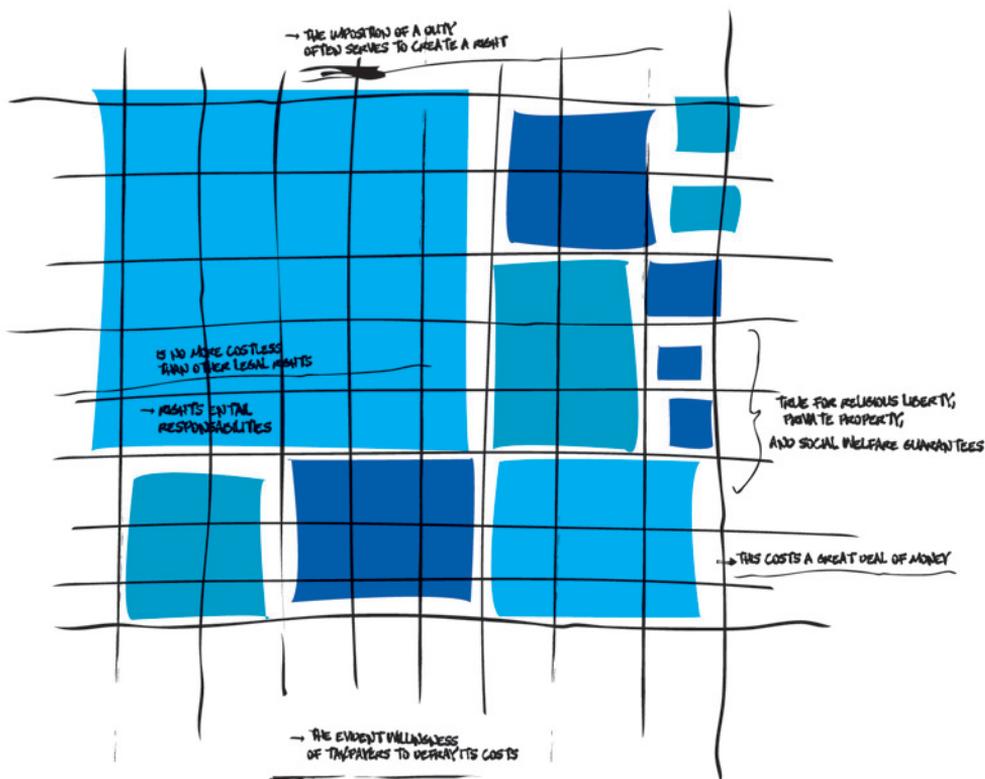


El costo de los derechos

Por qué la libertad depende de los impuestos

Stephen Holmes
Cass R. Sunstein



derecho y política

Dirigida por Roberto Gargarella
y Paola Bergallo

Traducción de Stella Mastrangelo

El costo de los derechos

Por qué la libertad
depende de los impuestos

Stephen Holmes
Cass R. Sunstein



siglo veintiuno editores argentina, s.a.

Guatemala 4824 (C1425BUP), Buenos Aires, Argentina

siglo veintiuno editores, s.a. de c.v.

Cerro del Agua 248, Delegación Coyoacán (04310), D.F., México

siglo veintiuno de españa editores, s.a.

Sector Foresta n° 1, Tres Cantos (28760), Madrid, España



Esta colección comparte con IGUALITARIA el objetivo de difundir y promover estudios críticos sobre las relaciones entre la política, el derecho y los tribunales.
www.igualitaria.org

Holmes, Stephen

El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos.- / Stephen Holmes y Cass R. Sunstein.- 1ª ed.- Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

264 p. ; 21x14 cm. - (Derecho y Política / dirigida por Roberto Gargarella y Paola Bergallo)

Traducido por: Stella Mastrangelo

ISBN 978-987-629-154-5

1. Derecho. 2. Ciencias Políticas. I. Sunstein, Cass R. II. Stella Mastrangelo, trad. III. Título
CDD 320

Título original: *The Cost of Rights*

© 1999, Stephen Holmes y Cass R. Sunstein

© 2000, W.W. Norton & Company, Inc.

© 2011, Siglo Veintiuno Editores S. A.

ISBN 978-987-629-154-5

Impreso en Grafignor // Lamadrid 1576, Villa Ballester
en el mes de marzo de 2011.

Hecho el depósito que marca la ley 11.723

Impreso en Argentina // Made in Argentina

A Geoffrey Stone.

Índice

Presentación, Roberto Gargarella <i>y Paola Bergallo</i>	11
Prólogo. El Estado como precondition de los derechos: beneficios y límites de una concepción relevante para América Latina <i>Juan F. González Bertomeu</i>	15
Agradecimientos	29
Introducción: El sentido común acerca de los derechos	31
Primera parte: Por qué un Estado sin dinero no puede proteger los derechos	53
1. Todos los derechos son positivos	55
2. La necesidad de la actuación del gobierno	71
3. Sin impuestos, no hay propiedad	81
4. A los guardianes hay que pagarles	99
Segunda parte: Por qué los derechos no pueden ser absolutos	107
5. Cómo la escasez afecta la libertad	109
6. En qué difieren los derechos de los intereses	121
7. Exigir derechos significa distribuir recursos	135
8. Por qué es inevitable hacer concesiones	141
Tercera parte: Por qué los derechos implican responsabilidades	155

9. ¿Es posible que los derechos hayan llegado demasiado lejos?	157
10. El altruismo de los derechos	175
11. Los derechos como respuesta a la bancarrota moral	185
Cuarta parte: Los derechos entendidos como pactos	195
12. Cómo la libertad religiosa promueve la estabilidad	197
13. Tener derechos y tener intereses	211
14. Los derechos de bienestar y la política de inclusión	225
Conclusión	241
Apéndice	253
Bibliografía	257

Presentación

El libro que aquí presentamos constituye una pequeña joya de enorme importancia para quienes están interesados en las relaciones entre el derecho y la política de hoy. El resultado no extraña teniendo en cuenta que sus autores son dos de las principales plumas de la academia contemporánea: Cass R. Sunstein, profesor en la Universidad de Harvard, asesor del presidente de los Estados Unidos Barack Obama y uno de los constitucionalistas más prolíficos e influyentes de la actualidad, y Stephen Holmes, profesor en la Universidad de Nueva York y uno de los más lúcidos y cultivados especialistas en la historia del pensamiento político moderno.

El libro de Sunstein y Holmes sostiene un argumento en extremo relevante para los debates de la actualidad: todos nuestros derechos dependen de los impuestos recaudados por el gobierno. Eso significa que no es posible pedir, al mismo tiempo, que la política reduzca los impuestos y dé garantía plena a nuestros derechos.

La libertad de expresión, la seguridad social, el debido proceso, el voto son algunos de los derechos que más valoramos, y no son gratuitos, sino que cuestan dinero. Es decir que requieren la permanente inversión estatal. Sin embargo, las batallas electorales de nuestro tiempo se encuentran inundadas de reclamos que exigen una rebaja en los impuestos y demandan, a la vez, protecciones básicas en materia de derechos.

Más allá de su enorme importancia política, la tesis que defienden Sunstein y Holmes es significativa porque nos ayuda a salir al cruce de al menos dos afirmaciones habituales. Por un lado, aquella según la cual algunos derechos básicos –como a la libertad de

expresión o la libertad de cultos— resultan satisfechos con la mera inacción estatal. Para asegurar su vigencia, en efecto, bastaría con atarle las manos al Estado —que no persiga, ni censure, ni reprima—. Esta interesada afirmación, sin embargo, ignora el modo en que todas nuestras libertades dependen del activismo estatal, de su intervención permanente: necesitamos, en todos los casos, que existan tribunales abiertos y efectivos, una policía funcionando, mecanismos de controles vigentes, sin lo cual aquellas libertades resultarían constantemente amenazadas. Dicho de otro modo: la oposición entre mercado libre e intervencionismo estatal está erróneamente fundada, ya que el Estado interviene siempre. Lo que importa es decidir qué intervenciones son apropiadas y justificadas, y cuáles no lo son.

La segunda idea que la tesis central del libro cuestiona —que, de modo insólito, ha sido esgrimida por los tribunales durante largas décadas como una verdad revelada—, y que va de la mano de la anterior, es aquella que afirma que sólo son costosos los derechos sociales (los nuevos, “de segunda generación”, relacionados con la vivienda, la salud, la educación). Esta pretensión sostiene que uno puede acercarse a los tribunales para pedir que levanten una acción de censura estatal o garanticen las elecciones o el debido proceso, pero no para que aseguren el derecho a la vivienda o a la salud de alguien, ya que estos últimos derechos son muy costosos, y su definición y cuidado deben estar a cargo de los poderes políticos, que tienen el control del presupuesto.

Sin embargo, esta idea ignora que los tribunales cuentan con muchas respuestas posibles —más allá del “sí” y el “no”— para asegurar el cumplimiento de un derecho: ellos pueden, por caso, obligar al Poder Legislativo a satisfacer un derecho en un plazo determinado sin definir el modo en que debe hacerlo, o a justificar su negativa, o pueden convocar a una audiencia pública para que los poderes políticos diseñen la mejor forma de responder al problema, etc.

Además, la negativa a garantizar los derechos socioeconómicos implica desconocer lo sostenido más arriba, esto es, que también los derechos “de primera generación” cuestan dinero. Pensemos simplemente en cuánto cuesta llevar a cabo una elección política

(un típico derecho “de primera generación”). Nadie niega que tal derecho debe asegurarse en todos los casos, ni que los tribunales deben intervenir para hacer posible su plena vigencia. Sin embargo, esas mismas personas resisten la idea de que los derechos económicos, sociales y culturales deben ser respaldados siempre por los tribunales.

Éstas son algunas de las cuestiones que aprendemos leyendo el libro que hoy presentamos orgullosamente. Consideramos, por tanto, que su lectura es necesaria para pensar mejor la vida política de nuestros días.

ROBERTO GARGARELLA

PAOLA BERGALLO

Igualitaria (Centro de Estudios
sobre Democracia y Constitucionalismo)

Prólogo

El Estado como precondition de los derechos: beneficios y límites de una concepción relevante para América Latina

Juan F. González Bertomeu*

Dime cuántos impuestos te cobran (y cómo se gastan) y te diré qué derechos tienes: así podría resumirse la tesis central del valioso libro que prologo. Para Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, la pregunta *¿qué derechos garantiza una comunidad?* no puede responderse (sólo) mirando la Constitución de esa comunidad sino, muy especialmente, estudiando cuántos recursos se destinan a asegurar su cumplimiento. Los derechos cuestan dinero. *Todos* ellos, ya se trate de las libertades tradicionales a la no interferencia estatal (libertades negativas), ya de los derechos sociales, usualmente identificados como aquellos que exigen el despliegue de una actividad más directa por parte del Estado (libertades positivas).

Para los autores, justamente, esta dicotomía es engañosa. Porque su satisfacción cuesta dinero, porque ella requiere la prestación de un servicio público activo, todos los derechos son *positivos*. Los derechos sociales muestran más claramente esta dimensión, la necesidad de la prestación estatal. Esta prestación queda más oculta en el caso de las libertades negativas. Igualmente existe: ni la más negativa de las libertades podría ser garantizada en ausencia de un deber estatal, y tal deber sólo merece ser tomado en serio cuando se destina parte del presupuesto tanto a satisfacerlo en forma directa como a penar su incumplimiento.

* Abogado por la Universidad Nacional de La Plata. Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Nueva York. Candidato a doctor (J.S.D.) por la misma universidad. Integrante de Igualitaria, Centro de Estudios sobre Democracia y Constitucionalismo.

Según Holmes y Sunstein, esas libertades significan bien poco si se las toma meramente como inmunidades contra la intervención estatal, sin considerar el aparato burocrático que debe concretarlas en la práctica. Dicho sea de paso, todos los derechos son también *negativos*: la demanda de una persona por acceder a una vivienda se transforma, una vez satisfecha, en una por conservarla de interferencias indebidas; el derecho de una niña a acceder a la educación sólo puede garantizarse si el Estado o un tercero no pueden restringirlo.

La idea del libro es clara y sencilla, y su contribución es significativa. El libro debilita la noción de que el Estado es *por definición* el enemigo de la libertad y los derechos, de que un Estado fuerte sea necesariamente uno abusivo. Sus autores muestran de manera convincente que los derechos carecen de virtualidad práctica en ausencia de un Estado que vele por su protección (es en cambio al defender un Estado débil que se exhibe un bajo compromiso con ellos). Además, desnuda la falsedad de uno de los argumentos principales empleados para negar el carácter exigible de los derechos sociales, según el cual lo que hace tan costosos estos derechos —a diferencia, por ejemplo, de los derechos civiles y políticos— es la necesidad de que el Estado brinde un servicio a sus beneficiarios. Como vimos, la vigencia de los derechos civiles y políticos tampoco puede entenderse sin la existencia de un servicio público.

El servicio o la prestación del caso aparece en “momentos” distintos en unos y otros derechos, y es esto lo que tal vez dificulte advertir la similitud entre ellos. En el caso de los derechos sociales, derecho y deber estatal son perfectamente correlativos; el derecho a recibir educación no es nada si el Estado no la garantiza. Uno podría pensar que, en el caso de los derechos civiles, el goce del derecho no exige tal prestación activa. En principio, mi protección contra los abusos policiales se satisfaría simplemente con una “mera” abstención por parte de los agentes. Pero el Estado sólo puede asegurar esta abstención creando y manteniendo agencias de supervisión del accionar policial. Aquí es donde se ve la necesidad de la dimensión positiva. En suma, el goce de algunos derechos podrá representar mayores costos económicos que el de otros, pero al incorporar al análisis esta última fase se ad-

vierte que no hay una diferencia estructural entre ellos.¹ La mayor virtud del libro es hacer visible este aspecto.

Vale la pena detenernos por un momento en la cuestión de la audiencia a la que el texto pretende interpelar, para intentar luego reflexionar sobre qué tiene para decirnos en función de nuestro contexto latinoamericano. El blanco principal de los autores, aunque no el único, es la derecha conservadora en Estados Unidos, en especial su vertiente libertaria. Según ésta, el Estado se justifica sólo para garantizar (y sólo si garantiza) la protección de la libertad personal y la propiedad. Una bien conocida tradición teórica occidental ha empleado el recurso del *estado de naturaleza*, la situación previa a la constitución de una sociedad política, como plataforma para la justificación del Estado (mayor o menor, con mayores o menores funciones).² Usualmente, conociendo la interpretación que una teoría ofrece de ese estado de naturaleza (histórica o normativa, reconstruida o soñada) podemos saber ya algo sobre la justificación que seguirá del paso a la sociedad política. Un estado de naturaleza horrible suele dar pie a un Estado fuerte, y viceversa. Pues bien, la vertiente libertaria que el libro intenta atacar se funda en el imaginario de una situación pre-política en la que los individuos son titulares potenciales de derechos de propiedad, adquiridos a partir de la apropiación originaria. Si el salto al Estado llegara acaso a justificarse, ello sería sólo para neutralizar los posibles ataques a las personas, que son usualmente consecuencia de los ataques a la propiedad. Fuera de esto, en el estado de naturaleza las personas son libres, y la interferencia estatal amenaza esa libertad. El impuesto simboliza precisamente uno de los mayores enemigos de este imaginario, pues privaría ilegítimamente a las personas de sus ingresos obtenidos antes o por fuera del Estado.³

1 Sobre este tema, véase Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.

2 Para los primeros y principales exponentes de esta tradición, véanse Thomas Hobbes, *Leviatán*; John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*; Jean Jaques Rousseau, *El contrato social* (traducciones varias).

3 Para una versión contemporánea de una posición semejante, véase Robert Nozick, *Anarquía, Estado y utopía*, México DF, Fondo de

Los autores de *El costo de los derechos* vienen a decir que ese estado de naturaleza casi idílico nunca existió, y que no es válido siquiera como esquema conceptual.⁴ La razón es la apuntada: sólo puede existir un derecho si hay una estructura detrás tendiente a garantizar su satisfacción. Dicho de otro modo: la sugerencia de que bajo el estado de naturaleza existe una amenaza constante a los derechos se asienta en una contradicción. Sólo se puede sostener con algún sentido que se tiene un derecho si hay alguien que puede obligar a su cumplimiento. Por lo tanto, reconocer que en el estado de naturaleza tal derecho podría violarse constantemente pone en duda (o incluso niega) que *eso* sea justamente un derecho. La conclusión es clara: o vivimos en un estado de naturaleza sin derechos, con las consecuencias que eso conlleva, u optamos por un Estado. Pero no por *cualquier* Estado, sino uno ya librado de la atadura que supone el foco exclusivo en la protección de la seguridad de las personas y la propiedad, un Estado que debe atender a las necesidades de las personas antes que a unos títulos previos inexistentes. Los derechos surgen porque es la propia comunidad la que entiende que son importantes. Sin Estado no hay derechos.

Hacia el final de este prólogo volveré sobre estas ideas, que, en principio, desde un punto de vista político, acepto sin inconvenientes. Me interesa ahora destacar por qué y en qué sentido el libro es iluminador para América Latina. Desde luego, en la región no es nueva la idea de que para garantizar derechos se necesita un Estado fuerte, y, en un nivel más básico, que la función del Estado incluye la provisión de servicios sociales. Aun con matices y grandes diferencias entre los países, los Estados intervinieron desde una etapa relativamente temprana brindando servicios como la salud y la educación, y ejerciendo un rol moderadamente distributivo (una intervención estatal, vale decirlo, que con frecuencia

Cultura Económica, 1988. La versión original es la de John Locke, aunque con diferencias importantes respecto de la de Nozick. Véase Locke, *íd.*

⁴ Para una crítica temprana a la noción del contrato social, véase David Hume, "Of the original contract".

no fue democrática). En muchos países, el Estado permitió la inclusión de los trabajadores mediante el reconocimiento de sus derechos (incluido el de formar sindicatos y participar en negociaciones colectivas), y en algunos se llevaron a cabo reformas agrarias, aunque con gran variación en su nivel de efectividad. De hecho, varios de nuestros textos formularon algún tipo de reconocimiento explícito a los derechos sociales (la Constitución mexicana de 1917 es el primer –y más notorio– ejemplo).

Pese a que la región recibió una influencia temprana del constitucionalismo estadounidense, en el comienzo del siglo XX la atención se reenfocó hacia otros sitios, entre ellos, hacia el derecho europeo, con la influencia de autores como Léon Duguit y la idea del derecho social. En Estados Unidos, el Estado también intervino brindando algunos servicios y regulando en parte la economía. Sin embargo, estos servicios casi nunca fueron considerados bajo la lógica o el lenguaje de los derechos (particularmente de los derechos constitucionales), y cuando se los quiso consagrar en la Constitución el intento fracasó rotundamente.⁵ En buena medida por las razones señaladas anteriormente, la cuestión del rol del Estado en la provisión de servicios esenciales (como la salud) sigue generando en ese país debates acalorados.

Durante mucho tiempo, la discusión en América Latina no fue tanto que el Estado debiera tener a su cargo tales actividades (a la par de otras más “tradicionales” como la protección de la seguridad) sino más bien cómo o qué tan bien podía hacerlo. Sólo más recientemente se puso en cuestión este rol. En las décadas de 1980 y 1990, la retracción del Estado que siguió a la aplicación de las políticas neoliberales (alentadas por el *Consenso de Washington*) y el proceso de re-mundialización de la economía, entre otras causas, produjeron una explosión de la desocupación, la pobreza, la desigualdad y la alienación social. Las consecuencias que describo hicieron visible de manera aguda los posibles daños de una con-

5 Sobre este tema da cuenta justamente el libro de Cass Sunstein *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More than Ever*, Basic Books, 2004.

tracción estatal tan drástica, especialmente en el plano de los derechos. Esto es así incluso para los derechos “tradicionales” a la seguridad personal o la propiedad. En sociedades altamente desiguales, es incierto que se puedan garantizar esos derechos sin que la intervención del Estado esté a su vez dirigida a áreas de inclusión social como el trabajo, la educación y la vivienda. El sistema de justicia criminal no puede lograrlo por sí solo, ni siquiera el más duro de ellos.

El costo de los derechos puede leerse como una exhortación a reconocer la vinculación entre derechos y gasto estatal; a analizar cuánto dinero dedica el Estado a proteger derechos (o cuánto estamos dispuestos a dedicar) y, en particular, a estudiar las elecciones que determinan cuáles se protegen con mayor fuerza y cómo. El mensaje no es enteramente nuevo en la región. En primer lugar, aquellas cuestiones han concitado ya cierto interés académico.⁶ Por otro lado, varias organizaciones de la sociedad civil y agencias públicas de protección de los derechos han incorporado (más o menos recientemente) estas preocupaciones en su trabajo cotidiano, al estudiar, por ejemplo, cuánto se dedica en el presupuesto a los rubros educativos, de salud o medioambientales, o cuánto cuesta mantener encerrada a una persona en prisión. En sus distintas acciones, estas organizaciones no se han quedado en su reivindicación simbólica y retórica (lo cual, por cierto, es importante, como diré sobre el final del prólogo) sino que se han involucrado activamente y con conocimiento en los debates técnicos locales sobre partidas y prioridades de gasto.

Una de esas actividades ha consistido en la renovación de estrategias de litigio judicial en casos complejos, en los que se enfrentan violaciones estructurales que son generalmente fruto de un nudo sistémico de acciones y omisiones estatales. Una nota característica de estos procesos es la importancia que adquiere la etapa del diseño de una solución que remedie unas deficiencias ya com-

6 Al respecto, véase, por ejemplo, Victor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002. Véase también la obra de Rodolfo Arango citada en nota 1.

probadas y condenadas judicialmente.⁷ En esta etapa, las partes demandantes usualmente se involucran en un proceso de discusión con funcionarios estatales para determinar el modo –más o menos inmediato, más o menos abarcador o detallado– de adoptar una solución. Las características peculiares de las violaciones obligan con frecuencia a sacrificar pedidos de soluciones íntegras e inmediatas, y exigen a los reclamantes conocer los pormenores de las políticas y las capacidades del Estado, incluyendo las cuestiones presupuestarias. En la región, varios de esos reclamantes han demostrado estar a la altura del desafío.

Este desarrollo es muy positivo. Lo es precisamente porque el manejo de cuestiones presupuestarias e impositivas ha sido tradicionalmente asociado a posiciones “tecnócratas” de derecha. La preocupación por los impuestos (por cuánto, cómo y para qué se recauda) y sobre cómo se gastan es una parte necesaria de un programa progresista. No podemos concebir un Estado relativamente intervencionista sin dotarlo de la capacidad suficiente para desarrollar tal intervención. ¿A qué podría deberse entonces ese prejuicio, si es que tengo razón en que realmente ha existido? Creo que se ha vinculado con tres cuestiones relacionadas, que algo especulativamente desarrollo a continuación. La primera es que, en efecto, el presupuesto se ha estudiado con frecuencia con el fin de hacer recortes y ajustes al gasto público antes que para contemplar un mayor gasto en derechos o la priorización de uno de ellos por sobre otros (salvo que ese derecho sea el de la seguridad de la propiedad). Un temor posible es que introducir en la discusión de derechos la necesidad de estudiar partidas presupuestarias termine abriendo una caja de Pandora. Podría pensarse que aceptar hablar el lenguaje de costos y beneficios generaría el riesgo de que los derechos terminen desprotegidos. Es que, en un sentido importante, es normal que existan reticencias para pensar en el costo de los derechos. Generalmente concebimos a

7 Véase Paola Bergallo, “Apuntes sobre justicia y experimentalismo en los remedios frente al litigio de derecho público”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2006.

los derechos como capaces de derrotar este tipo de argumentación. Ellos, al menos bajo cierta noción, son frenos a la capacidad agregativa del Estado.⁸ Pero Holmes y Sunstein insisten en que la cuestión es la inversa: en la medida en que no miremos el tema del costo y el financiamiento de los derechos correremos el riesgo de terminar defendiendo fórmulas vacías. Y este riesgo es mucho mayor. Comparto en parte el diagnóstico, aunque más adelante diré que es necesario ser cautelosos al sostener este enfoque.

Una segunda razón que puede explicar la posible reticencia del progresismo a involucrarse en la discusión sobre recaudación y gasto públicos como precondition de los derechos es que la historia de la región –y, nuevamente, con matices– denota el fracaso del Estado en la tarea de recaudar impuestos, especialmente a quienes más tienen (una triste ironía es que quienes menos tienen son quienes más contribuyen por el lado de los impuestos, y a quienes por el lado de los servicios se les niega luego el acceso a bienes esenciales). Ello puede deberse a limitaciones en la capacidad operativa del Estado, a falta de voluntad política, o a ambas razones. Los sistemas impositivos de la región se caracterizan por su regresividad, pero además por la insuficiencia de los recursos generados para hacer frente a las obligaciones del Estado.⁹ En un escenario semejante, hacer depender –aunque sea retóricamente– el goce de los derechos de una mejora de la capacidad impositiva del Estado podría significar aceptar una derrota en dos frentes: quedarnos con impuestos regresivos e insuficientes, y reducir la garantía simbólica que prometen los derechos.

8 La posición clásica sobre esta cuestión es la de Ronald Dworkin. Véase Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

9 Véase Kenneth Solokoff and Eric Zolt, “Inequality and the Evolution of Institutions and Taxation: Evidence from the Economic History of the Americas”, en Sebastian Edwards, Gerardo Esquivel y Graciela Márquez (comps.), *The Decline of Latin American Economies: Growth, Institutions, and Crises*, The University of Chicago Press, 2008; véase también Andrew Schrank, “Understanding Latin American political economy; varieties of capitalism or fiscal sociology?”, *Economy and Society* 38:1, 53-61.

La tercera razón es una posible actitud de desconfianza hacia el propio Estado. No es exactamente la desconfianza indeterminada a la que apuntan Holmes y Sunstein –la idea de que el Estado podría ahogar nuestra libertad para planificar nuestras acciones– sino una generada por acciones más palpables. El Estado en la región ha perseguido, matado y maltratado a sus ciudadanos; sus funcionarios violan derechos cotidianamente. En personas o grupos de raíz progresista, esto pudo haber generado una actitud justificada de recelo y distanciamiento. Si así es como se ve al Estado, uno podría tener dificultades para sentarse a estudiar planillas presupuestarias junto con sus funcionarios, en vez de formular demandas maximalistas más despreocupadas por su capacidad operativa y guardando cierta distancia de él. Una actitud de desconfianza similar podría generar la percepción (real o no) de que las administraciones públicas están corroídas por la corrupción, o que manejan con notoria discrecionalidad los fondos estatales. Si esto fuera cierto, ¿para qué ponerse a estudiar en detalle la cuestión presupuestaria? ¿Cómo tomarse en serio una respuesta estatal de que los fondos para satisfacer un derecho determinado no son suficientes?

Nuevamente, el libro que prologo es útil como modo de renovar la preocupación por la cuestión de la capacidad y el rol del Estado. En una medida muy importante, nuestros derechos siguen dependiendo, día tras día, de cuánto se esté dispuesto a gastar en ellos y de cómo se lo quiera hacer. Los derechos se tienen que pelear en la arena política, no sólo en un plano normativo. El Estado, finalmente, no tiene recursos ilimitados, y alguien tendrá a su cargo la tarea de decidir qué funciones se privilegian por sobre otras. Asimismo, la discrecionalidad del gasto implica una discrecionalidad en el goce de los derechos. Si estamos convencidos, por ejemplo, de la prioridad de los derechos sociales, no dar esa pelea puede significar en la práctica debilitar el papel distributivo y potencialmente emancipador del Estado. Es ésta, creo, la mayor contribución del libro.

En lo que queda de este prólogo me concentraré muy brevemente en ciertos aspectos que considero problemáticos o que generen dudas: el concepto de derecho (y de los derechos) que sub-

yace en el texto y los posibles riesgos que conlleva el foco excesivo en el tema de los costos. Comienzo por el primero. Los autores se concentran en los derechos *legales* (los derechos consagrados y garantizados por el Estado) dejando rápidamente de lado la consideración de los derechos *morales*. Los derechos están vacíos sin la protección del Estado; ergo, los derechos morales no serían estrictamente *derechos*, o al menos no los que realmente nos debería interesar defender (o que a los autores les interesa defender). Como indiqué, esto se relaciona con la estrategia que Holmes y Sunstein emplean para neutralizar la concepción lockeana (o no-zickeana) del estado de naturaleza en la que se asienta la crítica libertaria contra el Estado. Con todo, creo que con ella han ido innecesariamente lejos, pues terminan abrazando una visión eminentemente positivista de los derechos que considero cuestionable. Para ser justo con los autores, ellos en ningún momento defienden una posición de escepticismo que niegue categóricamente la dimensión moral de los derechos. Podrían perfectamente no hacerlo sin contradecirse con el énfasis que hacen sobre la faz legal de los derechos, tal como están reconocidos y garantizados por una comunidad. Sin embargo, y el lector sabrá perdonar la falta de precisión en la afirmación, flota en el texto la sensación de que, en efecto, tal dimensión moral no es relevante.

Como los autores insisten, la idea de que los derechos cobran sentido a partir del reconocimiento estatal puede ser valiosa para –justamente– protegerlos. En el *estado de naturaleza*, las personas son sus propios árbitros, y los derechos carecen de fuerza práctica por carecer de los deberes correlativos. Para una parte de la tradición del contrato social, la comunidad política surge para remediar esta situación. Esta noción es muy clara en J. J. Rousseau, quien insistía en la necesidad de que fueran las leyes positivas las que consagraran los derechos:

Sin duda existe una justicia universal derivada solamente de la razón; pero esa justicia, para ser admitida entre nosotros, debe ser recíproca. Considerando humanamente las cosas, a falta de sanción natural las leyes de la justicia son vanas entre los hombres; ellas sólo hacen

bien al malo y mal al justo, cuando éste las observa respecto de todo el mundo sin que nadie lo haga respecto de él. Son entonces necesarias convenciones y leyes para unir los derechos con los deberes y acercar la justicia a su objeto. En el estado de naturaleza, donde todo es común, yo no debo nada a aquellos a quienes nada he prometido, y sólo reconozco como de otros aquello que me resulta inútil. Esto no es así en el estado civil, donde todos los derechos son fijados por la ley.¹⁰

Pero sostener esta noción no exige –como no le exigió a Rousseau– negar que los derechos, o cierta idea de ellos, tengan una existencia (al menos relativamente) autónoma de la comunidad política. Aceptar esa existencia no tiene por qué implicar aceptar que la conservación de la propiedad adquirida tenga el carácter de derecho moral absoluto que los libertarios intentan adjudicarle, o que sea el único o el principal de tales derechos. Dicho de otro modo, negar el carácter absoluto del derecho de propiedad no exige negar, sólo por dar un par de ejemplos, que las personas sean iguales entre sí o que merezcan no ser torturadas. Señalar el hecho de que la mayoría de las comunidades que conocemos en efecto reconoce tales derechos o protecciones no puede servir para dar respuesta a este argumento. Pues justamente el Estado “reconoce” algunos de esos derechos a partir de aceptar que su existencia no depende necesariamente de su propia definición. Asimismo, como sucede en algunos casos, las comunidades bien podrían no garantizarlos, y para criticar una situación semejante es que necesitamos estándares de justicia, unos estándares en general vinculados con la noción de que los derechos existen con relativa independencia del Estado. La ausencia de esos estándares puede tornar más ardua la crítica del statu quo. Nuevamente, si bien el texto no incluye un rechazo categórico a estas nociones, cuando menos parece minimizar su relevancia.

10 Jean Jaques Rousseau, *El contrato social*, libro II, capítulo VI (la traducción es mía).

Hay otro aspecto problemático. Holmes y Sunstein insisten en que una declaración sin cumplimiento efectivo es una fórmula vacía. Esto no es necesariamente cierto. Con todas sus limitaciones, el reconocimiento estatal de un derecho (el *mero* reconocimiento estatal) puede tener un valor simbólico o retórico significativo, e incluso sentar las bases para un desarrollo progresivo futuro. Las declaraciones del Estado dan forma a las relaciones entre él y los individuos (y, en buena medida, entre los individuos entre sí). Ellas tienen repercusiones prácticas importantes en el evento de que se apliquen, pero incluso cuando se incumplen no son intrascendentes, pues tienen un rol expresivo y político. Cuando decimos que los derechos dependen del Estado, podemos querer decir dos cosas. La primera, que no es nada problemática, es que para que los derechos legales puedan ser *efectivamente gozados* es necesaria una intervención estatal muy extensa. La segunda, mucho más cuestionable, es que los derechos simplemente *son* esa intervención estatal. La mayoría de las constituciones en América Latina reconoce el derecho a la igualdad, pese a que la región es la más desigual del planeta. Sin embargo, ¿estaríamos dispuestos a sostener que *no tenemos* tal derecho en vez de sostener que se lo *incumple* sistemáticamente? La primera afirmación finalmente exculpa al Estado: si la comunidad política no decide en conjunto garantizarlo mediante el empleo de fondos públicos, el derecho pierde su existencia como tal. La segunda, en cambio, muestra el incumplimiento por parte del Estado (o de buena parte de la comunidad política) de una obligación que ya es suya. La distinción es importante conceptualmente, pero también en el plano político, porque sirve para asignar responsabilidades más claramente.

En el caso de los derechos no nos enfrentamos a una situación de tipo *todo o nada*. La disyuntiva “derechos completamente satisfechos o ausencia de derechos” es simplemente incorrecta. Por ejemplo, en ciertas condiciones de objetiva escasez, un Estado podría mostrar un compromiso genuino frente a ciertos derechos incluso cuando destinara sólo una porción de los recursos que serían necesarios para un goce más completo. Y, sin embargo, si siguiéramos la línea analítica sugerida por Holmes y Sunstein, nos quedaríamos sin un vocabulario para referirnos a estas situacio-

nes. En un caso semejante, por ejemplo, ¿responderíamos que como miembros de la población carcelaria contamos sólo con un 47,3% del derecho a una detención digna? ¿Sostendríamos que gozamos de un derecho completo? ¿De ningún derecho?

Para concluir este prólogo, quisiera insistir en una cuestión ya mencionada. Reconocer que los derechos cuestan es una cosa; sugerir que lo que debe importar a la hora de privilegiar uno de ellos por encima de otro es *exclusivamente* su costo es otra. La reflexión central del libro se refiere al vínculo entre el goce efectivo de los derechos y la capacidad y voluntad del Estado para garantizarlo, especialmente dedicando dinero para ello. Esto *no* debería leerse como una insinuación por parte de sus autores de que el ámbito del Estado debe limitarse a aquellos derechos cuya satisfacción se demuestre menos costosa. Desde luego, la cuestión presupuestaria no puede perderse de vista. Cualquier Estado, y especialmente los Estados de la región, tienen recursos limitados, y por ende una capacidad finita para prestar servicios. Lo que intento destacar es que el criterio para privilegiar el cumplimiento de un derecho por sobre otro (o entre distintas situaciones respecto del mismo derecho) debe estar guiado por algo más que el costo. Esta cuestión puede verse con claridad al analizar las dos razones que pueden emplearse para privilegiar selectivamente las libertades tradicionales (y no los derechos sociales). En primer lugar, puede pensarse que esas libertades cuestan poco dinero, o que cuestan mucho menos –o son más fáciles de proteger– que los derechos sociales. Sin embargo, como nos muestra el libro, ellas tampoco son gratuitas, con lo cual el costo no puede ser ya el criterio único o exclusivo al defenderlas. Y, en cualquier caso, determinar cuánto cuestan unas y otros exige desarrollar una investigación empírica cuyas respuestas no podemos conocer de antemano. Un segundo posible argumento es que se piense que esas libertades son importantes, costaran lo que costasen. El libro nos ayuda a ver que el mismo razonamiento puede aplicarse a cualquier otro derecho.

Los latinoamericanos hemos padecido hasta hace relativamente poco el peso funesto de las experiencias autoritarias. Sólo con la distancia que impone el paso del tiempo pudimos renovar nues-

tra fe en el rol del Estado, aunque en varios aspectos sigamos padeciéndolo. Y sólo con el restablecimiento de la centralidad de los derechos es que hoy podemos detenernos a pensar en su costo, en vez de seguir pensando en cuánto tiempo más seremos gobernados a costa de ellos. Por esta razón, la invitación que formulan Holmes y Sunstein es más que oportuna, y más que bienvenida.*

* Agradezco muy especialmente a María Paula Saffon por su lectura de un borrador previo de este trabajo; por sus comentarios agudos y sus aportes generosos.

Agradecimientos

Es un gran placer agradecer a los muchos amigos y colegas que nos ayudaron con este libro. Tropezamos por primera vez con el costo de los derechos, como tema de investigación y análisis, en discusiones que se desarrollaron en el Centro sobre el Constitucionalismo en Europa Oriental de la Universidad de Chicago. La observación de la falta de protección de las libertades básicas en los estados insolventes de Europa Oriental y la antigua Unión Soviética hizo que surgiera naturalmente un sano respeto por las precondiciones fiscales de una defensa efectiva de los derechos. El gran experimento de Rusia con el juicio por jurados, para elegir un ejemplo típico, fracasó cuando éste empezó a insumir el 25% de los ya insuficientes presupuestos de los tribunales. Uno de nuestros principales objetivos aquí ha sido aplicar lo que aprendimos en ese contexto esclarecedor para el debate sobre los derechos que se está desarrollando en Estados Unidos. Agradecemos a Dwight Semler, coordinador del centro, y a nuestros codirectores, Jon Elster, Larry Lessig y Wiktor Osiatynski, así como a Andras Sajó, por muchas discusiones estimulantes. Asimismo, por críticas profundas y sagaces sugerencias sobre el manuscrito, a Elster, Bruce Ackerman, Samuel Beer, Martin Krygier, Martha Nussbaum, Richard Posner y Bernard Yack. La ayuda de Sophie Clark, Keith Sharfman, Matthew Utterbeck y Christian Lucky en la investigación fue invaluable. Vaya también nuestra gratitud a la editora del libro, Alane Salierno Mason, por sus incisivos comentarios y su constante aliento.

Introducción

El sentido común acerca de los derechos

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 y llegó en cierto momento a abarcar una extensión de alrededor de diez kilómetros por veinte.

Pero esta historia tiene final feliz. En un tiempo notablemente corto intervinieron fuerzas locales, estatales y federales para apagar las llamas. Funcionarios y empleados de todos los niveles del gobierno acudieron al lugar. Más de mil quinientos bomberos voluntarios locales se sumaron a los equipos militares y civiles de todo el Estado y del país. Al final, el fuego quedó controlado. Asombrosamente, no murió nadie y, cosa también notable, la destrucción de propiedades fue mínima. Si bien la ayuda voluntaria contribuyó, lo que en efecto hizo posible ese rescate fueron los recursos públicos. Los costos finales para los contribuyentes estadounidenses, locales y nacionales, estimados inicialmente en 1,1 millones de dólares, podrían haber ascendido a 2,9 millones.

La oposición al gobierno ha sido un tema definitorio del populismo estadounidense en el último tramo del siglo xx. Su lema es “No me pises”. Más recientemente, críticos de todo lo que hace el gobierno, como Charles Murray y David Boaz, han afirmado que un adulto “que se gana la vida honestamente y no se mete con nadie merece que lo dejen en paz”, y que “el verdadero problema en Estados Unidos es el mismo que se reconoce en todo el mundo: demasiado gobierno” (Murray, 1997, p. 5, y Boaz, 1997, p. 12).

Sin embargo, en Westhampton, en medio de esa urgencia repentina, los funcionarios públicos pudieron organizar y dirigir un costoso esfuerzo colectivo para defender propiedades privadas, usando con liberalidad recursos públicos aportados por los ciudadanos en general para el rescate de emergencia de las propiedades de un número relativamente reducido de familias pudientes.

Esta historia no tiene nada de excepcional. En 1996 los contribuyentes estadounidenses dedicaron por lo menos 11 500 millones de dólares a la protección de propiedades privadas a través de ayuda en casos de desastres y seguros contra desastres.¹ Cada día, cada hora, se evitan o se mitigan catástrofes por medio de gastos públicos que a veces son grandes, incluso enormes, pero que con frecuencia pasan inadvertidos. Los estadounidenses simplemente dan por sentado que los funcionarios públicos –nacionales, estatales y locales– en forma cotidiana toman recursos públicos y los gastan para proteger derechos privados o aumentar su valor. A pesar de la incidencia indeseablemente elevada de la delincuencia en el país, por ejemplo, la mayoría de los ciudadanos se sienten razonablemente seguros la mayor parte del tiempo, en gran medida gracias a los esfuerzos de la policía, cuyos agentes son los protectores públicos asalariados de una de nuestras libertades más básicas: la seguridad personal o física.²

El tipo de “red de seguridad” que benefició a los propietarios de las casas de Westhampton goza de amplio y profundo apoyo, pero al mismo tiempo los estadounidenses parecen olvidar con fa-

1 *Budget of the United States Government. Fiscal Year 1998*, p. 231. En 1996, el presupuesto de la Federal Emergency Management Agency [Agencia Federal para el Manejo de Emergencias] ascendió a poco más de 3600 millones de dólares.

2 Las normas sociales, que se imponen de manera informal por el oprobio antes que por una sanción legal, también contribuyen a inducir a los individuos particulares a respetarse unos a otros, y a los funcionarios públicos a respetar los derechos de los particulares. Sin embargo, esas normas no operan en forma independiente; siempre están en complejas relaciones con los esfuerzos gubernamentales por reformar e imponer las normas penales, las leyes laborales, etc.

cilidad que los derechos y las libertades individuales dependen fundamentalmente de una acción estatal vigorosa. Sin un gobierno eficaz, los ciudadanos estadounidenses no podrían disfrutar de su propiedad privada como lo hacen. De hecho, gozarían de pocos o ninguno de los derechos individuales garantizados por la Constitución. La libertad personal, tal como la experimentan y aprecian, presupone cooperación social administrada por funcionarios gubernamentales. La esfera privada que con justicia valoramos tanto es sostenida, o más bien creada, por la acción pública. Ni siquiera al más autosuficiente de los ciudadanos se le pide que resuelva en forma autónoma su bienestar material, sin apoyo alguno de sus conciudadanos o de funcionarios públicos.

La historia del incendio de Westhampton es la historia de la posesión de propiedades en todo Estados Unidos y, a decir verdad, en el mundo entero. De hecho, es la historia de todos los derechos liberales. Cuando está de modo constitucional estructurado y es (relativamente hablando) democráticamente sensible, el gobierno es un dispositivo indispensable para movilizar y canalizar en los hechos los recursos difusos de la comunidad aplicándolos a problemas, en operaciones puntuales, cada vez que éstos surgen de modo inesperado.

La Declaración de Independencia afirma que “para asegurar esos derechos se establecen gobiernos de los hombres”. A la verdad evidente de que los derechos dependen de los gobiernos es preciso agregar un corolario lógico, rico en implicaciones: los derechos cuestan dinero. Es imposible protegerlos o exigirlos sin fondos y apoyo públicos. Esto es tan cierto para los derechos antiguos como para los nuevos, para los de los estadounidenses antes del New Deal de Franklin Delano Roosevelt como después. Tanto el derecho al bienestar como a la propiedad privada tienen costos públicos. El derecho a la libertad de contratar supone costos, no menos que la atención médica, el derecho a la libertad de expresión o a una vivienda decente. Todos los derechos reciben algo del tesoro público.

El “costo de los derechos” es una expresión ricamente ambigua, porque los dos sustantivos que la integran tienen significados múltiples e inevitablemente polémicos. Para mantener el análisis lo más

enfocado y –en esa dimensión– lo menos polémico posible, “costos” significará aquí *costos incluidos en el presupuesto*, mientras que “derechos” se definirá como *intereses importantes que pueden ser protegidos de manera confiable por individuos o grupos utilizando instrumentos del gobierno*. Ambas definiciones necesitan mayor elaboración.

DEFINIR LOS DERECHOS

El término “derechos” tiene muchos referentes y matices de significado. En líneas generales, hay dos maneras distintas de encarar el asunto: una moral y otra descriptiva. La primera los asocia con principios o ideales morales. Los identifica no consultando las leyes y el derecho, sino preguntando a qué tienen derecho moralmente los seres humanos. No existe ninguna teoría de esos derechos morales aceptada por todos, pero algunos de los trabajos más interesantes que se han hecho al respecto incluyen una indagación ética de naturaleza valorativa. La filosofía moral concibe los derechos no legales como reivindicaciones morales del tipo más fuerte, que se disfrutan tal vez en virtud de la situación o la capacidad de una persona como agente moral, y no como resultado de que ésta sea miembro de una sociedad política determinada o tenga alguna relación legal con ella. Esta visión intenta identificar esos intereses humanos que, según el tribunal de la conciencia, no pueden ser descuidados ni violados sin que para ello medie una justificación especial.

Un segundo enfoque de los derechos –cuyas raíces se encuentran en las obras del filósofo británico Jeremy Bentham, el juez de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos Oliver Wendell Holmes, jr. y los filósofos del derecho Hans Kelsen y H. L. A. Hart– es menos valorativo y más descriptivo. Está orientado no tanto a justificar sino a explicar cómo funcionan efectivamente los sistemas legales. No es una visión moral;³ no toma posición sobre

3 No examinaremos aquí algunas cuestiones “duras” sobre en qué medida entran o deben entrar las consideraciones morales en la

qué intereses humanos, desde un punto de vista filosófico, son más importantes y meritorios. No afirma ni niega el escepticismo ético ni el relativismo moral. En cambio, es una indagación empírica sobre qué tipo de intereses protege de hecho una determinada sociedad políticamente organizada. 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”.

Los derechos en sentido legal tienen “dientes”. Por lo tanto, son cualquier cosa menos inofensivos o inocentes. Bajo las leyes estadounidenses, son poderes concedidos por la comunidad política. E igual que el poseedor de cualquier otro derecho, el individuo que ejerce los suyos puede sentir la tentación de usarlos mal. Un ejemplo clásico es el derecho de un individuo a demandar judicialmente a otro. Como un derecho implica un poder que puede esgrimirse contra otros, para bien o para mal, es preciso resguardarse de él y restringirlo, al mismo tiempo que se lo protege en forma escrupulosa. Incluso la libertad de expresión tiene que ser recortada cuando su mal uso (como gritar “¡Fuego!” en un teatro atestado) puede poner en peligro la seguridad pública. Un régimen político basado en la ley se disolvería y se autoaniquilaría en un caos de destrucción mutua sin protecciones bien diseñadas y cuidadosamente mantenidas contra el *abuso* de derechos básicos.

Los derechos morales, en cambio, si no están respaldados por la fuerza de la ley, carecen de dientes por definición. Los que no se exigen son aspiraciones que obligan a la conciencia, no poderes que obligan a los funcionarios. Imponen deberes morales a toda la humanidad, pero no obligaciones legales a los habitantes del territorio limitado de un Estado nacional. Cuando carecen de reconocimiento legal no están contaminados por el poder, y por

interpretación de los términos legales. Véanse Dworkin, 1985, y Schauer, 1992.

eso es posible defenderlos libremente sin preocuparse demasiado por abusos maliciosos, incentivos perversos y efectos colaterales imprevistos. Los derechos legales, por el contrario, invariablemente provocan ese tipo de recelos y preocupaciones.

En la mayoría de los casos, las concepciones morales y positivas de los derechos no tienen por qué chocar. Simplemente, los objetivos de los defensores de los primeros son diferentes de los de quienes describen los derechos legales. El teórico moral puede decir, en forma razonable, que, en abstracto, no existe el “derecho a contaminar”. Pero el positivista sabe que hay jurisdicciones estadounidenses en las que un terrateniente puede adquirir el derecho a contaminar un río de otro propietario situado corriente abajo. Los puntos no son contradictorios: sólo pasan uno al lado del otro en la noche. Los que ofrecen descripciones morales y los que proponen descripciones positivas están formulando y respondiendo a diferentes preguntas. En consecuencia, los estudiosos de aquellos derechos que pueden exigirse colectivamente no se oponen a los que proponen argumentos morales en favor de tal o cual derecho o comprensión de un derecho. Desde luego, los reformadores legales deberían esforzarse por alinear los derechos políticamente exigibles con lo que consideran correcto desde el punto de vista moral. Y los encargados de exigir los derechos legales harían bien en convencer a los ciudadanos de que esos derechos están moralmente bien fundamentados.

Pero el costo de los derechos es en primera instancia un tema descriptivo, no moral. Los derechos morales sólo tienen costos presupuestarios si su naturaleza y su alcance preciso están estipulados e interpretados políticamente, es decir, sólo si son reconocidos por la ley. Es verdad que el costo de los derechos puede tener importancia moral, porque una teoría de los derechos que nunca descendiera de las alturas de la moral al mundo de los recursos escasos sería penosamente incompleta, incluso desde un punto de vista moral. Puesto que “deber implica poder”, y la falta de recursos implica no poder, probablemente los teóricos morales deberían prestar más atención a los impuestos y al gasto público de la que suelen concederles. Y cabe señalar, además, que es imposible explorar por completo las dimensiones morales de la protección de los dere-

chos sin considerar la cuestión de la justicia distributiva. Después de todo, con frecuencia ocurre que los recursos provistos por la colectividad son canalizados, sin ninguna razón válida, hacia la protección de los derechos de algunos ciudadanos y no de otros.

En general, los derechos se exigen a través de tribunales que funcionan normalmente y que disponen de los fondos adecuados. Entre los derechos examinados en este libro no estarán incluidos, por tanto, derechos como los de las mujeres violadas en zonas de guerra en Bosnia o Ruanda. Las autoridades políticas existentes, en realidad, han dado la espalda a los brutales crímenes perpetrados en esas condiciones al afirmar que tales delitos no caen dentro de su jurisdicción. Y precisamente porque las autoridades encargadas de remediar abusos en todo el mundo los ignoran, esos “derechos” tan miserablemente descuidados no tienen costos presupuestarios directos. En ausencia de una autoridad política que esté dispuesta a intervenir y sea capaz de hacerlo, los derechos no pasan de ser una promesa hueca y, por el momento, no gravan ningún tesoro público.

Ni siquiera se examinarán aquí los derechos legales en apariencia garantizados por pactos y declaraciones internacionales de derechos humanos, a menos que los Estados nacionales firmantes —capaces de cobrar impuestos y de gastar— den un apoyo confiable a los tribunales internacionales, como los de Estrasburgo y La Haya, a los que se puede pedir una verdadera reparación cuando esos derechos han sido violados. En la práctica, los derechos pasan a ser algo más que meras declaraciones sólo si confieren poder a organismos cuyas decisiones sean legalmente vinculantes (como no lo hacen, por ejemplo, los derechos morales enunciados en la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948). En general, los individuos desdichados que no viven bajo gobiernos capaces de cobrar impuestos y aportar soluciones efectivas⁴ no tienen

4 Artículo 13 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos (firmada en 1950 y en vigor desde 1953). Los derechos enunciados en la Convención sólo se exigen de manera confiable cuando los Estados firmantes los consideran parte de su legislación nacional.

derechos legales. La ausencia de Estado significa ausencia de derechos. En realidad, un derecho legal sólo existe si y cuando tiene costos presupuestarios.

Como este libro se concentra sólo en los derechos exigibles por comunidades políticamente organizadas, no presta atención a muchas reivindicaciones morales de gran importancia para la tradición liberal. Esa lamentable pérdida de amplitud puede justificarse por el aumento de la claridad del foco. Y aunque hagamos a un lado los derechos que no se exigen por ley, quedan suficientes problemas difíciles a los que dedicar nuestra atención.

Los filósofos también establecen una distinción entre la libertad propiamente dicha y el valor de la libertad. La libertad no tiene mucho valor si quienes en apariencia la poseen carecen de recursos para hacer efectivos sus derechos. La libertad de contratar a un abogado no significa mucho si todos los abogados cobran honorarios, si el Estado no ayuda y si uno no tiene dinero. El derecho a la propiedad privada, parte importante de la libertad, no significa mucho si uno carece de recursos para proteger lo que posee y no hay policía disponible. Sólo las libertades que son valiosas en la práctica dan legitimidad a un orden político liberal. Este libro, por lo tanto, no se concentra sólo en los costos presupuestarios de los derechos que pueden exigirse en los tribunales sino también en aquellos que permiten que esos derechos sean ejercibles o útiles en la vida cotidiana. Los costos públicos de los departamentos de policía y de bomberos contribuyen de manera sustancial al “perímetro protector” que nos posibilita disfrutar y ejercer nuestros derechos constitucionales básicos y otros (Hart, 1982, p. 171).

DEFINIR LOS COSTOS

El derecho estadounidense traza una distinción importante entre “impuestos” (*taxes*) y “tasas” (*fees*). Los impuestos se cobran a la comunidad en su conjunto, sin importar quiénes reciban los beneficios de los servicios públicos que se pagan con lo recaudado. Las

tasas, en cambio, se cobran a beneficiarios específicos en proporción a los servicios que ellos reciben en forma personal. Los derechos individuales de los estadounidenses, incluyendo el derecho a la propiedad privada, en general se financian con los impuestos, no con las tasas.⁵ Esa fórmula de financiamiento fundamental es señal de que, bajo las leyes estadounidenses, los derechos individuales son bienes públicos y no privados.

Es preciso reconocer que la calidad y la extensión de la protección de los derechos dependen no sólo de gastos privados sino también del gasto público. Como los derechos imponen costos a entes privados tanto como al presupuesto público, necesariamente valen más para unas personas que para otras. El derecho a elegir su propio abogado defensor sin duda vale más para un individuo rico que para uno pobre. La libertad de prensa es más valiosa para alguien que está en condiciones de comprar docenas de empresas de noticias que para otro que cada noche se tapa con un diario para dormir. Los que tienen dinero para demandar judicialmente a otros obtienen más valor de sus derechos que los que no lo tienen.

Pero esa dependencia de la protección de los derechos respecto de los recursos privados ha sido bien comprendida y tradicionalmente ha recibido mayor atención que la de la misma protección respecto de los recursos *públicos*. Los abogados que trabajan para la Unión Americana por las Libertades Civiles (*American Civil Liberties Union*, ACLU) aceptan de manera voluntaria una reducción de sus ingresos personales para defender lo que consideran como derechos fundamentales. Ése es un costo privado. Pero, además, ACLU es una organización exenta de impues-

5 Una de las pocas excepciones a esta regla son los derechos de patente. Desde la Ley Ómnibus de Reconciliación Presupuestaria (*Omnibus Budget Reconciliation Act*) de 1990, la Oficina de Patentes y Marcas (*Patent and Trademark Office*, PTO) se autofinancia totalmente por medio de las cuotas de sus usuarios. Todos los años el Congreso asigna fondos a la PTO, pero se supone que un complejo sistema de pagos (de las cuotas percibidas) al presupuesto de la agencia y al presupuesto general compensa esa asignación anticipada.

tos, lo que significa que sus actividades son en parte financiadas por los contribuyentes.⁶ Y ésta, como veremos, es apenas la más trivial de las formas en que el contribuyente común financia la protección de los derechos.

Además de los costos presupuestarios, los derechos tienen costos sociales. Por ejemplo, los daños infligidos a individuos particulares por sospechosos liberados a pesar de su propia confesión pueden ser razonablemente clasificados como costos sociales de un sistema que toma medidas serias para proteger los derechos de los acusados. Por lo tanto, un estudio amplio de los costos de los derechos necesariamente debería prestar bastante atención a esos costos no monetarios. Sin embargo, los costos presupuestarios de los derechos, examinados al margen tanto de los costos sociales como de los privados, ofrecen un campo vasto e importante para la exploración y el análisis. Además, concentrarse en ellos es también la manera más sencilla de llamar la atención sobre la dependencia fundamental de las libertades individuales respecto de la contribución colectiva administrada por funcionarios públicos.

A diferencia de los costos sociales, por el momento es imposible dejar de lado los “costos (y beneficios) netos”. Algunos derechos pueden resultar costosos en una primera instancia, pero aumentan la riqueza social imponible en tal medida que es razonable considerar que se autofinancian. Un ejemplo obvio es el derecho a la propiedad privada. Otro es el derecho a la educación. Incluso la protección a las mujeres contra la violencia doméstica puede verse de este modo, en tanto y en cuanto ayude a las otrora esposas maltratadas a reincorporarse a la fuerza de trabajo productiva. La inversión pública en la protección de esos derechos contribuye a extender la base imponible –de la que depende la protección activa de los derechos– hacia otras áreas. La imposibilidad de es-

6 Bajo 26 USC 501(c)(3), las organizaciones que proporcionan servicios legales para promover los derechos civiles y humanos, en determinadas condiciones, están exentas del impuesto federal a la renta.

timar el valor de un derecho simplemente midiendo su contribución positiva al producto bruto interno (PBI) es bastante obvia. (El derecho de los presos a una atención médica mínima no se autofinancia, pero no es menos obligatorio que la libertad de contratar.) Sin embargo, no podemos ignorar los impactos presupuestarios a largo plazo de lo que se gasta en derechos.

También cabe señalar que los derechos pueden imponer un gravamen al fisco más allá de sus costos directos. Aclaremos este punto con un ejemplo tomado del extranjero. La libertad de movimiento fue posible en Sudáfrica gracias a la abolición de la tristemente célebre Ley de Pase.⁷ Pero los costos públicos de la construcción de infraestructura urbana –suministro de agua, sistemas de desagües, escuelas, hospitales, etc.– para los millones de sudafricanos que, aprovechando esa libertad de movimiento recién ganada, se desplazaron del campo a las ciudades son astronómicos. (Dado que la abolición de las leyes de pases sudafricanas ha sido uno de los actos más indiscutiblemente justos de los tiempos recientes, no debería ser necesario mentir sobre sus costos financieros indirectos para defenderla.) En una escala más modesta, aquí en nuestro país, la libertad –garantizada en la Tercera Enmienda– de no tener que alojar a soldados en casas particulares requiere que los contribuyentes financien la construcción y el mantenimiento de cuarteles militares. Del mismo modo, un sistema que protege en forma escrupulosa los derechos de las personas sospechadas de haber cometido un delito hará que resulte más costoso capturar a los delincuentes e impedir el delito. Y lo mismo ocurre en muchos otros casos.

Dado que esos costos indirectos o gastos compensatorios implican desembolsos directos del presupuesto, se ubican entre los

7 Se refiere a la Ley de Nativos n° 62, de 1952, que prohibía el desplazamiento físico de los negros desde las zonas rurales a las ciudades sin un permiso extendido por las autoridades. En caso de que un individuo tuviera el pase de visita, su estadía en la ciudad estaba limitada a tres días, a menos que en ese lapso consiguiera un trabajo. [N. del E.]

“costos de los derechos”, tal como los hemos definido en este libro. Son especialmente importantes porque, en algunos casos, han conducido a la limitación de los derechos de los ciudadanos estadounidenses. Por ejemplo, el Congreso ha dado instrucciones al Secretario de Transporte de suspender las financiaciones a los estados que todavía no han abolido el derecho a andar en moto sin casco. Esa decisión se basó, en parte, en un estudio –realizado a pedido del Congreso– acerca de los costos médicos asociados con los accidentes de motocicleta, incluyendo la medida en que los seguros contra accidentes privados no cubren los costos efectivos. Si la preocupación por los costos públicos indirectos desempeña un papel tan importante en la restricción legislativa de lo que algunos consideran nuestras libertades, es evidente que la teoría de los derechos no puede ignorarlos.

Por último, éste es un libro sobre la naturaleza de los derechos legales, no un estudio detallado de las finanzas públicas. Indaga acerca de lo que podemos aprender sobre los derechos reflexionando sobre sus costos presupuestarios. En consecuencia, las cantidades aproximadas en dólares aquí citadas son meramente ilustrativas. Por cierto, no son producto de una investigación exhaustiva y precisa de los costos presupuestarios de diversos derechos. Calcular con precisión el costo de proteger cualquier derecho determinado sería demasiado complicado, aunque sólo fuera por razones contables. En 1992 los servicios judiciales y de asistencia legal en Estados Unidos costaron a los contribuyentes alrededor de 21 000 millones de dólares.⁸ Sin embargo, los costos conjuntos y las instalaciones multiuso hacen que sea difícil especificar qué porcentaje de esos 21 000 millones de dólares se gastó en la protección de derechos. Del mismo modo, la capacitación de la policía presumiblemente mejora el tratamiento humanitario de los sospechosos y detenidos. Pero, si bien ayuda a proteger

8 US Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, *Justice Expenditure and Employment Extracts, 1992: Data from the Annual General Finance and Employment Surveys*, tabla E.

esos derechos, el objetivo principal de la formación es aumentar la capacidad de los agentes para capturar delincuentes e impedir delitos, y de ese modo proteger los derechos de los ciudadanos respetuosos de la ley. ¿Cómo podríamos calcular entonces qué porcentaje exacto del presupuesto de la capacitación policial se destina a la protección de los derechos de los sospechosos y los detenidos?

Ciertamente sería deseable que hubiera más investigación empírica sobre estas líneas. Pero antes de que sea posible emprender con sensatez esa investigación, es necesario echar algunos cimientos conceptuales, que es uno de los propósitos fundamentales de este libro. Una vez que los costos de los derechos sean un tema de investigación aceptado, los estudiosos de las finanzas públicas tendrán un amplio incentivo para dar cuenta de una manera más precisa y completa de las cantidades de dólares destinadas a proteger nuestras libertades básicas.

POR QUÉ ESTE TEMA HA SIDO IGNORADO

Debería ser evidente que los derechos tienen un costo, pero en cambio la idea suena como paradoja, como falta de educación, quizás incluso como amenaza a la preservación de los derechos. Afirmar que un derecho tiene un costo es confesar que tenemos que renunciar a algo a fin de adquirirlo o conservarlo. Ignorar los costos deja convenientemente fuera del cuadro ciertas concesiones dolorosas. Los liberales, desalentados por la reciente limitación en la Corte Suprema de varios derechos —que habían sido concedidos por primera vez durante la presidencia del juez Earl Warren— por parte de las mayorías conservadoras, podrían dudar de orientar los reflectores hacia las cargas públicas vinculadas con las libertades civiles. Los conservadores, por su parte, quizá prefieran no recordar —o, según sugiere su retórica, es posible que ignoren o no les importe— que los impuestos que paga la comunidad en su conjunto se usan para proteger los derechos de propiedad de individuos ricos. El deseo (muy difundido) de presentar los de-

rechos bajo una luz positiva y sin sombra alguna tal vez contribuya a explicar por qué el enfoque del tema que ignora los costos es aceptado por todos. En realidad, aquí podríamos incluso hablar de un tabú cultural –basado en preocupaciones posiblemente realistas– contra el cálculo de los costos de la exigibilidad de los derechos.

La muy extendida pero sin duda equivocada premisa de que nuestros derechos más fundamentales esencialmente no tienen costo alguno no puede explicarse por el hecho de que no se hayan podido detectar costos ocultos. Ante todo, los costos en cuestión no se encuentran tan escondidos. Es evidente, por ejemplo, que el derecho a un juicio por jurados implica costos públicos. Un estudio realizado en 1989 ofrece una cantidad concreta: el juicio por jurados en Estados Unidos cuesta a los contribuyentes, en promedio, alrededor de 13 000 dólares (Wayson y Funke, 1989). Es igualmente obvio que el derecho a una compensación razonable por propiedad confiscada según el principio de necesidad pública tiene costos presupuestarios sustanciales. Y el derecho de apelación en casos penales supone claramente que los tribunales de apelación son financiados por los contribuyentes. Y eso no es todo.

Los contribuyentes estadounidenses tienen un serio interés financiero en los procesos por daños contra gobiernos locales, que cada año involucran cientos de millones de dólares en demandas. Sólo en 1987 la ciudad de Nueva York pagó 120 millones de dólares en procesos por daños y perjuicios, y en 1992 esa suma ascendió a 282 millones de dólares (Crotty, 1996). Es comprensible que todas las ciudades grandes del país pretendan introducir reformas al Derecho de daños, porque el derecho de los ciudadanos a demandar a los gobiernos municipales está sometiendo los presupuestos locales a una presión cada vez más intolerable. ¿Por qué razón los jueces, que se concentran estrictamente en el caso que tienen delante, pueden decidir que el dinero de los contribuyentes se use para pagar compensaciones por daños en lugar de destinarse, por ejemplo, a textos escolares, gastos de policía o programas de alimentación infantil?

Los profesionales del derecho entienden perfectamente bien las implicancias presupuestarias del derecho de demandar a go-

biernos locales por daños y perjuicios. También saben que es posible ahorrar dinero de los contribuyentes mediante una reducción abierta o subrepticia de otros tipos de derechos. Por ejemplo, se puede atender el pedido de aquéllos de reducir impuestos sacando fondos de un programa de servicios de defensa jurídica para los pobres.⁹

Con la misma efectividad se podría ahorrar dinero público haciendo más estrictos los requisitos para iniciar demandas civiles (limitando derechos clásicos) o para recibir cupones de comida (reduciendo derechos de bienestar). Cuando los jueces convocan reuniones previas para estimular acuerdos fuera del tribunal a fin de reducir las demoras y el congestionamiento, están reconociendo implícitamente que el tiempo es oro, o bien, yendo al grano, que el tiempo de los tribunales es dinero de los contribuyentes. Según la cláusula del debido proceso, los organismos de gobierno deben conceder algún tipo de audiencia en relación con la incautación de bienes o de la libertad de una persona (incluyendo licencias de conducir y beneficios sociales), pero los tribunales rutinariamente toman en cuenta los gastos presupuestarios cuando deciden qué clase de audiencia se celebrará. En 1976, hablando de las salvaguardas procedimentales requeridas por una garantía de debido proceso, la Corte Suprema afirmó que:

El interés del gobierno, y por lo tanto de los contribuyentes, por conservar recursos fiscales y administrativos escasos es un factor que debe tomarse en cuenta. A cierta altura, los beneficios de una salvaguarda adicional para el individuo afectado por la acción administrativa y

9 Véanse Spangenberg y Schwartz, 1994; Arango, 1992, p. 42 (que informan que el presupuesto del defensor público fue recortado un 5,3%); Sherman, 1992, p. 3 (que observa que el Estado de New Jersey eliminó 6 millones de dólares destinados a ofrecer defensa legal); Klein y Spangenberg, 1993, pp. 1-3 (que registran que de los 74 000 millones de dólares gastados en justicia penal por gobiernos locales, estatales y federal en 1990, sólo 2,3% se dedicaron, en el ámbito nacional, a la defensa pública).

para la sociedad pueden ser menores que el costo siempre y cuando haya una mayor seguridad de que la acción es justa. Significativamente, teniendo en cuenta que los recursos disponibles para cualquier programa de bienestar social no son ilimitados, el costo de proteger a aquellos que durante el proceso administrativo preliminar fueron identificados como probablemente no merecedores podría ser solventado por los bolsillos de los merecedores.¹⁰

Las declaraciones de este tipo, que han llegado a ser muy importantes para la cuestión legal, de “¿cuánto procedimiento es necesario?”, pueden parecer producto del sentido común, pero sus implicaciones todavía no se han expresado ni elaborado por completo.

Al interpretar leyes y precedentes, y para decidir quién puede demandar a quién, los tribunales de apelaciones toman en cuenta el riesgo de verse abrumados por procesos costosos. En líneas generales, los tribunales tienen facultades discrecionales para decidir sobre sus propias cargas de trabajo porque, entre otras cosas, los dineros del gasto público asignados al sistema no son ilimitados. Reglas como la Undécima Enmienda (que prohíbe las demandas contra Estados en concepto de compensaciones monetarias por daños en tribunales federales) hacen pensar que los

10 *Matthews versus Eldridge*, 424 US 319 (1976). Aun cuando admitió que los contribuyentes estadounidenses tienen un interés financiero en sacar personas de las listas de los organismos de bienestar social apenas se determine que no son elegibles para la asistencia pública, el tribunal había concedido una audiencia administrativa completa *antes* de la decisión a quienes estaban a punto de perder esos beneficios. *Goldberg versus Kelly*, 397 US 254 (1970). Pero los tribunales nunca han pasado por alto los costos. En *Goss versus López*, 429 US 565 (1975), por ejemplo, el tribunal dictaminó que las escuelas públicas podían conceder una audiencia sumamente modesta a un estudiante amenazado con la expulsión porque “incluso los procedimientos de tipo procesal truncos pueden abrumar las instalaciones administrativas en muchos lugares y, al desviar recursos, cuestan más de lo que se ahorraría por eficiencia educativa”.

funcionarios públicos estadounidenses siempre han comprendido los costos que tiene para el contribuyente el derecho individual irrestricto de demandar al gobierno. En la actualidad, el movimiento nacional hacia el seguro “sin culpa” para los automóviles, que restringe el derecho de los individuos a demandar a otros individuos por daños personales, refleja una preocupación creciente por los costos exorbitantes, incluyendo los costos públicos, de algunos derechos privados. La creciente importancia de los procesos por mala praxis médica tiene un origen similar. Todos saben que es muy caro hacer que las instalaciones existentes sean fácilmente accesibles a personas discapacitadas, como lo ordena la Ley sobre Estadounidenses con Discapacidades (*American with Disabilities Act*) de 1990. Pero, ¿no debería ser igualmente evidente que son los contribuyentes (¿quién más?) los que tienen que hacerse cargo de los gastos cuando los jueces ordenan pagar una compensación por una propiedad confiscada o interpretan que una cárcel atestada es una violación a la Octava Enmienda, que prohíbe los castigos crueles e inhumanos?

Es posible que los liberales sientan inicialmente cierto escepticismo acerca del objeto de este libro. Pero el hecho de tomar conciencia de los costos no tiene por qué reducir nuestro compromiso con la protección de los derechos básicos. Ante todo, preguntarse sobre el costo de los derechos no es lo mismo que preguntar cuánto valen los derechos. Si pudiéramos determinar hasta el último centavo cuánto cuesta en determinado año fiscal exigir, digamos, el derecho a igual acceso a la justicia para todos los habitantes del país, aún así no sabríamos cuánto deberíamos gastar en conjunto, como nación. Esa cuestión requiere una evaluación moral y política, y no se puede resolver solamente con la contabilidad.

Sin embargo, es difícil que estas consideraciones aplaquen las aprensiones liberales, en vista de la actual cruzada, aparentemente bipartidaria, por reducir el gasto público. Es posible que los liberales, temiendo que los votantes cortos de vista respondan con demasiado entusiasmo a los argumentos de “no podemos permitirnoslo” que proponen los conservadores, sientan una preocupación razonable por la posibilidad de que el análisis “costo-bene-

ficio” sea mal usado por poderosos intereses privados. Podrían temer que las inevitables revelaciones de malgasto, ineficiencia y costos innecesarios –que en principio son buenas– conduzcan eventualmente a ulteriores recortes de las asignaciones presupuestarias para la protección de nuestros derechos, incluso los más preciosos. Ese temor no es del todo injustificado, pero si es apropiado o no dependerá en buena parte de lo que implique realmente el análisis costo-beneficio.

Los conservadores tienen preocupaciones igualmente agudas, pero éstas asumen una forma diferente. Muchos de ellos se aferran de manera instintiva a un enfoque de la protección de los llamados derechos negativos de propiedad y contratación que ignora los costos, porque examinar con frialdad los costos haría trizas la ficción libertaria de que los individuos que ejercen sus derechos, en el sentido clásico del siglo XVIII, están simplemente ocupándose de sus asuntos y son inmaculadamente independientes del gobierno y de la comunidad contribuyente. Los costos públicos de los derechos, excluidos los de bienestar, muestran entre otras cosas que la “riqueza privada” tal como la conocemos sólo puede existir gracias a las instituciones gubernamentales. Los que atacan todos los programas de bienestar por principio deberían abrir los ojos ante la evidencia; es decir, que la definición, asignación, interpretación y protección del derecho de propiedad es un servicio que el gobierno presta a los que tienen propiedades, pero es financiado por los ingresos generales obtenidos de los contribuyentes.

Por lo tanto, inicialmente es probable que ni los liberales ni los conservadores den la bienvenida a una indagación en el costo de los derechos. Y un tercer obstáculo para ese estudio surge de la marcada sensibilidad, y posiblemente el interés, de la propia profesión legal. El poder judicial se enorgullece de estar aislado del proceso político, de seguir los dictados de la razón antes que los de la celeridad, y de dejar los asuntos fiscales en manos de la legislatura y el ejecutivo. Pero en la práctica los jueces difieren las cuestiones en los fiscales mucho menos de lo que parece, sencillamente porque los derechos que ayudan a proteger tienen costos.

El hecho de que los derechos sean financiados por los esfuerzos extractivos de las otras ramas no se condice con la imagen que la rama judicial tiene de sí misma. El problema es serio. ¿Es posible que los jueces, nominalmente independientes, estén en realidad atados a las cuerdas del monedero? ¿Es posible que la justicia dependa de las partidas para gastos? ¿Y cómo puede un juez, con la escasa información de que dispone (porque la información también tiene costos) y con su inmunidad a las exigencias electorales, decidir en forma razonable y responsable sobre la asignación óptima de recursos públicos escasos? Un juez puede ordenar que una calle permanezca abierta a las actividades o que una cárcel mejore las condiciones de vida de los presos, pero ese juez no puede estar seguro de que los fondos que destina a esos fines no estarían mejor empleados en una campaña de vacunación contra la difteria dirigida a los niños de los barrios más pobres.

Ese dilema no afecta solamente a los jueces. Piénsese en los abogados que se especializan en pleitos civiles: puesto que ellos conciben los derechos como armas con las que enfrentar y atacar al gobierno, podrían sentirse incómodos con una indagación en el costo presupuestario de los derechos que ponga énfasis sobre una forma muy simple y concreta en que los derechos son “criaturas” del gobierno. En general, lo costoso de la protección de los derechos hace añicos una poderosa ilusión acerca de las relaciones entre la ley y la política. Si en la práctica los derechos dependen de la tasa actual de pago de impuestos, ¿no significa eso que el imperio de la ley depende de los caprichos de la elección política? ¿Y no es humillante entender los derechos, que después de todo protegen la dignidad humana, como meras concesiones otorgadas por el poder político (incluso aunque el poder en cuestión sea democráticamente responsable)? Los jueces en particular, como custodios de valores sin precio, ¿no deberían estar por encima de las diarias transacciones entre quienes tienen el poder y quienes lo buscan?

Cualesquiera sean los méritos de lo que “debería ser”, no tienen mucha importancia frente a lo que “es”. Imaginar que el derecho estadounidense no es —o no puede ser— tocado por las negociaciones que son usuales en las finanzas públicas sólo puede

cegarnos a las realidades políticas de la protección de los derechos. Porque el costo de los derechos implica, en forma dolorosa pero realista, que las ramas políticas, que extraen y reasignan recursos públicos, afectan sustancialmente el valor, el alcance y la predictibilidad de nuestros derechos. Si el gobierno no invierte considerables recursos para prevenir los abusos de la policía, habrá muchos, sin importar lo que digan los libros de leyes. La cantidad que la comunidad decide gastar afecta en forma decisiva la medida en que se protegen y se exigen los derechos de los ciudadanos.¹¹

Atender al costo de los derechos plantea una cantidad de cuestiones adicionales, no sólo acerca de cuánto cuestan sino también sobre quién decide cómo asignar nuestros escasos recursos públicos para protegerlos, y para quién. ¿Cuáles son los principios que se invocan habitualmente para guiar esas asignaciones? ¿Es posible defender esos principios?

Por último, comprender que los derechos tienen costos permite también entender que es inevitable que exista el gobierno como asimismo apreciar que éste hace muchas cosas buenas, muchas de las cuales se dan por sentadas al punto de que, para el observador casual, parecen no tener nada que ver con el gobierno. Prestar atención a los costos de los derechos individuales puede arrojar nueva luz sobre viejas cuestiones, entre otras, las dimensiones apropiadas del Estado regulador/de bienestar y la relación entre el gobierno moderno y los derechos liberales clásicos. No habría que tomar decisiones de política pública sobre la base de

11 Este libro no trata la tesis que los filósofos denominan “deontológica”, según la cual el razonamiento moral debería estar más preocupado por los principios que por las consecuencias. Sin embargo, el costo de los derechos tiene que ver con el uso incorrecto de los argumentos deontológicos, que fomenta ilusiones acerca de que la extracción y canalización de los recursos públicos son de naturaleza puramente apolítica e independiente de lo judicial. Incluso aquellos derechos que intrínsecamente son más que valores instrumentales son costosos, y por lo tanto deben estar sujetos a costos y beneficios.

una hostilidad imaginaria entre la libertad y el cobrador de impuestos, porque si realmente fuesen enemigos, todas nuestras libertades básicas serían candidatas a la abolición.