
EL COSTO DE LOS DERECHOS,

Cass Sunstein y Stephen Holmes, Buenos Aires,
Siglo XXI Editores, 2011

*Heber Joel Campos Bernal**

I

El libro que reseñamos es un hito importante en los estudios de derecho constitucional, especialmente en los estudios sobre el papel del Estado en la protección y garantía de los derechos fundamentales. Sus autores, Cass Sunstein y Stephen Holmes, son dos conocidos profesores norteamericanos, con una larga trayectoria académica, que se han dedicado a investigar el derecho constitucional y la historia del pensamiento político moderno. Sunstein es el más conocido. En América Latina son populares sus aportes sobre el papel de las cortes de justicia en la interpretación de los derechos y sobre la importancia de los derechos sociales para el funcionamiento de la democracia. Holmes, por su parte, es conocido, ante todo, por sus aportes a las ciencias políticas. En nuestro medio, su ensayo sobre el pre compromiso y la paradoja de la democracia ha tenido gran difusión.

En este libro, Sunstein y Holmes plantean una tesis por demás atractiva. Se preguntan: ¿de qué depende la eficacia de los derechos? Su respuesta es contundente: depende de los impuestos. Parten de un caso concreto: en 1995 hubo un incendio en la región de Westhampton, en el estado de Nueva York. Los costos materiales del incendio habrían ascendido a 2,9 millones de dólares de no haber sido por la acción eficiente y decidida del cuerpo de bomberos. Al final, los costos materiales ascendieron a 1,1 millones de dólares, menos de

* Profesor de Teoría del Derecho y Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, [hcampos@pucp.pe]. Fecha de recepción: 1 de noviembre de 2013, fecha de modificación: 11 de noviembre de 2013, fecha de aceptación: 13 de noviembre de 2013. Sugerencia de citación: Campos B., H. J. "El costo de los derechos", *Revista de Economía Institucional* 15, 29, 2013, pp. 343-348.

la mitad de lo que habrían costado en otras circunstancias. ¿De qué dependió la acción vigorosa y eficiente del cuerpo de bomberos de Westhampton? ¿De su nobleza, de su generosidad, de su altruismo? En absoluto; dependió de los recursos con los que contaba. Si no hubiese tenido los recursos necesarios, no habría podido controlar a tiempo el incendio.

Con este ejemplo Sunstein y Holmes buscan dejar en claro que los derechos no son independientes de sus costos; que los unos están asociados intrínsecamente con los otros. No distinguen entre derechos civiles o sociales, o entre derechos positivos o negativos. La razón es obvia. Para ellos, los derechos no se configuran de esa manera. Es un despropósito discriminar los derechos en función de su ámbito de aplicación. Todos los derechos comparten una estructura común. Esta, a diferencia de lo que sostiene la doctrina prevaleciente, no depende de la moral, ni mucho menos de la ética, sino de la economía. Sunstein y Holmes lo explican de esta manera: “costos’ significa aquí costos incluidos en el presupuesto, mientras que los ‘derechos’ se definen como intereses importantes que pueden ser protegidos de manera confiable por individuos o grupos usando instrumentos de gobierno” (Sunstein y Holmes, 2011, 34).

II

Sunstein y Holmes contribuyen a demoler la idea de sentido común de que los derechos civiles son más valiosos que los derechos sociales. Para estos autores los derechos no son civiles o sociales, ni positivos o negativos, son derechos a secas. Para poner un ejemplo: digamos que usted, apreciado lector, desea ejercer su derecho a la libertad de expresión. Basta que vaya a la esquina de su casa y, a voz en cuello, empiece un discurso donde diga todo lo que piensa. Si alguien, digamos un vecino que no piensa como usted, le impide terminar su discurso, usted puede denunciarlo. El Estado le garantiza que puede ejercer su derecho a la libertad de expresión sin limitaciones ni interferencias de ninguna clase. Ahora bien, la tesis tradicional que asimila los derechos civiles a derechos exigibles, en contraposición con los derechos sociales, diría que en este caso al Estado le bastaría evitar que su vecino se le acerque para garantizar su derecho a la libertad de expresión. Esa actuación no implica un gasto oneroso y, por tanto, puede ser asumido por el Estado.

Ahora bien, siguiendo esta misma línea de argumentación, imaginemos que usted no tiene donde pasar la noche de hoy y demanda al Estado para que le proporcione una vivienda. Pese a que usted goza

del derecho a la vivienda, según la Constitución, no goza del derecho a que el Estado le proporcione inmediatamente una vivienda. ¿Por qué? Porque garantizar ese derecho sería muy costoso para el Estado. Dado que el Estado tiene recursos limitados debe dar prioridad a los gastos más urgentes. Esta explicación que, en términos generales, parece adecuada, adolece, sin embargo, de un grave error.

En el primer ejemplo al Estado no le cuesta mucho, en términos económicos, evitar que su vecino lo moleste porque ya hay una estructura montada para ello: un cuerpo de policía cuya función es garantizar el orden interno y la seguridad pública. Si su vecino lo interrumpe, un policía lo puede detener. En el segundo ejemplo, en cambio, el Estado no puede reaccionar con igual rapidez y eficacia, salvo que lo hubiese previsto. El punto, sin embargo, no es ese. Si ya hay un cuerpo de policías cuya finalidad es garantizar la seguridad pública y el orden interno es porque el Estado ya destinó recursos públicos para ello. No es este el caso del derecho a la vivienda donde, como se plantea en el ejemplo, el Estado no ha destinado recursos suficientes para su satisfacción inmediata.

Lo que nos enseñan Sunstein y Holmes en este libro es justamente eso: que todos los derechos cuestan y, por tanto, su protección y garantía no obedece a un atributo intrínseco de los derechos sino a una decisión política. Es el Estado, a través de sus órganos administrativos, el que decide qué derechos proteger y con qué intensidad, por lo que es imperativo poner énfasis en la forma como se toma esa clase de decisiones:

Los que describen los derechos como absolutos hacen imposible plantear una importante pregunta fáctica: ¿quién decide en qué nivel financiar qué conjunto de derechos básicos para quién? ¿y exactamente quién tiene el poder de decidir esas asignaciones? Prestar atención a los costos de los derechos no sólo conlleva cuestiones de cálculo presupuestario sino también problemas filosóficos básicos de justicia distributiva y transparencia democrática (ibíd., 153).

III

Sunstein y Holmes nos enseñan algo más. Para ellos, el argumento libertario según el cual el mercado es una entelequia que no requiere la intervención estatal es una falacia. El Estado, según estos autores, siempre interviene. Lo que sucede, afirman, es que los libertarios no distinguen (o no quieren distinguir) entre dos tipos de intervención: una positiva y una negativa. Una intervención positiva sería, por ejemplo, que el Estado disponga que las personas jurídicas que realizan actividades económicas en el campo minero paguen un porcentaje

mayor del impuesto de renta que el que pagan las personas jurídicas que realizan actividades económicas en el campo de la educación para incentivar, en un caso, una menor explotación de los recursos naturales no renovables, y, en el otro, una mayor inversión en la educación, una actividad que contribuye al desarrollo del capital humano. Una intervención negativa sería que el Estado simplemente disponga que ninguna de estas dos personas jurídicas pague impuestos, y que sea la ley de la oferta y la demanda la que establezca cómo se distribuyen sus recursos. Los libertarios, según Sunstein y Holmes, consideran que solo la primera es una intervención estatal, mientras que la segunda no, pues en ese caso el mercado es el que establece cómo se distribuyen los recursos, según el rendimiento económico de cada una de estas empresas.

Nuestros autores sostienen que tanto el primero como el segundo supuesto presuponen una intervención estatal. En el primero el Estado interviene con mayor intensidad que en el segundo, pues dispone directamente el pago de un impuesto. En el segundo también interviene pues, aun cuando no haga nada, esa decisión, no hacer nada, tendrá efectos en la economía y ha sido tomada en el marco de un proceso democrático; en otras palabras, incluso para decidir no hacer nada el Estado tuvo que hacer algo: discutir, plantear razones, escuchar críticas, aprobar la ley, promulgarla, etc. En sus propias palabras:

Todo gobierno liberal debe abstenerse de violar derechos, debe “respetarlos”. Pero este léxico puede inducir a error, dado que limita el papel del gobierno al de un observador no participante. [...] Asociar los derechos de propiedad con la ilusión de verse libre del gobierno tiene tan poco sentido como asociar el derecho a jugar ajedrez con la vana ilusión de eludir las reglas. Los derechos de propiedad existen porque el derecho crea y regula la posesión y el uso de esta (ibíd., 82).

Asimismo, el libre mercado presupone la existencia de títulos de propiedad y de un esquema de distribución de recursos que es producto de un complejo entramado de normas y disposiciones legales que no son ajenas a la política. Por tanto, decir que el Estado interviene solo cuando impone cargas a los agentes privados pero no cuando omite hacerlo con base en determinados fines e intereses, es un error que contribuye a mantener el *statu quo* a favor de quienes se benefician de este tipo de intervenciones negativas:

Si el gobierno se desentiende por completo de la economía esta no será libre en el sentido que admiramos, y ciertamente no producirá la prosperidad sin precedentes históricos a la que muchos estadounidenses se han acostumbrado. Habrá intercambios voluntarios, como los hay incluso en los países más pobres, y es posible que veamos en funcionamiento versiones rudimentarias de mercados. Pero la inacción del gobierno propugna por un sistema económico viciado por la fuerza, el monopolio, la intimidación y los localismos estrechos

de miras. La libertad del individuo, su “derecho a que [los forajidos y los ladrones] lo dejen en paz”, no puede separarse de su derecho a recibir ayuda del Estado, es decir, a una serie de servicios públicos (provisiones y protecciones legales básicas) proporcionados por el gobierno (ibíd., 94).

IV

Es importante señalar la conexión entre el cobro de impuestos y la exigibilidad de los derechos pues, en términos de Sunstein y Holmes, si todos los derechos cuestan alguien tiene que pagar por ellos. El costo de los derechos lo asume el Estado con fondos públicos que provienen, sobre todo, del pago de impuestos. Las exenciones fiscales, por tanto, contribuyen a trasladar la decisión de proteger los derechos de manos públicas a manos privadas. Si el Estado no tiene recursos suficientes para garantizar los derechos porque cobra muy pocos impuestos, o porque los cobra muy mal, quienes se benefician de esos recortes serán quienes, en potencia, decidirán cómo y en qué medida se protegerán los derechos, poniendo en riesgo la institucionalidad democrática.

Sunstein y Holmes no plantean, sin embargo, una tesis normativa al respecto. No se pronuncian acerca de si el Estado debe cobrar menos o más impuestos; solo hacen una constatación empírica: los derechos, en cuanto requieren una erogación de recursos para su protección, dependen estratégicamente del cobro de impuestos. Esta visión es interesante, pues incorpora una dimensión estratégica y de justicia social en el ámbito fiscal que no estaba presente antes del brillante análisis de estos autores. Los impuestos no son meras cargas económicas basadas, como afirma cierta doctrina, en el principio de solidaridad, sino precondiciones mínimas para la vigencia de nuestros derechos fundamentales.

El hallazgo de Sunstein y Holmes es notable, pues pone al descubierto la falacia intelectual en la que se basa el argumento libertario: *a menos impuestos, más libertad*¹. Por el contrario, *menos impuestos* equivale, en los hechos, a menos oportunidades para que el Estado actúe en forma vigorosa y eficiente para proteger nuestras libertades

¹ “Quienes propugnan una filosofía libertaria –Robert Nozick, Charles Murray y Richard Epstein, entre otros– hablan con simpatía del ‘Estado mínimo’. Pero decir que un sistema político realmente capaz de reprimir la fuerza y el fraude es mínimo equivale a sugerir, contra toda la evidencia histórica, que ese sistema es fácil de alcanzar y de mantener. Sin embargo, no es así. Las cifras astronómicas que gastamos, como nación, en proteger la propiedad privada mediante el castigo y la prevención de delitos adquisitivos indican a las claras lo contrario. En 1992, por ejemplo, en Estados Unidos se gastaron alrededor de 73 mil millones de dólares –una suma mayor que el PBI de más de la mitad de los países del mundo– en protección policial y corrección criminal. Buena parte de ese gasto público, por supuesto, se destinó a proteger la propiedad privada” (ibíd., 85-86).

básicas. Esta afirmación ni siquiera puede ser contrapuesta a la afirmación libertaria de que el Estado puede optar entre intervenir y no intervenir, pues interviene incluso cuando supuestamente no interviene. Interviene, claro está, para favorecer los intereses de aquellos a los que la inacción del gobierno les cae de maravillas, es decir, a los más ricos. El Estado no puede decidir, entonces, entre intervenir y no intervenir, sino, entre intervenir mejor o peor.

V

En las discusiones políticas y constitucionales de nuestros países ¿qué puede enseñarnos *El costo de los derechos*? Pienso que puede enseñarnos que la intervención del Estado es esencial para la protección y vigencia de los derechos, y que el medio para determinar cuándo es adecuada dicha intervención es la deliberación democrática.

Una de los argumentos para rechazar la participación del Estado en la economía durante los últimos años fue la experiencia desastrosa del estatismo de los años ochenta. Muchos de nuestros países quedaron inmunizados para promover aventuras estatistas que pusieran en riesgo los pocos recursos con los que contaban. Esta experiencia fue tan traumática y brutal que convirtió en tabú cualquier intento de intervención, no solo la del Estado empresario que compite de igual a igual con los particulares en los mercados, sino también la del Estado regulador que controla los excesos que pueden cometer los agentes privados. Sunstein y Holmes nos enseñan que ese razonamiento es falaz, pues un Estado no puede decidir entre intervenir o no intervenir en la economía, sino entre intervenir mejor o peor. El criterio para determinar si es adecuada una intervención no es, ciertamente, su rendimiento económico, sino la vigencia de los derechos fundamentales.

Al mismo tiempo, el espacio ideal para determinar cuándo es idónea una intervención es la discusión democrática. Sunstein y Holmes hacen énfasis en este aspecto cuando señalan que la discusión sobre los derechos prioritarios es una discusión filosófica y de justicia distributiva. La democracia se legitima cuando da a todos los ciudadanos la oportunidad de participar de esa discusión, expresando sus puntos de vista y poniendo de relieve el interés público.