoritario" y legislaturas o ejecutivos "mayoritarios"¹¹.

Debe señalarse que el aislamiento electoral de los jueces no es absoluto. En general, casi todos los sistemas cuentan con vías de control político democrático sobre el Poder Judicial, tales como el juicio político. En último caso, el ejercicio del poder constituyente brinda una salida frente a un hipotético aislamiento absoluto o "autismo político" de los jueces en su rol de control de constitucionalidad.

iv) Contra lo que suele darse por supuesto, la intervención judicial sobre derechos sociales (u otro derecho cualquiera) no pone fin a la disputa en el terreno político. La legislatura y la administración pueden, ejerciendo sus competencias, dar respuesta a las cuestiones planteadas, mientras la judicatura lleva

³Una norma en tal sentido sería inconstitucional por violar el art. 4.2 de la CADH, dotada de jerarquía constitucional. Periódicamente, en nuestro país se propone incorporar esta pena al elenco del art. 5 del Código Penal.

⁴Los distritos pueden estar delimitados para dividir ciertas áreas donde predomina un partido; así, una agrupación puede triunfar por separado en cada circunscripción sin tener una mayoría en el conjunto (SARTORI, 1994, 35-36).

⁵ En el sistema argentino de lista incompleta (o ley "Sáenz Peña" de 1912), a un partido le bastaba obtener la primera minoría en votos afirmativos y válidos (por ejemplo, un 35%) para quedarse con el 66,66% de las bancas.

⁶En el régimen proporcional argentino, el piso es de 3% del padrón (no de los votos emitidos) en las elecciones para diputados nacionales (ley 19.945, art. 160).

⁷La cámara de Diputados argentina se renueva por mitades cada dos años y el Senado, por tercios al mismo ritmo (CN, 50 y 56). La cámara baja expresa los resultados de dos elecciones, y el Senado, los de tres. Pueden encontrarse preferencias políticas de hasta cuatro (en Diputados) o seis (en Senadores) años atrás. La cámara alta, además, no renueva la representación de todas las provincias a la vez. En un momento dado, algunas provincias aparecen con su voluntad política reciente, mientras otras muestran las posturas de cinco o más años atrás.

⁸ Esto no varía incluso si la elección es directa, o si se garantiza la representación de la segunda fuerza más votada, como en el caso argentino (CN, 54).

⁹Así ocurrió, por ejemplo, en las elecciones estadounidenses de 1876, 1888 y 2000.

¹⁰ La representatividad puede ser aun menor si la fórmula más votada desiste de presentarse, como ocurrió en Argentina en 2003. La segunda queda consagrada con un porcentaje sensiblemente menor al mayoritario.

¹¹La objeción se debilita mucho más cuando la magistratura sí tiene origen electivo, como ocurre en varios estados norteamericanos (TUNC, 1971, 67-68).

adelante su tarea. El control judicial no excluye el control político (en el marco de las instituciones) y el control social (llevado a cabo desde la sociedad civil, a través del ejercicio de los derechos de petionar, de asociarse y de protestar, entre otros) (ARAGÓN, 1995, 201).

La exigibilidad judicial no significa que todo conflicto sobre derechos vaya a resolverse siempre ante los tribunales: sólo existe como posibilidad. Muchos desacuerdos se tratarán políticamente ante los otros poderes, o en la sociedad civil.

v) Al subrayar la mayor legitimidad de las ramas electivas, parece darse por sentado que ellas protegen mejor los derechos sociales (o cualquier otro derecho). Sin embargo, las mayorías legislativas o ejecutivas pueden violentar derechos de individuos, de minorías, y también de grupos mayoritarios (o de la totalidad de la población). A modo de ejemplo, puede mencionarse el recorte de salarios y jubilaciones aprobado por el parlamento argentino¹² en 2001. Se trata de una decisión emitida por el parlamento, con apoyo mayoritario, pero de un contenido claramente regresivo que afectó a sectores amplios de la sociedad.

Cabe preguntarse entonces si el proceso político ofrece garantías adecuadas para los derechos. El principio mayoritario debería arrojar resultados diferentes a los que presenciamos en muchas democracias. Según Loffredo, considerando el peso numérico de los pobres, la intensidad de su interés en aliviar su situación, y el bajo costo de paliar las condiciones más extremas, cabría esperar políticas sociales mucho más amplias y generosas, si el proceso político funcionara bien; esto es, si fuera receptivo a las demandas de los sectores más castigados socialmente (LOFFREDO, 1993, 1322). Esto nos lleva a pensar que deben existir ciertos problemas en el marco democrático y en el autogobierno de la comunidad. Ello explicaría que la sociedad argentina, por ejemplo, organizada según el principio mayoritario, permita que grupos muy numerosos de personas vivan bajo la línea de pobreza o afectados por enfermedades evitables. ¿Qué impide a estas vastas capas sociales imponer la agenda necesaria para asegurar su supervivencia? Tienen derecho al sufragio y en gran parte viven en las ciudades. ¿Por qué el sistema democrático no parece recibir sus reclamos? Más allá de las diferencias interpretativas que podamos tener en materia de derechos sociales, parece claro que muchísimos habitantes del país viven sin poder ejercer tales derechos. La única respuesta parece ser atribuir a estos sectores falta de interés en su alimentación, salud o vivienda. Obviamente, esta idea nos parece insatisfactoria: contradice intuiciones muy básicas sobre lo que los seres humanos suelen querer. Volveremos sobre esta aparente ineficacia del sistema político.

2. La intervención judicial: su legitimidad en el marco de una democracia deliberativa.

Frente a la objeción “democrática”, existe una primera respuesta usual. Consiste en señalar que el control de constitucionalidad no violenta una voluntad mayoritaria (la del parlamento, por ejemplo), sino

¹²A través de la ley 24.453 (llamada “ley de déficit cero”). El art. 10 de esta norma permitía recortar la remuneración de trabajadores activos y jubilados en todo el sector público nacional hasta el porcentaje necesario para evitar el déficit fiscal. La primera reducción fue del 13%.

que pone en vigencia la voluntad mayoritaria del poder constituyente. Por supuesto, esta postura omite considerar las condiciones concretas en que se sancionó la constitución, que muchas veces dista enormemente de una situación de democracia (GARGARELLA, 2008, 26). En todo caso, se da por cierta esta legitimidad de origen. La magistratura, entonces, simplemente estaría devolviendo a su sitio a la verdadera mayoría, y descartando una expresión errada de una mayoría circunstancial o contingente. Aproximadamente así se justifica, desde *Marbury*¹³ en adelante, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad.

Gargarella señala que el argumento podría sostenerse mejor si la constitución presentara un sentido unívoco (GARGARELLA, 2008, 154). Sin embargo, las divergencias interpretativas vuelven problemático el uso de la ley suprema como criterio de demarcación entre expresiones legítimas e ilegítimas de las mayorías. En la zona gris o difusa de interpretación, vuelve a asomar la pregunta: ¿por qué serían los jueces los encargados de resolver la interpretación? Debemos entonces intentar conciliar la noción de democracia con la de control de constitucionalidad (y con la de constitucionalismo en general).

Un modelo deliberativo de democracia

La relación entre derechos y mayorías resulta más armónica en una democracia basada en la deliberación¹⁴. Allí las decisiones reciben su legitimidad por surgir de un proceso que permite la presentación y discusión de informaciones y razones. Toda persona que pueda tener un interés en la decisión debería poder participar de ese diálogo, donde se revisa abiertamente todo argumento (HABERMAS, 1994, 172-173).

Este procedimiento deliberativo se encarna en instituciones jurídicas (HABERMAS, 1994, 497) que dan curso a la voluntad política generada en el plano de la sociedad civil. En el marco de sociedades complejas, con constelaciones de valores muy diversos, el derecho ofrece el marco adecuado, que contribuye a suplir la falta de una fuerte tradición común que una sin fisuras a todos los integrantes de una comunidad. De esta forma, hace posible el autogobierno de esa sociedad.

Al seguir ese proceso, se presume que el resultado será racional al crear y aplicar derecho. Esta expectativa de legitimidad de la decisión legislativa permite el uso de la coerción (HABERMAS, 1994, 95). Dicho de otra forma: se justifica aplicar la fuerza para cumplir una norma cuando ésta se creó a través de un procedimiento que –en general– produce decisiones legítimas. Esa (presunta) legitimidad vuelve aceptable las medidas coactivas contra quienes violan la norma en cuestión.

En este modelo las personas necesitan reconocerse mutuamente un sistema de derechos para actuar como destinatarias y como autoras, a la vez, de las leyes (HABERMAS, 1994, 188); en otras palabras, para poder ejercer el autogobierno. La vigencia del principio de mayoría se complementa con la necesidad de proteger un conjunto de derechos. Ahora revisamos, a la luz de este modelo, la tensión entre la actuación judicial y la de los poderes políticos mayoritarios.

¹³*Marbury v. Madison*, 5 US 137 (1803). Hay publicada una versión en castellano (MILLER *et al.*, 1987, 5-14).

La difícil separación entre decisiones y derechos

Comenzamos por señalar que la objeción “democrática” parte de una premisa muy discutible: la distinción entre la toma de decisiones y la vigencia de los derechos. Luego de aislar ambas cuestiones, claramente da preeminencia al acto de decidir (por mayoría); el contenido de los derechos queda subordinado a la resolución mayoritaria. La legitimidad de una decisión depende, primariamente, de su carácter mayoritario, y no de la vigencia de los derechos existente al momento de su adopción.

Veamos un ejemplo. Supongamos que alguien afirma que una norma aprobada sobre atención médica viola el derecho constitucional a la salud. Quienes sostienen la objeción “democrática” responden que eso no es posible: el derecho a la salud está definido por esa misma ley (si fue aprobada correctamente por la mayoría debida). No puede haber otra interpretación. La mayoría (parlamentaria, en este caso) marca el alcance de los derechos. Contra esa determinación, los jueces no tienen legitimidad para intervenir, revisando o deshaciendo la voluntad mayoritaria. En otras palabras, la objeción “democrática” sostiene que puede existir legitimidad aunque los derechos no estén garantizados. Si se alegan violaciones de derechos, el mismo órgano decisor determina si ellas existieron.

La objeción “democrática” adopta entonces un concepto meramente cuantitativo de mayoría¹⁵. El criterio último de legitimidad se halla en el número de votos reunidos en una instancia determinada. Si bien esta noción llena algunas expectativas sobre la democracia, a la vez contradice algunas intuiciones sensatas. En efecto: siguiendo este criterio cuantitativo, el plebiscito que confirmó al dictador chileno Augusto Pinochet en 1980 debería ser respetado como un acto democrático. Sin embargo, algo en la objeción “democrática” no encaja si nos lleva a semejante conclusión (GARGARELLA, 2008, 36).

Para comprender esta insuficiencia del criterio cuantitativo, debemos revisarlo desde el modelo deliberativo de democracia. Como vimos, la legitimidad en ese marco exige que el derecho surja de un procedimiento específico. En él se institucionalizan los elementos necesarios para alcanzar acuerdos racionalmente fundados. Para poder ser autores y destinatarios de las leyes, los sujetos requieren el respeto de un sistema de derechos, los cuales constituyen su autonomía pública y privada. Sólo es legítimo el derecho surgido de un procedimiento donde tales derechos se reconozcan de modo igualitario para todas las personas. No todas las decisiones mayoritarias merecen el mismo respeto, señala Gargarella; la mayor validez se asocia a las que resultan la expresión más directa de la voluntad ciudadana, pero se necesita que haya información y “mutua clarificación” en la discusión sobre las cuestiones en juego; de ese modo los problemas colectivos se discuten colectivamente, como vía para alcanzar la mayor imparcialidad posible. La discusión debe incluir a todos los “*potencialmente afectados*” por la decisión (GARGARELLA, 2008, 35-39). La democracia no aparece entonces como un proceso de “agregación” de preferencias, sino de

¹⁴En este trabajo seguimos el modelo ofrecido por Jürgen Habermas (HABERMAS, 1994; HABERMAS, 1996).

¹⁵Sin embargo, ya hemos mostrado que muchos órganos electivos no cumplen necesariamente con esa condición de mayoría numérica.

“transformación” de ellas. Esta discusión colectiva respeta el principio de igualdad, ya que a nadie se reconoce una mejor posición que le autorice a decidir sobre los demás.

En el marco de la democracia deliberativa, la toma de decisiones no puede prescindir de los derechos. No pueden escindirse estos dos aspectos de la democracia. La separación resulta artificial. Si no tienen vigencia los derechos, el autogobierno tiene bases espurias y se apoya finalmente en la mera coerción. Lo mismo ocurre a la inversa: si no se pone en vigor la voluntad de la ciudadanía, la autonomía pública y privada garantizada por esos derechos no se está ejerciendo realmente. Dicho de otro modo: no hay democracia si no hay procedimientos que privilegien la voluntad mayoritaria; pero no hay deliberación si no se asegura la autonomía de los participantes mediante el respeto de sus derechos. Sin decisiones mayoritarias o sin vigencia de derechos, no hay democracia deliberativa. De esta forma empezamos a comprender la aparente ineficacia del sistema político para generar soluciones a favor de los sectores empobrecidos. Pese a que constituyen grupos numerosos y a que tienen derechos políticos iguales, de hecho su posibilidad de ejercer autonomía política e incidir en la creación de derecho no es igualitaria. Para que lo fuera, otros derechos (además del sufragio o la libertad de expresión) deberían también garantizarse; se requiere la vigencia del conjunto del “sistema de derechos” descrito por Habermas como núcleo de la democracia deliberativa¹⁶. Este conjunto incluye los derechos sociales, o -en palabras de Habermas- los derechos “a que se garanticen condiciones de vida que vengán social, técnica y ecológicamente aseguradas”, según sea necesario, “para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades” de los derechos civiles (HABERMAS, 1994, 191).

Este vínculo entre la legitimidad y los derechos aparece, de otra forma, en un argumento presentado por Tushnet. Este autor considera que la legislatura no puede resolver las cuestiones relativas a su propia legitimidad. Esa legitimidad queda afectada si el Legislativo ha sido elegido en un marco donde grandes porciones de la población no gozan de derechos necesarios para la participación política significativa (incluyendo, por ejemplo, alimentación, educación, vivienda). En ese marco, señala Tushnet, nos encontramos “en una casa de espejos conceptual” (TUSHNET, 2008, 191). Los jueces no pueden

¹⁶También cabe recordar un elemento destacado por Dworkin, a fin de comprender mejor por qué no suele plantearse en los órganos representativos el mejoramiento integral de las condiciones de vida de amplias mayorías. Al analizar cómo se justifican las decisiones colectivas, Dworkin repasa el argumento utilitarista, según el cual el número de personas que prefieran algo y la intensidad de esas preferencias constituyen la base de una decisión aceptable. Con acierto, Dworkin marca que las preferencias no pueden simplemente sumarse. Señala que, en muchos casos, ellas se basan no en lo que alguien quiere para sí, sino para otros. El prejuicio puede tener allí una gran incidencia al formar las preferencias. Dworkin sostiene que las preferencias basadas en prejuicios no son aceptables, porque violan el derecho a ser tratado como un igual de aquellos a quienes perjudica. Tomando un ejemplo estadounidense, este autor afirma que por más que una comunidad blanca tenga intensas preferencias por la segregación racial, éstas se fundan en prejuicios y ello las vuelve violatorias del derecho de la población negra a ser tratada como igual. Por ello, no deberían tomarse en cuenta al momento de valorar la voluntad común (DWORKIN, 1977, 342-345). No resulta difícil aplicar estas nociones al caso de quienes ven violados sus derechos sociales en Argentina. Cabe pensar que, más allá de sus padecimientos materiales, sufren un prejuicio en su contra de alguna parte de quienes -al igual que ellos- tienen derecho a votar y a ser votados. Aquí resulta de interés señalar, precisamente, que la deliberación ofrece el marco adecuado para someter dichos prejuicios a la crítica pública. Quienes sostengan, por ejemplo, que quienes no tienen acceso a la salud o a la educación no la merecen, o que no es posible cumplir esos derechos, deberán ofrecer los argumentos racionales que apoyen esa idea. Una vez expuesto y criticado, el prejuicio pierde su capacidad de actuar desde las sombras; véase Habermas, 1967: 255.

resolver la cuestión, porque el principio democrático los obliga a seguir el criterio del legislativo, representante de las mayorías; pero la legitimidad de la legislatura depende de resolver previamente estas cuestiones planteadas (la violación de preceptos constitucionales, la falta de derechos de un sector del electorado).

Esa "casa de espejos" vuelve a mostrar la unidad entre ambos aspectos (procedimiento mayoritario y vigencia de derechos). La paradoja aparente deriva de dividir la democracia en dos aspectos y luego intentar determinar cuál es más importante. Cada vez que se privilegia uno, el otro aparece como su requisito y finalidad, y viceversa.

La decisión legítima en este modelo de democracia presupone una deliberación significativa, al menos como posibilidad abierta, donde no sólo se haya respetado el procedimiento sino también hayan podido participar todos (GARGARELLA, 2008, 147-148). Para que ello sea posible, los sujetos deben contar con los derechos que les permitan intervenir (aunque decidan no participar en tal o cual instancia concreta), y el goce de tales derechos debe ser igualitario (GARGARELLA, 2008, 167). De otro modo, no se logra una deliberación y acuerdo entre iguales. Esa igualdad deriva de la facultad humana (igualmente distribuida) de comunicarse y aceptar o rechazar racionalmente las propuestas de sus interlocutores. No se trata, entonces, de desechar el principio mayoritario a partir de una concepción elitista de la democracia, donde sólo algunos grupos o personas tengan la posibilidad de definir la "verdadera" voluntad pública.

Jueces, mayorías y "última palabra"

Replanteada así la cuestión de la legitimidad democrática, podemos ver bajo otra luz la actuación de los tribunales. A través de la exigibilidad judicial, la magistratura no deshace ni revierte la voluntad "mayoritaria". Por el contrario: se dirige a restablecer (en la medida de lo posible) las condiciones para que haya una mayoría legítima, una toma de decisiones democrática.

La intervención judicial se justifica, además, porque aporta a la deliberación un punto de vista diferente del generado dentro del órgano autor de la decisión (la legislatura, por ejemplo). Actúa entonces como una revisora externa, y brinda una nueva visión sobre la norma analizada. En efecto: la discusión dada en los cauces institucionales de un parlamento, o de una reunión de gabinete ejecutivo, puede necesitar una ampliación a partir de los argumentos esgrimidos en el marco judicial por grupos afectados.

Por otra parte, el enfoque judicial sobre una norma se forma dentro de las pautas de una disciplina (el Derecho) y en el marco de un proceso especial (el judicial), ambos distintos del vigente en el poder cuyos actos se cuestionan. Esta diferencia cualitativa en la manera de generar argumentos enriquece la deliberación en torno a los derechos presuntamente afectados.

Cabe aquí una importante aclaración. La intervención judicial en este planteo deliberativo no constituye la "última palabra" en materia de derechos. Por ello conviene retomar la distinción de Gargarella entre "revisión judicial" y "supremacía judicial" (GARGARELLA, 2007, 140)¹⁷. La primera, en

¹⁷ La "supremacía", para Gargarella, resulta objetable sobre la base del principio de igualdad, fundamento del respeto a la voluntad mayoritaria democrática.

nuestra opinión, refleja la tarea que estamos reconociendo aquí a la magistratura. La segunda, en cambio, significa que la decisión de un tribunal pone fin al debate y define qué dice una constitución.

La interpretación –como tarea– no se detiene en una resolución judicial. Por el contrario: se trata de una elaboración permanente y colectiva¹⁸, en la que pueden definirse hitos o puntos, pero nunca la estación final. Así, la sentencia de una Corte Suprema no cierra la tarea interpretativa a través de la deliberación. La decisión se incorpora al debate, ofrece nuevos argumentos y material para la hermenéutica conjunta de las normas. Pasa a formar parte de lo que puede denominarse el “diálogo social” sobre derechos (o sobre el derecho). Bajo esta denominación incluimos todo el material que circula por la esfera pública, cualquiera sea su origen. Constituye la base de donde parte (y por la que es posible) cualquier trabajo hermenéutico sobre un derecho (o sobre cualquier cláusula constitucional, en realidad). Allí se incluyen la jurisprudencia, las elaboraciones de la doctrina, las intervenciones de los legisladores y constituyentes en los debates correspondientes, los aportes de otros actores sociales y políticos (aunque no se hagan siguiendo las reglas de la argumentación jurídica; en estos casos, tienen un valor heurístico, en lo que puedan incorporarse a la tarea disciplinaria).

Para la interpretación y definición de los derechos, la “última palabra”, si es que puede hallarse, siempre estará en la población (GARGARELLA, 2008, 145-146), esto es, en la sociedad civil. Allí surgen las demandas, las experiencias y las ideas que alimentan las acciones sociales y políticas, individuales y colectivas, espontáneas y organizadas. Ellas buscan su camino hacia las instituciones. Sostiene Habermas que la adecuación entre la igualdad fáctica y la igualdad jurídica “sólo puede ser determinada *en última instancia* por los ciudadanos mismos”, en ejercicio de la autonomía pública (HABERMAS, 1994, 497). La ciudadanía definirá en cada caso qué presupuestos de hecho se requieren para la igualdad jurídica (HABERMAS, 1994, 501). Ello exige que “todos los afectados reciban la efectiva oportunidad de elevar su voz para reclamar sus propios derechos desde sus experiencias concretas de integridad vulnerada, de permanente situación de desventaja social, de opresión”. Esta discusión pública no puede delegarse en los jueces, pero tampoco “en el legislador político”, ni sólo en una “cultura de expertos” (HABERMAS, 1994, 511, 526). El poder judicial, la legislatura y el ejecutivo pertenecen a la esfera institucional. La última palabra no puede residir en ninguno de sus elementos.

3. El aporte de la objeción “democrática”.

Hemos visto los supuestos y el alcance de esta objeción. Ahora podemos señalar algunas derivaciones que pueden contribuir a mejorar la intervención de la magistratura en materia de derechos (sociales, o cualquier otro).

j) La objeción “democrática” recuerda a la magistratura su carácter no-mayoritario (o contramayoritario). El poder judicial puede poner así su propia legitimidad en la dimensión apropiada.

¹⁸ Nos basamos aquí en el concepto de hermenéutica propuesto por Gadamer (GADAMER, 1967, 230-232; GADAMER, 1971, 247; FERRATER MORA, 1994, 1423).

Comprende que no posee un mandato representativo, que la ciudadanía no ha validado su nominación, que su rendición de cuentas es menos inmediata que la de la legislatura o el ejecutivo. En otras palabras: puede entender que en un régimen democrático su papel no es guiar a la comunidad, sino asegurar dos aspectos cruciales de la democracia: la vigencia de derechos y la observancia del procedimiento (que, en general, suele ser mayoritario). Su actuación debe estar dirigida a ese objetivo, no al de reemplazar a las otras ramas del gobierno. El papel de la judicatura, en síntesis, es preservar la democracia en la modalidad adoptada en su comunidad, y a la vez garantizar la autonomía pública y privada de las personas. La protección y fomento de la deliberación (con todas las condiciones) se halla en el centro de la tarea judicial.

A la vez, la objeción "democrática" no puede servir como excusa para que la judicatura no cumpla con esta labor. Cierta lectura de esta objeción da lugar a que la garantía de derechos y procedimientos quede incumplida, en virtud de un supuesto respeto por las mayorías. Una mejor comprensión de la objeción "democrática" permite rechazar el abstencionismo judicial en materia de derechos y procedimientos.

ii) La magistratura no puede tener la "última palabra". Más allá de las razones que ya hemos indicado, el carácter no-mayoritario de los jueces añade un argumento más para no reconocer (o atribuir) a este poder la decisión final.

iii) Por esa menor legitimidad relativa, los tribunales deben atenerse, en todo lo posible, a los criterios y pautas del derecho como disciplina y a la lógica central del procedimiento judicial. Manteniendo la apertura hacia otras ciencias y conocimientos, la legitimidad de los magistrados en la deliberación se basa en que aporten argumentos y conclusiones elaborados a partir de estas pautas específicas. Allí podrán incorporar a la deliberación elementos genuinamente novedosos. No resultarían admisibles, por ello, decisiones ancladas en nociones extrañas al derecho o diseñadas en contradicción con las reglas de esta disciplina.

iv) La judicatura no puede resolver aisladamente. No basta el uso del derecho como disciplina. No reside allí la clave definitiva. Para alcanzar una mejor comprensión y una decisión mejor fundada, el tribunal debe asegurar los mecanismos para oír y conocer las razones que confrontan en torno a la cuestión. La deliberación como principio tiene lugar también en el proceso judicial. En particular, entendemos que el tribunal debe fomentar la participación de quienes usualmente no logran articular sus posiciones en la esfera pública. De esta forma se aportan puntos de vista que no se integran a menudo en la discusión. Por otra parte, se garantizan las libertades públicas (como parte del sistema de derechos) de esas personas o esos sectores. En particular, Gargarella propone "mecanismos institucionales exclusivamente dedicados a recoger, cuando sea necesario, la opinión de los sectores minoritarios

afectados”, en el ámbito judicial (GARGARELLA 1996, 264). Más abajo volvemos sobre esto, al tratar nuevas modalidades de actuación judicial.

») El grado de legitimidad democrática de la judicatura sugiere pautas generales para su desempeño. Hasta aquí vemos que se debe privilegiar la garantía de los derechos y del procedimiento, que ello debe hacerse siguiendo las pautas de la disciplina, y que la deliberación se presenta como el modo de alcanzar una comprensión más profunda y fundada. Entonces, el poder judicial debe estar dispuesto, en ciertos casos, a adoptar enfoques graduales y progresivos, para dar lugar a la deliberación y fomentarla. Debe incluir la posibilidad de contar con el aporte, la colaboración o incluso la decisión de los órganos políticos¹⁹.

4. Nuevas alternativas de actuación judicial en derechos sociales

A la luz de los aportes de la objeción “democrática”, podemos ampliar la gama de acciones judiciales posibles. La judicatura debe agregar opciones a las medidas ya conocidas, tales como la declaración de inconstitucionalidad y las órdenes de hacer o no hacer. Las distintas posibilidades pueden ubicarse en un continuo que se extiende desde la inacción completa hasta las alternativas de mayor incidencia. Vale la pena llamar la atención sobre estas modalidades de actuación, ya que existen pocos incentivos institucionales, afirma Gargarella, para que los jueces actúen de formas alternativas (GARGARELLA, 2007, 143).

Dificultades y desacuerdos

Frente a la alegada violación de un derecho, el demandado (el Estado, por ejemplo) puede demostrar que existen problemas serios que impiden, justificadamente, cumplir con un derecho, o bien que existe un desacuerdo razonable en torno al sentido o extensión de tal derecho. Frente a tales dificultades o desacuerdos serios, la magistratura debería echar mano de otros mecanismos antes de dictar la inconstitucionalidad. También podría declarar la inconstitucionalidad, pero habilitando al mismo tiempo otras instancias que definan las medidas para remediar la situación.

El desacuerdo que mencionamos, sin embargo, no equivale a discrepancias ideológicas con el proyecto general o el contenido de la Constitución. En otras palabras, no nos referimos a casos en los que el disenso se funda en el rechazo -por ejemplo- del liberalismo político, el constitucionalismo social, o la intervención del Estado en la economía. Tales argumentos tienen relevancia en una convención constituyente, pero no ante tribunales que deben operar bajo una Constitución ya adoptada.

Aquí nos referimos al desacuerdo (fundado o “fundable”) en torno al alcance de un derecho, o a su contenido concreto en las circunstancias actuales, o –en general– a las múltiples cuestiones interpretativas posibles. Los disensos en esos aspectos, que se manifiestan profusamente en el “diálogo

¹⁹No se trata, por supuesto, de volver representativo al poder judicial. Esto puede existir como posibilidad, aunque demandaría, en muchos sistemas (como el de nuestro país), una reforma constitucional.

social” sobre los derechos, también deben tener un lugar en el proceso judicial. La menor legitimidad democrática relativa de los tribunales les obliga a dar cabida a esos argumentos, a través de vías procesales específicas. Como ya señalamos, no pueden resolver estos desacuerdos genuinos en soledad y sin deliberación abierta, si se aspira a un ejercicio democrático de la función judicial.

Del mismo modo, no constituyen genuinas “dificultades” la simple falta de voluntad de cumplimiento respecto de ciertos derechos, o el otorgamiento de prioridad a otras actividades del gobierno. Las dificultades razonables son las que –fundadamente, con el aporte de las ciencias y la discusión de estas contribuciones – llevan a reconocer la imposibilidad (técnica, no política) de revertir inmediatamente una situación en la que se violan ciertos derechos. Otra dificultad puede aparecer cuando las medidas a tomar a favor de un derecho pueden perjudicar a otros de igual jerarquía o a otras personas, más allá del caso concreto. En general, estas dificultades se asocian a la dimensión o extensión de esa afectación de derechos. Cuanto mayor sea el alcance de la población perjudicada, es más probable que surjan dificultades. Frente a ellas, se deben buscar medidas intermedias encaminadas a la puesta en vigor, en el menor plazo posible, del derecho violentado, y considerar los efectos probables de su adopción.

Cuestiones de presupuesto

Un caso de interés en materia de derechos sociales es el del impacto presupuestario como supuesta dificultad. Podría argüirse que si la decisión judicial acarrea consecuencias significativas de ese orden, ello obligaría al juez a adoptar medidas de control más débiles. Discrepamos con este criterio: las dificultades para poner en vigencia un derecho no se derivan necesariamente del costo económico. Por supuesto, la falta de fondos es un obstáculo; pero deberá el Estado probar que allí reside el problema. No puede darse por supuesto.

De todas formas, la cuestión de los costos suele plantearse también como una versión de la objeción “democrática”. El argumento se presenta así: si la decisión del juez involucra el uso sustancial de recursos públicos, esto afecta el principio democrático, porque el manejo del presupuesto corresponde al parlamento. A esto corresponde contestar que no sólo los costos plantean un problema de legitimidad “democrática”. De hecho, muchas decisiones sobre derechos civiles también abarcan temáticas confiadas a la legislatura. En nuestro país, pueden recordarse decisiones como “Sejean” (1986)²⁰, que habilitó el divorcio vincular; o la serie de fallos sobre la tenencia de drogas para uso personal -cuyo eslabón más reciente es “Arriola” (2009)²¹-, lo que involucra nada menos que la legislación penal, materia evidentemente encargada al Parlamento.

No es el carácter de atribución parlamentaria lo que aconseja ampliar la deliberación. Lo que hace necesario recurrir a otras modalidades de actuación judicial es el desacuerdo serio y razonable.

²⁰ “Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M. s/ inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393”. *Fallos*, 308:2268. 27 de noviembre de 1986.

²¹ “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena en la causa ‘Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080’”. *Fallos*, 332:1963. 25 de agosto de 2009.

En algunos casos, se referirá al uso de recursos, otras veces al fundamento moral de las instituciones familiares y otras, a la extensión de la privacidad de las personas. Estos desacuerdos pueden hacer preferible que el juez no resuelva en soledad, sino que escuche y dé posibilidades a las partes (y a otros actores relevantes) de escucharse mutuamente. Lo que rechazamos es darle al dinero (a los costos) una importancia "democrática" privilegiada. El presupuesto, si bien es una atribución importantísima de la legislatura, está a la misma altura que otras facultades (como crear delitos y penas, o regular el matrimonio). El manejo de dinero se confió al Congreso, precisamente, porque provee un ámbito para la discusión y resolución democrática de los desacuerdos (que también aparecen en materia penal y civil). Pero al igual que en las demás atribuciones legislativas, la deliberación que allí ocurre también puede quedar abarcada por el control judicial, para verificar que cuente con los supuestos de todo debate legítimo (la vigencia de los derechos, en el caso que nos interesa)²².

La apertura a la deliberación²³

Esta medida constituye, entonces, una de las modalidades alternativas de acción posibles²⁴. En pocas palabras, consiste en crear instancias judiciales para que las partes (y otros eventuales actores) intercambien informaciones y argumentos en torno a la cuestión planteada. En general, se emplea la vía de la audiencia pública. El objetivo puede ser no sólo ilustrar al tribunal, sino también fomentar soluciones acordadas por las partes. La Corte argentina lo adoptó, antes de "Mendoza" (2006)²⁵, en "Verbitsky" (2005)²⁶; en 2007, a través de la Acordada 30, fijó algunas pautas para la realización de las audiencias públicas²⁷.

²² Michelman señala, justamente, que las consecuencias presupuestarias de los derechos sociales no habilitan a distinguirlos de otros derechos en el plano de la justiciabilidad (MICHELMAN, 2003, 17).

²³ También presente como una de las propuestas en Scott y Macklem (SCOTT y MACKLEM, 1992, 137-147). Una versión diferente de esta apertura al debate puede darse bajo la forma de convocar a las partes a negociar la manera de dar plena vigencia a los derechos; así lo hizo la Corte argentina en un caso de particular complejidad referido al derecho de propiedad. Se trata de "San Luis" (2003), donde esa provincia reclamaba contra la Nación por la pesificación de sus depósitos en dólares. En el punto III de la parte resolutive (voto de la mayoría y votos concurrentes de Nazareno, Fayt y Vázquez), se fijó un plazo de sesenta días corridos "para que las partes convengan o determinen la forma y plazos de devolución [de los dólares depositados] que no alteren la sustancia de la decisión, bajo apercibimiento de establecerlo el Tribunal a pedido de cualquiera de los interesados al vencimiento del plazo fijado". Véase "San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo". *Fallos*, 326:417. 05 de marzo de 2003.

²⁴ Esa deliberación puede tener por objeto también las medidas concretas a tomar para remediar la situación bajo análisis; así, la magistratura no necesita tener la "última palabra" en el diseño de esas acciones (BERGALLO, 2006, 179).

²⁵ "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios". *Fallos*, 329:2316. 20 de junio de 2006.

²⁶ Se trata de "Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus". *Fallos*, 328:1146. 03 de mayo de 2005. Allí la Corte debió pronunciarse sobre las condiciones de detención de miles de personas privadas de su libertad en cárceles y comisarias de la provincia de Buenos Aires. Además de ordenar la libertad (en el término de sesenta días) de personas enfermas y menores de edad detenidas en comisarias, el alto tribunal requirió al Poder Ejecutivo provincial la información completa sobre la situación imperante en las cárceles. Creó luego una mesa de diálogo con la participación de actores no gubernamentales, a fin de diseñar soluciones de más largo alcance (GARGARELLA, 2008, 170-171).

²⁷ La Acordada prevé tres tipos de audiencias (punto 2). Las informativas permiten al tribunal escuchar e interrogar a las partes sobre aspectos del caso. En las conciliatorias, la Corte intenta que las partes resuelvan la cuestión por medios "no adversariales". Finalmente, las audiencias ordenatorias definen medidas para el trámite de la causa. Se celebran audiencias cuando lo requieran al menos tres integrantes de la Corte (punto 1). Las audiencias tienen

Puede combinarse con un **seguimiento judicial** de la manera en que se lleva adelante un plan ratificado ante el tribunal; esta medida fue instrumentada, por ejemplo, por la Corte Constitucional sudafricana en el caso *Grootboom*²⁸ (PISARELLO, 2003, 209). Tal seguimiento puede ser **directo**, si lo lleva adelante el juzgado mismo, o bien **indirecto**, si se lo confía a otra institución (el Defensor del Pueblo, por ejemplo), que debe presentar informes periódicos. Es probable que las medidas adoptadas como resultado de la deliberación tengan un índice mejor de cumplimiento, por fundarse en mejor información y habilitar la comunicación fluida entre las partes (BERGALLO, 2006, 182-183).

Gargarella, pese a considerarlo un mecanismo promisorio e importante, señala algunas reservas (GARGARELLA, 2008, 972). Por una parte, este rol facilitador puede conducir a justificar espuriamente la pasividad judicial bajo la cubierta del "diálogo democrático"²⁹. A la vez, debe ponerse atención a las modalidades que adopte el marco para la deliberación; no deben admitirse aquellas convocatorias en las que se excluya a sectores, la palabra se distribuya según el poder económico o de otra clase, y la intervención en la deliberación no se conecte con la toma de decisiones (GARGARELLA, 2008, 39-40).

El reenvío

Esta segunda medida consiste en volver a someter la cuestión a los órganos electivos (FABRE, 2000, 148; GARGARELLA, 2007, 135), según su competencia. Puede ocurrir que los desacuerdos en torno al contenido del derecho sean tales que sólo pueda confiarse en la clase de deliberación pública que se produce en el parlamento. Esto sería menos aplicable en el caso de atribuciones presidenciales, ya que la deliberación no tiene un lugar prominente en el funcionamiento del poder ejecutivo³⁰.

Este mecanismo de reenvío se presenta como coherente con un modelo de democracia deliberativa, donde la resolución de aquellas dificultades técnicas o de los desacuerdos valorativos y políticos profundos se intenta a través de la discusión racional. El tribunal intenta reabrir la discusión pero no en el procedimiento judicial, sino en una arena dotada de mayor representatividad y –en el caso del Congreso– de una dinámica deliberativa más amplia. Se mantiene la discusión dentro de la esfera institucional, pero al darse intervención a los órganos representativos, la conexión con el electorado puede hacerse más directa. Las personas que integran el Parlamento, por ejemplo, tienen razones para auscultar a

carácter abierto y público, y el tribunal puede formular preguntas libremente al abogado o abogada participante; se filma y se graba el desarrollo del acto, y esos registros sirven como medio de prueba (puntos 5, 9 y 11). Vemos en este mecanismo elementos interesantes desde el punto de vista de una democracia deliberativa. En primer lugar, la apertura pública, que permite a la sociedad civil interesada conocer (y discutir) los argumentos planteados. También resulta positivo el fomento del diálogo entre el tribunal y las partes. Ofrece además, según Bergallo, una instancia de control público sobre la administración de justicia y las partes (BERGALLO, 2006, 179).

²⁸ "The Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom, Irene and Others", 04 de octubre de 2000, 2001 (1) SA 46 (CC).

²⁹ También vemos el riesgo de la extrapolación de este modelo al resto de las actuaciones judiciales. Si se utiliza la menor legitimidad democrática relativa de la magistratura como razón exclusiva para dar paso a esta modalidad débil de intervención, entonces las modalidades fuertes reseñadas más arriba no podrían ejercerse nunca. Por eso insistimos en que las formas débiles de intervención judicial corresponden, en principio, en caso de desacuerdos o de dificultades relevantes y razonables. Esos casos proveen las razones adicionales para adoptar estas alternativas en la actuación de la judicatura.

la sociedad civil y buscar allí nuevos argumentos. Su carácter electivo las hace (o las debería hacer) más receptivas a las posturas presentes en la población.

El reenvío puede hacerse fijando o no un **plazo** para que el órgano en cuestión se pronuncie. A su vez, la decisión de ese órgano puede ser **provisoria** o **definitiva**, según el tribunal se reserve el derecho de someterla a una nueva revisión constitucional, o no lo haga.

La Corte Suprema argentina adoptó la modalidad del reenvío en un caso relativo a la movilidad jubilatoria, un derecho contenido en el art. 14 *bis* de la CN. En "Badaro I" (2006)³¹, el alto tribunal reconoció la falta de actualización de los haberes jubilatorios, tal como quedaba evidenciado en las últimas once leyes de presupuesto³²; y que ello "ha llevado a privarlo [a Badaro] de un derecho conferido por la Ley Fundamental" ³³. Pese a declarar esta inconstitucionalidad, la Corte señaló que no resultaba "apropiado" que ella fijara "sin más la movilidad que cabe reconocer en la causa", debido a la "trascendencia de esa resolución" y la "complejidad" de las cuestiones en juego³⁴. De modo que en este punto, el alto tribunal parece hacerse cargo de las dificultades para determinar el grado adecuado de actualización, considerando el sistema previsional en conjunto. De todas formas, cuestionamos esta invocación de los problemas técnicos, ya que no hay bases suficientes, a nuestro juicio. No se citan estudios ni fuentes de información que pongan de relieve la imposibilidad de resolver el caso concreto del actor. Finalmente, en la parte resolutive la Corte ordena, entre otras disposiciones, "[c]omunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de esta sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adopten las medidas" de actualización. Como se ve, hay un reenvío sin plazo fijado, pero tampoco librado a la exclusiva discrecionalidad de las otras ramas del Gobierno: el lapso debe ser razonable.

Sin embargo, esta modalidad de reenvío no mostró eficacia. En efecto: ni el Congreso ni la Presidencia dieron cuenta de lo solicitado por la Corte y el tiempo transcurrió sin que hubiera respuestas institucionales. Entonces, casi dieciséis meses después de su fallo, la Corte adoptó una nueva resolución. En "Badaro II" (2007)³⁵, el alto tribunal dio por cumplido el plazo razonable y dispuso fijar un criterio de movilidad jubilatoria aplicable al caso particular, sin extenderlo a los demás jubilados y pensionados en similar situación. Así, la parte resolutive ordena "que la prestación del actor se ajuste, a partir del 1° de enero de 2002 y hasta el 31 de diciembre de 2006, según las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos". A través de esta resolución, la Corte recupera su rol de garante, ante la omisión de los otros poderes. Sin embargo, reiteramos nuestra incompreensión sobre las supuestas dificultades y complejidades invocadas en "Badaro I" (2006). En

³⁰En ciertos casos el reenvío sólo procederá con el Ejecutivo, si lo revisado es el ejercicio de una de sus competencias exclusivas.

³¹"Badaro, Adolfo Valentín c/ Anses s/ reajustes varios". *Fallos*, 329:3089. 08 de agosto de 2006.

³²"Badaro I" (2006), considerando 11.

³³"Badaro I" (2006), considerando 19.

³⁴"Badaro I" (2006), considerando 16.

³⁵"Badaro, Adolfo Valentín c/ Anses s/ reajustes varios". *Fallos*, 330:4866. 26 de noviembre de 2007.

efecto: ¿cómo es posible que de un fallo a otro las cuestiones técnicas se hayan disuelto, al punto tal que la Corte no tiene obstáculos para adoptar un criterio de actualización? En todo caso, quizá no fueron los problemas técnicos los que la Corte intentó evitar. Puede haber primado, en cambio, la preocupación por la objeción "democrática". En cualquier caso, visto retrospectivamente, la falta de fijación de plazos parece haber restado fuerza garantizadora a la primera decisión de la Corte.

5. Conclusiones

A lo largo de este trabajo, describimos la objeción "democrática" y señalamos algunos de sus supuestos y límites. Destacamos que la objeción pone en cuestión no sólo la declaración de inconstitucionalidad, sino cualquier orden dada por los tribunales a entidades de mayor legitimidad democrática relativa; y que no sólo tiene relevancia para los derechos sociales, sino para todos los derechos. También hicimos notar que la actuación judicial no pone fin al debate político, y que las ramas electivas no necesariamente garantizan mejor la vigencia de los derechos, aun para las mayorías.

Luego adoptamos un modelo deliberativo de democracia, como forma de conciliar un sistema de derechos constitucionales con el respeto al principio mayoritario. Bajo ese modelo, sostuvimos que la objeción "democrática" se afirma en una separación artificial entre la toma de decisiones y la vigencia de los derechos. Por el contrario, sostuvimos que los procesos deliberativos (y de votación) sólo son legítimos con el respeto de los derechos que las personas deben reconocerse mutuamente para poder ser a la vez autores y destinatarios de las normas. En otras palabras, que tanto los derechos como la deliberación son condiciones para un autogobierno legítimo.

Pero también rescatamos los aportes que nos deja la objeción "democrática". En especial, nos advierte que la magistratura, por su menor legitimidad democrática, debe fundar sus decisiones de modo razonado, con argumentos pertinentes dentro de la disciplina del derecho. También obliga a los jueces a no resolver ciertas cuestiones por sí solos. Significa, además, que la judicatura no tiene ni puede tener la última palabra en materia interpretativa. Por último, agregamos que donde existen dificultades técnicas o desacuerdos profundos y razonables, los tribunales deben abrirse a nuevas formas de intervención, graduales y progresivas.

La actuación judicial en materia de derechos, en suma, debe combinar la eficacia para garantizarlos, con la adecuada ponderación de la objeción "democrática". Para dar cuenta de estos elementos, resulta conveniente adoptar un continuo de atribuciones o facultades. En el extremo más fuerte, se hallan las órdenes de hacer o no hacer y la declaración de inconstitucionalidad. Luego se prevén acciones más débiles, que incluyen la apertura a la deliberación y el reenvío, ambas con distintas modalidades. La pertinencia de cada medida debe evaluarse teniendo en cuenta su efectividad, pero también las dificultades técnicas y los desacuerdos razonables que se presenten en cada caso particular. Cuanto mayores sean esas dificultades, o más profundos y extendidos los desacuerdos, habrá mayores razones para inclinarse por medidas más débiles.

Referencias bibliográficas

- ARAGÓN, M. (1995) *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1995.
- ATRIA, F. (2004) "¿Existen derechos sociales?", en *Discusiones*, Año IV, Número 4, 2004, pp. 15-59. Disponible en:
<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>
- BERGALLO, P. (2006) "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina", en SABA, R. (comp.), *Derecho y pobreza. SELA 2005*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, pp. 161-185.
- CRUZ PARCERO, J. (2004) "Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)", en *Discusiones*, Año IV, Número 4, 2004, pp. 71-98. Disponible en:
<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>
- DE WET, E. (1996) *The Constitutional Enforceability of Economic and Social Rights. The meaning of the German Constitutional Model for South Africa*, Durban, Butterworths, 1996.
- DWORKIN, R. (1977) *Los derechos en serio*, trad. al castellano por Marta Guastavino, Buenos Aires, Planeta-Agostini, 1993.
- ELÍAS, J. (2011) "Notas para pensar el control judicial de constitucionalidad", en GARGARELLA, R. (coord.), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, pp. 295-301.
- FABRE, C. (2000) *Social rights under the constitution. Government and the decent life*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- FERRATER MORA, J. (1994) *Diccionario de Filosofía*, Barcelona, Ariel, 1994; voz "Gadamer", pp. 1422-1424.
- GADAMER, H. (1967) "Retórica, hermenéutica y crítica de la ideología. Comentarios metacríticos a *Verdad y Método I*", en *Verdad y Método II*, 2ª ed., Salamanca, Sígueme, 1994.
- GADAMER, H. (1971) "Réplica a *Hermenéutica y crítica de la ideología*", en *Verdad y Método II*, 2ª ed., Salamanca, Sígueme, 1994.
- GARGARELLA, R. (1996) *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.
- GARGARELLA, R. (2007) "¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?", en ALEGRE, M. y GARGARELLA, R. (coord.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, LexisNexis Argentina, 2007, pp. 121-144.
- GARGARELLA, R. (comp.) (2008) *Teoría y crítica del derecho constitucional*, tomos I y II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.
- HABERMAS, J. (1967) "Un informe bibliográfico: la lógica de las ciencias sociales", en *La lógica de las ciencias sociales*, 2ª ed. en español, trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 81-205.
- HABERMAS, J. (1994) *Facticidad y validez*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998.
- HABERMAS, J. (1996) "Tres modelos normativos de democracia", en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 231 - 246.
- LOFFREDO, S. (1993) "Poverty, democracy and constitutional law", en *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 141, abril 1993, pág. 1277-1389.
- MICHELMAN, F. (2003) "The constitution, social rights and liberal political justification", en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, enero 2003, pp. 13-34.

- MILLER, J. *et al.* (1987) *Constitución y poder político*, tomo 1, Buenos Aires, Astrea, 1987 (2ª reimpresión, 1995).
- NINO, C. (1992) *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- PISARELLO, G. (2003) *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003.
- ROSENKRANTZ, C. (2003) "La pobreza, la ley y la Constitución", en BULLARD, A. *et al.*, *El derecho como objeto e instrumento de transformación. SELA 2002*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, pp. 241-257.
- SARTORI, G. (1994) *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, trad. de Roberto Reyes Mazzoni, México, Fondo de Cultura Económica, 1994 (4ª reimpresión, 2000).
- SCOTT, C. y MACKLEM, P. (1992) "Constitutional ropes of sand or justiciable guarantees? Social rights in a new South African constitution", en *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 141, noviembre 1992, pp. 1-148.
- TUNC, A. (1971) *El derecho en Estados Unidos*, Barcelona, Oikos-Tau, 1971.
- TUSHNET, M. (2008) *Weak courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton, Princeton University Press, 2008.

SOBRE EL PROCESO DE INTEGRACIÓN SOCIAL DEL INMIGRANTE EN ESPAÑA. LA CUESTIÓN DE LOS INDICADORES

Por Jesús García Cívico

RESUMEN

Este trabajo aborda la cuestión de la integración social del inmigrante en España desde el punto de vista de los derechos y de la aproximación empírica a la realidad de dicha integración. Para ello, en primer lugar enmarca la integración en el seno de un proceso de inclusión/ exclusión de tipo jurídico. Señala los principales obstáculos que afectan a la eficacia de las normas y de los principios relacionados con la integración, así la visión instrumental del inmigrante o el reduccionismo laboral y cómo estos obstáculos afectan a la medición del proceso de integración con indicadores. Finalmente se señalan algunas propuestas para sofisticar y mejorar el acercamiento a la medición del proceso de integración a través del uso de indicadores de derechos.

PALABRAS CLAVE

Integración social. Inmigrantes. Indicadores. Eficacia. Derechos.

ON MIGRANT'S SOCIAL INTEGRATION PROCES AT SPAIN: ABOUT THE TOPIC OF THE INDICATORS

Por Jesús García Cívico

ABSTRACT

This article examines the question of the social integration of the immigrant in Spain from the point of view of the rights and the empirical approximation to the reality of that process. For it, first of all frames the integration process in the bosom of an historical, wider and juridical inclusión/exclusion process. It indicates the principal obstacles concerning the efficiency of the rules and principles related to the integration. In this meaning, the article deals with the instrumental vision of the immigrant and how this vision concern the social tools (indicators) and the measurement of the whole process of integration. Finally, it offers some proposals for improving the measurement of the process of integration across the use of indicators of rights.

KEY WORDS

Social integration. Immigrants. Indicators. Efficacy. Rights.

SOBRE EL PROCESO DE INTEGRACIÓN SOCIAL DEL INMIGRANTE EN ESPAÑA. LA CUESTIÓN DE LOS INDICADORES*

Por Jesús García Cívico**

1. Introducción

El fenómeno de la inmigración y uno de sus corolarios, la integración social del inmigrante, es desde hace poco objeto de un tipo peculiar de discusión política que parece caracterizarse por las muy distintas intenciones por las que se subraya el carácter prioritario de la cuestión.

Efectivamente, la integración social del inmigrante¹ se puede plantear en términos jurídicos, morales, humanitarios, económicos, políticos, etc. y en cada una de estas sedes, se puede poner el acento en los derechos o en los deberes, se puede hablar en términos de derechos humanos (o de libertades y derechos fundamentales) o en términos de control de flujos migratorios y de seguridad nacional, se puede plantear desde el compromiso axiológico de la democracia con valores y principios de justicia, como lo son las distintas dimensiones de la igualdad para una integración como disfrute efectivo de derechos y deberes a partir de unas pautas comunes de convivencia (unas reglas de juego). Se puede plantear la cuestión de la integración considerando prioritario estimular la participación social activa y el asociacionismo del inmigrante (CHECA, 2004) o promoviendo la participación pública en términos políticos a partir de la desvinculación entre ciudadanía y nacionalidad, o acercando la primera al único requisito del tiempo de residencia etc., pero también se puede plantear (la integración) en términos cuasi hostiles, así endureciendo las condiciones de naturalización, los permisos de residencia permanente, o el acceso a derechos, así poniendo el acento en la cuestión de la convivencia pacífica (dando a entender de forma sublimada la sospecha, el riesgo de conflicto, el potencial delictivo del inmigrante, etc.), otra vez en los deberes y obligaciones de la persona inmigrante y ya de forma más concreta y un tanto indisimulada, observando la cuestión de la integración como necesidad de una suerte de compromiso específico (contratos de adhesión) una "garantía" de integración cuando no un precio "extra" a pagar por habitar un

** Profesor e Investigador Contratado Doctor en el área de Filosofía del derecho del Departamento de Derecho público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universitat Jaume I de Castellón (España). Investigador del Centro de Investigación de la Efectividad de los Derechos Humanos (CIDEH) (España).

¹ No se puede hablar de "los inmigrantes" como si fueran un colectivo único con un rasgo común que se manifiesta en una diferente manera de comportarse o de relacionarse con las normas, las leyes, la sociedad receptora, etc. No hay un hipotético rasgo común que se manifieste en una peculiar manera de relacionarse con las estructuras, los derechos y libertades, con las faltas y los deberes, etc. Los "inmigrantes" o inmigrados representan una tremenda e irreductible heterogeneidad de personas, de culturas y deseos, de procedencias, inteligencias, sensibilidades y motivaciones, de necesidades y oportunidades para emigrar, de rasgos demográficos, de tiempo de residencia y de

lugar distinto del lugar de nacimiento. Y entonces la integración social, se subraya, es obligación de integración en *nuestros* valores.

La elección terminológica en el discurso político o en la literatura académica da pistas sobre los distintos motivos de hablar de integración². En la agenda política europea se han ido poniendo de manifiesto distintas prácticas de integración³ sin un modelo explícito, y así las más de las veces aunque hablamos del modelo "alemán" o del modelo "inglés" en realidad nos estamos refiriendo sólo a las prácticas que de hecho realizan estos países⁴. De este modo el modelo jurídico-político de gestión de la inmigración ya consolidado *de facto* (también en España) asentado en una concepción instrumental de los flujos migratorios extra-comunitarios y en la visión del inmigrante como mano de obra, ha acabado por "contaminar" el propio modelo de integración, e incluso afectar, como veremos luego, a la mirada sobre el estado real del proceso de integración, esto es a su sistema de medición, así por ejemplo en el acento puesto en indicadores de integración muy centrados en la inserción laboral: tasas de actividad, tasa de paro, salario, trabajo por sectores, etc.

El carácter dúctil y poco pacífico del propio término "integración" es aún lugar de desencuentro y permite distintas objeciones, así por ejemplo las dirigidas al modelo multicultural (convivencia pacífica pero separada de distintos grupos étnicos, religiosos y lingüísticos en un mismo territorio) o las insistencias en un "separatismo cultural" de connotaciones negativas, proclamas, otra vez, sobre la aparente necesidad de afianzar los llamados "valores esenciales de la identidad nacional" o por el contrario subrayar el sesgo premoderno de la distinción entre nacional y extranjero, o advertir sobre el riesgo del asimilacionismo (TODD, 1996) del inmigrante bajo una suerte de hegemonía cultural, etc. Igualmente ese carácter no unívoco de la integración permite alternativas terminológicas, tales como "acomodación" o "inclusión"⁵ e interesantes esbozos de una suerte de "integración cívica" que abandona el carácter central del trabajo y el acceso a los servicios sociales para acentuar el ámbito público de participación (DE LUCAS, 2004, 7).

No hay un consenso definitivo ni en Europa ni en España sobre qué modelo de integración, de ahí que la pregunta "por qué hablamos de integración" apunte tanto a recoger las distintas ambivalencias en el discurso de la integración como a razonar la dificultad que esto supone de cara a los intentos de trabajar

situaciones administrativas. En lo que sigue, somos conscientes de que carece de todo sentido hacer generalizaciones como grupo en relación con la ley más allá de los datos que nos ocupen.

² También constituye una sugestiva forma de abordar la cuestión, vid., HAMMAR, H., (1990) *Democracy and the nation state: aliens, denizens and citizens in a world of international migration*, Avebury, Aldershot.

³ Como bien señala Francisco Torres, "dadas sus connotaciones progresistas, políticamente correcto y simpático, se utiliza el término integración para referirse al proceso de inserción social de los inmigrantes que se desea legitimar". En TORRES PÉREZ, F., (2010), "La integración de los inmigrantes y algunos de sus obstáculos y fronteras", <http://www.pensamientocritico.org/francisc.htm>. Consulta 07/11/2010, p. 7 y ss.

⁴ Vid., DOOMERNIK, J., (1998) "The effectiveness of integration policies towards immigrants and their descendants in France, Germany and The Netherlands", Geneva, *International Migration Papers* 27.

⁵ Así se ha dicho que el término justo para referirse a los inmigrantes, más aún que integrar, o incluso que el propuesto por Harper y Zapata, *acomodar*, es el de *incluir*. Vid., ZAPATA-BARRERO, R., "La relació entre els immigrants i les Administracions: onze temes bàsics per a debatre polítiques d'integració", *Papers de la Fundació Rafael Campalans*, nº 122, Barcelona, 2000. ZAPATA-BARRERO, R., "La gestión política de la inmigración: indicadores y

con metas a través de herramientas sociológicas como los indicadores y entonces proponer tomarse en serio un modelo concreto, a saber, el que se derivaría de los principios de la integración enunciados en distintos instrumentos de la política europea (una integración no instrumental-, inclusiva, bidireccional y asimétrica) vertebrada por nociones como la de ciudadanía cívica y que pondría el acento en el ejercicio efectivo de los derechos en iguales condiciones que los "nacionales", pero un ejercicio de derechos que a su vez puede ser respetuoso con la diferencia cultural de acuerdo con la dimensión de la igualdad que conocemos como *igualdad desde la diferencia*.

Sin embargo, es posible observar que la cuestión de la inmigración/ integración está muy escorada hacia un discurso reduccionista, instrumental, economicista y por que no decirlo, simplista y un tanto alejado de la realidad⁶. Hablamos a menudo de integración por motivos que parecen no corresponderse con la realidad, y casi ya deberíamos estar tentados a aceptar que siempre habrá quien siga viendo la "diferencia" y no la "semejanza", siempre habrá quien siga planteando la "diferencia" como problema y la convivencia entre seres humanos en términos de "choque", y lo seguirá haciendo incluso cuando sus argumentos sean desmentidos empíricamente una, otra, y otra vez. La presencia de emigrantes en nuestro país en los últimos 20 años, apenas se ha traducido en enfrentamientos con otros inmigrados o con la población autóctona⁷, lo cual no impide que las distintas herramientas sociológicas que en España echan luz sobre los estados de opinión, sigan incluyendo a la inmigración entre los tres principales problemas (sic) que preocupan al ciudadano español, por encima de la desigualdad económica, la violencia contra la mujer, la corrupción y el fraude, y sólo por debajo de los derivados de la coyuntura económica⁸. Como quiera que no podemos eludir una respuesta más concreta al interrogante ¿porqué hablamos de integración?, entendemos que inscribir el fenómeno de la inmigración, tal como se presenta hoy, en la más reciente trayectoria histórica de nuestro ámbito político quizás arroje alguna luz. Empecemos pues por aquí.

2. Un proceso de exclusión/ inclusión

La inmigración no es un fenómeno novedoso. Por centrar la cuestión donde la conocemos algo mejor, la llegada de personas procedentes de distintos países fuera del contexto supranacional europeo pero también desde éste no supuso en la primera mitad del siglo XX problemas explícitos y podemos

derechos", *Derechos Sociales de los inmigrantes*, ed. M^a J. Añón (Ed.), Colección Derechos Humanos, Tirant lo Blanch-Servei de Publicacions Universitat de Valencia, Valencia, 2003.

⁶ Desde el debate más informal hasta el parlamentario. Una aproximación a este singular ámbito en ZAPATA-BARRERO, R., "Política del discurso sobre inmigración en España: discurso re-activo y discurso proactivo en los debates parlamentarios", en *Discurso & Sociedad*, Vol. I (2), 2007, pp. 317-369.

⁷ No debemos dejar de recordar los gravísimos sucesos de El Ejido en Almería, vid., GOYTISOLO, J., y NAÏR, S., *El peaje de la vida. Integración o rechazo de la emigración en España*, Aguilar, Madrid, 2000, pp. 211-226.

⁸ La cuestión de la inmigración lleva ocupando los últimos años un significativo puesto entre los tres problemas principales para los españoles, llegando a ser observado como uno de esos tres primeros problemas, por un 59,2% de los españoles al final del verano de 2006. Fuente CIS. Centro de Investigaciones Sociológicas.

http://www.cis.es/cis/opencms/-Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblems.html

decir que sólo con los obstáculos derivados de la dificultad de tal epopeya (no pocos), el inmigrante trabajaba y accedía al permiso de residencia de forma legal. La suerte del inmigrante parecía cuestión individual y apenas se hablaba de integración. El carácter "mundializado" de la inmigración y la recomposición de las relaciones económicas internacionales de fines del siglo pasado, daba un nuevo tono a la cuestión.

En las tres últimas décadas del siglo XX Europa fue foco de atracción de una inmigración constituida básicamente por personas que seguían buscando por decirlo en expresión de Adam Smith "mejorar su propia condición". Sin embargo, en ese mejorar la suerte, *mejorar la propia condición*, como legítima reacción frente el azar (la lotería natural en términos de Rawls) que supone el hecho de nacer en este o aquel lugar en un tiempo concreto y no otro, en unas determinadas circunstancias políticas, sociales o económicas, etc., coincidía con fenómenos sociales como la erosión del compromiso europeo posbélico hacia la solidaridad o el deterioro de la propia unidad transnacional de clase (en lo que afecta al inmigrante como trabajador), económicos (la crisis de los años 70) o jurídico-políticos (la delineación de una quizás forzada distinción entre motivos políticos y motivos económicos). Las especificidades de esta migración caracterizada tanto por la voluntad de permanencia como por su coincidencia con los procesos de reestructuración socioeconómica paralelos al declive de las formas bienestarristas contribuían definitivamente a aumentar la complejidad de esa relación entre inmigrante y sociedad receptora (NAIR, 2010, 27).

Como suelen suceder estas cosas, fue en el contexto de la crisis del petróleo de los años setenta que ponía fin al largo periodo de crecimiento económico de la posguerra, que el freno del empleo llevó a varios países europeos a formular políticas restrictivas, no sólo en cuanto a la entrada, sino también en relación con las condiciones de permanencia y naturalización. Aparecían así, las primeras expresiones de rechazo del inmigrante extranjero (incluso en España, un país que había conocido una fuerte inmigración interna y externa) comenzando a hablarse del "problema" de la inmigración con lo que ello significaba para la imagen del inmigrante⁹ y por ende para su integración. Desde entonces podemos incluir en el paulatino proceso de exclusión del inmigrante, las distintas fluctuaciones de un imaginario social en relación con la paralela pero igualmente creciente insistencia en las imágenes jurídicas del dispositivo de seguridad: control de fronteras, regulación de inmigración a partir de la imagen inmigrante-mercancía, fórmulas "profilácticas" de adhesión (contratos de integración), inmigrante como delincuente potencial, etc. ejemplos actuales quizás, y si se nos permite describirlo desde este ángulo, de un "pecado de pensamiento" que creemos integraban nuevas prácticas de sollicitación del psiquismo humano para provecho de la sociedad receptora y que actualizaban lo que Enrique Mari había incluido bajo el rótulo de imaginario social: un particular imaginario que hace posible la reproducción del discurso del orden (MARÍ, 1986, 93).

⁹ Sobre la influencia del tratamiento mediático como "barrera" a la integración de la persona inmigrante, IGARTUA, J. J., HUMANES, M. L., MUÑIZ, C., et al., "La información sobre inmigración e inmigrantes en la prensa española.

El uso electoralista en sede política y el papel creciente de los medios de comunicación permitía la incidencia del discurso del orden en el fenómeno de la inmigración. El tratamiento informativo parecía crear miedos (RAMONET, 2003, 14) a partir de la relación entre inmigración, inseguridad o incluso terrorismo, insistir en la espectacularidad (sic) de un atentado o en la irrelevante identidad étnica de delincuentes comunes, enfatizar el aflujo de inmigrantes cuando rara vez se hablaba de la gente que se marchaba, etc.¹⁰ Se hablaba de la frontera como barrera física, pero también cultural:¹¹ una *profilaxis cultural* nos atrevemos a decir, en el personal imaginario de Sartori o en la tesis de Huntington sobre el “choque de civilizaciones”. Su juego simbólico como analizaba tempranamente De Lucas¹² impedía la “contaminación” procurando excluyentes sentimientos de pertenencia. Las dificultades para entender los flujos migratorios se debían, claro, a la complejidad del fenómeno (carácter global, situación económica y política en origen, etc.) pero también, otro factor de primer orden empezaba a deberse a la *visión* que los inmigrantes tenían de Europa como lugar de oportunidades.¹³ El “efecto llamada” en el imaginario del inmigrante, en aquellos que están “al otro lado del paraíso” permitía una oferta en órbita precaria dispuesta a lo que fuera por alcanzar el centro del mercado global (DE LUCAS, 2004, 15) En nuestro país, el trato despectivo hacia el inmigrante percibido no sólo como diferente, sino como peligro desde distintas imágenes de diferencia, desviación, trasgresión y amenaza (VAN DIJK, 2003, 59), se veía influido a su vez por matices léxicos (persona “ilegal”) que debían alcanzar a la propia discrecionalidad jurídica y administrativa y a su recelo excesivo hacia “refugiados fraudulentos”, “matrimonios de conveniencia”, etc.

El profundo calado social de las imágenes del inmigrante, no se debía, claro, a ninguna estrategia psicolingüística conspirativa por parte de tal o cual partido en el poder. También resultaría sospechosamente reconfortante apuntar únicamente a los medios de comunicación de masas, aunque evidentemente jugaron un importante papel. Las imágenes y “fetiches” (FAN, 2008, 701) de la seguridad alimentaban aquella parte de nosotros mismos que la modernidad había previsto combatir: el prejuicio, el

¿Barreras mediáticas a la integración o imágenes que generan xenofobia?”, *Comunicación y diversidad cultural, Forum Universal de las Culturas*, Barcelona, 24-27 de mayo, 2004.

¹⁰En un estudio que analizaba de manera agregada el tenido de los principales diarios españoles de cobertura nacional en España (*El País*, *El Mundo*, *ABC* y *La Razón*) y datos de opinión pública (barómetros mensuales del CIS), se observó que existía una relación significativa entre el volumen de noticias sobre inmigración publicadas al mes por los cuatro diarios considerados y la percepción social de la inmigración como problema para España ($\rho=0.63$, $p<.05$). IGARTUA, J. J., HUMANES, M. L., MUÑIZ, C., et al. “Tratamiento informativo de la inmigración en la prensa española y opinión pública”. *Comunicación presentada en el VII Congreso Latinoamericano de Investigadores de la Comunicación*. La Plata (Argentina), 11 -16 de octubre. Vid., también IGARTUA, J. J., MUÑIZ, C., CALVO, P., et al., *La imagen de la inmigración en los informativos televisivos: Algo más que noticias*, Ponencia en las *IV Jornadas de Comunicación: “La imagen audiovisual: entre la Comunicación, el Arte y la Ciencia”*, 27 y 29 de octubre de 2004, Universidad de Salamanca, 2004.

¹¹ AZCONA, J., “Las barreras de las culturas identitarias: migración y límites sociales”, en Manuel Calvo (Ed.), *Identidades culturales y derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2005.

¹²Las fronteras internas de la ciudadanía como interiorización de las externas. “No es que deban ser tratados de modo diferente porque son diferentes, sino que, justo porque el Estado les trata de modo diferente de derecho y de hecho, sus diferencias ocultan lo que les identifica con los demás”. DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994, p. 122.

¹³ Informe de la Relatora Especial Gabriela Rodríguez Pizarro, Resolución 2003/46 de la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/2004/76/Add. 2, 14-01-2004), pp. 20-21.

miedo, la xenofobia, el racismo. Pero el reforzamiento de prejuicios trascendía lo meramente imaginario para traducirse en términos *reales*: endurecimiento de fronteras frente a “avalanchas migratorias”, “tolerancia cero” hacia el pequeño delincuente de origen extranjero, medidas en clave metafísica, de “profilaxis” cultural o eufemísticamente de *integración*, etc.

Iniciativas, todas ellas transidas de un imaginario fundacional excluyente, pues no otra cosa, en nuestra opinión, estaba en la base del intento de buscar una identidad esencialista europea (como si hubiera alguna) en los procesos promocionales de naturalización tipo “contrato de integración”: conocimiento *certificado* de normas y costumbres locales como suerte de conversión o rito de paso hacia la civilización. Respuesta simplista y en cierta forma fútil porque como insistía, entre otros, Luigi Ferrajoli, la presión de los excluidos sobre nuestro mundo privilegiado se iba a acentuar a menos que quitáramos a la ciudadanía su carácter de estatus privilegiado garantizando a todos iguales derechos, incluidas la libertad de circulación (FERRAJOLI, 1999, 117).

En todo caso, siguiendo con la historia, la firma en 1985 del acuerdo de Schengen y la supresión de controles fronterizos internos llevaba aparejado el refuerzo de fronteras externas, situando en el centro de atención las “garantías de seguridad” y la cooperación policial de los firmantes. Las nuevas exigencias de control convertían definitivamente (en una peligrosa confusión del lenguaje) a muchos inmigrantes en “ilegales”. El sentimiento de desconfianza ante el extranjero, considerado ahora como amenaza a la estabilidad y bienestar propios permitía sin mayores dificultades la adopción en 1990 por parte del Consejo de Ministros del Interior, el llamado “Grupo de Trevi” de una regulación restrictiva sobre el derecho de asilo, frente a la moderna tradición de las democracias europeas. La “ciudadanía europea” del tratado de Maastrich en 1992 venía a ahondar en la separación jurídica entre “europeos comunitarios” y resto de extranjeros inmigrantes, súbitamente excluidos de ese nuevo marco, una Europa que salvo escandalosas excepciones (la guerra de los Balcanes) había dejado atrás el infierno de la guerra y del genocidio.

El “contrato de integración” a imagen del “test constitucional” se extendía en numerosos países, como medio (o indicador) de integración particular examinando al inmigrante sobre imprecisos usos y costumbres de la sociedad de acogida. La iniciativa comunitaria conocida como “directiva del retorno” no era una excepción sino la continuidad de una política que relegaba al inmigrante al estatus de “infraciudadano”. La cuestión de la reagrupación familiar se observaba igualmente con recelo. De forma paralela aumentaba la confusión en relación con los permisos de residencia y el incremento de la indefensión laboral por parte del inmigrante favorecían el aumento de situaciones de irregularidad (MIRAVET, 2010) y la creación de bolsas de marginación. España efectúa procesos de regularización ante el crecimiento de lo que se empieza a denominar “bolsas de inmigrantes ilegales” que las propias leyes y el proceder de los empresarios van creando. En 1991 se lleva a cabo la primera regularización masiva y se crea un entramado administrativo para afrontar lo que igualmente se considera ya sin tapujos el “problema” de la inmigración. El último episodio de la historia de la progresiva exclusión del inmigrante (una figura, recordémoslo, de tintes líricos en el imaginario occidental) parece estar constituido por una

alineación de tesis escoradas a un pensamiento reaccionario representado paradigmáticamente por los gobiernos francés e italiano de Sarkozy y Berlusconi, y de forma aún más grosera con el auge de la xenofobia en Holanda o Finlandia.

Paralelamente la promoción de la integración social de los inmigrantes se incorporaba explícitamente en la estrategia de la Unión Europea a partir del Consejo Europeo de Lisboa y Niza en 2000. Desde entonces se ha venido hablando de divergencias entre los documentos oficiales y la realidad de la inmigración. El proceso de integración que requería políticas informadas por el valor igualdad iba a chocar con categorías pensadas desde la distinción. Efectivamente, un importante escollo para el proceso de integración del inmigrante vendrá dado por un modelo dicotómico en el que el extranjero aparece definido como *no ciudadano*, de ahí que los instrumentos europeos sobre integración fueran insistiendo en aproximar el estatuto jurídico de los nacionales de terceros países al de los Estados miembros, decidiéndose acompañar la no-discriminación con garantías de derechos como residencia, protección frente a la expulsión, formación en el trabajo, reconocimiento de títulos, asociación, participación en la vida política, voto al Parlamento Europeo o el derecho a la libre circulación (GARCÍA AÑÓN, 2006, 61).

En la misma línea, otra compleja arista de ese proceso era la situación de los inmigrantes en situación de irregularidad. Con la expresión "nacionales de terceros países" la Unión Europea viene designando a los inmigrantes en situación de regularidad pero viene también ignorando de modo casi sistemático en sus políticas de integración a los inmigrantes en situación de irregularidad¹⁴. La normativa española sobre extranjería aún distingue formalmente entre nacionales, inmigrantes residentes e ilegales o irregulares (es el estado administrativo y no la persona en sí misma lo que es ilegal o irregular) para establecer una difusa jerarquía de derechos según el estatus político y administrativo. La sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984 formulaba esa triple distinción para señalar tres tipos de derechos: los propios de la dignidad humana que corresponden a toda persona; los derechos de modulación legal en función de tratados y leyes; los exclusivos de los nacionales, así derecho de sufragio y acceso a la función pública (AJA, 1998). Es cierto que se ha dado una evolución en la doctrina constitucional en un sentido inclusivo, de forma que la clasificación tripartita inicial avanza hacia la titularidad por parte de los inmigrantes de todos los derechos constitucionales a excepción del artículo 23 CE. También el Tribunal Supremo se pronunció en su momento en contra de considerar delito penal la simple irregularidad administrativa, esto es, no tener los papeles en regla (AJA, ARANGO, 2006).

Sin embargo, un acercamiento a la realidad del proceso de integración social no puede soslayar la denuncia que entre otros autores han elevado Habermas, Vaca, Ferrajoli, Barcellona o De Lucas acerca la forma en que el mito moderno de la identidad funciona como mecanismo de exclusión (CEA D'ANCONA, 2009, 87). La posibilidad de integrarse en la sociedad, como señalan los análisis de Naïr, Dahrendorf, Castel o De Lucas, es el problema previo para abordar el grado de inclusión, y aquí la

¹⁴ Aunque al menos en España y como se ha dicho, la distinción entre ciudadanos nacionales y extranjeros es "intraconstitucional", la subdivisión entre extranjeros "legales" y "no legales" es "extraconstitucional". Vid., DEL

ciudadanía opera como factor de exclusión (DE LUCAS, 2004, 11, FERRAJOLI, 1999) en un discurso de "nosotros" frente a los "otros" que difícilmente ayuda al proceso de integración (BENHABIB, 2005).

A la vez, frente a los distintos argumentos dirigidos a la ampliación/flexibilización de esa fórmula de inclusión /exclusión política que es la categoría de "ciudadanía", la desagregación de la condición ciudadana (la ruptura del vínculo nacionalidad-derechos) parece tener su contracara en lo que Lydia Morris y otros autores han llamado "estratificación cívica" (MORRIS, 2002), es decir, multiplicación de regímenes de derechos reconocidos a los extranjeros en función del tipo de permiso/ autorización de trabajo o del programa de ingreso, variaciones estructuradas por el propio Estado sobre la base de una comprensión abiertamente instrumental del fenómeno migratorio que dificultan, cuando no imposibilitan, una formulación robusta del concepto de integración y por ende el propio sistema de medición con indicadores.

El presupuesto inclusivo en los términos de *integración cívica* que propone para los emigrantes el Dictamen 365/2002 del Consejo Económico y Social Europeo o a la idea de ciudadanía inclusiva (redundantemente "cívica") de la Comunicación a la Comisión Europea (COM 757)¹⁵ chocan con la realidad del discurso político y con el uso de categorías tan erosionadas empíricamente como disfuncionales al mismo proceso de integración.

En nuestro país, hay referencia explícita a la integración de la persona inmigrante en la LO 4/2000 y en cada una de sus reformas legislativas hasta la reforma de 2009. Igualmente un determinado número de instrumentos financieros de la Unión Europea aportan un apoyo directo o indirecto a la integración de las personas inmigrantes, así los Fondos Estructurales (en particular el Fondo Social Europeo) y acciones más innovadoras (EQUAL y URBAN) sin que sin embargo, sea *real* y operativo el consenso sobre qué entender por integración y cuáles son las metas y objetivos de fondo a corto, medio y largo plazo.

Hoy nuestro marco incluye, desde normas autonómicas de integración hasta instrumentos como el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010 (PECI), o el Pacto Nacional de Inmigración (2008 con horizonte a 2020) que no tienen valor de ley pero que incluyen una serie de principios y metas. Harán falta pues indicadores para evaluar el cumplimiento de las metas propuestas y la eficacia de las normas relacionadas con la integración.

3. Sobre la eficacia de las normas relacionadas con la integración

De lo visto arriba es fácil entender que desde fechas más o menos recientes, la cuestión de la realidad de la integración social de la persona inmigrante se haya convertido en España en asunto de enorme interés y en objeto de análisis no solo de sociólogos y teóricos sociales en sentido amplio, o de

REAL ALCALÁ, J. A., "La gestión jurídica de la inmigración irregular: una zona entre medias de la legalidad y la legalidad", cit., p. 23 y ss.

distintas asociaciones civiles, foros y ONGs comprometidas con la situación real de la persona inmigrante en la sociedad de acogida, sino también de juristas interesados en la cuestión de la eficacia, de la efectividad, o por decirlo en términos menos necesarios de puntualización, en la cuestión del alcance real o la *realidad* de las normas (HIERRO, 2003).

Si la sociología se centra en la constatación de cifras, hechos o factores sociales sobre la forma en que se produce la integración, y desde las asociaciones civiles concernidas con el aspecto humanitario se apela a la solidaridad o a unos corolarios morales y axiológicos *in abstracto*, para estos últimos, para los juristas, la cuestión de la integración es un cuestión de derechos (de reconocimiento y ejercicio de derechos para ser más exactos (GARCÍA AÑÓN, 2003, 349) y en ese punto el establecimiento de metas y la distancia entre la ley y la realidad resulta importante.

La integración social del inmigrante con el definitivo sesgo de su vulnerabilidad pasa por el reconocimiento de una serie de derechos, alguno de los cuales, así los sociales, (AÑÓN ROIG, 2004, 17) tienen que ver con la satisfacción de necesidades básicas¹⁶ y funcionan como un *príus* para el desarrollo de una vida digna en el plano socioeconómico, de la salud y de la subsistencia. La cuestión de la integración social del inmigrante es una cuestión prioritaria.

La mayoría de los estudiosos coinciden en que, como un efecto más de la mal denominada "globalización" (caracterizada, es preciso recordarlo, como *movilidad* de capitales) las migraciones son y serán un fenómeno irreversible, pero también un fenómeno *estructural* de nuestras sociedades. La integración del inmigrante es un presupuesto básico para que este fenómeno no se aborde de una forma instrumental vinculada creemos que inmoralmente a las necesidades de "mano de obra" o de distinta forma a las necesidades demográficas, sostenimiento de sistemas de pensiones, etc., sino como un presupuesto que ha de servir para estructurar esa misma sociedad de acuerdo con un determinado modelo moral y jurídico de convivencia.

En el ámbito de las aproximaciones sociales a la inmigración/ integración, el primer estudio sociológico publicado sobre la situación de los inmigrantes en España a nivel estatal, fue realizado por el Colectivo Ioé en 1986 (COLECTIVO IOÉ, 1986). Desde entonces se han dado importantes avances, en relación con la eficacia del cuadro normativo sobre integración, así el Fondo de ayudas para la integración de los inmigrantes o la adopción de convenios bilaterales con países emisores en aras de lograr mecanismos de reciprocidad para el ejercicio del derecho al sufragio en el ámbito municipal. Igualmente cabe destacar lo que se suele denominar "legislación penal antidiscriminatoria", el esfuerzo por incluir en el código penal (CP) de 1995 una serie de delitos y agravantes, que recogen la sensibilidad del legislador

¹⁵ COM (2000) 757final, de 22 de noviembre, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de inmigración.

¹⁶ Un enfoque cuya evolución es susceptible de observarse a través de indicadores, así, NEUFVILLE, J. I., "Social Indicators of Basic Needs: Quantitative Data for Human Rights Policy", *Social Indicators Research*, 1981, pp. 383-403. ATKINSON, T.; CANTILLON, B.; MARLIER, E.; NOLAN, B.; VANDENBROUCKE, F., *Social Indicators: the EU and Social Inclusion*, Oxford University Press, Oxford, 2002. MARKO, J., MEDDA – WINDISCHER, R., PEKARI, C., et al. *The Lisi Indicators. Legal Indicators for Social Inclusion of New Minorities Generated by Immigration*, Euoroarc Research, European Academy, Bolzano, 2003.

hacia importantes obstáculos para la integración, como son la discriminación, el racismo o la xenofobia. Entre estos la interpretación y aplicación por los juzgados y tribunales del orden penal de la circunstancia agravante del art. 22.4 CP (en el aspecto específico de la discriminación racial o étnica) y de los delitos de discriminación laboral (314 CP); provocación a la discriminación y al odio (510.1 CP) y difusión de información injuriosa agravada por su naturaleza discriminatoria (510.2 CP); denegación discriminatoria de prestación en el ámbito público (511 CP) y privado (512 CP) (MIRAVET, 2006).

No podemos dejar de señalar, ya que hablamos de la eficacia de las normas relativas al proceso de integración, la escasa repercusión en términos de eficacia real de una legislación que sin embargo, creemos, cumple al menos una importante función simbólica, en el mejor sentido de la expresión. Aún así, en los últimos años, Amnistía Internacional ha instado al Estado español a poner en marcha un plan integral de lucha contra el racismo en los ámbitos nacional, autonómico y local que incluya medidas de todo tipo (político, social, educativo, de sensibilización...) para luchar contra actos y actitudes racistas, xenófobas, antisemitas e islamófobas, así como manifestaciones de rechazo generalizado de los inmigrantes.

Junto a los vaivenes de la legislación, otro obstáculo para la eficacia del marco normativo sobre integración ha venido de la mano de discursos políticos favorecedores de un clima de opinión propicio a restricciones de derechos y por ende obstaculizador del proceso de integración, así, por ejemplo, el intermitente y xenófobo discurso sobre identificación entre inmigración y delincuencia, la apelación a la coyuntura del así llamado "mercado laboral", la regulación restrictiva de la cuestión del reagrupamiento familiar, el aumento del recelo hacia peticiones de refugio y asilo y un largo etcétera que no desalienta la aparición de actitudes racistas y xenófobas. (DE LUCAS, 1996, 169).

La crisis financiera de 2008 y la disminución de oportunidades de empleo en España además de haber desacelerado el fenómeno migratorio y puesto de manifiesto alguna obvedad que no solía aparecer en el tratamiento mediático (ÁLVAREZ GÁLVEZ, 2009) (básicamente que el inmigrante también abandona nuestro país), habrían puesto en entredicho, otra vez, la seriedad con la que los poderes públicos se habrían tomado los principios del proceso de integración. La gestión de los efectos de la crisis en relación con la presencia de personas inmigrantes sobre la piedra angular de la protección de los "nacionales" y el fomento de medidas de "retorno" mostraban una vez más el rédito político del discurso "duro" sobre inmigración / integración. Como ponía de manifiesto Javier de Lucas, la actual "ley de extranjería", "supone un recorte más que preocupante que afecta a derechos básicos de los inmigrantes y envía a la ciudadanía española un mensaje que puede tener efectos estigmatizadores" (DE LUCAS, 2009, 117).

Este clima de inseguridad se traduce en un obstáculo para el proceso de integración¹⁷ y redundando en la falta de eficacia ("sociológica", "externa" o "fáctica" o vinculada con los efectos *reales* que consigue una

¹⁷ Una aproximación a la realidad de este fenómeno en BERGALLI, V., "La reacción de la sociedad receptora a nivel local. Una aproximación al caso de Ciutat Vella de Barcelona", en SOLÉ, C., *El impacto de la inmigración en la economía y en la sociedad receptora*, Anthropos, Barcelona, 2001, pp. 213-248.

normativa en correspondencia a los fines de quien la ha producido (HIERRO, 2003, 119) de muchas otras normas en el *haber* del ordenamiento.

4. El reduccionismo laboral. Un obstáculo para la integración y para su medición

Hemos dicho que uno de los principales obstáculos en el proceso de integración debe situarse en la ambivalencia normativa. No es éste sin embargo, el único escollo. El enfoque que identifica al inmigrante como "mano de obra" y prioriza la coyuntura del mercado laboral en la gestión de los flujos migratorios ha afectado a cuestiones puntuales de la integración social del inmigrante, así a derechos fuera del ámbito laboral como la participación política, los derechos civiles o el derecho a la cultura bajo la forma de derecho a la identidad cultural.¹⁸ También ha afectado a las incipientes acometidas empíricas a la cuestión de si se estaba produciendo y cómo eso que los instrumentos normativos llaman "integración social".

El inmigrante, menuda obviedad, no es sólo una mano de obra. Convive con la sociedad de acogida y puede tener unos intereses, unas expectativas, una cultura, unas costumbres, diferentes de la mayoritaria autóctona sin embargo estas cuestiones parecían sistemáticamente apartadas del listado de preguntas, encuestas, datos y cifras que pretendían arrojar luz sobre el estado de la integración.

¿Qué ámbitos debían ponderarse para hablar de integración? Los derechos y en primer lugar los derechos sociales tienen una especial relevancia como medios para conseguir cotas de igualdad. Una vida digna en el plano socio económico (educación, sanidad, empleo, etc.) parece una primera condición del proceso de integración pero la integración como proceso inclusivo no se agota ahí. El Comité de Expertos para la Integración del Consejo de Europa identificaba como áreas fundamentales de integración: empleo, educación, vivienda, atención sanitaria, nutrición, información y cultura. El actual Plan de Ciudadanía e Integración español identifica 13 áreas principales: Acogida, Educación, Empleo, Vivienda, Servicios Sociales, Salud, Infancia y Juventud, Igualdad de trato, Mujer, Participación, Sensibilización y Codesarrollo. Por su parte, el *Índice Europeo de Ciudadanía Cívica e Inclusión* trata cinco áreas (1) Inserción en el mercado laboral, (2) Residencia; (3) Reagrupación familiar; (4) Naturalización; (5) Políticas de no discriminación

En realidad, la integración abarca todos los distintos ámbitos de la vida diaria y los planes que se hacen sobre ella incluyendo la participación política, la seguridad vinculada al estatus jurídico y la gestión en asuntos comunes. A pesar de ello, como entre nosotros se han ocupado de subrayar Añón Roig y Miravet el horizonte de integración que los países europeos han ofrecido hasta bien entrado el siglo XX a los inmigrantes los ha situado en los márgenes de los contenidos sustantivos que definen la ciudadanía plena (AÑÓN, MIRAVET, 87 y ss.). Este estatus genérico que refería W. R. Brubaker como "pertenencia sin ciudadanía" (BRUBAKER, 1989) parece haber tenido como elemento constante y definitorio la limitación de las actividades públicas y la negación de los derechos políticos a las comunidades de

¹⁸ Me he ocupado de la cuestión de la eficacia del derecho a la cultura a partir de la distinción entre derecho de acceso a la cultura y derecho a la identidad cultural en GARCÍA CÍVICO, J., "¿Emanciparse de qué? Truffaut de

extranjeros, por parte de los propios Estados, manteniendo a estas personas como una suerte de "habitantes de segunda categoría", de ahí que podamos hablar de un proceso de integración dentro de una suerte de "exclusión institucional". Se trata de lo que el Colectivo Ioé llama la "fronterización"¹⁹ jurídica e ideológica: un doble obstáculo para la integración o una "brecha de ciudadanía" que debe tomarse como punto de partida en cualquier aproximación empírica a la integración de los inmigrantes en esa comunidad transnacional de ciudadanos *in statu nascendi* que es la UE.

La resolución de 2006 de la Unión Europea sobre estrategias para la integración insiste en fomentar la participación política de los inmigrantes, estableciendo mecanismos de observación sobre los avances en el reconocimiento de derecho de sufragio a los extranjeros en las elecciones locales (AÑÓN ROIG, 2003, 109). El "Manual europeo de integración de inmigrantes" incluye el derecho al voto municipal como presupuesto de la integración²⁰. Lo contrario supone cercenar un derecho fundamental y permitir que el inmigrante permanezca al margen de la toma de decisiones sobre asuntos públicos, que no "cuenta" y no sea "tenido en cuenta" (MÉNDEZ, 2005, 127; DE LUCAS, 2006, 9).

Sin embargo, y como apuntaremos luego, los sistemas de medición apenas insisten en esta importante cuestión. Un caso aislado es la propuesta LISI (MARKO, 2003, 77) *Legal Indicators for Social Inclusion of New Minorities Generated by Immigration* que sí incluye indicadores de derechos civiles y políticos (*Civil and Political Rights*) y un subgrupo bajo el nombre de "Participación efectiva en la vida pública y política", distinguiendo derechos relativos al sufragio (*Voting Rights*), organismos políticos (*Political Bodies*), participación en la vida pública y libertad de asociación (*Freedom of Association*).

En definitiva, el enfoque más amplio, holístico si se quiere parece referir un proceso complejo e integral que debe tender hacia un objetivo, hacia unas metas. A estos efectos se hace necesario el seguimiento de este proceso con herramientas sociales. ¿Sobre qué ideal había que pensar indicadores para evaluar el estado de las políticas públicas de integración? ¿Cuáles son estos principios y metas?

5. El proceso de integración: los principios y las metas

La integración social del inmigrante forma parte de una política más general sobre inmigración. Desde esta premisa y como recogen Nair y De Lucas en diferentes lugares, (DE LUCAS, 2001, 2002) los aspectos básicos que debe incluir una política de inmigración / integración son: una gestión de flujos

madrugada. Fundamento, obstáculos y eficacia del derecho de acceso a la cultura." *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Número 12, 2009, pp. 29-69. <http://www.filosofiayderecho.com/rtfd/>

¹⁹ Como decíamos, la expresión no es nuestra. Alude a ella el Colectivo IOE en COLECTIVO IOÉ (PEREDA, C., ACTIS, W., DE PRADA, M. A.), *Inmigrantes, nuevos ciudadanos. ¿Hacia una España plural e intercultural?*, FUNCAS, Madrid, 2008, p.10. Vid también COLECTIVO IOÉ, "¿Cómo abordar el estudio de las migraciones? Propuesta teórico-metodológica", ponencia publicada en Checa, F., (ed.) *Las migraciones a debate*. IV Congreso de Inmigración Africana, Almería 6-8 de Abril de 2000, Icaria, Barcelona, 2002, pp. 17-54.

²⁰ http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/immigration/integration/doc/handbook_1sted_es.pdf, p. 51 y ss. Vid. también, Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea [2000/2231(INI): (arts.121-122) DOCE C 65 E, 14-3-2002 (A5-0223/2001). Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2001) [2001/2014 (INI), DOCE, nº C O38E de 12/02/2004. Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2002) [2002/2013 (INI), DOCE C 076 E de 25/3/2004.

migratorios, una política de cooperación con los países de origen y una política de integración social. Si la gestión de flujos debe respetar los principios del Estado de Derecho y equiparar en derechos como requisito de lo que ya apuntamos como *ciudadanía inclusiva*, y la política de equiparación debe contener un programa de codesarrollo que asocie países de recepción y países de origen, las políticas de integración social aluden a un desafío complejo sobre el que se ha llegado también a algunos (no muchos) puntos de consenso. El primero de ellos es que la integración es por sí misma valiosa y deseable y como tal debe ser objeto de promoción por los poderes públicos.

a) **La promoción de la integración es una obligación de los poderes públicos**

En efecto, si hay una afirmación explícita y compartida en las políticas europeas incluida la española es que la integración es valiosa en sí misma, deseable y necesaria. Que sea valiosa en sí misma y no de forma instrumental (en relación con necesidades de mercado, recaudación en seguridad social, demografía, etc.) permite medir la integración ya no a partir de una visión reduccionista según una versión, mal llamada *pragmática*, centrada en la coyuntura del "mercado laboral" (SOLANES, 2000, 55) sino a partir del proceso de integración del inmigrante desde la garantía de sus derechos.

Efectivamente, aunque no es posible dejar de observar el estrecho espacio que la cuestión de la integración ocupa en la última reforma de la "Ley de Extranjería" de 2009, ésta introduce un nuevo artículo 2 ter con la siguiente redacción:

«Artículo 2 ter. Integración de los inmigrantes.

1. Los poderes públicos promoverán la plena integración de los extranjeros en la sociedad española, en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y la ley.

2. Las Administraciones Públicas incorporarán el objetivo de la integración entre inmigrantes y sociedad receptora, con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos, promoviendo la participación económica, social, cultural y política de las personas inmigrantes (...)

b) **La integración es un proceso bidireccional: la interculturalidad como modelo**

El *Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración de Inmigrantes* alude a un proceso bidireccional e integral de responsabilidad compartida. Igualmente, el Comité Económico y Social Europeo (CESE) ha elaborado Dictámenes²¹ para que la integración sea un aspecto esencial de las políticas europeas de inmigración y asilo, impulsando la participación de las organizaciones de la sociedad civil como actores fundamentales de la política de integración. En ellos se insiste en un *enfoque holístico* que requiere un *diálogo cultural* como elemento fundamental. Igualmente el CESE considera la colaboración activa de la sociedad civil y los interlocutores sociales como un elemento esencial en la promoción de las políticas europeas sobre integración²². Los informes presentan coincidencias explícitas con las declaraciones del Consejo

²¹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 21.3.2002 sobre el tema "La inmigración, la integración y la sociedad civil organizada" (DO C 80 de 30.3.2004); 10/11.12.2003 sobre el tema "Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Social y Económico Europeo y al Comité de las regiones sobre inmigración, integración y empleo" (DO C 80 de 30.3.2004).

²² Comisión Europea: Comunicación (2003) 336, de 3 de junio de 2003, sobre inmigración, integración y empleo.

(14615/04) y de la Comisión Europea (Agenda común para la integración. Estructura para la integración de ciudadanos de terceros países en la UE; 389, 1 de septiembre de 2005) cuando describen la integración de la inmigración como un proceso *bidireccional* en el que ambas partes, inmigrantes y sociedad de acogida, se encuentran implicadas.

El resultado de este proceso debería ser la progresiva consecución de una sociedad inclusiva que garantice la plena participación económica, social, cultural y política del inmigrante en condiciones de igualdad de trato y oportunidades. La responsabilidad no es sólo de los poderes públicos, alcanza a partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales y sociedad civil. A su vez, los inmigrantes deben respetar las normas y valores fundamentales de la sociedad de acogida, participando activamente en el proceso de integración, sin por ello tener que renunciar a su propia identidad.²³

Esta interacción no aspira a una mera coexistencia de grupos étnicos, o de distinto origen nacional más o menos cerrados, cuya interacción se reduce a cruces comerciales, laborales o mercantiles. Definida de este modo la bidireccionalidad si se da debe darse bajo un concepto de integración no multiculturalista sino *intercultural*.

c) La integración es un proceso asimétrico. El "inintegrable cultural"

Otro punto de consenso refiere la relación interdependiente pero *asimétrica* entre sociedad de acogida y población inmigrante. La interacción entre estas dos partes desiguales en términos de poder económico y de recursos, pero sobre todo de *poder político* determina la dirección y los resultados del proceso de integración.

La sociedad de acogida tiene más poder, su estructura institucional y su respuesta a los recién llegados son a menudo más decisivas para el proceso de integración que el propio esfuerzo individual del sujeto inmigrante. La sociedad receptora tiene una posición dominante no sólo por el factor numérico o por dictar la normativa legal que regula la misma integración, también por el imaginario identitario que le da cohesión y legitimidad (TORRES PÉREZ, GARCÍA CÍVICO, 2009, 59). Por lo tanto, los procesos de integración no sólo se producen a nivel del inmigrante individual, cuya integración se podría medir en términos de participación pública, alojamiento, trabajo y educación, adaptación sociocultural, etc., sino también a nivel público exigiendo la adaptación de espacios, así como el sacrificio de actores empresariales, institucionales, etc.

En todo caso, cabría advertir que la tendencia a reenviar todos los problemas de los inmigrantes al terreno de la identidad, el reconocimiento o el multiculturalismo, oscureciendo aquellas cuestiones vinculadas a la desigualdad social o la exclusión, más propias de la ciudadanía social, no debe hacernos olvidar que la asimetría es en el caso que nos ocupa, básicamente una asimetría en términos sociales y económicos y que son estas desigualdades materiales un factor inmediato de exclusión (PROCACCI, 1999). Siguiendo a Procacci, resulta un riesgo para la democracia disociar el debate sobre multiculturalismo

http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/es/com/2003/com2003_0336es01.pdf

²³ "Manual sobre la integración" cit., también en Comunicado de prensa. Sesión n° 2618 del Consejo Justicia y Asuntos de Interior", Bruselas, 19 de noviembre de 2004, p. 11-16.

y el debate sobre la desigualdad social: la afirmación de determinadas identidades étnicas y culturales está íntimamente relacionada con los procesos de exclusión y de recomposición de las desigualdades sociales y económicas. Las identidades estigmatizadas o percibidas como peligrosas para la cohesión social no lo son tanto por la diferencia de que son portadoras cuanto por su condición frágil en el plano socioeconómico (MIRAVET, 2005, 24).

El acento securitario en las políticas de inmigración y inflación en el discurso sobre la identidad cultural a propósito del choque de civilizaciones son ambas notas que han afectado a la visión de la inmigración de países árabes y del Magreb. En Europa, el auge de Partido por la libertad de Hayder, el rédito electoral de la política "de mano dura" frente a la inmigración e incluso frente a los refugiados procedente de las revoluciones en el norte de África por parte de Francia e Italia, la aireada prohibición del Burka en Bélgica y el discurso enfrentado a una supuesta "islamización", la polémica de los minaretes en Suiza, la subida de partidos de discurso xenófobo en Hungría, Holanda, Finlandia y Suecia en sintonía con programas de extrema derecha, parece haber significado la aparición de un discurso tan peligroso como conocido. A su vez, la subsiguiente exclusión de la que son víctimas los inmigrantes más jóvenes, parece llevar a significativos segmentos de población a una reafirmación de la identidad. Como señala Sami Nair esta vuelta a su "pertenencia" confesional aparece como reacción para preservar las propias señas y, al mismo tiempo, como construcción formal (y polémica) de una *identidad negativa*.

En España también se ha asistido a un apresurado debate (de causas más simbólicas que reales) que afecta tanto a la esfera exterior de la libertad religiosa, como a determinados usos culturales que no deberían resultar polémicos si tomamos en serio los derechos o si asumimos como vinculantes los principios de la integración, en concreto la bidireccionalidad. Se trata del uso del velo islámico (un símbolo no unívoco) y la regulación (como prohibición) del velo integral. La realidad es que aunque los casos de problemas de convivencia son muy escasos, ha vuelto a aparecer magnificado en no pocos discursos políticos la cuestión de la "inintegrabilidad cultural", uno de los fobotipos extendido a menudo desde las propias instituciones del Estado, que socavan las posibilidades de la integración.

Junto a la asociación entre incremento de inmigración y delincuencia y la insostenibilidad para el estado de bienestar del coste que implican los inmigrantes, el inintegrable cultural aparece como una de las piezas maestras de la vieja y simplista política del miedo que presenta al inmigrante como amenaza. En general, en el discurso *político*, más que en la sociedad sigue extendiéndose la idea que el mantenimiento de la fe islámica por parte de inmigrantes de países musulmanes constituye una obstáculo para su integración cuando no una amenaza para la sociedad receptora. Resulta evidente el error en este tipo de juicios, apoyados como ponía de relieve Ignasi Álvarez en la presunción de que la sociedad receptora es culturalmente homogénea (ÁLVAREZ, 2002), transidos de esencialismos culturales, reacios a ver la complejidad del objeto de su crítica (heterogeneidad que alcanza la disidencia y crítica interna, adaptabilidad del inmigrante, etc.), que estigmatizan al inmigrante como mero vector expresivo de su cultura (MORERAS, 2004, 261; MODOOD et al, 2005). El carácter aparentemente "inintegrable" de estos inmigrantes es un prejuicio construido que choca precisamente con la advertencia contenida en los

distintos planes de integración sobre la bidireccionalidad de dicho proceso. Aquí, el inmigrante musulmán resulta especialmente vulnerable a la actitud de la población de acogida pero como señalaba Francisco Torres, "que una distancia considerada, definida en términos de costumbre o religión, sea considerada mayor o menor, peligrosa o poco relevante para la integración, depende también del grado de apertura o cierre del código identitario de la sociedad receptora que (...) ocupa una posición hegemónica."²⁴

La integración no es simplemente la apertura formal a un sistema común de derechos y deberes (por mucho que esta sea una condición necesaria o su positivación un presupuesto de integración), la integración requiere cambios en la sociedad de acogida y exige a los poderes públicos acciones promocionales que avancen hacia la eficacia material de estos derechos. Sin embargo, pocos esfuerzos se han hecho hasta la fecha para medir los avances de las políticas públicas al respecto o para colaborar en la importante labor socio integradora de los imanes (una pieza fundamental en el proceso de recepción ya que informan de trabajos, contactos, vivienda, etc.)²⁵.

6. La medición del proceso de integración con indicadores

Al menos en el ámbito europeo podemos convenir en que son muchas las aproximaciones sociológicas y de los campos sociales a la cuestión de la integración del inmigrante en la sociedad receptora. Sin embargo creemos que aún son escasos los intentos de aunar esa mirada sociológica empírica y práctica con la perspectiva jurídica. Particularmente pensamos que es más llamativa la ausencia de un trabajo de reflexión previo sobre el marco propositivo de la integración. La investigación habitual de este tipo, aún cuando alguna vez ha incluido variables jurídicas (relativas al ejercicio de derechos) quizás ha descuidado la crítica previa, la justificación propositiva de índole más filosófico-jurídica y un tipo de reflexión, que afecte, obviamente no a datos, cifras, o resultados de los indicadores, pero sí a las preguntas con las que han sido obtenidos.

La evaluación del éxito o del fracaso de las políticas de integración y el propio aparato de medición variará según el modelo de integración suscrito. Las preguntas, y por tanto las respuestas, sobre integración (incluso si se apuesta por una integración desde los derechos) variarán según si se sigue una concepción estrecha que considera suficiente la ausencia de discriminación formal o si se recoge una más ambiciosa, así y tomando los derechos en serio por decirlo con Dworkin, si se apuesta por una ciudadanía inclusiva o universalista vertebrada por la participación política según un modelo de integración cívica, en

²⁴ La integración debe suponer un reajuste cultural – identitario de las dos partes: sociedad receptora/ colectivos de inmigrantes. Dicho acomodo a la nueva situación modifica las pautas, criterios y valores culturales, en unos casos por cambio y adaptación de lo considerado *proprio* por cada tradición cultural, en otros porque dicha tradición se transforma por la relación y mestizaje con las otras tradiciones culturales. TORRES PÉREZ, F., "La integración de los inmigrantes y algunos de sus obstáculos y fronteras", cit., p. 15.

²⁵ Una aproximación jurídica con algunas cuestiones de índole práctica en CONTRERAS MAZARIO, J. M., "La libertad de conciencia y convicción en el sistema constitucional español", en Revista CIDOB D'Afers Internacionals, nº 77, Barcelona, pp. 41-63. Creemos que quien mejor ha visto estas prácticas como posibles buenas prácticas de integración en el ámbito municipal y como factores de inclusión ha sido quien ocupara el cargo de Subdirector General de Coordinación y Promoción de la Libertad Religiosa en el Ministerio de Justicia Juan Ferrerio Galguera, puede verse su lúcida opinión sobre estas cuestiones en www.rioja2.tv/2-738-Entrevista_Juan-Ferreiro-Galguera.

el seno de una democracia deliberativa, si se quiere, (DAHL, 2002, GARGARELLA, 2001)) que exija acciones promocionales y adaptaciones en la sociedad de acogida.

Igualmente la evaluación del éxito o del fracaso de las políticas de integración dará diferentes resultados si se miden sólo los ámbitos vinculados a derechos sociales (laborales, de sanidad, vivienda no segregada o educativos) o si se pregunta también por los derechos de participación pública. El investigador de la integración social debe escoger, lo quiera o no, un marco propositivo. Aquí hemos anticipado que suscribimos la opción señalada, entre otros por De Lucas, de la *integración cívica* como marco propositivo adecuado. Coincidimos en que un marco deudor de los dictámenes del Comité Económico y Social Europeo, "parece la concepción normativa más coherente para la construcción de una ciudadanía plural e inclusiva que extienda a los inmigrantes no solo las libertades negativas y la seguridad jurídica (...) y los derechos sociales, es decir, la garantía del estado de bienestar, sino también los derechos políticos, es decir, la garantía del Estado democrático" (DE LUCAS, 2009, 16).

Las investigaciones en el ámbito europeo son numerosas, el Índice Europeo de Ciudadanía Cívica e Inclusión (*European Civic Citizenship and Inclusion Index*),²⁶ los trabajos de la Comisión Europea, desde el primer *Informe Anual sobre Migración e Integración* (COM (2004) 508, o iniciativas como LISI *Legal Indicators for Social Inclusion of New Minorities Generated by Immigration* (MARKO et al., 2003). el Informe I3²⁷ o el MIPEx, entre otros, son todos ellos antecedentes en la investigación de la integración social con indicadores que aportan valiosas herramientas de análisis y comparación. (DOOMERNIK, 1998) Aunque adolezcan (con excepción quizás del LISI) de esa mirada integral y holista a lo que nos hemos venido refiriendo.

El proyecto I3 tuvo como objetivo contribuir a un sistema común de indicadores para medir la integración de la población inmigrante en Europa en mercado laboral, educación y conocimientos de la lengua, vivienda y salud a partir de un triple enfoque: (1) Enfoque nacional (2) Integración vista desde las ciudades. El entorno local como medio principal de integración. (3) Integración vista desde la población inmigrante, incluyendo una percepción específica de las mujeres y la sociedad de acogida a través de indicadores subjetivos.

El Centro de Estudios y Documentación Internacionales de Barcelona (CIDOB) publica la versión española del *Migration Integration Policy Index* (MIPEx) del *British Council* y el *Migration Policy Group*. El MIPEx es una herramienta para medir las políticas de integración en 25 Estados Miembros de la Unión Europea y en tres países extracomunitarios. Desde 2004 y con ediciones cada dos años, se centra en tres aspectos: derechos laborales, posibilidad de establecerse definitivamente en el país anfitrión y posibilidades de

²⁶ Como reconoce el estudio, en algunos países, ciertos aspectos del marco de referencia pueden no coincidir con la filosofía de integración de la sociedad: pero esto sólo puede darse en un número muy reducido de los casi 100 indicadores, puesto que la mayoría de los mismos se basan en medidas con las que los estados miembros se han comprometido a nivel europeo. CIDOB, *Índice Europeo de Ciudadanía Cívica e Inclusión*, Anexo Indicadores y opciones, p. 210 y ss.

²⁷ El Informe I3: Enfoque nacional, local y de los inmigrantes o proyecto I3 "Indicadores de integración de Inmigrantes", (Julio 2005 y Septiembre 2006), cofinanciado por el Programa INTI "Integration of Third Country Nationals" responsabilidad de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España.

reagrupación familiar. Para ello emplea 140 indicadores en un panorama multidimensional. Abarca seis áreas de políticas que definen el *iter* del inmigrante hasta conseguir la ciudadanía plena: acceso al mercado laboral, reagrupación familiar, residencia de larga duración, participación política, acceso a la nacionalidad y antidiscriminación. El nivel considerado como *buenas prácticas* para cada indicador de política corresponde al más alto nivel europeo, a partir de las convenciones del Consejo de Europa y las directivas europeas, las políticas son estándares en todos los estados miembros, siendo, pues, una herramienta de referencia (*benchmark*) de resultados.

El LISI además de los derechos sociales apuesta por los ámbitos civiles y políticos de integración, midiendo la participación del inmigrante en un sentido amplio. Así, un primer grupo de indicadores apunta a los Derechos civiles y políticos (*Civil and Political Rights*) y distingue cinco apartados: Residencia; Participación efectiva en la vida pública y política, y ahí distingue derechos relativos al sufragio (*Voting Rights*), organismos políticos (*Political Bodies*), participación en la vida pública y libertad de asociación (*Freedom of Association*); Justicia. Los indicadores LISI distinguen en este punto entre indicadores referidos al acceso efectivo a la justicia (*Effective Access to Justice*), la legislación antidiscriminatoria e indicadores referidos al ámbito penal, bajo el rótulo de *Detention*; Derecho a la ciudadanía (incluyendo indicadores relativos a la obtención de permisos de residencia, temporal y permanente, naturalización, nacionalización, adquisición de ciudadanía, etc.; Derecho a la vida familiar (*Right to Family Life*) que se corresponde también con medidas de reagrupamiento familiar.

Si añadimos el Índice de ciudadanía y hacemos un ejercicio de solapamiento podemos convenir en que hay una serie de indicadores básicos que aparecen como común denominador a la hora de evaluar la integración del inmigrante: Dispersión de su vivienda; Grado real y efectivo de escolarización; Uso de los servicios sociales; Integración en el tejido de la sociedad civil; Inserción en el mercado laboral; Indicadores de pobreza y exclusión social; Percepción de la opinión pública autóctona; Percepción de la opinión de la población inmigrante

Efectivamente, los anteriores son ámbitos que proporcionan información sobre el proceso de integración social. Creemos, sin embargo que está aún pendiente una propuesta de indicadores más coherente y más exigente con los principios de la integración entendida a través de los parámetros que nos hemos ocupado de señalar atrás. Incluso aceptando la prioridad de ámbitos como el socio laboral, creemos por ejemplo, y por ilustrar sólo este aspecto concreto que al investigador de la integración *por el derecho*, pueden interesarle las cifras "frías" y cuantitativas, así, el volumen de ocupados extranjeros, número de ocupados según rama de actividad y nacionalidad, (o por grandes áreas y en términos de etnoestratificación) o lo expresen en tantos por ciento permitiendo ver la evolución y la comparación entre españoles, no comunitarios y ciudadanos de la Unión Europea. Quizás también le interesen, al investigador que tenemos "en mente", indicadores más o menos habituales en los sistemas de indicadores desde los campos sociales, así, por ejemplo: "Trabajadores extranjeros afiliados y en alta en la Seguridad Social", pero también deben interesarle cuestiones que arrojen luz sobre obstáculos en términos de eficacia material, barreras concretas a la movilidad vertical (meritocrática si se quiere) mecanismos de

precarización, fórmulas de trabajo premoderno, estratificación étnica, discriminación, y exclusión en el disfrute de derechos en el trabajo.

Estas últimas son cuestiones asociadas a nuestro marco que han de ver con derechos y como las que, entre otros, el Observatorio Permanente de la Inmigración, el Foro para la Integración, o investigadores como el Colectivo Ioé ha ido poniendo desde hace ya tiempo de manifiesto. Se trata de preguntas del tipo: ¿La inserción laboral en empleos "de baja calidad" es propia de una fase inicial del asentamiento migratorio? ¿Existen cauces para una movilidad generalizada o más bien trabas para incluir a la mayoría de los inmigrantes en "nichos" más o menos cerrados? O más aún, ¿estamos ante una dinámica de segmentación étnica de la mano de obra, que reserva los mejores puestos a la población autóctona (y a los europeos comunitarios) y los peores a una gradación jerarquizada de inmigrantes de diversas procedencias? (COLECTIVO IOÉ, 57)

Si descartamos, por reductora, la visión que limita al espacio del empleo la cuestión de la inclusión, se podría medir el estado, los avances y retrocesos de la integración a través un sistema de indicadores sensible por ejemplo a lo que Balibar llama "fronteras interiores": aquellas que se dan en relación con la ciudadanía o mejor, con la población autóctona más allá del ámbito sociolaboral. Esto es, la implementación de un sistema de indicador debería tener en cuenta ámbitos más extensos de inclusión. Junto a los ya mencionados:

- a) Indicadores estructurales sobre el marco legislativo en relación con ratificación de convenios que afectan a los derechos civiles y políticos
- b) Indicadores en el ámbito civil: reagrupación familiar, matrimonios mixtos, asociaciones civiles, etc.
- c) Indicadores de proceso y de resultado sobre participación política de los inmigrantes
- d) Indicadores estructurales, procesuales y de resultado sobre el ejercicio de derechos de acuerdo con diferencias culturales: (por ejemplo modificación / adaptación de estructuras laborales, horarios, días festivos)
- e) Indicadores sobre acceso a la justicia
- f) Indicadores sobre ejercicio de la sindicación

A su vez, cabrá tener en cuenta que el proceso de integración dura años, en muchos casos hasta después de adquirida la ciudadanía, afecta incluso hasta la segunda o tercera generación. Si queremos medir de forma dinámica el proceso de integración los indicadores deberán desagregarse según estas variables. Igualmente cabrá desagregar los indicadores por origen, lengua o en función de las propias expectativas y motivos de la inmigración incluyendo en forma dinámica ámbitos como el consumo, la relación con la propiedad, el acceso a la cultura, la presencia y representación en medios comunicación, etc.

A grandes rasgos, podemos decir que desde una perspectiva técnica la aplicación efectiva de un sistema de indicadores debería conllevar la articulación de procedimientos sistemáticos fiables y

disponibles para la obtención y registro de la información según distintos tipos de indicadores situados en diferentes estadios temporales de una investigación sobre el proceso de integración. Dado que la investigación debe partir de un marco propositivo, el primer estadio debería justificar una suerte de "tierra firme" en relación con los términos que ocuparían la investigación, así quién es inmigrante, qué integración, etc. y en relación también con unos postulados previos y un marco que no puede ser más restrictivo que el sistema de derechos fundamentales. Aquí el carácter valioso complejo, procesual, reflexivo, bidireccional y asimétrico de la integración es un buen punto de partida para el establecimiento de metas. Creemos que la mayoría de investigaciones hechas hasta la fecha no han tenido en cuenta seriamente, a la hora de elaborar en la práctica los indicadores, la necesidad de ser coherente con estos presupuestos. Así, y a modo de ejemplo, si compartimos el carácter bidireccional de la integración los indicadores deben apuntar también a las transformaciones en la sociedad de acogida de forma exigente, así: acciones positivas (traductores para el acceso a la justicia profesores con dominio del idioma de los grupos de inmigrantes más numerosos, etc.); respeto a las diferencias culturales en relación con normativa escolar (adaptación de la jornada laboral al calendario religioso de los grupos igualmente mayoritarios).

Sobre la ubicación en estadios temporales de los indicadores, el primer tipo de indicador, el estructural, debe referir el marco normativo, lo que hemos estado llamando conscientes de la falta de precisión "la norma". Estos indicadores deben observarse dinámicamente atendiendo a la dirección de las reformas legislativas, esto es, recogiendo en la medición del proceso de integración tanto el reconocimiento / negación de derechos y libertades como la implantación de garantías / restricciones. Así por ejemplo, un apartado de indicadores relativo a la adquisición de estatus jurídicos, permisos de residencia temporal y permanente, naturalización, nacionalización, o si se firman y ratifican convenios relevantes (Convenio Europeo sobre la Participación en la Vida Pública Local del Consejo de Europa de 1992), el artículo 13. 2 CE relativo al requisito de reciprocidad (un indicador estructural), el estándar internacional básico de la Convención de la ONU de 1990 sobre derechos de los trabajadores inmigrantes y sus familias (un tratado que el Estado español aún no ha ratificado).

Si en relación con los aspectos metodológicos, la información debe ser válida, disponible, multidimensional, desagregada, y contar con fuentes permanentes para articular mecanismos de contrastación, un esfuerzo que reclama la dotación de recursos para mejorar los sistemas nacionales, pero sobre todo *locales* (TORRES, 2006, 27) en el contenido, ésta debe resultar de un diálogo y consulta con el propio sujeto de la integración (organizaciones, foros, colectivos de inmigrantes, etc.). Aquí cabrían tanto indicadores subjetivos como objetivos.

Los indicadores sobre derechos sociales (trabajo, vivienda, salud, educación) son sólo una parte del sistema que queremos construir. Deben referirse también indicadores de resultados en todas aquellas situaciones, verificables y observables, que den cuenta de cómo se está produciendo la integración en relación con la participación en la gestión de asuntos públicos²⁸. No hay integración sin representación y

²⁸ Los indicadores procesuales deberían apuntar a tasas y al contraste con la ciudadanía "nacional" con una precaución: la sociedad receptora puede estar no "integrada". Por poner sólo un ejemplo, la desafección política

participación en los asuntos públicos. Los indicadores en este ámbito deberán referir esa participación en sentido amplio, así incluyendo el asociacionismo cívico (MARTÍN PÉREZ, 2004; VEREDAZ, 2003). En todo caso, el sufragio activo y pasivo se perfila como núcleo de una inclusión seria. Otro indicador irrenunciable debe apuntar a la reunificación familiar y no cabe una investigación de la integración social de la persona inmigrante que no la tenga en cuenta.

Sobre el marco espacial, los indicadores adquieren plena significación si se enmarcan en el contexto legal y político de cada país pero sólo si se cuenta con la visión local de las ciudades y sobre todo con la participación a nivel local del colectivo afectado. Cabrá repensar las tesis clásicas sobre la naturaleza de los derechos para incidir tanto en las distintas estrategias de exigibilidad (ABRAMOVICH, COURTIS, 2002, 20; JIMENA QUESADA, 2009, 743 y ss.) como en la faceta prestacional que todos conllevan (esto es, también los llamados derechos negativos o de primera generación) y elaborar indicadores que inquieren sobre cuantía, destino y eficacia de las prestaciones destinadas a la inclusión social efectiva a través del ejercicio de la libertad de opinión, expresión, etc.

Por último, la integración requerirá también de una condición tan simple como constatable con indicadores: la igualdad. Los indicadores de integración social del inmigrante son también, de alguna forma, instrumentos de medición de la igualdad desde la diferencia.

7. A modo de recapitulación

Hemos comenzado planteando de forma crítica la pregunta ¿por qué hablamos de integración? para reflejar algunas de las perspectivas desde las que se está afrontando la cuestión de la integración así como las distintas aristas de un fenómeno, el de la inmigración, convertido en objeto de debate.

Hemos trazado una breve historia de un proceso de exclusión que quizás arroje alguna luz sobre el porqué de la problematización tanto de la inmigración como de la cuestión más concreta de la integración social de la persona inmigrante. La ambivalencia del discurso político y la forma un tanto errática de legislar el fenómeno de la inmigración se apuntaban como un primer obstáculo en el proceso de integración.

Para saber si se está produciendo un proceso de integración, primero hay que definir qué entendemos por integración, qué ámbitos incluye, qué metas, qué fines contempla. Nuestro punto de partida ha consistido en recordar los principios que informan la normativa de la integración social del inmigrante incluidos en instrumentos nacionales, europeos o a nivel mundial en sede de Naciones Unidas: La promoción de la integración es una obligación de los poderes públicos y una parte fundamental de la

parece una característica de la propia sociedad de acogida, igualmente cuestiones como el desempleo o la temporalidad, bien pueden ser considerados problemas endémicos que afectan no sólo a los trabajadores inmigrantes, sino también a amplias capas de la población activa nacional. Los trabajadores inmigrantes ingresan en un escenario laboral que es conflictivo y problemático también para los nacionales luego la información sobre inclusión laboral, tasas de actividad, remuneración salarial, sindicación²⁸, etc. del inmigrante debe aparecer desagregada y comparada dinámicamente con la población "autóctona". Además hay ámbitos como la educación, el empleo, la vivienda, el derecho de acceso a la cultura que parecen susceptibles de transformarse y adaptarse para realizar un ejercicio igual desde la diferencia en relación con el respeto a la identidad cultural.

política de inmigración. Los principios básicos de la integración son su carácter valioso (frente a la visión instrumental, educación a "mano de obra", "utilidad" en función de coyunturas laborales, necesidades demográficas etc. de los países de acogida). Un segundo principio es el carácter inclusivo de la integración: la inclusión como reverso de la exclusión. Aquí se recordaba el carácter integral, holístico, complejo y dinámico, de ambos fenómenos, tanto la inclusión como la exclusión. En tercer lugar la integración aparece como proceso bidireccional (inmigrante / sociedad de acogida) y en este sentido hemos argumentado a favor de la interculturalidad como modelo frente al asimilacionismo como y al multiculturalismo como coexistencia respetuosa pero separada de distintos grupos étnicos, culturales, etc. Un cuarto principio de la integración recuerda que se trata de un proceso asimétrico en el que la sociedad de acogida tiene una responsabilidad fuerte en relación con las estrategias de inclusión, y ahí hemos recogido algunas objeciones a las tesis del "inintegrable cultural" como piedra de toque, que deberían resolverse a la luz del respeto de la diferencia como forma de igualdad. No se trata sólo de medir el "esfuerzo" del inmigrado por adaptarse, insertarse, o mejor *integrarse* en la sociedad receptora. Ni creemos que resulta posible "integrarse por ley" mediante la certificación del conocimiento de la literalidad de la ley del Estado receptor (un requisito felizmente no exigido a los autóctonos) ni la familiaridad con imprecisos usos y costumbres (no necesariamente compartidos ni afortunadamente respetados por toda la población autóctona)²⁹.

La integración es un proceso que debe ser auspiciado y promovido desde los poderes públicos. Aquí nada impide el uso de indicadores para evaluar la efectividad de la legislación o el nivel de cumplimiento de un derecho reconocido y tampoco nada impide que apliquemos esa evaluación a un grupo determinado de personas, a menudo caracterizados por su peculiar construcción jurídica (por ejemplo el hecho de ser "extranjero"). El jurídico es un enfoque central de la migración aunque nada más sea porque la construcción del extranjero se hace desde dicho ámbito. Contrastando el discurso axiológico y los principios positivados en instrumentos nacionales y europeos sobre integración con la realidad, hemos apuntado algunos de los desencuentros deteniéndonos en criticar el uso de categorías de cierre social que la hacen posible.

En relación con los indicadores de integración social se ha insistido en que la investigación sobre el proceso de integración no puede soslayar sino apostar definitivamente por una conceptualización propositiva que es tarea primordial de la filosofía jurídica también en relación con qué derechos resultan básicos en el proceso de integración. En la medida en que escojamos un número finito de indicadores hacemos, querámoslo o no, una propuesta de integración o suscribimos una teoría previa sobre la misma.

²⁹ Seriamente: ¿es posible examinar sin una buena dosis de cinismo al inmigrado acerca del conocimiento de normas de nuestro ordenamiento jurídico *como si* la integración del autóctono se produjera sobre la base del conocimiento de las normas que le afectan? Y en este caso, ¿de cuáles? ¿Qué ha responder el inmigrante: la literalidad de la norma, su eficacia, o su experiencia personal?

¿Qué ámbito debe tener más peso? ¿Los derechos sociales, las libertades civiles o los derechos políticos? ¿Cuál es más decisivo en el plano de la integración? La respuesta no es sencilla. Los derechos sociales aparecían como presupuesto muchas veces del resto de derechos. Sin embargo, no pueda hablarse de integración sin participación en la gestión de los asuntos comunes. La exclusión de la participación política es incoherente normativamente con unas personas que residen en un territorio común. La posibilidad de vincular la ciudadanía con la residencia de una determinada duración, y ésta con el derecho al sufragio y el acceso a la función pública podría ser un buen indicador estructural. Además hemos razonado la necesidad de introducir en los sistemas de medición elementos para replantear la integración, como el de la ciudadanía (cívica, inclusiva, cosmopolita, etc.), perfilando las posibilidades en el tema que nos ocupa, de una ciudadanía *posmarshalliana*, una ciudadanía más allá de la nacionalidad. Aquí los indicadores son herramientas de las que el político, pero también el jurista puedes disponer para evaluar si dichas propuestas teóricas son capaces de trascender su condición declarativa. El listado definitivo de indicadores debe apuntar a un amplísimo número de cuestiones desde la asistencia sanitaria al número de matrimonios mixto, desde el régimen de descanso respetuoso con las distintas preferencias culturales a la sindicación, la relación del inmigrante con la propiedad, con el sistema de créditos financieros, el consumo, el acceso a la justicia, a la cultura, etc.

El enfoque desde la filosofía jurídica no supone o creemos que no debe suponer, escorar el debate hacia las injustamente controvertidas (y creemos que extrañamente familiares –no hace poco y al hilo de la cuestión del “velo” la sociedad española pareció despertarse experta en metafísica) demandas de identidad cultural. Un enfoque cultural, o mejor “culturalista”, traducido en un peso excesivo de indicadores que apunten a esta cuestión en nuestro finito sistema de indicadores oscurecería la vital cuestión de la igualdad socioeconómica o material y la participación política. Pensamos, que aún siendo francamente importantes los temas culturales e identitarios, si hay un objetivo prioritario cuando hablamos de integración este debe ser el de la consecución de una progresiva igualdad socioeconómica, dicho de otra forma y por llevar el tema a lo que más nos interesa aquí: la disminución de las distancias económicas es un buen *indicador* de integración social.

A la pregunta ¿que modelo de integración? hemos apostado, pues, por una integración a través del ejercicio de los derechos, señalando los muy distintos espacios de integración afectados por los derechos. Hemos repasado los distintos sistemas de indicadores en la Unión Europea de los que tenemos constancia para apuntar determinadas carencias pero también para subrayar aportaciones que creemos valiosas.

Resumiendo nuestra propuesta general del sistema de indicadores, se trata de:

a) un sistema de indicadores que parta del principio de igualdad y por la tanto compare con la población autóctona y la ciudadanía de la Unión Europea el ejercicio de los derechos de los nacionales de terceros países

b) un sistema de indicadores que recoja el impacto de las ambivalencias políticas y jurídicas que nos hemos ocupado de señalar informando de la eficacia, del éxito o del fracaso de las distintas legislaciones que afectan al proceso de integración.

c) un sistema de indicadores que en coherencia con algunos principios de la integración: carácter valioso (no instrumental), inclusivo (no excluyente), bidireccional y asimétrico, interroge por cambios y adaptaciones de la sociedad de acogida, en la ley y en la estructura de las instituciones públicas

d) un sistema de indicadores que partiendo de un modelo de integración igualitario e intercultural, desde el derecho, y en consonancia con la noción de "ciudadanía cívica" ponga el acento en la participación política y en la gestión de los asuntos públicos en sentido amplio

e) un sistema de indicadores que sea sensible a la dimensión de la igualdad entendida como igualdad desde la diferencia y en ese sentido sea respetuoso con el derecho a la cultura como respeto a la identidad cultural (desagregando así ciertos indicadores en función de la nacionalidad o de variables étnicas, religiosas y culturales)

No hay lugar aquí para un desarrollo pormenorizado de la implementación de tal sistema de medición. Los indicadores permiten hacer más objetivos nuestros juicios sobre el estado y evolución de la integración, pero además son necesarios en el diseño más específico de cómo poner en contacto conceptos y teorías con hechos empíricos, tratando de encontrar *correlatos* que permitan evaluar el comportamiento en la práctica de variables que han de ver con el objeto de estudio, con la teoría. El sujeto de nuestro estudio es irreductible a ninguna simplificación por tanto las variables, los indicadores e incluso todo el sistema de medición de la integración serán mejores si no se pierde la vista que el fenómeno se regula jurídicamente, pero la presencia del inmigrante es una cuestión humana y por tanto también *moral*. Ni el objeto, ni la teoría deben sernos, pues, indiferentes.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABRAMOVICH, V., y COURTIS, Ch. (2002) *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

AJA, E. (1998) "Derechos y deberes fundamentales de los inmigrantes". En *Jornadas sobre políticas de inmigración y políticas de integración*, Barcelona, 1998.

ÁLVAREZ, I. (2002) "La construcción del inintegrable cultural", De Lucas, J., Torres, D., (eds.), *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos? Algunos desafíos y (malas), respuestas*, Madrid, Talasa.

AÑÓN ROIG, M^a. J. (2000). "El test de la inclusión: los derechos sociales". En *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, coord. A. Antón, Madrid, Talasa, 2000, 148-191.

AÑÓN ROIG, M^a. J. (2003). "Nueva ciudadanía y derechos sociales y políticos de los inmigrantes", *Revista Gaceta Sindical. Reflexión y debate*, nº 3, Madrid, 2003, pp. 109-136.

AÑÓN ROIG, M^a. J. (2004) "Límites de la universalidad: los derechos sociales de los inmigrantes". En AÑÓN ROIG, M. J. (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

ATKINSON, T.; CANTILLON, B.; MARLIER, E.; NOLAN, B.; VANDENBROUCKE, F. (2002), *Social Indicators: the EU and Social Inclusion*, Oxford, Oxford University Press 2002.

- AZCONA, J. (2005) "Las barreras de las culturas identitarias: migración y límites sociales", en Manuel Calvo (Ed.), *Identidades culturales y derechos humanos*, Madrid, Dykinson, 2005.
- BENHABIB, S. (2003) *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Barcelona, Gedisa, Barcelona.
- CEA D'ANCONA, M^a A. (2009) "La medición de las actitudes ante la inmigración: evaluación de los indicadores tradicionales de racismo". En *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 99, 2009, pp. 87-111.
- COLECTIVO IOÉ (2002) "¿Cómo abordar el estudio de las migraciones? Propuesta teórico-metodológica". En Checa, F., (ed.) *Las migraciones a debate*. IV Congreso de Inmigración Africana, Almería 6-8 de Abril de 2000, Barcelona, Icaria, 2002, pp. 17-54.
- COLECTIVO IOÉ (PEREDA, C., ACTIS, W., DE PRADA, M. A.) (2008) *Inmigrantes, nuevos ciudadanos. ¿Hacia una España plural e intercultural?*, Madrid, Funcas, 2008.
- CHECA, J. C., ARJONA, A. (1999) *Inmigrantes entre nosotros*, Icaria, Barcelona, 1999.
- CHECA, F. J., CHECA, C., ARJONA, A. (Eds.) (2004) *Inmigración y derechos humanos. La integración como participación social*, Barcelona, Icaria, 2004.
- DE LUCAS, J. (1994) "Razismo e Xenofobia: le risposte del diritto", *Ragion Pratica*, 2, 1994.
- DE LUCAS, J. (2002) "Política de inmigración: 30 propuestas", *Claves de Razón Práctica*, n° 121, abril 2002.
- DE LUCAS, J. (2003) « Modelo Blade Runner ». En *Le Monde Diplomatique*. Ed. española, febrero 2003.
- DE LUCAS, J., DÍEZ BUESO, L. (2006) *La integración de los inmigrantes*, Madrid, CEPC, 2006.
- DE LUCAS, J. (2009) "La integración cívica: medidas para una ciudadanía inclusiva de los extranjeros". en Boletín Fundación BBVA, N° 17, II, 2009.
- DEL REAL ALCALÁ, J. A. (2010) "La gestión jurídica de la inmigración irregular: una zona entre medias de la legalidad y la legalidad". En *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 20, 2010, pp. 21-42
- DOOMERNIK, J. (1998) "The effectiveness of integration policies towards immigrants and their descendants in France, Germany and The Netherlands", *International Migration Papers* 27, Geneva, 1998.
- GARCÍA AÑÓN, J. (2006) "Garantías jurídicas frente a la discriminación racial y étnica de los inmigrantes examen de la aplicación de la agravante por motivos racistas". En Calvo González, J., (Coord.) *Libertad y Seguridad la fragilidad de los derechos*. Actas de Comunicaciones de las XX Jornadas SFEJP 11 y 12 de marzo de 2005, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Málaga, 2006, pp. 61 – 82.
- GARCÍA AÑÓN, J. (2003) "Inmigración y derechos de ciudadanía: la integración de los inmigrantes en las políticas públicas locales y autonómicas". En *Perspectivas de la inmigración en España: una aproximación desde el territorio*, Barcelona, Icaria, 2003, pp. 349-392.
- GARCÍA CÍVICO, J. (2009) "El bosque desde la villa. Imaginario social o Imaginación jurídica. Notas sobre la relación seguridad y libertad", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, 2009.
- HAMMAR, H. (1990) *Democracy and the nation state: aliens, denizens and citizens in a world of international migration*, Avebury, Aldershot, 1990.
- HIERRO, L. (2003) *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona, Ariel, 2003.
- IGARTUA, J. J., MUÑIZ, C. et al. "La imagen de la inmigración en la prensa y en la televisión. Aproximaciones empíricas desde la teoría del "framing" (2005). En Sabucedo, J. M., Romay, J. y López-Cordón, A. (comps.) *Psicología política, cultura, i Inmigración y comunicación social*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp. 239-246.
- IGARTUA, J. J., MUÑIZ, C. et al. (2004) "La información sobre inmigración e inmigrantes en la prensa española. ¿Barreras mediáticas a la integración o imágenes que generan xenofobia?", *Comunicación presentada en el Diálogo Internacional "Comunicación y diversidad cultural"*, *Forum Universal de las Culturas*, Barcelona, 24-27 de mayo, 2004.

- NAIR, S. (2010) *La Europa mestiza: inmigración, ciudadanía y codesarrollo*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2010.
- NEUFVILLE, J. I. (1981) "Social Indicators of Basic Needs: Quantitative Data for Human Rights Policy", *Social Indicators Research*, 1981, pp. 383-403.
- NOVARA, M., A. (2004) "El papel de los sindicatos en la integración social de los inmigrantes, ¿asignatura pendiente? En F. Checa, J. C. Checa, y A. Arjona, *Inmigración y derechos humanos. La integración como participación social*, Barcelona, Icaria, 2004.
- MARKO, J., MEDDA, et al. (2003) *The LISI Indicators. Legal Indicators for Social Inclusion of New Minorities Generated by Immigration*, Bolzano, Euroarc Research, European Academy, 2003.
- MÉNDEZ, M. (2005) "Los derechos políticos de los inmigrante". En VV. AA. *La condición del inmigrante Exploraciones e investigaciones desde la Región Murcia*, Universidad de Murcia, 2005.
- MIRAVET BERGÓN, P. (2005) "Trabajadores inmigrantes, sindicatos y participación" En *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 12, 2005.
- MIRAVET BERGÓN, P. (2006) "Algunos problemas para la integración cívica y política de los inmigrantes". En *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 2006.
- MORERAS, J. (2004) "La inscripción del Islam en el espacio público", en Checa, F., Arjona y Checa, J. C., *La integración social de los inmigrados. Modelos y experiencias*, Barcelona, Icaria, 2004, pp. 261-285.
- PÉREZ DE LA FUENTE, O. (Ed.) (2008) *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural* Madrid, Dykinson, 2008.
- RAMONET, I. (2003) *Guerras del siglo XXI. Nuevos miedos, nuevas amenazas*, Barcelona, Mondador, 2003.
- SOLANES, A. (2000) "La reforma de la ley de extranjería: retroceso en materia de derechos y garantías". En *Boletín Inmigración y Refugio*, N° 19, 2000, pp. 52-70.
- TODD, E. (1993) *El destino de los inmigrantes. Asimilación y segregación en las democracias occidentales*, Barcelona, Tusquets, 1996.
- TORRES PÉREZ, F. (2010) "La integración de los inmigrantes y algunos de sus obstáculos y fronteras". En <http://www.pensamientocritico.org/francisc.htm.17/08/>
- WESTIN, Ch. (2000) "Settlement and Integration Policies towards Immigrants and their descents in Sweden". En *International Migration Papers 34*, Geneva, International Migration Branch, International Labour Office, 2000.
- ZAPATA-BARRERO, R. (2003) "La gestión política de la inmigración: indicadores y derechos", *Derechos Sociales de los inmigrantes*. En M^a J. Añón (ed.), Colección Derechos Humanos, Valencia, Tirant lo Blanch-Servei de Publicacions Universitat de Valencia, 2003.

LA DENEGACIÓN DE JUSTICIA AL INVERSIONISTA EXTRANJERO

Por Carlos Hecker Padilla

RESUMEN

El derecho de todo inversionista a acceder a la justicia (ya sea jurisdicción interna o internacional), así como su calificación jurídica, han sido objeto de numerosos artículos y estudios, restándole novedad a prácticamente cualquier análisis al respecto. Las situaciones en que dicho acceso ha sido obstaculizado, sin embargo, no han suscitado el mismo interés. Es la razón que nos ha impulsado a dedicarles el presente análisis; el cual, dada la especial naturaleza del Derecho de las Inversiones Internacionales, nos ha parecido coherente centrar en las decisiones entregadas por la justicia arbitral, más que en las pocas discusiones doctrinarias al respecto.

PALABRAS CLAVES

Denegación de justicia, inversión extranjera, arbitraje internacional, mala fe, trato justo y equitativo.

DENIAL OF JUSTICE TO FOREIGN INVESTORS

BY CARLOS HECKER PADILLA

ABSTRACT

The right of every investor to access justice (whether domestic or international), and its juridical qualification, have been the subject of numerous articles and studies, lessening novelty to any analysis thereof. Situations where such access has been hampered, however, did not elicit the same interest. It is the reason that has prompted us to compose the present analysis, which, given the special nature of International Investment Law, seemed consistent to focus on the decisions delivered by the arbitral justice, rather than the few doctrinal discussions regarding this subject.

KEYWORDS

Denial of justice, foreign direct investment, International arbitration, bad faith, fair and equitable treatment.

LA DENEGACIÓN DE JUSTICIA AL INVERSIONISTA EXTRANJERO

Por Carlos Hecker Padilla*

I. Introducción

El acceso a la justicia consiste en “el derecho de toda persona a tener un ámbito en el cual hacer valer el derecho de que se crea asistida y de lograr la satisfacción de éste” (MARABOTTO, 2003, 291). De allí pueden distinguirse claramente los dos grandes elementos que constituyen la noción: el derecho de acceso al juez y el derecho a un procedimiento justo y equitativo.

En el ámbito del derecho de las inversiones internacionales, el acceso a la justicia pasa a tener un carácter especialmente importante, debido a las arbitrariedades de que puede ser objeto un inversionista en su calidad de extranjero. Debe recordarse que a pesar de las obligaciones de Derecho internacional que pesan sobre todo Estado en torno a la protección y respeto de los extranjeros, no han sido pocos los casos en que aquéllos han abusado de su autoridad, afectando los derechos de éstos.

En materia de inversión extranjera, la denegación de justicia debe entonces entenderse como “todo incumplimiento del Estado en torno su deber de organizar o de ejercer la función jurisdiccional, con el fin de asegurar a los [inversionistas] extranjeros una protección judicial mínima” (CORNU, 1987, 291). En otras palabras, la obstaculización al acceso a la justicia se puede hacer por la vía de impedir el acceso al juez, o de ignorar las reglas propias de un procedimiento justo y equitativo.

II. El impedimento de acceder al juez

La imparcialidad inherente a los tribunales y el procedimiento justo y equitativo a los que toda persona tiene derecho, de poco o nada sirven si la posibilidad de acceder a los tribunales no se encuentra garantizada (PELLOUX, 1975, 336).

La importancia de nuestra afirmación ha sido confirmada por los tribunales arbitrales en la forma que procederemos a exponer:

El primer ejemplo nos lo entrega el caso que enfrentó a la sociedad iraní NIOC con Israel. Al surgir un diferendo entre ambos, el Estado de Israel se rehusó a nombrar un árbitro para conocer del mismo (situación no comprendida en la cláusula compromisoria), impidiendo así al inversionista la posibilidad de acceder a la justicia arbitral. Por otra parte, y para mayor desgracia del inversionista, debemos recordar que

con posterioridad al fallo *Manbar*¹, la sociedad NIOC se encontró en una incapacidad total de acceder a cualquier tipo de jurisdicción, iraní, israelita e incluso internacional (KAHN, 2006, 99).

Como la referida cláusula compromisoria disponía que en caso de desacuerdo entre los árbitros nombrados por las partes, el Presidente sería nombrado por el Presidente de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI) de París, la sociedad NIOC se dirigió ante las jurisdicciones internas francesas, en la búsqueda de una decisión favorable.

Más allá de la decisión adoptada por el *Tribunal de Grande Instance* de París que desechó la demanda, los textos realmente interesantes, son los fallos emanados posteriormente de la Corte de Apelaciones de París y de la Corte de Casación respectivamente. En este sentido, la primera estimó que la sociedad NIOC se encontraba efectivamente en una incapacidad absoluta de acceder a toda jurisdicción. Considerando entonces que adoptar una actitud pasiva por su parte, constituiría a su vez una denegación de justicia, falló a favor del inversionista, otorgando a Israel el plazo de un mes para designar un árbitro.

La Corte de Casación, por su parte, confirmó la decisión de segunda instancia, y agregó que en virtud de un nexo con Francia, la denegación de justicia, aun cuando no forme parte de las condiciones previstas en el artículo 1493 del Código de procedimiento civil, puede otorgar competencia a las jurisdicciones francesas, siempre y cuando el orden público internacional sea respetado. De esta forma, señaló que "l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6.1, de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du président du tribunal de grande instance de Paris, dans la mission d'assistance et de coopération du juge étatique à la constitution d'un tribunal arbitral, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France"².

Sin embargo, las reacciones a esta sentencia en el seno de la doctrina francesa, son divergentes. Algunos la han alabado como un verdadero logro de la moralización del procedimiento arbitral (LAZAREFF, 2007, 4), que garantizaría virtualmente una jurisdicción universal del *juge d'appui* francés, con el fin de evitar toda denegación de justicia en materia de arbitraje internacional (MUIR WATT, 2005, 3). Otros autores, sin criticarla directamente, han considerado que la justicia francesa ha ido muy lejos; en este sentido, no creen que Francia esté investida de poderes especiales para proveer asistencia a todo litigante del mundo que carezca de defensa. El profesor Bertrand ANCEL relata de muy buena manera esta situación, aunque con un toque de ironía, al señalar: "Voici donc l'ordre juridictionnel français rivalisant avec les ONG, Médecins sans frontières, Reporters sans frontières, *Tribunaux sans frontières!*" (ANCEL, 2010, 201).

Un caso más reciente y a la vez más ilustrativo es aquel que enfrentó a la compañía italiana Saipem y Bangladesh ante un vasto número de jurisdicciones, internas e internacionales. El contrato firmado entre

¹ Fallo que consideró a Irán como un Estado enemigo, impidiendo a los tribunales israelíes reconocer o hacer cumplir cualquier sentencia emanada de jurisdicciones iraníes. Por otra parte, y desde ese mismo momento, ningún tribunal israelí podría someter a tramitación, solicitud alguna formulada por un nacional iraní.

ambas partes concernía la construcción de un gasoducto, cuyos plazos de entrega no pudieron ser cumplidos, principalmente debido al sabotaje y la fuerte oposición de las poblaciones locales: Un diferendo surgió rápidamente entre las partes en torno a la inejecución del contrato.

Tal como estaba previsto en el contrato de inversión, Saipem inició una demanda de arbitraje ante la CCI. La sociedad estatal Petrobangla se opuso a ello ante la jurisdicción interna de Bangladesh, alegando que la CCI carecía de jurisdicción en esta materia. El fundamento se encontraría en el artículo 5 del Acta de Arbitraje de Bangladesh de 1940³, que daría en primer término, jurisdicción a los tribunales internos. Según el punto de vista de la Corte de Apelaciones de Dacca, el tribunal arbitral habría desconocido manifiestamente la ley⁴, lo que determinó que la sentencia dictada por el tribunal CCI fuese posteriormente, considerada como inexistente por la Corte Suprema de Bangladesh. Ello llevó a Saipem a dirigirse al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante Ciadi) en busca de protección, en virtud del tratado bilateral de promoción y protección recíproca de inversiones (en adelante TBI) firmado entre Italia y Bangladesh.

Aun cuando el caso llevado ante el Ciadi trató principalmente acerca de la expropiación de la inversión, lo realmente interesante para nuestro análisis es la conclusión del tribunal, relativa a los obstáculos que Bangladesh ideó con el fin de impedir que Saipem pudiese acceder a la justicia arbitral. El razonamiento se elaboró sobre la base de la noción de abuso del derecho. En este sentido, el tribunal reconoció que la autoridad de un árbitro puede ser cuestionada en caso de falta o de incorrecta aplicación de la ley; sin embargo, ninguna de esas circunstancias tuvieron lugar. A su juicio, el hecho de haber impedido arbitrariamente el acceso del inversionista a una jurisdicción, a través del uso inadecuado del poder de control judicial, constituye un acto contrario al principio internacionalmente aceptado que prohíbe el abuso del derecho⁵.

Lo que nos parece interesante recalcar es que en el caso en cuestión, el Estado asiático había recurrido a instrumentos del todo legales; vale decir, a instrumentos lícitos que se volvieron ilegítimos en virtud de los efectos producidos, en especial, haber privado al inversionista de uno de los derechos fundamentales de que gozaba.

Ahora bien, tal y como veremos, la situación será bastante similar cuando el acceso a la justicia se vea obstaculizado por la inobservancia de las reglas relativas al procedimiento justo y equitativo.

² *Israel c. NIOC*, Cass. Civ. 1^{era}, 01 de febrero de 2005 n° 404, publicada en *Bull.* 2005 I n° 53 p. 45.

³ Redacción original en inglés del referido artículo 5: "The authority of the appointed Arbitrator or umpire shall not be revocable except by leave of the court, unless a contrary intention is expressed in the arbitration agreement".

⁴ *Saipem S.p.A. c. República Popular de Bangladesh*, Ciadi ARB/05/7, sentencia de 30 junio de 2009 § 155, <http://ita.law.uvic.ca/> [Consulta: 10 de julio de 2011].

⁵ "In conclusion, the Tribunal is of the opinion that the Bangladeshi courts exercised their supervisory jurisdiction for an end which was different from that for which it was instituted and thus violated the internationally accepted principle of prohibition of abuse of rights", *Saipem c. Bangladesh*, *Ibid.* § 160.

III. La inobservancia de las reglas relativas al procedimiento justo y equitativo

El principio relativo a la necesidad de un procedimiento justo y equitativo, puede vulnerarse, desde nuestro punto de vista, tanto por las autoridades administrativas (en sentido amplio), como por la justicia ordinaria (cualquiera que sea la instancia).

1. La denegación de justicia por parte de la administración

La posibilidad que sea la administración del Estado receptor de la inversión la que obstaculice el acceso a la justicia, es una hipótesis que no se debe descartar; ya que recordemos, gran parte de las actividades desarrolladas por los inversionistas requieren la intervención de dicha administración, ya sea a través de permisos, vistos buenos, etc. El Estado en dichos casos, no hace más que ejercer su potestad soberana, ¿Pero hasta dónde puede llegar?

La determinación de los límites entre la licitud y la ilicitud del accionar de los Estados es en extremo difícil, y poca jurisprudencia puede ser encontrada al respecto; ello, puesto que los tribunales arbitrales han sido muy prudentes al respecto, con el fin de evitar entrometerse en aspectos propios de la soberanía nacional (KNOLL-TUDOR, 2009, 323).

A nosotros, sin embargo, nos parece un aspecto esencial. Posiblemente ligado al estándar del trato justo y equitativo, el reconocimiento de este tipo de denegación de justicia, podría abrirle nuevas posibilidades de defensa al inversionista.

Algunos tribunales han tratado el tema, adoptando interesantes conclusiones. El primero que amerita ser citado, es el célebre caso *Metalclad c. México*⁶, donde una de las labores del tribunal Ciadi, fue evaluar el procedimiento que le denegó el permiso de construcción al inversionista extranjero. Del análisis efectuado, la doctrina ha podido concluir que uno de los elementos tomados en cuenta por el tribunal para determinar si hubo o no denegación de justicia, fue la legitimidad del procedimiento. Y de forma aún más específica, saber si el inversionista gozaba o no de vías internas destinadas a la revisión de las decisiones administrativas que le concernían directamente (KNOLL-TUDOR, 2009, 323). El tribunal finalmente, consideró estar en presencia de una denegación de justicia, puesto que "the permit was denied at a meeting of the Municipal Town Council of which Metalclad received no notice, to which it received no invitation, and at which it was given no opportunity to appear"⁷.

Un caso más reciente que también merece ser citado, es el caso *Middle East Cement c. Egipto*⁸. El Estado árabe, luego de una serie de conflictos con el inversionista, había decidido embargar un barco perteneciente a este último, y venderlo en pública subasta; ello, como compensación de una deuda equivalente a £E 103.033,97, que Middle East Cement tendría con el Estado. A pesar de los reclamos egipcios relativos al respeto de su legislación interna durante todo el procedimiento, el tribunal Ciadi

⁶ *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Ciadi ARB(AF)/97/1, sentencia de 30 de agosto de 2000, <http://icsid.worldbank.org/> [Consulta: 10 de julio de 2011].

⁷ *Ibid.*, § 91.

⁸ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto*, Ciadi ARB/99/6, sentencia de 12 de abril de 2002, <http://icsid.worldbank.org/> [Consulta: 11 de julio de 2011].

decidió realizar un doble análisis de la situación, tanto desde el punto del derecho interno, como del derecho internacional. El resultado fue la constatación de una denegación de justicia.

En efecto, el inversionista jamás había sido notificado, debido a que las autoridades de la administración habían obrado de mala fe. De este modo, el tribunal arbitral estimó que el inversionista había sido privado del acceso a la justicia, al negársele un procedimiento justo y equitativo, agregando que una situación "as important as the seizure and auctioning of a ship of the Claimant should have been notified by a direct communication"⁹.

Resulta interesante entonces constatar que la denegación de justicia y el estándar del trato justo y equitativo que todo inversionista tiene derecho a recibir, parecen estar en estrecha armonía, lo que, como ya avanzamos, podría ofrecerle al inversionista una vía adicional para proteger su inversión, en caso de decisiones administrativas arbitrarias. Tal y como señaló el tribunal encargado de resolver el caso *Genin c. Estonia*¹⁰, el trato justo y equitativo otorga "a basic and general standard which is detached from the host State's domestic law"

2.- La denegación de justicia por parte de la justicia ordinaria

Como ya hicimos referencia, al surgir una controversia, es necesario que el Estado ponga todo de su parte con el fin de permitir a cualquier individuo acceder a su jurisdicción interna, así como proporcionarle un procedimiento regular, equitativo y desarrollado en forma imparcial. Las inversiones internacionales no escapan a esta realidad.

En este sentido, el caso más emblemático en materia de inversión extranjera, lo constituye el caso *Løwen c. Estados Unidos*¹¹, donde el grupo canadiense fue condenado por un tribunal estadounidense en virtud de un procedimiento inicuo, llevándolo a la quiebra sólo algunos años más tarde. Así las cosas, y en el marco del arbitraje propio del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante TLCAN), presentó una demanda ante el Ciadi, alegando, entre otras muchas razones, la falta de un procedimiento justo y equitativo, y la discriminación de que fue objeto por parte de las jurisdicciones estadounidenses, en razón de su nacionalidad (KAHN, 2006, 99).

La decisión de la justicia arbitral fue muy interesante, a pesar de haber desechado la demanda de Løwen por no haber agotado previamente las vías internas. En efecto, el tribunal reconoció la denegación de justicia por parte de la jurisdicción de Minnesota, y en consecuencia, la violación del derecho de acceso a la justicia. En este sentido, el tribunal señaló que "[b]y any standard of measurement, the trial involving O'Keefe and Løwen was a disgrace. By any standard of review, the tactics of O'Keefe's lawyers, particularly Mr Gary, were impermissible. By any standard of evaluation, the trial judge failed to afford

⁹ *Ibid.* § 143.

¹⁰ *Alex Genin & Otros c. Estonia*, Ciadi ARB/99/2, sentencia de 25 junio de 2001 § 367, <http://icsid.worldbank.org/> [Consulta: 11 de julio de 2011].

¹¹ *The Løwen Group, Inc. & Raymond L. Løwen c. Estados Unidos de América*, Ciadi ARB (AF)/98/3, sentencia de 26 de junio 2003, <http://www.state.gov/documents/organization/3921.pdf> [Consulta: 11 de julio de 2011].

Løwen the process that was due” y que “[i]n the present case, the trial court permitted the jury to be influenced by persistent appeals to local favoritism as against a foreign litigant”¹².

La pregunta que debe entonces formularse, es ¿Qué constituye una denegación de justicia durante el desarrollo de un procedimiento judicial? Según el tribunal del caso Løwen, para infringir el artículo 1105 del TLCAN “[a] manifest injustice in the sense of a lack of due process leading to an outcome which offends a sense of judicial property is enough”. Y no se trata del primer fallo en este sentido; podemos citar la decisión adoptada por el tribunal Ciadi en el caso *Azinian c. México*, según el cual la denegación de justicia es sinónimo de “clear and malicious misapplication of the law”¹³.

De lo expuesto, podemos afirmar que hoy en día, la noción de mala fe constituye un sinónimo de denegación de justicia para la justicia arbitral. El dolo o mala fe, implica la existencia de una intención de dañar, por lo que en principio, muy pocos casos deberían verse afectados por este vicio. La pregunta que surge entonces en forma casi espontánea, es ¿Qué ocurre en los casos en que no es el dolo, si no la negligencia del tribunal, la que lleva a un resultado injusto?, en otras palabras ¿Puede la culpa provocar una declaración de denegación de justicia?

Las jurisdicciones internacionales y la doctrina no se han pronunciado en forma expresa al respecto. Por ello es que nos parece tan interesante intentar avanzar una posible solución. En este sentido, creemos que sólo el dolo puede constituir un fundamento de denegación de justicia. Las injusticias derivadas de la culpa pueden ser fácilmente subsanadas por las propias instancias superiores de cada jurisdicción nacional.

La culpa lata o grave, sin embargo, puede hacernos dudar, ya que se trata de errores o fallos tan groseros, que son casi siempre asimilables al dolo: *Culpa lata dolo æquiparatur*. A este respecto, nos parece imposible que durante un procedimiento, todas las instancias judiciales internas cometan errores de esta magnitud, sin un concierto previo, en orden a perjudicar a una de las partes. De este modo, a nuestro juicio, sólo el dolo puede ser considerado como fuente de la denegación de justicia.

IV. Conclusiones

El acceso a la justicia es uno de los derechos humanos más importantes¹⁴ para toda persona. Ello queda demostrado en el hecho de ser reconocido como un derecho fundamental, y por tanto, con protección constitucional, por todos los ordenamientos jurídicos modernos, así como por su reconocimiento en derecho internacional (HECKER, 2010, 205-209). En materia de inversión extranjera, este derecho adquiere una dimensión especialmente importante, en especial debido al principio de buen trato que todo Estado debe dar a los extranjeros, quienes evidentemente se encuentran en una posición de mayor desamparo frente a eventuales arbitrariedades.

Así las cosas, la probidad parece ser la piedra angular del sistema, para evitar cualquier abuso de este tipo. Las autoridades de la administración cargan con la obligación de obrar de buena fe en todas sus

¹² *Ibid* § 119.

¹³ *Robert Azinian & Otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Ciadi ARB(AF)/97/2, sentencia de 01 de noviembre de 1999 § 103, <http://icsid.worldbank.org/> [Consulta: 12 de julio de 2011].

actuaciones que puedan incidir en los derechos de la ciudadanía en general. Esta obligación pesa también sobre los jueces (funcionarios públicos al fin y al cabo), quienes deben tomar todas las medidas para que el procedimiento se lleve a cabo en conformidad a la ley, y fundamentar las decisiones que adopten.

Pero las obligaciones pesan no sólo sobre los funcionarios públicos, si no sobre todo aquel que se presente ante ellos para solicitarles que ejerzan su autoridad. En este sentido, el inversionista tiene la obligación de aceptar las decisiones adoptadas legítimamente por la autoridad; y si estima que su derecho de acceder a la justicia ha sido maliciosamente obstaculizado, es menester que esa mala fe sea debidamente probada. De lo contrario, la justicia arbitral terminaría siendo utilizada como una especie de "tercera instancia" por los inversionistas, con el fin de obtener una nueva revisión de los hechos, cuando no han obtenido una decisión favorable ante las jurisdicciones internas (KNOLL-TUDOR, 2009, 323).

Así por lo demás, se pronunció el tribunal en el caso *Azinian c. México*, señalando que "the possibility of holding a State internationally liable for judicial decisions does not, however, entitle a claimant to seek international review of the national court decisions as though the international jurisdiction seized has plenary appellate jurisdiction"¹⁵. Decisión que ha sido seguida por otros tribunales, especialmente en el caso *Monved c. Estados Unidos*, donde se dijo que "[u]nder NAFTA, parties have the option to seek local remedies. If they do so and lose on the merits, it is not the function of NAFTA tribunals to act as courts of appeal"¹⁶.

Referencias Bibliográficas

- ANCEL, B. (2010) "L'arbitrage commercial international au pays des lumières", en MENDEZ-SILVA, R. *Contratación y arbitraje internacionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2010
- CORNU, G. (1987) *Vocabulaire Juridique*, 8^{ava} edición, París, Editions Puf, 2009
- HECKER, C. (2010) "El acceso a la justicia y la inversión extranjera", *Actualidad Jurídica, Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, año XI, n°22, julio de 2010
- KAHN, P. (2006) "Investissements internationaux et droits de l'homme", en HORCHANI, F. *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, París, Editions Pedone, 2006
- KNOLL-TUDOR, I. (2009) "The fair and equitable treatment standard and human rights norms", en DUPUY, P.-M & Otros, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Wiltshire, Oxford University Press, 2009
- LAZAREFF, S (2007) "De la parole donnée...", en *Les Cahiers de l'Arbitrage. Gazette du Palais*, n° 2007/2
- MARABOTTO, J. (2003) "Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia", en *Anuario de Derecho Constitucional Mexicano*, 2003
- MUIR-WATT, H. (2005) Nota de jurisprudencia sobre el caso *Israel c. NIOC*, Cass. Civ. 1^{ère}, 01 de febrero de 2005, en *Revue de l'arbitrage*, 2005, n°3
- PELLOUX, R. (1975) "L'arrêt Golder de la Cour européenne des Droits de l'homme", en *Annuaire Français de Droit International*, 1975, vol. 21

¹⁴ Ello por supuesto, si aceptamos la posibilidad de jerarquizar los Derechos humanos.

¹⁵ *Robert Azinian & Otros c. Estados Unidos Mexicanos* (n. 22), § 99.

¹⁶ *Monved International Ltd c. Estados Unidos de América*, Ciadi ARB(AF)/99/2, sentencia de 11 de octubre de 2002 § 126, <http://www.state.gov/documents/organization/14442.pdf> [Consulta: 12 de julio de 2011].

LOS MEDICAMENTOS EN FRANCIA, ¿COMPONENTES DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD?

Por Céline Lageot

RESUMEN

El medicamento es parte integrante del derecho de acceso a los tratamientos médicos. Contrariamente a lo que podría creerse, dicho derecho es autónomo, pero contribuye a volver efectivo el derecho a la protección de la salud. Para decirlo de otro modo, la efectividad del derecho a la protección de la salud se debe al acceso a los tratamientos médicos y, a través de ese acceso, al medicamento. La problemática de la efectividad es evidentemente común al conjunto de derechos de prestación. Pero en lo relativo al derecho a la protección de la salud, como los responsables de elaborar las políticas públicas se concentran fundamentalmente en la *eficiencia* del sistema de salud considerado globalmente, resulta legítimo preguntarse si la naturaleza de este derecho no está siendo modificada.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la salud. Medicamentos. Tratamientos médicos.

MEDICINES IN FRANCE: ARE COMPONENTS OF THE RIGHT TO HEALTH PROTECTION?

By Céline Lageot

ABSTRACT

Medicines are a component of the right to a medical treatment. This right is autonomous, but it contributes to the effectiveness of the right to health care. To put it in other terms, effectiveness of the right to health care depends of the access to a medical treatment, and, through it, the access to medicines. The problem of effectiveness is common to all rights within this category. However, in which concerns the right to health care, due to the focus made by political deciders on the *efficiency* of the health care system from a global point of view, it is legitimate to ask if this right's nature is not being modified.

KEY WORDS

Right to health. Medicines. Medical treatments.

LOS MEDICAMENTOS EN FRANCIA, ¿COMPONENTES DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD?*

Por Céline Lageot**

Inciso 11 del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946¹:

“Ella [la Nación] garantiza a todos, particularmente a los niños, a la madre y a los trabajadores ancianos, la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el esparcimiento. Todo ser humano que, en razón de su edad, de su condición física o mental, de su situación económica, se encuentre incapacitado para trabajar tiene el derecho de obtener de la colectividad los medios apropiados para su subsistencia”.

Los fundamentos o las fuentes del derecho a la salud en Francia parecen residir, *a priori*, en lo esencial, en las disposiciones del Preámbulo de 1946, profundamente impregnadas por los derechos humanos llamados de segunda generación, los derechos económicos, sociales y culturales.

La adopción de estas disposiciones en Francia tras la finalización de la segunda guerra mundial, se inscribe en un movimiento de conjunto que materializa la institución de la seguridad social. Sin embargo, ella no tiene como objeto exclusivo la extensión del campo de la protección social. La seguridad social tiende, más bien, a una consagración de la solidaridad frente a los riesgos de existencia, en nombre de los principios constitutivos del orden social, y, más precisamente, en nombre de principios políticos, económicos y sociales particularmente necesarios en nuestro tiempo. Así, la adopción de dichas medidas confiere el carácter de *derecho humano* al derecho de cada uno al cuidado por parte de la colectividad. Este postulado es aplicable a esos derechos en general y, en particular, al derecho a la protección de la salud.

Este desarrollo que se da en Francia durante los años 1945-1946 no es en modo alguno sorprendente. Se inscribe en una evolución de las concepciones nacidas de la segunda guerra tendientes a una organización más solidaria de la sociedad y conducen a un refuerzo del rol del Estado: rol no ya exclusivamente reservado a la preservación de la autonomía de cada uno sino ampliado a la promoción, a través de su intervención, de la igualdad de oportunidades y condiciones en el seno de la sociedad. Esta

* Traducción del francés por Agustín Alejandro Cárdenes. Abogado (UBA) – Magíster en Derecho Público por la Universidad de Poitiers- Becario doctoral CONICET – Investigador adscripto al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja.

** Maître de Conférences en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Poitiers – Habilitada a la dirección de Investigaciones (HDR) – Adscripta al Polo “Derechos Humanos” del CECOJI (Centro de Estudios sobre Cooperación Jurídica Internacional) / CNRS - FRANCIA.

concepción es ampliamente compartida en Europa y es factible encontrarla en numerosos textos constitucionales europeos, así como en los grandes instrumentos internacionales adoptados tras el segundo conflicto mundial².

Sin embargo, contrariamente a una idea dada y tal como determinados autores lo remarcan con justicia, el reconocimiento de derechos económicos y sociales así como el desarrollo de las tareas del Estado que dicho reconocimiento implica, residen en el corazón mismo del liberalismo político y no en el socialismo. En efecto, frecuentemente ha sido escrito o sostenido que los derechos civiles y políticos llamados de primera generación, traducían la concepción occidental y liberal de los derechos humanos, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales harían lo propio respecto de una concepción socialista. Empero, parecía difícil hacer de la igualdad política y jurídica el principio del lazo social sin llevar adelante, al mismo tiempo, una acción orientada a conducir las condiciones económicas y sociales a una situación menos desigual. Dichas acciones permiten, en efecto, resolver las contradicciones entre el orden político, fundado en la igualdad jurídica y política de los ciudadanos, fuente de la legitimidad política, y la perpetuación cuasi inevitable de las desigualdades en el orden económico y social.

El Preámbulo de 1946 viene así a confirmar y coronar una evolución en Francia que tiene su punto de partida en 1789. Si la revolución da lugar a la consagración de principios calificados de liberales³, fundados en la autonomía y la voluntad de los individuos, ella da asimismo lugar al nacimiento de una reflexión profundizada acerca de la asistencia que la sociedad debe a aquellos miembros más golpeados por la suerte⁴.

Habrá que esperar a 1946 y a la sanción de la Constitución de la IV República para que esos derechos figuren entre los principios de valor constitucional, en los términos en que han sido evocados. Dichos principios serán retomados en el Preámbulo de la Constitución de 1958, actual constitución francesa.

¹ Constitución de la IV República, 1946-1958.

² Cf. a nivel internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y sus Pactos Internacionales (uno sobre los derechos civiles y políticos, otro sobre los derechos económicos, sociales y culturales) de 1966; cf. asimismo a nivel regional europeo, la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, completada por la Carta de Turín sobre los derechos económicos, sociales y culturales de 1961.

³ Cf. la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

⁴ La reflexión es en efecto inaugurada por los filósofos de la era de las luces. J.J. Rousseau afirma por su parte la responsabilidad de la sociedad respecto de la pobreza. El hombre, que entra en sociedad aliena su libertad. A cambio, la sociedad le debe una organización sin fallas. La pobreza es producto de una de sus fallas, que debe pues compensar. Con J.J. Rousseau, se abandona la idea según la cual el pobre es el único responsable de su condición. Poco a poco emerge asimismo la opinión según la cual la pobreza debe dar nacimiento al derecho del indigente a obtener la asistencia de la sociedad. Montesquieu, a su turno, plasma el vínculo entre indigencia y trabajo. El pobre no es pobre porque nada tiene, sino porque carece de trabajo. Darle un trabajo es así la primera cuestión a atender. La reflexión es asimismo llevada adelante en el seno del comité de mendicidad instituido por la Asamblea constituyente. Sus trabajos serán retomados sucesivamente e inspirarán ciertos textos constitucionales adoptados en el curso del período revolucionario. Sin embargo, la Declaración del 26 de agosto de 1789 guarda silencio al respecto. Las Constituciones del 3 de septiembre de 1791 y del 24 de junio de 1793 retomarán dichas ideas en el texto constitucional propiamente dicho: *"el socorro público es una deuda sagrada"*, *"la sociedad debe contribuir a la subsistencia de los ciudadanos desgraciados, sea procurándoles trabajo, sea asegurándoles los medios de vida a los que están impedidos de trabajar"*. A partir de ese momento y hasta 1848 los textos constitucionales no volverán a mencionar la cuestión. Estos derechos reaparecen en 1848, en la Constitución de la II República.

Ahora bien, al no ostentar más el mero carácter de un beneficio legal, el acceso a la protección de la salud deviene un derecho humano. La *constitucionalización* del derecho a la protección de la salud será, en un primer momento, simbólica, en la medida en que la Constitución de la IV República no asoció la aplicación de las disposiciones de su Preámbulo a una sanción de orden jurisdiccional. Esa situación cambiará con la Constitución de 1958, no sin importantes incertidumbres vinculadas a la naturaleza y al carácter de los derechos consagrados en el Preámbulo⁵.

Habiendo llegado a este punto de la introducción, pueden realizarse algunos comentarios respecto de la protección del derecho a la salud.

Desde un plano estrictamente formal, no es un "derecho a la salud" lo que es consagrado sino, quizás de una forma más pragmática, realista, un derecho "a la protección de la salud". El "derecho a la salud" no existe en tanto tal. En efecto, sería utópico el creer que cada uno posee un "derecho a la salud": dicho derecho no es más que una ilusión derivada, en el mejor de los casos, de la literatura. En ese sentido, De Lacharrière declara que "*el derecho a la salud*" no sería más que "*un optimismo que cada enfermedad desmiente, al menos a título temporario, y la saturación de los cementerios, a título definitivo*" (DE LACHARRIÈRE, 1986, 146). Por el contrario, el "derecho a la protección de la salud" surge del derecho positivo, dado que se halla inscrito en el inciso 11 del Preámbulo de la Constitución de 1946 y conforma, junto a otras fuentes no menos conocidas, el bloque de constitucionalidad⁶.

En segundo lugar, el Preámbulo de 1946, contrariamente a la Declaración de derechos del hombre que precedió al proyecto de Constitución del 19 de abril de 1946 (rechazado por referéndum), no da precisiones acerca del impacto de la mencionada disposición, ni, por otro lado, de ninguna otra. La declaración de abril era más precisa y más detallada: reconocía que cada uno es titular de un derecho a la protección de la salud desde la concepción, contando asimismo con la garantía, a cargo de la Nación, del acceso a la higiene y a los cuidados relativos a ella (art. 23), la protección de la familia, más precisamente, de la madre y del niño (art. 24), así como la protección de la salud de los trabajadores (art. 27).

Finalmente, el último comentario se vincula a la naturaleza de este derecho. ¿Se trata de un "derecho-libertad" o más bien de un "derecho de prestación"⁷? Se trata, *a priori*, de un derecho de prestación, es decir, aquel que confiere al individuo el derecho a una prestación positiva de parte del

⁵ Cf. la decisión del Consejo Constitucional del 16 de julio de 1971, que pondrá fin a la duda. Todos los derechos y libertades proclamadas en el Preámbulo de la Constitución de 1958, que incluye asimismo al Preámbulo de la Constitución de 1946, tienen valor constitucional. Decisión n° 71-44 DC del 16 de julio de 1971: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1971/71-44-dc/decision-n-71-44-dc-du-16-juillet-1971.7217.html>

⁶ Expresión acuñada en el seno de la doctrina, que debemos al Decano L. Favoreu. Hasta 1971, en Francia, la cuestión de saber si el Preámbulo de la Constitución de 1958, que contenía a los derechos humanos fundamentalmente a través de la Declaración de 1789, de los Principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y de los Principios particularmente necesarios en nuestros tiempos, tenía valor constitucional no estaba todavía zanjada. El Consejo Constitucional, por su decisión del 16 de julio de 1971, pondrá, como ha sido dicho, definitivamente fin a la controversia confiriéndole valor constitucional al Preámbulo e integrándolo a lo que hoy es calificado de bloque de constitucionalidad.

⁷ N.T: "droit-créance" en el original. Son aquellos derechos que implican una acción efectiva por parte del Estado y, en la mayoría de los casos, grandes partidas presupuestarias.

Estado. En ese sentido, diferiría de una libertad "clásica" como la consignada en el artículo 4 de la Declaración de 1789: "la libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tienen otro límite que el que asegura a los otros miembros de la sociedad gozar de los mismos derechos. Esos límites no pueden estar determinados sino por la ley". Recordemos en este punto que la doctrina clásica tiende a escindir, por un lado, los derechos humanos fundamentales llamados de primera generación, los derechos-libertad (los derechos civiles y políticos), mientras que los derechos de segunda generación son calificados, ya sea como derechos-programa, ya sea como derechos de prestación (los derechos económicos, sociales y culturales). A diferencia de los derechos-libertad, los derechos de prestación no se bastan a sí mismos. Así, imponen, no una obligación de resultado, sino una obligación de medios a los poderes públicos, aunque teniendo en cuenta asimismo la coyuntura.

En el contexto francés actual, en el que impera el liberalismo económico, marcado por dificultades crecientes en materia de gastos de salud, la obligación de resultado sería completamente ilusoria.

Si el "derecho a la protección de la salud" se conecta al concepto de derechos humanos, la cuestión es menos sencilla respecto de los medicamentos. ¿Integran estos últimos la noción de derecho a la protección de la salud? La respuesta que se nos aparece espontáneamente es afirmativa. Sin embargo, ella no constituye más que una respuesta *a priori*. Así, al estudiar con mayor profundidad la cuestión, la pregunta debe ser formulada en modo diferente.

El medicamento es parte integrante del derecho de acceso a los tratamientos médicos. Contrariamente a lo que podría creerse, dicho derecho es autónomo, pero contribuye a volver efectivo el derecho a la protección de la salud. Para decirlo de otro modo, la efectividad del derecho a la protección de la salud se debe al acceso a los tratamientos médicos y, a través de ese acceso, al medicamento. La problemática de la efectividad es evidentemente común al conjunto de derechos de prestación. Pero en lo relativo al derecho a la protección de la salud, como los responsables de elaborar las políticas públicas se concentran fundamentalmente en la *eficiencia* del sistema de salud considerado globalmente, resulta legítimo preguntarse si la naturaleza de este derecho no está siendo modificada. ¿Podemos entonces hablar de derecho de prestación?

En un primer momento, el estudio se propondrá aportar un esclarecimiento respecto de la cuestión del medicamento como integrante del acceso al tratamiento médico (I) y en un segundo momento, un análisis del pasaje de la efectividad del derecho a la protección de la salud a la eficiencia del sistema de salud francés (II).

I. El medicamento, componente del acceso al tratamiento médico

Esta primera parte permitirá destacar el derecho de acceso a los tratamientos médicos en Francia y lo que él implica (A) así como apreciar la dificultad de aprehender la noción de medicamento bajo el prisma de los derechos fundamentales (B).

A. *El derecho de acceso al tratamiento médico*

El derecho de acceso al tratamiento médico no constituye un objetivo, dado que aquí no se trata de sanar al paciente de su enfermedad. Se trata, por el contrario, de la obligación impuesta a los poderes públicos de intervenir con la finalidad de permitir el acceso del paciente a tratamientos médicos, susceptibles o no de sanarlo. Consiste pues en una obligación de resultado, la de brindar el acceso a un médico o a una terapia, independientemente de prejuzgar respecto de la sanación o no. Así, este derecho se diferencia, desde este punto de vista, del derecho a la protección de la salud, que no postula sino una obligación de medios.

La doctrina acuerda en forma pacífica respecto del carácter vago y lacunario del enunciado del inciso 11 del Preámbulo de la Constitución de 1946, el que genera dificultad a la hora de conferir un valor jurídico sólido al derecho a la protección de la salud (SAINT-JAMES, 1997), provocando, asimismo, la dificultad, cuando no la imposibilidad, de apreciar la efectividad de la garantía de los derechos así proclamados. Empero, es siempre posible encarar las formas de dicha efectividad limitando el análisis de esos derechos al de acceso a los tratamientos médicos. El acceso a los tratamientos médicos constituye, efectivamente, un fundamento preciso y concreto del derecho a la protección de la salud.

En primer lugar, el acceso a los tratamientos médicos tiene un campo de aplicación propio y autónomo. Significa para un paciente el poder presentarse ante un médico y recibir un tratamiento adaptado a sus necesidades. En el marco del tratamiento, puede identificarse el medicamento. Así, resulta difícil acceder a los tratamientos médicos si no se integra el medicamento a dicho acceso. Ahora bien, el acceso a los tratamientos médicos es definido por el artículo L. 1110-5 del Código de la Salud pública como sigue: *"Toda persona tiene, en función de su estado de salud y de la urgencia de las intervenciones requeridas por dicho estado, el derecho de recibir los cuidados más apropiados y de beneficiarse de terapias cuya eficacia sea reconocida y que garanticen la mayor seguridad en función del conocimiento médico probado"*.

En segundo lugar, el acceso a los tratamientos médicos no constituye una obligación de resultado postulada por un eventual derecho a la salud. Tampoco constituye una obligación de medios a cargo de los poderes públicos⁸. Así, el acceso a los tratamientos médicos debe permanecer abierto de modo permanente e incondicionado, fundamentalmente respecto de los pacientes menos favorecidos.

El acceso a los tratamientos reviste, incluso, un carácter general y universal en el sentido que constituye una prioridad a cargo de los poderes públicos, sobre todo respecto de las personas en situación precaria. La ley de orientación contra las exclusiones del 29 de julio de 1998 lo considera incluso un imperativo. Dicho imperativo procede de la puesta en práctica del principio de igualdad de acceso a los servicios públicos⁹.

⁸ N.T: Es decir que el acento es colocado en la **autonomía** del acceso a los tratamientos médicos respecto del derecho a la protección de la salud. Cuando el acceso a los tratamientos médicos es abordado en modo autónomo, debe ser plasmado del modo más abierto y amplio posible. Así, se trata de una obligación de resultado "desprovista", "desconectada" del derecho a la protección de la salud o una "meta" obligación de resultado que se origina en el propio acceso al tratamiento médico.

⁹ CE, S., 9 marzo 1951, *Société des concerts du conservatoire*, Rec. 151 ; cf asimismo el artículo L. 1411-1-1 del Código de Salud pública.

Finalmente, esta obligación es muy precisa dado que su extensión se encuentra delimitada por la accesibilidad al médico o a la terapia más adecuada.

Habiendo postulado los basamentos teóricos del derecho, estamos ahora en condiciones de preguntarnos cuáles son los fundamentos de su necesidad.

El acceso a la protección de la salud está considerado, al menos desde la sanción de la ley del 29 de julio de 1998, como un derecho fundamental. Reposo esencialmente sobre el principio de la dignidad humana y la igualdad. El segundo fundamento es su carácter universal. Ella abarca tanto a la población nacional como extranjera. Así, como lo afirman Renoux y Villiers, *"la protección de la salud define un derecho fundamental de primera importancia ante el cual la mayoría de los derechos fundamentales, al momento en que se opongan a él, deben ceder"* (RENOUX y VILLIERS, 2004, 285).

En los hechos, el acceso a los tratamientos médicos que permite asegurar el derecho a la protección de la salud lamentablemente carece de una consistencia indiscutible. ¿Cuáles son las razones? Por cierto, la incoherencia y la lógica restrictiva de las políticas públicas; asimismo, la actitud de cierta doctrina que no ve en este derecho sino una ilusión; finalmente, una actitud jurisprudencial que tiende a confirmar las posiciones administrativas. Todo ello contribuye a debilitar la efectividad del derecho en cuestión, que se encuentra sin embargo garantido por numerosos dispositivos.

Al efecto de evocar la posición de los jueces, corresponde comenzar por el Consejo Constitucional. Él ha considerado la cuestión de la protección de la salud en su famosa decisión *Interruption Volontaire de Grossesse*¹⁰ (decisión llamada I.V.G.)¹¹ como un *"principio fundamental con valor constitucional"* y más tarde como un *"objetivo de valor constitucional"*, respecto del cual el legislador y el poder reglamentario deben fijar las reglas en miras de su realización. Estas formulaciones diferentes *"principio"*, *"valor"*, *"objetivo"* han indudablemente debilitado la potencia de este derecho.

En lo relativo al Consejo de Estado, también manifiesta una cierta prudencia y hesitación en la enunciación y la calificación del derecho en cuestión. Así, efectúa un ida y vuelta entre un *"principio de protección de la salud"* en julio de 1994¹² y un *"derecho a la salud garantizado por el Preámbulo de 1946"* algunos meses más tarde¹³. En la actualidad, el Consejo de Estado parece haber fijado su jurisprudencia en la noción de *"protección de la salud"*¹⁴. Esta *"protección de la salud"*, según el Consejo, *"exige que el objetivo de evolución de los gastos médicos sea fijado en un nivel compatible con la cobertura de las necesidades de la población"*¹⁵. Finalmente, el Consejo agrega en 2005 que del hecho que *"la protección de la salud constituya un principio de valor constitucional, no resulta (...) que el derecho a la salud sea una libertad fundamental"*¹⁶.

¹⁰ N.T : aborto

¹¹ Decisión n° 74-54 DC del 15 de enero de 1975 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1975/74-54-dc/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975.7423.html>

¹² CE, 8 jul 1994, *Confédération générale des travailleurs*, Rec. 356.

¹³ CE, S., 21 nov 94, *Assoc « Le Patriarche »*, n° 142004.

¹⁴ CE, S., 15 mayo 1995, *M. Raut*, Rec., T.610 ; CE, S., 30 av 1997, *Association nationale pour l'éthique de la médecine libérale et autre*, Rec. 174.

¹⁵ CE, 27 abril. 1998, *Confédération des syndicats médicaux français*, n° 185644.

¹⁶ CE, 8 sept. 2005, *Min de la justice c. M.X.*, AJDA n° 7, 20 feb. 2006, p 376, nota Landijois.

Todas estas formulaciones apuntan a justificar la idea que ese derecho a la protección de la salud es relativo ante otros derechos y principios fundamentales...

Los problemas se redoblan en el momento en que nos concentramos en la noción de medicamento, su definición, la aprehensión del concepto y los problemas semánticos que ocasiona.

B. El medicamento y sus problemas semánticos

Definir al medicamento es un ejercicio peligroso... (CADEAU, 2000 - FOUASSIER, 1999)

Originalmente, la definición de medicamento resulta de la directiva n° 65/65/CEE del Consejo fechada el 26 de enero de 1965, incorporada al Código de Salud pública en 1967. Ella se articula alrededor de dos nociones de medicamento: una definición llamada por presentación y una definición llamada por función. Fue asimismo integrada por la directiva n° 2001/83/CE del Parlamento europeo y del Consejo del 6 de noviembre de 2001 al Código comunitario de medicamentos para uso humano, luego modificada por la directiva n° 2004/27/CE del Parlamento europeo y del Consejo del 31 de marzo de 2004.

Actualmente, la definición se lee del siguiente modo: se entiende que constituye un medicamento "*toda sustancia o compuesto presentado como poseedor de propiedades curativas o preventivas respecto de enfermedades humanas*" (definición por presentación), o "*toda sustancia o compuesto pasible de ser utilizado en el hombre o administrado al hombre a fin de reparar, corregir o modificar sus funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica o bien a fin de establecer un diagnóstico médico*" (definición por función). Esta definición es actualmente retomada por el artículo L. 5111-1 del Código de Salud pública. La definición por presentación no ha sido modificada desde 1965 y es objeto de una interpretación extensiva. La definición por función se distingue de la primera en el sentido que es independiente de la idea de enfermedad. Ella busca incluir en la noción de medicamento sustancias o compuestos que puedan tener consecuencias sobre la salud en general o que sean utilizadas con un fin puramente de diagnóstico y no terapéutico. Es esta última definición la que ha sido revisada en 2004 al efecto de asumir la multiplicación de productos con finalidad sanitaria dotados de un estatuto comunitario (alimentos dietéticos, complementos alimentarios, productos cosméticos, dispositivos médicos, etc.). El legislador europeo ha querido especificar el modo de acción del medicamento definido en virtud de su función y, teniendo presente la intención de ser claro, ha establecido una regla supletoria, según la cual, en caso de duda, un producto susceptible de responder a la vez a la definición de medicamento y a la definición de producto regido por otro estatuto, queda sometido a la legislación de los medicamentos, en razón de un especial énfasis que se coloca en la seguridad de las personas (CADEAU y RICHEUX, 1996, 10 – CALVO, 1987, 33 – CLEMENT, 1995, 19 – FAURAN, 1992, 645 – FOUASSIER, 1997, 303 – MAZEN, 1996, 746 – PEIGNÉ, 2005, 705 ; 2004, 577 y 2007, 579).

Según el artículo L. 5111-1 del Código de Salud pública, modificado por la ley n° 2007-248 del 26 de febrero de 2007¹⁷, actualmente se entiende por medicamento, toda sustancia o compuesto presentado como pasible de contener propiedades curativas o preventivas respecto de enfermedades humanas o

animales, al igual que toda sustancia o compuesto pasible de ser utilizado en el hombre o en animales o pasible de serles administrado, con la finalidad de establecer un diagnóstico médico o de restaurar, corregir o modificar sus funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica.

Son también considerados medicamentos los productos dietéticos que contienen sustancias químicas o biológicas que no constituyan por sí mismas alimentos, pero cuya presencia confiere a dichos productos ya sea propiedades especiales vinculadas a una terapia dietética así como propiedades de comida de prueba¹⁸. Los productos utilizados para la desinfección de ambientes diversos y para prótesis dentales no son considerados medicamentos. Para el caso en que, en razón de sus múltiples características, un producto sea susceptible de responder a la vez a la definición de medicamento previsto en el primer inciso y a alguna otra categoría de producto, regida por el derecho comunitario o por el derecho nacional, es asimismo considerado como un medicamento.

En los términos del artículo L. 5311-1 del Código de Salud pública, son "*fundamentalmente*" considerados como productos vinculados a la salud: "*los medicamentos, los aceites esenciales y plantas medicinales, las materias primas de uso farmacéutico; los productos contraceptivos y contragestivos; los biomateriales y los dispositivos médicos; los dispositivos médicos de diagnóstico in vitro; los productos sanguíneos lábiles; los órganos, tejidos, células y productos de origen humano o animal, incluidos los que son extirpados en ocasión de un intervención quirúrgica; los productos de terapia génica y celular; los productos destinados al mantenimiento o a la aplicación de lentes de contacto; los insecticidas, acaricidas y antiparasitarios de uso humano; los procedimientos, productos y aparatos destinados a desinfección de ciertas locaciones; los productos terapéuticos anexos; los alimentos dietéticos vinculados a fines médicos especiales que, en razón de su composición, son susceptibles de presentar un riesgo para las personas para las cuales no han sido destinados; los lentes no correctivos; los productos cosméticos*".

La lectura de las diferentes disposiciones denota una ausencia de rigor en la redacción, vinculado a los productos contraceptivos y contragestivos que poseen, tanto la calidad de medicamento (cf. la píldora), como la calidad de dispositivo médico (cf. dispositivo intrauterino). Asimismo, es factible preguntarse si la enumeración presenta un carácter exhaustivo, en función de la mención del adverbio "*fundamentalmente*". Queda pues la impresión que la lista fue arbitrariamente establecida por el legislador. De hecho, es factible que la noción de productos de salud sirva, sobre todo, para delimitar el campo de competencia de la Asociación Francesa de Profesionales de la Salud.

Si el medicamento hace, entre otros, efectivo el derecho a la protección de la salud, el problema del reembolso de su costo abre una cuestión que no es neutra. Así, actualmente se ha pasado en Francia

¹⁷ Art. 3 de la ley, JORF 27 de febrero de 2007.

¹⁸ N.T: "Repas d'épreuve" en el original. Se trata de una comida compuesta de una cantidad determinada de alimentos, que se hace ingerir a los pacientes y que se extrae de su estómago por intubación después de un cierto tiempo para practicar el análisis químico de su jugo gástrico.

del derecho de protección a la salud a la búsqueda de una eficiencia máxima del sistema de salud.

II. De la efectividad del derecho a la protección de la salud a la eficiencia del sistema de salud francés: ilustración a través del reembolso de los medicamentos

La problemática de la efectividad no es extraña al derecho a la protección de la salud puesto que es común al conjunto de los derechos de prestación. Sin embargo, ella se encuentra actualmente opacada por cuestiones de eficacia y eficiencia, vocablos comunes a un pensamiento liberal, que toman más en cuenta una dimensión económica de la puesta en práctica del derecho.

La efectividad es abordada, como se verá, en el inciso 11 del Preámbulo de 1946; asimismo resulta evocada por jurisprudencia constitucional, administrativa y comunitaria.

La eficiencia, en lo que a ella respecta, tiene una consonancia económica y anglo-sajona. Ahora bien, dicho criterio guía, actualmente, a los poderes públicos en la puesta en marcha de sus políticas de salud. Así, la eficiencia, apunta a tomar en consideración simultáneamente la eficacia y el costo de la política de salud pública.

La eficacia, por su parte, no apunta en principio sino a la capacidad de una estructura de cuidados médicos o una terapia para producir efectos.

A) De la efectividad del derecho...

La cuestión de la efectividad está presente desde la formulación misma del derecho a la protección de la salud. A través de la fórmula del inciso 11 del Preámbulo de la Constitución de 1946, observamos que este derecho de prestación es reconocido de modo indirecto, bajo la forma de un deber colocado en cabeza de la colectividad. La utilización, incluso, del término "*garantiza*" así como la identificación de un deudor de la obligación, "*la Nación*", traducen la preocupación presente en el constituyente de 1946 respecto de efectividad del derecho en cuestión.

Interrogarse sobre la efectividad de un derecho, es también interrogarse sobre su puesta en práctica, en particular respecto de la cuestión de la oposición, la contradicción potencial, entre el derecho a la protección de la salud y el goce de otros derechos y libertades.

Ahora bien, la puesta en práctica de un derecho a la protección de la salud no escapa a determinados parámetros: ella supone la realización de acciones o políticas públicas destinadas a asegurar esa protección que, a su vez, pueden ser susceptibles de restringir otros derechos y libertades. De las dos formas jurídicas que dichas acciones pueden adoptar, actividad de servicio público o la actividad de policía administrativa, es lógicamente la última aquella que puede traducirse en un mayor riesgo para otros derechos fundamentales.

Las acciones ligadas al servicio público ofrecen prestaciones que facilitan la protección (gracias al servicio público hospitalario, por ejemplo) así como el acceso a esa protección (vía los mecanismos de seguridad social, completados desde 1999 por el dispositivo de la Cobertura Médica Universal (C.M.U.) y de la ayuda médica del Estado para las personas excluidas de la C.M.U.).

En lo relativo a las acciones ligadas a la policía administrativa, podemos hallar medidas vinculadas a la reglamentación (por ejemplo el caso del control de la instalación de establecimientos farmacéuticos)¹⁹ así como medidas de prohibición (por ejemplo, la prohibición de fumar en lugares públicos, consagrada por la ley Evin de 1991 y ratificada por el decreto del 15 de noviembre de 2006) u obligaciones, entre las cuales puede evocarse la de administrar vacunas.

Estas medidas diferentes portan, cada una de ellas, un daño al ejercicio de otros derechos y libertades fundamentales, en particular al ejercicio de la libertad de comercio e industria, de la libertad de elección, o al derecho al consentimiento respecto de la realización de tratamientos; restricciones juzgadas sin embargo como necesarias para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud. El Consejo Constitucional ha asimismo estimado que la protección de la salud pública tiene "*valor constitucional*", lo que justifica las restricciones aportadas por la ley Evin tanto al derecho de propiedad como a la libertad de empresa. La referencia, en el seno del inciso 11 del Preámbulo, a la garantía acordada a "*todos*" puede efectivamente adoptar un sentido que le reconocen ciertas constituciones extranjeras²⁰, la *dimensión colectiva* del derecho a la protección de la salud y, por ende, de la *salud pública*. El Consejo Constitucional ha suscripto tal interpretación y admite que las políticas de salud pública queden ancladas en dicha disposición. Su primera decisión en este sentido es la decisión "*lucha contra el tabaquismo y el alcoholismo*" de 1991²¹. La ley Evin pretendía aumentar la severidad del dispositivo de lucha contra el tabaquismo, que ya estaba planteada en legislación del año 1976. La ley prohíbe entonces toda publicidad o propaganda directa o indirecta en favor del tabaco o los productos derivados del tabaco. Asimismo modifica el régimen de la venta de bebidas limitando la publicidad directa o indirecta de bebidas alcohólicas a algunos casos taxativamente enumerados. El fundamento de la acción impetrada por los diputados ante el Consejo Constitucional respecto de dicha legislación²² reposaba sobre la violación del derecho de propiedad y la libertad de empresa, ambos derechos constitucionales que se verían menoscabados más allá de un límite razonable o de lo que sería necesario al efecto de proteger la salud pública. Así, se encontraba en juego la cuestión de la conciliación del derecho a la protección de la salud con otros derechos de similar valor. En ocasión de dicho ejercicio de conciliación de derechos y libertades, el Consejo afirma que dichas medidas "*están destinadas a garantizar a todos, de conformidad con el inciso 11 del Preámbulo de la Constitución, la protección de la salud*". Las disposiciones legislativas serán pues consideradas como medidas de concretización del principio de protección de la salud pública. El Consejo se referirá asimismo en su decisión al "*principio constitucional de protección de la salud pública*", "*a las exigencias derivadas de la protección de la salud pública, principio de valor constitucional*" y a un "*imperativo de protección de la salud pública, principio de valor constitucional*". Es decir que

¹⁹ Otro ejemplo, la reglamentación de las profesiones ligadas a la salud ; su objetivo es –en principio– garantizar la calidad y la cantidad de la oferta de tratamientos.

²⁰ Como en Italia, por ejemplo.

²¹ Decisión n° 90-283 DC del 8 de enero de 1991. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1991/90-283-dc/decision-n-90-283-dc-du-08-janvier-1991.8752.html>

el Consejo entiende el principio de protección de la salud pública en un sentido colectivo, significación que, constitucionalmente, habilita directamente la intervención del poder público en la materia.

Independientemente de las consecuencias jurídicas de la conciliación de diferentes derechos fundamentales, el aspecto financiero del derecho a la salud implica una competencia entre diferentes derechos de prestación. En efecto, para que el derecho a la salud sea efectivo, la Nación debe involucrar recursos financieros, destinados a un sector cuyos gastos se incrementan en razón, tanto del envejecimiento de la población, como del costo inherente al progreso tecnológico.

B. ... A la eficacia de las medidas – Ilustración a través del reembolso del costo de los medicamentos

Los términos en los que se plantea la cuestión de la efectividad del derecho a la protección de la salud se explican sobre todo por el hecho que se trata de un derecho de prestación. Empero, la cuestión de la eficacia, no ya del derecho en sí mismo, sino de las medidas destinadas a volverlo efectivo (reglamentaciones, políticas públicas...), emerge necesariamente. Teniendo en cuenta la importancia de las sumas vinculadas a los gastos de salud, así como en virtud de la gran sensibilidad de la población frente a los desafíos que plantea la salud, la eficacia se vuelve un objetivo cada vez más buscado en Francia. Así, los responsables de la elaboración de políticas públicas tienden a la búsqueda de la eficiencia del sistema de salud, lo cual puede apreciarse en la cuestión del reembolso del costo de los medicamentos.

La política adoptada desde hace ya algunos años en materia de medicamentos genéricos y, en particular, el establecimiento de precios de referencia, se basa en la búsqueda de la eficiencia. Se trata de reembolsar a precio de genérico los medicamentos de marca; es decir, al precio menos elevado, los medicamentos que presentan la misma eficacia. El objetivo es pues mejorar la relación entre el medio empleado y el fin buscado.

El problema es que la búsqueda de eficiencia hace nacer una tensión entre la colectividad y el individuo. Una elección sanitaria de este tipo es racional desde un punto de vista colectivo. Colabora, indudablemente, a la eficiencia global del sistema de salud. Pero, esta racionalidad es susceptible de realizarse en detrimento del derecho individual a la protección de la salud y del acceso a los tratamientos médicos.

El ejemplo de la disminución de la tasa de reembolso²³ de ciertos medicamentos propuesta por la Alta Autoridad de Salud ilustra dicho fenómeno. Para proceder a la evaluación del efecto médico de los medicamentos, que es el criterio de admisión al reembolso y de la determinación del nivel de reembolso, la Alta Autoridad de Salud se interesa fundamentalmente en la *eficacia* del producto. Se considera *asimismo* en el cálculo del efecto médico, aparte de la eficacia del medicamento, su lugar en la estrategia terapéutica en relación a otras terapias existentes, su carácter preventivo, curativo o sintomático, su valor para la salud

²² N.T: En Francia, según el artículo 61 de la Constitución, 60 senadores o 60 diputados pueden solicitar al Consejo Constitucional que ejerza su control *a priori* sobre las leyes aprobadas por el Parlamento.

²³ N.T: "déremboursement" en el original.

pública y la gravedad de la patología para la cual es recetado. A pesar de la eficacia de determinados medicamentos, la Alta Autoridad de Salud ha propuesto su "des-reembolso" a fin de permitir que otros medicamentos, considerados más eficaces o más útiles en virtud de las patologías involucradas, sean integrados a la grilla de terapias o tratamientos reembolsables.

Ahora bien, si el hecho que el seguro médico, y por ende la colectividad, no tome a su cargo más que los medicamentos más eficaces parece, efectivamente, eficiente, no es menos cierto que la política de "des-reembolso" puede provocar que aquel medicamento que presentaba una cierta eficacia para determinados pacientes, no les sean ya accesibles desde un punto de vista económico. Este aspecto coloca en tela de juicio, *in fine*, la efectividad de su derecho a la protección de la salud²⁴. Es decir que, finalmente, la eficiencia global del sistema es susceptible de obturar la efectividad del derecho individual a la protección de la salud y el acceso al tratamiento médico.

A través del medicamento, y del método actual de reembolso guiado por criterios de eficiencia, la naturaleza del derecho a la protección de la salud se halla, según nuestro punto de vista, afectado. Así, estamos en posición de interrogarnos si se trata todavía de un derecho de prestación. Hay quienes objetarán esta calificación, tautológica, doctrinal y por ende, discutida. Objetarán también el hecho que esta problemática no es propia del medicamento y que podría aplicarse al conjunto de derechos económicos, sociales y culturales. Pero tal reflexión nos alienta a pensar que esta problemática, quizás común o banal *a priori*, es susceptible de poder refinarse y alimentarse con el tiempo de otro análisis... un tiempo rebelde frente a toda medición aritmética, administrativa y burocrática. En razón de los tiempos que corren en Francia, no es quizás inútil recordarlo...

BIBLIOGRAFÍA

- CADEAU, E. (2000) *Le médicament en droit public*. París, Éditions L'Harmattan
- CADEAU, E. y RICHEUX, J-Y (1996) "Le juge communautaire et le médicament" En *Petites affiches*, 1996, n° 7 p. 10.
- CALVO, J (1987) "La notion de médicament en droit communautaire" En *Petites affiches*, 1987, n° 85 p. 33.
- CLÉMENT, C (1995) "La notion de médicament en droit communautaire de la santé" En *Petites affiches*, 1995, n° 12 p. 19
- DE LACHARRIÈRE, R (1986) "Opinion dissidente" En *Pouvoirs*, 1986, n° 13 p. 113.
- FAURAN, B (1992) "La Cour de justice des Communautés et la définition du médicament" En *Gazette du Palais*, II, doctrine, 1992, p. 654.
- FOUASSIER, E (1997) "L'influence de la jurisprudence européenne sur la définition française du médicament" En *RDSS*, 1997, p. 303.

(1999) *Le médicament : notion juridique*. París, Editions Tec et Doc

²⁴ Como el caso, por ejemplo, de los tratamientos contra la osteoporosis.

- MAZEN, N-J (1996) "De l'imprécision de la définition du médicament ou la révolte de la Commission européenne des droits de l'homme" En *Gazette du Palais*, II, doctrine, 1996, p. 746.
- PEIGNÉ, J (2004) "La réforme de la législation pharmaceutique communautaire" En *RDSS*, 2004, p. 577.
- (2005) "Médicaments et aliments : les affinités conflictuelles" En *RDSS*, 2005, p. 705.
- (2007) "Le droit du médicament après la loi du 26 février 2007 et l'ordonnance du 26 avril 2007" En *RDSS*, 2007 p. 579
- RENOUX, T y VILLIERS, M (2004) *Code Constitutionnel*. Paris, LITEC
- SAINT-JAMES, V (1997) "Le droit à la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel" En *Revue de Droit Public*, 1997 p. 457

JURISPRUDENCIA

Consejo Constitucional :

- Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971
- Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975
- Décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991

Consejo de Estado :

- CE, S., 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, Rec. 151
- CE, 8 juill 1994, *Confédération générale des travailleurs*, Rec. 356
- CE, S., 21 nov 1994, *Assoc « Le Patriarche »*, n° 142004.
- CE, S., 15 mai 1995, *M. Raut*, Rec., T.610 ; CE, S., 30 av 1997, *Association nationale pour l'éthique de la médecine libérale et autre*, Rec. 174
- CE, 27 av. 1998, *Confédération des syndicats médicaux français*, n° 185644
- CE, 8 sept. 2005, *Min de la justice c. M.X.*, AJDA n° 7, 20 fev. 2006, p 376, note Landijois

LOS HOMBRES DE LA FACULTAD DE DERECHO EN LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO MODERNO ARGENTINO

Por Tulio Ortiz, Eduardo Barbarosch, Verónica Lescano Galardi

RESUMEN

El centro de interés que presentamos en este artículo gira en torno al estudio del protagonismo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en la creación de una clase dirigente que protagonizó etapas fundamentales del Estado Moderno argentino.

PALABRAS CLAVES

Facultad de Derecho. Estado. Nación. Clase Política. Estado Moderno argentino.

MEN OF THE FACULTY OF LAW IN THE CONSOLIDATION OF MODERN ARGENTINA STATE

By Tulio Ortiz, Eduardo Barbarosch, Verónica Lescano Galardi

ABSTRACT

The focus of attention presented in this article is the importance of the Buenos Aires, University Law Faculty, in the formation of a ruling class who had great influence on key periods in the Modern Argentine State.

KEY WORDS

Faculty of Law. State. Ruling Class. Modern Argentine State.

LOS HOMBRES DE LA FACULTAD DE DERECHO EN LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO MODERNO ARGENTINO

Por Tulio Ortiz*, Eduardo Barbarosch** y Verónica Lescano Galardi***

Prólogo

Tal los proyectos de investigación que nos preceden en el presente hemos analizado, los aportes que originó la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires para y en el Estado argentino, desde el punto de vista de los actores socio-políticos y con ello, pues, la conformación de una *intelligensia* que presentó un norte: la viabilidad del Estado moderno. Para esto y tal el primer apartado del artículo nos propusimos analizar los procesos de transición ocurridos en el Estado moderno argentino. Correspondiendo a este estudio el primero, que abarca su consolidación continuada, en algún futuro artículo, con la etapa participativa en la segunda década del siglo XX (Pasquino, 1995). Constatamos que ambos estuvieron organizados por sendos partidos políticos y que su dirigencia procedía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Con el correr de las páginas iremos desandando el camino que nos remonta al siglo XIX y el origen de la Facultad de Derecho. Una vez realizado este pasaje estaremos en condiciones de profundizar figuras y actuaciones que configuraron las instancias que hemos denominado de transiciones, deteniéndonos, específicamente en la primera de ellas. Y todo lo que ello comportó a nivel histórico político de una Argentina creciente.

Posteriormente, Verónica Lescano Galardi nos traerá una discusión ocurrida en el seno del *Primer Congreso Internacional Pedagógico* que hubo en nuestro país en donde diversos educadores y juristas, muchos de ellos pertenecientes a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, debatieron sobre la importancia de la formación jurídica en el seno de la educación primaria, buscando como fin último la formación del ciudadano desde temprana edad. "Esto es, entonces, la alfabetización y la socialización - funciones principales de la institución educativa: escuela primaria- harían de pilares para la con-formación del individuo en su ejercicio de derechohabiente a través de su formación en el conocimiento del derecho."

Finalmente, Eduardo Barbarosch nos adentrará en la labor política de Lisandro De la Torre (egresado de la Facultad de Derecho a fines del siglo XIX), principalmente manifestada en una

* Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires. Director Proyecto UBACYT . Doctor en Ciencias Políticas. Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja. Facultad de Derecho. UBA.

** Profesor Consulto de Teoría y Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. UBA. Doctor de la Universidad de Buenos Aires. Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja. Facultad de Derecho. UBA. Miembro Ubacyt.

*** Auxiliar docente en Teoría del Estado, Cátedra: Dr. Tulio Ortiz.. Doctoranda. Miembro adscripta al Instituto de investigaciones Jurídicas y Sociales Dr. Ambrosio L. Gioja (FD.UBA). Miembro Ubacyt.

discursividad de relevancia teniendo en cuenta la década que lo atraviesa, la del '30. En tal sentido, afirma Eduardo Barbarosch "Lisandro de la Torre figura política indiscutible de la primera mitad del siglo XX, tuvo en su larga trayectoria parlamentaria una coherencia en su pensamiento y accionar poco común. Algunos historiadores de las ideas políticas de ese período lo tenían como un político de escasa relevancia hasta su decidida actuación en el senado de la década infame, en la defensa de una política nacional del comercio de las carnes y su denuncia contra los manejos corruptos de los frigoríficos extranjeros en las exportaciones de carnes. Cuando De la Torre asume una bandera que algunos consideraron que pertenecía al campo nacional contra la denominada "oligarquía" y "el imperialismo" se lo erige en el "fiscal de la patria". Se piensa que este político de origen liberal y en algunos casos considerado conservador, había dado una vuelta de página a su biografía política primigenia, y por ello debía ser rescatado, ahora sí, para las páginas doradas de la historia nacional".

Una vez más, entonces y, guardando la impronta que siempre nos reúne invitamos a todos los miembros de la comunidad académica a la interacción reflexiva con la que la educación y un Estado pueden continuar sus caminos.

**Tulio Ortiz, agosto de 2011.
Director Ubacyt D008
Instituto de investigaciones Jurídicas y Sociales Dr. Ambrosio L. Gioja.
Facultad de Derecho.
Universidad de Buenos Aires.**

LAS TRANSICIONES POLÍTICAS DE LA ARGENTINA MODERNA. ROL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES. LA PRIMERA TRANSICIÓN

Tulio Ortiz.

Introducción

Nos proponemos analizar los procesos de transición ocurridos en el Estado moderno argentino. El primero, que cubre su consolidación y el segundo la democratización o etapa participativa en la segunda década del siglo XX (Pasquino, 1995). Constataremos que ambos estuvieron organizados por sendos partidos políticos y que su dirigencia procedía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Desarrollo.

Desde el comienzo del proceso emancipador sudamericano hasta la consolidación de los estados modernos transcurre un periodo en el que se hilvanan, como gemas de un collar, una sucesión de fallidos estados sobre el territorio que actualmente ocupa la República Argentina. Tal sucesión que en otras partes hemos denominado "estados premodernos" (Ortiz, 2003) configuran los intentos frustrados cuyos nombres, se encuentran en su mayoría, en el art. 35 de la Constitución Nacional.

El Estado moderno argentino, se consolida hacia 1880 pues por entonces se articulan los tres elementos (territorio, poder y población) en forma definitiva, superando el escollo que hasta entonces había hecho naufragar los intentos anteriores (Ferns, H.S. 1970, Crawley, E. 1985, Floria, C. y García Belsunce, C. 2009).

Aun el observador menos cuidadoso podrá notar que los estados premodernos precedentes dispusieron de posibilidades llegando, incluso, a sancionar normas fundamentales (con el nombre de Constitución, algunas), que reunían los requisitos formales sistémicos, aplicables a las mejores del mundo de entonces.

Cuando nace la Universidad de Buenos Aires (Halperín Donghi, 1962; Cutolo, V. s/e; Lescano, J. 1981; Pestalardo, 1913; Quesada, 1920)) no existía aun un Estado nacional organizado dado que el primer intento, llamado *Provincias Unidas de Sud América*, había fracasado, cayendo junto al Directorio en la batalla de Cepeda y arrastrando al Congreso que había declarado la Independencia. Existía por entonces, una suerte de mosaico de provincias, entre autónomas y soberanas, que si bien reconocían pertenecer a un origen común, lejos estaban aun de poder instituir un Estado único. En ese marco surge la Universidad de Buenos Aires que nacería como ente provincial. Esa sería su status por casi sesenta años, tiempo durante el cual se sucedieron los gobiernos de Rivadavia, Rosas, las luchas civiles, la sanción de la Constitución de

1853, la Secesión argentina, la segunda Cepeda, Pavón, la Guerra del Paraguay y, finalmente, la Guerra Civil de 1880, al cabo de la cual la Provincia perdería la ciudad de Buenos Aires, y por carácter accesorio, a la Universidad que se nacionalizaría. O sea, durante buena parte de una etapa esencial de la historia argentina la UBA fue provincial y desde ahí sus hombres no solo contemplaron la historia sino que también la protagonizaron.

Para fines del siglo XIX la evolución sociopolítica de Europa producía condiciones que fueron propicias para la fijación definitiva de los elementos del Estado Moderno postergado. De tal modo, la evolución del capitalismo industrial (Hobsbawn, 1998) permitió una fuerte exportación de capitales hacia los países periféricos (ferrocarriles, infraestructuras sanitarias, portuaria, etc.).

Asimismo, las crisis económica y social recurrentes produjeron una expulsión de habitantes por parte de los Estados más críticos, tales como Italia y España, cuyos gobiernos favorecían la emigración como válvula de escape de los sectores menos favorecidos, propiciando su asentamiento y evitando una superpoblación castigada por el sino maltusiano.

Por otro parte, la evolución tecnológica permitió que se expandiera la red de ferrocarriles y de telégrafos, lo cual creó una infraestructura no solo útil para el traslado de personas, mercaderías y de información sino también para un mejor control del territorio por el gobierno central, inclusive para el rápido desplazamiento de las fuerzas armadas que a éste respondían. Sumado a lo anterior estaba el hecho de la aplicación de modernas armas de repetición tales como la ametralladora a partir de las revueltas de López Jordán constituidas en temibles frente a las lanzas o arcaicos trabucos de los tiempos hispánicos. Por vez primera el poder central contaba con medios técnicos que, a partir de entonces, tornarían al Estado en algo técnicamente imbatible, hecho que aprenderían, a alto costo, diversas disidencias de los siglos XIX y XX cuando osaron enfrentarlo.

Pero, además de las condiciones externas favorables y la modernización de las armas fue necesaria la existencia de una clase política que con claros objetivos y medios idóneos concretara la transición hacia un Estado moderno consolidado.

La idea de clase política es ineludible aun en los regímenes democráticos y casi inevitables cuando, como en aquellos tiempos, la idea de democracia era muy diferente de la actual, hablándose en todo caso de "republica" por encontrársela a aquella asociada a los desbordes revolucionarios franceses. La única cuestión al respecto era saber si en su seno se permitiría una circulación permanente de sus miembros y que lograra objetivos que estuvieran más allá de la vida de sus protagonistas. Para entonces tales requisitos se cumplieron y un grupo de hombres con ideas claras y precisas dieron vida al llamado "Programa del 80" que, a más de un siglo haciendo retrospectiva se destaca no solo por sus logros sino también por sus falencias (Ortiz, 1998).

Pero, tal clase debía canalizarse a través de un partido político que aglutinara voluntades, dirimiera jefaturas y proyectara en la acción el plan que la animaba. Este partido se llamó en el caso argentino, Partido Autonomista Nacional o Partido Nacional, algunos le llaman los "conservadores" y gobernó, con matices, hasta la transición posterior a 1910.

Desde luego no se trata de un partido en el sentido moderno del término sino que más bien responde a la tipificación de lo que podemos denominar partidos premodernos o tradicionales en cuanto a que sólo significan una colectivo destinado a ocupar el poder o mantenerse en él, unido por intereses comunes, ambiciones, pretensiones más o menos ideales y sobremanera por lo que llamaba Maquiavelo la "virtu", como cualidad inherente al militante de la política.

Nuestro país conoció partidos políticos desde sus orígenes, ya sea que se los ubique a principios del siglo XIX como en los tiempos fundacionales españoles (Ortiz, 1981). No sólo me estoy refiriendo a Unitarios y Federales, sino también a Porteños y Provincianos, Morenistas y Saavedristas y anteriormente a Carlotistas y quizás, remontándonos a tiempos primigenios a Beneméritos y Confederados. Desde luego que después de Caseros la lista sigue con Crudos y Cocidos, Liberales y Autonomistas, para nombrar sólo a aquellos con protagonismo en Buenos Aires y zona de influencia. Todos respondiendo a la caracterización que hemos hecho y expresado, en tiempos anteriores a la Consolidación, en "clubes" políticos de vagos propósitos y fuertes personalismos aglutinantes.

El Partido Nacional de Avellaneda, surgido a raíz de los comicios de 1874, como expresión de los intereses provincianos se impone sobre el candidato porteño. Mitre, aduciendo el fraude cometido, en el segundo semestre de ese año encabezó una revolución militar que fracasó y que dejó a los mitristas excluidos de la política hasta la Conciliación del año 1877 (Míguez, 2011). El Partido Nacional se fusionará con el Partido Autonomista de la provincia de Buenos Aires, ya fallecido Alsina, y entonces en julio de 1880 nacerá el Partido Autonomista Nacional.

En realidad la fecha es importante pues Buenos Aires se encontraba en ese momento enfrentado con el gobierno de Avellaneda (surgido del fraude de 1874) quien con el apoyo del ejército roquista (que venía de la denominada Campaña del Desierto) aplastó la resistencia porteña tras miles de muertos (Gutiérrez, 1894.). Como herramienta de la Liga de Gobernadores, del Ejército victorioso y de todas las provincias, excepto Corrientes, el PAN sería instrumento de la clase política en la transición entre el Estado premoderno argentino y el Estado moderno argentino.

Este instrumento político tendría entre sus 13 fundadores **11** que provendrían de la Facultad de Derecho de la UBA. Veamos quienes fueron: Alem, Leandro, Cambaceres, Antonino, Cané Miguel, De Irigoyen, Bernardo, Del Valle, Aristóbulo, Madero, Eduardo, Pellegrini, Carlos, Rocha, Dardo, Sáenz Peña, Luís, Sáenz Peña, Roque, Ugarte, Marcelino, Wilde, Eduardo, Yrigoyen, Hipólito. Todos habían cursado de esa casa de Altos Estudios excepto Madero que era ingeniero y Wilde, médico (Sáenz Quesada, M. 1970).

En realidad, la idea de revolución suele estar asociada a la del uso de la fuerza, principalmente para obtener el poder político. Profundas transformaciones, sin embargo, han ocurrido en el mundo que fueron producto de la evolución o de la transformación lenta y gradual de las cosas, operando muchas veces bajo la superficie y dejando huellas indelebles. Por el contrario, suele advertirse, que las conmociones violentas terminan instaurando una fuerza igual o superior que destruye los logros habidos.

Los ejemplos sobreabundan y basta recordar que la revolución en Francia terminó con los Borbones nuevamente en el poder y en Rusia los masacrados Romanov, en los altares.

Los cambios acaecidos en el país a partir de 1880 fueron profundos y con la mayor prolongación en el tiempo que los negocios humanos posibilitan. Permítanme enumerar algunos:

Introdujeron las llamadas *leyes laicas* que a pesar de la resistencia y deficiencias perduraron en líneas generales. No solo la ley 1420, referida a la enseñanza primaria estatal, sino también las leyes de matrimonio civil y de registros civiles. No hubo marcha atrás aun pasando la ola agnóstica y positivista que invadía por entonces a buena parte de la dirigencia. La suspensión de la primera durante 10 años (entre 1944 y 1954) se debió sin duda a circunstancias políticas e ideológicas coyunturales, y cuando fueron superadas se volvió al laicismo. Asimismo, lograron “decapitar” a la Provincia de Buenos Aires (Saldías, A. 1910, Ruiz Moreno, 1980) -lo que nadie había logrado antes- y la marea arrastró a la Universidad que de provincial, como lo había sido los sesenta años anteriores, se convirtió en nacional hasta nuestros días. A su vez, la creación del Ejército moderno por la *ley Ricchieri* acarreó profundas transformaciones en cuanto al control político de las provincias (que lo perdían sobre las Guardias Provinciales), como así también como factor de integración nacional, preservación de las fronteras y otras tareas de tipo civil como la alfabetización de los conscriptos iletrados. *Last but not the least*, el padrón militar fue la base de la reforma electoral, utilizado a partir de la reforma de 1911 que permitió el tránsito a la etapa siguiente en la evolución de nuestro Estado moderno. En esta breve reseña no hay que olvidar a los “nervios del gobierno” como los llamaría Deutsch (Deutsch, K. 1985), es decir, las comunicaciones y los transportes que fueron obra del grupo gobernante de entonces. Finalmente, sin agotar la lista, hasta se las vieron con los símbolos nacionales que aun estaban borrosos y propicios a las más singulares controversias. Así, definieron el color de la bandera, el tamaño de sus franjas, las características que debía tener el sol. Inclusive restringieron la versión histórica de la Canción Patria al Himno Nacional tal como se lo conoce hoy (Bertoni, L. A. 2001). Definieron el valor del peso argentino que se mantuvo incólume por décadas, etc.

Pero si bien los denominados “conservadores” tenían como meta “paz y administración” no vacilaron en usar la fuerza tanto para tomar el poder como para conservarlo.

Cabe recordar que la federalización de Buenos Aires fue producto de una ley basada en un previo resultado político-militar. Por más que se le dé vueltas al asunto y se minimice con eufemismos la guerra civil de entonces lo cierto es que mentada federalización se logró mediante el lamentable costo de miles de muertos.

De igual modo, el Estado moderno no vaciló en utilizar toda su fuerza para sofocar las revoluciones 1890 (en cierto modo intento de resarcimiento de la anterior), como las radicales de los años 1893 y 1905. Y aun después, ya en los tiempos radicales, -en otra etapa- la revuelta de 1919 en la Capital Federal y pocos años después las de la Patagonia.

Conclusión.

En conclusión, por razones externas e internas, usando como medio un partido político, el Estado argentino se consolidó hacia fines de siglo. La protagonista de este momento histórico fue, una vez más, la Facultad de Derecho, con sus hombres y sus ideas (Cossio, C. 1947).

Bibliografía

- AGULLA, J. C. *Globalización y agonía de la sociedad nacional*, EB, 1999.
- BERTONI, L. A. *Patriotas, cosmopolitas y nacionalistas, La construcción de la nacionalidad Argentina a fines del siglo XIX*, Fondo de cultura económica, Buenos Aires, 2001.
- BOBBIO, N. y otros. *Diccionario de política*, 7a, Edición Española, México, Siglo XXI, 1995,
- COSSIO, C. *La función social de las escuelas de abogacía*. 3a ed. Buenos Aires: UBA. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. 1947
- CRAWLEY, E. *Una casa dividida. La Argentina 1880-1980*, Alianza. 1985
- CUTOLO, V. 1951. *La Facultad de Derecho después de Caseros*. Buenos Aires, Editorial Elche.
- CUTOLO, V. *Orígenes de la Facultad de Derecho de Buenos Aires (1821-1873)*. Tesis doctoral s/e.
- CUTOLO, V. *Nuevo diccionario biográfico argentino*, 7 vs. Elche, 1971.
- DEUTSCH, K. *Los nervios del gobierno*. Paidós. 1985.
- FERNS, H.S. *La Argentina*, Buenos Aires, Sudamericana. 1970.
- FLORIA, C. y GARCÍA BELSUNCE, C. *Historia de los Argentinos*. El Ateneo. 2009.
- GUTIÉRREZ, E. *La muerte de Buenos Aires*, Edit. Maucci. 1894.
- HALPERIN DONGHI, T. *Historia de la Universidad de Buenos Aires*, Eudeba. 1962.
- HOBSBAWN, E. *La Era del imperio, 1875-1914*, Barcelona, Critica-Grijalbo, 1998.
- JITRIK, N. *El 80 y su mundo. Presentación de una época*. Jorge Álvarez, 1968.
- LASCANO, J. *Los estudios superiores en la historia de Buenos Aires*, Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. 1981.
- LEVENE, R. *Historia del Derecho Argentino*, T. VI, Kraft. 1951.
- MIGUEZ, J. *Mitre montonero. La Revolución de 1874 y las formas de la política en la organización nacional*, Sudamericana, 2011.
- ORTIZ, T. "La doctrina política de la generación del 80" publicado en *El Derecho*, t. 122, 820 y ss. 1987.
- ORTIZ, T. 2000. "Globalización. Visión histórica desde Sudamérica", en *Globalización y nuevas tecnologías*, Pardo, María Laura y María Valentina Noblia (editoras), Biblos.
- ORTIZ, T. 2003. "La globalización y el Estado moderno. Extinción o transformación?" en *Origen y transformación del Estado argentino en períodos de globalización*, Ortiz y otros (coord.), Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho. UBA y Biblos.

- ORTIZ, T. *Historia de la Facultad de Derecho*. La Ley. 2003
- ORTIZ, T. "La Revista de Filosofía, ciencia, cultura y educación (1915-1929)" en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio Gioja"*, N°.2, otoño de 2008. Disponible en: <www.derecho.uba.ar/revistagioja> [Consulta: febrero 2010]. 2008,
- ORTIZ, T. 2008, "De la Globalización y su impacto en los Estados modernos", en *El Estado y la Globalización*, libro colectivo Coord. Dr. Jorge Bercholc. Buenos Aires.
- ORTIZ, T y Verónica LESCANO GALARDI. 2006, "Hacia un estado posmoderno? Transformación e identidad", en *Estado posmoderno y Globalización. Transformación el Estado-nación argentino*. Ortiz, T y Pardo, María Laura. (coord.). Departamento de Publicaciones. Facultad de Derecho. UBA. Pg. 3 – 27.
- ORTIZ, T y SCOTTI L. "Las reformas antes de la Reforma", en la Página de la UBA, sección dedicada a los 90 años de la Reforma Universitaria. Disponible en <www.uba.ar/reforma/download/T_Ortiz.pdf> [Consulta: febrero 2010]. 2008.
- ORTIZ, T. "El Pensamiento político de Echeverría", en *Revista Electrónica del Instituto de Investigación Jurídicas y Sociales "Ambrosio Gioja"*, No.1, primavera de 2007. Disponible en: <www.derecho.uba.ar/revistagioja>. [Consulta: febrero 2010]. 2007.
- ORTIZ, T. "Pero, que es la Globalización?", en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, <www.eldial.com> , Ed. Albremática. Disponible en: <http://www.eldial.com/suplementos/privado/tcdNP.asp?id=2940&id_publicar=2835&fecha_publicar=30/05/2007&camara=Doctrina> 2007 > [Consulta: febrero 2010].
- ORTIZ, T. *Surgimiento del Estado nación. El rol fundamental de la Universidad*, en Revista Encrucijadas, No. 47, 19. Universidad de Buenos Aires. 2009.
- ORTIZ, T y ÁLVAREZ, G. *Estado posmoderno e indigencia* en 4ª Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política, Pablo E, Slavin compilador, Mar del Plata, Ediciones Suárez, T, I, 2004.
- ORTIZ, T y LESCANO GALARDI, V. *Estado Posmoderno y relato histórico*, 4tas, Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política, Pablo Slavin Compilador, Ediciones Suárez, Mar del Plata, Argentina, 2004.
- ORTIZ, T. *Estudio Preliminar, Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina de Domingo F. Sarmiento*, Ley, FD, UBA, 2004.
- ORTIZ, T. "La Globalización y el Estado Moderno, ¿Extinción o Transformación?" en *Origen y Transformación Del Estado Argentino en Períodos de Globalización*, ORTIZ, T y María Laura PARDO, (coord.) , Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, UBA y Biblos, 2003.
- ORTIZ, T. *Los ciclos históricos argentinos*, Plus Ultra, 1977.
- ORTIZ, T. "De las semejanzas entre el estado premodernos y el estado posmoderno. Rol de la intelligentsia" en *Desigualdades sociales y Estado. Un estudio multidisciplinar desde la posmodernidad*, ORTIZ, T. y María Laura PARDO. (Coord.) 2008.
- ORTIZ, T. *Los partidos políticos argentinos*, en El Derecho, No.5236. Vol.. 93, 1981.

- PASQUINO, G. *Modernización*, en Bobbio et Al, México, Siglo XXI, 1995.
- PERRIAUX, J. *Las generaciones argentinas*, Eudeba, 1970.
- PESTALARDO, A. *Historia de la enseñanza de las ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Buenos Aires*. Tesis doctorales de la FDCE. UBA. 1913.
- QUESADA, E. "En el Centenario de la Universidad (Discurso pronunciado por encargo del Consejo Superior en la celebración del primer centenario de la Universidad de Buenos Aires)", en *Revista de Filosofía, ciencias, cultura y educación*, T. XIV. 1921.
- ROMERO, L. A. *La Argentina en la escuela, La idea de nación en los textos escolares*, Buenos Aires, Siglo XXI editores Argentina, 2004.
- RUIZ MORENO, I. J. *La federalización de Buenos Aires*, Emecé, 1980.
- SÁENZ QUESADA, M. "Argentina, capital Belgrano". *Todo es historia*, No.59, pág. 70 y ss. 1970.
- SALDIAS, A. *Un siglo de instituciones. Buenos Aires en el Centenario de la Revolución de Mayo*. La Plata, Taller de Ediciones Oficiales. 1910.

EDUCACIÓN Y DERECHO: INTERACCIÓN EN LA CONFORMACIÓN DEL CIUDADANO

Verónica Lescano Galardi.

Introducción

Un estado moderno consolidado, tal el nuestro en los años 1880, comportó desde otros aspectos tener, por parte de sus mentores y gestores, una idea concreta del ciudadano procurado. Para ello la educación jugó un rol central. En este artículo nos adentraremos en el mundo de la educación en su primera instancia formativa, esto es, la primaria. A través de un interesante debate que se desarrolló en el seno del Primer Congreso Pedagógico Internacional quedó plasmada una idea central del momento aludido: la formación del ciudadano habría de comenzar en y con su escolarización. Esto es, entonces, la alfabetización y la socialización -funciones principales de la institución educativa: escuela primaria- harían de pilares para la con-formación del individuo en su ejercicio de derechohabiente a través de su formación en el conocimiento del derecho.¹

El corpus estudiado, un debate y sus declaraciones del Primer Congreso Pedagógico Internacional, procede de la publicación *El Monitor de la Educación Común*, colección periódica especializada en educación. No solamente se destacó para el ámbito educativo sino que constituye uno de los acervos documentales culturales más importantes que ha tenido y tiene nuestro país. En sus páginas se encuentran las ideas, reflexiones, debates, discusiones, etc... de grandes nombres de la educación y cultura no ya argentinos cuanto internacionales tales como: Francisco Berra, Carlos Vergara, Pablo Pizzurno, Víctor Mercante, Ernesto Nelson, Rodolfo Senet, Rosario Vera Peñaloza, John Dewey y María Montessori, Joaquín V. González, José Ingenieros, Ricardo Rojas, Leopoldo Lugones, Gabriela Mistral, Juan Zorrilla de San Martín y José Vasconcelos.² (BNM)³

De este listado observamos la diversidad de formaciones: abogados-juristas, políticos, historiadores, educadores, escritores, etc... Todos ellos a través de las páginas de *El Monitor* aportando sus ideas y creencias para coadyuvar en nuestra educación.

¹ Nos encontramos en la primera instancia de esta investigación, de allí la finalidad, la presentación del corpus y las reflexiones en torno a ella.

² La Biblioteca Nacional del Maestro ha digitalizado la colección en cuya virtud a través de sus tres volúmenes se puede encontrar la colección completa.

³ Fuente: Biblioteca Nacional del Maestro, web site: <http://www.bnm.gov.ar>

Desarrollo

Durante la primera semana de diciembre de 1881 se decretó la realización del primer congreso pedagógico de nuestro país. La convocatoria se debía a Domingo Faustino Sarmiento y Julio A. Costa. El marco lo vendría a dar la Exposición continental de la industria considerado un momento más que propicio para la discusión y reflexión del sistema educativo argentino en tanto se aprovecharía la llegada de diversas personas y personalidades de diversos ámbitos de tal manera que quedaría abierto el camino para el intercambio de ideas y trabajo de análisis y reflexión en procura de aportar mejoras al sistema de educación argentino. Chile y Uruguay serían aquellos que se destacarían en su presencia y participación.

El 11 de abril de 1882 tuvo lugar la primera sesión ordinaria del Primer congreso pedagógico internacional cuya presidencia estaría a cargo del Sr. Jacobo A. Varela. Las presidencias irían cambiando con el decurso de las sesiones.

Pasamos a transcribir el debate eje de nuestro estudio y con él nuestros comentarios en relación. Los intervinientes: Dr. Agustín Mariano Alió⁴; Dr. Francisco A. Berra⁵; Dr. Carlos María de Pena⁶; Dr. Carlos María, Urien⁷; Sr. Nicomendes Antelo; Dr. Carlos María, Ramírez⁸; Sr. Gregorio, Uriarte⁹; Dr. Alfredo Vasquez Acevedo¹⁰; Dr. Wenceslao Escalante¹¹.

⁴Alió, Agustín Mariano (1871-1874): Rector del Colegio del Uruguay (actual Colegio Superior del Uruguay «Justo José de Urquiza») institución educativa argentina, creada por el General Justo José de Urquiza, el 28 de julio de 1849, primero en el país de carácter laico y gratuito.

⁵Berra, Francisco A., abogado y educador. Introduce en Bs As la teoría de la pedagogía. Fue Director Nacional de Escuelas.

⁶de Pena, Carlos María, (Durazno, Uruguay, 1852 - E.-U.A. 1918). Licenciado en Jurisprudencia en la Universidad de la Republica. Político, Ministro de Estado, diplomático y docente universitario uruguayo.

⁷Urien, Carlos María, (1855-1921), escritor y abogado argentino. Una de sus principales obras, "*Geografía argentina: estudio histórico, físico, político, social y económico de la República Argentina*", escrito en colaboración con Ezio Colombo.

⁸Ramírez, Carlos María (San Gonzalo, [Brasil](#), 1847 - [Montevideo](#), 1898), licenciado en jurisprudencia, periodista, ensayista, narrador y político.

⁹Uriarte, Gregorio, autor de *Estudios Históricos Sobre la Instrucción Primaria y Secundaria en la República Argentina*.1896.

¹⁰Vásquez Acevedo, Alfredo, (8 de julio de 1844, Buenos Aires - 23 de julio de 1923, Montevideo). Estudios primarios en Bs. As., licenciado en jurisprudencia y político uruguayo.

¹¹Escalante, Wenceslao, (Santa Fe, 28 de septiembre de 1852 - Buenos Aires, 1912). Abogado (UBA). Profesor de Filosofía del Derecho, UBA. y ministro de Hacienda de la Argentina.

Congreso Pedagógico.¹²

"Dr. Berra.- Se recomienda, -para el caso que sea posible, - la enseñanza del derecho civil, del derecho penal, de la economía política y de la pedagogía. Esta condición- para el caso que sea posible- parece que debiera hacer innecesaria toda discusión, puesto que si no es posible nada se enseña. Sin embargo se discute; y ya que se discute, vamos a discutir.

Soy abogado de profesión, y por consecuencia he tenido ocasión de conocer el origen de muchos pleitos, de muchas ruinas, de muchas lágrimas, de muchas desgracias. El origen de todo no ha sido mas que la ignorancia de nociones muy elementales acerca del derecho civil ó penal; de algunas nociones acerca de los contratos y de las obligaciones de las personas.

Por ejemplo: ¿quién habrá aquí que algunas vez no haya tenido que comprar algo al fiado; que alguna vez no haya hecho una compra y dejado el objeto comprado en la tienda ó almacén para que se lo manden á su domicilio? Aquí y afuera de aquí no habrá alguno que haya comprado una cosa y le hayan mandado otra; que haya pagado ó pagado otra, ó nó en las condiciones convenidas; que haya contratado algo creyéndolo lítico y que realmente no lo era, ó que haya puesto ciertas cláusulas en el contrato creyendo que bastan; confiando en la buena fé de la otra parte que llega al fin á prevalerse de las deficiencias del contrato ó de la ignorancia que revela el que lo redacta, y mil casos semejantes que ocurren en todos los momentos á toda clase de personas y sobre todo á las mas ignorantes? Pues, bien cuando se dice en este proyecto que se recomienda la enseñanza del derecho civil – en caso que se posible- se dice que se recomienda la enseñanza de nociones á cerca de los contratos, por ejemplo, de la venta y compra, de arrendamiento, y de otras cosas semejantes que son de uso ordinario en la vida. La enseñanza de estas nociones es sumamente fácil; es cuestión de grados, como todas las materias de un programa.

Lo mismo puede decirse respecto á las nociones de derecho penal. ¿Cuántas veces se comete un delito (no digo un crimen, un pequeño delito), que obliga a ir ante el juez de paz á gastar tiempo, paciencia y dinero, y á sufrir mil contrariedades y disgustos? ¿Cuántas veces la ignorancia del derecho ageno y de las obligaciones propias es causa de disgustos y enemistades? Todo esto podría evitarse con simples nociones sumamente fáciles acerca del derecho penal, de lo que es prohibido hacer á un hombre en sociedad y de las consecuencias que resultan cada vez que esos preceptos son infringidos.

Asi es que, en mi concepto, esas dos materias deben ser objeto de recomendación, porque, entiéndase bien, no se trata de hacerlas obligatorias, sino de hacer una recomendación para el caso que sea posible su enseñanza.

Vamos á la economía política.

La economía política, en resumen, es la ciencia que enseña á las personas á aprovechar su tiempo, su trabajo y su dinero. No tengo necesidad de sacar á luz los hechos que ocurren todos los días. ¡Cuánto

¹²Transcripción de la versión digitalizada por la Biblioteca Nacional del Maestro: <http://www.bnm.gov.ar>. de la Colección "El monitor. Título: Congreso Pedagógico: continuación, véase no. 58 en *El Monitor de la Educación Común*.

tiempo, cuánto dinero, cuántas fuerzas, cuántas buenas disposiciones se malgastan por falta de nociones de economía política!

Y por falta de conocimientos económicos, ¡cuánta desgracia, cuánta vergüenza se soporta muchas veces! (*Muy bien!*) La economía política no solo conviene para enseñar á las personas á ahorrar fuerzas, trabajo y dinero, son para asegurar también su moralidad. Es una ciencia cuyos fines son esencialmente morales. No hay moralidad; donde no hay prácticas de economía.

(*Muy bien!*)

Yo concibo perfectamente que los franceses hoy, conociendo por la experiencia las funestas consecuencias que resultan de la ignorancia de esta ciencia, se haya apresurado á incluirla en sus programas de enseñanza primera; y si yo intentára hacer efectivas mis opiniones individuales, haría mocion para que no nos limitáramos á una recomendación, sino que su enseñanza se hiciera obligatoria.

(*Apoyado! Muy bien!*)

Vengamos ahora á la pedagogía.

Parece que á algunas personas ha causado gran extrañeza que se recomiende esta materia.

Acaso mas de una se haya preguntado: Pero ¿con la pedagogía quieren hacer maestros de todo el mundo?

A esto que parece estraño, yo responderia afirmativamente. Si, señor, maestros á todo el mundo!

La razon es la siguiente: ¿Por qué aprende pedagogía el maestro de escuela? ¿Cuál es la razon de que tanto se les exija el conocimiento de esta asignatura? La razon no es otra que esta: Que sepa instruir bien á sus alumnos, y , sobre todo que sepa educarlos bien, porque es evidente que el que no sabe, el que no tiene conocimientos pedagógicos, el que no sabe cómo se instruye ó como se educa, no puede instruir ni educar bien.

Ahora, el maestro y la maestra no son mas que delegados del padre y de la madre. Vienen á ejercer en la escuela las funciones que el padre y la madre deben ejercer en su casa, desde que tienen un hijo, desde el dia que nace, porque el niño se educa desde el dia que nace.

Y si se acepta, como debe aceptarse, como un axioma, que las primeras impresiones de la infancia son las que vienen á determinar el carácter futuro de las personas, desarrollándose gradualmente debido á un impulso que reciben desde el primer momento, compréndese cuán transcendental función, en el órden de la sociedad y de la familia, es la que desempeñan la madre y el padre, que deben educar a un hijo desde que lo tienen.

Si para los maestros y maestras es absolutamente indispensable el conocimiento de esta ciencia, lo es mucho mas para el padre y la madre, sobre todo para la madre, cuya acción es continua respecto de su familia.

De esta manera que la ciencia pedagógica no debe ser materia de estudio voluntario: debe ser materia obligatoria para todo el mundo, porque todo el mundo está llamado á ser padre ó madre, aunque excepcionalmente no lo sean.

Buenos Aires: Consejo Nacional de Educación. 1884. - Año 3, no. 59 (mayo 1884), p. 609-618. Ultima consulta agosto 2011.

El resistirse, y creo que la resistencia es excepcional, acusa, en mi opinión, no conocer bastante bien cuales son los bienes prácticos de todo programa. Nunca se instruye por el gusto de instruir, nunca se educa para que esa instrucción y esa educación vengan á reflejarse, á traducirse en hechos en la vida constante de las personas.

Por eso los programas deben ser eminentemente positivos y prácticos, y por eso deben preferirse las ciencias mas practicas, los conocimientos mas necesarios en el órden ordinario de la sociedad, y es indisputable que si hay ciencias que tengan esos caracteres, que los acusan todos, son la economía política y la pedagogía, y en segundo lugar las nociones de derecho civil y penal.

Yo no quiero hacer cuestión con la Comision sobre si esas materias deben ser obligatorias ó nó. Mi opinión es que sí; Pero, puesto que ella se ha espedido haciendo una simple recomendación, para el caso que sea posible, yo acato el proyecto, y creo que el Congreso se adherirá.

Así, pues, voy á terminar mi pequeña disertación, espresando mi pensamiento último: si llegase á saberse que esto se ha propuesto y no se ha aceptado por la unanimidad de todos los presentes, sería algo que nos afectaría en el concepto público.

He dicho.

Nuestro comentario: de la propuesta y argumentos soporte que expone Berra se manifiesta que la finalidad última de la moción es procurar elevar y mejorar la calidad de vida en cuanto a convivencia social. Con esto, más que una idea de dolo, la razón de la tensión y/ o conflicto social vendría de la mano de la ignorancia. De allí, en la capacidad formadora de la educación es que se intente hacer lugar a la inclusión de los conocimientos del derecho civil, penal, la económica política y la pedagogía, pues las cuatro tienen como común denominador un fin de integración individuo-sociedad en la maximización del primero.

El *Dr. Pena*.- Pido la palabra.

He pedido la palabra para agregar una consideración á las que ha vertido el señor Dr. Berra, y en el mismo sentido en que él se ha espresado.

Los códigos de todo el mundo tienen un artículo, en el cual el legislador ha tenido buen cuidado de decir: "La ignorancia de las leyes á nadie sirve de excusa.

De manera que este solo principio en la ley de todos los países, traería como consecuencia esto otra: es necesario, es indispensable que en las escuelas se enseñen cuando menos los elementos del derecho positivo.

En este sentido estoy plenamente de acuerdo con el señor Dr. Berra.

No es materia de aquellas que deben simplemente recomendarse: es materia obligatoria. La sociedad establece sus responsabilidades bien definidas con sus relaciones con las personas.

Por consiguiente, los principios jurídicos deberían hacerse obligatorios.

Nuestro comentario: En la misma línea que Berra, sería la ignorancia la madre de todos los conflictos sociales.

El *Dr. Urien*.- Indudablemente, es muy conveniente que todos los individuos de la sociedad tengan nociones de derecho; pero por mi parte, no quisiera dar lugar á que se desarrollaran mil errores en la inteligencia de los niños, por gente que no sabe explicar materias que no entiende, como un profesor que, explicando economía política decía: La moneda es una pieza de metal cilíndrica, que sirva para comprar y pagar”.

Estas son las nociones que se van á enseñar!

Así serán los principios de derecho civil y criminal!

Nuestro comentario: Ya Urien destaca la tensión que se suscitaría, en la formación del menor ciudadano, la instrucción de conocimientos que requieren calidades específicas para su transferencia.

El *Sr. Antelo*.- Pido la palabra.

Voy á decir muy poco. Estoy por las dos primeras partes del inciso, ménos por la última.

Yo no creo que los niños de seis á catorce años puedan lanzarse á la concepción de lo que es el derecho, ni criminal, ni civil; y la razon que tengo es la siguiente: Se dice que son nociones. Muy bien. Ni como nociones. La noción del derecho es la noción mas abstracta que existe en todas las ciencias sociales.

No es lo mismo enseñar algunos artículos de legislación civil ó criminal. Si se tratase de hacer conocer para un niño de doce á catorce años, que tal homicidio, que tal delito tienen tal pena, por supuesto que esto es muy sencillo; pero, poner “nociones de derecho civil ó criminal”...

El *Sr. Vasquez Acevedo*.- Muy sencilla.

El *Sr. Antelo*.- La misma noción del derecho es imperceptible al niño de catorce años. Yo lo demostraré de una manera muy fácil.

He tenido mucho tiempo, como ayudante, á algunos estudiantes de jurisprudencia, de diez y ocho á veinte años. Jamás pude obtener de ninguno de ellos que me diese una definición ni aproximada de lo que es el derecho.

No es lo mismo el derecho que la legislación. Las disposiciones positivas relativas á casos particulares de legislación, son muy perceptibles á cualquier persona...

El *Dr. Ramirez*.- Es el derecho civil y penal lo que se va á enseñar.

El *Dr. Berra*.- No es la filosofía del derecho, lo que se va á enseñar.

El *Sr. Antelo*.- Arrancando de la misma noción sintética del derecho...

El *Dr. Ramirez*.- Se dice “derecho civil”.

El *Sr. Antelo*.- Pero es el derecho.

Señor Presidente: mientras mas reducido es el rádio de una ciencia, mas sintética tiene que ser. Esto está en la conciencia de todos.

Lo que se llama “noción”, precisamente quiere decir la síntesis de una ciencia; los principios mas generales, lo que es ménos accesible á los niños.

No es posible transmitir á la conciencia de un niño la idea de lo que es el derecho.

El *Dr. Pena*.- Supóngase que se trata de la enseñanza del derecho civil...

El *Sr. Antelo*.- Esas son argucias! No es posible transmitir á niños de catorce años la idea de lo que es el derecho.

La razon de esas disposiciones es todavía mas incompresible. No tragamos, señor Presidente, como el Catecismo del padre Astete, de enseñar preceptos de suyo incompresibles y que se fundan en razones mucho mas incompresibles aún. Los preceptos del derecho son un misterio para el niño, porque nunca puede elevarse á la concepción de la razon en que se fundan esos preceptos.

La prueba, es, señor, que constituye uno de los estudios mas altos reservados al hombre, cuando está en el pleno desarrollo de sus facultades. Es uno de los ramos de enseñanza profesional que solo lo hace el hombre á la edad de veinte años arriba, y aun así, yo no he encontrado hasta ahora, repito, un estudiante que me diga lo que es el derecho.

¿Cómo podrá un niño de escuela llegar á comprender perfectamente, de tal manera que se asimile en su conciencia, cuando el hombre tiene tales ó cuales deberes y derechos? Imposible que comprenda.

Luego, vamos á reaccionar contra nuestras propias ideas. Vamos á producir una enseñanza sobre una cosa fantástica que nos hará perder el tiempo.

Yo lo repetiré: nada tan noble como la enseñanza al ciudadano de sus derecho y deberes. El ciudadano debe conocer sus derechos y deberes, pero á su debido tiempo.

¿Cuál es este tiempo? Cuando el joven vá á la Universidad vá á una escuela especial, que puede lanzarse á sus concepciones. No pienso lo mismo de la pedagogía, a pesar de que, bien considerada, es una de las ramas de la ciencia filosófica, porque no puedo comparar la pedagogía con la legislación ó con la ciencia del derecho.

Así es que acepto la una y no la otra.

Me parece también que es un ramo inusitado en el programa de la instrucción primaria; y sinó, cítese un programa de instrucción pública que comprenda nociones del derecho?...

El *Dr. Ramirez*.- Aquí está tome el *Times* puede leer: *Nociones de Derecho*.

El *Sr. Antelo*.- Señor Presidente: los argumentos que me han hecho sobre que conviene que el niño conozca las condiciones para hacer una escritura y otros casos particulares, no los acepto como válidos.

No se trata de esos casos particulares. Por lo demás; no es el niño el que vá á ejercer sus derechos; es el padre, y éste muy bien debería saberlo. Hé dicho.

El *Sr. Escalante*.- hago moción para que se cierre el debate.

(Apoyado)

- Se cierra el debate.

Nuestro comentario: en este pasaje de la discusión no se cuestiona el hecho de la inclusión per se de los conocimientos de los determinados derechos sino la capacidad real del aprendiente en su adquisición. Con esto, la discusión pasa de una discusión de letrados a otra de educadores (esto nos resulta interesante porque en casi todos los intervinientes existían ambas

calidades, con lo que la preponderancia de una u otra indica el interés de fondo en formar con grado de realidad, esto es factibilidad, al ciudadano menor).

- Se vota el punto en discusión en el que se declara la conveniencia de que en los últimos grados de la escuela se den sencillas nociones de pedagogía, de economía política y principios de derecho civil y penal, y resulta empate en la votación.

- En consecuencia, se reabre el debate.

Solicita la palabra y ocupa la tribuna.

El Sr. Alió.- De propósito no había querido tomar parte en esta importantísima discusión: me reservaba hacer de paso algunas indicaciones, en el momento en que usase de la palabra con motivo de una proposición que he tenido el honor de presenta á la Mesa. Pero el empate de la votacion sobre un punto en que se ve que hay firmeza de opiniones por ambas partes, me decide á hacer algunas observaciones ligeras, porque en cuanto á lo fundamental han sido ya checas admirablemente por el señor Antelo.

Es cierto, como nos decia el señor Berra, que hoy tenemos necesidad de nociones de derecho para poder evitar en la vida ciertas catástrofes que nos sorprenden precisamente por la ignorancia de nuestros derechos y hasta de nuestros deberes. Pero ellas no deben aprenderse en la escuela primaria. No es allí donde deben recogerse estas nociones de derecho, ni de economía política (porque voy á ocuparme de ambas en conjunto); y tan es así, que no se ha incluido en el plan de estudios que rige en la Republica para los que han de ser maestros, para los que serian precisamente los encargados de enseñar estas nociones á los niños.

Y de aquí resulta una dificultad insuperable para que pueda hacerse obligatoria esta enseñanza. No podemos imponer esta obligacion aunque se crea útil la enseñanza del derecho, sin reformar el plan general de enseñanza de las escuelas normales.

En efecto, si los maestros que salen de estas escuelas no tienen nocion alguna de derecho, ¿cómo van á inculcarlos en los niños?

Y esto, prescindiendo de la razon fundamental indicada por el señor Antelo, porque en el camino de la vida, como decia muy bien el señor Berra, hay periodos de desenvolvimiento de las distintas facultades del individuo, y en el momento primero, en la primavera de la vida, son los instintos los que debemos educar, no la razon, que es la única capaz de juzgar la nocion abstracta, abstractísima del derecho. Por eso insisto en que deber reservarse esta declaración para el dia que hagamos una reforma general; porque adviertan uds. que un plan de enseñanza debe corresponder al desarrollo natural del niños, debe ser gradual, correspondiéndose sus ramos, como los anillos de una cadena, los unos á los otros, de tal manera que si en un programa de instrucción primaria invadimos la enseñanza superior, violamos los principios de la pedagogía moderna, a cuyo amparo hemos dictado todas nuestras anteriores declaraciones.

Y no se diga que vamos á aplicar los sistemas modernos, que son conocidos de todos lo que se consagran á la ciencia pedagógica.

La Francia ha dado este paso, pero es posible que tenga que retroceder algún día, como ha hecho con otras instituciones, por no estar todavía preparado el terreno para recibirlas.

No es preciso que adoptemos las cosas á su tiempo y lugar, que se siembre la semilla en el terreno propio, adecuado. La naturaleza no dá saltos: lo han dicho los mas grandes pensadores de la humanidad: va marchando paulatinamente; y empeñarse ahora en poner en un programa de instruccion primaria, la última palabra de la ciencia, seria precipitarnos para tener que retroceder. Es irregular, no está en el orden de la época, por lo cual insisto en que debe votarse en contra de la Comision, que propone algo muy buen, muy seductor, pero irrealizable hoy día.

Nuestro comentario: se reitera la posición de factibilidad formativa no ya en el aprendiente cuanto en el enseñante. La imposibilidad de que forme el no formado es el obstáculo que predomina para la no aceptación de la moción.

Pide la palabra.

El *Dr. Uriarte*.- Señor Presidente: hubiera deseado no tomar la palabra, y esta era mi resolución ántes de la votación que ha tendido lugar; si n embargo, reabierto el debate, aprovecho la oportunidad de ponerme de acuerdo con la Comision, que quizá iba á suponer en mi el atrevimiento que pueda haber manifestado en otras ocasiones, poniéndome en pugna con ella.

Pero ya que se han conciliado algunos términos, voy á oponer algunas observaciones á las que acaba de hacer el doctor Alió relativamente á las materias incluidas en el ultimo artículo.

Desde luego se parte de un principio falso, y es de que únicamente debemos atenernos á lo que existe y no á lo que puede existir. En Congreso no se reúne para sancionar todo aquello que ya está sancionado por la práctica y la experiencia, porque entonces no avanzaría absolutamente nada. El Congreso se reúne para corroborar en cierta manera los adelantos de la pedagogía y los sistemas mejores de educación, para señalar los rumbos que hagan progresar esos sistemas, y al mismo tiempo todo lo que á su jurisdicción se refiere.

De manera que si en la actualidad no se enseña economía política (en el concepto de los señores que se oponen), y aun suponiendo que no se enseñe economía política ni derecho civil ni penal, en las escuelas, eso no quiere decir que en lo sucesivo no deba enseñarse ó no convenga; y hé aquí por qué me veo en el caso de repetir lo que se ha dicho ya: el Congreso por medio de ese artículo manifiesta una aspiración , y todas las aspiraciones van al provenir; pero es necesario para que se realicen que junto con la aspiración vaya el deseo y sobre todo el esfuerzo; y ese esfuerzo no se consagrará mientras no se acepten disposiciones análogas á la que acaba de combatir el Dr. Alió.

Decia además el Dr. Alió que para exigir la enseñanza del derecho civil y penal y de la economía política sería menester reformar los planes de enseñanza y exigir de los educadores el conocimiento de estas materias. Esto es muy óbvio, es clarísimo; y precisamente, á favor de esas exigencias es que progresará la educación,

Pero es que mucho de eso se hace en la actualidad. En la capital de la República se exige los maestros, según los programas de las escuelas normales, el conocimiento de la economía política.

Y claro es que una vez que las materias se distribuya, como se distribuyen, entre las diversas categorías, estas no corresponderían sino a los grados superiores.

De manera que en materia de economía política no se exigirá sino lo que existe en esos programas. Creo que esto es, irrefutable.

Ahora, en cuanto al derecho civil y penal parece que se tratara de algo inabordable; y yo encuentro en todo esto lo que se puede decir una inconsecuencia, una falta de lógica. Se ha aceptado como obligatoria la instrucción cívica, es decir, las nociones de derecho constitucional; y yo pregunto: qué es más difícil, si lo que es consecuencia, lo que está comprendido en el derecho constitucional, puesto que no viene a ser sino su desenvolvimiento orgánico, su desmembración, como es el derecho civil y penal, o lo que constituye y comprende toda su esencia, que es el derecho constitucional. Claro es que lo último; y si se enseña lo más difícil, no veo por qué no ha de enseñarse lo más fácil.

(Muy bien, muy bien!)

El Sr. Urien.- No es derecho constitucional lo que se enseñaría, sino nociones.

El Dr. Uriarte.- Y nociones de derecho civil y penal, no es derecho civil y penal. Además, no hacemos novedad. No sé si me estraviaré; pero me parece que en las escuelas de Roma se enseñaba el derecho, las leyes, a los niños, se les ponía en comunicación y se les hacía penetrar en lo que se llamaba el derecho vivo; de manera que se les habilitaba para el ejercicio de todos aquellos principios, de todas aquellas aspiraciones que constituyen como la esencia del organismo de la nación.

Sí, pues, señores, tenemos los antecedentes prácticos; si tenemos a nuestro favor las doctrinas; si tenemos las necesidades, y si tenemos, sobre todo, los propósitos y los móviles de este Congreso, no veo razón alguna para que seamos inconsecuentes, rechazando en el detalle y en la aplicación, lo que hemos aceptado en doctrina y en principio!

(Aplausos)

Nuestro comentario: Uriarte desplaza el centro de atención de la discusión hacia un concepto clave del momento: el progreso como motor de la realidad y como motor de realización de los proyectos, programas y/u objetivos. Para sostener su posición de crecimiento y superación se apoya en un determinado contexto internacional histórico-cultural.

El Sr. Presidente.- Se va a votar.

El Dr. Escalante.- Quisiera salvar un principio que me parece comprometido en esta cuestión de los programas, y del cual no se ha tratado; es decir, del principio que tienen que predominar para la distribución de las asignaturas.

Quisiera que la Comisión me dijese esto: ¿el plan que presente es en el concepto de que la educación en las escuelas ha de durar ocho años, si o no?

Varios señores.- Así es.

El *Dr. Escalante*.- Si es en ese concepto rogaría que se haga constar en el acta que en ese sentido es que se ha hecho la asignación de esas materias.

Quiere decir que si mañana se dicta una ley y se encuentra que no es conveniente por el momento dar la educación para mas de tres ó cuatros, año son rige ese programa.

El *Dr. Ramirez*.- Perfectamente, la Comision acepta ese punto de vista.

El *Dr. Escalante*.- Entonces, que se consigne en el acta.

- En seguida se vota y aprueba el articulo en discusión.

-Pide la palabra.

El *Sr. Alió*- Señores:

Antes de dar por terminadas nuestras tareas, voy á decir dos palabras para fundar un proyecto de resolución que he presentado á la Mesa.

Propongo en él, en primer lugar, un voto de agradecimiento y aplauso al Presidente de la Comision organizadoras del Congreso Pedagógico; un voto de agradecimiento á los dignos representantes de las naciones extranjeras y de las provincias; un voto de agradecimiento á los representantes de las asociaciones populares, á nuestros secretarios y á la prensa cuya valiosa cooperación tanto ha contribuido al éxito de nuestros trabajos.

En este proyecto, señores, hay una laudatoria para los que han hecho el bien, y una censura para los que han hecho el mal!

Propongo un voto de agradecimiento al Presidente de la Comision organizadora, porque solo él y algunos otros, muy pocos, miembros de esa Comision, que igualmente merecen ser mencionados, han concurrido á nuestras sesiones; otros no han venido (bien sé yo por qué!), eludiendo todo compromiso, y otros han venido para abandonar el Congreso, después de haber procurado perturbar sus sesiones por medio de procedimientos antiparlamentarios!

No se crea, pues, que tiene tan poca significación el proyecto; hay en él aprobación, y hay censura.

Despues de lo dicho, creo que esté en la conciencia de todos que debemos un voto de felicitacion y agradecimiento al Presidente de la Comision.

¿Y podríamos dejar de corresponder de igual manera á las galantería de todos los representantes de naciones extranjeras, que han venido á dar brillo á nuestras sesiones, poniendo á contribución toda la fuerza de su inteligencia y ofreciéndonos los consejos de su experiencia en largos años de consagración al servicio de la causa común, de la educacion del pueblo?

Todavía resuenan agradablemente en mi odio las benévolas palabras del digno representante del Brasil, en honor de la Republica Argentina... -¿Y qué menos podemos hacer que contestar con un voto de agradecimiento?

Respecto á los representantes de las demás naciones, todos sabeis con cuánta delicadeza se han conducido, con qué talento han desempeñado todos su misión, qué caudal de luces, de ciencia, han traído á nuestras deliberaciones! - ¿Y qué menos que un voto de agradecimiento podríamos ofrecerles? Digo lo mismo de los representantes de las provincias y de las asociaciones de educación. ¿No merecen un voto de

agradecimiento? No podemos dejar de manifestar igualmente nuestra gratitud á la prensa, tanto nacional como extranjera. Todos sabeis cuán valioso concurso nos ha prestado.

¿Y olvidaríamos á nuestros secretarios que con tanta contracción y tan satisfactoriamente nos han auxiliado en nuestras tareas? – No, señores, démosles las gracias!

Paso al artículo 2° del proyecto.

Quiero que de este primer Congreso nazca, ó mejor dicho renazca, como el Fénix, otro más importante, más necesario. Propongo que en conmemoración de este Congreso Pedagógico se celebre otro, en Enero de 1885, cuya esfera de acción se estienda á la enseñanza secundaria, profesional é industrial.

Me fijo en el mes de Enero para designar la reunión de este Congreso, porque en esa época todos los maestros, todos los directores de establecimientos de educación, están en vacaciones, y pueden concurrir con sus luces y su experiencia á aunar sus esfuerzos a favor de la educación.

Hago moción en el sentido indicado.

(Apoiado)

El Sr. *Presidente*. - Difícil sería, á juicio de la Mesa, que se adoptaran inmediatamente las resoluciones propuestas por el señor Alió.

De manera que, sin formar juicio sobre el proyecto en sí, parece que el procedimiento más acertado sería nombrar ahora una comisión que, de acuerdo con el señor Alió, informara en la próxima sesión.

-Aceptada esta indicación del señor Presidente, se nombra para componer la Comisión á la señora Ceballos y á los Sres. Santa Olalla y Pena.

- Se levanta en seguida la sesión, siendo las 6 p.m.

Sesion de clausura.

Mayo 8 de 1882.

Presidencia del Dr. Onésimo Leguizamón

Sumario- Declaraciones del Congreso Pedagógico- Aprobación de un proyecto de resolución presentado por el Dr. Alió. Discurso del Sr. Presidente del Congreso- Discurso del Sr. Ministro de Instrucción Pública- Discursos de varios señores congresales.

En Buenos Aires, á 8 de mayo de 1882, reunidos en el Salón de Conferencias de la Exposición Continental los miembros del Congreso Pedagógico, el Sr. Presidente declara abierta la sesión.

-Aprobada el acta de la anterior, el señor Secretario Dr. Ramírez lee las siguientes

DECLARACIONES
Del
CONGRESO PEDAGOGICO INTERNACIONAL

I- IV (...)

V.

Sobre programas de enseñanza y principios de su distribución en las escuelas comunes.

PRIMERA

Los programas de enseñanza común deben ajustarse á un sistema gradual y uniforme.

SEGUNDA.

Las materias de enseñanza deben distribuirse en ocho grados, de manera que cada grado corresponda á los adelantos que un niño de inteligencia y aplicación ordinarias pueda hacer en un año escolar.

TERCERA.

Son materias indispensables de enseñanza común las siguientes: lecciones sobre objetos, lectura, música, gimnasia, dibujo, escritura, aritmética, moral, gramática, composición oral y escrita, con nociones generales de estilo y de las formas más comunes de producciones literarias, geografía política, física y astronómica, instrucción cívica, historia nacional, nociones de historia naturales, de filosofía é higiene, de física, de química, de geometría y álgebra, de teneduría de libros y de historia universal.

Las escuelas de niñas comprenderán también la costura, el corte y la economía doméstica; y las rurales, lecciones de ganadería y agricultura.

CUARTA.

Habría, además, conveniencia, siendo posible, en que se dieran en los últimos grados de la escuela algunas nociones muy sencillas de pedagogía, de economía política y de principios de derecho civil y penal. (...)

Conclusiones

El debate traído al presente nos llama a una extensa reflexión en los diversos ámbitos de la realidad de un Estado: el educativo, el jurídico, el político, el cultural, el científico, el formativo, etc. Por ello, en cuanto a su riqueza y valor, la finalidad perseguida en este artículo ha sido la de presentarlo y, a partir de aquí, comenzar a abordarlo desde sus diversas manifestaciones. No cabe duda de que este debate concentra no solamente nociones educativas cuanto un conjunto de ideas y mentalidades de la época en proyección.

Lo primero que destacamos es el hecho de que los miembros intervinientes tuvieran procedencias diversas. Con esto la discusión acaecida giró en torno a una

cartografía, en sentido estricto, regional: la rioplatense. Desde este punto de vista se inscribe, este debate y sus declaraciones, en una historiografía rioplatense de la educación del siglo XIX.

Otro punto que destacamos es el de la formación de los congresales. Todos, de un modo u otro, estuvieron consustanciados con la política y la conformación de los programas de Estado del momento. Cada uno de ellos ocupó cargos de relevancia en la escena política local de sus Estados.

De la discusión surge con claridad el objetivo último perseguido por cada uno de los integrantes del Congreso pedagógico: la formación del y de un ciudadano. A este ciudadano se lo asume en su calidad de derechohabiente pero con un criterio, en un cierto sentido, innovador cual es que la formación sirva de marco protectorio en relación a la convivencia en sociedad. Ya no es el derecho *per se* el que lo protegerá cuanto la formación en ese o esos derecho/s lo/s que lo hará/n. En esto la educación es concebida como formativa y no informativa y/o prescriptiva. El ser prepondera ante el deber ser. Y esto porque se sigue el espíritu de nuestra Constitución que antes de estar basado en la prohibición se basa en la libertad.¹³

La ignorancia es entendida como principal causa de tensión y desaciertos sociales y sobre ella pues se aconseja trabajar para erradicarla desde temprana edad en el aprendiente menor. Ahora bien, a lo largo del debate se puede observar que lo que se pone en discusión es la capacidad real cognitiva tanto de enseñar como de aprender que requiere la introducción del conocimiento del derecho. De la mano de la factibilidad viene el progreso. Este último implicará poseer capacidad de aceptación de desafíos e idea de superación. En este hilo conductor es que es incorporado, como recomendación en las declaraciones del congreso, el estudio-aprendizaje del derecho civil, penal, economía política y pedagogía.

De tal suerte, encontramos este debate no ya interesante en su valor de documento del pasado cuanto en su vigencia. La educación, en todas sus instancias, está llamada a la formación del individuo para que pueda vivir en sociedad a través de una convivencia real, crítica pero pacífica y para esto la contribución que hace el conocimiento del derecho, no ya concebido como la parte que conforma la ciencia jurídica a la que arribarán los interesados en hacer de ella su medio de vida, cuanto a hacer una puesta en valor de su aspecto formativo y, como tal, acompañando el desarrollo del hombre en su dimensión social y política.

Que esta visión y estos aportes hayan provenido de hombres abogados, egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires - para el caso argentino - o juristas egresados de otras facultades de otros Estados - como para los uruguayos- refuerza la idea no ya solamente de una complementariedad en una idea fuerte base cuanto en la capacidad de convivencia inter-jurídica-educativa que asistió durante este congreso pedagógico buscando aportar en un programa de Estado cual el nuestro. Así, entonces, este congreso no sólo ha marcado el precedente más relevante para la existencia de la ley 1420 de educación primaria, laica, obligatoria y gratuita de 1884, sino que consolidó las bases de la

¹³ Resulta interesante la exposición que en otro pasaje del Congreso se hace sobre el concepto de prohibición y no prohibición sustentado en el espíritu que quedó plasmado en la Constitución de 1853. Ver: Volumen I. Colección *El Monitor*. <http://www.bnm.gov.ar>

historiografía rioplatense decimonónica en materia de educación y del cómo se había pensado debía ser la convivencia de la sociedad argentina.

LA ACTUACIÓN PARLAMENTARIA DEL DR. LISANDRO DE LA TORRE Y SU VOCACIÓN POLÍTICA POR UN LIBERALISMO IGUALITARIO. LA DEFENSA DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

Eduardo Barbarosch.

Introducción

Lisandro de la Torre figura política indiscutible de la primera mitad del siglo XX, tuvo en su larga trayectoria parlamentaria una coherencia en su pensamiento y accionar poco común. Algunos historiadores de las ideas políticas de ese período lo tenían como un político de escasa relevancia hasta su decidida actuación en el senado de la década infame en la defensa de una política nacional del comercio de las carnes y su denuncia contra los manejos corruptos de los frigoríficos extranjeros en las exportaciones de carnes. Cuando de la Torre asume una bandera que algunos consideraron que pertenecía al campo nacional contra la denominada "oligarquía" y "el imperialismo" se lo erige en el "fiscal de la patria" Se piensa que este político de origen liberal y en algunos casos considerado conservador, había dado una vuelta de página a su biografía política primigenia, y por ello debía ser rescatado, ahora sí, para las páginas doradas de la historia nacional.

Lisandro de la Torre tuvo un origen radical e incluso "revolucionario", no es otra su actuación luego de graduado en la Facultad de Derecho de la Universidad Buenos al adherir a la Unión Cívica lideradas por Leandro Alem y Aristóbulo Del Valle. Su participación en las acciones revolucionarias las justificaba de esta manera: "Excluido del comicio por la violenta arbitrariedad del gobierno no le quedaba al partido Radical otro recurso que el de lanzarse a una revolución justificada". Su alejamiento del partido radical se debió, como es sabido, a profundas diferencias, que tuvo con Hipólito Irigoyen. Se entiende, además, como se extrae de sus propias palabras que con la muerte de Del Valle y Alem la desmoralización era total en las filas del partido, que según él lo llevaban hasta la desventura de una "desmoralización perdidosa". Sin embargo, su origen revolucionario, no podía predecir su valiosa participación en los debates parlamentarios con una profunda y acendrada vocación académica y republicana. Su formación filosófica y cultural se evidencia en la obra que fue titulada "Intermedio Filosófico", y su profunda versación jurídica en sus intervenciones en el parlamento. La violencia en la que participó en sus años juveniles no desdecía su vocación por una formación académica y por una defensa de las instituciones democráticas depuradas del fraude y de las proscripciones electorales.

Uno de los debates, poco recordado, es el que diera lugar la decisión del gobernador de la Provincia de Santa Fe de invalidar la nueva Constitución sancionada el 13 de agosto de 1921 por una Convención Provincial convocada al efecto. Esa Constitución que puede considerarse un progreso sustancial aún no visto en la reforma de la Constitución nacional de 1994, prescribía normas novedosas: la autonomía del Poder Legislativo para abrir por sí mismo sus sesiones y prorrogarlas; amplio derecho de investigación parlamentaria; inamovilidad de los jueces; supresión del secreto del sumario;

descentralización judicial; extensión de las facultades de las municipalidades en los órdenes administrativos y rentísticos; abolición de los impuestos a los artículos de primera necesidad; gravámenes al latifundio, al ausentismo y al mayor valor del suelo. Y también neutralidad religiosa del Estado. Ello dio lugar a que el gobernador Mosca, declarara ilegal el funcionamiento de la Convención a partir del 15 de junio y nuladas, por lo tanto todas sus sanciones posteriores. Quizás haya sido la propuesta laicista de esa Constitución la que haya provocado las reacciones de los sectores religiosos y clericales que influyeran en la decisión del gobernador. Así opina Larra en el pequeño prólogo que hace al jugoso debate parlamentario que generara Lisandro de la Torre como diputado por la minoría demo-progresista de Santa Fe en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación.¹⁴ Algo similar, pero que culminó con un golpe de estado mediante un pueblada, le ocurrió a Nicasio Oroño con su proyecto laicista cuando fue gobernador de la Provincia de Santa Fe. En un caso un gobernador anula la reforma constitucional, en el otro caso, opositores políticos y contrarios a la línea secularizadora de Oroño, gestaron su caída.

Un autor como Loris Zanata¹⁵ califica a Lisandro de la Torre como uno de los liberales más coherentes de la política argentina quien se vio obligado por defender principios y convicciones a enfrentarse con la Iglesia. El mismo De la Torre muestra su extrañeza y explica este enfrentamiento de manera singular frente al atropello de lo que consideró la declaración de ilegalidad decretada por el gobernador radical, futuro candidato a vicepresidente de la nación, muchos años después. Esto decía De la Torre: “ Bien señor presidente: yo que ignoro las pasiones antirreligiosas; yo que pasé otra vez cuatro años en esta Cámara sin promover un debate sectario y sin intervenir en los que se promovían, entonces con más frecuencia que hoy, entre católicos y socialistas; yo que nunca creí en el peligro radical, ni en la necesidad de precaverlo; yo que aspiraba ingenuamente a que cada cual creyera en lo que su conciencia le dictase; hoy, alarmado, angustiado, ante una conjuración de intereses clericales que pretende, con mentiras y tergiversaciones, destruir la Constitución de mi provincia, reconozco que he estado en un error; que el clericalismo es un peligro para nuestras libertades...” Esto lo pongo ante los ojos de la Cámara: ¡Una Constitución argentina está en peligro de ser anulada por una conjuración clerical!”

El Debate

En el debate que se inicia el 22 de septiembre de 1922, de la Torre como diputado nacional por la minoría de la Provincia de Santa Fe defiende la validez de la Constitución Provincial Santafesina denunciando la ilegalidad del decreto dictado por el gobernador provincial tildándolo de instrumento de moscovita. La defensa del decreto se fundaba en que si bien el gobernador santafesino no podía vetar la Constitución sancionada, si podía anularla. De la Torre refuta esta tesis sosteniendo que si no podía vetarla, menos podía anularla, “no es lícito a ningún poder hacer de hecho lo que no puede hacer de

¹⁴ Debate sobre la violación de los privilegios del Congreso. (Cámara de Diputados de la Nación. Sesión del 22 de septiembre de 1922)

derecho”, señalaba en su alocución en la Cámara de Diputados de la Nación. La elocuencia de Lisandro de la Torre es admirable, así refiriéndose a los defensores del gobernador dice: “¡No hay veto! – dicen – ¡Hay desconocimiento de hecho! Aceptemos el desconocimiento de hecho y veamos las consecuencias que fluyen”

“La primera es esta: si no hay veto, es decir, si el acto del Poder Ejecutivo no emana de una atribución constitucional, no puede obligar a nadie, ni puede entrañar sanciones penales. No puede, desde luego, obligar a los otros poderes del estado, que son autónomos, y que tienen garantida por la Constitución su libertad de criterio para apreciar las cuestiones doctrinarias. La Cámara de de Diputados de Santa Fe, por ejemplo, ha acatado la nueva Constitución. ¿Por qué motivo cambiaría de opinión? ¿Porque el Poder Ejecutivo piensa de otra manera? ¿Qué artículo de la Constitución la obliga la obliga a someterse al criterio del Ejecutivo en estas materias? Un desconocimiento del Poder Ejecutivo no puede jurídicamente tener más valor que el de una simple opinión del Poder Ejecutivo, aun cuanto tome las formas absurdas de un decreto. Una simple opinión del Poder Ejecutivo carece de fuerza obligatoria.” De la Torre refuerza sus argumentos mostrando el absurdo de los argumentos vertidos por los defensores de un acto ilegal. La historia institucional posterior de la Argentina ha mostrado que la usurpación de funciones tiende a legalizarse y los actos de hecho adquieren por la fuerza de absurdos ropajes jurídicos una justificación de la cual carecen en absoluto. Así, de la Torre adelantaba muchos años antes de que ocurrieran las sinuosas conductas de ciertos grupos dominantes que conculcando la legalidad constitucional provocaron graves perjuicios al país de los argentinos.

El debate no solo fue retórico, pues por su extensión y profundidad adquirió un tono académico de alto relieve. Pues, de la Torre cita, aunque como adversarios a dos de los eximios constitucionalistas de la época como es el caso del doctor Montes de Oca y del Dr. González Calderón. El decreto del Poder Ejecutivo de Santa Fe se apoyaba en un estudio que lo acompañaba desarrollado por el doctor Manuel Augusto Montes de Oca. Aseguraba de la Torre que ese dictamen influía en el juicio público con el argumento de autoridad: “El doctor Montes de Oca lo ha fundado, el doctor Montes de Oca lo considera constitucional” En verdad, de la Torre afirma, y en el debate lo reconoce el Dr. González Calderón, que ellos no se habían pronunciado sobre las facultades para anular la Constitución por parte del gobernador Mosca. Montes de Oca, en su dictamen había reeditado una opinión de González Calderón en la cual le negaba a la Convención Constituyente facultades implícitas para prorrogar el plazo de sus sesiones, pero de ninguna manera ello facultaba al gobernador a actuar de hecho ya que la cuestión debía ser deferida a la Legislatura. La Convención Constituyente había prorrogado el plazo de sus sesiones, más allá de los noventa días fijados por la legislatura, y no había razón, según de la Torre, para que el gobernador por las vías de hecho denegara la licitud de la reforma.

El punto central era de esta manera si la Convención Constituyente tenía facultades implícitas para prorrogar sus sesiones, González Calderón y Montes de Oca, sostenían que no. Pero admitían que la

¹⁵ Loris Zanatta. *Del Estado Liberal a la Nación Católica. Iglesia y ejército en los orígenes del peronismo. 1930-1943*. Universidad Nacional de Quilmes. Ediciones. 1ª reimpresión 2002.

Legislatura Provincial, tenía facultades implícitas para determinar el plazo de duración de la Convención Constituyente. Los argumentos de la Torre: “La Constitución de Santa Fe sólo dispone que, declarada la necesidad de reformar la Constitución, no podrá producirse si no sobre los artículos expresamente designados en una ley, por un convención constituyente compuesta por diputados elegidos directamente por el pueblo. Lógicamente, se deduce que, si la Constitución de Santa Fe no ha fijado por sí el término de duración de la convención, ni ha delegado expresamente el encargo de hacerlo en la legislatura, lo deja librado a las facultades implícitas concurrentes de la legislación y de la convención. Esta interpretación se apoya en lo que ha sucedido siempre, y quizá han de haber advertido los que sancionaron la Constitución en esta forma que es más propio dejar el ejercicio de una función secundaria a la propia convención que a la legislatura. Y que las legislaturas se encuentran muy expuestas a equivocarse en esa materia, lo demuestra la de Santa Fe”. De la Torre sigue argumentando, ahora, contra las opiniones de los doctores González Calderón y Montes de Oca, pues estos pensaban que la Legislatura de Santa Fe no tenía la facultad expresa de fijar un término a la Convención, pero agregaban que la tenía implícitamente, como una derivación de la facultad de dictar leyes orgánicas y reglamentarias de la misma Constitución. De la Torre, muestra su vena de jurista en su respuesta: “... ¿Que se entiende, señor presidente, por facultades implícitas? Son las que necesita esencialmente un cuerpo para llenar sus funciones para las que ha sido creado. Son facultades limitadas por la esfera de acción de las otras entidades que van a ser afectadas por su ejercicio; como todo sistema de gobierno es ante todo una coordinación de derechos, de deberes y de funciones...” “¿Es esencial, para que una reforma constitucional se realice, que la legislatura tenga la facultad exclusiva de fijar el término de duración de las sesiones de la convención? No es esencial”. Para De la Torre sí es esencial que la convención constituyente pueda continuar funcionando el tiempo necesario para realizarla. Resume su pensamiento así: “He ahí resuelto el conflicto: prevalece la facultad que salva la existencia del cuerpo y cumplimiento de la voluntad popular; cede la que lo llevaría al fracaso”.

El contrapunto con el Dr. Montes de Oca proviene de las siguientes palabras del diputado por Santa Fe: “ Y lo más curioso, lo que sólo sucede en este país de improvisaciones, de condescendencias, de contradicciones y de reputaciones usurpadas, es que esa doctrina de la concurrencia y de la coordinación de las facultades implícitas ha sido sostenida y divulgada precisamente por quien hoy lo niega: por el doctor Manuel Augusto Montes de Oca en sus lecciones de la Facultad de Derecho, en sus apuntes de derecho constitucional. En la página 179 del segundo tomo, robusteciendo su opinión con la de Paschal, hace la siguiente admirable cita: “Esto es, - dice Paschal- aun los poderes implícitos están sujetos a condiciones importantes cuando son usados como medios para llevar a ejecución poderes o derechos; deben ser llevados a ejecución de manera de no perjudicar a otros y como relacionados o subordinados a estos: que cuando los poderes implícitos o medios usados llegan a ponerse en contacto con los poderes implícitos o medios usados por otros poderes en ejecución de poderes o derechos investidos en ellos, el menos importante debe ceder al más importante, lo conveniente a lo útil y ambos a la salud y seguridad, porque es conveniente hacerlo así”. De manera retórica y sutil, de la Torre señalaba: ¡Lástima que quien les

decía a ellos con tanta razón, que las facultades implícitas son concurrentes y limitadas, haya dicho después a un gobernador de provincia, para que se despachara a su antojo, que las facultades implícitas son limitadas y excluyentes!”

De la Torre encara un lúcido debate entre mentes formadas que hacen honor al Congreso de la Nación cualesquiera sean las posiciones jurídicas sostenidas e incluso sin dejar de remarcar las argumentaciones cruzadas con ironía, humor e incluso haciendo alusión a las chicanas de unos y otros. Así, de la Torre, se pregunta “¿Era inconstitucional, era ilegal la ley 2003, que fijaba en noventa días la duración de la convención? No era ilegal mientras no pretendiera incluir una sanción de caducidad y dar a aquel término un carácter perentorio, un carácter improrrogable. Y por cierto que no lo pretendía.”

Para el diputado por Santa Fe no era ilegal ni inconstitucional sugerir a otro poder un rumbo o una actitud que se considere conveniente para los intereses públicos, pero la sugestión no puede convertirse – dice – en imposición, ni atentarse de ese modo contra la existencia de los otros poderes. Atribuye así tanto a los doctores González Calderón y Montes de Oca un error funesto cuando de interpretaciones de derecho público se trata: la unilateralidad. Esa unilateralidad se compadece con la idea de un autor notable pero tendencioso según de la Torre. Este autor, para él poco autorizado, era Jameson, al que califica de anticuado y tendencioso. Este autor juez de Chicago había escrito una obra erudita titulada “Convenciones Constituyentes”, y acusa, en tono severo, incluso a Montes de Oca de haber truncado las citas para hacerle decir lo que no dice. Afirma de la Torre en su alocución que las afirmaciones de este autor no son seguidas por ningún tribunal de los Estados Unidos. Mientras eso sucede en su país, en nuestro país –afirma – a medio siglo de distancia se destroza, en sus palabras una constitución como una tira de papel inútil porque el doctor Manuel Augusto Montes de Oca, truncando una cita de Jameson ha dicho que las convenciones deben estar subordinadas a las legislaturas, hasta cuando las reglamentaciones que les impongan sean absurdas.

No se puede dejar de acotar la profundidad de los estudios que encaró de la Torre, para debatir como diputado cuestiones de singular trascendencia, como tampoco la erudición de los grandes doctores que enseñaban en la Facultad de Derecho, independientemente de las ideologías que profesaban. Llama la atención, sin duda, como ocurriera tres décadas después, que se rechazara inicuaamente la versación de esos autores, que suponía también que sus discípulos eran continuadores de una enjundiosa labor académica de jerarquía internacional. En los años `50 se calificaba a las cátedras de otro entonces como “instrumentos simples de divulgación superficial” acotación esta que no está demás en este trabajo en la que investigación traba de vincularse con la Historia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Retornando al tema principal de la Torre explica que la obra de Jameson, más que una obra científica tenía un contenido militante en una época vinculada a la guerra de la secesión que Jameson describía de esta manera: “ En 1862 algunos miembros influyentes de la convención constituyente de Illinois, que estaba reunida entonces, reclamaban en los debates para ese cuerpo poderes implícitos que llegaban hasta la soberanía absoluta, sosteniendo con ello que, aun cuando la legislatura, de acuerdo con la

cual se había reunido la convención, le imponía someter al pueblo el fruto de sus trabajos para su aprobación o rechazo, podía legalmente no hacerlo y suponer en vigencia la constitución sin intervención alguna del pueblo". En verdad, Jameson reconocía que sus escritos estaban influenciados por su deseo de salvar a la Unión, ante rumores siniestros de que una sociedad secreta pretendía reclamar para la convención la soberanía absoluta. El mismo Jameson reconocía ante una crítica publicada en Alemania: "Admito que este cargo es exacto. Esta obra fue escrita mientras nuestros ejércitos se batían en una rebelión para sostener la misma tesis por la que peleaban: la de que estos estados forman una nación, la que los derechos de los estados particulares en el sentido planteado por el sur son una herejía política y que la secesión era una traición; y cada de sus líneas fue escrita literalmente, al redoble de los tambores de la Unión". De la Torre, investigador lúcido, profundamente versado, no daba respiro a sus adversarios ocasionales, los debates eran fundados en verdaderos argumentos académicos, y así decía en la refutación que pretendía hacer de citas que parecían dar la razón a los adversarios de la Constitución santafecina: "La cálida factura de este párrafo excusa comentarios, Jameson queda siempre como un autor notable, recomendado por Cooley, pero todo lo que tienen de extremo sus doctrinas de batalla duerme ya bajo el polvo de los años, junto a la fugaz conspiración de los "Caballeros del Círculo Dorado", junto al morrión enhiesto de Lee y al sable corvo de Grant". Lisandro de la Torre en ese enjundioso debate explica que ni aun siguiendo la más extrema doctrina de Jameson, este no había ni hubiera escrito una palabra que pudiera convertirse más adelante en la defensa o en la justificación de una un cacique que por obediencia a otro cacique pisoteara una Constitución. De la Torre acusa tanto al doctor Montes de Oca como al diputado por Córdoba Bas de truncar las frases al citar a Jameson. No ocurría lo mismo con el doctor González Calderón, según De la Torre, la cita era completa pero no interpretaba fielmente a Jameson y así, señalaba: "... y si Jameson dice que las legislaturas no pueden imponer a las convenciones limitaciones desatinadas, ¿cómo deduce que Jameson pensaría que la convención de Santa Fe debían caducar porque la ley reglamentaria de la legislatura le fijaba un plazo dentro del cual no podía desenvolverse" Recuerda Lisandro de la Torre, que la Legislatura Provincial había dictado una ley que autorizaba la reforma de la totalidad menos uno de los artículos de la Constitución. Para esta tarea enorme, concedió noventa días, desde el 3 de noviembre hasta el 3 de febrero "en los meses más calurosos e insoportables del verano" De ahí que de la Torre se pregunte: ¿Se trata o no de una disposición "desatinada" que ponía a la legislatura en la imposibilidad de reformar la Constitución? Así lo reconocieron afirma la mayoría de los constituyentes demócratas progresistas. De la Torre sigue haciendo una prolija descripción de los argumentos de sus adversarios y cita casos, siempre vinculados a los Estados Unidos, pues tanto los defensores de la invalidez de las reformas sancionadas después del plazo preestablecido y de la Torre mismo seguían la doctrina del país del norte. Así de la Torre señala que Georgia, Illinois, Pensylvania, Maryland y Nueva York, eran ejemplos de constituciones sancionadas apartándose de las disposiciones reglamentarias, o prorrogando el tiempo de sesiones, las que fueron reputadas válidas y puestas en vigor. Y así en forma categórica: "Nunca, jamás, en los Estados Unidos ni en la República Argentina - antes de este caso de Santa Fe - una Constitución sancionada por una

convención constituyente ha sido desconocida, ni por el poder ejecutivo, ni por el poder legislativo, ni por el poder judicial, ni por el pueblo, por haber la convención prorrogado por sí el término de sus sesiones ¡Nunca jamás! Eso es lo que el doctor Montes de Oca debió decirle claramente al gobernador de Santa Fe que no los sabía y a los defensores del gobernador de Santa Fe, que puedan no saberlo”.

La lectura del discurso del orador parlamentario muestra por un lado la argumentación razonada que desbroza los argumentos de sus adversarios poniéndolos en crisis en el plano académico como es el caso de Montes de Oca o de González Calderón, este último unía las condiciones de constitucionalista y de diputado. Pero, además, la pieza oratoria era propia de un Demóstenes inspirado de ideales democráticos y que rechaza con firmeza y firme ironía que ejercicio de un poder de hecho o fáctico vulnere embozadamente la institucionalidad.

De la Torre cita numerosos precedentes de los Estados Unidos de Norteamérica que sustentan sus argumentos y entre ellos el más interesante – según su opinión – es el de Pensylvania. La corte suprema de Pensylvania resolvió una serie de impugnaciones serias sobre una nueva Constitución, pero los impugnantes no habían en ningún momento planteado – lo que de la Torre consideraba una cuestión menor – que la misma Convención había prorrogado por sí las sesiones que tenían un plazo determinado fijado por la legislatura. De la Torre cita como ejemplo el caso de la Provincia de Tucumán, cuya constitución – actual en la época del debate – había sido el resultado de una prórroga de las sesiones. Se advierte en la posición de Lisandro de la Torre una postura cercana al ejercicio de una democracia cuyas decisiones no deben estar sujetas a revisión judicial, cuestión en disputa actualmente. Aprueba el fallo de la corte suprema de Pensylvania con las siguientes palabras: “... las constituciones votadas por el pueblo no pueden ser objeto de controversias ante el poder judicial, doctrina luminosa y racional que impide el caos y que impide también a un grupo de magistrados tendenciosos, como ha ocurrido en Santa Fe, malograr la voluntad del pueblo” Llamativamente de la Torre señala más adelante: “... Y en aquel manifiesto – refiere al manifiesto de su partido - se citó otro antecedente que es notable, por la seguridad del concepto jurídico que revela en la administración, en la magistratura y en el pueblo de los Estados Unidos y que forma un doloroso contraste con lo ocurrido entre nosotros, donde la inconsciencia, la arbitrariedad y el servilismo conmueven todos los días las bases de la organización nacional” y más adelante con una retórica vibrante afirma: “ En presencia de antecedentes tan copiosos y expresivos ¿ cómo han podido exclamar los doctores González Calderón y Montes de Oca, tan jactanciosamente, al sostener la preeminencia absoluta de las legislaturas sobre las convenciones: “ esta es la verdadera doctrina”. ¿La doctrina de quien? La doctrina de nadie”. Y luego de citar una serie de precedentes que desvinculaba cada vez más las legislaturas – poder legislativo – de las convenciones – poder constituyente - en los Estados Unidos, en la República Argentina, dice: una convención constituyente elegida por el pueblo es desconocida, no ya por la legislatura, sino por el gobernador, nada más que por tener a su servicio el sable de los vigilantes” En su perseverante ofuscación contra el gobierno radical, en el que en su seno había nacido a la política, de la Torre culmina esa parte de su exposición con una frase de este tenor: ¿ Constituirá este hecho inaudito un nuevo triunfo glorioso de la regeneración radical? Así será, pero es un nuevo triunfo de la arbitrariedad

sobre el derecho, y de la barbarie sobre la civilización” El diario de sesiones registra (¡Muy bien! ¡Muy bien!)

En este debate entre doctrinario y con una oratoria encumbrada de la Torre no estaba sólo. Y en una parte de su discurso refiere lo siguiente: “ Si quisiera jactarme de algo, a propósito de este debate – que no lo pretendo - podría traer a esta Honorable Cámara las manifestaciones de aprobación que yo también he recibido, no por la parte de la oratoria, sino por las ideas que he sostenido... al día siguiente de mi discurso del 22 de septiembre, el señor diputado por la Capital doctor González Iramain, me trajo un amable mensaje de parte del señor senador por La Rioja, doctor Joaquín V. González. Cuya autoridad en la materia no ha de ser objetada, y me manifestó su conformidad con todas las doctrinas que había sostenido respecto de las relaciones recíprocas de legislaturas y convenciones.

Reflexión final

Este es uno de los tantos debates en los que participó de la Torre en su historia parlamentaria, uno podría inferir que en todos ellos predominaba, más allá de su brillante oratoria, una inconfundible visión de la necesidad de alcanzar una nación con un alto desarrollo vinculado a la institucionalización, a la modernización y a la ética pública. Sus ideas inspiradoras, tuvieron corto alcance, en algún momento, como se dijo, se sintió solo como un émulo del doctor Stockmann, al decir de su biógrafo Raúl Larra. Al quedar apartado su ideario de las páginas que rubricaron la historia nacional en el siglo XX, el país desembocaba en un rumbo distinto de padecimientos, dictaduras y desprecio de las instituciones. La Constitución Nacional, así como había pasado con la reforma constitucional santafecina, se habría de convertir en una tira de papel despreciada. El rumbo de una democracia evolutiva que propiciaba se truncaba en años posteriores de manera definitiva. Gobiernos de facto usurpaban el poder legítimo en nombre de supuestos principios ajenos a los de la propia Constitución nacional base de la organización nacional obtenida con grandes sacrificios.

DERECHO, VIOLENCIA Y LENGUAJE

NOTAS A PARTIR DE "PARA UNA CRÍTICA DE LA VIOLENCIA" DE WALTER BENJAMIN

Por Jorge Roggero

RESUMEN

"Para una crítica de la violencia" de Walter Benjamin se ha convertido en un texto decisivo para entender algunas de las líneas principales del debate actual de la filosofía política y jurídica, en especial, la referida a la cuestión biopolítica.

Este artículo presenta un análisis de este ensayo a partir del examen de los tres conceptos claves del planteo benjaminiano: las nociones de derecho, violencia y lenguaje, y de la particular forma en que se vinculan mutuamente bajo el concepto de "violencia divina".

PALABRAS CLAVE

Derecho. Violencia. Lenguaje. Violencia divina

LAW, VIOLENCE AND LANGUAGE. NOTES ON "CRITIQUE OF VIOLENCE" BY WALTER BENJAMIN

By Jorge Roggero

ABSTRACT

"Critique of violence" by Walter Benjamin has become a crucial text to understand some of the main lines of thought of the current discussion on political and legal philosophy, particularly, on the biopolitical issue.

This article presents an analysis of the essay based on the examination of the three key concepts of Benjamin's approach: the notions of law, violence and language, and the particular way in which they interrelate under a "divine violence" concept.

KEY WORDS

Law. Violence. Language. Divine violence

DERECHO, VIOLENCIA Y LENGUAJE. NOTAS A PARTIR DE "PARA UNA CRÍTICA DE LA VIOLENCIA" DE WALTER BENJAMIN

Por **Jorge Roggero***

"Para una crítica de la violencia" de Walter Benjamin es, sin lugar a dudas, uno de los textos más influyentes del pensamiento jurídico y político del siglo XX. Son muchos los autores que reconocen una deuda directa con él: Theodor W. Adorno, Max Horkheimer, Simone Weil, George Bataille, Hannah Arendt, Jacques Derrida, Jean-Luc Nancy, Philippe Lacoue-Labarthe, Maurice Blanchot, Giorgio Agamben, entre otros.

Un análisis de los tres conceptos claves del planteo benjaminiano: las nociones de derecho, violencia y lenguaje; nos permitirá vislumbrar una interpretación de la particular forma en que éstas se articulan en la propuesta de una "violencia divina" (*göttliche Gewalt*). Para alcanzar este objetivo, me basaré en las ideas sobre el lenguaje propuestas por Agamben.

Derecho

Como bien destaca Jacques Derrida, este ensayo benjaminiano propone inaugurar una filosofía del derecho que sea superadora del debate iusnaturalismo-positivismo. El punto de partida es el análisis del vínculo entre derecho y violencia. Benjamin se inscribe en una tradición realista que indica la mutua implicación entre ambos, pero va más allá de ella al afirmar la indistinción: la naturaleza misma del derecho es la violencia. Sobre este punto, son elocuentes las palabras de Roberto Esposito: "Lo que atrae su atención no es sólo el apoyo que la fuerza presta al derecho, ni la legitimación que el derecho provee a la fuerza, porque en ambos casos se trata aún de una relación instituida entre dos términos distintos: "leyes" y "armas" en Maquiavelo, "justicia" y "fuerza" en Pascal. Mientras que la novedad radical del punto de vista de Benjamin reside justamente en reconocerlos como modalidades, o figuras, de una misma sustancia –la *Gewalt*– que adquiere sentido precisamente a partir de su superposición" (ESPOSITO, 2002, 45-46). El derecho, en todas sus manifestaciones, exhibe una violencia que le es consustancial. Esto es lo que no advierte el iusnaturalismo, ni termina de advertir el positivismo jurídico.

* Jorge Roggero es abogado y licenciado en Filosofía por la UBA. Es docente de la materia "Teoría General y Filosofía del Derecho" de la carrera de Abogacía de la UBA y de la materia "Metafísica" de la carrera de Filosofía de la UBA. Es investigador de diversos proyectos UBACyT. Ha participado como expositor en congresos, jornadas y eventos académicos similares. Ha publicado artículos en sus áreas de especialidad.

Más allá del tipo de positivismo que este analizando Benjamin, conviene recordar que por esos años, el autor más representativo de esta escuela del derecho: Hans Kelsen, encuentra en la coacción el elemento distintivo del orden jurídico: "...cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción. El acto coactivo se da en la experiencia en una de estas dos formas: o como pena o como ejecución... En la "pena" –considerada como pena de muerte o como pena contra la libertad– trátase de la privación coactiva de la vida o de la libertad; en la "ejecución", de la privación coactiva de valores patrimoniales" (KELSEN, 1922, 62).¹ Analizando este pasaje, Ulises Schmill Ordóñez destaca que Kelsen describe la especificidad de la coacción jurídica como el uso de la fuerza física. Este es el significado del término "coacción" en la obra kelseniana (Cf. SCHMILL ORDÓÑEZ, 1989, 185). El positivismo destaca como definitivo este componente violento del derecho. Sin embargo, para esta postura es aún posible una distinción entre violencia legítima (*rechtmäßige*) y violencia ilegítima (*unrechtmäßige*).²

El texto de Benjamin celebra el avance que el positivismo implica respecto al iusnaturalismo en relación al criterio desde el que se puede formular una crítica a la violencia. Para el iusnaturalismo, el único criterio es el fin. Si el fin es bueno, la violencia –como medio para alcanzar ese fin– es justificable. El positivismo viene a introducir una distinción cuyo sentido "no es inmediatamente aprehensible" (*liegt nicht ohne weiteres auf der Hand*): la distinción entre violencia legal y violencia ilegal. Según Benjamin, este nuevo criterio atañe a la identificación del origen histórico de cada forma de violencia. La consideración ya no es teleológica, el positivismo ya no subordina la pertinencia de la violencia al fin perseguido sino que la evalúa según su adecuación a una norma. El criterio es formal. Esto es lo que parece querer decir Benjamin cuando afirma que el positivismo distingue una violencia que persigue fines naturales de una violencia que persigue fines de derecho. La violencia que persigue fines naturales no es más que la violencia no autorizada, mientras que la violencia que persigue fines de derecho no es otra cosa que una violencia autorizada. ¿Pero cuáles son estos fines autorizados? Los fines de derecho pueden sintetizarse en un único fin: monopolizar la violencia eliminando toda violencia que persiga fines naturales. El único fin del derecho es afirmar su propia autonomía, afirmar al derecho mismo. Toda violencia que no persiga los fines de derecho amenaza su monopolio. Esto significa "que la violencia, cuando no está en manos del derecho correspondiente, lo pone en peligro, no tanto por los fines que aspira alcanzar, sino por su mera

¹ En la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, obra que recoge las reflexiones sobre la ciencia jurídica que Kelsen elaboró durante 50 años se lee: "En cuanto orden coactivo, se diferencia el derecho de otros sistemas sociales. El momento de coacción –es decir, la circunstancia de que el acto establecido por el orden como consecuencia de un hecho considerado como socialmente dañino, deba llevarse a cabo inclusive contra la voluntad del hombre a que toca y, en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física– es el criterio decisivo" (KELSEN, 1960, 36).

² En rigor habría que traducir entre violencia legal y violencia ilegal. Recordemos que para Kelsen el estudio del derecho debe estar separado de toda consideración moral. Desde el punto de vista del derecho, la violencia puede estar autorizada o no, pero no cabe una consideración respecto a si es justa o injusta. Por supuesto, esto no quiere decir que Kelsen niegue la posibilidad de emitir un juicio sobre la moralidad de un ordenamiento jurídico. Lo que el jurista de Viena afirma es que ese juicio será externo al estudio científico del derecho y en ningún caso afectará la validez del ordenamiento jurídico. Es importante tener en cuenta que la separación del derecho respecto a la moral cumple en Kelsen una doble función que se articula en dos pasos. El primer paso consiste en el estudio científico del derecho "puro", que debe limitarse a la descripción del sistema normativo y no intentar justificarlo. Este primer momento es el que permite alcanzar la claridad necesaria para comparar, en un segundo momento, este sistema con

existencia fuera del derecho" (BENJAMIN, 1921, 183). En esto consiste la formalización de la violencia propia del derecho que el positivismo, quizás a pesar de sí mismo, ayuda a desenmascarar.

Violencia

Derrida destaca que la filosofía del derecho de "Para una crítica de la violencia" se asienta en una serie de oposiciones. La primera de ellas es la oposición entre las dos funciones de la violencia: fundar y conservar el derecho. "La violencia como medio es siempre, o bien fundadora de derecho [*rechtsetzend*] o conservadora de derecho [*rechtserhaltend*]. En caso de no reivindicar alguno de estos dos predicados, renuncia a toda validez [*Geltung*]" (BENJAMIN, 1921, 190). Todo derecho descansa en un momento fundacional violento, un momento en que un grupo toma el poder y funda un orden jurídico. Esta violencia no se agota en esa instancia fundacional sino que permanece en forma de violencia conservadora que acompaña todo acto jurídico posterior. "La función de la violencia en la fundación del derecho es doble, en el sentido de que la fundación de derecho aspira como su fin a aquello que es implantado como derecho, con la violencia como medio. No obstante, el derecho no renuncia a la violencia en el momento de la instauración de lo que como fin se busca en cuanto derecho, sino que sólo entonces se convierte, en sentido estricto y de manera inmediata, en fundadora de derecho, al instaurar un fin, que no está libre ni es independiente de la violencia, sino que está necesaria e íntimamente ligado a ella, como derecho bajo el nombre de poder" (BENJAMIN, 1921, 197-198).

La violencia no tiene otra función más que fundar y conservar al mismo derecho. Esto implica que la función de la violencia es repetir perpetuamente aquel momento mítico de violencia en que el derecho se funda. Esposito habla de un curso cíclico-repetitivo mítico del derecho: "En este curso cíclico-repetitivo, Benjamin localiza el núcleo mítico del derecho. Dicho núcleo consiste en la reconducción violenta de cualquier momento del desarrollo histórico a su estadio inicial. En el aplastamiento de toda la historia sobre el calco de su propio origen no histórico. Sólo el constante retorno del pasado puede asegurar al presente contra la incertidumbre que el futuro hace pesar sobre él" (ESPOSITO, 2002, 49).

El derecho es definido por Benjamin como perpetua repetición de la violencia. No hay instancia jurídica que escape a esta violencia que le es esencial. Ella no se manifiesta exclusivamente en el ámbito penal. Benjamin destaca el error de creer que la figura jurídica del contrato puede aportar un método de solución de conflictos no violento. "Porque él [el contrato] concede a cualquiera de sus partes el derecho de recurrir a algún tipo de violencia en contra de la otra en caso de que sea responsable de incumplimiento a sus disposiciones" (BENJAMIN, 1921, 190).

El orden del derecho descansa en una violencia omnipresente, latente o manifiesta, que como poder lo garantiza. Benjamin advierte que ya que no parece factible proponer soluciones para la conflictualidad humana sin recurrir a la violencia, aunque quizás sea posible pensar otras formas de

un ordenamiento moral. El juicio moral producto de esta comparación debe entenderse siempre en términos relativos.

violencia diferentes a las presentadas por el derecho. En este punto, Benjamin introduce la segunda oposición de su filosofía del derecho: violencia mítica (*mythische Gewalt*) y violencia divina (*göttliche Gewalt*).

En una primera aproximación, la violencia mítica parece presentarse como una violencia de un tipo distinto a la violencia propia del derecho, pues ella no actúa como medio ordenado a un fin, sino como simple manifestación de la existencia de los dioses. Sin embargo, en una segunda consideración, a partir del análisis del mito de Níobe, Benjamin advierte que la violencia mítica coincide con la estructura misma de la violencia del derecho. El poder de castigo que los dioses tienen sobre Níobe, no es otra cosa que el destino mismo que en toda su ambigüedad se manifiesta como poder sobre la vida y la muerte. Pero esta violencia, como la del derecho, no es destructora sino más bien fundadora-conservadora. Los hijos de Níobe mueren, pero ella no. La violencia mítica condena a Níobe a una existencia culpable, a llorar eternamente la muerte de sus hijos de la que se culpabiliza. Y esta es también la estructura de la violencia del derecho. Está claro que el orden jurídico busca proteger la vida, pero para hacerlo practica una imputación radical: "¿Cómo controlar lo que de por sí escapa a todo control? ¿Cómo prever un crimen que todavía no se cometió? El único modo de hacerlo es anticipar la sentencia de culpabilidad prescindiendo de la culpa efectiva. Considerar en todo momento la vida como culpable; aun antes, y más allá del hecho, de que cuanto la inculpa haya sido cometido. [...] Y así estamos frente a la función que el derecho hereda del mundo demoníaco que lo precede y lo determina en sus procedimientos violentos: la de condenar la vida a una perpetua culpabilidad. No se la juzgará por ser culpable, sino que se la hará culpable para que pueda ser juzgada (y condenada). Liberada de la voluntad y de la elección, la culpa coincide con el destino" (ESPOSITO, 2002, 50).

Benjamin entonces se pregunta qué es lo que se opone al mito destinal. La respuesta es Dios. Frente a esta violencia mítica del derecho, sólo cabe oponer una violencia divina, una violencia pura. "En tanto que la violencia mítica es fundadora de derecho, la divina es destructora de derecho [*rechtsvernichtend*]. Si la primera establece fronteras, la segunda arrasa con ellas; si la mítica es culpabilizadora y expiatoria, la divina absolutoria del castigo [*entsühend*]; cuando aquélla amenaza, ésta golpea; si aquélla es sangrienta, ésta es letal pero sin derramamiento de sangre" (BENJAMIN, 1921, 199).

Pero, ¿en qué puede consistir una violencia semejante?

Lenguaje

Si la operación del derecho consiste en la más violenta demarcación de la vida: aquella que la circunscribe a sus límites biológicos, que la objetiviza de la manera más radical. La pregunta es entonces: ¿Cómo es la vida antes de su objetivación? ¿Hay alguna manera de dar cuenta de ella?

Y ésta es precisamente la preocupación de Benjamin presente en los textos escritos por esos años. "Para una crítica de la violencia" fue publicado en 1921.

En 1918, Benjamin escribe "Sobre el programa de la filosofía venidera". Este texto presenta la estrategia benjaminiana para acceder a esa vida previa a la objetivación. De lo que se trata es de dar cuenta de la experiencia (*Erfahrung*) en su unidad y continuidad. La teoría kantiana del conocimiento reduce la

experiencia a un "punto cero, a un mínimo de significación" al unilateralizarla en su aspecto matemático-mecánico. Kant formula las condiciones de posibilidad de la experiencia de la Ilustración, "una de las experiencias o concepciones del mundo de más bajo rango". La reducción de toda experiencia al conocimiento científico conduce al "desmembramiento y división de la experiencia de acuerdo a los distintos campos específicos de la ciencia".

No obstante, Benjamin reconoce la importancia de la relación que Kant encuentra entre conocimiento y experiencia. "Lo que sostiene a la filosofía es que la estructura de la experiencia se encuentra en la estructura del conocimiento, y que aquella se despliega desde esta última" (BENJAMIN, 1918, 163). La teoría del conocimiento puede elucidar a la experiencia en su unidad y continuidad. Pues "la experiencia es la pluralidad unitaria y continua del conocimiento" (BENJAMIN, 1918, 168).

En este sentido, el programa de la filosofía venidera debe considerarse una ampliación del proyecto kantiano. De lo que se trata es de formular las condiciones de posibilidad de toda experiencia posible y para ello es necesario "hallar la esfera primordial propia del conocimiento". Y la vía de acceso está en el lenguaje. "La gran corrección a emprender sobre la experiencia unilateral matemático-mecánica, sólo puede realizarse mediante la referencia del conocimiento al lenguaje. [...] El concepto resultante de la reflexión sobre la entidad lingüística del conocimiento creará un correspondiente concepto de experiencia, que convocará además ámbitos cuyo verdadero ordenamiento sistemático Kant no logró establecer" (BENJAMIN, 1918, 168).

En "Sobre el lenguaje en general y sobre el lenguaje de los humanos", un texto escrito en 1916, Benjamin presenta su filosofía del lenguaje que –como sugiere Juan Mayorga Ruano– es también una política del lenguaje (Cf. MAYORGA RUANO, 2003, 27). Benjamin afirma una concepción del lenguaje como *medium* del que participa toda la naturaleza. "No existe evento o cosa, tanto en la naturaleza animada como en la inanimada, que no tenga, de cierta manera, participación en el lenguaje, pues es esencial a todas ellas comunicar su contenido espiritual" (BENJAMIN, 1916, 140-141). Pero ¿cómo debe entenderse esta comunicación benjaminiana? Claramente no se trata de una concepción del lenguaje como signo o como medio o instrumento de la comunicación. "Este punto de vista corresponde a la interpretación burguesa del lenguaje, cuya carácter insostenible y vacuidad se irán aclarando a continuación. Ella dice: el medio de la comunicación es la palabra, su objeto es la cosa, su destinatario es el hombre. Por el contrario, la otra [la interpretación de Benjamin] no sabe de medio, objeto o depositario de la comunicación. Ella dice: en el nombre, la esencia espiritual de los hombres se comunica con Dios" (BENJAMIN, 1916, 144). El hombre es aquel ser que tiene la capacidad de continuar con la labor divina a través de su lenguaje. El lenguaje del hombre es un lenguaje nombrador. Las cosas comunican su esencia espiritual, que "es idéntica a la lingüística sólo en la medida de su comunicabilidad", en el lenguaje. El nombre descubre la esencia espiritual de las cosas pues traduce el lenguaje de las cosas. Los lenguajes de las cosas son imperfectos y mudos, carecen de palabra, por este motivo es fundamental la traducción humana en el lenguaje nombrador. La actividad de nombrar es, a la vez, creativa y cognoscitiva. "Dios no creó al hombre de la palabra ni lo nombró. No quiso subordinarlo al lenguaje sino que le reveló de sí

libremente el lenguaje que le sirviera como *medium* de la creación" (BENJAMIN, 1916, 149). En este sentido, el lenguaje del hombre es el más perfecto, en él coinciden esencia espiritual y esencia lingüística: el hombre comunica su esencia espiritual cuando pone nombre a las cosas. La esencia espiritual del hombre es el lenguaje. Por eso Benjamin puede afirmar que "el nombre es aquello *por medio* de lo cual ya nada se comunica, mientras que *en* él, el lenguaje se comunica absolutamente a sí mismo" (BENJAMIN, 1916, 144). El pecado original consiste en la pérdida de los nombres. "El conocimiento con que la serpiente tiente, el saber qué es bueno y qué es malo, carece de nombre. [...] El saber de lo bueno y lo malo abandona el nombre; es un conocimiento desde afuera, una imitación no creativa de la palabra creadora" (BENJAMIN, 1916, 152-153). Este sustraerse del lenguaje puro lleva a la transformación del lenguaje en medio y en signos abstractos que dan cuenta de la escisión entre el hombre y las cosas; lo que implica, en términos éticos, que lo bueno y lo malo permanecen innombrable (*unbenennbar*). El proyecto benjaminiano puede resumirse en el intento por recuperar ese lenguaje que implica la comunidad de la comunicación de las cosas que "considera al mundo en general como una totalidad indivisible" (BENJAMIN, 1916, 156). Aunque, como bien destaca Mayorga Ruano: "En la medida en que la unidad de esa comunidad lingüística sólo podría ser asegurada por Dios, tal tarea de restauración se orienta hacia un horizonte mesiánico, nunca alcanzado" (MAYORGA RUANO, 2003, 29-29).

En "Para una crítica de la violencia", Benjamin se pregunta si es posible la solución no violenta de conflictos. ¿Es factible encontrar medios no violentos, medios puros (*reine Mittel*)? Su respuesta es afirmativa: en la esfera del lenguaje es posible el acuerdo humano no violento, el lenguaje es propiamente la "esfera del mutuo entendimiento" (*Sphäre der Verständigung*). Benjamin se está refiriendo a ese lenguaje nombrador que caracteriza a lo más propiamente humano. Sin embargo, la violencia del derecho también se ha infiltrado en este ámbito.

Pero entonces ¿existe alguna manera de acceder a esa esfera del lenguaje anterior a la violencia del derecho?

Violencia divina

La respuesta de Benjamin es afirmativa: por medio de la violencia divina es posible acceder a la experiencia de un lenguaje puro. Pero, ¿qué es la violencia divina?

Cuando Benjamin se refiere a la esfera del lenguaje como la "esfera del mutuo entendimiento", hace una afirmación que podría desconcertar: la forma en que el derecho se infiltra en el lenguaje es a través de la penalización de la mentira. En el último volumen de la serie *Homo sacer*, en el que Giorgio Agamben emprende una investigación arqueológica del juramento, se afirma –en una clara alusión al texto benjaminiano– que la impunidad de la mentira en algunos ordenamientos arcaicos da cuenta de "una esfera del lenguaje que está más acá del derecho y de la religión" (AGAMBEN, 2008, 39).

Agamben se detiene en el juramento pues éste se presenta como el fenómeno lingüístico que por tener un estatuto ambiguo entre lo jurídico y lo religioso, permite precisamente repensar qué es el derecho y qué es la religión. Su hipótesis es que esta institución lingüística "se vuelve inteligible sólo si se la sitúa

en una perspectiva que pone en cuestión a la propia naturaleza del hombre como ser hablante y como animal político" (AGAMBEN, 2008, 16). En este sentido, esta investigación es también una intervención política que expone la radical dimensión antropogenética del lenguaje e invita a reflexionar sobre posibles "nuevas formas de asociación política". Recordemos que Agamben considera en el primer volumen de *Homo sacer* "que el hombre es el ser vivo que, en el lenguaje, separa la propia nuda vida y la opone a sí mismo, y, al mismo tiempo, se mantiene en relación con ella en una exclusión inclusiva" (AGAMBEN, 1995, 11). Sin embargo, este diagnóstico biopolítico no es definitivo puesto que "la antropogénesis, no es, en efecto, un acontecimiento que pueda considerarse definitivamente acabado; ésta está siempre en curso, ya que el *homo sapiens* nunca deja de convertirse en hombre, y probablemente no ha terminado aún de acceder a la lengua y de jurar por su naturaleza de hablante" (AGAMBEN, 2008, 16).

El juramento es aquel acto del lenguaje que pretende asegurar la correspondencia entre la palabra y la cosa. Esta es su eficacia. Como ya señalara Cicerón, la pregunta relevante respecto al juramento no es cuál es el temor que lo genera sino cuál es su eficacia (*vis*). Esta *vis*, esta "violencia", esta "fuerza", constituye el núcleo del juramento. Por este motivo se invoca el nombre de Dios como garante, Él es el único que puede asegurar esta correspondencia deseada. Ésta es su *vis* divina, su violencia divina. Pero ¿qué significa jurar por el nombre de Dios?

En "La idea del lenguaje", Agamben sostiene que lo que prueba el argumento ontológico de Anselmo no es la existencia de Dios sino la existencia del lenguaje. "No es verdad que la simple pronunciación del nombre *Dios*, de *quid maius cogitari nequit*, implica necesariamente la existencia de Dios. Pero existe un ser cuya simple nominación lingüística implica la existencia, y es el lenguaje [...] *El lenguaje es lo que debe necesariamente presuponerse a sí mismo*" (AGAMBEN, 1984, 28). El nombre de Dios nombra al lenguaje mismo. El nombre de Dios se constituye en una suerte de "archiacontecimiento del lenguaje". El monoteísmo es la divinización del *lógos*. El juramento jura por el lenguaje mismo, "el juramento es aquella experiencia de lenguaje que trata a toda la lengua como un nombre propio. La pura existencia –la existencia del nombre– no es ni el resultado de una constatación ni una deducción lógica: es algo que no puede ser significado, sino sólo jurado, es decir, afirmado como un nombre." (AGAMBEN, 2008, 73). La violencia divina consiste, entonces, en una experiencia del lenguaje.

En la introducción a la reedición de *Infancia e historia*, Agamben define esta experiencia del lenguaje, el *experimentum linguae*, como la experiencia de la potencia de hablar. "La potencia [...] es la facultad específicamente humana de mantenerse en relación con una privación, y el lenguaje, en cuanto está dividido en lengua y discurso, contiene estructuralmente tal relación, no es nada más que esa relación" (AGAMBEN, 2001, XII). Esta experiencia de la potencia es, según Agamben, definitoria de lo propiamente humano. La antropogénesis debe orientarse hacia ella.

En *El tiempo que resta*, Agamben describe dos tipos de performativos que permiten un acceso a la experiencia del puro acontecer de la palabra que excede toda significación: el *preformativum sacramentum* y el *performativum fidei*. El primero busca articular ese excedente con preceptos y contenidos semánticos. El segundo intenta mantener esta experiencia abierta al uso más allá de todo significado determinado. "Si,

como ocurre fatalmente y como parece suceder hoy de nuevo, la segunda cae en la oscuridad y sólo rige absolutamente la palabra del *nomos*, si el *performativum fidei* se halla enteramente recubierto por el *performativum sacramenti*, entonces la ley misma se vuelve rígida y se atrofia, y las relaciones entre los hombres pierden toda gracia y toda vitalidad" (AGAMBEN, 2000, 125). El análisis del fenómeno histórico del juramento devela que éste es concebido como una suerte de remedio contra la posibilidad de la mentira. El juramento, como institución histórica, es propuesto como una solución frente a la debilidad de la palabra. Pero, de esta manera, se ignora que esta debilidad le que es inherente al lenguaje en cuanto tal. "Con el *lógos* se dan juntos –cooriginariamente, pero de modo tal que nunca pueden coincidir a la perfección– los nombres y el discurso, la verdad y la mentira, el juramento y el perjurio, la bendición y la maldición, la existencia y la no existencia del mundo, el ser y la nada" (AGAMBEN, 2008, 77). Tanto el derecho como la religión buscan reparar esta escisión de la experiencia del lenguaje tratando de vincular, artificialmente –"desde afuera", diría Benjamin–, las palabras y las cosas, el sujeto hablante y la verdad de sus palabras. "La religión y el derecho no preexisten a la experiencia performativa del lenguaje que está en cuestión en el juramento, más bien han sido inventados para garantizar la verdad y la fiabilidad del *lógos*, a través de una serie de dispositivos, entre los cuales la tecnificación del juramento en un 'sacramento' específico –el 'sacramento del poder'– ocupa un lugar central" (AGAMBEN, 2008, 80).

La experiencia del lenguaje puro que devela la violencia divina permite la apertura de un espacio para otro uso de la palabra. Un uso que asuma el riesgo de una posibilidad que supera toda efectividad; lo que significa, a nivel antropogenético, dar cuenta de nuestra radical indeterminación pero también de nuestra infinita potencialidad.

¿Es posible pensar un derecho que esté a la altura de este uso de la palabra?

En un reciente ensayo sobre Kafka, Agamben señala que el ambiguo mecanismo del derecho nos induce, por medio de sus funcionarios y operadores, a formular una auto-calumnia que se transforma, a través de la penalización de la mentira, en justificación de la imputación de culpabilidad que el derecho siempre presupone. A través de la lectura de "Ante la ley" Agamben señala una dirección que permite evitar esta auto-acusación y ensayar otro uso del derecho. "Se trata no del estudio de la ley, que en sí no tiene culpa, sino del 'largo estudio de sus guardianes' (*in dem jahrelangen Studium des Türhüters*) al cual el campesino se dedica ininterrumpidamente en su estancia delante de la ley. Es gracias a este estudio, a este nuevo Talmud, que el campesino a diferencia de Josef K., ha logrado vivir hasta al final fuera del proceso" (AGAMBEN, 2009, 48). El análisis de los diversos niveles del discurso jurídico³ es el camino para encontrar otro uso de la palabra, un *dicere* que sea *ius dicere* pero que no caiga en el engaño de la auto-imputación. Sólo a través del estudio del discurso jurídico es posible enfatizar ese elemento performativo que tiende a la apertura, a la indeterminación, y que excede el elemento normativo-prescriptivo presente en la ley. Este es el camino hacia un uso del derecho que esté a la altura de la contingencia, de la historicidad, de la temporalidad constitutiva de nuestra existencia.

³ Esta línea de investigación ha sido señalada en nuestro ámbito por Ricardo Entelman (Cf. ENTELMAN, 1982, pp. 212-214).

Referencias bibliográficas

- AGAMBEN, G. (1984) "L' idea del linguaggio". En AGAMBEN, G. (2005) *La potencia del pensiero. Saggi e conferenze*, Vicenza, Neri Pozza, 2005.
- (1995) *Homo sacer. Il potere sovrano e la nua vita I*, Torino, Giulio Einaudi, 1995.
- (2000) *Il tempo che resta. Un commento alla Lettera ai Romani*, Torino, Bollati Boringhieri, 2005.
- (2001) "Experimentum linguae". En AGAMBEN, G. (1978) *Infanzia e storia. Distruzione dell' esperienza e origine della storia*, Torino, Giulio Einaudi, 2001.
- (2008) *Il sacramento del linguaggio. Archeologia del giuramento. (Homo sacer II, 3)*, Bari, Editori Laterza, 2008.
- (2009) "K". En AGAMBEN, G. (2009) *Nudità*, Roma, Nottetempo, 2009.
- BENJAMIN, W. (1916) „Über die Sprache überhaupt und über die Sprache des Menschen“. En BENJAMIN, W. *Gesammelte Schriften. Band II.1: Aufsätze, Essays, Vorträge*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, 140-157.
- (1918) „Über das Programm der kommenden Philosophie“. En BENJAMIN, W. *Gesammelte Schriften. Band II.1: Aufsätze, Essays, Vorträge*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, 157-171.
- (1921) „Zur Kritik der Gewalt“. En BENJAMIN, W. *Gesammelte Schriften. Band II.1: Aufsätze, Essays, Vorträge*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, 179-203.
- DERRIDA, J. (1990) "Force de loi: le 'fondament mystique de l'autorité' / Force of law: the 'mystical foundation of authority'". En *Cardozo Law Review*, 1990, 11, 5-6, 920-1045.
- ENTELMAN, R. (1982) "Discurso normativo y organización de poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra". En AAVV, *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.
- ESPOSITO, R. (2002) *Immunitas. Protección y negación de la vida*, trad. L. Padilla López, Buenos Aires, Amorrortu, 2005.
- KELSEN, H. (1922) *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, Aalen, Scientia Verlag, 1962.
- (1960) *Reine Rechtslehre*, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1967.
- MAYORGA RUANO, J. (2003) *Revolución conservadora y conservación revolucionaria. Política y memoria en Walter Benjamin*, Rubí (Barcelona), Anthropos, 2003.
- SCHMILL ORDÓÑEZ, U. (1989) "Concepto del derecho de Weber y Kelsen". En CORREAS, O. (comp.) *El otro Kelsen*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, 163-193.



RESEÑA

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA: REPENSAR LA JUSTICIA SOCIAL. CONTRA EL MITO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES. DE FRANÇOIS DUBET*

Por Liliana M. Ronconi / Leticia J. Vita*****

Sin duda, el subtítulo de esta publicación es provocador pues a primera vista pareciera difícil pensar negativamente acerca de la igualdad de oportunidades como modelo de justicia social. Sin embargo, François Dubet invita a profundizar en los presupuestos de ese modelo y pensar en una manera distinta de entender la igualdad. La editorial Siglo XXI¹ ha publicado la primera edición en español de esta reciente obra de Dubet, sociólogo, profesor de la Universidad de Burdeos y director de la École des hautes Études en Sciences Sociales, preocupado desde hace años por la idea de una escuela inclusiva y autor de numerosas publicaciones en esa área.

El presente libro consta de 5 capítulos en los cuales Dubet analiza las ventajas y desventajas de las que presenta como dos concepciones actuales de justicia social: *el modelo de la igualdad de posiciones o lugares* y el de la *igualdad de oportunidades*. Los dos buscarían reducir la tensión fundamental existente en las sociedades democráticas entre la afirmación de la igualdad de todos los individuos y las inequidades sociales nacidas de las tradiciones y de la competencia de los intereses en pugna. Sin embargo, pese a que sus objetivos son igualmente positivos, estos modelos en realidad difieren profundamente y se enfrentan, y, especialmente en materia de políticas sociales y de programas. De esta manera, el dar preferencia a uno u otro no es para nada indistinto y Dubet lo demuestra a partir de analizar los efectos de ambos modelos de justicia en los tres dominios en los cuales esos modelos de justicia se aplican cotidianamente: la educación, el lugar de las mujeres y el de las “minorías visibles”.

Pero ¿en qué consisten ambas concepciones de justicia? En los capítulos I y III el autor presenta las virtudes de cada uno de estos modelos. Tendríamos, por un lado, el modelo de la igualdad de posiciones que se caracterizaría por centrarse en los lugares que organizan la estructura social, en el conjunto de posiciones ocupadas por los individuos y, por el otro lado, el de la igualdad de oportunidades que consistiría en ofrecer a todos la posibilidad de ocupar las mejores posiciones en función de un

* Traducción de Alfredo Grieco y Bavio (Título original: *Les Places et les Chances. Repenser la justice sociale*). Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2011.

** UBA

*** UBA -CONICET

¹ En el marco de una interesante colección titulada “Educación y sociedad”, dirigida por Emilio Tenti Fanfani y en la que se incluyen títulos como *Capital cultural, escuela y espacio social*, de Pierre Bourdieu o *Los límites de la cultura. Crítica de las teorías de la identidad*, de Alejandro Grimson.

principio meritocrático, esto es que *"cada uno pueda acceder a todos los empleos según su mérito, con independencia de su nacimiento"*. Este modelo no busca reducir las inequidades de inicio, sino abrir las posibilidades de competencia. Así, mientras que el primero tiene como objetivo reducir las desigualdades de ingresos, de las condiciones de vida, del acceso a los servicios, de la seguridad, el segundo modelo se propone medidas de acción positiva para brindar igual oportunidad a excluidos y discriminados del sistema.

Estas concepciones difieren también en su desarrollo histórico. Mientras que la igualdad de posiciones fue promovida originalmente por el movimiento obrero y lo que podríamos entender, en un sentido amplio, como "la izquierda", la igualdad de oportunidades se encuentra asociada a la lucha de la burguesía por derrocar al Antiguo Régimen. Este aspecto resaltado por Dubet no es irrelevante, porque en efecto, el hecho de que el modelo de igualdad de posiciones estuviera ligado originalmente al movimiento obrero y a los partidos de izquierda ha tenido consecuencias concretas en su desarrollo. En primer lugar, el hecho de que en este modelo el trabajo ocupa un lugar esencial, generando que la mayor parte de los derechos sociales se deriven de él y que el mundo laboral tenga una presencia tan importante en sus planteos. La consecuencia más importante de esto, que Dubet no deja de señalar, es que quienes quedan por fuera del mercado laboral no entran en la red de seguridad del modelo de igualdad de posiciones. La segunda consecuencia que ha tenido el hecho de que este modelo se ligara al movimiento obrero es que la igualdad termina procediendo menos de la igualación de los ingresos que de poner a disposición de todos los bienes reservados por mucho tiempo para unos pocos. En otras palabras, lo que se conoce como "desmercantilización" del acceso a ciertos bienes, el caso de los servicios públicos, la educación, los transportes, y todas las obras públicas. Se tratan estos de bienes que de manera "indirecta" contribuyen de manera progresiva a la igualación de posiciones.

Por su parte, la igualdad de oportunidades implica que si bien existirían desigualdades las mismas dejarían de ser injustas ya que todos y cada uno de los integrantes de la sociedad *"tendrían la oportunidad de escapar de ellas"*. Para lograr la igualdad de oportunidades se requiere: a) garantizar la igualdad de acceso a los bienes y servicios de los cuales los discriminados están excluidos (por ejemplo, de la escuela); b) aplicar el principio de compensación, esto es, aplicar políticas dirigidas a establecer las condiciones de una competencia equitativa (acciones positivas o de discriminación inversa). De esta manera, existiría algo así como un "juego limpio" donde todos tienen las mismas oportunidades de ganar la competencia, sin embargo, ganará el mejor (Dubet, 2011: 64).

En los capítulos II y IV el autor realiza una crítica de los modelos. Estas son interesantes para poder mirar desde otro lugar dos concepciones de justicia distintas que, como hemos dicho, fundamentan enfoques disímiles sobre cómo encarar una política pública y, por lo tanto, tienen consecuencias concretas para la sociedad. Respecto de la igualdad de posiciones sostiene que, a primera vista, no pareciera haber algo malo en la pretensión de igualar las posiciones de los integrantes de una sociedad, sin embargo, este modelo de justicia presenta numerosos límites a la posibilidad de una redistribución real y justa. Por su fuerte vinculación con el mundo del trabajo la igualdad de posiciones es más favorable para los que ocupan posiciones seguras que para los que han quedado excluidos del mercado laboral. Este modelo

reposa así sobre una representación *estable y cristalizada* de las desigualdades asociadas al empleo y peor aún, al empleo estable. Por eso puede ser visto como un modelo conservador, que no logra hacerse cargo de la multiplicidad infinita de las desigualdades que se observan por fuera de los "incluidos". Asimismo, se podría pensar que este principio de justicia se debilita inevitablemente cuando se instalan el desempleo y la precariedad (tiempo en el cual se impone la igualdad de oportunidades), ya que depende en gran medida de la prosperidad en la que este inmersa la economía estatal, pero también se ve disminuido cuando la aspiración a la igualdad se hace más fuerte y más individualista, es decir, cuando los actores se definen en términos de identidades y no de posiciones, algo que el modelo de oportunidades, sí sería capaz de abarcar.

Respecto del modelo de igualdad de oportunidades las críticas se dirigen a las mayores dificultades que, conforme el autor, se plantean para alcanzar la igualdad. Sostiene Dubet que mediante este modelo las desigualdades, en realidad, se profundizan. Por un lado, esta concepción de la justicia tendría el ojo puesto en las elites, por ejemplo cuando el sistema de cuotas a las mujeres en los cargos gerenciales de una empresa está pensado para un grupo favorecido pero limitado de mujeres, que son aquellas que pueden desarrollarse en esos ámbitos, pero se excluye a muchas otras. Tampoco el modelo pensaría en la sobrerrepresentación de mujeres en los cargos más precarios de la economía. Por otro lado, con el modelo de la igualdad de oportunidades se pasa de la pareja explotación/trabajo a la pareja discriminación/identidad. Eso implica la obligación de demostrar que se es víctima de desventajas o de discriminaciones y reivindicar una identidad propia contra los prejuicios y las identidades asignadas. Esto puede tener efectos negativos al intentar la víctima exhibir sus sufrimientos e injusticias que padecen, para obtener una ventaja y, así, obtener ayudas. Así, dentro del sistema de competencia que implica el modelo pareciera que también impone una "competencia" constante de victimización con el objetivo de obtener más beneficios. La última crítica al modelo toma en cuenta la situación en la que quedan los que "fracasaron". Existe un reproche moral y ese reproche es hacia la persona: culpabilizarían a la víctima de su propia desgracia. Esto genera un sentimiento de fracaso en los propios individuos y de baja autoestima, lo que hace que algunos ya no quieran o no puedan seguir participando de la "competencia" o incluso se vuelven contra el sistema. Como crítica general a la concepción de la igualdad de oportunidades Dubet sostiene que el defecto de este modelo es que se basa principalmente en el *mérito*, que es uno de los principios de justicia más frágil y discutible (Dubet, 2011: 92).

Si bien a lo largo de todo el libro puede verse una clara preferencia por el modelo de la igualdad de posiciones, en el capítulo V, Dubet lo defiende en forma expresa. Considera que este modelo no es el que predomina en las discusiones sobre política social contemporánea a nivel mundial y, especialmente, en la Francia de Nicolás Sarkozy. En efecto, Dubet sostiene que el suyo no es meramente un ejercicio de filosofía social, sino que de algún modo, se lo ha dictado la situación financiera francesa, especialmente en lo relativo al sistema educativo. Por eso su defensa del modelo de la igualdad de posiciones, y, especialmente, el que afirme que tal concepción podría servir como uno de los elementos de la reconstrucción ideológica de la izquierda, con la condición de que ésta quiera afrontar el desafío de

provocar descontento en su electorado y “*ser algo más que el partido de las clases calificadas y económicamente desahogadas*” (Dubet, 2011: 117). A favor del modelo de igualdad de posiciones Dubet concluye que éste resulta más favorable a los más débiles porque, de manera indirecta, favorece más la igualdad de oportunidades que ese modelo de justicia e incluso, porque en definitiva, la igualdad relativa entre las posiciones sociales es un bien en sí mismo, ya que las desigualdades terminan afectando a la sociedad en su conjunto.

Por todo esto el libro es recomendable para aquellos que estén interesados en conocer cómo funcionan estos modelos de justicia social y cuáles son sus implicancias prácticas. Tiene la virtud de problematizar y cuestionar un modelo de justicia tan poco discutido como el de la igualdad de oportunidades, y al mismo tiempo, el de presentar un modelo alternativo, tal vez más olvidado en el discurso público, de la igualdad de posiciones. Asimismo plantea un debate interesante acerca del papel del Estado, ya que, como hemos señalado, elegir un modelo u otro implica adoptar distintos tipos de políticas públicas. No serán iguales las políticas impositivas, ni las políticas de salario o de bienes y servicios públicos en un Estado que priorice la igualdad de posiciones que en uno donde sólo se plantee la igualdad de oportunidades. Y nuevamente aquí el llamado de Dubet es a pensar en la realidad de Francia hoy.

Sin embargo, es posible identificar algunas falencias u omisiones en los argumentos de Dubet que invitan a seguir pensando en el tema. Por un lado, al defender el modelo de la igualdad de posiciones, el autor no termina de dar una respuesta satisfactoria a la pregunta por los “excluidos” del mercado laboral, es decir aquellos que no tienen una posición asegurada y que no pueden alcanzarla. Dubet confía en que la igualdad de posiciones por sí misma generará la inclusión social que precisan nuestras sociedades. Sin embargo, y especialmente si tomamos en cuenta que gran parte de nuestros países se ven afectados por graves crisis de desempleo y que, por lo tanto, existe en ellos un buen número de personas que quedan por fuera del mercado, es difícil pensar en que la igualación de posiciones por sí misma podría solucionar todos los problemas de desigualdades.

Esta crítica se relaciona también con el tipo de sociedad en la que está pensando Dubet cuando analiza estos modelos. Dubet piensa en Francia y en otros países Europeos caracterizados por tener una distribución del ingreso más o menos igualitaria. Cuando vincula distribución e igualdad analiza los casos de países con una fuerte tradición de intervencionismo Estatal y un modelo de Estado social (Dubet, 2011: 19). Lo interesante sería pensar en este modelo en sociedades fuertemente desiguales como las latinoamericanas, o en países que no han tenido la experiencia de un Estado social o que se encuentran en una situación de fuerte subordinación económica a nivel internacional. ¿Es posible implementar un modelo de igualdad de posiciones en esos casos? ¿Qué tipo de reformas estructurales precisaría esa implementación?

Finalmente, y desde un punto de vista más general, se podría afirmar que el autor se limita a pensar la igualdad como modelo de distribución pero no de reconocimiento,² pues pareciera que la justicia social se lograría sólo mediante una distribución de bienes. Esto no toma en cuenta que en las

sociedades actuales gran parte de los excluidos no lo son solo en lo que respecta a la situación económica o escala social sino también que los problemas de "injusticia" giran en torno al no reconocimiento de sus derechos (nos referimos por ejemplo a los pueblos originarios en lo que respecta a la negación de su identidad, a las personas LGBTT en lo que respecta al no reconocimiento de iguales derechos, etc.). De esta manera, pareciera que la propuesta del autor se torna insuficiente al no ser acompañada de políticas de reconocimiento respecto de ciertos actores e identidades.

Lo interesante es retomar estos problemas para seguir investigando, porque la cuestión social merece ser repensada, como dice Dubet, y volver a ser planteada, a fin de llegar no sólo a modelos teóricos que nos ayuden a comprender mejor nuestros problemas sociales, sino también y especialmente, a tener fundamentos para la implementación de políticas públicas concretas de mejora social.

² En el sentido trabajado por Nancy Fraser.



CONVOCATORIA

CONVOCATORIA PARA EL PRÓXIMO NÚMERO DE LA REVISTA

La *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Gioja* recibirá trabajos para publicar en su próximo número, previo referato, **hasta el día 31 de marzo de 2012.**

Todos los trabajos deberán estar adecuados a nuestras normas de publicación, que pueden ser consultadas en: http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/normas_prestrabajos.php

Aquellos artículos que no se encuentren adaptados a dichas pautas serán rechazados *in limine*, antes de ser enviados para su evaluación por nuestros árbitros.