

STEPHEN HOLMES Y CASS R. SUNSTEIN: “EL COSTO DE LOS DERECHOS. POR QUÉ LA LIBERTAD DEPENDE DE LOS IMPUESTOS”

RECENSIÓN DE LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

Profesora del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca

El libro de Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, es sugerente desde su título. En un contexto de crecimiento económico constante en América Latina, con un promedio muy por sobre el de Europa y los Estados Unidos, no podemos olvidar que nuestra región se caracteriza por sus altos índices de desigualdad. Pero este libro no habla sobre igualdad, reflexiona sobre lo que cuestan los derechos, todos los derechos; sobre la necesaria participación democrática en su definición y monitoreo y, también, defiende la necesidad de abandonar inexistentes diferencias entre aquellos derechos que cuestan y aquellos que no cuestan al Estado, tesis especialmente sostenida por los sectores más conservadores de la sociedad norteamericana a la hora de enfrentar nuevas cargas tributarias. Los autores sostienen que si no se invierten recursos en un derecho, éste no pasará de ser una declaración sin efectos concretos, su análisis se centra en la realidad norteamericana, lo que no interfiere en las consecuencias que podamos derivar para Latinoamérica.

El libro es provocador. ¿Cuánto invierte el Estado en los derechos garantizados a nivel constitucional? Holmes y Sunstein dicen en buenas cuentas: “dime cuánto gastas y te diré cuán protegido y garantizado está un derecho”.

Este libro da un paso y analiza cómo se da fuerza a un derecho más allá de su estructura y densidad normativa.

Los autores reflexionan sobre “El sentido común acerca de los Derechos”. Y para decirlo muy claramente, se refieren a la siguiente experiencia: “el 26 de agosto de 1995 estalló un incendio en Westhampton, en el extremo oeste de los famosos Hamptons en Long Island, una de las zonas más hermosas de Estados Unidos. Ese incendio fue el peor que haya vivido Nueva York en el último medio siglo, pues ardió en forma incontrolable durante treinta y seis horas...”¹.

¹ HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R (2011): *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos* (Siglo 21 Editores, Buenos Aires) 262 páginas, p. 31.

El incendio fue controlado, para ello más de mil bomberos fueron desplazados, un batallón de funcionarios a nivel local, estatal y federal, así como equipos militares y civiles de todo el país. No hubo pérdidas importantes, el daño fue mínimo, todo ello gracias a la movilización de recursos públicos cuantiosos.

¿Qué dicen Holmes y Sunstein sobre este desastre? Que los funcionarios públicos pudieron hacer frente a la catástrofe y defender la propiedad privada, utilizando para ellos recursos públicos aportados por todos los ciudadanos estadounidenses, recursos que fueron usados para la defensa de la propiedad de los más ricos.

Sostienen que *los derechos y las libertades individuales dependen fundamentalmente de una acción estatal vigorosa*.

El relato que presentan, afirman sus autores, corresponde a la realidad de *todos los derechos liberales*, en definitiva, *todos los derechos cuestan dinero* como también ellos dependen de la acción de los gobiernos.

Qué supone entonces la expresión: ¿El costo de los derechos? Para Holmes y Sunstein se trata de una expresión *ambigua*. Dos contenidos deben definir para avanzar en las ideas centrales de este trabajo: derechos y costos.

En cuanto a la noción de derechos: los autores optan en el trabajo por alejarse de lo que llaman una definición “moral” (que alude a aquello a lo que éticamente tienen derechos los seres humanos). Se quedan, en cambio, con un significado menos valorativo, que no busca *justificar* sino construir explicaciones acerca de cómo funcionan los derechos: “Dentro de ese marco, un interés califica como derecho cuando un sistema legal efectivo lo trata como tal utilizando recursos colectivos para defenderlo. Como capacidad creada y mantenida por el Estado para evitar o compensar daños, en el sentido legal un derecho es, por definición “hijo de la ley”². Y usan una expresión coloquial para definirlos: “tienen dientes”. Por tanto, así como se les protege, deben acotarse y restringirse para velar por su correcto uso. Pero no es todo, además, afirman que “un derecho legal sólo existe sí y cuando tiene costos presupuestarios”³.

Acerca de los costos: tanto la calidad y extensión de la protección de los derechos dependen de gastos privados y públicos. En general los derechos individuales se financian con impuestos y no con tasas. Además de los costos presupuestarios los derechos tienen costos sociales. Dicho esto, los autores optan por centrarse en el análisis en los costos presupuestarios y destacan la dependencia

² *Ibid.*, p. 35.

³ *Ibid.*, p. 38.

de las libertades individuales en relación a la contribución de la sociedad en su conjunto. Sostienen que es fundamental considerar los impactos presupuestarios desde la lógica del largo plazo. Derechos como la educación o la protección de la propiedad privada, en la medida que invertir en su tutela, contribuye a aumentar extender o ampliar *la base imponible –de la cual depende la protección activa de los derechos– hacia otras áreas*⁴. Tampoco puede dejar de considerarse en el costo de los derechos sus costos indirectos o gastos compensatorios, dado que en algunos casos ellos han conducido a la limitación de los derechos de los estadounidenses. Finalmente, en relación al costo de los derechos, sostienen que este trabajo se refiere a la naturaleza de los derechos legales y no se trata, por tanto, de un estudio sobre finanzas públicas.

Los argumentos de este libro se desarrollan a lo largo de apartados estructurados como preguntas y/o afirmaciones, en seguida intentaré rescatar las más relevantes.

1. Por qué un Estado sin dinero no puede proteger los derechos.

Inicia este apartado una reflexión acerca de la naturaleza de los derechos, abordando la clásica categoría que los clasifica entre derechos positivos y negativos. Desechan por superflua dicha distinción, que más contribuye a exasperar las tensiones entre los progresistas y los conservadores de los Estados Unidos que defienden la tutela de unos u otros. Según esta falsa distinción, sólo los primeros demandarían recursos al Estado, mientras que los segundos sólo le imponen un deber de no interferir. Así, dicen los autores, los derechos positivos impulsan la igualdad, mientras que los negativos protegen la libertad.

Los autores sostienen frente a esta dicotomía, que en verdad todos los derechos (en sentido legal y no moral) cuando son ofendidos requieren de un remedio, de una reparación, es en este punto que se pone en evidencia lo inadecuado de la distinción entre derechos positivos y negativos. Desde esta mirada, entonces, todos los derechos son positivos, todos exigen remedio si son vulnerados. En este sentido afirman: “Todos los derechos son costosos porque todos presuponen una maquinación eficaz de supervisión, pagada por los contribuyentes, para monitorear y controlar”⁵.

2. Acerca de “La necesidad de la actuación del gobierno”.

Los autores pasan a la acción. El segundo apartado de la parte primera está dedicado a reflexionar sobre la constante creación y el permanente ajuste de las

⁴ *Ibid.*, p. 40.

⁵ *Ibid.*, p. 65.

reglas que desarrollan cada día jueces y legisladores. Es decir, la incidencia cotidiana de las autoridades en los derechos legales. Cuando deniegan una protección, cuando intervienen, cuando regulan, cuando ponen límites, cuando reconocen excusas. Afirman que en verdad los ciudadanos usan *el poder del Estado para dar efecto legal a un acuerdo privado, para cobrar daños y perjuicios compensatorios o punitivos a alguien que por negligencia o descuido ha causado un daño.*

3. Sin impuestos no hay propiedad.

La conclusión de los autores en este sentido es directa, no admite discusión, los derechos de propiedad tienen sentido y fuerza en la medida que las autoridades protegen este derecho, de otra manera el derecho no existiría, y para ello es necesaria la coerción y para activar la coerción es necesario que el Estado cuente con medios, con recursos, instituciones, funcionarios públicos. Sin juicios, sin legislación dicen, no puede haber derecho de propiedad. De esta tutela se encargan la justicia penal al reprimir y castigar robos y hurtos, también el derecho civil a la hora de exigir la restitución de los bienes, o la compensación. Y añaden: “los derechos de propiedad dependen de manera excluyente de un Estado dispuesto a cobrar impuestos y gastar. Defender los derechos de propiedad es costoso”. Este costo aumenta de manera considerable si se suman los recursos destinados a proteger la propiedad de usurpadores y saqueadores, especialmente cuando en este esfuerzo debe sumarse el ejército y las Fuerzas Armadas. Abundando en esta cuestión, en el caso de los bienes inmuebles, bien se puede afirmar que en verdad la propiedad se va a mezclar también con la soberanía. Los gastos en la protección de la propiedad son en definitiva astronómicos, afirman los autores.

Pero esta necesidad de tutela no sólo es necesaria respecto a la propiedad privada, también lo requieren los mercados, así el Estado deberá reprimir el fraude, defender los derechos de los accionistas, vigilar los mercados de valores, proteger marcas y las patentes registradas, deberá tutelar la libre competencia, debe regular los bancos, y los mercados para controlar los fraudes y asegurar el flujo de los créditos, debe promover la innovación, estimular la productividad de los trabajadores, ninguna de estas tareas es simple ni barata.

4. A los guardianes hay que pagarles.

Los clásicos derechos liberales dependen *de relaciones de mando y obediencia*, y la creación de este marco regulador es costoso. En este sentido el sistema penal norteamericano, que ha sido diseñado para evitar que personas inocentes sean acusadas y condenadas por error, como también para evitar el maltrato y el uso de la fuerza contra las personas que han sido privadas de su libertad, incluso cuando

los detenidos han sido condenados. Y como en todo el análisis desarrollado, esta actividad también cuesta dinero al Estado.

5. Por qué los derechos no pueden ser absolutos.

En este apartado los autores reflexionan sobre el carácter relativo de los derechos, es decir, el análisis de sus costos permite comprender hasta qué punto su exigibilidad está asociada a diversos acuerdos y concesiones. Tanto el juez como la propia teoría del derecho, afirman los autores, razonará mejor si considera diversos criterios, entre otros el económico a la hora de pronunciarse sobre la exigibilidad de los derechos.

6. Exigir derechos significa distribuir recursos.

Los derechos exigen gastos públicos, afirman Sunstein y Holmes, sea la libertad de expresión o el derecho al sufragio, ambos suponen decisiones redistributivas y gastos y, en general afirman, todos los derechos se financian con los presupuestos generales, con impuestos y no con tasas particulares destinadas a la protección de un derecho concreto.

7. Acerca de las concesiones y lo que los autores llaman su carácter inevitable.

En este apartado se trata de demostrar cómo todos los derechos, sean civiles y políticos o sociales cualquiera sea su naturaleza, dependen todos ellos de una *contribución colectiva* y que ninguno, en general, pueden ser exigibles de manera perfecta y por completo.

8. Por qué los derechos implican responsabilidades.

En síntesis, el hecho de que los derechos tengan un costo, implica un deber de responsabilidad, no sólo para el titular del derecho sino también para el Estado que debe protegerlo, dicen “prestar atención al costo de los derechos nos permite comprender mejor la relación de apoyo mutuo entre derechos y responsabilidades. Y lo mismo vale cuando pasamos de los derechos clásicos a los derechos típicos del moderno Estado regulador”.

Estas y otras motivadoras interrogantes son desarrolladas a lo largo de este actual debate. Concluyen los autores sus reflexiones centrandose en la realidad norteamericana. Los derechos no pueden protegerse en un contexto de insolvencia o incapacidad del gobierno, tampoco son los derechos una receta marcada por el egoísmo irresponsable de sus titulares, no son demandas inflexibles.

Reitera su afirmación inicial: *las libertades privadas tienen costos públicos*. Esta afirmación es aplicable a los derechos de propiedad, a los derechos a la

seguridad social, a la salud, a la libertad de expresión, a la libertad contractual, por mencionar algunos derechos.

En la lógica de las finanzas públicas los derechos son, en definitiva, “licencias otorgadas a los individuos para que persigan sus diferentes propósitos aprovechando los bienes colectivos, que a su vez incluyen una parte de los bienes privados acumulados bajo la protección de la comunidad”⁶.

En esta medida, para los autores la libertad individual en los Estados Unidos depende del esfuerzo conjunto de toda la sociedad, de manera mucho más intensa que como en principio pudiera pensarse.

Precisamente son estos costos los que hacen imposible comprender a los derechos como una cuestión de absolutos, de carácter inflexible, porque dependen del presupuesto público, de allí que abandonen la tesis que distingue los derechos positivos de los negativos, por ser esta distinción falsa.

Asimismo, es el poder público, afirman Sunstein y Holmes, el encargado de realizar y desarrollar la inversión pública para llevarlos a la práctica, para concretarlos.

Concluyen que todos los derechos legales y los constitucionales fueron en su origen: *respuestas a problemas concretos*. Esto supone que varían en el tiempo, que cambian según las circunstancias y las jurisdicciones, están por tanto en constante reformulación, tanto en las leyes como en la jurisprudencia. Los derechos están profundamente ligados a la realidad, al momento histórico en el que surgen. Asimismo, evolucionan de manera constante y se asocian al bienestar humano.

En esta medida también, afirman, los derechos están sujetos a las estrategias legislativas que también son cambiantes.

Las cláusulas de derechos constitucionales que por definición son ambiguas, evolucionan, cambian en el desarrollo de la jurisprudencia y con el transcurso del tiempo, además dicen los autores, su desarrollo también es cambiante en la medida que dependen de la disponibilidad presupuestaria, que es variante de año a año.

Sostienen que existe una relación profunda entre exigibilidad de los derechos y gasto público, tanto por infraestructura como por habilidades de tipo legal.

Alertan sus autores sobre si acaso su análisis pueda ser tildado de económica, en este sentido dicen “estas aprensiones son correctas y justificadas si se

⁶ *Ibid.*, p. 241.

dirigen hacia algunas formas de análisis de costo beneficio, pero yerran el blanco si apuntan al enfoque y las argumentaciones que hemos presentado aquí⁷.

Muy por el contrario, *el análisis de las condiciones fiscales de la exigibilidad de los derechos* conduce y obliga a asumir una visión mucho más amplia del bien público.

Hablar de costos no es sólo un problema de presupuesto, también se relaciona con *transparencia y responsabilidad democrática en el proceso de asignación de los recursos: también nos lleva inesperadamente al corazón de la teoría moral, a problemas de ética distributiva y de justicia distributiva*.

Se plantea una pregunta central y que desde luego hace visibles problemas no sólo de los norteamericanos: un análisis a las prioridades del gasto público pone en evidencia qué derechos son los que actualmente se protegen, y permite analizar si estos derechos tutelados son un reflejo de la influencia de grupos de poder o ¿Miran al bienestar general? Esto significa analizar cómo se reparte o distribuye el gasto público.

Estas afirmaciones conducen a los autores a defender la necesidad de que exista un control democrático de las asignaciones presupuestarias tanto en la protección como en la exigibilidad de los derechos. Es en este punto que es necesaria la deliberación democrática, qué derechos y de qué manera se protegen, todas estas decisiones deben estar sometidas al examen y al debate público.

Finalmente, en cuanto a la redistribución, para los autores esta es una cuestión *omnipresente*. Así por ejemplo, regresando al ejemplo inicial del incendio, el dinero de todos contribuye a la protección de la propiedad de quienes tienen más. Sunstein y Holmes defienden la importancia del derecho de propiedad y su valor, que puede ser costosa inicialmente pero que puede ser indispensable para la sociedad y su dinamismo.

Pero no sólo de propiedad hablan los autores, también se refieren a la educación pública. Y aplican el mismo criterio, dado que si bien pueden ser derechos costosos: “esos derechos establecen y estabilizan las condiciones del desarrollo individual y de coexistencia y cooperación colectivas”⁸.

Este libro es una interesante e imprescindible mirada a los derechos fundamentales, se puede estar en desacuerdo con un cierto tono relativizador en los autores, con su noción de los derechos constitucionales, pero no se puede desconocer que especialmente en lo que se refiere al surgimiento de nuevas

⁷ P. 245.

⁸ P. 251.

demandas sociales, como la educación pública y que tiene a nuestro país en un estado de tensión, que sin destinar importantes y consensuados recursos, no podemos pensar en mejorarla ni en garantizarla.