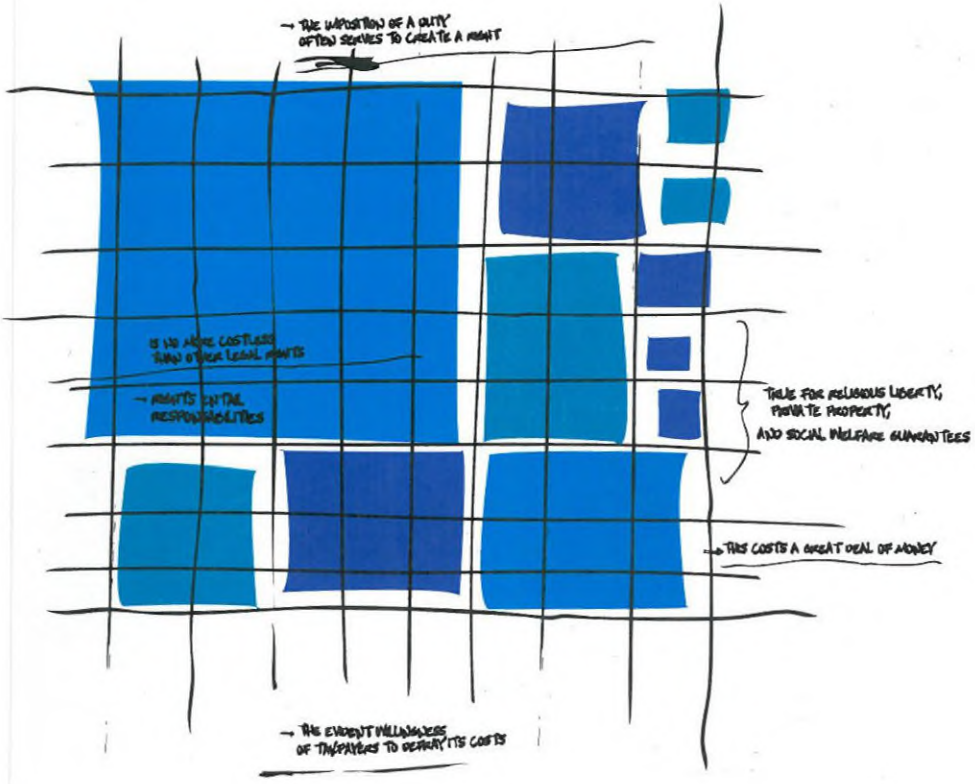
El costo de los derechos

Por qué la libertad depende de los impuestos

Stephen Holmes
Cass R. Sunstein



siglo veintiuno editores

colección
derecho y política

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

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 nº 1, Tres Cantos (28760), Madrid, España

igualitaria
Centro de Estudios sobre Democracia y Constitucionalismo

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 Altuna Impresores // Doblas 1968, Buenos Aires, 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 y Paola Bergallo* 11

Prólogo. El Estado como precondición de los derechos: beneficios y límites de una concepción relevante para América Latina *Juan F. González Bertomeu* 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 liber-

tad 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 precondición 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 precondición 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 generan 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 nozickeana) 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 nuestra

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 Sajo, 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 invalorable. 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, estaduales 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, estaduales 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 efectivas[4] 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. Aclararemos 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 nº 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, estaduales 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 permitírnoslo" 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.

PRIMERA PARTE

Por qué un Estado sin dinero no puede proteger los derechos

1. Todos los derechos son positivos

En el caso Roe *versus* Wade, la Corte Suprema dictaminó que la Constitución de Estados Unidos protege el derecho de la mujer a hacerse un aborto.[12] Pocos años más tarde surgieron complicaciones: ¿la Constitución también ordena pagar los abortos con fondos públicos? ¿Exige que el gobierno cargue con los costos de abortos no terapéuticos si ya está subsidiando los partos? En Maher *versus* Roe, la misma corte decidió que no.[13] Negarse a pagar el servicio médico, explicó, "no pone ningún obstáculo –absoluto u otro– en el camino de la mujer embarazada hacia el aborto". Eso se debe a que "una mujer indigente que quiere hacerse un aborto no tiene ninguna desventaja debido a la decisión del Estado de financiar los partos", ya que el gobierno no es en absoluto responsable de su situación. Según la corte, la negativa de una legislatura estadual a pagar esa cuenta en particular, si bien en efecto puede negar un aborto seguro a una mujer pobre, de ninguna manera viola el "derecho" de esa mujer a elegir.

Para reconciliar ese veredicto con el anterior, la corte estableció una distinción crucial. Dijo que "hay una diferencia básica entre que el Estado interfiera directamente con una actividad protegida y que estimule una alternativa". Al parecer la Constitución puede, con coherencia inobjetable, primero prohibir al gobierno que interfiera y después permitirle negar su apoyo. La mujer está consti-

12 410 US 113 (1973).
13 432 US 464 (1977).

tucionalmente protegida contra restricciones intolerables por los organismos estatales, continuó explicando la corte, pero su libertad de elección no conlleva "un derecho constitucional a los recursos financieros necesarios para aprovechar todas las variedades de elección protegidas". Una cosa es la protección contra una carga y otra el derecho a un beneficio. Y, de hecho, esa distinción entre una libertad y un subsidio suena como algo de sentido común. Pero ¿es defendible? ¿Sobre qué bases?

Detrás de la distinción aducida por la corte hay una premisa tácita: la inmunidad a las invasiones del Estado no implica ningún derecho sustancial a los recursos estatales. Los teóricos que comparten este supuesto ven los derechos constitucionales como escudos establecidos solamente para proteger a individuos vulnerables contra el encarcelamiento arbitrario, las invasiones de la libertad contractual, la confiscación de propiedades y otras formas de abuso gubernamental. Sostienen que la libertad personal se puede asegurar limitando la interferencia del gobierno en la libertad de acción y de asociación de los individuos. La libertad individual no requiere que el gobierno haga nada, sino simplemente que se modere. Interpretados según esas líneas, los derechos parecen "muros levantados contra el Estado", encarnaciones de la garantía de que el Congreso "no hará leyes" que restrinjan la libertad individual o impongan cargas excesivas a los contribuyentes. Al dividir al gobierno contra sí mismo, la Constitución impide que las autoridades públicas invadan, recorten o infrinjan. El gobierno limitado resultante deja amplio espacio para que los particulares se ocupen de sus propios asuntos y puedan respirar y actuar libremente en las esferas sociales no reguladas. Incluso se dice que esa inmunidad contra la intromisión gubernamental es la esencia del constitucionalismo. Y si bien la acción es costosa, la inacción es relativamente barata, o incluso gratuita. ¿Cómo es posible confundir el derecho a que las autoridades públicas no interfieran con los reclamos de pago contra el tesoro público?

LA FUTILIDAD DE LA DICOTOMÍA

La oposición entre dos tipos fundamentalmente distintos de afirmaciones –entre "derechos negativos", como los concedidos en el proceso Roe, y "derechos positivos", como los no admitidos en Maher– es muy familiar.[14] Sin embargo, está lejos de ser evidente. Para empezar, no figura en ninguna parte en la Constitución. Era algo totalmente desconocido para quienes la redactaron. Entonces, ¿cómo surge? Ha conformado el paisaje legal de Estados Unidos, pero ¿es una clasificación coherente de diferentes tipos de derechos? ¿Tiene sentido?

Hay que reconocer que sin un esquema que simplifique las cosas es difícil pensar en forma ordenada la plétora de derechos consagrados en el derecho estadounidense. Los ciudadanos de Estados Unidos pueden afirmar con éxito una variedad tan grande, y son tan palpablemente diversos, que a veces parece imposible generalizar acerca de ellos. ¿Cómo podemos pensar de manera sistemática sobre derechos tan dispares como el derecho a la huelga y a la libertad de conciencia, el derecho a demandar a los periodistas por calumnia y el derecho de todo ciudadano a vivir libre de indagaciones y confiscaciones injustificadas? ¿Y cómo se puede comparar el derecho a votar con aquel a legar las propias posesiones, o el derecho a la defensa propia con la libertad de prensa? ¿Qué tienen en común todos esos derechos tan diversos?

14 La distinción entre derechos positivos y negativos no debe confundirse con la diferenciación, de sonido similar, entre libertades positivas y libertades negativas que Isaiah Berlin popularizó en *Four essays on liberty*, 1969, pp. 118-172. Es cierto que derechos negativos y libertad negativa significan aproximadamente lo mismo (libertad de interferencias), pero la libertad positiva, tal como entendía el término Berlin, se refiere ya sea a un autogobierno democrático (ibíd., pp. 160-163) o a la autorrealización humana, en particular al dominio de la pasión por la razón. En cambio los "derechos positivos", que Berlin ni siquiera menciona y que son los que condicionan las decisiones de los tribunales, son los reclamos individuales contra recursos aportados por los contribuyentes y administrados por el gobierno.

¿Y cómo podemos clasificar o subdividir, en forma racional, los derechos que se exigen y se defienden hoy en Estados Unidos?

Incluso una lista selectiva de los derechos más comunes de los estadounidenses corrientes dejará en claro ese problema de exceso de riqueza. No es fácil ordenar en categorías útiles cosas tan diversas como el derecho al aborto, a practicar una profesión, a dar por terminado un acuerdo, a ser considerado para libertad condicional, los derechos de los consumidores, de los padres, el derecho a presentar pruebas frente a una junta de revisión, a atestiguar en los tribunales y a no autoincriminarse. ¿Bajo qué título básico debemos clasificar el derecho a cambiarse el nombre, el derecho de los guardias de seguridad privados a hacer arrestos, el derecho exclusivo a decidir quién publica (*copyright*), el derecho a adquirir acciones, el derecho a recibir una compensación por daños y perjuicios en caso de difamación, los derechos de los inquilinos y de los propietarios, el derecho a fumar las hojas secas de algunas plantas (pero no todas) y el derecho a obtener una revisión judicial de las decisiones de organismos administrativos? ¿Hay fines para los cuales resulta útil dividir en dos grupos básicos –digamos, positivo y negativo– el derecho a la iniciativa legislativa, a que no le nieguen a uno un empleo por sus preferencias sexuales, a volver al mismo empleo después de una licencia por maternidad sin goce de sueldo, a viajar de un estado a otro, a testar libremente y a informar a las autoridades sobre una violación de la ley? ¿Y qué hay de los derechos de caza y de pesca, el derecho a tener armas y a usarlas, el derecho de un terrateniente a eliminar lo que le moleste en sus tierras, los derechos de minería, el derecho a presentar testimonio sobre la víctima de un crimen con el objeto de influir en la sentencia impuesta al perpetrador, el derecho a una pensión, a hacer donaciones a instituciones de beneficencia con exención de impuestos, a cobrar una deuda, a presentarse como candidato a un cargo, a emplear métodos de arbitraje extrajudiciales y a consumir pornografía en la propia casa? ¿Y cómo debemos clasificar los derechos a recibir visitas en la cárcel, a disponer de las propias posesiones como uno quiera, el derecho de un estudiante expulsado de una escuela secundaria a tener una audiencia, el derecho a casarse y a divorciarse, el derecho de primer

rechazo, el derecho al reembolso de los pagos excesivos, a contar con la presencia y el consejo de un abogado al ser interrogado por las autoridades encargadas de imponer las leyes, a emigrar, a recibir consejo sobre control de la natalidad y a usar anticonceptivos?

Este inventario notable, que incluye sólo algunos de los derechos que los ciudadanos estadounidenses comunes ejercen todos los días, da idea de la magnitud del desafío que enfrenta cualquiera que intente dibujar el mapa del vasto campo de nuestras libertades individuales. Incluso aunque dejemos de lado las anomalías de título arcaico, como el "derecho a la rebelión", tendríamos serias dificultades para organizar en dos grupos mutuamente excluyentes y en conjunto exhaustivos la miríada de derechos y contraderechos que ayudan a estructurar las expectativas normales y el comportamiento habitual de los ciudadanos estadounidenses de hoy.

EL SEÑUELO DE LA DICOTOMÍA

Es verdad que no se pueden impedir los grandes esfuerzos de simplificación. Además, para algunos fines, puede ser útil: la cuestión es si, en cada caso, ayuda a iluminar la realidad.[15] Entre los intentos recientes de imponer un orden fácil de captar frente a la multiplicidad de derechos básicos que se invocan y se hacen valer en este país, el más influyente ha sido el que la Corte Suprema, para

15 Entre los autores académicos, el gran maestro de la taxonomía de los derechos legales sigue siendo Wesley Hohfeld. En su libro de 1923 Hohfeld distinguía entre permisos (*permissions*), reclamos (*claims*), poderes (*powers*) e inmunidades (*immunities*). Este esquema cuatripartito es interesante pero también insatisfactorio por varias razones, incluyendo el hecho notable de que los poderes, las inmunidades y hasta los permisos implican siempre reclamos implícitos de acción gubernamental y de recursos públicos en un sentido que examinaremos más adelante en este libro.

bien o para mal, respaldó con su autoridad. En las aulas y en las páginas editoriales, en opiniones judiciales y ante los comités parlamentarios, ya es rutina trazar una distinción entre derechos negativos y derechos positivos, o (lo que con frecuencia se percibe como la misma cosa) entre libertades y subsidios. La plausibilidad inicial de esa distinción se debe quizás a que parece reflejar un contraste, políticamente más familiar, entre gobierno pequeño y gobierno grande.

Esa dicotomía ha echado raíces profundas en el pensamiento y la opinión pública. Según parece, los estadounidenses que quieren que los dejen en paz valoran su inmunidad a la interferencia pública, mientras que quienes desean que se hagan cargo de ellos buscan derechos a la ayuda pública. Los derechos negativos destierran y excluyen al gobierno; los positivos lo exigen e invitan. Para los primeros, los funcionarios públicos son una molestia, mientras que los segundos requieren su intervención activa. Lo característico de los derechos negativos es que protegen la libertad, mientras que los positivos impulsan la igualdad. Los primeros protegen un reino privado, en tanto que los segundos reasignan los dólares recaudados. Los primeros son privativos u obstruccionistas; los segundos son caritativos y contributivos. Si los derechos negativos nos ofrecen refugio contra el gobierno, los positivos nos conceden servicios de éste. Entre los primeros se cuentan los derechos de propiedad y de contratación y, por supuesto, la libertad de no ser torturado por la policía; los segundos incluyen el derecho a recibir cupones para canjear por comida, las viviendas subsidiadas y los pagos mínimos de asistencia social.

Esa distinción de cuento entre inmunidades y derechos reconocidos ha llegado a tener tanta influencia, e incluso autoridad, que la Corte Suprema pudo dar por sentada su validez sin mayor examen o siquiera argumentación. Ni su relativa novedad histórica ni su visible inadecuación han debilitado su posición en el análisis académico y en la opinión pública. ¿Pero en qué reside su atractivo aparentemente irresistible?

El atractivo de esta categorización surge en parte de la advertencia moral o la promesa moral que se cree que contiene. Los

conservadores devotos de la distinción entre derechos positivos y negativos suelen afirmar, por ejemplo, que los derechos de la seguridad social pueden tender a infantilizar a quienes los usan y que se ejercen sobre la base de recursos que el gobierno regala. Y a continuación los contrastan con los derechos liberales clásicos, que son ejercidos en forma autónoma, al "estilo norteamericano", por individuos duros y autosuficientes que desprecian el paternalismo y las limosnas del gobierno.

Los que critican el Estado regulador-de bienestar también interpretan la dicotomía inmunidades-derechos adquiridos a la luz de una narrativa simplificada de la traición o la decadencia histórica. Los derechos negativos, dicen, constituyeron las primeras libertades establecidas ya que fueron sabiamente institucionalizados en el momento de la Fundación, si no antes, mientras que los positivos fueron agregados después, en una irreflexiva acción del siglo XX que se desvió de la idea original. Cuando se creó Estados Unidos de Norteamérica, la protección y la exigibilidad de los derechos básicos estaban limitadas a garantías contra gobiernos corruptos y tiránicos. Sólo mucho más tarde –con el New Deal, la Gran Sociedad y la Corte Warren– se introdujeron esos derechos superfluos a la asistencia pública. En lugar de protegernos del gobierno, continúa esa versión conservadora, los derechos de la seguridad social vuelven a la gente dependiente de aquél, erosionando así la "verdadera libertad" de dos maneras: al confiscar de manera injusta los bienes privados de los ricos y al debilitar de modo imprudente la autosuficiencia de los pobres. Al agregar en forma derrochadora nuevos derechos positivos a los antiguos derechos negativos, liberales modernos como Franklin Delano Roosevelt o Lyndon B. Johnson no sólo traicionaron el concepto de libertad de los Fundadores, sino que además dieron origen a una multitud de ciudadanos empobrecidos y dependientes que ahora, por desgracia, es preciso sacar a codazos de la cola por la sopa del gobierno.

Esa narrativa decadente es relatada con evidente sinceridad por los conservadores políticos. Los estadounidenses progresistas están en total desacuerdo con ellos. Sin embargo, también suelen suponer que básicamente hay dos tipos de derechos, po-

sitivos y negativos, pero describen el pasaje de las inmunidades a los derechos adquiridos como un relato progresista de mejoramiento evolutivo y crecimiento moral.[16] Los conservadores deploran el surgimiento de los derechos "de bienestar" subsidiados por los contribuyentes, mientras que los progresistas aplauden la aparición de garantías positivas, interpretándola como un signo de aprendizaje político y una mejor comprensión de los requerimientos de la justicia. Los impulsos caritativos han llegado por fin al primer plano y han sido codificados en ley. El país del New Deal y de la Gran Sociedad ha roto con los principios estrechos que servían a los intereses de los propietarios y las grandes empresas en detrimento de la mayoría. Vistos retrospectivamente, los derechos negativos eran limitados, tal vez incluso crueles. El eventual surgimiento de derechos positivos registró una nueva apreciación de la necesidad de complementar la no-interferencia con provisiones públicas.

En realidad, es una misma distinción la que sirve por igual a las dos visiones opuestas. Los liberales estadounidenses típicamente asocian el derecho de propiedad y de contratación a un egoísmo inmoral, mientras que para los conservadores las libertades individuales están ligadas a la autonomía moral. Para los progresistas, los derechos adquiridos surgen de una solidaridad generosa; para los conservadores libertarios, los pagos de la seguridad social conllevan una dependencia enfermiza. Con evaluaciones opuestas, el esqueleto conceptual es el mismo. Aun cuando no tenga relación con los partidos políticos, la dicotomía derechos negativos-derechos positivos está lejos de ser políticamente inocente, puesto que conforma algunos de los

16 Con respecto a este tema, los liberales suelen citar el libro *Class, Citizenship and Social Development*, de T. H. Marshall, que identifica tres fases en la evolución del liberalismo británico y europeo. A grandes rasgos, los derechos civiles se desarrollaron en el siglo XVIII, los derechos políticos en el XIX y los derechos sociales en el XX. En otras palabras, la taxonomía tripartita de Marshall hace peligrosamente fácil usar la polaridad negativo-positivo para interpretar el proceso histórico de Occidente.

debates políticos nacionales más importantes. Suministra la estructura teórica tanto para atacar como para defender al Estado regulador-de bienestar. Incluso se podría decir que esa polaridad proporciona un lenguaje común que permite a los liberales del Estado de Bienestar y a los conservadores libertarios entenderse e intercambiar insultos.

Pero ¿quién tiene razón? ¿Son los derechos de propiedad instrumentos del egoísmo, o fuentes de autonomía personal? ¿Expresan los derechos de bienestar (incluyendo el derecho a la asistencia médica o la capacitación para un empleo) solidaridad y sentimientos de fraternidad, o corroen la iniciativa e inculcan la dependencia? ¿Sólo es necesario proteger a los individuos del gobierno, o también es necesario que el gobierno los proteja? Estas preguntas encierran buena parte del debate actual sobre los derechos en Estados Unidos. Naturalmente, es probable que cualquier dicotomía que resulte atractiva a la vez para la derecha y para la izquierda sea difícil de criticar y muy difícil de eliminar. Sin embargo, el hecho de que se dé por sentada no significa que sea justificable, ni en términos descriptivos ni en términos normativos. Examinado cuidadosamente, el contraste entre los dos tipos fundamentales de derechos es más elusivo de lo que cabría esperar, y mucho menos claro y sencillo de lo que supuso nuestra Corte Suprema. En realidad, está basado en confusiones fundamentales, tanto teóricas como empíricas. Pero si la distinción misma tiene fallas, entonces es probable que ninguno de los lados del debate estadounidense tenga una base sólida.

EL COSTO DE LOS REMEDIOS

"Donde hay un derecho, hay un remedio" es una máxima legal clásica. Los individuos gozan de derechos, no en sentido moral sino legal, sólo si su propio gobierno repara en forma justa y predecible las ofensas que sufren. Este punto tiene un efecto importante, dado que revela lo inadecuado de la distinción entre derechos negativos y positivos. Lo que muestra es que todos

los derechos que se exigen en forma legal son necesariamente positivos.

Los derechos son costosos porque los remedios lo son. La imposición de las leyes es costosa, sobre todo si ha de ser uniforme y justa; y los derechos legales son vacíos si no existe una fuerza que los haga cumplir. Dicho de otro modo, casi todos los derechos implican un deber correlativo, y los deberes sólo se toman en serio cuando su descuido es castigado por el poder público con recursos del erario público. No hay derechos legalmente exigibles allí donde no hay deberes legalmente exigibles, y por esta razón, la ley sólo puede ser permisiva si al mismo tiempo es obligatoria. Lo que equivale a decir que no se puede obtener la libertad personal limitando la interferencia del gobierno en la libertad de acción y de asociación. Ningún derecho es simplemente el derecho a que los funcionarios públicos no lo molesten a uno. Todos son reclamos de una respuesta gubernamental afirmativa. En términos descriptivos, todos los derechos son definidos y protegidos por la ley. Una orden de restricción emitida por un juez cuyos requerimientos normalmente se obedecen es un buen ejemplo de "intrusión" gubernamental en defensa de la libertad individual. Pero el gobierno se involucra en un nivel aún más fundamental cuando las legislaturas y los tribunales definen los derechos que los jueces habrán de proteger. Toda orden de hacer o no hacer, a quienquiera que vaya dirigida, implica tanto una concesión afirmativa de un derecho por parte del Estado como un legítimo pedido de ayuda dirigido a uno de sus agentes.

Si los derechos fueran meras inmunidades a la interferencia pública, la virtud suprema del gobierno (en relación con el ejercicio de los derechos) sería la parálisis o la invalidez. Pero un Estado incapacitado no puede proteger las libertades individuales, ni siquiera las que parecen totalmente "negativas", como el derecho a no ser torturado por agentes de policía o guardias penitenciarios. Un Estado que no es capaz de organizar visitas regulares a las cárceles y penitenciarías por parte de médicos pagados por los contribuyentes y dispuestos a presentar pruebas creíbles ante un tribunal no puede proteger de modo eficaz a los presos de padecer

torturas y palizas. Todos los derechos son costosos porque todos presuponen una maquinaria eficaz de supervisión, pagada por los contribuyentes, para monitorear y controlar.

Los más reconocidos agentes gubernamentales de monitoreo de delitos y defensa de derechos son los propios tribunales. En realidad la idea de que los derechos son en esencia "muros contra el Estado" suele basarse en la confusa creencia de que el poder judicial no es en absoluto una rama del gobierno y que los jueces (que tienen jurisdicción sobre los agentes de policía, las agencias del poder ejecutivo, las legislaturas y los otros jueces) no son funcionarios públicos que viven de salarios del gobierno. Pero los tribunales estadounidenses son "ordenados y establecidos" por el gobierno, forman parte del Estado. El libre acceso al poder judicial y la apertura a apelaciones son el punto culminante de la construcción del Estado liberal. Y sus gastos operativos se pagan con ingresos fiscales canalizados con éxito hacia los tribunales y sus funcionarios; el poder judicial no puede extraer esos ingresos por sí mismo. En Estados Unidos el cargo de juez federal es vitalicio y no depende de la autoridad supervisora del fiscal. Pero ningún poder judicial que funcione bien es financieramente independiente. Ningún sistema judicial puede operar en un vacío presupuestario. Ningún tribunal puede funcionar sin recibir con regularidad inyecciones de dinero de los contribuyentes para financiar sus esfuerzos por disciplinar a los violadores de las leyes, ya sean públicos o privados, y cuando ese dinero no llega es imposible defender los derechos. En la medida en que la defensa de los derechos depende de la vigilancia judicial, los derechos cuestan, como mínimo, lo que cuesta reclutar, entrenar, equipar, pagar y (a su vez) monitorear a los custodios judiciales de nuestros derechos básicos.

Cuando se comete un delito contra alguien que tiene un derecho legal, en general éste puede solicitar una reparación a un juez pagado por los contribuyentes. Para obtener un remedio, que es una forma de acción gubernamental, la parte ofendida ejerce su derecho a usar el sistema de litigación públicamente financiado, el cual debe estar listo y accesible para ese fin. Se dice que tener un derecho equivale a ser, siempre y en toda instancia,

un demandante o un demandado en potencia.[17] Esto quiere decir que los derechos pueden recortarse de modo tal que a aquellos que tienen alguna queja les resulte más difícil solicitar reparación ante un juez. Una manera de hacerlo sería privar a los tribunales de sus fondos operativos. En cambio, afirmar con éxito un derecho es poner en movimiento la maquinaria coercitiva y correctiva de la autoridad pública. El funcionamiento de esa maquinaria es costoso, y los contribuyentes tienen que afrontar esos costos. En este sentido, como en muchos otros, hasta los derechos aparentemente negativos son en realidad beneficios que provee el Estado.

Para proteger los derechos, los jueces exigen obediencia. Las cortes emiten órdenes a fin de limitar la violación ilegítima de las patentes o para obligar a las empresas inmobiliarias a alquilar viviendas a afronorteamericanos de acuerdo con la Ley de Vivienda Justa (*Fair Housing Act*) de 1968. Para asegurar la libertad de información, las cortes ordenan a las agencias federales que entreguen la información que los contribuyentes reclaman. En esos casos, la libertad depende de la autoridad. Cuando la supervisión judicial es laxa, los derechos son frágiles o elusivos. Las autoridades de inmigración de Estados Unidos discriminan rutinariamente sobre la base de discapacidades físicas, orientaciones políticas y orígenes nacionales: el hecho de que los extranjeros que intentan entrar en Estados Unidos tengan pocos derechos legales equivale a que, bajo las leyes estadounidenses, tengan también poco acceso a los recursos judiciales financiados por los contribuyentes.

Pero los tribunales no son los únicos órganos costeados por los contribuyentes que otorgan esos apoyos. Por ejemplo, en varios estados hay oficinas de protección al consumidor que reciben quejas en forma regular y actúan para proteger los derechos de los consumidores castigando las prácticas injustas y

17 Según Kelsen, 1973, p. 83, "siempre es un potencial demandante el que es sujeto de derecho".

engañosas de los vendedores. En el plano federal, en 1996 la Comisión de Seguridad de los Productos de Consumo (*Consumer Product Safety Commission*) gastó 41 millones de dólares en identificar y analizar productos peligrosos y obligar a sus fabricantes a cumplir las normas federales.[18] Y muchas otras dependencias del gobierno desempeñan funciones similares de defensa de derechos. El propio Departamento de Justicia gastó 64 millones de dólares en "asuntos de derechos civiles" en 1996. La Junta Nacional de Relaciones Laborales (*National Labor Relations Board,* NLRB), que en 1996 les costó a los contribuyentes 170 millones de dólares, protege los derechos de los trabajadores imponiendo obligaciones a las administraciones. La Administración de Salud y Seguridad Ocupacional (*Occupational Safety and Health Administration,* OSHA) –que gastó 306 millones de dólares en 1996– defiende los derechos de los trabajadores obligando a los patrones a proporcionarles lugares de trabajo seguros y saludables. La Comisión de Igual Oportunidad de Empleo (*Equal Employment Opportunity Commission,* EEOC), con un presupuesto de 233 millones de dólares en 1996, salvaguarda los derechos de los empleados y de aquellos que buscan empleo obligando a los empleadores a no discriminar en la contratación, el despido, las promociones y las transferencias.[19] En cada uno de esos casos el costo de la defensa de los derechos puede sumarse al precio de imponer sus deberes correlativos.

Desde luego es posible quejarse de que algunos o todos esos organismos cuestan demasiado o derrochan el dinero de los contribuyentes, e incluso afirmar que algunos de ellos deberían ser abolidos. Pero si bien ningún conjunto de instituciones es ideal, es necesario tener alguna maquinaria gubernamental sustancial para ofrecer recursos, porque los derechos no tienen ninguna relación con la autonomía de la función pública. Dado que el individuo to-

18 *Budget of the United States Government. Fiscal Year 1998*, Apéndice, p. 1019.
19 Ibíd., pp. 662, 1084, 1095, 1029.

talmente particular y autosuficiente no tiene derechos, no es fácil imaginarlo "en favor de los derechos" y "contra el gobierno".

Algunos ejemplos más ayudarán a aclarar este punto. El derecho a legar las propias posesiones privadas al heredero que uno elija –"el derecho a hablar después de la muerte"– es evidentemente un poder que ningún testador individual puede ejercer en forma autónoma, sin la asistencia activa de organismos del Estado. (Los procedimientos para interpretar y establecer la validez de los testamentos, y para arbitrar las disputas que a veces éstos originan, están a cargo de tribunales especiales, llamados *probate courts*, que son financiados por los contribuyentes y no sólo por las tasas que pagan los usuarios.) Y el derecho a hacer un testamento legalmente exigible es perfectamente típico, porque *ningún* individuo poseedor de derechos es autónomo. ¿Qué significaría el derecho a casarse si no existieran las instituciones públicas que tienen que gastar el dinero de los contribuyentes para definir y crear la institución del matrimonio? ¿Qué sería en la práctica el derecho a recibir ayuda para mantener a los hijos si no hubiera organismos de gobierno capaces de llenar solicitudes de búsqueda de padres o de deducir las sumas no pagadas de las devoluciones de impuestos estaduales y federales? ¿Cuánto valdría el *copyright* de las empresas de entretenimiento privadas estadounidenses en China, por ejemplo, si el gobierno de Estados Unidos no lo respaldara oficialmente con todo su peso?

Algo similar podría decirse de los derechos a la propiedad privada. La ley estadounidense protege los derechos de propiedad de los propietarios, no dejándolos en paz, sino excluyendo coercitivamente a los no propietarios (por ejemplo los "sin techo"), que de otro modo se sentirían fuertemente tentados a invadir propiedades ajenas. Todo acreedor tiene derecho a exigir que el deudor pague su deuda; en la práctica, esto significa que el acreedor puede iniciar un procedimiento legal en contra del deudor moroso, en el que se comprueba si hay delito y se impone una sanción. Los derechos de propiedad de los acreedores, igual que los de los propietarios de casas o terrenos, serían palabras vacías sin esas acciones positivas de funcionarios que reciben salarios de los contribuyentes.

La financiación de derechos básicos a través de ingresos derivados de los impuestos nos ayuda a ver con claridad que los derechos son bienes públicos: servicios sociales financiados por los contribuyentes y administrados por el Estado para mejorar el bienestar colectivo e individual. Todos los derechos son, entonces, derechos positivos.

2. La necesidad de la actuación del gobierno

La idea de que los derechos en esencia apuntan "contra" el gobierno, en lugar de recurrir a él, es manifiestamente errónea cuando se aplica a lo que a veces se llama "derecho privado". Tanto en el derecho comercial como en el civil, los derechos no sólo son defendidos sino también creados, interpretados y revisados por organismos públicos. Tanto en el ámbito federal como en el estadual, los tribunales y las legislaturas están constantemente creando y ajustando las reglas legales que dan sentido a los derechos, además de especificar y volver a especificar las varias excepciones a esas reglas. Por adjudicación y por legislación, las autoridades públicas no sólo hacen cumplir los contratos sino que además deciden qué contratos son exigibles y cuáles son meros pedazos de papel imposibles de exigir por ser desmesurados o bien por cualquier otra razón. Los jueces y los legisladores no sólo otorgan compensaciones por daños a las víctimas de negligencia sino que además identifican qué excusas son legalmente aceptables para justificar lo que de otro modo podría ser clasificado como una conducta negligente. El derecho de los ciudadanos estadounidenses a demandar judicialmente al FBI por violar sus derechos escudándose en la ley está totalmente definido por las leyes y por interpretaciones legales y constitucionales. Los derechos de los pescadores comerciales y deportivos fuera de su estado deben buena parte de su contenido a la interpretación judicial de la cláusula de privilegios e inmunidades, y la totalidad de su contenido al derecho positivo.

Las reglas que definen los derechos ordinarios de este tipo son intrincadas, técnicas y están plagadas de calificaciones muy sutiles. En las jurisdicciones estadounidenses, por ejemplo, el derecho comercial suele estipular que la parte ofendida no puede cobrar da-

ños y perjuicios por una pérdida que podría haber evitado después de enterarse de la ruptura del contrato. Un individuo que afirma sus derechos bajo el derecho civil o comercial, por lo tanto, debe dominar, o someterse a, una compleja trama de reglas y excepciones administrada a su vez por funcionarios del Estado. Tiene que valerse del poder público primero para la especificación de esas reglas (y excepciones), después para su interpretación y, finalmente, para exigir su cumplimiento.

El derecho del demandante a iniciar una acción legal contra un acusado no se describe adecuadamente como un derecho "contra" el Estado. No es un derecho a ser independiente del Estado ni tampoco uno que protege del Estado a quien lo posee, sino más bien a usar el poder del Estado para dar efecto legal a un acuerdo privado, para cobrar daños y perjuicios compensatorios o punitivos a alguien que por negligencia o descuido ha causado un daño, etc. Cuando demando a alguien en el derecho civil o comercial, no estoy intentando "sacarme de encima" al gobierno: por el contrario, estoy tratando de que éste se ocupe de mi caso. En el derecho privado el poseedor de derechos no necesita que el gobierno se abstenga, sino que actúe.

Enfatizar el papel positivo del gobierno en la protección de la libertad de todos y cada uno de los ciudadanos estadounidenses no significa negar que, para fines muy limitados, algunas versiones de la dicotomía positivo-negativo sean provechosas para el análisis de los derechos. Es perfectamente plausible distinguir entre la acción y la tolerancia. El terrateniente tiene derecho legal a que los paseantes se abstengan de meterse en su terreno. El que ha firmado un contrato puede tener derecho a asegurarse de que terceras personas no interfieran en una relación contractual en marcha. En cada caso, tener un derecho es tener el poder legal de impedir a otros actuar en forma perjudicial para uno.[20] Es útil comparar el derecho a que otros se autorrepriman con el derecho a obligar a otros

20 Bentham se refería a esos poderes legales no como derechos negativos sino como "servicios negativos". Véase Hart, 1973, p. 113.

a que hagan lo que uno desea, como el derecho del acreedor a coaccionar legalmente al deudor para que pague su deuda, o el derecho de alguien que ha firmado un contrato a obligar a la otra parte a cumplirlo.

Como la ley estadounidense no sólo reconoce la comisión de delitos sino también la omisión culpable, la diferenciación entre los derechos que requieren acciones y los que las prohíben es útil e importante. Pero no debe ser confundida con la distinción –mucho menos plausible– entre derechos negativos y positivos, tal como esos conceptos se usan comúnmente y no sólo en la Corte Suprema. La muy razonable distinción entre tolerancia y acción no vuelve creíble la oposición entre la inmunidad contra la interferencia del gobierno y el derecho a un servicio del gobierno. Porque la dicotomía tolerancia-acción que acabamos de describir no se refiere en absoluto a la acción gubernamental, al menos en primera instancia. Un individuo particular tiene derecho a obligar a otro particular a actuar o bien a impedir que actúe. Evidentemente, en ambos casos se requiere una acción gubernamental decisiva para hacer valer ese derecho. Para protegerme de los intrusos o para cobrarle a un deudor moroso tengo derecho a poner en movimiento un sistema de litigación, pagado por los contribuyentes, dedicado a averiguar la verdad (cosa para nada fácil) y manejado por organismos gubernamentales: los tribunales.

¿CUÁN EXCEPCIONALES SON LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES?

Pero ¿acaso no hay una gran diferencia entre los derechos privados (como el derecho a demandar a alguien por incumplir un contrato) y los derechos constitucionales (como la libertad de expresión)? No tiene mucho sentido distinguir entre los derechos de propiedad y los de bienestar aduciendo que los primeros son negativos y los segundos positivos. ¿No sería más plausible caracterizar los de la esfera privada como positivos (en tanto requieren acción gubernamental) y los constitucionales como negativos (en

tanto requieren que el gobierno se autorreprima)? Después de todo, cuando hablaba de derechos contra la acción estatal, la Corte Suprema se refería exclusivamente a los derechos constitucionales. En consecuencia, surge la pregunta: ¿las libertades protegidas por la Carta de Derechos (*Bill of Rights*) son entonces totalmente negativas? ¿Requieren que el Estado se abstenga de actuar sin requerir que el Estado actúe?

Algunos derechos constitucionales dependen de acciones positivas del Estado para su existencia y, por lo tanto, según la Constitución vigente el gobierno tiene el deber constitucional de actuar y no de tolerar. Si permite que una persona esclavice a otra al no hacer nada para interrumpir una situación que equivale a una servidumbre involuntaria, el Estado ha violado la Decimotercera Enmienda. Bajo la protección de la libertad de expresión estipulada en la Primera Enmienda, los estados deben mantener calles y parques abiertos a la actividad expresiva, aun cuando hacerlo sea costoso y requiera una acción afirmativa. Para proteger a los ciudadanos contra la expropiación indebida de propiedad privada sin compensación, el gobierno probablemente esté obligado a crear leyes y ponerlas al alcance de los propietarios; y cabe señalar que la anulación total o parcial de esas leyes contra la invasión –o, dicho de otro modo, la inacción del Estado para proteger la propiedad privada– tal vez sería inconstitucional. El juez que acepta un soborno ofrecido por un acusado, y en consecuencia no hace nada para proteger los derechos del demandante, ha violado la cláusula del debido proceso. Si un Estado no permite que sus tribunales hagan cumplir algunos derechos contractuales, probablemente debilite la obligatoriedad de los contratos al violar la cláusula sobre contratos. En todos estos casos el gobierno está constitucionalmente obligado a proteger y a actuar.

En términos prácticos, el gobierno "concede una franquicia", "licencia" o "autoriza" a los ciudadanos proveyéndoles las instalaciones legales, como las mesas de votación, sin las cuales no podrían ejercer sus derechos. El derecho a votar no tiene ningún significado si los funcionarios de la mesa de votación no se presentan a trabajar. El derecho a recibir una compensación justa

por la expropiación de la propiedad es una burla si el tesoro no realiza el desembolso. El derecho a solicitar una reparación por ofensas es un derecho de acceso a instituciones gubernamentales y también, dicho sea de paso, un derecho que da por sentado que el gobierno es capaz de actuar en beneficio de los ciudadanos ofendidos. Y allí no termina la cosa.

Si un organismo del gobierno estadounidense intenta privar a alguien de la vida, la libertad o la propiedad, está obligado a avisar con tiempo a esa persona y darle una oportunidad de ser escuchada por un cuerpo imparcial. El derecho a citar testigos en defensa propia es inútil si las citaciones solemnes del tribunal causan risa. ¿Y qué significa prohibir a los gobiernos federal y estaduales negar igual protección ante la ley cuando deben proporcionarla? La protección contra un tratamiento desigual por parte de los funcionarios gubernamentales requiere que existan otros funcionarios gubernamentales que reciban esas quejas y las resuelvan. El derecho constitucional al debido proceso –igual que el de los particulares a iniciar una acción judicial según el código civil o el código de comercio– presupone que el Estado mantiene, a expensas de los contribuyentes, instituciones legales complejas y relativamente transparentes y accesibles que llevan a cabo las dificultosas formalidades de la administración de justicia en forma honesta, pública y comprensible.

Hay que reconocer que algunos derechos constitucionales importantes están formulados en forma plausible como deberes del gobierno de abstenerse, pero aun esos "derechos negativos" –por ejemplo, la prohibición de que una persona sea juzgada dos veces por el mismo delito o la de imponer multas excesivas– sólo estarán protegidos si encuentran un protector, es decir, si existe un órgano regulador del Estado –en general un tribunal de algún tipo– capaz de imponer su voluntad a los violadores o potenciales violadores de los derechos en cuestión. Incluso aquellos derechos que sería razonable describir como "contra" el Estado requieren la creación (afirmativa) y el fortalecimiento de relaciones de supervisión, comando y obediencia para que los funcionarios corruptos (incluyendo agentes de policía y carceleros) no actúen en forma cruel o discriminatoria. En algunos casos incluso es necesa-

rio mantener a los funcionarios públicos fuera de las zonas protegidas. Pero esas zonas están protegidas exclusivamente gracias a la acción afirmativa del gobierno, y para lograr la protección deseada, los individuos vulnerables deben poder acceder sin mayores dificultades a un segundo y más alto nivel de actores gubernamentales cuyas decisiones se consideran autorizadas.

Los funcionarios públicos que no actúan –ya sea por apatía, porque aceptan sobornos o porque no están correctamente supervisados– defenderán los derechos constitucionales con la misma falta de eficacia con que protegen los códigos o las costumbres. La idea misma de que determinada forma de proceso es la "debida" demuestra que los derechos constitucionales imponen obligaciones afirmativas al Estado. Dar acceso a los ciudadanos a los tribunales y a otras formas de juicio no es lo mismo que darles acceso a los puertos naturales y las aguas navegables, dado que el gobierno no sólo debe eliminar todos los obstáculos al acceso sino también crear las instituciones a las que dará acceso. Los funcionarios gubernamentales son quienes mantienen las "vías de reparación" en condiciones de ser recorridas. Los gastos operativos de los tribunales estadounidenses ascienden cada año a miles de millones de dólares, y la factura la pagan los contribuyentes.

DERECHOS Y PODERES

Invariablemente, los derechos contraponen un poder a otro poder. De acuerdo con el código civil, utilizan el poder del gobierno para extraer pagos compensatorios y punitivos por daños y perjuicios de aquellos particulares que delinquen. Con fundamento en el derecho constitucional, los derechos hacen recaer el poder de una rama del gobierno sobre delincuentes de otras ramas del gobierno. Por ejemplo, a fines de la década de 1960 la Corte Suprema protegió el derecho de los estudiantes a usar brazaletes negros en las escuelas (en protesta contra la guerra de Vietnam) al anular una decisión de las autoridades de educación

secundaria.[21] Por consiguiente, la protección "contra" el gobierno es impensable sin la protección "del" gobierno. Eso pensaba Montesquieu cuando afirmó que sólo es posible proteger la libertad si un poder frena al otro (Montesquieu, 1949, vol. I, lib. xi, cap. 4, p. 150). Ningún sistema jurídico puede proteger a la gente contra los funcionarios públicos sin antes defenderla por medio de los funcionarios públicos.

Además, cuando se defiende un derecho, alguien gana y alguien pierde. La parte perdedora acepta la imposición del derecho de la parte ganadora (ya se trate de un derecho contra la discriminación racial o a cobrar una compensación) porque no tiene opción, es decir, porque todo el poder del Estado ha beneficiado a la otra parte y la ha perjudicado a ella. Y por el contrario, recortar un derecho casi siempre implica limitar el poder del organismo gubernamental que lo defiende frente a serias resistencias. Por ejemplo, si un grupo de presión política quiere reducir los derechos de los trabajadores estadounidenses, tratará de disminuir la autoridad de la Administración de Salud y Seguridad Ocupacional, la Comisión de Igual Oportunidad en el Empleo o la Junta Nacional de Relaciones Laborales. Éste es un fuerte indicio de que los derechos dependen esencialmente del poder.

La dependencia de la libertad respecto de la autoridad debería ser particularmente evidente en Estados Unidos, donde los derechos de los particulares contra cualquier abuso del Estado son defendidos desde hace mucho tiempo por funcionarios federales. La "doctrina de la incorporación", que en gran parte exige a los estados la Carta de Derechos, protege las libertades individuales no eliminando al gobierno de la escena sino dando a la autoridad nacional el poder de anular a las autoridades locales. La Decimocuarta Enmienda prohíbe a los estados negar protección legal igualitaria a alguien o privarlo de la vida, la libertad o la propiedad sin un debido proceso legal. Esa prohibición sería vana si el

21 Tinker *versus* Des Moines School District, 393 US 503 (1969).

gobierno federal no tuviera el poder de obligar a los estados recalcitrantes a cumplirla.

"El Congreso tendrá el poder de hacer cumplir este artículo mediante la legislación apropiada." Las tres enmiendas de la Guerra Civil contienen cláusulas de imposición de este tipo. De manera que la Constitución enmendada atribuye de manera explícita al gobierno federal la capacidad de hacer realidad en la práctica los derechos individuales que proclama. Sin esos poderes gubernamentales, los derechos no tendrían "dientes". Para proteger los derechos de los negros del Sur, más de una vez en nuestra historia el gobierno nacional ha despachado tropas federales hacia el Sur. Sin esa demostración de fuerza, los derechos individuales de un grupo grande de ciudadanos estadounidenses no habrían pasado de ser una broma cruel. Para impedir la segregación racial en la educación fue necesario que el gobierno nacional se involucrase, a veces incluso deslizando la amenaza de responder a la violencia con violencia. De todas maneras, algunos distritos escolares del "Sur profundo" ignoraron las órdenes de la Corte Suprema contra la segregación hasta que el Congreso y el antiguo Departamento de Salud, Educación y Bienestar les aplicaron una presión financiera irresistible. Cuando un gobierno estadual discrimina a una parte de la población, el derecho a vivir libre de discriminación racial, al igual que el derecho de propiedad, requieren la participación afirmativa del gobierno –en este caso, el de la nación–.

En el campo de los derechos de voto predomina el mismo patrón. La Ley de Derechos de Voto (*Voting Rights Act*) de 1964 –cuyo objetivo era defender los derechos constitucionales– pedía que el gobierno nacional se involucrase más, no menos. Hasta que el Congreso prohibió legalmente el uso de las pruebas de alfabetismo, los estados conseguían impedir que los afronorteamericanos ejercieran ese derecho por motivos raciales. Esto no es sino otra ilustración de una verdad general: los derechos individuales son, invariablemente, una expresión del poder y de la autoridad del gobierno.

La Carta de Derechos, no incluida originalmente en la Constitución, fue agregada dos años después de su ratificación, en parte para apaciguar a quienes pedían un gobierno nacional más débil

y más restringido. Pero ése no fue su único propósito y no ha sido ése su efecto en la práctica. Al extender el alcance de la Carta de Derechos, la Corte Suprema –que es una institución nacional– invade regularmente las reservas de poder estadual. De este modo ha ido carcomiendo la autonomía de los estados y aumentando en forma proporcional el poder federal en nombre de los derechos individuales. (Aunque cabe reconocer que alguna que otra vez ha ocurrido lo contrario.) De hecho, una de las consecuencias del aumento del poder federal ha sido que se aplicara la prohibición de las expropiaciones estatales sin compensación de propiedades privadas, obligando a los gobiernos estaduales a pagar compensaciones –como asunto de derecho constitucional– cuando una regulación nueva hacía que las propiedades frente a la playa perdieran valor.

Descentralizar el gobierno no tiene conexión lógica ninguna con limitar sus intromisiones en la sociedad. Muchos de los límites originalmente impuestos a la autoridad del Congreso no pretendían preservar su inmunidad frente al gobierno, sino más bien crear un espacio para que los estados pudieran regular, sin supervisión federal, la conducta económica privada. Para crear un mercado nacional contrario a los impulsos proteccionistas de las autoridades locales, el gobierno federal no tuvo más remedio que erosionar la autonomía regulatoria de los estados. Y eso es perfectamente normal: por lo general, una autoridad menor sólo retrocederá cuando intervenga una mayor.

Los redactores de la Constitución estadounidense buscaban establecer un gobierno fuerte y eficaz, dotado de las amplias facultades que notoriamente le faltaban al anémico gobierno creado por los Artículos de la Confederación. Una Constitución que no organice un gobierno eficaz y apoyado por la opinión pública, capaz de cobrar impuestos y de gastar, necesariamente fracasará a la hora de proteger los derechos en la práctica. Ésta es una lección que llevó mucho tiempo aprender, no sólo a los libertarios y a los economistas partidarios del mercado libre, sino también a algunos defensores de los derechos humanos que han dedicado sus vidas de manera generosa a una campaña militante contra los estados brutales y demasiado poderosos. Los enemigos a ultranza del

poder estatal no pueden ser defensores coherentes de los derechos individuales, porque éstos son una uniformidad forzosa impuesta por el gobierno y financiada por los contribuyentes. Es imposible obtener un tratamiento igualitario ante la ley en un territorio vasto sin organismos burocráticos relativamente eficaces, honestos y centralizados que sean capaces de crear derechos y de defenderlos.

3. Sin impuestos, no hay propiedad

Según el filósofo británico Jeremy Bentham (1931, p. 113), "la propiedad y la ley nacen juntas y mueren juntas. Antes de las leyes no había propiedad; si se eliminan las leyes, toda propiedad cesa". Los estudiantes de Derecho aprenden en primer año que la propiedad privada no es un "objeto" ni una "cosa", sino una compleja trama de derechos. La propiedad es una relación social legalmente construida, un conjunto de reglas de acceso y de exclusión creadas por los poderes legislativo y judicial y dotada de protección judicial. Sin un gobierno capaz de dictar esas reglas y obligarnos a cumplirlas, no tendríamos derecho a usar, disfrutar, destruir o disponer de las cosas que poseemos. Esto es evidente en el caso de los derechos sobre propiedades intangibles (como cuentas bancarias, acciones bursátiles o marcas registradas), porque el derecho a esa propiedad no puede afirmarse tomando posesión física de ella sino pura y exclusivamente mediante una acción legal. Pero es también cierto para las propiedades tangibles. Si los agentes de la fuerza policial no están de su lado, usted no podrá "ejercer su derecho" a entrar en su propia casa y hacer uso de sus instalaciones. Los derechos de propiedad sólo tienen sentido si las autoridades públicas emplean la coerción para excluir a los no propietarios, que, a falta de ley, bien podrían querer invadir la propiedad que el dueño quiere mantener como un santuario inviolable. Además, en la medida en que los mercados presuponen un sistema confiable de registro que protege los títulos contra los interminables desafíos, los derechos de propiedad presuponen al mismo tiempo la existencia de muchos empleados públicos competentes, honestos y adecuadamente remunerados más allá de la fuerza policial. Mis derechos a entrar, usar, excluir de, vender, legar, hipotecar y eliminar estorbos que amenacen en forma palpable "mi" pro-

piedad presuponen un sistema judicial bien organizado y bien financiado.

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. Un sistema legal liberal no sólo protege y defiende la propiedad: la define y, al hacerlo, la crea. Sin legislación y sin juicios no puede haber derechos de propiedad, tal como entendemos esa palabra hoy en Estados Unidos. El gobierno dicta las reglas de propiedad especificando quién es dueño de qué y de qué manera los individuos particulares adquieren derechos de propiedad específicos. Identifica, por ejemplo, la obligación de los propietarios de bienes inmuebles de mantenerlos y hacer reparaciones en caso de ser necesarias, y especifica cómo se debe vender una propiedad que pertenece a más de una persona. Por lo tanto, asociar los derechos de propiedad con la ilusión de "verse libre del gobierno" tiene tan poco sentido como asociar el derecho a jugar al 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 ésta.

Es evidente que el gobierno debe contribuir a mantener el control de los propietarios sobre los recursos y castigar en forma predecible el uso de la fuerza, el fraude y demás infracciones de las reglas del juego. Buena parte del código civil, en lo referente a la propiedad, se dedica justamente a eso. Y el sistema de justicia penal canaliza una importante cantidad de recursos públicos a impedir la comisión de delitos contra la propiedad: hurtos, rapiñas, robos menores en tiendas, estafas, extorsiones, falsificación de testamentos, compra de bienes robados, chantaje, incendio premeditado, etc. El derecho penal (infligir castigo) y el derecho civil (exigir restitución o compensación) combaten una guerra permanente, en dos frentes y públicamente financiada, contra quienes violan los derechos de los propietarios.

Al filósofo escocés David Hume le gustaba señalar que la propiedad privada es un monopolio concedido y mantenido por la autoridad pública a expensas de los contribuyentes. Como explicaba también el jurista inglés William Blackstone (1979, vol. ii, p.

11), siguiendo a Hume, la propiedad es "una creación política". Al poner énfasis en la relación entre propiedad y ley –lo que equivale a decir, entre propiedad y gobierno– Bentham estaba diciendo más o menos lo mismo. La esfera privada de las relaciones de propiedad ha adquirido su forma actual gracias a la organización política de la sociedad. La existencia misma de la propiedad privada depende de la calidad de las instituciones públicas y de la acción del Estado, incluido el hacer amenazas creíbles de proceso judicial y acción civil.

Debemos añadir a estas observaciones la proposición correlativa de que los derechos de propiedad dependen de manera excluyente de un Estado dispuesto a cobrar impuestos y a gastar. Defender los derechos de propiedad es costoso. Identificar con precisión la suma exacta de dinero dedicada a la protección de los derechos de propiedad plantea complejos problemas contables. Pero algo está claro: un Estado incapaz, en determinadas condiciones, de "apropiarse" de bienes privados tampoco podría protegerlos con eficacia. La seguridad de las adquisiciones y las transacciones depende, en un sentido rudimentario, de la capacidad del gobierno de extraer recursos de los ciudadanos particulares y aplicarlos a fines públicos. A fin de cuentas, es posible que los derechos de propiedad le cuesten al tesoro público más o menos tanto como nuestros voluminosos programas sociales.

Nada de esto pretende negar que la protección de los derechos de propiedad sea una inversión valiosa capaz de lograr que la riqueza agregada aumente con el tiempo. Por el contrario, la recaudación y redistribución de los recursos necesarios para proteger los derechos de propiedad es algo relativamente fácil de justificar. De hecho el liberalismo estadounidense, al igual que sus pares en todo el mundo, se basa en la premisa razonable de que la inversión pública para la creación y el mantenimiento de un sistema de propiedad privada es una inversión que se paga con creces, entre otras razones porque los derechos de propiedad defendidos en forma confiable contribuyen a aumentar la riqueza social y por lo tanto, entre otros beneficios, hacen crecer la base imponible a la que el gobierno recurre en caso de emergencia para proteger otros tipos de derechos. Pero la prudencia es-

tratégica de una inversión original no elimina el hecho de que sea una inversión.

Los enormes costos anticipados de la protección de la propiedad privada aumentarán todavía más si les sumamos, como seguramente debemos hacerlo, la protección contra los saqueadores y los intrusos extranjeros. Los millares de civiles expulsados de sus hogares en Abkhazia o en Bosnia –igual que otros migrantes forzados en todo el mundo– saben que los derechos de propiedad son un espejismo si no hay fuerzas militares entrenadas y equipadas para proteger a los propietarios de las expropiaciones forzosas por parte de los ejércitos invasores o de bandas de paramilitares borrachos. El presupuesto de defensa de una sociedad de mercado libre es una contribución pública, masivamente destinada, entre otras cosas, a la protección de la propiedad privada. En 1996 los estadounidenses gastaron 265 mil millones de dólares en defensa y otros 20 mil millones en beneficios y servicios para los veteranos.[22] Es indiscutible que los gastos militares deben ser incluidos entre los costos públicos de los derechos de propiedad que muchos estadounidenses ejercen y disfrutan de forma pacífica.

La conscripción de los jóvenes de bajos recursos representa una forma importante de beneficio directo para los propietarios, que de este modo sacan provecho de las "contribuciones cívicas" de quienes no cuentan con propiedades. Los dueños de propiedades privadas dependen fundamentalmente de esfuerzos colectivos, tanto diplomáticos como militares, organizados por el gobierno, para proteger sus tierras y sus casas de la expropiación por parte de los estados adyacentes sedientos de propiedades. Los "*Freemen*" de Montana, los ciudadanos de la República de Texas y otros autodeclarados enemigos del gobierno que simulan defender su autonomía con escopetas compradas por correo y rifles de caza en realidad serían por completo incapaces de impedir que incluso una potencia extranjera relativamente débil se tragara su propie-

22 *Budget of the United States Government. Fiscal Year 1998*, pp. 137 y 142-143.

dad privada si la mayoría de sus conciudadanos no se sometiera de manera regular al cobro de impuestos y la conscripción por la comunidad política nacional.

Cuando se trata de bienes inmuebles, en realidad la propiedad de inmediato se mezcla con la soberanía (o con la aspiración a la soberanía, como descubrieron los palestinos que intentaron venderles tierras a los israelíes). El gasto de Defensa tal vez sea el ejemplo más espectacular de la dependencia de los derechos privados respecto de los recursos públicos. Revela las precondiciones estatistas del *laissez-faire*, la autoridad que asegura la libertad. En el derecho consuetudinario se dice que sólo el soberano tiene un interés absoluto en la tierra: los propietarios comunes sostienen el "del soberano". Ese extraño legalismo expresa una profunda verdad: en una sociedad liberal, un individuo autónomo no puede crear las condiciones de su propia autonomía de manera autónoma, sino sólo colectiva.

El libertario antigobierno más ardiente acepta tácitamente su dependencia del gobierno, aun cuando denuncie con retórica sagaz los signos de esa misma dependencia en otros. Ese pensamiento doble es el núcleo de la postura libertaria estadounidense. 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.[23] Buena

23 US Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, *Justice Expenditure and Employment Extracts*, 1992, tabla E.

parte de ese gasto público, por supuesto, se destinó a proteger la propiedad privada. Hasta el más acérrimo defensor de la abstención del Estado, si pretende gobernar en serio y fomentar la actividad económica, ofrecerá a las familias y a los negocios una protección confiable contra los ladrones, los incendiarios y otras amenazas.

Un gobierno liberal eficaz, decidido a reprimir el uso de la fuerza y el fraude, debería evitar las tácticas arbitrarias y autoritarias. Quienes esgrimen las herramientas de la coerción deben ser institucionalmente disciplinados para utilizarlas a partir de entonces sólo para fines públicos, y no privados. En términos ideales, un gobierno liberal extrae recursos de la sociedad en forma justa y eficiente, y vuelve a desplegarlos de manera hábil y responsable a fin de producir bienes y servicios públicos socialmente útiles –por ejemplo, evitando los robos–. Un Estado liberal exitoso debe estar políticamente bien organizado, sobre todo en ese sentido. Su gobierno debe ser capaz de crear un clima de negocios favorable, donde los inversores puedan confiar en que los esfuerzos de hoy serán recompensados mañana. Si el Estado no reúne esas características, es improbable que surjan o que sobrevivan mercados que funcionen bien y sean capaces de producir prosperidad. Un Estado capaz de reprimir el uso de la fuerza y el fraude de manera confiable y de defender los derechos de propiedad es un logro cooperativo de primera magnitud, pero por desgracia el mundo está plagado de ejemplos negativos. No obstante, si los derechos privados dependen en esencia de los recursos públicos, no habrá oposición fundamental entre el "gobierno" y los "mercados libres", ni tampoco contradicción alguna entre la cooperación social políticamente orquestada y la libertad individual más desenfrenada.

Los dueños de propiedades distan de ser autosuficientes. Dependen de la cooperación social orquestada por los funcionarios gubernamentales. La defensa contra los predadores extranjeros sedientos de tierras no es sino un ejemplo de la dependencia del individualismo liberal respecto de la acción colectiva eficaz. Otro ejemplo digno de nota es el registro. En 1997 los contribuyentes estadounidenses gastaron 203 millones de dólares en el manejo

del registro general de la propiedad.[24] Y nuestro sistema de registros incluye costos hundidos mucho mayores. Para que los mercados de bienes raíces puedan operar en forma eficaz es necesario un sistema confiable de títulos, escrituras y deslindes de terrenos. Los registros de tierras y las oficinas de registros públicos requieren empleados honestos y capaces. Y es improbable que el "mercado libre" se encargue de techar los edificios donde se conservan los registros o de establecer castigos penales para impedir el soborno a los funcionarios al frente del registro de títulos de propiedad, ya sea inmueble o personal. Y a los agrimensores también hay que pagarles y vigilarlos. La pura libertad irrestricta de comprar y vender propiedad privada no producirá ninguna explosión de intercambios privados mutuamente beneficiosos, a menos que los potenciales compradores reciban alguna garantía de que el posible vendedor está vendiendo algo que en efecto es suyo (y sólo suyo). Sin derechos de propiedad bien definidos, asignados sin ambigüedades y respaldados por la posibilidad de coerción legal, la propiedad no estimula la administración provechosa de esa propiedad. Los poseedores de títulos no cultivarán sus tierras ni arreglarán sus viviendas si sus derechos no están protegidos de manera confiable por el poder público.

Se podría citar una legión de ejemplos de gastos gubernamentales en defensa de la propiedad privada; no hay necesidad de pensar que todos o siquiera la mayoría son defendibles para ver el patrón básico. En 1996 los contribuyentes estadounidenses gastaron casi 10 mil millones de dólares en subsidios agrícolas tendientes a aumentar el valor de los derechos de propiedad privada de los agricultores estadounidenses.[25] En el mismo año el Cuerpo de Ingenieros del Ejército gastó alrededor de 1500 millones en el manejo de llanuras inundables y otras formas de control de inundaciones.[26] Y la Guardia Costera dedicó 1260 millo-

24 *Budget of the United States Government. Fiscal Year 1998*, p. 246.
25 Ibíd., pp. 25-26.
26 Ibíd., Apéndice, p. 395.

nes de dólares a misiones de búsqueda y rescate, ayuda a la navegación, seguridad marítima (incluyendo sacar del mar restos de naufragios y desechos peligrosos), romper hielos, etc., todo lo cual ayuda a proteger la propiedad privada de los armadores y propietarios de barcos de Estados Unidos.[27] El *copyright*, que es una forma de propiedad, también implica gastos públicos. La Oficina de Copyright y el *Copyright Royalty Tribunal*, en conjunto, costaron 28 millones de dólares en 1996; 18 millones de esa cantidad se cubrieron con las cuotas pagadas por los usuarios, dejando alrededor de 10 millones en la cuenta de los contribuyentes comunes.[28]

La tasa relativamente alta de viviendas ocupadas por sus propietarios en Estados Unidos es una creación no sólo de derechos conferidos por el gobierno sino también del sistema estadounidense de hipotecas, seguros y leyes fiscales. Ciertamente no es producto de la abstención gubernamental o el *laissez-faire*. Algunos propietarios se verían obligados a liquidar sus posesiones si no se les permitiera deducir la depreciación de sus bienes de sus ingresos imponibles. Y cabe recordar que una deducción fiscal es una forma de subsidio público. Y esto no es más que un ejemplo del modo en que los subsidios públicos sostienen afirmativamente la propiedad privada. Ésta no sólo se encuentra protegida por los organismos de gobierno, como el cuerpo de bomberos, sino que es, en líneas generales, una creación de la acción estatal. Los legisladores y los jueces definen las reglas de posesión del mismo modo que establecen e interpretan las regulaciones que gobiernan todos nuestros derechos básicos. Alguien que de manera accidental encuentra algún bien, ¿tiene derecho legal a la protección judicial? ¿Adquiere un derecho de propiedad aquel que compra un bien a un ladrón pagando lo que vale y de buena fe? ¿Qué derechos contra el ocupante presente le corresponden al propietario de

27 Ibíd., Apéndice, p. 764.
28 Ibíd., Apéndice, p. 28.

un futuro interés en un bien raíz? ¿Cuántos años de ocupación ilegal hacen falta para abolir el título del propietario original? ¿Puede un hijo ilegítimo heredar a sus padres naturales si éstos mueren sin haber hecho testamento? ¿Qué pasa si un dueño vende su parte de una propiedad que ha comprado junto con otros? ¿Puedo cortar, sin aviso, las ramas del árbol de mi vecino que penetran en mi propiedad? ¿Tengo derecho a amontonar una pila de basura en mi jardín delantero? ¿Puedo instalar una cerca eléctrica alrededor de mi terreno con voltaje suficiente para matar a los intrusos? ¿Puedo construir un muro que tape la vista de mi vecino? ¿Puedo anunciar sesiones gratuitas de videos pornográficos en una ventana sobre la calle? ¿Puedo pegar carteles en la cerca de mi vecino? ¿En qué condiciones se puede asignar el *copyright*? ¿Cuánto reciben los acreedores en caso de bancarrota? ¿Qué derechos tienen los prestamistas sobre los bienes que se les dejan en prenda?

Los que tienen derechos de propiedad todo el tiempo están planteando preguntas de este tipo, que suelen ser respondidas por las legislaturas y los tribunales –es decir, por organismos del Estado–. Las respuestas dadas cambian con el tiempo. En Estados Unidos varían, además, de una jurisdicción a otra. Por ejemplo, los cónyuges tienen derecho a los ingresos derivados de la propiedad del otro en Idaho, Louisiana, Texas y Wisconsin, pero no en el resto del país. El Estado no puede "dejar en paz al propietario", por lo tanto, porque un propietario sólo es tal en los términos precisos establecidos en momentos particulares por legislaturas y tribunales específicos.

Para proteger nuestros derechos de propiedad los tribunales estadounidenses deben administrar un cuerpo de reglas técnicamente complejo y, por sobre todo, cambiante. Esas reglas son especialmente vitales cuando dos o más individuos hacen reclamos sobre un mismo bien. La propiedad privada tal como la conocemos existe sólo porque la legislación y la jurisprudencia han especificado los derechos respectivos de los diferentes pretendientes: por ejemplo, los derechos de propiedad de autores y editores sobre un libro o los derechos de propiedad de empleadores y empleados sobre una invención de los empleados. A la

muerte de un copropietario de un bien inmueble, la ley decidirá si los derechos de propiedad serán transferidos a los copropietarios vivos o bien a los herederos del copropietario difunto. La ley asigna derechos de propiedad mediante la creación y la imposición de reglas que permiten resolver en forma autorizada las disputas entre pretendientes rivales. Para desempeñar esa función es necesario que los jueces sean entrenados, equipados, pagados, protegidos contra extorsiones y dotados de personal técnico y de oficina. Eso es lo que significa decir que el derecho de propiedad es un servicio público que se disfruta en forma privada.

En la misma línea, los ingredientes básicos de las leyes sobre daños y perjuicios –por ejemplo, mi derecho a exigir un pago compensatorio a quienes, por negligencia o en forma deliberada, han dañado mi propiedad– muestran claramente que los derechos de propiedad no son en realidad facultades naturales sino más bien derechos establecidos por la ley, más allá de lo que parezca indicar la retórica pública estadounidense común. Los que exigen mayores derechos de compensación por "expropiaciones" públicas –mediante regulación o de otro modo– en realidad están buscando derechos consagrados. Quieren ser protegidos públicamente y por medio de leyes. Esto no es un argumento en contra de los derechos que afirman. El Estado regulador funcionaría mejor si el gobierno tuviera que pagar a los propietarios por la pérdida de valor de la tierra cuando, por ejemplo, las nuevas regulaciones ambientales impiden su fraccionamiento. Pero los argumentos en este sentido no deben basarse en protestas indiscriminadas contra la invasión pública de derechos autónomos.

Muchos políticos conservadores, pero no sólo ellos, instan al gobierno a "salir del mercado". Por su parte, algunos liberales responden que es totalmente legítimo que el gobierno interfiera o "se meta" en el mercado cada vez que algún ciudadano estadounidense desaventajado esté en peligro. Sin embargo, ese debate tan familiar es un castillo de arena. No es posible trazar una línea divisoria entre los mercados y el gobierno: separadas, esas dos entidades no tienen existencia. Los mercados no crean prosperidad

más allá del "perímetro protector" de la ley: sólo funcionan bien con asistencia legislativa y judicial confiable.[29]

Desde luego, los gobiernos ineptos pueden cometer, y de hecho cometen, errores económicos. Es indudable que las políticas mal diseñadas e inoportunas pueden hacer, y hacen, que los mercados funcionen mal. La cuestión no es "mercado libre *o* gobierno", sino qué tipo de mercados y qué tipo de gobierno. Los gobiernos no sólo deben crear las bases legislativas y administrativas esenciales para una economía de mercado que funcione, también pueden actuar para que los sistemas de mercado sean más productivos. Lo hacen, por ejemplo, ajustando la tasa de cambio de la moneda nacional contra las monedas extranjeras, actuando contra los monopolios anticompetitivos, construyendo puentes y vías de ferrocarril y financiando la capacitación de la futura fuerza de trabajo. Como observara el propio Friedrich Hayek (1944, pp. 80-81), el gran crítico del socialismo: "La cuestión de si el Estado debe o no 'actuar' o 'interferir' plantea una alternativa totalmente falsa, y el concepto de '*laissez-faire*' es una descripción sumamente ambigua y equívoca de los principios que fundamentan la política liberal".

Una economía liberal no funcionará a menos que las personas estén dispuestas a confiar recíprocamente en sus palabras. Para que un mercado sea nacional, y no meramente local, la confianza debe extenderse más allá de un pequeño círculo de conocidos. En ese sistema, la confianza en la palabra de individuos relativamente desconocidos no puede surgir sólo de una reputación personal de honestidad. Es necesario que sea cultivada y reforzada por las instituciones públicas. Para empezar, el gobierno tiene que crear y hacer accesibles tribunales y otras instituciones capa-

29 Ellickson, 1993 muestra que algunas formas de ordenamiento social pueden existir, y funcionar muy bien, sin mayor comprensión de la ley y sobre la base de normas sociales generadas y respetadas por la comunidad en cuestión. Pero aun esos sistemas u ordenamientos –probablemente locales y no nacionales– dependen de normas básicas respaldadas por garantías legales.

ces de hacer cumplir los contratos. Las autoridades públicas cultivan el "interés en la confianza" incautando propiedades y ordenando embargos. Los jueces pueden enviar a un individuo a la cárcel por desacato al tribunal si éste no obedece la orden de cumplir un contrato legal que firmó en su momento. Del mismo modo las leyes contra la difamación, ligadas a la protección del comercio y las reputaciones financieras, contribuyen a fomentar la confianza social que produce beneficios económicos. Si no se pudiera confiar en el cumplimiento de los contratos sería más difícil, e incluso imposible, comprar bienes a crédito o en cuotas. Sin la ayuda activa de un agente de policía, autorizado por una orden judicial, un vendedor no podría recuperar fácilmente bienes de consumo en manos del comprador que no ha cumplido con los pagos previstos. En líneas generales, el pago en cuotas mensuales planificadas –que es muy beneficioso para la economía– sería impracticable si no existiera la coerción legal para hacer cumplir los contratos.

En el reino verdaderamente autónomo, fuera del alcance del gobierno, la propiedad no está bien protegida. (Si perdiste la billetera en un depósito abandonado en las afueras del pueblo, tu derecho sobre tu bien tiene escaso valor.) Además, allí donde el poder público no puede penetrar efectivamente impera la extorsión y los que necesitan dinero no pueden obtener préstamos a largo plazo, porque una de las funciones del Estado liberal es prolongar los horizontes de tiempo de los actores privados mediante la exigibilidad de reglas conocidas y estables. La prosperidad no vale mucho si los potenciales compradores no creen en el futuro. La confianza en la estabilidad a largo plazo es en parte producto de la exigibilidad confiable de las leyes, es decir, de la acción enérgica y decisiva del Estado.

Pero lo primero que debe hacer un gobierno para lograr que un sistema de mercado funcione es superar el antiquísimo dominio de la fuerza y la amenaza de la fuerza. Los mercados libres no marchan bien si los delincuentes pueden ejercer sin inhibiciones su violencia en busca de provecho. Si bien los libertarios reconocen esto, no consiguen apreciar hasta dónde invalida su clamorosa oposición al "gobierno", a los impuestos y al gasto público.

Las inversiones a largo plazo en instalaciones productivas, que crean empleos, no pueden abundar allí donde no es posible defender los propios bienes contra los extorsionistas privados. La economía neoclásica supone que los competidores particulares no recurrirán a la violencia y el crimen para obtener ganancias. Dentro de su propio marco, la teoría del *laissez-faire* es incapaz de explicar las bases de la civilización, la renuncia general a la violencia por parte de individuos y grupos que buscan obtener ventajas. ¿Por qué la mayoría de los empresarios estadounidenses vacila en amenazar y matar a sus competidores? La teoría de los mercados libres, tal como se enseña hoy en las universidades de Estados Unidos, da por sentado que el problema de los horizontes de corto plazo y la competencia violenta, que caracterizaban el estado de naturaleza, ya se han resuelto. En otras palabras, la mayor parte de la ciencia económica (a diferencia, por ejemplo, de la antropología) da tácitamente por sentada la existencia de un sistema activo y confiable de justicia penal.

Incluso en sus propios términos, los libertarios doctrinarios tienen que reconocer que el gobierno no puede "salirse" de la economía sin dejar a los particulares indefensos y vulnerables frente a los predadores despiadados. El intercambio pacífico de bienes y servicios que conocemos es producto de la autorrepresión civilizada, y por lo tanto debe ser entendido como un logro históricamente improbable y, además, frágil. En el estado de naturaleza, un puñado de asesinos y ladrones dispuestos a emplear una fuerza mortífera y a jugarse la vida es capaz amedrentar a una población civil bastante grande. Pueden establecer monopolios anticompetitivos, por ejemplo, y reducir de modo drástico la esfera del intercambio voluntario. Sólo un poder público confiable es capaz de acabar con el anárquico reino del terror y con esta clase de incertidumbre legal. Únicamente el Estado puede crear un mercado vibrante. Además, sólo un gobierno nacional es capaz de vincular los mercados locales desconectados en un solo mercado nacional. O, de lo contrario, ¿por qué un mayorista de New Jersey le vendería a un minorista de California si la obligación de cumplir los contratos no rigiera más allá de las fronteras interestaduales?

Si el gobierno se desentiende por completo de la economía, ésta 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 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. El esfuerzo de coordinación social que hace falta para crear un Estado, incluso "mínimo", capaz de reprimir el empleo de la fuerza y la amenaza de la fuerza, es enorme y no debería darse por sentado.

Los capitalistas lo saben y por eso tienden a no invertir allí donde el riesgo político es excesivo, como ocurre en algunas de las nuevas democracias de Europa oriental. Su problema no es el exceso de gobierno, sino la falta de éste. Cuando el gobierno es incoherente, incompetente e impredecible, los actores económicos no piensan en el futuro lejano. A falta de ley y orden lo que prospera no es la libre empresa sino el capitalismo de los ladrones, el dominio de los violentos y los inescrupulosos.

La estafa es, para los mercados libres, una amenaza casi tan grave como la fuerza, y las leyes contra el fraude también presuponen un sistema de gobierno bien organizado y eficaz. En cierta medida, los propios mercados se protegen contra la estafa: los individuos que mienten y engañan por cualquier motivo tienden a no competir bien. Pero sin una legislación efectiva, los particulares titubean a la hora de emprender lo que ambas partes presuponen un intercambio voluntario ventajoso. Hacer cumplir la legislación contra el fraude tiene, a su vez, un costo para los contribuyentes. En 1996 la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*, FTC) gastó 31 millones de dólares en investigar prácticas injustas y engañosas y en eliminar otros obstáculos a la acción del

mercado.[30] Tal vez haya sido demasiado e incluso es posible que la FTC no sea el mejor ejemplo, pero cualquier mercado requiere asistencia gubernamental para protegerse contra el fraude, y cabe mencionar que lo más probable es que esa asistencia tenga un costo elevado.

La Comisión de Valores e Intercambio (*Securities and Exchange Commission*, SEC), a través de su programa de "revelación total" (que en 1996 costó a los contribuyentes 58 millones de dólares), exige que las compañías cuyas acciones se negocian públicamente proporcionen en forma regular información administrativa, financiera y de negocios para que los inversores puedan contar con ella al tomar sus decisiones. En 1996 la SEC gastó 101 millones de dólares adicionales en la prevención y supresión de fraudes en el mercado de valores.[31] En 1996 la supervisión de la bolsa de valores y el mercado de futuros costó 355 millones de dólares a los contribuyentes estadounidenses.[32]

A falta de una maquinaria gubernamental capaz de detectar y remediar los tratos falsos y fraudulentos, el libre intercambio sería aún más peligroso de lo que es. El acto de comprar y vender suele ser inquietante cuando no se tienen medios confiables para contrarrestar la asimetría de información entre el vendedor y el comprador. El vendedor a menudo sabe algo que el comprador necesitaría saber. Por esa razón, las personas que no quieren correr riesgos evitan los intercambios comerciales por temor a una estafa y se apegan a los proveedores que conocen personalmente en lugar de buscar el mejor precio. Los funcionarios públicos pueden desalentar ese tipo de apego, promover el orden público y desincentivar a los estafadores asegurando al consumidor contra cualquier perjuicio derivado de la asimetría de información entre comprador y vendedor. Para ayudar a los consumidores a elegir de modo racional dónde obtener un crédito, por ejemplo, la Ley

30 *Budget of the United States Government. Fiscal Year 1998*, Apéndice, p. 1062.
31 Ibíd., Apéndice, p. 1112.
32 Ibíd., pp. 1011 y 1112-1113.

de Protección al Crédito del Consumidor (*Consumer Credit Protection Act)* obliga a todas las organizaciones que ofrecen créditos a hacer públicos sus costos financieros y su tasa nominal anual. Del mismo modo, los consumidores se benefician con los mercados competitivos en los restaurantes porque, como votantes y contribuyentes, han creado y financian juntas de sanidad que les permiten aventurarse más allá del restringido círculo de los establecimientos que conocen personalmente y en los que confían. La imposición de reglas de publicación o leyes contra el fraude es un estímulo al buen comportamiento en el mercado financiado por los contribuyentes, al igual que la inspección gubernamental de las personas que manipulan alimentos.

El nivel apropiado de gasto y de supervisión gubernamentales seguirá siendo tema de controversias. Nada de lo dicho más arriba pretende ser una defensa de ningún programa en particular; pero es indudable que habría que reducir algunos de los programas existentes. Lo que no puede negarse es que hacer cumplir la legislación contra el fraude es un bien común que encarna en forma bíblica algunos principios morales sencillos (cumple tus promesas, di la verdad, mentir está mal). Además, los beneficios de las leyes contra el fraude no pueden ser acaparados por unos pocos sino que se difunden ampliamente por toda la sociedad. Es un servicio público, provisto en forma colectiva, y que sirve para reducir los costos de las transacciones y fomentar una atmósfera libre de compra y venta que difícilmente existiría si la única regla fuese "¡Cuídate, comprador!" ("*caveat emptor!*").

Hay que reconocer que el actual *boom* económico de China hace pensar que, aun integrada en la economía mundial, una sociedad sin un sistema judicial fuerte puede utilizar el parentesco y otras redes informales para suscitar compromisos creíbles incluso si carece de un sistema confiable para hacer cumplir los derechos de propiedad. Sin embargo, en las sociedades más industrializadas los mercados libres casi siempre dependen de un código comercial exigible y un estilo liberal de gobierno. Para evitar el fraude, un gobierno tiene que ser intervencionista y estar bien financiado. Los contribuyentes estadounidenses se han mostrado dispuestos a cargar con los gastos, en parte porque aprecian las

ventajas evidentes del monitoreo de los intercambios privados por parte de funcionarios políticamente responsables.

Pero el gobierno no sólo debe reprimir el uso de la fuerza y el fraude, invertir en infraestructura y capacitación, defender los derechos de los accionistas, vigilar el mercado de valores y proteger las patentes y marcas registradas. También le corresponde aclarar legalmente la situación del garante. Tiene que regular el sector bancario y los mercados para impedir los planes fraudulentos –como los piramidales–, y asegurar un flujo constante de crédito hacia los negocios y no hacia los compinches. Igualmente crucial es la imposición de la ley de defensa de la competencia. Para poder brindar esos servicios públicos en forma confiable, los mercados tienen necesidad del gobierno. A expensas de los contribuyentes, el Estado debe impulsar la innovación, estimular la inversión, aumentar la productividad de los trabajadores, elevar los niveles de producción y fomentar el uso eficiente de recursos escasos. Y puede hacerlo, entre otras cosas, definiendo de manera clara los derechos de propiedad y los comerciales, asignándolos sin ambigüedades y protegiéndolos de manera imparcial y confiable. La tarea no es fácil ni barata.

Para hacer todo eso, los gobiernos deben ante todo recaudar dinero por medio de los impuestos para después canalizarlo en forma inteligente y responsable. Hacer cumplir derechos del tipo que presuponen los mercados que funcionan bien siempre implica "cobrar impuestos y gastar". Es innecesario decir que la inevitable dependencia de los mercados con respecto a la ley, la burocracia y la política pública no implica que las iniciativas del gobierno sean siempre prudentes o benéficas. Como comunidad política tenemos opciones, pero sólo entre diferentes regímenes regulatorios.

4. A los guardianes hay que pagarles

En 1992, la administración de justicia en Estados Unidos –incluyendo a los encargados de hacer cumplir la ley, los litigios, la jurisprudencia y la corrección– les costó a los contribuyentes alrededor de 94 mil millones de dólares.[33] Esa suma contemplaba fondos destinados a la protección de los derechos básicos de sospechosos y detenidos. La protección de los derechos individuales nunca es gratuita, porque siempre presupone la creación y el mantenimiento de relaciones de autoridad. Esto es cierto para los derechos de propiedad y contractuales, pero también es aplicable a los derechos protegidos en nuestro sistema de justicia penal y por supuesto incluye los de personas que en realidad no son delincuentes. Aquí, de nuevo, los encargados de hacer cumplir la ley deben estar en posición de decirles a los potenciales violadores de los derechos qué hacer y qué no hacer. La historia del hábeas corpus confirma la validez de la tesis de que un poder abusivo sólo puede ser combatido con éxito por otro poder. Los derechos liberales clásicos dependen necesariamente de relaciones de mando y obediencia, cuya creación y sostenimiento a su vez son costosos. Esto es claramente observable en el caso de los presos, cuyos derechos no pueden recibir la más mínima protección a menos que sus guardianes sean supervisados desde arriba y castigados ante cualquier clase de abuso. Muchas veces esto se denuncia como un obstáculo al cumplimiento de las leyes, pero proteger los dere-

33 US Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, *Justice Expenditure and Employment Extracts*, 1992, tabla E.

chos de los presos no significa otra cosa que obligar a los funcionarios de instituciones penitenciarias a obedecer las leyes. Si bien esos derechos pueden ser a veces discutibles, el punto fundamental –la necesidad de supervisar a los funcionarios públicos que ejercen la coerción– es general y se aplica, en diferentes formas, a los derechos de los ciudadanos respetuosos de las leyes tanto como a los convictos por delitos.

La protección de los derechos de los presos, aun la más modesta, es costosa. Para evitar tratamientos degradantes es necesario que las celdas de las cárceles tengan ventilación y calefacción y estén limpias. La prisión debe proveer una alimentación mínima. La Octava Enmienda exige que los encargados y los funcionarios proporcionen condiciones de confinamiento mínimamente humanas. Un funcionario del sistema carcelario viola un derecho constitucional cuando la privación que se denuncia es, objetivamente, "lo suficientemente seria"[34] y cuando actúa con "deliberada indiferencia" hacia la salud y la seguridad de los presos. Sólo en las prisiones del sistema federal, los costos por atención médica ascendieron en 1996 a 53 millones de dólares.[35] Las autoridades no pueden separar a algunos presos del conjunto de la población carcelaria sin emplear procedimientos legítimos. Funcionarios oficialmente dedicados a castigar abusos flagrantes (como el asesinato o la tortura) deben "vigilar a los vigilantes". Y para asegurar que todos tengan acceso a los procesos de apelación, las autoridades penitenciarias deben proporcionar a los presos "bibliotecas legales adecuadas o asistencia adecuada a cargo de personas que hayan estudiado Derecho".[36]

En otras palabras, el derecho a ser tratado de manera decente en el sistema de justicia penal –por la policía, los fiscales, los jueces, los carceleros y los encargados de la libertad condicional–

34 Wilson *versus* Seiter *et al.*, 501 US 294, 198 (1990).
35 *Budget of the United States Government. Fiscal Year 1998*, Apéndice, p. 689.
36 Bounds *versus* Smith, 430 US 817 (1977).

presupone que los superiores burocráticos tienen el poder de castigar y evitar la mala conducta de sus subordinados. Es preciso establecer procedimientos y asignar responsabilidades para determinar la legalidad o ilegalidad de cada detención. Los derechos exigibles de los interrogados son los deberes imponibles de los interrogadores. Los derechos de los presos son los deberes de los guardias y los encargados. En el sistema de justicia penal estadounidense, la protección de los derechos requiere supervisión del aparato para hacer cumplir la ley. Cualquiera sea su actitud hacia los procedimientos burocráticos, los defensores de los derechos no pueden ser antiburocráticos, porque la policía y los guardiacárceles actúan en forma más decente cuando son monitoreados que cuando nadie los vigila. Y ese personal de monitoreo en segundo nivel debe recibir la capacitación adecuada y un salario acorde a su función.

El costo de capacitar y supervisar a los funcionarios de los institutos correccionales refleja en forma concreta el indispensable aporte de la comunidad contribuyente a la protección de las libertades individuales.[37] Es verdad que estamos habituados a considerar los derechos protegidos en nuestro sistema de justicia penal como puramente negativos, como derechos contra el gobierno o escudos contra los abusos de la policía, los fiscales y los guardias; pero prestar atención a los costos de los derechos nos ayudará a ver la otra cara de la moneda, concretamente, en las formas de acción del Estado que son necesarias para que los derechos de los sospechosos y detenidos sean una realidad palpable y no una mera promesa refrendada en un papel. Y es importante destacar que los derechos que se protegen en el sistema de justicia penal no son sólo los de los delincuentes, ni siquiera los de los acusados

37 La Corte Suprema ha mencionado la posibilidad de que "limitaciones fiscales" que están fuera del control de los funcionarios del sistema penitenciario puedan "impedir la eliminación de las condiciones infrahumanas", pero no se ha pronunciado explícitamente sobre "la validez de una defensa basada en el 'costo'" en los procesos de daños bajo la Octava Enmienda. Véase *supra*, Wilson *versus* Seiter, pp. 301-302.

injustamente. Los ciudadanos comunes dependen de la adecuada capacitación y supervisión de la policía –enteramente financiadas por los contribuyentes– para su protección contra el Estado y, por consiguiente, para sus así llamadas libertades negativas.

La extensión de la protección de la mayoría de las provisiones de las enmiendas Cuarta, Quinta y Sexta a individuos sospechosos, acusados o convictos por delitos en los estados es un buen ejemplo del lado positivo de los derechos en apariencia negativos porque implica la supremacía federal. El gobierno, como agente de los contribuyentes estadounidenses, proporciona al acusado ciertas armas (derechos) que, según se espera o se desea, ayudarán a reducir el comportamiento impropio de los funcionarios e incluso las probabilidades del poder muchas veces arrollador de la fiscalía. Así, el derecho a un juicio por jurados rápido, honesto y público es un derecho a un beneficio o un servicio pagado por los contribuyentes.

No hace falta decir que los derechos de los estadounidenses acusados de haber cometido algún delito –ricos y pobres, blancos y negros– no están protegidos todos por igual. Sin embargo, nuestra justicia penal sería aún más groseramente injusta si la comunidad en su conjunto no subsidiara algunas protecciones básicas. En el presupuesto de Estados Unidos para 1996, que sólo cubre los procesos federales, se destinaron 81 millones de dólares para honorarios y gastos para conseguir testigos.[38] El acusado no debe respaldarse exclusivamente en sus propios recursos para compeler a los testigos a atestiguar a su favor; legalmente tiene derecho a utilizar recursos tomados del conjunto de la comunidad. La capacidad de pago no tiene ninguna relación racional con la inocencia o la culpabilidad. Al menos, ése es el razonamiento explícito de la Corte Suprema en relación con el derecho del indigente acusado, incluso en una apelación, ante un tribunal cuyos honorarios serán pagados por los contribuyentes. Igual protección implica el derecho constitucional a acceder a cual-

38 *Budget of the United States Government. Fiscal Year 1998*, p. 670.

quier tipo de apelación que el Estado ofrezca en general.[39] Según las leyes actuales, los contribuyentes estadounidenses deben pagar los exámenes de sangre de los acusados indigentes en procesos por paternidad, así como la asistencia psiquiátrica de los acusados indigentes en algunos casos penales. Y por supuesto hace falta algún tipo de supervisión independiente para garantizar que el fiscal no se meta en el bolsillo a los abogados designados por la corte.

Incluso el derecho del acusado de permanecer en libertad hasta que se celebre el juicio presupone la capacidad burocrática de establecer y mantener sistemas de fianzas y libertad bajo palabra. Ese derecho sería imposible si el Estado no pudiera actuar, es decir, si el sistema de justicia penal no lograra distinguir con relativa exactitud entre los acusados que se presentarán al juicio y los que probablemente escaparán, o entrenar a su policía para llevar a cabo una investigación competente sin mantener a los sospechosos siempre tras las rejas.

El deber de la policía de abstenerse de realizar registros e incautaciones irrazonables carece de sentido si los tribunales no tienen la capacidad de obligar a la policía a obedecer la Constitución. Esa capacidad depende en gran medida de las normas y las expectativas sociales y de la preparación y las normas de la policía, pero también de que el poder judicial disponga de los fondos necesarios. Los registros deben ser previamente autorizados por órdenes dictadas por magistrados neutrales e independientes sobre pruebas de causa probable, y los salarios de esos jueces no pueden ser manipulados por funcionarios de las otras ramas del gobierno. La regla de exclusión, que prohíbe presentar en los procesos cualquier evidencia obtenida en forma ilegal, es una estrategia del po-

39 "Falta esa igualdad que la Cuarta Enmienda exige, ya que el hombre rico que apela porque es su derecho goza del beneficio de que un abogado examine las actas, investigue la ley y organice argumentos en su nombre, mientras que el indigente... está obligado a arreglárselas por su propia cuenta". Douglas *versus* People of the State of California, 372 US 353 (1963).

der judicial estadounidense para obligar a la policía a respetar la ley o por lo menos ofrecer instrucción constitucional a los policías dedicados a la prevención del delito. Desde luego, la regla de exclusión se ha ido atenuando de modo gradual a través de excepciones, pero ¿por qué esa tendencia a reducir los derechos preexistentes de sospechosos y acusados ha sido apoyada por todos aquellos que quieren aplicar mano dura contra la delincuencia? Sólo porque esa regla representa una forma de interferencia de supervisión que, según creen, le ata las manos a la policía y debilita la lucha contra la delincuencia permitiendo que una ilegalidad policial contamine lo que de otro modo sería una prueba sólida. Erosionar un derecho –deseable o no– con frecuencia significa debilitar un poder supervisor financiado por los contribuyentes.

En realidad, los derechos de los acusados y de los encarcelados se contraen y se expanden según el poder judicial estadounidense sea más o menos respetuoso de la guerra contra el delito declarada por el ejecutivo. Esa oscilación muestra que la amplitud de nuestras libertades depende de la resolución de nuestras autoridades. Pero cabe señalar que los derechos no pueden basarse en la tolerancia del gobierno, por una razón todavía más básica. Los derechos cobran existencia sólo después de que un organismo del gobierno, a menudo un tribunal, hace el esfuerzo de definir términos tan básicos como "excesivo", "razonable" y "cruel". El alcance exacto de nuestros derechos va cambiando con el correr del tiempo, a medida que las cortes toman decisiones. El trabajo de la corte no es simplemente impedir que la rama ejecutiva actúe en forma abusiva (tomando este término como etiqueta aproximada para todo lo que la Constitución prohíbe); además, debe establecer los criterios para distinguir un comportamiento abusivo de otro no abusivo. Ésa es una tarea afirmativa que no puede evitarse. ¿Cuándo es razonable un registro o una incautación? ¿En qué momento tiene un sospechoso derecho a un abogado: desde que la policía lo muestra para ser identificado entre otros sospechosos, o sólo en la audiencia preliminar? ¿En qué condiciones los agentes policiales pueden iniciar un interrogatorio? En el sistema de justicia penal, los derechos siempre presuponen por lo

menos una forma de acción estatal, porque siempre dan por sentado que la corte, para bien o para mal, ya ha dado respuestas a ésas y otras preguntas similares. La inacción judicial, la negativa a responder, no es una opción.

La Corte Rehnquist ha reinterpretado y reducido muchos de los derechos establecidos por la Corte Warren frente a la justicia penal. Sin embargo, no lo ha logrado a través de simples prohibiciones sino mediante sus propias interpretaciones; en concreto, trazando distinciones y redefiniendo un puñado de términos esenciales. Bajo las reglas de la "era Warren" la fiscalía podía presentar evidencia que la policía, sin orden de registro, había encontrado "a la vista". Pero el Tribunal Rehnquist ha ampliado esa categoría al admitir, por ejemplo, evidencia obtenida por vigilancia aérea empleando cámaras muy sofisticadas. Al distinguir entre una simple "detención" y un verdadero "arresto", el Tribunal permite también el uso de evidencia –por ejemplo armas o contrabando– descubierta mediante cacheos policiales, que de lo contrario habría sido excluida. Del mismo modo, ha declarado que la "expectativa razonable de privacidad" no cubre las bolsas de basura cerradas depositadas en un basurero. La Sexta Enmienda garantiza a toda persona acusada el derecho "a ser enfrentada a los testigos en su contra", pero el Tribunal ha decidido que ese derecho puede no aplicarse en casos de abuso sexual de niños, quienes podrían resultar psicológicamente perjudicados si tuvieran que sentarse frente a su presunto victimario.

Algunos de los nuevos lineamientos trazados por el Tribunal son muy razonables, pero otros no lo parecen tanto. No obstante, ése es un problema secundario: lo que importa aquí es que los derechos de los estadounidenses son hijos de la acción del Estado. El alcance mismo de nuestros derechos contra los abusos de la policía, la fiscalía o las autoridades correccionales es definido por la interpretación judicial, es decir, por una acción gubernamental. El hecho de que la autoridad judicial obligue a respetar esos derechos a los funcionarios del ejecutivo no es sino un reflejo de cómo la libertad individual depende de la acción del Estado. La primera forma –y la más elemental– en que las autoridades públicamente financiadas afectan la libertad es definiendo su alcance. La comu-

nidad no protege libertades imaginarias sino sólo aquellas que, en un momento histórico determinado, su gobierno –en gran parte a través del poder judicial– identifica como derechos exigibles y está dispuesto a proteger –es decir, a financiar– como tales.

El sistema estadounidense de justicia penal es costoso, en parte, porque ha sido diseñado para evitar tanto que acusados inocentes sean condenados por error como que agentes de policía y guardiacárceles que emplean armas letales maltraten incluso a los reos que han sido declarados culpables. El hecho de que los costos de ese orden, indispensable para la protección de los derechos básicos, deban ser cubiertos por los contribuyentes tiene una significación teórica además de financiera: destacan la dependencia esencial del individualismo basado en los derechos de la acción del Estado y la cooperación social.

SEGUNDA PARTE

Por qué los derechos no pueden ser absolutos

5. Cómo la escasez afecta la libertad

Joshua DeShaney nació en 1979. Sus padres se divorciaron un año más tarde y su padre, Randy DeShaney, volvió a casarse poco después de que le confiaran la custodia legal del niño. En enero de 1982, la segunda esposa de DeShaney lo acusó de maltratar al niño, advirtiendo al Departamento de Servicios Sociales (DSS) del condado de Winnebago (Wisconsin) que el padre de Joshua lo golpeaba. Funcionarios del DSS entrevistaron al padre, quien negó las acusaciones. En enero de 1983, Joshua fue internado en un hospital local con múltiples moretones y lastimaduras. El médico sospechó que el niño había sido maltratado y avisó al DSS. Joshua fue colocado temporalmente bajo custodia del hospital.

Tres días después, tras realizar un examen, un equipo de funcionarios públicos concluyó que la evidencia de maltrato no justificaba mantener al niño en custodia pública. Un mes después Joshua fue atendido de nuevo por la misma causa. Una trabajadora del DSS pasó a visitar la casa cada mes, y durante sus visitas observó nuevas heridas en la cabeza del niño. En 1983, Randy DeShaney golpeó a su hijo de cuatro años tan salvajemente que el pequeño Joshua cayó en coma. Una intervención quirúrgica de emergencia reveló hemorragias internas causadas por repetidos golpes en la cabeza. Joshua sobrevivió, pero con daños serios en el cerebro, y todo indica que pasará el resto de su vida en una institución para personas con retardo mental grave.

La madre de Joshua demandó en su nombre al DSS, afirmando que, según la Constitución, al no darle protección contra esa horrenda brutalidad había violado los derechos fundamentales de Joshua. La Corte Suprema rechazó esa afirmación declarando que,

si bien el caso de Joshua era sin duda trágico, no se había producido ninguna violación constitucional.[40]

El fallo DeShaney ha sido muy criticado, pero también ha encontrado defensores poderosos dentro de la comunidad jurídica estadounidense. Éstos pueden dividirse en dos campos. Algunos se hacen eco del razonamiento de la corte alegando que Joshua no tenía ningún derecho constitucional a la protección del Estado. Los derechos constitucionales del niño no fueron violados porque esos derechos salvaguardan a los ciudadanos particulares exclusivamente contra los funcionarios públicos, pero no contemplan ninguna clase de protección estatal contra otros ciudadanos. La Constitución sólo protege a los individuos contra la acción privada si el gobierno de alguna manera ha autorizado o estimulado o patrocinado esa acción, o si participó en forma significativa para que se llevara a cabo. Como no había derecho a una asistencia afirmativa del gobierno, y como la supervisión de los casos de custodia infantil por el DSS no comprometía seriamente al Estado en la conducta abusiva, no había lugar a protección constitucional.

Otros defensores de esa discutida decisión siguen una línea diferente, con argumentos más pragmáticos, que no se apoyan en una distinción neta entre libertades positivas y negativas. En lugar de destacar la fría indiferencia de la Constitución frente al destino de Joshua, sostienen que los tribunales estadounidenses, por diversas razones, no pueden administrar recursos escasos de manera efectiva. En lugar de sostener que las personas no tienen derecho a la asistencia afirmativa del Estado, o que no había habido ninguna "acción del Estado", plantean que los tribunales no están en posición de tomar decisiones racionales sobre cómo deben manejar sus presupuestos y su tiempo las agencias del poder ejecutivo. Si examinamos las diferencias entre esas dos formas de razonar sobre el polémico fallo DeShaney, podremos profundizar en la comprensión de los problemas que conlleva el costo presupuestario de los derechos.

40 DeShaney *versus* Winnebago County Department of Social Services, 489 US 189 (1989).

¿LA CONSTITUCIÓN PROTEGE CONTRA DAÑOS CAUSADOS EN FORMA PARTICULAR?

La primera línea de razonamiento, expresada por la propia corte, ignora el tema de los costos. La cláusula de proceso debido, declaró la corte, opera como "una limitación al poder de acción del Estado, no como garantía de ciertos niveles mínimos de salud y seguridad". Y agregaba que "en justicia, su lenguaje no puede extenderse para exigir al Estado la obligación afirmativa de asegurar que los intereses [de las personas] no sean perjudicados... Su propósito era proteger a las personas del Estado, no asegurar que el Estado las proteja unas de otras". Esas pocas palabras tienen muchas aristas. A ese pronunciamiento grandilocuente subyace una teoría general del constitucionalismo negativo, que implica lo siguiente: el propósito de la Constitución es, principalmente, evitar acciones de las autoridades federales. Es una gigantesca orden de restricción impuesta por los ciudadanos a su gobierno. No sólo la Primera y la Decimocuarta enmiendas, sino la Constitución en su conjunto atan las manos de los funcionarios públicos con el objeto de proteger a la población de la tiranía gubernamental. Ése no es sólo su propósito principal sino, casi podríamos decir, el único.

Pero si bien los derechos constitucionales atan las manos de los funcionarios públicos, según esta posición ampliamente aceptada, no imponen ninguna restricción a los sinvergüenzas que no ocupan cargo alguno. En consecuencia, la Constitución no *obliga* a los funcionarios públicos a proteger a los individuos del uso de la fuerza y el fraude privados, y el hecho de que el gobierno no impida los daños privados no es una forma de acción estatal por la que los funcionarios puedan ser considerados judicialmente responsables.[41]

41 A primera vista, hay mucho que decir a favor de esta forma de pensar. Muchos comentaristas sostienen que la Constitución está dirigida "contra" la intrusión gubernamental y que no impone la intrusión gubernamental, ni siquiera si esa intrusión puede ser considerada

Sin embargo, el texto de la Constitución no resuelve la cuestión. Es verdad que la cláusula de proceso debido prohíbe al Estado "privar" a las personas de la vida, la libertad o la propiedad; pero para saber si el Estado ha "privado" de algo a alguien es necesario determinar qué es lo que las personas tienen derecho a tener. Si la "libertad" incluye el derecho a la protección policial, entonces el Estado priva a las personas de "libertad" cuando no les da protección policial. Si la "libertad" incluye la libertad de cualquier intrusión o brutalidad privada, entonces el gobierno priva a las personas de su "libertad" cuando permite que queden expuestas a intrusión o brutalidad privadas. Esto significa que el texto no es concluyente. Supongamos que todos concuerdan en que la Constitución no protege a la gente de la acción privada: ¿qué consecuencias tiene eso? Aun cuando la Constitución no proteja a los individuos contra actos privados, podría imponer *al Estado* el deber de proteger a los particulares contra intrusiones de otros particulares. El que la Constitución se aplique principalmente o incluso exclusivamente al "Estado" no elimina esa posibilidad.[42]

De hecho, no es difícil pensar en derechos constitucionales que obligan al Estado a actuar para proteger a los individuos contra daños infligidos por particulares. Si el Estado decide no proteger la propiedad contra invasores particulares –en otras palabras, si rechaza, selectivamente o por entero, las leyes contra la entrada ilegal– podría surgir una discusión seria acerca de si no ha sido el Estado mismo el que ha "tomado" su propiedad al no protegerlo contra invasores particulares. "Poseer" una propiedad es tener de-

---

protección. Desde luego, la Primera Enmienda impide a los gobiernos federal y estaduales interferir con la libertad de expresión. Sólo los estatutos subconstitucionales prohíben hacer otro tanto a las organizaciones privadas. Lo mismo se aplica a la prohibición de la discriminación racial. El requisito de igual protección legal de la Decimocuarta Enmienda no se aplica a las organizaciones privadas, ni siquiera a las grandes empresas, que deben actuar en forma no discriminatoria porque se lo ordenan estatutos, no la Constitución.

42 Algunos de los temas que se examinan aquí han sido analizados con mayor detalle en Sunstein, 1993.

recho a excluir a otros, y si el Estado no lo ayuda afirmativamente a hacerlo, bajo las leyes actuales bien podría estar privándolo de algo que usted posee. De este modo, el derecho a tener propiedad privada podría conllevar el derecho a la protección del Estado a través de leyes contra la entrada ilegal. O consideremos, por ejemplo, el derecho a la libertad contractual. La Constitución protege a la gente contra cualquier impedimento estatal respecto de las obligaciones contractuales. Si un Estado se negara a hacer que sus tribunales hagan respetar y cumplir los contratos, es muy posible que se considere que está "impidiendo" los derechos de los contratantes. Por lo tanto, la cláusula sobre los contratos también tiene una dimensión positiva en tanto garantiza el derecho afirmativo al uso de los tribunales (y de recursos del gobierno) para proteger las garantías contractuales.

Incluso quienes insisten en que los derechos constitucionales se limitan a proteger a los ciudadanos frente a las autoridades públicas –y nunca a unos de otros– probablemente admitirán que la Decimotercera Enmienda es una clara excepción a esa regla. "Ni la esclavitud ni la servidumbre involuntaria [...] existirán en los Estados Unidos" prohíbe en forma explícita un modo de comportamiento tradicionalmente privado. De cierta manera, la prohibición de la esclavitud puede leerse como una clara prohibición del esclavizamiento privado, pero también como una directiva para el gobierno, que debe asegurarse de no permitir la servidumbre involuntaria.

Hay legiones de ejemplos de obligaciones similares. ¿Qué pasa si Jones demanda a Smith, que ha amenazado con atacarlo, y después Smith soborna al juez y éste falla en su favor? En ese caso, según las leyes actuales, los derechos de Jones han sido violados *porque los funcionarios públicos no lo protegieron.* Y esto no es sino el comienzo: en muchos casos, la participación del gobierno en acciones privadas ha sido considerada suficiente para desencadenar restricciones constitucionales, aunque parezca que son los particulares quienes están pidiendo la ayuda del Estado contra otros particulares.

Los acuerdos racialmente restrictivos entre compradores y vendedores privados pueden ser cuestionados según la cláusula de

igual protección porque los contratos privados son vacíos a menos que el gobierno esté dispuesto a aplicar todo su poder coercitivo para hacerlos cumplir.[43] El uso de ese poder coercitivo plantea un problema constitucional serio, incluso en el contexto de un negocio inmobiliario en apariencia privado. La Decimocuarta Enmienda prohíbe que un abogado particular utilice su derecho a recusar sin causa a potenciales jurados por motivos raciales; la intervención del sistema de justicia hace que entre en juego la Constitución.[44] La Constitución prohíbe a los partidos políticos, que no pertenecen al Estado sino a la sociedad civil, llevar a cabo sus elecciones primarias en forma racialmente discriminatoria.[45] Como el gobierno está involucrado de modo directo en su funcionamiento, la Primera Enmienda limita la libertad de la compañía de ferrocarriles Amtrak, empresa nominalmente privada, de impedir la expresión artística en la estación Pennsylvania.[46] La Decimocuarta Enmienda prohíbe la discriminación racial en un restaurante privado que alquila espacio en un estacionamiento municipal.[47] Las autoridades carcelarias pueden ser constitucionalmente demandadas por los daños causados por un preso a otro si se han mostrado indiferentes al bienestar de los internos.[48]

Fuera del contexto constitucional, la obligación positiva del gobierno de proteger a los ciudadanos particulares unos de otros es una consecuencia lógica de la exigibilidad normal de los derechos. Los miembros de los sindicatos tienen derecho a denunciar la conducta inescrupulosa de los funcionarios de éstos, pero ese derecho no tiene ningún significado real si el gobierno en efecto no protege a los denunciantes contra posibles represalias violen-

43 Shelley *versus* Kraemer, 334 US 1 (1948).
44 Edmonson *versus* Leeville Concrete Co., 500 US 614 (1991).
45 Smith *versus* Allwright, 321 US 649 (1944), Terry *versus* Adams, 345 US 461 (1953).
46 Lebron *versus* National Railwork Passenger Corp., 115 S.Ct. 961 (1995).
47 Burton *versus* Wilmington Parking Authority, 365 US 715 (1961).
48 Dee Farmer *versus* Brennan, 511 US 825 (1994).

tas. De hecho, dado que la defensa de los derechos siempre genera "perdedores", el deber afirmativo del gobierno de proteger a los "ganadores" de los actos privados de venganza de los "perdedores" es un correlato necesario de todo derecho. Una esposa golpeada tiene el derecho legal perfectamente establecido de denunciar el maltrato, pero ¿qué pasa si su marido tiene un arma de fuego? En ese caso, su derecho será una farsa cruel a menos que el gobierno de la ciudad utilice dólares de los impuestos para instrumentar medidas de protección, como los refugios para mujeres maltratadas. El derecho del individuo a atestiguar es igualmente vacío a menos que el gobierno asuma la (costosa) obligación de proteger de posibles represalias a los testigos. A la luz de esto puede entenderse que el Departamento de Justicia haya gastado 23 millones de dólares en 1996 en programas de protección de testigos.[49] Para defender los derechos en forma consistente, las autoridades públicas también deben aplicar toda la fuerza de la ley a los individuos particulares que intenten hacer daño físico a otros individuos particulares simplemente porque estos últimos están ejerciendo o intentando ejercer sus derechos. Ésa es otra de las formas en que la libertad personal presupone una participación activa del gobierno, y también otra razón que justifica los costos de los derechos.

Por lo tanto, no basta con declarar en líneas generales que los gobiernos de Estados Unidos, tanto el federal como los estaduales, no tienen ninguna "obligación afirmativa" de proteger a los ciudadanos estadounidenses. La Constitución no se creó para lavar las manos del gobierno y ése tampoco es un papel apropiado para la Corte Suprema. Ciertamente parece razonable decir que, una vez que los funcionarios de la seguridad social tuvieron conocimiento de la conducta abusiva del padre de Joshua, estaban por ley obligados a hacer algo al respecto. Si esa obligación efectivamente existiera, entonces los derechos del niño habrían sido violados por la acción y por la inacción del Estado. Como mínimo,

49 *Budget of the United States Government. Fiscal Year 1998*, Apéndice, p. 670.

un fallo de este tipo no podría explicarse con la curiosa afirmación de que el gobierno de Estados Unidos nunca tiene ninguna obligación legal de proteger a los ciudadanos estadounidenses. Después de todo, un fallo de la Corte Suprema no es sólo la resolución de un caso particular, también transmite un mensaje a la opinión pública sobre el propósito y el significado básicos del contrato social estadounidense. Bajo esta luz, la línea de razonamiento en el caso DeShaney parece tener serias fallas.

Pero la importancia teórica del caso reside en sus lecciones acerca del carácter "absoluto" de los derechos. ¿Es posible que, en términos más estrictos, la Corte Suprema haya argumentado que los derechos de Joshua no eran absolutos porque estaban sujetos a constricciones presupuestarias?

EL ARGUMENTO DE LA ESCASEZ

La segunda argumentación, más pragmática, no rechaza la hipótesis de que Joshua tenía algún tipo de derecho a la protección del Estado, sino que simplemente toma en cuenta los costos, en el sentido de bienes en conflicto.[50] Si bien este razonamiento no dominó la opinión de la mayoría en el caso DeShaney, es muy probable que haya influido en su desenlace porque ofrecía el camino más simple y más seguro hacia el fallo final: Con frecuencia la defensa de los derechos no depende sólo de los tribunales. Para remediar violaciones pasadas y evitar otras futuras, los tribunales deben contar con la cooperación decidida de los organismos gubernamentales, que a su vez necesariamente operan con fuertes constricciones fiscales y de todo tipo. El problema está claro por demás en el contexto de los servicios sociales. Las secretarías de servicios sociales

50 Esto se dice en Posner, 1996, aunque no en su parecer para la corte inferior en *DeShaney*, posición basada en la distinción entre derechos positivos y derechos negativos.

reciben recursos vergonzosamente limitados para afrontar problemas potencialmente ilimitados, y deben asignar los escasos medios de que disponen del modo que consideren más efectivo, usando su conocimiento específico de la situación. Las duras limitaciones presupuestarias implican que algunas víctimas potenciales de maltrato infantil se convertirán en víctimas reales y que el Estado habrá hecho poco o nada al respecto. Ésta es una situación deplorable, por cierto, pero en un mundo imperfecto de recursos limitados es también inevitable. Tomar en serio los derechos equivale a tomar en serio la escasez.

Los tribunales no están en posición de supervisar el complejo proceso de asignación eficaz de los recursos por parte de las agencias del poder ejecutivo, y tampoco pueden rectificar de manera sencilla las asignaciones erradas del pasado. Los jueces no tienen la preparación adecuada para desempeñar esas funciones, y necesariamente, operan con fuentes de información inadecuadas y parciales. Es por eso que, de acuerdo con las leyes estadounidenses, los agentes de la Administración Federal de la Aviación (*Federal Aviation Administration*, FAA) en general no pueden ser demandados por no haber elegido bien qué aviones civiles inspeccionar y en qué orden hacerlo, porque evidentemente los tribunales no pueden asumir la responsabilidad de planear los horarios de trabajo del personal gubernamental. Enfrentado a un problema particularmente apremiante, ¿cómo puede un juez medir su urgencia en comparación con la de otros problemas sociales que compiten por la atención gubernamental y sobre los cuales no sabe casi nada? ¿Cómo podrían, al decidir un caso particular, tomar en cuenta los límites anuales del gasto gubernamental? A diferencia de una legislatura, un tribunal se dedica en forma exclusiva a un único caso en cada momento. Dado que no pueden examinar un amplio espectro de necesidades sociales en conflicto para después decidir cuánto dinero asignar a cada una, a los jueces se les impide institucionalmente considerar las consecuencias distributivas potencialmente serias de sus decisiones. Y no pueden decidir con facilidad que el Estado cometió un error al concluir en forma anticipada que sería más eficaz destinar sus escasos recursos a los casos A, B y C antes que al caso D, aunque después resulte que el caso D implicaba una

calamidad como el de Joshua DeShaney. (Pero es posible que los casos A, B y C también provocaran desastres.)

Aunque los jueces pueden ser perfectamente competentes para descubrir violaciones manifiestas de derechos e incluso para anular asignaciones visiblemente equivocadas de recursos, en la mayoría de los casos no pueden decidir con inteligencia cuándo sería más conveniente canalizar los remedios imaginables hacia otras necesidades urgentes. Desde este punto de vista, la manera más caritativa de entender el caso DeShaney no es afirmar de modo espectacular que el gobierno de Estados Unidos no debe protección alguna a los ciudadanos estadounidenses, sino más bien reconocer con humildad que los derechos tienen costos, y que los fondos destinados a la protección de la inmensa variedad de derechos legales deben salir del mismo presupuesto, inevitablemente limitado. En este tipo de casos los tribunales deberían vacilar mucho antes de imponer su propio parecer por encima del de las agencias del poder ejecutivo. Los tribunales no pueden realizar con facilidad la tarea de asignación de prioridades y distribución óptima de recursos escasos, como pedía el demandante del caso DeShaney.

Si bien ésta es una defensa bastante plausible del enfoque general en DeShaney, como justificación del desenlace no resulta muy convincente. La evidencia de que las autoridades estatales tenían conocimiento previo bastaba para implicarlas en el acto brutal, y el maltrato era tan grave, y tan probable, que el modesto gasto que habría hecho falta para impedirlo podría haber sido ordenado constitucionalmente sin crear un poder judicial imperialista capaz de imponer por todas partes su parecer en lugar del del ejecutivo. Pero la verdadera importancia del caso reside en la oposición que plantea entre la (falsa) afirmación de que la Constitución crea solamente derechos negativos y la afirmación (verdadera) de que los tribunales no están en posición de evaluar demandas que impliquen la asignación de recursos.

Las dos líneas de razonamiento rivales en torno al fallo muestran que la comprensión de los derechos básicos, y por lo tanto de la relación del poder judicial con las otras ramas del gobierno, depende de la decisión anterior de o bien ignorar o bien considerar

los costos de los derechos. En su veredicto, el tribunal no tuvo en cuenta la escasez de los recursos públicos. Sólo podía justificar la "inacción" del Estado, al que quería defender como tal, afirmando que un niño que había sido horriblemente golpeado después de haber sido confiado a la custodia de su padre por orden de un tribunal y estando bajo supervisión gubernamental no había sufrido la violación de ninguno de sus derechos básicos. El resultado fue uno de los fallos más espantosamente brutales de la historia moderna de la Corte Suprema. Y además, por completo innecesario. Porque la Corte tenía a mano una justificación más clara y razonable, basada parcialmente en el costo de los derechos y con énfasis en el carácter no absoluto de aquellos derechos que dependen de gastos. Así, el fallo DeShaney es un poderoso incentivo a explorar en forma más profunda los límites que las restricciones fiscales necesariamente imponen, y tienen que imponer, a la esfera de la toma de decisiones judiciales propiamente dicha.

LA RETÓRICA Y LA REALIDAD

En general los derechos se describen como inviolables, perentorios y concluyentes. Pero está claro que esos adjetivos no son sino floreos retóricos. Nada que cueste dinero puede ser absoluto. Al fin y al cabo, ningún derecho cuya defensa presuponga un gasto selectivo del dinero de los contribuyentes puede ser protegido unilateralmente por el poder judicial sin tomar en cuenta las consecuencias presupuestarias cuya responsabilidad recaerá sobre otras ramas del gobierno. Puesto que la protección contra la violencia privada no es barata y necesariamente requiere la inversión de recursos casi siempre escasos, el derecho a esa protección, presumiendo que exista, no puede ser total ni intransigente. Lo mismo vale para otros derechos individuales con los que estamos más familiarizados: los derechos de protección contra los abusos gubernamentales. Por ejemplo, mi derecho a una compensación por la expropiación de mi propiedad por motivos de necesidad pública no tiene ningún valor si el tesoro está vacío y no puede pa-

gar. Si los derechos tienen costos, entonces la exigibilidad de los derechos siempre tendrá en cuenta el interés de los contribuyentes en ahorrar dinero. Y los derechos se reducirán cuando los recursos disponibles se agoten, como asimismo serán susceptibles de expandirse cuando los recursos públicos aumenten.

Los derechos son relativos, no absolutos. Prestar atención a sus costos es simplemente otro camino –paralelo a las dos rutas recorridas con mayor frecuencia– hacia una mejor comprensión de la naturaleza matizada de todos los derechos, incluidos los constitucionales. Debería ser un complemento útil para los enfoques más familiares, entre otras cosas porque la teoría convencional de los derechos, que ignora los costos, ha fomentado una falta de comprensión generalizada de su función o su propósito social. Prestando atención a los costos de los derechos se descubre hasta qué punto su exigibilidad, tal como se lleva a cabo en la actualidad en Estados Unidos (y en otras partes), conlleva numerosos acuerdos y concesiones, incluso monetarias. Eso no significa que las decisiones deban ser tomadas por contadores, sino más bien que los funcionarios públicos habrán de tener en cuenta los costos presupuestarios.

Las finanzas públicas constituyen una ciencia ética porque nos obligan a llevar cuentas públicamente de los sacrificios que como comunidad decidimos hacer y a explicar a qué estamos dispuestos a renunciar para alcanzar metas más importantes. Para poder comprender cómo un régimen de derechos estructura y gobierna el comportamiento real, la teoría de los derechos debería contemplar esa realidad. Los tribunales que deciden sobre la exigibilidad de los derechos razonarán de manera más inteligente y más transparente si reconocen con toda honestidad que los costos afectan el alcance, la intensidad y la consistencia de la exigibilidad de los derechos. Y la teoría de los derechos sería más realista si examinara sin ambages la competencia por los recursos escasos que necesariamente se produce entre los distintos derechos básicos, y también entre esos mismos derechos básicos y otros valores sociales.

6. En qué difieren los derechos de los intereses

Muchas veces se dice que los derechos son afirmaciones con carga moral casi irrebatible, que deben ser distinguidas claramente de las afirmaciones de interés cotidianas. Los intereses siempre son asuntos de más o menos, lo que implica negociaciones y concesiones; los derechos, en cambio, son cuestiones de principios, que exigen una suerte de férrea intransigencia. Por lo menos eso tienden a decir muchos teóricos del derecho y otros tantos defensores de los derechos humanos. Ronald Dworkin –uno de los principales teóricos del derecho de Estados Unidos– ha formulado un punto de vista similar en forma memorable al describirlos como "cartas de triunfo" que pueden jugarse en los tribunales contra los funcionarios de gobierno.[51]

Esta metáfora capta un aspecto importante de la realidad jurídica estadounidense. Aun cuando ningún derecho pueda anular por completo cualquier otra consideración, los derechos sólo califican como "absolutos" en un sentido limitado. Cuando están en juego derechos básicos, el gobierno no puede invocar como justificación consideraciones mundanas para no defenderlos. Por lo tanto, los teóricos del derecho no hacen más que responder a las ideas que circulan entre la opinión pública y al lenguaje corriente cuando los conceptualizan como afirmaciones cualitativamente distintas de las meras declaraciones de interés. Las circunstancias atenuantes (por ejemplo, los costos exorbitantes o la escasez de recursos administrativos) pueden ser una excusa fácil para el go-

51 "Los derechos individuales son 'cartas de triunfo' que tienen los individuos." Ronald Dworkin, 1977, p. xi.

bierno para no proteger un simple interés. Pero esas mismas consideraciones sólo podrían excusarlo para no proteger un derecho en condiciones muy especiales y sumamente restringidas.

Dworkin ha reconocido muchas veces la necesidad de equilibrar un derecho contra otro y también la de, en ocasiones, restringir algunos, por lo demás importantes en nombre de valores sociales en conflicto y de mayor urgencia. No es posible anular derechos invocando la utilidad general, escribe, pero "un Estado puede justificar la anulación o la limitación de derechos por otros motivos" y "el más importante [...] de esos otros motivos evoca la noción de derechos en conflicto, que estarían en peligro si el derecho en cuestión no fuese limitado" (Dworkin, 1977, p. 193). Es posible que la libertad de prensa deba ser limitada por el derecho a la privacidad o a estar libre de calumnias. En sentido contrario, la libertad de prensa podría expandirse contrayendo el derecho a entablar demandas por calumnias. El derecho a efectuar negociaciones colectivas requiere la abolición legal del derecho a firmar los antiguos contratos, en los que el trabajador se comprometía "voluntariamente" a no afiliarse a ningún sindicato. Y así otros casos.

La restricción de las libertades civiles para combatir el terrorismo es sin duda lamentable, pero en el pasado ya se han hecho numerosas concesiones de este tipo y es evidente que volverán a hacerse. El "escrutinio estricto" no impidió –aunque debería haberlo hecho– que la Corte Suprema diera su bendición a la internación flagrantemente discriminatoria de los japoneses-estadounidenses en campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial.[52] Y no hay ninguna garantía de que no se produzcan violaciones similares cuando surjan razones pertinentes que, una vez más, resulten convincentes para los jueces.

La necesidad de una acción gubernamental ágil suele ser una razón en general aceptada para anular derechos importantes. Por ejemplo, se pueden confiscar propiedades sin aviso previo (acción que en una situación normal violaría el debido proceso

52 Korematsu *versus* United States, 323 US 214 (1944).

legal) tratándose de un cargamento de productos farmacéuticos peligrosamente adulterado o de un vehículo que transporta contrabando y está a punto de escapar de la policía. La libertad de información puede ser restringida, o definida en forma limitada, no sólo por motivos de seguridad nacional sino también para proteger datos delicados sobre los funcionarios del gobierno. En condiciones de emergencia se puede limitar de manera legal la libertad de movimiento para evitar la propagación de enfermedades fatales sumamente contagiosas. Y el derecho a circular en motocicleta sin casco puede ser abolido, en parte por los costos médicos y de rehabilitación que ese accionar impone al conjunto de la comunidad.

La tarea de los abogados se remite, en buena parte, a buscar excusas aceptables para acciones u omisiones que, de otro modo, serían consideradas ilegales o inaceptables. Como lo sugiere la categoría "homicidio aceptable", hasta el comportamiento más socialmente inaceptable puede justificarse en el terreno legal en circunstancias especiales (por ejemplo, en casos de defensa propia). Se pueden invocar factores atenuantes para justificar acciones tanto gubernamentales como privadas. La postura de considerar los derechos-como-cartas de triunfo implica que, si un gobierno restringe las libertades civiles, debe hacerlo en nombre de intereses públicos sumamente importantes. Para poder violar los valores constitucionales centrales, el Estado debe tener a su favor valores todavía mayores.

Pero si bien la idea de los derechos-como-cartas de triunfo encaja a la perfección con la noción de que a veces los derechos chocan unos con otros y también con los intereses públicos –por lo que casi siempre se requiere una acción judicial equilibradora–, no toma en cuenta la idea de que no pueden ser absolutos porque su exigibilidad depende de que los funcionarios encargados de exigirlos reciban en tiempo y forma parte de los limitados dineros públicos. Algunos conflictos entre distintos derechos son producto de que todos los derechos dependen de asignaciones presupuestarias limitadas. Las limitaciones financieras son el único impedimento para que todos los derechos básicos se hagan cumplir al máximo y al mismo tiempo. Los derechos siempre requieren o

implican concesiones y acuerdos de tipo financiero. Y, en cierta medida, los patrones de gastos son una decisión política. Prestar atención a los costos ayuda a explicar por qué algunos derechos de propiedad chocan con otros derechos de propiedad, por qué el departamento de policía local no puede proteger en forma adecuada la casa semiderruida de Jones si su único cuerpo de vigilancia ya está comprometido para cuidar la suntuosa mansión de Smith.

Por supuesto que algunos derechos básicos, como la libertad de expresión o el derecho a votar, no pueden comprarse y venderse en el mercado; la prohibición de comerciar derechos políticos pretende asegurar que el poder político no se concentre en ningún individuo o grupo. Esto significa que los derechos no son mercancías, en el sentido más simple de la palabra. Pero a medida que el precio aumenta, necesariamente la defensa de los derechos se vuelve más selectiva. La única manera de obtener bienes y servicios costosos es renunciar a alguna otra cosa de valor. El mundo del valor es complejo y el mundo de las posibilidades al alcance de uno es más vasto que el de las posibilidades al alcance de todos. No hay nada de cínico o peyorativo en admitirlo, ni tampoco en reconocer que ese patrón se aplica tanto a los derechos básicos como a las mercancías comunes. Por supuesto que eso no quiere decir que los derechos deban ser arrojados, junto con todo lo demás, a una gigantesca calculadora de costo-beneficio creada y manejada por economistas.

Aunque definir los derechos como absolutos es incorrecto desde el punto de vista teórico, esa postura es defendible por ser psicológica y retóricamente útil. Los libertarios civiles –al igual que los políticos, los vendedores de autos usados y los ejecutivos de publicidad– saben muy bien que la exageración tiene una función mnemónica, y también saben por experiencia que su fraseología intransigente a menudo les depara beneficios. Una hipérbole puede llamar la atención sobre lo que ellos estiman como necesidades apremiantes, aumentando así las probabilidades de que tanto los ciudadanos como sus representantes consideren determinados intereses con sensibilidad y seriedad excepcionales. Es posible que un énfasis (erróneo) en el carácter absoluto de la li-

bertad de expresión haga que los ciudadanos y sus representantes respondan con mayor firmeza cuando la presión a favor de la censura (injustificada) sea particularmente intensa. Sin embargo, esta actitud, asimismo, puede crear problemas, y la insistencia en que los derechos son absolutos puede conducir a la sobreprotección de algunos derechos en detrimento de otros que quizá se encuentren más desprotegidos. Y dado que la atención política es también un recurso escaso, cuanto más tiempo dedican los funcionarios a un asunto menos tienen para otros.

Una característica inevitable de todos los derechos legales, incluidos los constitucionales, es su anulabilidad. Y también cabe recordar otra razón importante, más allá de los costos, por la que los derechos legales deben estar siempre sujetos a limitaciones o reducciones: en realidad, se trata de poderes que pueden ejercerse legalmente sobre otros. Y los poderes siempre se pueden usar mal. Es necesario que los derechos estén sujetos a restricciones para evitar su explotación con fines perversos. Por ejemplo, el derecho a la defensa propia está bien definido en la ley estadounidense pero sólo es justificable porque, o en la medida en que, los tribunales están atentos ante cualquier intento de abusar de él. Uno no puede afirmar que actuó en defensa propia, por ejemplo, si no estaba en grave peligro. Del mismo modo, el derecho de un accionista a demandar a la administración de una compañía puede ser utilizado para acosarla y en última instancia para obtener un jugoso soborno por desistir del caso. Los legisladores y los jueces deben tomar en cuenta la posibilidad de demandas abusivas cuando determinan en qué condiciones no es válido el derecho a demandar. El sistema jurídico estadounidense todo el tiempo realiza ajustes correctivos y compensatorios para contrarrestar los efectos secundarios inesperados que necesariamente se producen cada vez que el gobierno otorga a los individuos facultades discrecionales para emplear el poder público... es decir, para meter la mano en la bolsa pública.

Pero el lector se preguntará: ¿no es verdad que algunos intereses humanos son bienes intrínsecos y no meramente instrumentales? Algunas cosas tienen valor sólo como medios, ¿pero acaso no hay otras que son bienes en sí mismas debido a lo bueno que

en última instancia producen? Es verdad que la libertad de expresión sirve para mejorar la calidad de la toma de decisiones pública y para reducir el nivel de corrupción del gobierno. ¿Pero no es valiosa también en sí misma, simplemente porque la censura es un insulto a la autonomía humana? La respuesta es afirmativa: hay algunos intereses que tienen un valor intrínseco. No obstante, incluso los bienes de este tipo tienen un costo: no pueden existir sin el esfuerzo público y sin un gasto sustancial de recursos. Proteger los derechos que son valiosos por sí mismos entraña peligros, consecuencias negativas, costos de oportunidad y otros problemas, porque son muy pocas las ganancias que no conllevan pérdidas. Así, el derecho a tener una audiencia cumple una función relacionada con la dignidad del individuo y no pretende exclusivamente propiciar o garantizar la averiguación correcta de los hechos. Pero si celebrar elaboradas audiencias resulta demasiado costoso, el gobierno puede no estar obligado a hacerlo. Los derechos de visita de los abuelos que son padres del progenitor que no tiene la custodia de sus hijos pueden parecer "sagrados" en cierto modo, y en efecto su valor no es meramente instrumental; sin embargo, en las jurisdicciones estadounidenses éstos son regularmente obliterados en los casos de adopción debido a una preocupación primordial por los intereses del niño.

En realidad, los derechos de los ciudadanos estadounidenses se expanden de modo constante y se contraen por efecto de la acción legislativa y judicial. Los derechos son intereses que, política y judicialmente, son altamente valorados en ese momento; pero no son sólo eso. En la cultura jurídica norteamericana, los derechos son intereses de un tipo especial. Prestar atención a su costo no invalida la distinción liberal fundamental entre éstos y los intereses. Hablar de los derechos es esencial porque eleva el umbral de justificación para interferir con intereses considerados especialmente importantes.

Cuando se trata de derechos, algunos argumentos no sólo no tienen peso suficiente sino que son por completo inadmisibles. Esto vale tanto para el derecho privado como para la Constitución. El deudor no puede negarse legalmente a pagar su deuda porque el acreedor sea un apóstata, aunque sí puede hacerlo, en

determinadas condiciones, si demuestra que el producto que recibió era defectuoso. Del mismo modo, nuestro sistema de libertad religiosa no permite al gobierno suprimir las prácticas religiosas de una minoría aduciendo que el dios de esa minoría no es el dios verdadero, aunque sí puede prohibir el consumo de alucinógenos en contextos específicos. Nuestro sistema de libertad política no priva a la gente del voto porque los que ocupan los altos cargos públicos teman el voto del pueblo. Nuestro sistema de libre expresión no permite al gobierno regular las ideas simplemente porque algunos funcionarios o ciudadanos crean que están erradas o son peligrosas, pero sí puede regularlas por otras razones. Y una vez que identificamos la categoría de las razones permisibles o no permisibles para actuar en cualquier sistema, nos acercamos a comprender qué significan en la práctica los derechos en tanto intereses de tipo especial.

Por ejemplo, el Departamento de Servicios Sociales del condado de Winnebago no pudo justificar el hecho de no haber protegido a un niño de la brutalidad de su padre invocando consideraciones raciales o religiosas. No podía decir "Protegemos a los niños blancos, pero no a los negros". Más allá de si la Constitución obliga o no al gobierno a proteger a los individuos de los daños y perjuicios de origen privado, semejante justificación habría sido prohibida sin atenuantes. Del mismo modo, un tribunal no puede negarle la custodia de su hijo a una madre blanca divorciada simplemente porque cohabite con un negro. Esa justificación del accionar del Estado está bloqueada. En ese sentido el sistema de derechos norteamericano es "absolutista": excluye de manera incondicional algunas razones y sólo proscribe condicionalmente ciertas acciones e inacciones.

En otras palabras: los derechos son regulatorios, no prohibitivos. Los tribunales estadounidenses no acostumbran defender los derechos constitucionales prohibiendo ciertas acciones gubernamentales por considerarlas ilegítimas. Más bien requieren que la rama o el nivel gubernamental involucrado aporten razones legítimas y sustanciales para las restricciones impuestas y las acciones cometidas u omitidas. Ésta es una de las maneras en las que el poder judicial de Estados Unidos contribuye a la responsabilidad de-

mocrática del gobierno: obligando a los poderes legislativo y ejecutivo, cada vez que éstos chocan con los intereses que han sido establecidos como derechos, a exponer en forma pública la legitimidad y la importancia de los objetivos que persiguen y la corrección de los medios que eligen. Los derechos excluyen ciertas justificaciones para la acción o la inacción.[53]

Para no malinterpretar los derechos como vetos insuperables que bloquean el camino de la política, cabe destacar la perenne necesidad de equilibrar intereses en conflicto. Pero la metáfora del "equilibrio" puede inducir a error tanto como la vaga idea de que los derechos son absolutos. Si todas las afirmaciones en conflicto deben ponderarse unas contra otras, entonces las afirmaciones de los derechos no son esencialmente diferentes de las de interés. Pero eso es una simplificación, porque cuando hay derechos en juego, el gobierno no puede justificar no exigirlos afirmando que del otro lado existen algunos intereses discernibles.

Éste es un fenómeno familiar en la vida cotidiana. Si un amigo nos dice algo en confianza, podemos traicionar esa confianza si fuera necesario para salvar la vida de nuestro amigo, pero no podemos ir contándolo por ahí simplemente porque es divertido divulgar sus problemas. Si un amigo se casa, podemos resolver no asistir a la boda si tenemos un hijo enfermo y no encontramos a alguien que pueda quedarse a cuidarlo, pero no podemos rechazar la invitación sólo porque a la hora de la ceremonia pasan nuestro programa preferido por televisión. Nuestra toma de decisiones ordinaria suele estar fundamentada en la exclusión de algunas razones que consideramos por completo irrelevantes y no simplemente de poca monta. De manera que, fuera del ámbito legal, la toma de decisiones también tiene un sesgo "absoluto" y no es una mera cuestión de equilibrio.

Lo mismo ocurre con las decisiones tomadas en la esfera jurídica. Al elevar determinado subconjunto de intereses a la categoría de derechos legalmente exigibles, la ley elimina, en forma nor-

53 Véase el examen de las razones de exclusión en Raz, 1993.

mal y momentánea, ciertas justificaciones del menú de razones aceptables para interferir. Pero como siempre existen justificaciones más persuasivas e igualmente admisibles, los derechos nunca llegan a calificar como no-negociables cuando su presunto o posible violador aporta razones legítimas y de peso suficiente para ignorarlos. Por lamentable que sea, la escasez de recursos es una razón legítima para no proteger un derecho. Las dos justificaciones del caso DeShaney, aunque en última instancia ninguna resulte convincente, reflejan a las claras esta poderosa verdad.

Entre los derechos constitucionales, uno de los más preciosos es la libertad de expresión. Vale la pena protegerla incluso, o sobre todo, en circunstancias extremas, porque vuelve mucho más probable la denuncia de las violaciones de otros derechos. Junto con sus muchas funciones psicológicas, morales, artísticas, religiosas y económicas, es una condición previa esencial para el autogobierno democrático. Contribuye a asegurar la responsabilidad política, a contener la corrupción gubernamental, a sacar a la luz del día los abusos de poder y a mejorar la calidad del diseño de políticas incorporando sugerencias y críticas de especialistas que no ocupan cargos oficiales y de la opinión pública en general. En los países menos desarrollados la libertad de expresión ayuda incluso a prevenir hambrunas (Dreze y Sen, 1996). Por eso muchas veces se dice que de la libertad de expresión y de comunicación dependen todas las demás libertades. No sorprende, entonces, que tenga un lugar especial en la cultura jurídica estadounidense y muchas veces sea considerada inviolable.

Sin embargo la expresión, al igual que otras formas de comportamiento público –cosa que siempre entraña riesgo de daño mutuo entre individuos y grupos particulares–, es regulada todos los días, y por buenas razones. Como ya dijimos, un derecho es un poder, y todo poder puede ser mal empleado. Los ciudadanos estadounidenses ciertamente estarían peor si el gobierno considerara que la libertad de expresión es intocable. En los libros hay leyes (razonables) que restringen el perjurio, el intento de soborno, la alteración de precios, la publicidad comercial engañosa o fraudulenta, la pornografía infantil, la conspiración, las amenazas de

asesinar al presidente y muchas otras formas de expresión. Ni siquiera los más puristas defensores de la libertad de expresión querrían abolir esas restricciones en nombre de la libertad y la autonomía individuales. En la práctica, los doctrinarios extremistas en esta área sólo intentan desplazar, en general relativamente poco, la línea trazada por las autoridades políticas y judiciales para regular la comunicación y la expresión. Y quienes afirman ser "absolutistas de la libertad de expresión" en realidad no lo son tanto. Algunas restricciones a la expresión son producto del sentido común, aun en una nación muy comprometida con la libertad de palabra. Seríamos menos libres si la libertad de expresión fuera una afirmación perentoria inmune a toda regulación, incluso aunque estén en peligro otros intereses o derechos importantes.

¿Pero qué principios nos ayudan a separar las expresiones protegidas por la Constitución de aquellas otras que no protege? Los juristas constitucionalistas han sido extraordinariamente creativos en la elaboración de esos principios. Pero en Estados Unidos, cada vez que se piensa que el derecho a la libertad de expresión tiene consecuencias socialmente inaceptables (incluyendo los indeseables costos sociales del perjurio y demás actos de expresión ilícitos enumerados más arriba), el derecho se reduce sin demasiados miramientos. La libertad de expresión queda comprometida cuando se percibe que los efectos secundarios del ejercicio ilimitado de ese derecho son excepcionalmente nocivos. Algunas de esas limitaciones son lamentables desde el punto de vista moral, pero otras no y, en todo caso, son políticamente inevitables. La libertad de expresión será limitada cuando el poder judicial decida que las razones para hacerlo tienen legitimidad y peso suficientes y no existan medios menos drásticos y más fáciles de aplicar (lo que equivale a decir "sin demasiado gasto"). Por el contrario, un derecho constitucional prevalece cuando no se encuentran justificaciones pública y judicialmente aceptables para limitarlo.

El polémico problema de la quema de banderas ilustra este punto. El gobierno no puede regularla alegando que los funcionarios públicos odian a los que protestan, o creen que es un acto particularmente detestable y antipatriótico, o temen que mucha gente se indigne ante esa expresión de furia contra el símbolo pa-

trio. Pero sí puede hacerlo por un motivo neutral, como evitar la destrucción de propiedad privada. La libertad de expresión se clasifica como un derecho precioso antes que como un interés ordinario debido a las condiciones fuertemente restringidas en que puede ser limitada.

En la época en que se redactó la Primera Enmienda, pocos de los involucrados tenían una idea particularmente radical de la libertad de expresión. La mayoría estaba de acuerdo en que un gobierno ordenado es una creación intrínsecamente frágil y vulnerable que es preciso proteger, en ciertas circunstancias, del poder potencialmente corrosivo de las palabras. Es obvio que no se proponían eliminar la regulación de todo lo que salía de una boca o de una pluma. Mucho se ha debatido sobre qué pensaban en realidad los redactores, pero nadie negará que la concepción actual del principio de la libertad de expresión es mucho más amplia que la de ellos (Leonard Levy, 1988, pp. 174-220). El significado de la libertad de expresión en Estados Unidos empezó a evolucionar en la década de 1790 y ha seguido desarrollándose hasta hoy. En determinado momento su alcance dependió de las cambiantes interpretaciones de una no menos cambiante Corte Suprema. Hoy, gastar dinero para lograr que un candidato sea elegido es una forma de libertad de expresión constitucionalmente protegida, pero quemar la orden de presentarse para el servicio militar no lo es. Esa exención no tiene nada de forzoso; cierta o errada, es literalmente una cuestión de interpretación.

En líneas generales, hoy el gobierno no puede castigar una expresión porque las ideas implícitas en ella ofendan a la gente. Algunos individuos y grupos pueden sentirse dolorosamente ofendidos por las ideas expresadas en un panfleto comunista, pero aun cuando el daño moral sea grande –aunque algunas personas caigan en una depresión suicida debido a la exposición prolongada a consideraciones ofensivas– ello no constituye una base legítima para la acción pública, por lo menos en Estados Unidos. En el contexto de la expresión, la indignación por el contenido de las ideas expresadas está del todo excluida como motivo que justifique una acción gubernamental. Cualesquiera sean las consecuen-

cias, el disgusto es inaceptable como razón para restringir la libertad de expresión. Incluso las tan discutidas restricciones al acoso sexual en el lugar de trabajo se justifican antes como una forma de impedir la discriminación en el empleo que por el disgusto que causan.

La libertad de expresión implica mucho más que un derecho contra la censura directa de las opiniones menos favorecidas. Todos los tiranos saben que pueden sofocar de manera eficaz las incómodas protestas públicas, incluso sin prohibir en forma explícita la expresión como tal, simplemente impidiendo el acceso a los sitios donde es probable que se organicen manifestaciones y mítines. Esto quiere decir que el derecho a la libertad de expresión, protegido por las leyes de Estados Unidos, incluye el de acceso a foros públicos y, como consecuencia lógica, el derecho a tener la seguridad de que determinados lugares públicos –como calles y parques– se mantengan abiertos y disponibles para manifestarse.

Desde esta perspectiva, la libertad de expresión no requiere simplemente que el gobierno se abstenga de intervenir, porque mantener los espacios públicos abiertos por lo general conlleva gastos públicos nada insignificantes, lo que presupone recaudación de impuestos obligatorios y también gastos. El derecho a pararse sobre un cajón de fruta e ingresar en un espacio públicamente subsidiado donde puede reunirse gente y donde todos aquellos que quieran hacerlo pueden manifestar impone costos a algunos ciudadanos en beneficio de otros. De hecho, la Corte Suprema ha puesto énfasis en que el gobierno no puede gravar a los usuarios inmediatos de la libertad de expresión –por ejemplo, aquellos que protestan en un parque público– por los gastos originados a raíz de actividades relacionadas con la expresión.[54] Todos los contribuyentes, incluso aquellos que no son dados a expresarse ni están interesados en protestar, tienen que pagar. Los paseantes no necesitan comprar entradas para recorrer la mayoría de

54 Véase Fordyce County, Georgia *versus* The Nationalist Movement, 505 US 123 (1992).

los parques públicos. Del mismo modo, los derechos legales son subsidiados por impuestos que se recaudan entre la comunidad en general, no por tasas pagadas exclusivamente por aquellos individuos que los ejercen en ese momento. Puesto que se trata de un arreglo necesario y no accidental, la redistribución parece inevitable en el campo de la protección de los derechos.

Todo esto puede tener implicaciones profundas porque, en marcado contraste con su razonamiento en el caso DeShaney, la Corte Suprema ha fallado que en el contexto de la libertad de expresión la Constitución puede requerir el subsidio gubernamental. ¿Cómo puede la Corte Suprema distinguir los casos? Tal vez quiera decir que la libertad de expresión, correctamente entendida, conlleva la necesidad de asignar una prioridad elevada en el presupuesto a los foros expresivos, cualesquiera sean los otros reclamos que compitan por los recursos de la comunidad. Eso podría implicar la clasificación de la libertad de expresión como un derecho y no como un mero interés de los ciudadanos. Pero si eso es lo que la Corte Suprema quiere decir, su estilo argumentativo –que ignora los costos– le impide formular su conclusión en términos suficientemente claros para permitir la crítica, o elucidar sus supuestos más profundos y hacer explícitas las implicaciones más amplias de su enfoque.

7. Exigir derechos significa distribuir recursos

El derecho a votar tiene costos, igual que cualquier otro derecho. Dejando de lado los gastos privados de las campañas políticas, las elecciones de 1996 probablemente les costaron a los contribuyentes estadounidenses entre 300 y 400 millones de dólares.[55] Desde luego, es difícil encontrar estadísticas precisas para toda la nación, lo cual se debe en parte a que los estados y los municipios cubren todos los costos públicos de las elecciones. El gasto federal es mínimo. Los contribuyentes del Estado pagan los costos de imprimir las listas o boletas electorales, los materiales de registro y las guías para los votantes, mientras que los contribuyentes municipales se encargan de los gastos de conseguir personal para los puntos de votación y hacer que éstos funcionen. Es necesario mantener ordenado y prolijo el cuarto oscuro, controlar que la prohibición de hacer propaganda junto a los puntos de votación se cumpla, y también detectar y evitar cualquier fraude en el voto. (Cabe recordar que la elección de un intendente le cuesta a la ciudad lo mismo que la de un senador o un presidente. Una vez hecha la inversión inicial para organizar un comicio, los costos adicionales de agregar más candidatos y más listas o boletas son mínimos.)

Como observara cierta vez el filósofo del derecho Hans Kelsen (1945, p. 88), "al derecho del ciudadano a votar corresponde el deber del funcionario electoral". Y a ese funcionario, podría haber agregado, normalmente hay que pagarle. Es preciso instalar puntos de votación en diversas ubicaciones, geográficamente dis-

55 Este cálculo aproximado se basa en la discutible suposición de que el costo por votante de una elección oscila entre dos y cinco dólares. Entrevista con Melissa Warren, Elections Division, Secretary of State of California, 25 de julio de 1997.

tribuidas para dar igual acceso a todos los votantes. En determinadas condiciones, la Constitución obliga a los estados a ofrecer procedimientos de votación *in absentia* a los presos que esperan ser procesados o cumplen condena por infracciones menores.[56] Y los gobiernos estaduales y municipales deben usar los ingresos generales de los impuestos para crear todas las condiciones previas necesarias para unas elecciones limpias, porque no pueden condicionar el derecho a votar al pago de una tasa de usuario o a un impuesto especial al voto. Ese subsidio gubernamental es necesariamente redistributivo.

Debido quizás a que los costos de las elecciones varían mucho de una ciudad a otra, los funcionarios municipales muestran una extraña renuencia a llevar una contabilidad precisa. Sin embargo, las cifras disponibles son inquietantes. En Massachusetts, una ley estadual aprobada antes de las elecciones presidenciales de 1996 ordenó que los puestos de votación estuvieran abiertos más horas. Poner en práctica esa diminuta enmienda de la ley les costó 800 mil dólares a los contribuyentes del Estado.[57] En California, cuyo gobierno ordenó un estudio de los gastos electorales, el costo de cualquier elección (ya sea de presidente, senador, gobernador, etc.) oscila entre 40 y 50 millones de dólares. Lo mismo vale para cualquier referéndum que requiera una boleta separada. Sólo los costos de impresión y correo de las guías para los votantes, incluyendo las que se imprimen en castellano además de inglés, pueden fluctuar entre 3 y 12 millones de dólares. Se calcula que en California el costo por votante es de entre dos y cinco dólares, dependiendo del sistema de cada municipio.[58]

En la actualidad, sería una violación constitucional del derecho al voto impedir que los tribunales prohíban las intolerables rede-

56 O'Brien *versus* Skinner, 414 US 524 (1974).

57 Entrevista con John Cloonan, Elections Division, Secretary of the Commonwealth of Massachusetts, 22 de julio de 1997. La ciudad de Boston gasta aproximadamente 300 000 dólares en cada elección.

58 Entrevista con Melissa Warren, ob. cit.

finiciones geográficas de los distritos según fronteras raciales. El dinero para esas medidas correctivas y en general para organizar y llevar a cabo elecciones libres y limpias proviene de contribuyentes voluntarios e involuntarios, de votantes y no votantes por igual. Votar sería un acto muy diferente, tendría un significado social muy distinto, si los votantes –y no todos los contribuyentes– fueran los únicos obligados a pagar una tasa para afrontar los costos públicos de una elección. Que el derecho a votar implique una forma moderada de redistribución forzosa por supuesto no es un argumento en su contra. En realidad, estamos tan habituados a los impuestos y los gastos que presupone un gobierno representativo, que simplemente los consideramos como algo natural.

Si tanto el derecho a la libertad de expresión como el derecho de voto requieren gastos públicos, presuponen decisiones redistributivas y son bienes relativos y no absolutos, es probable que lo mismo pueda aplicarse a los otros derechos. La Cuarta Enmienda garantiza protección contra requisas y confiscaciones ilegales. Obliga al gobierno a prestar un servicio que, en ciertas condiciones, puede resultar muy caro: vigilar atentamente el comportamiento de la policía e impedir las infracciones mediante un sistema de castigo ágil y confiable. Y si los ciudadanos quieren que los agentes de policía sean responsables de sus acciones, tendrán que financiar también las protecciones de procedimiento que los agentes acusados de infracción merecen. En la práctica, habrá que destinar recursos de los contribuyentes para asegurar que los agentes de policía que portan armas mortales no actúen en forma ilegal ni sean falsamente condenados por actuar en forma ilegal. La libertad privada depende de la calidad de las instituciones públicas.

Aquellos que propugnan los derechos como cartas de triunfo a veces también los interpretan como barreras que defienden los más caros intereses individuales contra una comunidad represiva o entrometida. El individuo invoca sus derechos para enfrentarse a la mayoría. Los derechos lo protegen del gobierno de la turba. Hay algo de verdad en esa idea contramayoritaria. Todos conocemos la figura del disidente solitario que lucha por su libertad de expre-

sar su disconformidad y el extranjero de otra religión que intenta practicarla contra la intolerancia y el fanatismo de la mayoría. Pero afirmar que los derechos son reclamos de un individuo solitario contra la comunidad donde nació y creció quizá no sea una descripción adecuada. Es evidente que la idea de que los derechos se erigen contra la comunidad es demasiado simple, en tanto éstos son intereses especiales a los que nosotros, como comunidad, hemos otorgado protección especial, normalmente porque afectan el "interés público" –es decir, porque implican los intereses de la comunidad en su conjunto o bien el tratamiento justo de sus distintos miembros–. Al reconocer, proteger y financiar los derechos, la colectividad está impulsando lo que en general se interpreta como los intereses más profundos de sus miembros.

Los derechos de propiedad estimulan a los individuos a mejorar su propiedad al permitir que éstos reciban los beneficios de las mejoras. Es un convenio social creado para fines sociales: tiene un efecto positivo perceptible sobre el valor de los bienes inmuebles y el *stock* de capital del país. Y otros derechos en apariencia individuales también son otorgados, diseñados, reformados, interpretados, ajustados e impuestos en forma colectiva, para impulsar el interés colectivo. Las instituciones públicas, incluyendo las legislaturas y los tribunales, protegen esos derechos por razones colectivas. Por supuesto que los derechos pueden operar "contra" la colectividad una vez conferidos a los individuos, y éste es un punto muy importante. El gobierno no puede confiscar una propiedad simplemente porque la mayoría quiera hacerlo, pero aun en esos casos, los derechos están garantizados en primera instancia tanto "por" como "para" la colectividad. Dado que no tiene existencia al margen de los individuos que la componen, la colectividad sólo puede definir, conferir, interpretar y proteger derechos si está políticamente bien organizada y si es capaz de actuar de manera coherente a través de la instrumentalidad de un gobierno responsable.

Convencido de que los derechos sirven a propósitos colectivos, el filósofo Joseph Raz (1995, p. 39) observa: "Si tuviera que elegir entre vivir en una sociedad que goza de libertad de expresión

pero no tener yo mismo ese derecho, o disfrutar del derecho en una sociedad que no lo tiene, yo no vacilaría en juzgar que mi propio interés personal estaría mejor atendido en la primera opción". En gran medida, el derecho a la libertad de expresión beneficia a los individuos debido a sus consecuencias sociales: reducir el riesgo de acciones desconsideradas por parte del gobierno, promover el progreso científico, estimular la difusión del conocimiento y asegurar que cualquier abuso u opresión gubernamental provocará protestas a veces clamorosas. Lo que más sufren los individuos en una sociedad sin libertad de expresión es, precisamente, lo que esa misma falta de libertad le hace a esa sociedad. También el derecho a un proceso justo, el derecho a no sufrir requisas o confiscaciones injustificadas y la libertad de religión impulsan el bienestar individual y social. En todos esos casos el derecho en cuestión ayuda a obtener bienes para muchos individuos, aparte de quienes ya lo están ejerciendo en ese momento. Por esa razón, la mayoría de los derechos se financian con las rentas generales en lugar de hacerlo con tasas de usuarios limitadas y específicas.

8. Por qué es inevitable hacer concesiones

En 1944, el presidente Franklin D. Roosevelt propuso una segunda Carta de Derechos con estas palabras:

> Hemos aceptado, por así decirlo, una segunda Carta de Derechos bajo la cual será posible establecer una nueva base de seguridad y prosperidad para todos, cualquiera sea su posición, raza o credo.
> El derecho a un trabajo útil y remunerado en la industria, el comercio, la agricultura o las minas de la nación.
> El derecho a ganar lo suficiente para tener alimentación, ropa y recreación adecuadas.
> El derecho de todo agricultor a cultivar y vender sus productos y obtener una ganancia que les dé, a él y a su familia, una vida decente. [...]
> El derecho de toda familia a un hogar decente.
> El derecho a recibir atención médica adecuada y la oportunidad de lograr y disfrutar de una buena salud.
> El derecho a una protección adecuada contra los temores económicos de la vejez, la enfermedad, los accidentes y el desempleo.
> El derecho a una buena educación.[59]

59 Franklin D. Roosevelt, "Message to Congress on the State of the Union" (11 de enero de 1944), en Roosevelt, 1969, vol. 13, p. 41.

Medio siglo más tarde, en todo el mundo todavía se discute qué derechos deben estar incluidos en la Constitución de un país. Por ejemplo: ¿tiene la Constitución que proteger el derecho a la asistencia social? ¿Cómo hay que entender los derechos a la vivienda, el bienestar y la alimentación? ¿Debe haber un derecho constitucional al empleo? Los detractores de Roosevelt se burlan de su intento de poner esos "derechos" en el mismo nivel que las clásicas libertades frente a toda interferencia estatal. Impugnan en forma enérgica la idea misma de constitucionalizar tales derechos, a pesar de que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptado por las Naciones Unidas en 1966), que ha sido copiado literalmente en muchas nuevas constituciones poscomunistas, considera las garantías sociales y económicas mínimas como equivalentes a las libertades civiles y los derechos políticos.[60]

Informalmente, se dice que los derechos al bienestar y otras garantías sociales y económicas son poco explícitos y expresan meras aspiraciones. No hay ningún punto en el que estén protegidos por completo. Eso es verdad, pero no debe inducir a pensar que los derechos de tipo más anticuado, como el derecho a no sufrir requisas y confiscaciones injustificadas o la brutalidad policial, sean plenamente exigibles. Quienes censuran los derechos al bienestar porque cuestan dinero no deberían dar por sentado que los derechos de propiedad deben ser totalmente salvaguarda-

60 La deferencia hacia la fraseología de los instrumentos internacionales de derechos humanos probablemente explica la inclusión de muchos derechos de costos prohibitivos en constituciones poscomunistas. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (firmado hasta ahora por 61 naciones, y que supuestamente "entró en vigor" en 1976) incluye el derecho a trabajar (art. 6), el derecho de toda persona a disfrutar de "condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias"(art. 7), protección especial para madres y niños (art. 10), "el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluyendo alimentación, vestido y vivienda adecuados" (art. 11) y "el derecho de toda persona a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental" (art. 12). *Twenty-Five Human Rights Documents*, 1994, pp. 10-16.

dos, dado que el contraste convencional entre los derechos de bienestar, que son sólo aspiraciones, y los de propiedad limitados tampoco sobreviviría a ningún escrutinio exhaustivo. Nuestra libertad de toda interferencia gubernamental depende del presupuesto tanto como nuestro derecho a la asistencia pública. Ambas libertades deben ser interpretadas. Ambas son impuestas por funcionarios públicos que, apoyados por dineros públicos, tienen un margen discrecional bastante amplio para interpretarlas y protegerlas.

El argumento de que las naciones pobres pueden permitirse la primera generación de derechos pero no la segunda no es del todo falso, pero, así expresado, es demasiado simple. Si los derechos de primera generación se toman en serio y resultan demasiado costosos, los países verdaderamente pobres tampoco pueden permitírselos. No pueden asegurar que el derecho a un proceso judicial justo sea siempre respetado en la práctica, como no siempre se respeta en los barrios pobres de Estados Unidos a pesar de la riqueza sin precedentes históricos de este país. Todos los derechos son vagos por la simple razón de que tienen costos y, por lo tanto, nunca pueden estar perfecta o completamente protegidos. Todos son aspiraciones.

¿Deben las naciones –pobres o ricas– incluir en la Constitución garantías sociales y económicas? Esto no es solamente una pregunta sobre la naturaleza esencial de los derechos en cuanto tales, sino también una cuestión sumamente pragmática, que plantea problemas de competencia institucional y de finanzas públicas que deberían ser resueltos teniendo en cuenta los recursos disponibles, los efectos colaterales previsibles y otros objetivos implícitos. Algunas argumentaciones filosóficas demuestran que ciertas garantías mínimas merecen ser clasificadas entre los intereses humanos básicos.[61] Es perfectamente obvio que las personas no pue-

61 Rawls, 1996, se refiere a la atención de salud básica, el empleo y una distribución del ingreso decente, y parece implicar algún tipo de ingreso mínimo.

den vivir una vida decente sin ciertos niveles mínimos de alimentación, vivienda y atención sanitaria. Sin embargo, proclamar que la evidente necesidad de asistencia pública es una necesidad "básica" tampoco nos llevará muy lejos. Una sociedad justa se aseguraría de que sus ciudadanos tuvieran alimento y vivienda; trataría de garantizarles una atención médica adecuada; se esforzaría por ofrecerles una buena educación, buenos empleos y un ambiente limpio. Pero ¿debería perseguir esos objetivos creando derechos legales o incluso constitucionales? Ésta es una pregunta imposible de responder con la teoría abstracta: todo depende del contexto.

Los que se oponen a constitucionalizar los derechos de bienestar en general fundamentan su argumentación con los siguientes lineamientos: una Constitución es un documento legal con funciones limitadas. Si un país trata de hacer legalmente obligatorio y judicialmente imponible todo lo que una sociedad decente requiere, su Constitución corre el riesgo de perder coherencia. Si los estadounidenses creáramos costosos derechos constitucionales a la vivienda y la atención médica, que de ser así dependerían en forma directa del estado de la economía, sobrecargaríamos nuestra Carta de Derechos. De hecho, si etiquetáramos como "derechos constitucionales" algunos servicios valiosos que a veces no podemos darnos el lujo de proporcionar, podríamos incluso rebajar las libertades estadounidenses tradicionales a los ojos de los ciudadanos, que empezarían a ver los derechos constitucionales como reclamos que se pueden atender o no, dependiendo de los recursos de que se disponga en el momento.

Si bien estos argumentos tienen cierta fuerza, como todos los derechos dependen del estado de la economía y las finanzas públicas, la decisión de constitucionalizar o no los derechos de bienestar no puede tomarse sobre esa base solamente. Si el tesoro está vacío, no podrá hacerse cumplir de manera confiable ni uno solo de los derechos valorados por los estadounidenses. Todos los derechos están protegidos sólo hasta cierto punto, y ese punto depende en parte de las decisiones presupuestarias sobre la asignación de recursos públicos escasos. Si los derechos tienen costos, entonces, nos guste o no, "la política es una carta de triunfo", como sostiene el aforismo del científico político B. Guy

Peters (1991, p. 3), que nos recuerda el papel inevitable de la decisión política en la creación del presupuesto público.

Algunos países (un ejemplo es Alemania) han constitucionalizado algunos derechos de bienestar sin abaratar visiblemente la libertad de prensa ni las garantías procedimentales. En cambio, el Estado de Bienestar estadounidense confía casi por entero en las leyes comunes, no en la Constitución. Pero esa distinción no es tan importante como parece. La demanda de derechos de bienestar surge enérgicamente en las economías y las sociedades modernas. El nivel de protección que reciben los derechos de bienestar se determina en su mayor parte en forma política y no judicial, tanto si están incluidos en la Constitución como si no.

Podría pensarse que los derechos constitucionales de segunda generación, a garantías mínimas de bienestar, serían indeseables en los países en desarrollo porque costarían mucho más que los de primera generación, a libertades más conocidas (una distinción de grado), porque otorgarían demasiado peso al poder judicial, porque no producirían retornos sociales adecuados o porque transmitirían un mensaje equívoco sobre el eje fundamental del gobierno; ésos son problemas prácticos. No obstante, considerar que los derechos de primera generación son "invalorables" y los de segunda son "costosos" no sólo es poco claro sino que estimula la fantasía de que los tribunales pueden generar su propio poder e imponer sus propias soluciones, con o sin el apoyo de las ramas ejecutiva y legislativa. El sistema judicial estadounidense puede ser o no el foro de los principios básicos, pero ciertamente es construido y mantenido por las ramas recaudadoras del gobierno, que proveen el combustible fiscal para alimentarlo y alojarlo, y en general, para mantenerlo vivo y en buen funcionamiento. Por lo tanto, concentrarse en el costo de los derechos sirve para arrojar luz sobre un aspecto importante y mal comprendido de la división de los poderes en Estados Unidos.

Si bien la Constitución estadounidense menciona muchos derechos, sería un error creer que su contenido específico está tallado en granito constitucional. El significado concreto de nuestros derechos constitucionales básicos probablemente no se mantendrá incólume durante treinta años. A medida que los viejos problemas

sociales desaparecen y surgen otros nuevos, la interpretación de los derechos naturalmente evoluciona. Afirmar que los derechos de los ciudadanos estadounidenses están cambiando constantemente no es, por cierto, defender el relativismo, ni tampoco equivale a decir que los intereses básicos difieren ampliamente en distintas culturas ni que los gobiernos deben definir los derechos como les dé la gana. Pero, desde el punto de vista descriptivo, los derechos dependen del contexto en varios aspectos importantes. Su interpretación y aplicación varían según las circunstancias cambiantes y de acuerdo con los avances o retrocesos del conocimiento. Un ejemplo revelador es la libertad de expresión. Lo que significa hoy en la jurisprudencia constitucional estadounidense contemporánea no es lo mismo que significaba hace cincuenta o cien años. El significado y las implicaciones de los derechos incluidos en la Primera Enmienda no han permanecido invariables en el pasado y es muy probable que sigan cambiando en el futuro.

Numerosas razones explican esa evolución incesante e impredecible. Los juicios sobre temas de valor, verdad y daño se modifican con el momento y el lugar. Pero hay otra variable más mundana, porque los derechos arraigan en el más movedizo de los suelos políticos, el del presupuesto anual, un proceso erizado de transacciones y concesiones políticas. Los derechos, erigidos sobre ese terreno incierto, tienden a ser menos inamovibles de lo que la necesidad de certeza legal podría llevarnos a desear. Por lo tanto, teniendo en cuenta esa realidad inestable, no deberíamos imaginar los derechos como algo ajeno al tiempo y al lugar, ni tampoco como entidades de carácter absoluto. Es más realista y productivo definirlos como poderes individuales derivados del hecho de ser miembro de, o estar afiliado a, una comunidad política, y como inversiones selectivas de recursos colectivos escasos destinadas a alcanzar objetivos comunes y resolver problemas que, en líneas generales, se consideran comunes a todos y urgentes.

Las constituciones de Alemania, México, Brasil, Hungría y Rusia incluyen, en diversas formas, el derecho a un ambiente seguro y saludable. (La medida en que esos derechos pueden hacerse valer a través del sistema judicial en esos países es discutible, pero en el mejor de los casos es modesta.) También en Estados Unidos hay

quienes han argumentado en forma enérgica en favor de que ese derecho de tercera generación rija en el ámbito nacional. Afirman que el interés por la protección ambiental es sistemáticamente subestimado en los procesos políticos normales y que las generaciones futuras merecen ser protegidas contra la degradación ambiental perpetrada por los que están vivos hoy, quienes por su miopía y egoísmo tienden a ser indignos de confianza como albaceas. Esas afirmaciones tienen un peso considerable como argumentos teóricos.

Sin embargo, aun cuando el interés por la protección ambiental adquiriese estatus de derecho judicialmente exigible, sólo estaría protegido hasta cierto punto y sus costos públicos crecerían en proporción directa al grado de protección otorgado. El cuidado del medioambiente es un asunto muy costoso. Ni siquiera el Superfondo (creado para asegurar la limpieza de basureros de residuos tóxicos abandonados) es ilimitado. Rescatar especies en peligro –que están a punto de extinguirse por haber sido cazadas y envenenadas en exceso– puede ser costoso. Y hemos dado sólo dos ejemplos. En Estados Unidos, más de 50 millones de personas siguen viviendo en áreas que no cumplen con las normas nacionales de calidad del aire. La nación ya gasta más de 130 mil millones de dólares en regulación ambiental, pero aún no está claro si nuestras regulaciones ambientales, en su forma actual, representan los usos más inteligentes de recursos limitados.

En la protección ambiental se presta cada vez mayor atención al fenómeno de "transacciones de salud x salud" (*health-health tradeoffs*), que ocurren cuando la regulación de un riesgo automáticamente aumenta otro riesgo (Graham y Weiner, 1996). Un abordaje absolutista o decidido de ciertos riesgos específicos bien puede incrementar los riesgos generales. Si el interés personal en estar libre de dióxido de azufre, que ciertamente no es nada trivial, fuera considerado un derecho absoluto, daría por resultado una amplia variedad de problemas sociales adicionales, incluyendo nuevos problemas ambientales; es posible, entonces, que la eliminación del dióxido de azufre condujera a sustitutos todavía más peligrosos o creara serias dificultades para disponer de los residuos. Inevitablemente, los recursos destinados a un problema

desviarán recursos de otros; si un gobierno canaliza la parte del león hacia la limpieza de basureros de residuos peligrosos puede encontrarse luego sin un centavo para ciudar el aire o el agua. La protección decidida contra riesgos ambientales muy visibles a veces pone en peligro intereses ambientales mayores, pero a más largo plazo. La protección agresiva contra los peligros de los accidentes nucleares puede hacer aumentar el precio y disminuir el suministro de energía nuclear, y de esa manera, incrementar la dependencia de los combustibles fósiles, que a su vez crean sus propios problemas ambientales. Por lo tanto, una actitud inflexible producirá confusión y arbitrariedad y, en conjunto, podría perjudicar los mismos intereses que quiere defender.

Para poder ser legislados y aplicados en forma sensata, los derechos a un ambiente seguro y saludable tendrían que canalizar recursos limitados hacia las cuestiones más prioritarias. El juez Stephen Breyer (1993), de la Corte Suprema, ha sostenido de modo enérgico que el mal establecimiento de las prioridades es uno de los principales obstáculos a la buena regulación. Esto sugiere que cualquier persona a quien corresponda hacer respetar los derechos medioambientales tendrá que tomar decisiones difíciles acerca de qué problemas y qué grupos tienen el reclamo más urgente sobre los recursos colectivos. Uno de los objetivos clave del sistema jurídico debería ser superar el problema de la atención selectiva, problema generalizado que surge cuando los implicados se concentran en un solo aspecto de la cuestión y excluyen todos los otros. En cierto modo, poner énfasis en el costo de los derechos podría ser una respuesta a esta cuestión. Así como hay transacciones de "salud x salud" también las hay de "medioambiente x medioambiente", por ejemplo, cuando la protección de la limpieza del aire hace aumentar los problemas de disposición de residuos sólidos; y, además, están las transacciones de "derecho x derecho", que surgen, por ejemplo, cuando el uso del sistema legal para proteger la calidad del medioambiente deja menos recursos disponibles para la defensa contra la violencia criminal.

El medioambiente casi siempre se disfruta en forma colectiva, y si el aire está más limpio o menos limpio, muchos o la mayoría de nosotros seremos afectados de manera positiva o negativa. Este

punto es importante porque cualquier "derecho" general a la calidad medioambiental podría implicar la capacidad de un demandante individual de exigir por lo menos niveles mínimos de calidad del agua o del aire para miles o incluso millones de personas. Los intereses medioambientales, convertidos en derechos judicialmente exigibles, podrían tener consecuencias colectivas serias tanto para los beneficios como para los costos. En efecto, implicarían una redistribución de recursos de unas personas a otras en forma de impuestos, y otra redistribución adicional en el momento del gasto.

Entonces, ¿cuál sería el efecto, en Estados Unidos, de la creación de un derecho constitucional a la protección del medioambiente? Algunos medioambientalistas dicen que un medioambiente sano es un bien absoluto y debe ser provisto "a cualquier precio". Pero la seguridad no es un concepto absoluto sino relativo. La pregunta no es "¿Es seguro o no?" sino "¿Cuán seguro es?" Alcanzar niveles más altos de seguridad requiere gastos públicos y privados, y quizá sea más conveniente gastar en otra cosa. Si fuera posible hacerlo valer en un tribunal, un derecho constitucional a un medioambiente seguro confiaría a los jueces la tarea de identificar hasta qué punto ese derecho ha sido respetado adecuadamente. Y entonces podríamos preguntarnos si los tribunales están mejor equipados para llevar a cabo esa tarea que para microadministrar los servicios sociales del condado de Winnebago. Ante todo, carecen de la capacidad de investigación necesaria en el terreno medioambiental para justificar sus decisiones de asignación de recursos. Además, no son responsables desde el punto de vista político, en el sentido de tener que responder. Y, lo que es igualmente importante, no tienen una visión general de la maraña de problemas económicos y medioambientales, visión que sería el requisito mínimo para poder decidir en forma racional que una determinada política es preferible a cualquier otra alternativa.

Esta incapacidad profesional de los jueces no significa, por sí sola, que el interés palpable de los ciudadanos por la calidad del medioambiente no tenga cabida en la Constitución. Posiblemente ese "derecho" debería ser creado e interpretado como una directiva para la legislatura, no para los tribunales. Tal vez ese "dere-

cho" no sería judicialmente exigible sino útil como arma de debate político. Posiblemente ese cuasi-derecho o derecho simbólico no estaría destinado a imponer un resultado determinado sino a señalar la importancia de los problemas medioambientales y denunciar la indiferencia del gobierno. Tal vez los tribunales podrían desempeñar un papel modesto y apropiado llamando la atención de la opinión pública hacia los casos en que los actores políticos han faltado visiblemente a sus responsabilidades, como pudo haberlo hecho la Corte Suprema en el caso DeShaney.

Si una nación determinada debe o no incluir en su Constitución un derecho a la calidad medioambiental es tema de debate. En las condiciones actuales, con un movimiento medioambientalista activo, vigoroso y casi siempre triunfante, una enmienda constitucional de ese tipo probablemente no tendría sentido en Estados Unidos. Pero si los derechos de tercera generación llegan a ser judicialmente exigibles alguna vez, no serán tan claros como parecen esperar tanto sus proponentes como sus críticos. Desde el punto de vista de las finanzas públicas, las tres generaciones de derechos no son tipos de reclamos por completo distintos sino un continuo. Ampliando los postulados del juez Breyer, podríamos decir incluso que todo el campo de la imposición de las leyes padece de un establecimiento erróneo de las prioridades. Casi siempre, la cuestión no es "¿Proteger o no?" sino "¿Hasta dónde hacerlo?" Cualquiera a quien corresponda exigir derechos legales tendrá que tomar decisiones difíciles sobre qué problemas, y qué grupos, tienen más derecho a los recursos colectivos en determinadas circunstancias.

Los que se ocupan de monitorear los casos de custodia de niños no son los únicos que deben soportar esa carga. Tal vez los ciudadanos sometidos a maltratos por la policía no estén en una posición muy diferente de la de Joshua DeShaney. Considérese su derecho a vivir libres de requisas y confiscaciones injustificadas. Está consagrado en la Constitución y no cabe duda de que es un derecho, pero no puede ser absoluto en el sentido de inflexible. Ningún derecho puede ser inflexible si su alcance depende de la cambiante interpretación judicial de una palabra tan vaga e indeterminada como "injustificado". Y, lo que es aún más impor-

tante, el derecho garantizado por la Cuarta Enmienda no puede ser absoluto a menos que los contribuyentes estén dispuestos a invertir las sumas enormes de dinero necesarias para asegurar que no sea violado con frecuencia en la práctica. El hecho de que la Cuarta Enmienda sea violada a menudo muestra que los contribuyentes no están dispuestos a hacer esa inversión.

Un agente de policía le dijo a uno de los autores que la Cuarta Enmienda no le daba "mucho trabajo", porque "yo no violo la Cuarta Enmienda a menos que yo diga que violé la Cuarta Enmienda, y yo nunca digo que violé la Cuarta Enmienda". Los funcionarios encargados del monitoreo no pueden hacer su trabajo con eficacia si no logran obtener información confiable de fuentes independientes sobre la mala conducta de los policías sospechosos de maltrato: los agentes de servicios tienen un incentivo palpable para trastocar y colorear los hechos cuando preparan informes para sus superiores, incluyendo el poder judicial. Los costos exorbitantes de la información a veces hacen que la protección, aun de los derechos más preciosos, resulte prohibitiva. El derecho a no sufrir requisas y confiscaciones injustificadas está garantizado en la Constitución, pero en la práctica es violado todos los días. Esto se debe, entre otras razones, a la política de creación de los presupuestos.

El derecho a la propiedad privada no sólo es financiado por la comunidad sino que su carácter indiscutiblemente no absoluto es una función de su costo, entre otras cosas. ¿Qué haría falta para asegurar que los derechos de los propietarios no se violasen nunca? El grado de cumplimiento de los derechos de propiedad en la práctica varía según las circunstancias históricas, la resolución política y las capacidades del Estado, incluyendo la abundancia o la escasez de los ingresos fiscales. En lo que atañe a la protección de la propiedad privada, un cuerpo político liberal (incluso libre de corrupción y parcialidades raciales) necesariamente cuidará sus escasos recursos con un ojo puesto en los otros propósitos sociales en juego. Es necesario mantener ciertos fondos de reserva, por ejemplo, para proteger y exigir otros tipos de derechos. Para defender los derechos de la sociedad en su conjunto de manera justa, un gobierno no puede gastar todo su presupuesto

anual en proteger los derechos de propiedad de unos cuantos individuos durante los primeros meses del año fiscal. Del mismo modo, ningún propietario estaría dispuesto a destinar el ciento por ciento de su riqueza y sus ingresos para obtener una protección policial el ciento por ciento perfecta de su patrimonio (que por eso mismo dejaría de existir).

La decisión sobre el grado de protección a otorgar a los derechos de propiedad sobrecarga las posibilidades de investigación y de contabilidad de los departamentos de policía, los organismos administrativos y los tribunales. Es verdad que se protegen en forma más selectiva que justa por otras razones menos agradables. Cuando los funcionarios policiales, cuyos salarios son pagados por los contribuyentes, dedican más tiempo a evitar y castigar los delitos cometidos en los barrios blancos ricos que en los vecindarios negros o latinos pobres, los derechos de propiedad comienzan a parecer intereses de los más fuertes con camuflaje legal. El cumplimiento o la protección parcializada de los derechos es, sin duda, una violación de la igualdad ante la ley. Pero aun cuando los agentes no favorecieran a unos grupos más que a otros, todavía serían selectivos al brindar protección contra ataques y robos.

Los derechos siguen siendo derechos aunque no siempre se los haga cumplir hasta el final, o ni siquiera todo lo que sería posible si los recursos fuesen más abundantes o los contribuyentes más generosos. En la exigibilidad de los derechos también pueden hacerse, y de hecho se hacen, negociaciones y concesiones. Los recursos escasos tendrán que ser asignados decidiendo entre monitorear a la policía y (por ejemplo) pagarle y capacitarla, entre monitorear a la policía y monitorear a los oficiales electorales, entre monitorear a la policía y ofrecer ayuda legal a los pobres, o dar cupones de comida a los pobres, educar a los jóvenes, cuidar a los ancianos, financiar la defensa nacional o proteger el medioambiente.

Moralmente, la protección incompleta de los derechos de propiedad es más fácil de tolerar que la protección desganada a los desvalidos contra palizas y asesinatos. A los derechos de propiedad les concedemos una protección especial, aunque no la máxima posible. Pero se podría preguntar si los derechos de algunos

estadounidenses a no ser maltratados o asesinados reciben el mismo nivel de atención que los intereses de otros estadounidenses en cuanto a la protección de sus derechos de propiedad. ¿El beneficio palpable de que Joshua DeShaney conservara las funciones normales de su cerebro recibió acaso el nivel más alto imaginable de protección administrativa? El grado de protección que se le concedió, ¿fue superior o inferior al que recibieron los propietarios de las mansiones de Westhampton? Parece haber algo obsceno en la comparación misma, por no hablar de lo incómodo de las respuestas que podrían darse a esas preguntas. Pero todo parece indicar que, en realidad, *ningún* derecho puede ser inflexible, porque la exigibilidad de los derechos, igual que cualquier otra cosa que tenga un costo, es por definición incompleta.

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. De hecho, nos lleva al borde de lo que quizás sea el más notable dilema filosófico de la teoría política estadounidense: ¿Qué relación hay entre la democracia y la justicia, entre los principios de la toma de decisiones colectiva –aplicables a todas las decisiones importantes– y las normas de justicia que todos consideramos válidas más allá de las decisiones deliberativas o la voluntad de la mayoría?

En el caso DeShaney, la Corte Suprema simplemente se equivocó al concluir que los derechos constitucionales nunca incluyen el derecho a recibir ayuda estatal. Pero estuvo en lo cierto en tanto implícitamente reconoció un problema grave, porque la protección de las vidas humanas implica decisiones de asignación y los jueces no siempre están en condiciones de determinar si un conjunto de asignaciones es mejor o peor que las alternativas realistas. El costo de los derechos no justifica el fallo del caso DeShaney. Sin embargo, en líneas más generales, la escasez de recursos es una razón totalmente legítima para que el gobierno no otorgue

protección absoluta a los derechos. Esto pone de manifiesto lo que tienen en común los derechos de las tres generaciones sucesivas: todos dependen de la contribución colectiva, pueden verse como inversiones selectivas de recursos escasos y son aspiraciones, porque ninguno se puede exigir nunca perfectamente ni por completo. Desde luego, también hay diferencias, pero las semejanzas son lo bastante fuertes para desmentir la idea de que los derechos propuestos e introducidos en fechas más recientes traicionan el espíritu básico de la Constitución de Estados Unidos.

TERCERA PARTE

Por qué los derechos implican responsabilidades

9. ¿Es posible que los derechos hayan llegado demasiado lejos?

John Redhail tuvo un hijo cuando todavía era un estudiante de escuela secundaria menor de edad, en Wisconsin. La madre de la criatura entabló una demanda judicial de paternidad, tuvo éxito y el tribunal ordenó a Redhail pagarle 109 dólares por mes hasta que el niño cumpliera 18 años. Indigente y desempleado, Redhail no cumplió con los pagos. Dos años más tarde se le negó la autorización para casarse con Mary Zablocki alegando que no había cumplido con la pensión alimentaria. De acuerdo con las leyes de Wisconsin de aquel momento, los que no cumplían con una obligación de ese tipo podían ser privados del derecho a contraer matrimonio.

La Corte Suprema de Estados Unidos dictaminó que la ley de Wisconsin en cuestión era inconstitucional.[62] El derecho a casarse, explicó, es "fundamental" y un Estado no puede hacer cumplir una orden de pago de pensión alimentaria a través del inusitado medio de negar la licencia de matrimonio. Negar la licencia no pone ningún dinero en manos de ningún niño, y existen otras estrategias de cobranza que no violan derechos consagrados en la Constitución.

¿Es justo que el derecho a casarse de un padre insolvente pese más que su responsabilidad moral hacia su hijo? Es evidente que esa libertad fundamental no podría existir en ausencia de procedimientos creados y manejados por el gobierno. En su forma ac-

62 Zablocki *versus* Redhail, 434 US 374 (1978).

tual, no es un producto de la naturaleza sino del gobierno. ¿No convendría limitarla cuando el hacerlo puede "enviar un mensaje" y tal vez contribuir a asegurar que los hombres cumplan con su deber social más elemental? Dado que la comunidad afronta los costos cuando un niño queda a cargo del erario público, ¿no puede entonces restringir la libertad de quienes están moral y legalmente obligados a mantenerlo? ¿Es posible que los derechos privados funcionen como pretextos para la evasión moral cuando son interpretados como reclamos perentorios? ¿Es justo que nuestras responsabilidades hacia la familia y la comunidad se debiliten y se esfumen a medida que se expande el campo de nuestras libertades individuales?

Detrás de estas preguntas legales acechan preocupaciones aún más profundas. La explosión de derechos que hemos presenciado recientemente en Estados Unidos, ¿se ha producido a expensas de ciertos deberes morales tradicionales? ¿Es que nuestra cultura política actual tienta a los individuos a actuar como les dé la gana sin prestar atención a las consecuencias, en especial a las consecuencias para otros? ¿Debería ser obligatorio para los estadounidenses –John Redhail y los que se encuentran en posiciones similares– olvidar sus deseos egoístas y efímeros, ponerse firmes y actuar en forma responsable? ¿Y qué tiene que ver el hecho de que los derechos privados, como el aducido por John Redhail, tengan costos públicos?

La idea de que los derechos "han llegado demasiado lejos" mientras las responsabilidades se reducían en forma proporcional ha devenido casi en lugar común. Suele decirse que en la década de 1950 los estadounidenses gozaban de menos derechos, insistían mucho menos en sus libertades personales y (supuestamente como consecuencia de ello) se tomaban con mucha seriedad sus responsabilidades tanto hacia sí mismos como hacia los demás. En claro contraste, a partir de los años sesenta el libertinaje asuela el país. Ahora los estadounidenses piensan que es una idea estupenda hacer cualquier cosa que tengan derecho a hacer, recibir un cheque todos los meses mientras se niegan a trabajar, abusar de las drogas y el alcohol, vivir en la promiscuidad o tener hijos fuera del matrimonio. Y esa fábula no ignora el perverso papel del gobierno en el

fomento de la decadencia cultural. Cuando la Corte Suprema presidida por Earl Warren y otros organismos gubernamentales empezaron a derramar derechos sobre los disconformes, los ciudadanos comunes comenzaron a descuidar sus deberes tradicionales. La irresponsable sobreprotección de los derechos por parte del gobierno contribuyó a generar el irresponsable descuido de las obligaciones por parte de la población.

Numerosas afirmaciones en este sentido surgen de una asombrosa variedad de fuentes: el ex presidente Clinton, Robert Dole, el juez de la Corte Suprema Clarence Thomas, el general Colin Powell, George Will, muchos miembros del Senado de Estados Unidos y una amplia gama de académicos que incluye a Mary Ann Glendon, Amitai Etzioni, William Galston y Gertrude Himmelfarb. Glendon (1993) dice temer que tanto "hablar de derechos" haya llevado a los estadounidenses a un individualismo y un egoísmo mayores, que la cultura de los derechos ha devaluado políticamente el altruismo, la preocupación por los demás y la ayuda mutua. Will, Galston y Powell sostienen la necesidad de resucitar la "vergüenza" como medio de inculcar la sobriedad y la disciplina. Himmelfarb habla de "desmoralización de la sociedad", haciendo referencia a la desaparición general de la moral de nuestro mundo social, y establece comparaciones poco halagüeñas entre los degenerados Estados Unidos de hoy y la Inglaterra victoriana, donde el respeto omnipresente por las virtudes morales supuestamente aseguraba una mayor responsabilidad social. Muchos críticos lamentan que durante las décadas de 1960 y 1970 la Corte Suprema haya sido tomada por la contracultura de la promiscuidad. De ahí en adelante se consagró a derrochar derechos en los rebeldes, los indignos de confianza y los que se desvían de la norma. Dicen que así fue como Estados Unidos inició su actual decadencia.

La idea de que los derechos son intrínsecamente corrosivos de los deberes es particularmente atractiva para los conservadores que critican los programas sociales destinados a ayudar a los pobres, pero también hay liberales que comparten esas aprensiones. Los dos extremos del espectro político identifican los derechos con la irresponsabilidad y la atenuación del sentido del deber,

aunque piensen en formas de laxitud moral diferentes. La derecha insiste en el libertinaje de los pobres mientras la izquierda deplora el de los ricos. Típicamente, los conservadores denuncian la conducta inmoral de las jóvenes madres negras sin ninguna preparación y acostumbradas a vivir de la asistencia pública. Afirman que los derechos de bienestar social minan la responsabilidad al regalar cheques a gente que se niega a salir de la cama por la mañana, vestirse y presentarse puntualmente a su trabajo. Los liberales, por su parte, aborrecen la conducta indecorosa de los que trafican con bonos basura, de los altos ejecutivos que perciben sueldos exorbitantes, de los contaminadores industriales y de las compañías que se trasladan por un pequeño aumento de sus beneficios sin considerar cómo afectará el cierre de esa planta a la fuerza de trabajo y a la comunidad abandonada. Acusan a los privilegiados de exhibir una actitud de total despreocupación por todo lo demás en su amor por la propiedad y los privilegios propios. Un bando está obsesionado por la falta de responsabilidad individual, el otro se indigna, en cambio, por la falta de responsabilidad hacia los demás. Pero ambos desearían restringir la libertad de todos aquellos que no cumplen las reglas morales básicas. En ese sentido, John Redhail –que afirma en forma descarada sus derechos mientras esquiva furtivamente sus responsabilidades– es un epítome de lo que cada bando cree que anda mal en Estados Unidos.

¿Pero es verdad que Estados Unidos hoy padece la cultura del "vale todo"? ¿Es cierto que la mayoría de los estadounidenses persigue sus intereses o busca satisfacer sus impulsos inmediatos sin detenerse a pensar en las consecuencias sociales? ¿Y se puede afirmar que la causa de ese culto de la despreocupación, suponiendo que exista, es una supuesta "explosión de derechos"? ¿En qué sentido la mentalidad de los que se creen "con derecho a tener derechos" es causa, si es que lo es, de la desintegración de la familia, de la permisividad sexual y del fin de la ética del trabajo? Con frecuencia se nos pide que creamos que a lo largo y a lo ancho del país los individuos están abandonando sus responsabilidades para correr a reclamar sus derechos y que la moralidad ha desaparecido de la ley. Dado que los derechos son en última instancia már-

genes de tolerancia o exenciones del control, se nos dice que la conducta irresponsable está programada en el código genético del régimen estadounidense, basado en los derechos. En ese sentido, una vez que los derechos a divorciarse y a vivir de la asistencia social llegaron a ser aceptados sin vergüenza en Estados Unidos, los ciudadanos del país empezaron a pensar que no hay nada –por egoísta o autodestructivo o antisocial que sea– que no estén autorizados a hacer. Para detener el proceso de desintegración social en marcha es necesario entonces curar a los estadounidenses de su patológico apego a las libertades personales.

HABLAR DE RESPONSABILIDADES

Deberíamos pensar con mayor responsabilidad sobre la responsabilidad. El aumento de las conductas criminales, ¿es resultado de la exigibilidad de los derechos, o de cambios demográficos, tecnológicos, económicos, educacionales y culturales, en buena medida independientes de los derechos? Aun si ciertos derechos, en conjunto, han hecho que la conducta irresponsable aumente en algunos dominios, las grandes generalizaciones causales son siempre dudosas. La "conducta responsable" podría definirse como aquella que reduce los daños para uno mismo y para otros. ¿Podemos afirmar de manera plausible que ha habido en la sociedad estadounidense una reorientación general que se aparta de las responsabilidades (así entendidas) para acercarse a los derechos?

En la actualidad, en muchas esferas de la vida social las personas rehúyen sus deberes, actúan en forma desconsiderada, ignoran problemas serios de los demás y, en general, deberían actuar de manera más responsable. Pero eso no es una innovación de los últimos treinta años; de uno u otro modo, siempre ha sido así. Hoy ocurre lo mismo incluso en países donde los derechos individuales no se respetan en absoluto o son totalmente desconocidos. ¿Entonces qué es lo que la cultura de los derechos ha agregado a la persistente tendencia de la humanidad a la temeridad, la insensibilidad al prójimo y el pensamiento a corto plazo?

Ya hemos examinado extensamente dos posibilidades. Si se interpretan como inmunidades negativas a la influencia del gobierno o como reclamos no negociables, los derechos pueden en efecto convertirse en fórmulas que fomentan la irresponsabilidad. Si los propietarios se convencen de que sus derechos de propiedad están perfectamente seguros si el gobierno sale de escena, es posible que subestimen la medida en que sus libertades individuales dependen de las contribuciones de la comunidad. Cuando los defensores extremistas de las libertades civiles afirman que un pequeño número de derechos es absoluto, es posible que no tomen en consideración las consecuencias distributivas de gastar recursos escasos en el limitado conjunto de los que ellos han identificado como los intereses sociales más urgentes. Los que creen tener derecho a seguir determinada conducta quizá no entiendan que no está bien hacer lo que tienen derecho a hacer. De manera que sí: cuando los derechos son mal entendidos o mal interpretados, pueden fomentar conductas irresponsables.

Sin embargo, es difícil separar los derechos de las responsabilidades, porque son correlativos. Su dependencia mutua, su esencial inextricabilidad, hace que resulte poco plausible decir que se "ignoran" las responsabilidades porque los derechos "han llegado demasiado lejos". Añádase a esto la salvedad de que los derechos son inmensamente heterogéneos. El derecho a participar en negociaciones colectivas, en última instancia, ¿es des-responsabilizante? ¿Y qué hay del hábeas corpus? ¿Y el derecho a un proceso justo? ¿El derecho a la defensa propia? ¿El derecho a votar? Los derechos a un proceso justo y a igual tratamiento no les dicen a los funcionarios gubernamentales que estamos en el reino del "vale todo".

El derecho contractual común prohíbe a los tribunales de Estados Unidos imponer el pago de deudas irresponsables, como las contraídas entre jugadores. Tales prohibiciones son naturales, porque el derecho mercantil en su conjunto es un sistema destinado a hacer cumplir responsabilidades sociales. El derecho del que ha recibido una promesa a demandar al prometedor por haberla roto es un ejemplo clásico de la tesis según la cual los dere-

chos y los deberes son correlativos.[63] Y ese patrón es general. Si Smith tiene derecho a su propiedad, entonces Jones tiene el deber de no entrar en ella sin permiso. Si Jones tiene derecho a un porcentaje de las ganancias de su *best-seller*, entonces el editor tiene el deber de mandarle lo que le corresponde. Para proteger los derechos de Smith, que no fuma, el gobierno debe aumentar las responsabilidades de Jones, que fuma. Si la libertad de religión de Jones está garantizada por la Constitución, los funcionarios públicos tienen el deber de tolerarla. Si Smith tiene derecho a vivir libre de discriminación racial en su trabajo, los patrones tienen el deber de ignorar el color de la piel de Smith. Si Jones en un proceso penal tiene derecho a excluir pruebas en su contra obtenidas en forma ilegal, la policía tiene el deber de conseguir una orden de allanamiento antes de registrar su casa. Si Smith tiene derecho a demandar a un periódico por calumnias, el periódico tiene el deber de verificar sus artículos antes de publicarlos.

En otros tiempos Estados Unidos negaba a los afronorteamericanos esclavizados el derecho a poseer bienes o a hacer contratos, a cuidar a sus hijos y a votar. Esas prohibiciones no tienden a inculcar hábitos de responsabilidad. La responsabilidad social no florece en las sociedades en las que los derechos liberales son débilmente exigidos, es decir, donde abundan las conductas predatorias entre extraños. Por el contrario, la historia parece indicar que la ausencia de derechos es el mejor caldo de cultivo para la irresponsabilidad individual y social. También en este sentido más sociológico, los derechos y las responsabilidades están lejos de contraponerse.

Al contrario de lo que afirman los que piden mayor responsabilidad, el sistema legal estadounidense contemporáneo, lejos de reflejar el principio anarco-libertario de que "vale todo", articula públicamente e impone de manera coercitiva montañas de prohibiciones

63 Una calificación de estas afirmaciones sobre deberes y derechos, no esencial para nuestro propósito aquí, surge de Raz, 1986, pp. 183-186.

legales. Y muchas de esas restricciones coercitivas fueron creadas en las décadas –supuestamente adversas a cualquier responsabilidad– de 1960 y 1970, incluyendo reglas contra la degradación del medioambiente, contra los lugares de trabajo peligrosos y contra el acoso sexual a las mujeres trabajadoras. Y hay restricciones importantes mucho más antiguas, como la regla en contra de que aficionados sin título se hagan pasar por oftalmólogos en un consultorio particular. En la actualidad, el gobierno limita el derecho de las compañías tabacaleras a publicitar sus productos aduciendo que ese discurso comercial, en otros sentidos protegido, reduce la conducta responsable entre los jóvenes. (La adicción significa exactamente eso: los individuos adictos no pueden, en un sentido liso y llano, "elegir libremente" no fumar: en consecuencia, cuando se trata de sustancias adictivas, el gobierno no puede fomentar la libertad individual adoptando una posición de *laissez-faire*.) Las leyes de Estados Unidos están lejos de ignorar la responsabilidad social. La idea de que la responsabilidad social de los estadounidenses ha disminuido en general desde la década de 1960, a pesar de estar respaldada por muchas anécdotas divertidas, no encuentra apoyo confiable en la evidencia.

A medida que pasa el tiempo, los derechos y las responsabilidades se van reconfigurando como cosa de rutina; ahora los individuos actúan en forma responsable en campos en los que antaño no lo hacían, y viceversa. En algunos casos, al menos, han renunciado a derechos de los que antes gozaban. He aquí algunos ejemplos:

- Las normas sociales, y a veces la ley, ahora se oponen al comportamiento destructivo para el medioambiente. En muchos círculos, aquellos que arrojan basura en espacios públicos reciben la desaprobación social. El reciclaje se ha hecho común, la gente recicla voluntariamente. Las compañías realizan una amplia gama de actividades destinadas a reducir la contaminación, presumiblemente para evitar la desaprobación social y actuar de manera responsable. Uno de los programas medioambientales más eficaces

exige a las compañías poner a disposición de los contribuyentes información acerca de sus residuos tóxicos. Respondiendo a la presión de los contribuyentes, las compañías han reducido en forma sustancial sus emisiones. Un ejemplo más trivial, pero notable a su manera: en las grandes ciudades, las personas limpian el excremento de sus perros en la vía pública.

- En general, el número de fumadores ha descendido. De 1978 a 1990 hubo una caída muy marcada en el consumo de cigarrillos. La disminución fue especialmente notable entre los jóvenes afronorteamericanos, que han venido ejerciendo la responsabilidad donde antes sólo gozaban de sus libertades. La proporción de fumadores entre individuos de color de 18 a 24 años cayó del 37,1% en 1965, al 31,8 % en 1979, al 20,4% en 1987, al 11,8 % en 1991 y al a 4,4 % en 1993. (Desde esta última fecha ha habido un aumento desalentador, pero en comparación con años anteriores el porcentaje sigue siendo bajo.) Parte de esa reducción deriva del hecho de que los fumadores ya no gozan de los derechos legales que antes daban por sentados: en muchos lugares hoy fumar es ilegal. Y en parte también refleja una creciente toma de conciencia de que fumar es dañino para uno mismo y para los demás.
- Los empleadores, que antes podían despedir empleados a su antojo, ya no disfrutan de ese derecho; por lo menos no como en los años cincuenta. Gracias a la Ley de Salud y Seguridad en el Trabajo (*Occupational Safety and Health Act*), las leyes de derechos civiles, las nuevas y más modernas leyes sobre las compensaciones a los trabajadores y el desarrollo del derecho común, la autoridad de los patrones para despedir empleados presenta restricciones importantes. Ahora los empleadores tienen la obligación legal de proveer un lugar de trabajo seguro y ya no pueden despedir

trabajadores por razones discriminatorias. También las normas sociales se oponen a los despidos irresponsables (es decir arbitrarios).

- En otros tiempos, docentes y empleadores eran libres de practicar el acoso sexual. En realidad, hasta hace poco la categoría misma de "acoso sexual" no existía, y tanto las normas sociales como la ley autorizaban a buscar favores sexuales de aquellos subordinados sobre los cuales ejercían poder. En esencia, docentes y empleadores tenían permiso para dedicarse a lo que hoy se castiga como una conducta acosadora. Por lo tanto, un derecho tradicional ha sido legalmente anulado. En ese terreno cada vez se difunde más la conducta responsable, en parte debido a las nuevas leyes y en parte a los patrones de desaprobación social que están induciendo a los hombres a actuar de manera más responsable.
- En muchos estados los hombres ya no tienen el derecho legal de violar a sus esposas. Gracias a la nueva legislación, los maridos deben actuar en forma más responsable. La relación sexual debe ser consentida, aun dentro del matrimonio.
- Hasta hace poco las declaraciones racistas y antisemitas eran comunes incluso en lugares relativamente públicos. Esas afirmaciones en su mayoría siguen sin estar reguladas por la ley y los fanáticos tienen el derecho legal de lanzar insultos raciales si lo desean. Pero muchos estadounidenses se abstienen de hablar en esas formas irresponsables, o por lo menos lo hacen con menor frecuencia que antes. En este sentido al menos, la civilidad ha aumentado.

Esto quiere decir que, a pesar de que en algunas áreas la conducta social y personalmente responsable ha mermado, hablar de una disminución generalizada de la responsabilidad es exagerar mucho. En realidad no sería difícil preparar un informe autocomplaciente sobre la nueva ola de responsabilidad en Estados Unidos:

podría decirse que, si antes los estadounidenses se aferraban con pertinacia a sus derechos, ahora han aprendido a actuar con generosidad, conciencia social e interés por el prójimo. ¿Pero por qué responder a una descripción a medias inventada con otra del mismo tenor? Lo que ha ocurrido en los últimos veinte años es un proceso de evolución legal totalmente normal, en el que tanto los derechos como los deberes se han redefinido. La ley ha reconocido algunos derechos nuevos y a la vez ha suprimido algunos de los viejos.

No interesa aquí si todos esos procesos recientes son deseables o bienvenidos. Pero sí cabe esperar este tipo de modificaciones. Tanto las leyes como las normas sociales han cambiado en ese período, como nunca cesan de hacerlo. ¿Quién sabe qué tipos de responsabilidades e irresponsabilidades habrán producido las nuevas leyes y las nuevas normas dentro de treinta años?

La dicotomía entre derechos y responsabilidades tiende a inducir a error porque muchos derechos se crean específicamente para hacer más responsable al gobierno. El derecho a excluir testimonios obtenidos bajo presión está destinado a impedir que los policías que arrestan e interrogan a los sospechosos obtengan confesiones mediante palizas. De hecho, la mayoría de los derechos constitucionales fue pensada para inducir a una conducta responsable a los funcionarios del Estado. Son incentivos a la autodisciplina, en parte –aunque no sólo– porque los derechos implican deberes. En particular el derecho a votar y la libertad de prensa supuestamente, y a veces efectivamente, tienen un efecto ejemplificador sobre los funcionarios, que saben que pueden perder su cargo o quedar en ridículo ante los contribuyentes.

Cuando el derecho estadounidense impone la responsabilidad social, por lo común no lo hace en nombre de un código de conducta ideal. Las leyes de Estados Unidos generalmente imponen responsabilidades como contrapartida, o como condición previa, de los derechos. Las responsabilidades de los que contaminan reflejan como un espejo los derechos de los contribuyentes a un medioambiente no contaminado. Los fumadores y los empleadores tienen deberes porque los no fumadores y los empleados tienen derechos. El delito de violación marital evidentemente impone

un deber en nombre de un derecho. Los derechos de los accionistas son los deberes de los directores y administradores de las empresas.

Para respetar los derechos de su acreedor, el deudor tiene que actuar en forma responsable. Lo mismo debe hacer un gobierno que respete los derechos contractualmente establecidos de todas las partes sujetas a su jurisdicción. El derecho de propiedad inhibe el robo privado y los caprichos confiscatorios de los funcionarios públicos, haciendo que tanto los ciudadanos comunes y corrientes como los funcionarios públicos actúen de manera más responsable de lo que quizás tenderían a hacerlo. Además, el gobierno que promueve y exige derechos sólo podrá hacerlo canalizando recursos fiscales escasos hacia usos públicos y no hacia los bolsillos de los funcionarios corruptos. La compensación justa y completa por cualquier propiedad expropiada para fines públicos requiere un sistema de finanzas públicas que funcione bien. Por lo tanto, el simple hecho de que tengan costos demuestra por qué los derechos conllevan responsabilidades.

En realidad, el costo de los derechos nos permite ingresar en el debate sobre derechos y responsabilidades por una puerta lateral. El derecho de propiedad tiene costos porque, para protegerlo, el gobierno tiene que contratar agentes de policía. Aquí entra a tallar la responsabilidad, primero en la canalización honesta de los dólares de los contribuyentes hacia los salarios de los policías. Y aparece por segunda vez cuando el gobierno, con un gasto considerable, capacita a los agentes de policía para respetar los derechos de los sospechosos. Y todavía entra una tercera vez cuando el gobierno, de nuevo a expensas de los contribuyentes, monitorea la conducta de la policía y disciplina los abusos para impedir que los agentes recorten los derechos y las libertades civiles, por ejemplo irrumpiendo sin permiso en casas particulares, plantando evidencia o golpeando a sospechosos. Dicho de otro modo, prestar atención al costo de los derechos nos permite comprender mejor la relación de apoyo mutuo entre derechos y responsabilidades. Y lo mismo vale cuando pasamos de los derechos clásicos a los derechos típicos del moderno Estado regulador.

La letanía de Derecha e Izquierda sobre la "desintegración social" sin duda seguirá dominando los debates políticos estadounidenses, porque en apariencia responde a necesidades inconscientes. Y no es fácil acallar las quejas de ese tipo con evidencias o con argumentos. Pero cabe recordar que esas quejas se basan en una conceptualización errada de los derechos, y demostrarlo puede ser útil.

LA MORAL EN LA LEY

Hay que admitir que las leyes estadounidenses conceden a los individuos el derecho a hacer cosas que se consideran moralmente incorrectas. Ésta es una característica no accidental sino esencial de todo régimen liberal, y en realidad de cualquier país libre. Los ciudadanos estadounidenses tienen el derecho legal a actuar de formas que las personas responsables o moderadamente cuerdas evitan de manera escrupulosa. Por lo tanto, si las leyes estadounidenses tienen un origen moral, éste no coincide con la sensibilidad moral de la comunidad.

Sin embargo, esa indiferencia de la ley hacia la moral no debe exagerarse. Es verdad que los códigos morales que rozan la ley han cambiado, pero no han desaparecido, y a fin de cuentas ni siquiera está claro que se hayan reducido. Por ejemplo el Código Civil está atiborrado de categorías con fuerte carga moral, como "negligencia" y "temeridad", que en la rutina diaria guían las decisiones del Estado. En las últimas décadas las restricciones legales con carga moral a la conducta nociva han aumentado, no disminuido, en campos como la protección del consumidor y la responsabilidad del fabricante. En el derecho penal, la percepción de que el acusado obró con "ánimo violento y maligno" o "un estado mental culpable" continúa influyendo en las decisiones tanto de los fiscales como de los jueces. Y en Estados Unidos, a diferencia de otros países occidentales, cualquiera que cause una muerte mientras comete un delito, aunque sea en forma accidental, puede ser acusado de homicidio, en un intento quizás

inútil de hacer que los delincuentes actúen de manera más responsable mientras cometen sus delitos menores.

En este sentido, la lista de delitos contra la moral que todavía se castigan en Estados Unidos es bastante impresionante: violación, especialmente de menores, incesto, exhibición indecente, prostitución, pornografía infantil y conducta lasciva u obscena (Posner y Silbaugh, 1996). Las borracheras frecuentes constituyen un motivo de divorcio en la mayoría de los estados. El adulterio sigue siendo ilegal en muchos de éstos, como asimismo para la ley militar estadounidense. Y el derecho estadounidense reconoce la moral también en otro sentido: escribir o decir que una persona es inmoral –que busca aventuras sexuales o ve películas pornográficas o es avara o cometería algún delito si no tuviera miedo de ser atrapada– es susceptible de demanda judicial en algunos estados y no requiere que el demandante demuestre haber sufrido algún daño. En otras palabras, la moral no ha desaparecido de nuestros tribunales ni de nuestras calles.

Además, la responsabilidad suele ser producto de la ley. El derecho a conducir un vehículo no incluye el de hacerlo en forma irresponsable. De hecho, desde 1960 la ley ha impuesto cada vez más, no menos, restricciones a los fabricantes y a los automovilistas con el objeto de aumentar la seguridad. Los cónyuges todavía son responsables, cada uno, por las deudas del otro. En muchos estados todavía es muy difícil desheredar a un cónyuge. Además, los estadounidenses muestran una proporción notable de cumplimiento de las normas tributarias (más del 90% lo hace plenamente), mucho más que los ciudadanos de otros países donde el individualismo y los derechos individuales tienen un papel menos conspicuo en la idea que de sí misma tiene la sociedad. La enorme tasa de evasión impositiva en Rusia, por ejemplo, no surge de un apego culturalmente arraigado a los derechos individuales. Sin embargo, los visibles aumentos de la responsabilidad no sólo resultan del temor a las sanciones civiles y penales: sin algo de "virtud cívica", sin duda respaldada por la percepción pública de que el gobierno gasta los impuestos recaudados en forma más o menos responsable, de que la mayoría de la gente hace lo que debe, y en particular de que los más ricos no están del todo

exentos de pagar impuestos, los costos de administración del IRS –la Dirección General Impositiva– serían mucho mayores.

LOS DERECHOS COMO RESPONSABILIDADES LATENTES

Una persona acusada de haber cometido un delito tiene derecho a salir de la cárcel pagando una fianza (no excesiva) antes de su proceso con el objeto de preparar mejor su defensa. En ese caso, el poseedor del derecho tiene derecho a actuar en forma responsable. Los derechos no sólo implican responsabilidades frente a otros poseedores de derechos, sino que los propios poseedores de derechos a veces se vuelven más responsables en virtud del ejercicio de sus derechos. Ésta es otra razón por la que el pedido de menos derechos y más responsabilidades es en última instancia incoherente.

Aristóteles se oponía al entusiasmo de Platón por la crianza de los niños en manos del conjunto de la sociedad argumentando que, si cada uno es responsable de todos ellos y no hay individuos particulares que se denominen "padres", los niños no recibirán el cuidado necesario. La misma lógica justifica el derecho a la propiedad privada. Si todos son dueños de todo, entonces en cierto sentido nadie es dueño de nada. Una de las consecuencias de esta triste situación es que, en un sistema de propiedad colectiva, los costos del derroche se difunden amplia y catastróficamente por toda la sociedad. Cada individuo en posición de mantener y reparar bienes tiene poco que perder con su deterioro y casi nada que ganar con su mantenimiento. En un sistema sin propiedad privada ni organización coercitiva, los costos de mantenimiento los paga cada individuo mientras que los beneficios son compartidos por muchos. En consecuencia, los individuos no tienen demasiados incentivos para hacer reparaciones largas y arduas. Si los propietarios no esperaran beneficios de los cuidados y las mejoras que brindan, probablemente sus casas, granjas y fábricas estarían en condiciones mucho peores. Con la mira puesta en el futuro, los individuos desprovistos de derechos de propiedad exigibles probablemente se da-

rían a la acción no coordinada o cometerían actos de negligencia que podrían producir enormes perjuicios colectivos. Como le objetaba Aristóteles a Platón, los derechos privados pueden ser un acicate para la acción socialmente beneficiosa y, desde el punto de vista social, en extremo responsable.

Cualquier granjero que luche para pagar un préstamo bancario explicará que el derecho a la propiedad privada es tanto una carga onerosa como una incitación al esfuerzo. Los derechos de propiedad no sólo obligan a los propietarios a pagar los costos del deterioro de sus propios bienes sino que, bien definidos y asignados con claridad, fomentan la responsabilidad al permitir que los individuos reciban los retornos de su inversión. Además ayudan a extender el horizonte temporal de los propietarios, que gracias a ellos pueden esperar beneficiarse mañana de los esfuerzos realizados hoy.

Los derechos de propiedad también tienen un papel fundamental en los sistemas de transparencia política, en tanto incentivan a los contribuyentes a vigilar cómo los gobiernos ponen a trabajar los ingresos derivados de los impuestos pagados con tanta renuencia. Es decir que muchos vínculos entre la propiedad privada y la responsabilidad social están claros aun antes de examinar las formas en que el sistema legal estadounidense utiliza los derechos para colocar las responsabilidades sociales por encima de los derechos de los propietarios, imponiendo restricciones geográficas a la venta de pornografía, utilizando el código fiscal para incitar a los propietarios de casas a conservar y mejorar sus bienes, evitando que los propietarios de tierras y de fábricas contaminen los mantos acuíferos e impidiendo que los dueños de restaurantes cierren sus puertas a los miembros de minorías raciales.

Los reclamos de dar menor importancia a los derechos e inculcar más las responsabilidades no ayudan porque dan la impresión de que la relación entre derechos y responsabilidades implica que, para que uno gane, el otro tiene que perder: esto es que, si uno de los dos aumenta, el otro automáticamente disminuye. Eso tiende a ocultar que, en el sistema legal estadounidense, los derechos son servicios públicos que el Estado debe proporcionar –y debe responder si no lo hace– a cambio de los impuestos que los ciudada-

nos comunes pagan de manera responsable. Los derechos quedarían miserablemente desprotegidos si esas responsabilidades mutuas fallaran. El intercambio de derechos iguales por cooperación social es el corazón de la política liberal-democrática. Cuando se habla de gobierno responsable y de ciudadanía informada, se habla fundamentalmente de derechos. El que los derechos tengan costos demuestra su dependencia de lo que bien podríamos llamar "virtud cívica". Los estadounidenses tienen derechos sólo en la medida en que, en conjunto, actúan como ciudadanos responsables.

Nada de esto pretende negar la urgencia de los diversos problemas que mencionan los partidarios de "más responsabilidad". Pero el uso de drogas, el sida, los divorcios, los nacimientos fuera del matrimonio, el hábito de vivir de la asistencia social, las familias de madres o padres solteros, los niños en la miseria y los crímenes violentos no pueden achacarse con tanta facilidad a la "cultura de los derechos". La terrible patología social de nuestros barrios más pobres reclama un enfoque más concreto y menos exaltado. Ninguno de esos problemas se resolverá mermando el respeto hacia los derechos en la cultura legal estadounidense. Y es improbable que surjan soluciones útiles de las afirmaciones grandilocuentes sobre los rigores de la modernidad.

10. El altruismo de los derechos

La teoría política reconoce derechos sin responsabilidades; en concreto, los derechos prelegales de los individuos en "estado de naturaleza", del filósofo Thomas Hobbes (1968, p. 85), en los que tenían "incluso derecho uno al cuerpo del otro". Para proteger ese tipo de derechos –aunque probablemente no deberíamos llamarlos así– cada individuo es autónomo y está por su cuenta obligado a arreglárselas por sí mismo. Los machos agresivos tienen mayores probabilidades que las mujeres de tener éxito en ese juego brutal. Escapar al estado de naturaleza significa obtener un tipo de interés por completo nuevo: un derecho legal, es decir, una propiedad que trae consigo responsabilidades serias. Todos los derechos legalmente exigibles son "artificiales" en tanto presuponen la existencia de ese artificio humano de la exigibilidad –el poder público– dedicado a impulsar la cooperación social y a inhibir los daños mutuos.

Para disfrutar de esos derechos, el individuo debe renunciar a su "derecho natural" de castigar en forma unilateral a cualquiera que, en su opinión, lo haya agraviado. Esa renuncia es el germen de la responsabilidad liberal. Que los derechos legalmente exigibles conllevan responsabilidades, incluso para el que los posee, se vuelve evidente en la diferencia entre buscar un recurso legal y pagar a un asesino profesional para que lleve a cabo una venganza privada. En realidad el derecho a iniciar demandas, aun usado en exceso, induce a los que han sufrido daños graves en sus intereses a buscar una reparación en forma "responsable", esto es, por vías legales y no por vías personales violentas. Cuando la parte agraviada busca justicia en un tribunal (y no en un callejón oscuro), debe esforzarse por probar su

caso. Para obtener una orden de embargo o una orden para confiscar el salario del deudor, el acreedor deberá presentar pruebas considerables y enfrentar la refutación del abogado de la otra parte en un procedimiento abierto. Esto quiere decir que el propio poseedor del derecho debe actuar en forma responsable, en un espacio público, si quiere que el gobierno lo ayude a ejercerlo.

Cuando funcionan bien, los derechos liberales despliegan astutamente incentivos para fomentar el comportamiento responsable y la autodisciplina tanto entre los ciudadanos particulares como entre los funcionarios públicos.[64] El derecho de cada individuo a demandar a otro por plagio, abuso de una marca registrada o fraude comercial –que siempre implica el derecho, subsidiado por los contribuyentes, de acceder a un sistema judicial público– probablemente haga que la gente actúe de manera más "responsable" (como quiera que se defina ese elusivo término) de lo que lo haría si no existiese. Para inhibir los discursos irresponsables, el Estado provee un foro para la reivindicación de los intereses de reputación personal. Los legisladores aumentan las multas por daños para conseguir que los propietarios de las casas barran las aceras. Y así en muchos otros casos.

Desde luego, puedo usar mi derecho a demandar a otro por conducta negligente de manera frívola o irresponsable. Pero lo mismo ocurre con el derecho a votar o con un *blister* de ansiolíticos. Los derechos legales ponen en manos de los individuos un poder legal sobre otras personas, y por eso siempre es posible abu-

64 Los derechos de los miembros de sindicatos, los propietarios situados corriente abajo y los progenitores que no tienen la custodia, para ser realmente derechos y no meras frases huecas, presuponen sistemas de incentivos positivos y negativos bien diseñados. En ausencia de tales acicates y frenos, los derechos en cuestión son sólo falsas promesas. En este sentido, los derechos liberales no se basan en una actitud de *laissez-faire* sino en la deliberada conformación del comportamiento personal para fines sociales por parte del gobierno. Afirmar derechos legales es actuar dentro de instituciones establecidas según reglas definidas.

sar de ellos. La prueba personal de ser demandado ante un tribunal incluye los costos de defenderse en el proceso y de someterse a una publicidad desagradable. Como salvaguarda contra el abuso del poder de demandar por daños, los sistemas liberales no anulan el poder (en este caso el remedio sería peor que la enfermedad) sino que crean otros compensatorios estableciendo, por ejemplo, reglas que imponen penas económicas a las partes que plantean demandas insustanciales, frívolas o fraudulentas. Esas reglas adoptan también la forma de derechos –derecho de vivir libre del abuso de procesos judiciales– que incorporan un modelo de comportamiento responsable a las leyes de Estados Unidos.

Los costos de los derechos incluyen los costos de imponer sanciones por incumplimiento. Esto explica por qué aquellas sociedades donde los derechos son sistemáticamente ignorados están lejos de ser ejemplos de responsabilidad moral. Exigir los derechos significa que una sociedad organizada en cuanto a lo político castiga en forma justa y consistente a quienes ilegalmente pisotean los intereses más importantes de otros. E inhibir la conducta abusiva de quienes pretenden ganar violando los derechos es imposible sin el empleo de fondos públicos. Los remedios por violaciones pasadas de derechos y los desincentivos para las violaciones futuras son costosos porque siempre implican responsabilidades forzadas. El deudor tiene que pagar. El que prometió tiene que cumplir. Y los jueces que hacen cumplir los contratos y castigan a quienes infringen la ley deben abstenerse de aceptar sobornos.

En tanto sistemas de incentivos que inducen un comportamiento autolimitante –y eso significa responsable– deberíamos asociar los derechos con un estilo regulatorio no de abstención total sino liberal, entendido como opuesto a autoritario. Desde este punto de vista los derechos no deberían describirse como facultades naturales ni como derechos adquiridos, sino más bien como técnicas conscientemente diseñadas o desarrolladas históricamente para inducir un comportamiento sobrio, decente y de respeto mutuo. Los derechos obligan, tanto a quienes pueden ejercerlos como a los que deben respetarlos, a interiorizar los perjuicios que pueden resultar de sus propias faltas y negligencias.

Algunos teóricos trazan una distinción histórica entre los derechos individuales, supuestamente inventados en la época moderna, y un "orden de derecho" que se presume existía en la Antigüedad y en la Edad Media, cuando florecía la "buena conducta" (McIntyre, 1981). Pero ese contraste es erróneo. Históricamente, nunca ha existido una era de virtud cívica y responsabilidad sin límites. Y, en la actualidad, los derechos liberales son parte integrante de nuestra concepción de un "orden de derecho". Estimulan la buena conducta. Por supuesto los resultados son imperfectos, y muchas veces algo peor, pero en Estados Unidos los derechos han contribuido a construir una constelación social en la que los ciudadanos particulares normalmente se abstienen de hacerse daño unos a otros y contribuyen de modo regular al erario público, mientras los funcionarios usan esos fondos de manera más o menos responsable para solventar los costos de los derechos. Y tal vez ése sea el único tipo de orden posible en una sociedad tan grande y heterogénea como la de Estados Unidos, en la que se pide a personas de orígenes muy diversos y de las creencias más variadas que cooperen en una vida común.

Como los derechos son costosos, nunca podrían ser protegidos ni impuestos si los ciudadanos, en general, no fuesen suficientemente responsables para pagar sus impuestos y si los funcionarios públicos, en conjunto, no fuesen suficientemente responsables para usar las recaudaciones obtenidas para fines públicos en lugar de destinarlas a su enriquecimiento privado. La triste historia de que la trama social de Estados Unidos se está descomponiendo y la virtud cívica se halla en vías de extinción sería más convincente, y la situación del país sería más desesperada, si los ciudadanos se negaran en forma sistemática a pagar sus impuestos. Una de las razones por las que no se resisten a hacerlo es que, en líneas generales, sus derechos son exigibles. Es decir que pueden comprobar que sus impuestos son utilizados, al menos en parte, para proteger lo que ellos consideran sus libertades básicas.

LA COSTUMBRE DE TENER DERECHOS

Dado que los derechos y las responsabilidades, lejos de ser mutuamente excluyentes, son complementarios, presentar la evolución de la cultura estadounidense de los derechos como un dramático eclipse de la responsabilidad en manos del libertinaje es confundir la realidad legal con la social. Porque la cultura de los derechos siempre es una cultura de responsabilidades. Los permisos legales siempre implican obligaciones legales y los derechos siempre restringen, incluso cuando permiten. Dicho de otro modo, para hacer de la exigibilidad de los derechos el objetivo principal de la política pública, Estados Unidos ha desarrollado un estilo regulatorio que necesariamente subraya los deberes, las prohibiciones, las obligaciones y las restricciones. Para sus potenciales violadores, los derechos "siempre dicen que no".

Incluso allí donde ha habido una declinación perceptible en la responsabilidad social, es intelectualmente irresponsable decir que es producto del creciente atractivo de los derechos individuales. Por supuesto que es muy posible que la gente tenga conductas sexuales más irresponsables que las que se acostumbraban, por ejemplo, en 1955. Pero esto es en sí un pensamiento burdo (¿acaso el acoso sexual y la violación marital, ambos ilegales desde hace poco, son conductas responsables?). ¿Y en qué sentido esa tendencia ha sido desencadenada o acelerada por la expansión de los derechos legales? ¿No sería mejor entender los niveles de promiscuidad como un producto de los cambios en las normas sociales y las tecnologías? No sólo la evidencia parece indicar que las nuevas opciones anticonceptivas han hecho una contribución importante al respecto; los cambios en las costumbres sociales también reflejan cambios sustanciales en la relación entre hombres y mujeres. Uno de los fundamentos de la "revolución sexual" es que las mujeres se niegan a ser juzgadas por normas diferentes de las de los hombres. ¿Era más responsable la sociedad estadounidense cuando la promiscuidad de los hombres suscitaba admiración y la de las mujeres era condenada? Una vez que se emparejó el campo, por así decirlo, las prohibiciones e inhibiciones tradicionales empezaron a desmoronarse. Explicar por qué cambian las

normas morales y las expectativas sociales dista de ser fácil, pero no cabe duda de que hubo múltiples factores en juego, entre ellos, la entrada masiva de las mujeres en la fuerza de trabajo y la mayor facilidad para obtener anticonceptivos. Ciertamente sería arriesgado suponer que el principal motor del cambio fue la extensión de la lista de derechos legalmente reconocidos.

Pero ¿qué hay del lugar común según el cual los "derechos de bienestar" desalientan el trabajo productivo? A primera vista esto parece bastante plausible. Sin embargo, también tiene cierto peso un argumento contrario, formulado por Adam Smith (1937, p. 98): "No parece muy probable que los hombres en general trabajen mejor cuando están mal alimentados que cuando comen bien, cuando están desanimados que cuando están con buen ánimo, cuando enferman a menudo que cuando generalmente gozan de buena salud".

Aun si aceptamos las especulaciones de Smith, ¿no deberíamos preocuparnos por la difusión de la mentalidad que da por sentados todos los derechos? ¿No es verdad que la excesiva extensión de los derechos de bienestar ha estimulado la dependencia, los hijos no deseados y otros males sociales? ¿No podríamos promover la conducta responsable reduciendo la asistencia social? Se trata de preguntas legítimas, y hay indicios de que en efecto la asistencia social ha producido dependencia y otros males sociales relacionados. Pero los datos son confusos (Galston, 1996; Bok, 1996; Ellwood, 1988). Esto vale en especial para la afirmación de que el creciente porcentaje de hijos ilegítimos es producto de la generosidad pública. Los datos reunidos por el programa de bienestar más importante (ahora abolido), Ayuda a Familias con Hijos Dependientes (*Aid to Families with Dependent Children*, AFDC), no muestran con claridad que la seguridad social fomente la ilegitimidad. Bajo el programa AFDC, el porcentaje de receptores de ayuda social estaba disminuyendo en el mismo período en que el de hijos ilegítimos aumentaba. Las reducciones en los beneficios del AFDC no están correlacionadas con ninguna disminución de los nacimientos ilegítimos ni los incrementos en los beneficios del AFDC lo están con los aumentos de los nacimientos. Por lo tanto estos datos provocan graves divergencias interpretativas.

Es verdad que los cupones de alimentos pueden aliviar la dura prueba de ser pobre, y que cuando ser pobre se vuelve especialmente horrible son menos las personas que quieren serlo; pero eso por sí solo no demuestra que los cupones de alimentos fomenten la vagancia o multipliquen los nacimientos ilegítimos. Mucho depende de las normas sociales prevalecientes en relación con el trabajo, la familia y la asistencia social. En varios sectores de la sociedad esas normas estimulan vigorosamente el empleo fijo, censuran la asistencia social y condenan los embarazos fuera del matrimonio. Cuando esas normas dejan de imperar sobre los corazones y las mentes, es difícil determinar hasta qué punto los derechos de asistencia social desempeñan un papel suplementario en desincentivar el trabajo o aumentar la tasa de nacimientos entre las mujeres solteras pobres. En consecuencia, está lejos de ser evidente que castigar económicamente a las madres solteras reduzca en forma sustancial la frecuencia de la maternidad monoparental. Esto no pretende ser una defensa de los programas de asistencia social, pero cualesquiera sean sus deficiencias, la afirmación general de que los derechos generan irresponsabilidad debería ser recibida con escepticismo y probada empíricamente.

LA CUESTIÓN DEL EGOÍSMO

La profesora Mary Ann Glendon, una destacada y particularmente imparcial crítica de los derechos, se ha hecho eco de preocupaciones muy difundidas sobre la forma en que éstos socavan las responsabilidades y la cultura política en general. "Lo mucho que se habla de los derechos en Estados Unidos hoy", según ella, destaca por "la prodigalidad con que se concede la etiqueta de derecho, su carácter legalista, su absolutismo exagerado, su hiperindividualismo, su insularidad y su silencio acerca de las responsabilidades personales, cívicas y colectivas" (Glendon, 1993, p. x). Teniendo presente esa supuesta distorsión de nuestra cultura legal, dedica mucha atención al "deber de rescatar", deber que las leyes estadounidenses no reconocen. Si un paseante ignora a al-

guien que se está ahogando, aunque pudiera haberlo socorrido con poco esfuerzo, no se lo considera responsable. Glendon deplora ese resultado y reclama como mínimo que la ley mencione que ese deber existe. Inicialmente ese deber parece estar muy alejado de la cultura legalista de los derechos individuales. Pero las apariencias engañan. De modo implícito, la argumentación de Glendon en pro de un nuevo deber es una argumentación por un nuevo derecho: el derecho a la asistencia, que debe ser reconocido a las personas vulnerables y que éstas deben tener contra otros individuos y contra el gobierno. Con una lógica similar, los activistas contra el aborto intentan desestimular lo que consideran una conducta inmoral e irresponsable creando un derecho constitucional a la vida y adjudicándoselo al feto. Los derechos no sólo crean deberes, sino que la imposición de un deber con frecuencia sirve para crear un derecho.

La cultura de los derechos es a la vez una cultura de impedimentos, y por lo tanto, de responsabilidades. ¿Entonces por qué acusar a los derechos en general de fomentar el egoísmo? El derecho a votar proporciona a los altos funcionarios públicos un incentivo para dejar de lado su interés personal, o más bien para identificar su interés personal (en ser reelegidos) con el interés público en un buen gobierno. El derecho a igual protección y el derecho a un proceso justo no parecen particularmente amorales o antisociales. Los derechos protegidos por la Decimocuarta Enmienda apuntan a eliminar los efectos inmorales y antisociales de la discriminación racial por parte de los funcionarios públicos. Lejos de ser antisociales, promueven la decencia común protegiendo de la exclusión a los grupos subordinados. Muchos derechos reflejan algún grado de altruismo por parte de los ciudadanos comunes y la mayoría, si son exigidos de manera confiable, pueden contribuir a fomentar el altruismo y los hábitos de responsabilidad.

Algunos derechos liberales fundamentales –como la libertad de expresión y de asociación– pretenden estimular formas de deliberación e interacción comunitarias, prácticas que los críticos de la cultura de los derechos parecen favorecer. La libertad de asociación protege notoriamente la acción colectiva. Lo mismo

ocurre con el derecho a predicar o a publicar un periódico. Esas libertades buscan alentar la comunicación social, no proteger a individuos aislados en un orden presocial ni impulsar la actitud de volver la espalda a los demás y caer en el hedonismo egoísta. El derecho a la libertad de expresión puede ser poseído y usado por individuos, pero también es la condición previa de un proceso eminentemente social como es la deliberación democrática. La libertad de expresión fomenta la liberalidad social, la oportunidad unánime de comunicarse, estar en desacuerdo y negociar libremente en espacios públicos. La libertad de prensa, que abre canales de comunicación públicos, es de carácter intensamente comunitario. De hecho, cualquier persona que tenga derecho a expresarse con libertad puede, utilizándolo, contribuir a la colectividad y sus objetivos. Por eso es que el gobierno no puede "comprar" el derecho a la libertad de expresión, aun cuando los que se expresan quisieran venderlo.

Otras dos libertades consagradas desde hace tiempo en Estados Unidos son el derecho a ser juzgado por un jurado y el derecho a formar parte de un jurado (sin importar la raza), y ambas están lejos de ser atomistas. En esos casos, la comunidad compra un derecho que asegura a los ciudadanos corrientes un papel importante en los procedimientos judiciales. Decir que los estadounidenses viven en una "república procedimental" es reconocer que los individuos no son jueces de sus propios casos y que los ciudadanos crean y mantienen (entre otras cosas) instituciones comunes a través de las cuales pueden resolver algunos de sus problemas comunes. Parte del objetivo de un proceso justo es asegurar que varios ciudadanos puedan trabajar juntos y decidir con precisión cuestiones de culpabilidad o inocencia. El derecho constitucional al debido proceso –igual que el derecho privado a iniciar una demanda por un contrato o un agravio cualquiera– presupone que el gobierno –a expensas de los contribuyentes– pone instituciones investigadoras al alcance de aquellos cuyos intereses están en juego. El derecho a un proceso justo es eminentemente social. Provee un mecanismo importante para el autogobierno de la comunidad.

Como ya se ha dicho, los derechos amparados por las leyes civiles y comerciales pueden describirse con exactitud como poderes

legales. El derecho a entablar una demanda por negligencia o por ruptura de contrato implica el poder de imponer una carga económica severa, incluso debilitante, a otro ser humano. Puesto que nuestro sistema legal crea y mantiene instrumentos tan peligrosos que en ocasiones pueden ser explotados en beneficio privado, también debe hacer un esfuerzo por asegurarse de que sean empleados de manera responsable. Tiene que ofrecer reparación por atribuciones de responsabilidad erradas e incautaciones indebidas. Y lo hace, aunque en forma imperfecta. No hay duda de que las demandas irresponsables y frívolas son una plaga, pero de todos modos el sistema legal estadounidense dedica recursos considerables a desalentar el abuso de derechos bien protegidos, incluyendo el de entablar demandas.

Blackstone formuló la defensa de la república procedimental diciendo: "Si se permitiera a los individuos emplear la fuerza privada como remedio para los agravios privados, toda justicia social cesaría, los fuertes impondrían su ley a los débiles y todos los hombres regresarían al estado de naturaleza".[65] La cultura de los derechos estimula a las personas a resolver sus conflictos jurídicamente, a buscar solución para sus quejas por vías legales, sin recurrir a la violencia ni a las amenazas de violencia. Y ésa es una contribución nada menor a la coexistencia social y a la cooperación pacífica.

65 Blackstone, 1979, vol. 3, p. 4. Esto significa que, en la tradición del derecho común, el discurso de los derechos se inventó para reemplazar el discurso de los prepotentes.

11. Los derechos como respuesta a la bancarrota moral

Tenemos derecho a hablar en forma ofensiva, incluso repugnante, pero la mayoría de las personas con frecuencia no ejerce ni debería ejercer ese derecho. Un abogado tiene derecho a negarse a hacer trabajos gratuitos, pero en general los abogados deberían hacerlos. Una persona extremadamente rica tiene derecho a atesorar todo su dinero (después de pagar los impuestos) y no dar nada a la beneficencia, pero no debe fomentarse la avaricia. El derecho a redactar un testamento ejecutable puede ser utilizado por un millonario para beneficiar generosamente a su cementerio de gatos preferido, pero quizás debería apoyar mejores causas sociales.

Algunos estadounidenses pueden pensar que, puesto que tienen derecho a hacer algo, nadie puede criticarlos o culparlos por hacerlo. Algunos extremistas –entre ellos, locutores, productores de Hollywood y dueños de compañías de música– interpretan cualquier objeción a su manera degradante y ofensiva de hablar como una intolerable violación a su libertad de expresión. Pero una cultura liberal saludable distingue entre la sanción legal y la censura moral.

Los filósofos diferencian entre "lo correcto" y "lo bueno", es decir, entre aquellas reglas de conducta uniformes que todos debemos obedecer porque la ley nos obliga y los diversos ideales personales que cada uno elige en forma libre. Con el mismo espíritu podríamos trazar una distinción entre lo que legalmente está mal y lo que personalmente es inmoral. Nos valemos del poder público para impedir toda clase de ilegalidades, rupturas de promesas, delitos menores y mayores. Pero para desalentar un comportamiento que es inmoral aunque no ile-

gal empleamos la persuasión y la desaprobación privadas, no la coerción pública.

Bajo la Constitución de Estados Unidos, tal como se la interpreta hoy, las mujeres tienen derecho al aborto. Para muchos estadounidenses ese derecho es el mejor ejemplo de cómo la libertad individual fomenta la irresponsabilidad. Ciertamente el aborto no puede justificarse invocando el derecho a la "privacidad", que además es una palabra que no aparece en la Constitución y que, en cualquier caso, no hace justicia al tema. Tampoco ayuda mucho contraponer un abstracto "derecho a la vida" a otro también abstracto "derecho a elegir". En lugar de proteger un derecho a elegir abstracto, probablemente deberíamos concentrarnos en ofrecer a las mujeres jóvenes otras perspectivas y oportunidades decentes. Pero tampoco deben prohibirse, aduciendo que interfieren con un "derecho", los esfuerzos legales para desalentar embarazos que pueden terminar en abortos e incluso para disuadir a las mujeres embarazadas de recurrir al aborto. El derecho al aborto impone responsabilidades correlativas a los funcionarios públicos, y algunas de ellas, como la de brindar protección policial a los empleados de las clínicas de abortos, requieren gastar dinero de los contribuyentes. Los esfuerzos no violentos por reducir el imponente número de abortos anuales (un sombrío millón y medio) bien podrían ser excelentes inversiones si van acompañados de ayuda afirmativa para quienes no tienen muchas opciones.

La ley es y debe ser conformada por aspiraciones morales, y desde un punto de vista moral es perfectamente coherente insistir en que el derecho al aborto debería ser ejercido, o debería tener que serlo, en muy raras ocasiones. Es posible tomar medidas para que los abortos se hagan menos comunes, como brindar información sobre métodos anticonceptivos y para evitar las relaciones sexuales no deseadas o crear mejores oportunidades para las mujeres jóvenes.

Más allá de lo que cada uno de nosotros piense sobre ese lamentable asunto, el caso demuestra que los individuos pueden tener perfecto derecho legal a hacer algo y que otros tienen igual derecho a quejarse, sin violencia, de que lo hagan. De hecho, gran parte de la educación moral consiste en inculcar normas y

valores que desalientan comportamientos que son perjudiciales u ofensivos aun cuando no sean ilegales. El oprobio social informal puede desalentar comportamientos de moral dudosa sin necesidad de convertirlos en faltas o delitos.

Según algunos espontáneos defensores de la responsabilidad, el renovado énfasis en lo que las personas tienen derecho a hacer ha generado una cultura de relativismo moral y anomia en la que los estadounidenses típicamente insisten en sus derechos sin pensar ni un instante si su conducta es válida para ellos mismos o para la sociedad. Esos críticos culturales destacan en particular que la concesión de derechos lleva a las personas, y sobre todo a las que están en desventaja, a considerarse víctimas y a especializarse en pedir al gobierno compensaciones y protección. Y concluyen que el reconocimiento de derechos puede generar dependencia, autocompasión y falta de iniciativa.

Preocupaciones similares sobre la "victimología" rampante han surgido hace poco en los debates sobre la igualdad de los sexos. Algunos críticos del feminismo –y algunas feministas– sostienen que un excesivo énfasis en los derechos contra el acoso sexual, la violación en las citas y la pornografía han desgastado el sentido de agentividad y de responsabilidad personales impulsando a las mujeres a adoptar una cultura de "victimidad" que les dificulta obtener igualdad y sentir respeto por sí mismas. Hay que admitir que quienes se consideran víctimas, aquellas mujeres que no perciben su propia capacidad de ayudarse a sí mismas y creen que el mundo les debe algo, tienen muchas posibilidades de no dedicarse a ninguna tarea que en última instancia resulte beneficiosa para sí mismas y para la sociedad. Pero no hay mucha evidencia histórica que apoye la afirmación de que las personas que adquieren derechos uniformemente empiezan a verse a sí mismas como víctimas pasivas que no necesitan asumir ninguna responsabilidad por su destino. Todo depende de los derechos legales en cuestión, porque quienes gozan de derechos particulares casi siempre muestran mayor agentividad.

Muchos críticos del Estado regulador/de bienestar simpatizan con los derechos de propiedad y de contratación y pretenden fortalecer la protección legal concedida a esos derechos, por ejem-

plo exigiendo que el gobierno compense a aquellos cuyas tierras pierden valor como consecuencia de una regulación gubernamental. De hecho, esos críticos están pidiendo derechos nuevos o reforzados. ¿Pero sería posible aducir a raíz de ello que unos derechos de propiedad y de contratación más vigorosos rebajarían a sus poseedores a la categoría de víctimas, o que quienes propugnan tales derechos están promoviendo la "victimología"? Es una afirmación extraña, aun cuando sea verdad que los derechos de propiedad y de contratación desgastan ciertos antiguos hábitos de autoayuda: por ejemplo, es probable que quienes contratan servicios de seguridad privados o de prevención de incendios olviden ejercitar su tradicional capacidad de autodefensa de allí en más.

En realidad, las personas cuyos derechos se exigen de manera confiable –incluyendo los derechos a celebrar contratos, a tener propiedades, a vivir libre de segregación y libre de acoso sexual– probablemente serán también actores más seguros en la sociedad y cooperarán de manera más activa con un sistema que brinda igual respeto a todos. Algunos derechos son incluso una condición previa para la agentividad: el individuo que pierde el control de su persona y de su propiedad tiene muchas más probabilidades de considerarse una víctima. Es posible que aquellos que hasta ahora han sido olvidados por sus gobiernos dejen de quejarse y pasen a ser agentes y ciudadanos si sus derechos reciben protección confiable. De hecho, uno de los propósitos sociales esenciales de la protección de los derechos es justamente ése. El que los derechos aumenten o disminuyan la confianza en uno mismo dependerá de su contenido, del contexto y de sus efectos. Pero es poco plausible afirmar que los derechos por sí solos rebajan, a quienes gozan de ellos, a la categoría de suplicantes desvalidos, y conducen a sustituir la familia por la promiscuidad y el trabajo por la dependencia.

Martin Luther King Jr. apeló al Estado pidiendo protección contra la discriminación racial privada. El abogado Thurgood Marshall contribuyó a que el Estado estableciera un derecho contra la discriminación racial. Ni a King ni a Marshall se los puede acusar plausiblemente de fomentar un culto a la victimidad. Por el contrario, en líneas generales se considera que lograron establecer más libertad para los afronorteamericanos. (Dicho sea de

paso, King, de quien suele decirse que era un entusiasta partidario de la neutralidad racial y de ignorar el color de la piel, era en realidad un decidido defensor de la acción afirmativa con conciencia racial.) Su defensa de los derechos iba unida al dinamismo reformista de ambos y a su negativa a asumir una actitud pasiva.[66] ¿Qué diría de su afirmación de derechos alguien que abogara por la responsabilidad y rechazara los derechos? ¿Realmente la describiría como un fatal primer paso hacia el culto de la victimización entre los afronorteamericanos?

LOS DERECHOS SURGEN CUANDO LAS NORMAS Y LAS RESPONSABILIDADES FALLAN

Entonces, si es posible justificar el aborto, ¿cuál sería la mejor forma de hacerlo? La respuesta dependerá del contexto social, por no mencionar las fallas generales de la responsabilidad social, que van mucho más allá de las personas efectivamente implicadas. En condiciones de igualdad en relación con el sexo, la argumentación en favor de un derecho al aborto consagrado en la Constitución en Estados Unidos sería mucho más débil. Si no hubiera tantos pobres, el derecho a hacerse un aborto en el país –es decir, sin tener que emprender un costoso viaje al extranjero– no plantearía tantas cuestiones graves de justicia básica. En una sociedad donde se tomasen muy en serio los deberes hacia los vulnerables, la defensa del derecho al aborto sería menos plausible. En esa sociedad, las mujeres que necesitan ayuda la obtendrían antes, durante y después del embarazo. La disponibilidad de asistencia social operaría en contra del derecho al aborto, haciendo que tener hijos y criarlos fuese menos difícil y una menor causa de desigualdad de lo que es hoy para muchas mujeres. En esa sociedad, hom-

66 Lo mismo podría decirse de los autores de la Carta de Derechos estadounidense.

bres y mujeres tendrían el deber (impuesto, si no por las leyes, por las normas sociales) de dedicar sus cuerpos a la protección de sus hijos. (Vale la pena señalar que las leyes estadounidenses nunca piden a los hombres que dediquen su cuerpo a la protección de terceros, ni siquiera de sus propios hijos, por ejemplo cuando necesitan una transfusión de sangre o un trasplante de médula ósea.) Y, lo que es aún más importante, en esa sociedad las restricciones al aborto se basarían en la simpatía general y neutral hacia los vulnerables, antes que en el hoy generalizado deseo –prominente, aunque de ninguna manera universal, en los movimientos pro-vida– de controlar la capacidad sexual y reproductiva de las mujeres.

En otras palabras, justificar el derecho al aborto sería más difícil si las restricciones al aborto no permitieran a los legisladores, administradores y jueces (casi todos hombres) imponer los roles de género tradicionales a través de la ley y de ese modo perpetuar un sistema de discriminación basado en el sexo. En una sociedad libre de discriminación sexual, el derecho al aborto podría parecer asombroso o incluso innecesario. Pero esa no es la sociedad en que vivimos los estadounidenses de hoy.

En condiciones de desigualdad sexual omnipresente la protección del derecho al aborto se entiende como una respuesta, tan responsable como cualquier otra alternativa dadas las condiciones actuales, a una trágica falla inicial de la responsabilidad social. El derecho al aborto es difícil de justificar en abstracto. Y de ahí surge una lección general: con frecuencia los derechos nacen cuando las instituciones privadas y públicas fallan y los individuos no cumplen con sus deberes en forma responsable. Cuando el medioambiente es constante y gravemente degradado, cuando los vulnerables quedan abandonados a su suerte, cuando los niños están en peligro, se alzan los "reclamos de derechos". Cuando los individuos incurren en comportamientos delictivos porque las malas condiciones sociales han debilitado las inhibiciones sociales (no robarás, no matarás), los costos de brindar protección policial aumentan mucho y las víctimas de la delincuencia hacen nuevos reclamos. Por lo tanto, la Enmienda sobre los Derechos de las Víctimas propuesta para la Constitución es una respuesta al aban-

dono tanto individual como social. Los reclamos de derechos a aire y agua limpios, a alimentos, a un lugar decente donde vivir y a un lugar de trabajo saludable, los derechos de los niños o el derecho a la "libertad de elección reproductiva" deben ser entendidos en contexto como respuestas compensatorias a un anterior descuido de la responsabilidad social.

Cuando hay normas sociales benéficas que funcionan bien, la regulación legal deja de ser necesaria. Cuando las normas benéficas se quebrantan, los reclamos de derechos se hacen cada vez más insistentes. Las normas sociales y las reglas legales resuelven problemas similares por medios diferentes. Una norma social fuerte contra arrojar residuos en la calle tendría el mismo efecto que una ley bien impuesta en el mismo sentido. Ambas ayudarían a la sociedad a evitar un comportamiento que no es terriblemente molesto en cada caso, pero que en conjunto es indeseable. Igual que las leyes, las normas sociales ayudan a coordinar la conducta social. En la medida en que los estadounidenses viven bajo la influencia de normas de cooperación, que por todas partes recomiendan a la gente que haga su parte contribuyendo con pequeñas cantidades de tiempo o de trabajo a proyectos que sólo pueden tener éxito si es una gran multitud la que hace esas contribuciones, ni siquiera surgen reclamos de derechos.

La desaprobación social informal con frecuencia es más poderosa y eficaz que las reglas legales impuestas por los tribunales, y puede ofrecer un medio menos costoso y más eficiente de alcanzar fines sociales deseados por la gran mayoría. Si las empresas están contaminando demasiado, si los fumadores irritan o ponen en peligro a los no fumadores o si los pobres están usando drogas, una serie de campañas de educación pública para promover normas comunitarias podría mejorar la situación con un costo relativamente bajo. Hay que reconocer que el gobierno de Estados Unidos no tiene los mejores antecedentes como preceptor moral de la nación. Y la prédica no siempre consigue que la gente se vuelva buena. (Los espectadores pueden cambiar de canal o incluso rebelarse.) Pero el gobierno puede usar, y con frecuencia usa, la difusión de información o la colorida descripción de los beneficios de la cooperación en provecho de la sociedad: el au-

mento del reciclaje y la disminución del consumo de cigarrillos son dos ejemplos recientes.

Cuando los intentos de persuasión moral fracasan, es probable que se reclamen derechos. Por lo tanto, los argumentos "en contra de los derechos" se entenderán mejor reinterpretándolos como quejas contra normas sociales inadecuadas y como una necesidad de responder a esas deficiencias. El derecho a vivir libre de algunos tipos de contaminación (los "derechos de los no fumadores") y el derecho a vivir sin oír expresiones de odio racial (derecho reivindicado en los códigos de expresión de muchas universidades) suelen reclamarse cuando las normas sociales fracasan. Y una vez que esos derechos son reconocidos por la ley, los costos para los contribuyentes pueden ser altos.

No todas las normas sociales son buenas: algunas son malas. Una norma social en contra del derecho al voto de los estadounidenses negros bloqueó el propósito de la Decimoquinta Enmienda durante casi un siglo. De hecho, el costo de la exigibilidad de los derechos a veces es prohibitivamente elevado porque las normas sociales perniciosas no pueden desmantelarse sin recurrir a una fuerza muy grande. Un buen ejemplo de esto es la dificultad para exigir los derechos civiles frente a acendrados hábitos y creencias racistas. El derecho a estar protegido contra la discriminación racial se exige mejor en los organismos militares estadounidenses que en nuestra sociedad, en parte porque los civiles dominados por normas racistas tienen mayor capacidad de resistirse a las órdenes de la autoridad que los racistas uniformados.

La exigibilidad de los derechos depende de la autoridad coercitiva y de las normas sociales, sean éstas buenas o malas. Es limitada porque la autoridad coercitiva está acotada por la escasez de recursos y porque, así como las normas socialmente beneficiosas pueden volver innecesarios los derechos y la coerción, las normas socialmente separatistas son capaces de paralizar ambas cosas o de inutilizarlas. Es posible que los derechos legales surjan en respuesta a deficiencias de las normas, pero en ausencia de un mínimo interés normativo no serán respetados ni se harán valer. El mejor ejemplo tal vez sea la prohibición del consumo de alcohol, que se impuso como una especie de enmienda en favor de los de-

rechos de las víctimas para proteger a las familias de los alcohólicos. Del mismo modo, ciertos derechos de "bienestar" –como los proporcionados por el AFDC– en última instancia estaban condenados por falta de apoyo público suficiente.

Nada de esto indica que en Estados Unidos haya habido un viraje importante que apartara de las responsabilidades en dirección hacia los derechos. En 1995, a pesar de los muchos John Redhails que hay entre nosotros, en el país se cobraron más de diez millones de dólares en concepto de manutención de hijos,[67] un máximo histórico. Y en muchas otras áreas las personas ahora son mucho más responsables de lo que solían serlo. Y esa mayor responsabilidad con frecuencia parece estar vinculada a la ampliación y la profundización de los derechos.

Sin embargo, cuando la capacidad del Estado de proteger a sus ciudadanos es limitada, debería tener mucho cuidado al imponer en forma mecánica responsabilidades morales. Como observó hace poco un comentarista refiriéndose a los enérgicos intentos legales de obligar a los padres ausentes a responsabilizarse por sus hijos, "Las pobres madres muchas veces rompen con el padre de sus hijos porque él los maltrata físicamente. Cuando llega la ruptura, quieren que desaparezcan de sus vidas. Si un organismo estatal obliga a un hombre agresivo y furioso a pagar la pensión del niño, aquél podría querer reafirmar sus derechos como padre y empezar a acosar a la madre de nuevo. Soplar sobre esas brasas, en realidad, podría no ser muy buena política" (Jenks, 1997, p. 36). Si las autoridades arrastran a un padre remiso de vuelta a la vida de su hijo abandonado, entonces le deben a ese hijo, y a su madre, protección contra el maltrato físico que podría sobrevenir. Un gobierno responsable no puede proclamar y exigir los derechos de los receptores de pensiones para hijos si no está dispuesto

67 US Department of Health and Human Services, Office of Child Support Enforcement, *Twentieth Annual Report to Congress for the 1995 Fiscal Year*. Los contribuyentes estadounidenses pagaron un dólar por cada cuatro recaudados en pensiones para hijos. (Anexo B, tabla 1, p. 78.)

al mismo tiempo a pagar los costos de esa protección. El ejercicio de derechos legales a menudo provoca una respuesta violenta, y ciertamente el costo de proteger de las represalias al poseedor de derechos debe ser incluido entre los costos de los derechos. Ninguna comunidad política responsable otorgará derechos a sus ciudadanos a menos que esté dispuesta a pagar también esos costos complementarios.

En suma, por su naturaleza misma los derechos imponen responsabilidades, así como las responsabilidades dan origen a los derechos. Para proteger los derechos, un Estado responsable debe gastar de manera responsable los fondos recaudados de ciudadanos responsables. En lugar de lamentar un sacrificio ficticio de las responsabilidades a favor de los derechos, deberíamos preguntarnos qué paquete de derechos y responsabilidades complementarios, en concreto, tiene mayores probabilidades de conferir los máximos beneficios a la sociedad que lo financie.

CUARTA PARTE

Los derechos entendidos como pactos

12. Cómo la libertad religiosa promueve la estabilidad

¿Por qué obedecen las leyes los estadounidenses? ¿Por qué la mayoría de los ciudadanos de Estados Unidos, gran parte del tiempo, ajustan en forma voluntaria su comportamiento a intricadas normas legales, pagan sus impuestos, se presentan cuando los convocan para formar parte de un jurado y aceptan las decisiones en ocasiones poco razonables de una variedad de funcionarios políticos y judiciales? Una respuesta abarcativa a "la cuestión del cumplimiento" sin duda haría referencia a los hábitos, la imitación, la deferencia, el respeto por las normas, la solidaridad social y el poder coercitivo del Estado. Pero los ciudadanos comunes en general no respetan la ley si no la perciben, además, como legítima. Y eso significa que deben ver que las cargas que ésta impone se distribuyen en forma más o menos equitativa.

El cumplimiento de la ley deriva en parte de la comprensión social de que el gobierno salvaguarda y promueve intereses humanos fundamentales, incluyendo las libertades individuales básicas. Esto quiere decir que la exigibilidad de las leyes no sólo presupone el poder de recaudar y de gastar, sino que además ayuda a crear aceptación pública frente al poder de recaudar y de gastar. Los funcionarios que ocupan altos cargos crean buena voluntad política financiando derechos que los ciudadanos aprueban o solicitan. Y si bien la protección de los derechos básicos[68] depende sobre todo de las acciones del Estado coercitivo y extractivo, la actividad coercitiva y extractiva del Estado sólo puede justificarse a

68 Ese intercambio de protección de derechos por legitimidad política es uno de los temas centrales de Habermas, 1996.

los ojos de sus ciudadanos por su contribución a la protección de sus intereses más caros, en forma igual para todos.

Una razón por la que los ciudadanos se sienten moralmente obligados a cumplir con sus deberes cívicos elementales es que el sistema que de ese modo apoyan defiende de manera adecuada, aunque no en forma perfecta, sus libertades fundamentales. Los derechos legal y políticamente protegidos constituyen uno de los servicios públicos más preciados que presta el Estado liberal-democrático. Y los ciudadanos estadounidenses aceptan de buen grado las cargas no precisamente insignificantes que les imponen sus gobiernos locales, estaduales y federales en parte porque esos gobiernos distribuyen con algún grado de equidad toda una variedad de bienes públicos preciosos, como los servicios de los bomberos y los derechos privados exigibles. El Estado brinda protección y los ciudadanos corresponden con cooperación. Es mucho menos probable que haya cooperación si la protección de los derechos es difusa, irregular o inexistente, o cuando el gobierno crea y protege derechos que no deberían calificar como tales. Además, los altos funcionarios tienen una deplorable tendencia a dosificar la protección que ofrecen a los individuos y grupos que son débiles en lo político cuya cooperación mayormente no necesitan.

Ese intercambio de derechos por cooperación es un tema perenne de la teoría política liberal, que se suele evocar con la celebrada metáfora del "contrato social". El gobierno acepta proteger a los ciudadanos tanto unos de otros como de sus propios funcionarios descarriados; a cambio, aquéllos le dan su apoyo. Las sociedades liberales se mantienen unidas no sólo gracias a la costumbre, la autoridad, la cultura común, los sentimientos de pertenencia y el miedo a la policía, sino también por una percepción general de mutuo provecho. Por esa misma razón, los ciudadanos vacilan en contribuir cuando otros evitan hacerlo. Las sociedades prosperan en la medida en que los ciudadanos se limitan recíprocamente, se someten a reglas claras que obligan a todos por igual y suman sus esfuerzos en empresas comunes. Si estas piezas están en su sitio, se percibe que las ganancias individuales y colectivas compensan con creces las cargas individuales.

Una teoría de los derechos empíricamente orientada debe considerar de qué modo las libertades individuales crean y mantienen relaciones de cooperación tanto entre grupos de ciudadanos como entre los ciudadanos y su gobierno.[69] ¿Por qué los ciudadanos deben cargar voluntariamente con los costos de la imposición de la ley? Desde luego, es posible que paguen por miedo o por costumbre, sin preguntarse por qué lo hacen. Pero también es factible que perciban que esos derechos valen lo que cuestan. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que los derechos, y en especial los derechos básicos, son la piedra fundamental del contrato social liberal, la fuente de legitimidad de la autoridad política liberal. Otorgados por el gobierno y aceptados por los ciudadanos en un intercambio de concesiones, incluso pueden ser considerados, llevando las cosas al extremo, como pactos. Eso no es todo lo que puede decirse al respecto, pero es una metáfora útil. Y en realidad es más que una metáfora; en el aspecto histórico, muchos derechos deben su existencia a negociaciones entre diferentes personas con intención de cooperar o por lo menos de coexistir en forma pacífica unas con otras.[70] Tratando de interpretarlos de esta manera podremos aclarar cómo los derechos

69 Esta tesis empírica no debe ser confundida con la argumentación de David Gauthier (1986) de que los principios de la justicia pueden defenderse demostrando que habrían surgido de negociaciones basadas en el provecho mutuo, dadas las distribuciones existentes de talentos, derechos adquiridos y demás. Las argumentaciones filosóficas que invocan el provecho mutuo deben justificar –o dar por sentada la justicia de– el punto de partida del que arrancan las negociaciones. La dificultad para hacerlo es un problema permanente de quienes quieren usar la teoría del contrato social para demostrar la corrección de sus propias conclusiones morales. Véanse Rawls, 1971, y Barry, 1989. Este capítulo no intenta justificar filosóficamente los derechos, sino sólo defender la afirmación de que los derechos surgen de la cooperación y a su vez la hacen posible.

70 "Este modelo de los derechos como producto de negociaciones guiadas por el interés parece por lo menos tan plausible como las ideas comunes de que los derechos derivan de mentalidades, *Zeitgeisten*, teorías generales o la simple lógica de la vida social". Tilly, 1992, pp. 27-28.

pueden ser regularmente salvaguardados por la acción estatal, aun cuando, por razones prácticas, no siempre puedan hacerse cumplir en un tribunal.

Muchos de los que se molestan ante la sola mención del costo de los derechos quizás desconfíen de una investigación exhaustiva de las concesiones mutuas que la exigibilidad de los derechos inevitablemente comporta. También podrían objetar, por razones morales o teóricas, la idea de que los derechos se otorgan a manera de intercambio por la cooperación civil, de la que las "contribuciones" en forma de impuestos no son sino el ejemplo más fácil de medir. Ignorar el costo de los derechos podría reflejar asimismo una incomodidad aún más profunda con la concepción de los derechos como resultado de transacciones. Si los derechos son inatacables y universales, están basados en la razón imparcial y son afirmables por todos los seres racionales, ¿cómo es posible reducirlos a una cuestión de "tú lava mi mano que yo lavo la tuya"? Y sin duda esta manera de formular el asunto parece tosca y simplista. Si muchos derechos no se pueden comprar y vender en el mercado como mercancías –si no puedes vender tu derecho a hablar libremente ni tu voto–, ¿cómo es posible asimilar los derechos en general a meros artículos de intercambio?

La respuesta es que hay distintos tipos de intercambios, y que muchos de ellos no son mezquinos ni ignominiosos. Todos los días se llevan a cabo intercambios mutuamente beneficiosos y del todo honorables –en los lugares de trabajo, en las familias y en las casas de gobierno, igual que en los supermercados– que nadie objeta y simplemente se consideran beneficiosos para todos los implicados. Por ejemplo, para reducir la intensidad de la lucha industrial, que bien podría perturbar el comercio entre los distintos estados, el gobierno de Estados Unidos asigna algunos derechos a los empleadores y otros tantos a los empleados, y después trata de exigir el paquete de derechos y deberes sobre ambas partes. En este caso, la exigibilidad de los derechos es en realidad una estrategia de manejo de conflictos y una forma de imponer los resultados de negociaciones. De hecho, el uso de los derechos para estimular una cooperación social mutuamente provechosa es algo muy común, como debería sugerirlo la idea misma de un contrato

social. Las propias leyes, que crean y encarnan derechos, a veces se entienden mejor en tanto resultado de transacciones. Decir que los derechos pueden ser vistos como servicios prestados para cumplir con los términos de un acuerdo no es más que afirmar que los sistemas políticos basados en derechos mantienen la estabilidad en parte –pero sólo en parte– por una percepción general de ganancia mutua. Al establecer reglas claras para resolver disputas sin violencia y estabilizar las expectativas sociales en una sociedad heterogénea, los derechos crean un estilo particularmente estable de coexistencia y cooperación social.

Al ser instrumentos para el mejoramiento del bienestar individual y colectivo, los derechos naturalmente requieren diversas clases de renuncias de todos los miembros de la comunidad (no sólo de los funcionarios públicos), renuncias que deberían ser abundantemente compensadas por los beneficios que derivan de la reciprocidad, la especialización y la suma de esfuerzos. Por lo tanto no es correcto describir el contrato social estadounidense como un mero intercambio de derechos por cooperación, en el que el gobierno concede derechos y los ciudadanos responden cooperando. El contrato social de nuestro país implica un acuerdo más deliberado y reflexivo entre los propios ciudadanos respetuosos de los derechos: entre ricos y pobres, por ejemplo, y entre miembros de sectas religiosas diferentes.

En líneas generales, los teóricos de la democracia pueden dividirse en dos grupos: los que ven la política como un asunto de acuerdos de grupos de interés entre grupos de intereses privados y egoístas, y los que ven la política como un proceso de deliberación y exposición de razones. Pero tanto la deliberación como la negociación desempeñan un papel en la creación de derechos, y en la práctica no es fácil separarlas. Los "acuerdos" (o las transacciones) pueden surgir y surgen de procesos de debate y reflexión en los que los intereses egoístas no son el único ni el principal motor. En realidad los pactos sociales codificados como derechos legalmente exigibles en última instancia casi siempre reflejan juicios acerca de lo que es justo y equitativo, y no sólo sobre lo que conviene más en determinado momento. Sin embargo, aun cuando la política esté dominada por la democracia deliberativa

para que los intereses egoístas no puedan ahogar el proceso de deliberación y exposición de razones, la búsqueda de la transacción y el acuerdo mutuo suele tener un papel significativo e incluso constructivo.

Es útil examinar según estos lineamientos el caso de la libertad religiosa. La libertad de conciencia, un derecho liberal clásico fundamentado en numerosas racionalizaciones abstractas o filosóficas, se originó y evolucionó en gran parte como un acuerdo entre grupos sociales privados con el objeto de propiciar el respeto entre las sectas, la tolerancia mutua y la cooperación social.

"El Congreso no votará ninguna ley para el establecimiento de ninguna religión, ni prohibirá la práctica de ninguna." Estas dos reglas han demostrado ser sorprendentemente difíciles de conciliar. Los conflictos entre la cláusula del libre ejercicio y la de no-establecimiento siguen planteando uno de los problemas más espinosos del derecho constitucional estadounidense. El Estado, al proteger la libre práctica prestando edificios civiles para reuniones religiosas, ¿no estaría ayudando a establecer una religión? Al excluir a las organizaciones religiosas como posibles receptoras de fondos disponibles en general, ¿no estaría obstruyendo el ejercicio libre? Podría afirmarse que cualquier intento de cumplir de manera estricta la prohibición de dar apoyo político a una religión –como la exclusión de las oraciones en las escuelas o la negativa a permitir el uso de instalaciones escolares, después de las horas de clase, a las organizaciones religiosas– puede ser visto como un estorbo ilícito a la libre práctica religiosa. Del mismo modo, los intentos muy escrupulosos de asegurar el ejercicio libre –por ejemplo, otorgando beneficios de seguridad social a quienes se niegan a aceptar un empleo porque los obligaría a trabajar en un día que su religión lo impide– pueden ser considerados como violaciones a la prohibición de dar apoyo público a una creencia privada.

Este dilema práctico, más allá de todas sus otras implicaciones, subraya una de las afirmaciones centrales de este libro. Aun los que piden neutralidad frente a la religión insisten en que el Estado debe prestar sus servicios normales –sobre todo protección

policial y bomberos– a las organizaciones religiosas igual que a cualquier otro grupo ciudadano. Eso cuesta mucho dinero, en especial cuando las tensiones entre grupos religiosos, o entre grupos religiosos y no religiosos, alcanzan altos niveles de fervor. Como el Estado presta servicios regularmente a muchos grupos no religiosos de la sociedad, no puede alcanzar siquiera una apariencia de neutralidad sin subsidiar la religión en muchos contextos. Una política gubernamental de abstención (no establecimiento) no garantiza la libertad individual (ejercicio libre). La protección que puede ofrecer el estilo *laissez-faire* al derecho de practicar libremente la propia religión es, a las claras, inadecuada, como seguramente lo reconocerán quienes abogan por el permiso de orar en las escuelas. Y quienes rechazan las oraciones religiosas en las escuelas deberían considerar que es imposible exigir el derecho constitucional al ejercicio libre de la religión mediante una política estatal de no interferencia, y que en cambio se requiere la acción gubernamental y el apoyo de los contribuyentes.

Sin embargo, los costos que la libertad religiosa impone en forma regular a los contribuyentes casi nunca se comprenden bien. Una de las razones de esta falta de comprensión es que por lo general la libertad de religión se percibe como una libertad ejemplarmente "negativa" orientada a detener la mano del gobierno, a limitar el poder del Congreso y de las legislaturas de los estados para interferir con la libertad de los individuos de rendir culto religioso, de creer y vivir cada uno de acuerdo con su conciencia. Desde esa perspectiva convencional, el objetivo de la libertad religiosa es excluir al gobierno de un espacio privado bien amurallado con miras a preservar la autonomía moral de los individuos cuando se enfrentan a sus temores y esperanzas en relación con (entre otras cosas) su propia mortalidad y la de sus seres queridos.

En ese contexto, típicamente se invoca la doctrina de la no interferencia y la imagen de un muro divisorio entre la iglesia y el Estado para demostrar que la libertad de religión, igual que todos los demás derechos constitucionales, requiere que el Estado se repliegue en lugar de intervenir, que se abstenga de actuar en vez de ha-

cerlo, que se desentienda en lugar de involucrarse. Se dice que la libertad de religión protege a los individuos vulnerables –ya sea en sus momentos solitarios de abandono en la oración o de disidencia heterodoxa o simplemente de incredulidad– de las presiones invasoras y conformistas de un Estado en potencia fanatizado.

No obstante, no deberíamos permitir que la contribución de la libertad religiosa a la autonomía individual nos impida ver que se origina en –y contribuye a– la coexistencia social pacífica. La libertad religiosa, que nos permite automía en nuestras convicciones más profundas, depende en esencia de que haya algún tipo de autoridad política legítima que funcione bien. Además permite que nuestra sociedad, religiosamente heterogénea, opere en forma moderada desempeñando un papel estabilizador y estimulando la concertación social. Su evidente utilidad en una sociedad heterogénea en el aspecto religioso contribuye a explicar el reconocimiento original del derecho, su enorme importancia en Estados Unidos y en otros países, y también la evidente disposición de los contribuyentes a cubrir sus costos.

Cabe señalar que la libertad religiosa no es menos costosa que otros derechos. Los ciudadanos estadounidenses son más o menos libres de practicar una religión o no según lo prefieran, pero su libertad en ese sentido exige un desembolso del erario público aun cuando no sea subsidiada por presupuestos públicos (a través, por ejemplo, de la protección de las iglesias y otras instituciones religiosas por la policía y los bomberos). Por ejemplo, la libertad religiosa da a los ciudadanos el derecho a solicitar soluciones legales (financiadas por los contribuyentes) cada vez que algún funcionario público la viola. Sobre este punto la ley es compleja y cambiante, aunque en ciertas ocasiones la libertad religiosa puede requerir exenciones de la ley general que pueden resultar costosas.[71]

71 En Employment Division, Department of Human Resources *versus* Smith, 494 US 872 (1990), la Corte Suprema mantuvo una prohibición penal general contra el uso religiosamente inspirado del peyote. El aspecto más controvertido de esa decisión fue la conclusión de que una ley neutral, válida para todos, no es

La libertad religiosa es costosa, incluso más costosa que otras, porque implica que el gobierno debe estar listo para intervenir imparcialmente cada vez que surgen tensiones graves entre distintas sectas. En Estados Unidos el conflicto religioso presenta un terreno legítimo para la regulación gubernamental y por lo tanto impone todos los costos públicos ordinarios de monitoreo, disuasión y acceso a reparación. Los Testigos de Jehová pueden tocar músicas anticatólicas en barrios católicos porque pueden organizarse y expresar sus opiniones en público. Esa libertad ciertamente impone gastos públicos cuando, por ejemplo, exige que la policía supervise las expresiones podrían llegar a provocar fervor religioso. Y además, lo que quizá sea más pertinente en la actualidad, la libertad religiosa exige que el gobierno ofrezca soluciones si una secta o iglesia privada utiliza amenazas ilegales de coerción para impedir que un miembro individual se aleje o cambie de religión.

Sigue habiendo controversias apasionadas sobre hasta qué punto pueden imponerse normas seculares a las comunidades religiosas. ¿Deben aplicarse los principios contra la discriminación a todas aquellas iglesias que, por ejemplo, discriminan en base al sexo? Las leyes estadounidenses responden en general que no, pero esa respuesta ha sido cuestionada. En cambio, las prohibiciones contra daños y perjuicios civiles –asalto, lesiones, intrusión, etc.– son plenamente aplicables a las organizaciones religiosas. Cualquiera sea la opinión que nos merezca la decisión de la Corte Suprema de 1990 de mantener la penalización del uso del peyote

---

constitucionalmente problemática aun cuando tenga un efecto adverso sobre la religión. Así, la corte leyó en forma estrecha (sin anularlo) su anterior fallo en Sherbert *versus* Verner, 374 US 398 (1963), que había dictaminado que no se puede negar el pago por desempleo a un creyente religioso bajo una ley general que ordena buscar trabajo el sábado. Sin embargo, la Corte Suprema no ha llegado a una decisión definitiva sobre el tema de las exenciones a la ley general por motivos religiosos; el Congreso intentó anular por ley la decisión del caso Smith; la corte afirmó que el Congreso no tenía poder para hacerlo, pero en el proceso reveló una división interna sobre toda la cuestión de si a veces puede haber exenciones (costosas) impuestas por la cláusula del libre ejercicio.

en ceremonias religiosas indígenas (con el argumento de que la ley es neutral y no discrimina contra ninguna religión),[72] la libertad de religión en Estados Unidos sería ilusoria si los cultos religiosos operasen libremente detrás de un muro impenetrable para los funcionarios gubernamentales donde no se pudiera recurrir a ninguna autoridad pública coercitiva, por ejemplo, contra los dirigentes religiosos inescrupulosos o mentalmente perturbados. Puesto que los derechos son poderes potencialmente peligrosos, un gobierno comprometido a hacerlos respetar deberá también asegurarse de que no se abuse de ellos de modo grave.

La libertad religiosa sólo es tolerable cuando se practica según ciertas reglas de autolimitación civilizada, reglas que es necesario hacer cumplir coercitivamente. En Estados Unidos los grupos religiosos tienen prohibido utilizar la coerción o la amenaza de coerción en pro de sus convicciones religiosas, porque el derecho a hacerlo es privativo del gobierno.[73] El gobierno es el único que tienen ese derecho porque es, o afirma ser, el único agente que representa los intereses no de un sector, de una región, de una clase o de una secta de la sociedad, sino más bien el interés público; es decir, los intereses ampliamente compartidos por todos los ciudadanos, sin excepción, cualesquiera sean sus creencias religiosas.

Más allá de las apariencias superficiales, la libertad de religión no tiene nada que ver con la inacción o la parálisis del Estado. Ni siquiera implica que el gobierno deba abstenerse de actuar (abstenerse, digamos, de hacer valer las leyes contra el asesinato, la violación o la tenencia de alucinógenos) dentro de los confines de la propiedad eclesiástica. La Primera Enmienda no prohíbe la interferencia del Estado en asuntos de sectas religiosas, sino que regula la manera y el alcance de esa acción. Más en profundidad,

72 Employment Division, Department of Human Resources *versus* Smith. Véase la nota anterior.

73 Cabe reconocer que no es sencillo definir la coerción, y por eso con frecuencia se permite legalmente a los grupos religiosos ser "coercitivos" en alguna de las posibles acepciones de ese elástico concepto.

la libertad religiosa ofrece un modelo de cooperación y mutualidad públicamente subsidiadas. Estipula, por ejemplo, que los ciudadanos de un país multiconfesional, cuando actúan a través de los instrumentos comunes de su gobierno, no pueden proclamar en forma pública que los adherentes de sectas minoritarias y los no creyentes son ciudadanos de segunda clase o en cierto sentido miembros menos meritorios o indeseables de la comunidad.

Es preciso agregar algo sobre la frase "cuando actúan a través de los instrumentos comunes de su gobierno". La principal amenaza a la libertad religiosa no es el gobierno en tanto tal, sino más bien las sectas religiosas privadas que, si se les presentara la oportunidad, utilizarían los instrumentos del gobierno para imponer sus creencias sectarias a los conciudadanos renuentes. En consecuencia, proteger la libertad religiosa contra la "interferencia gubernamental" es en realidad una forma oblicua de proteger la libertad religiosa contra su violación por particulares.

De hecho, la libertad religiosa no necesita tanto ser protegida contra un posible accionar abusivo del gobierno como contra la arrogancia intolerante y dominadora de otras sectas privadas. El efecto indirecto de la libertad religiosa evidentemente está relacionado con la tesis de que los derechos constitucionales protegen a los individuos sólo contra la acción del Estado, no contra otros particulares. Aun cuando técnicamente sea cierta, esa afirmación legalista debe interpretarse en forma realista y en su contexto: la Primera Enmienda en efecto protege la libertad individual contra la interferencia privada a través de la captura sectaria del gobierno o "bajo apariencia de legalidad". Un sistema de libertad religiosa siempre debe incluir reglas de restricción mutua tendientes a impedir que ciudadanos convencidos de su propia superioridad moral hagan gestos separatistas, humillantes o tendientes a provocar amargura en la comunidad, no en cualquier contexto, sino cuando desempeñan ciertos papeles específicos, por ejemplo, cuando actúan como funcionarios de una escuela pública. Las leyes que no tienen un propósito secular, como las que ordenaban la enseñanza del creacionismo en las escuelas, son inconstitucionales porque dan poder público a sectas privadas en un contexto

crucial para la futura coexistencia pacífica de los numerosos grupos religiosos y no religiosos de Estados Unidos.

Yendo a las fuentes históricas, uno de los objetivos originales de la prohibición de la enseñanza sectaria en las escuelas públicas, consagrada en el derecho constitucional estadounidense, fue impedir que esas escuelas quedaran desgarradas por un conflicto confesional. La separación de la iglesia y el Estado contribuyó a crear una institución común en la que los protestantes –socialmente dominantes– debieron aprender a no aprovecharse de su situación de mayoría y a no burlarse de los católicos y miembros de otras confesiones tildándolos de "antinorteamericanos". Eso requirió esfuerzos afirmativos del gobierno en circunstancias poco menos que favorables, no una política de abstención de su parte. También fue, dicho sea de paso, un ágil intento de legislar la moral o por lo menos de inculcar una forma de autolimitación moral, que es un aspecto importante de la moralidad.

La escuela pública financiada por el Estado fue construida conscientemente como un territorio neutral, no en el sentido de "libre de valores", sino en el de protectora de múltiples convicciones, manteniéndose neutral entre ellas. Se esperaba que impartiera un aprendizaje de la coexistencia, la tolerancia y la acción común; no, desde luego, que enseñara el escepticismo o el relativismo moral. La canalización de fondos ostensiblemente públicos para el beneficio de una sola secta, en cambio, no sólo habría fomentado divisiones políticas según las tendencias religiosas sino que habría echado a perder el pacto social implícito que permite a los miembros de confesiones rivales en Estados Unidos sentir que, diferencias aparte, están todos en el mismo bote y comparten un gobierno común que busca y persigue propósitos también comunes. Es en este sentido que la libertad religiosa puede considerarse un pacto social entre todas las iglesias y las sectas en el que el gobierno opera más como intermediario que como miembro. (Sin querer negar que los propios funcionarios del gobierno se benefician con las relaciones cooperativas entre religiones rivales.)

La libertad religiosa es uno de los principales medios con que la sociedad multiconfesional de Estados Unidos maneja su diversidad interna. Podríamos decir que lo que mantiene unida a nues-

tra sociedad pluralista es una división. La "barrera" entre la iglesia y el Estado tiene una función positiva, no es meramente negativa. Defiende y fomenta la ciudadanía común a pesar del pluralismo religioso, permitiendo a los ciudadanos discordar sobre los problemas últimos siempre y cuando estén de acuerdo en los penúltimos. Los estadounidenses pueden estar en desacuerdo sobre "el bien" (es decir, acerca de los ideales personales y religiosos que consideran dignos de ser alcanzados) y al mismo tiempo estar de acuerdo en "lo correcto" (las reglas de justicia que gobiernan la coexistencia no violenta y la cooperación en un mundo de recursos escasos).

En una sociedad heterogénea la cooperación social, incluyendo la capacidad de mostrar cierto grado de tolerancia y de respeto mutuo, presupone que las personas son capaces de dejar a un lado sus desacuerdos más fundamentales y concordar en asuntos más abstractos o más particulares. Ciudadanos con creencias y antecedentes religiosos muy variados pueden estar comprometidos con la libertad religiosa, o con la Constitución en su conjunto, aun cuando sostengan ese compromiso con los argumentos más diversos. Y ciudadanos con diferentes convicciones religiosas pueden ponerse de acuerdo sobre una serie de prácticas particulares desde sus distintas perspectivas. Los derechos fundamentales de los estadounidenses pueden ser aceptados por una ciudadanía heterogénea cuya adhesión a reglas comunes se basa en una amplia variedad de actitudes y creencias.

Cuando los estadounidenses actúan a través del Estado, que ejerce una especie de monopolio de los medios de coerción legítimos, se les pide que dejen de lado por el momento sus diversas convicciones religiosas. Pero cuando actúan fuera de los canales del Estado –a través de grupos no gubernamentales y en contextos sociales ordinarios– pueden responder libremente a sus creencias religiosas e incluso expresarlas. Dicho de otro modo, la libertad de religión está lejos de ser sólo individualista. Necesariamente incluye las libertades sociales de rendir culto junto con otros, de predicar y hacer proselitismo, y de fundar nuevas iglesias y sectas. En la medida en que implica organización social e interacción pública, la libertad de religión, igual que cualquier otro permiso

para actuar, plantea la posibilidad de conflictos entre individuos y grupos. Y de allí surgen la mayoría de los costos públicos del mantenimiento de la libertad religiosa.

Como lo revela el caso del aborto, a veces los desacuerdos religiosos estallan en forma incontenible en el debate público. Pero aun un conflicto en apariencia tan irreconciliable como el debate sobre el aborto en Estados Unidos, que pone en juego valores últimos, no ha llegado a envenenar las comunicaciones sociales en el país ni ha imposibilitado la resolución democrática de otros problemas. Esta controversia se ha mantenido en buena medida dentro de límites relativamente moderados, porque los estadounidenses, tanto religiosos como no religiosos, entienden el delicado pacto de tolerancia mutua que fundamenta su organización política. Esa tregua, o proceso de adaptación mutua y autolimitación, lejos de ser humillante es una premisa de nuestra vida en común. Los que están comprometidos con ella obedecen a sus principios tanto como a su conveniencia.

Los pactos son relaciones morales además de estratégicas. Eso se debe a que, de manera implícita, empujan a cada una de las partes a verse como una parte del todo, como un mero aspirante legítimo entre muchos otros. De acuerdo con el contrato social estadounidense, cuando afirmo mi libertad de conciencia estoy afirmando, a la vez, que todos los demás ciudadanos, cualquiera sea su credo privado, gozan del mismo derecho que yo. Esa referencia a la reciprocidad y la equidad entre los individuos –que naturalmente limita lo que cada uno puede hacer o afirmar en forma justificada– está implícita en toda afirmación de un derecho constitucional bajo las leyes de Estados Unidos. La imparcialidad y la equidad en esta área no sólo ayudan a sostener el clima de cooperación sino que además ilustran por qué es un error interpretar que los derechos del siglo XVIII eran intrínsecamente egoístas y antisociales.

13. Tener derechos y tener intereses

Es imposible entender el lugar que ocupan los derechos de propiedad en el contrato social estadounidense sin indagar cómo afectan esos derechos a los miembros de la sociedad que tienen escasa o ninguna propiedad. ¿Cómo disuadir a los no propietarios –para empezar por la forma más básica de cooperación social– de que saqueen y quemen? El sistema de justicia penal ayuda a salvaguardar las acumulaciones de dinero privadas tanto de la indignación de los pobres como de la codicia de los inescrupulosos. Pero, para proteger los derechos de propiedad exclusivamente por medios coercitivos, el Estado tendría que manejar volúmenes aterradores de fuerza letal. Un poder policial tan vasto y discrecional no sólo les costaría muy caro a los propietarios sino que los haría sentirse todo el tiempo vulnerables frente a los policías descarriados. Por lo tanto la cuestión práctica, para los aspirantes a acumular dinero en forma privada, es cómo evitar los robos y los incendios sin confiar exclusivamente en la coerción.

¿Cómo es posible hacer al Estado lo suficientemente fuerte para proteger los derechos de propiedad, pero no tan fuerte que sus agentes armados en forma letal sientan la tentación de violar los derechos de propiedad para su enriquecimiento personal? Este enigma, que toca la esencia del liberalismo, puede responderse mejor formulando una segunda pregunta: ¿cómo es posible legitimar la riqueza a los ojos de la pobreza? O, de maner alternitiva: ¿cómo debe tratar el gobierno a los pobres si uno de sus objetivos es proteger en forma eficaz, pero con el mínimo posible de coerción, los derechos de propiedad de los ricos?

Una respuesta abarcativa a esta pregunta tendría que hacer referencia a la educación públicamente financiada, las oportunida-

des decentes de ingreso al mercado laboral, una mayor posibilidad de acceso a la propiedad privada y a muchas otras asignaciones de recursos colectivos manejados por el Estado. Es mucho más probable que quienes están en posiciones desventajosas contribuyan a un bien común si creen que los privilegiados también están aportando la parte que les corresponde. Un abordaje prudente de la pobreza seguramente incluiría dar a todos aquellos que no tienen propiedades alimento suficiente para impedir que se dejen llevar por la furia o caigan en la desesperanza. Los más fervientes defensores de la propiedad privada podrían tratar de asegurar que todos tengan una alimentación básica y algún abrigo. El intento de aliviar los extremos de desesperación entre los pobres puede surgir de principios morales, de la simple compasión o de un sentimiento de solidaridad; pero puesto que el castillo no está seguro cuando en las chozas se pasa hambre, la ayuda a los pobres a veces surge, e incluso tal vez en forma más auténtica, como una estrategia de autodefensa de los ricos.

Tradicionalmente las transferencias de bienestar de ricos a pobres han sido motivadas por el miedo a la radicalización de los trabajadores, y por esa misma razón han tendido a perder el apoyo de las clases medias cuando la fuerza de trabajo industrial se redujo y el comunismo desapareció como alternativa aparentemente viable al capitalismo. No obstante, para que los propietarios reciban una protección confiable para sus propiedades y al mismo tiempo el gobierno obtenga un flujo constante de ingresos, tanto los altos funcionarios como los propietarios necesitan la autolimitación cooperativa de los indigentes, en especial de los jóvenes indigentes. La motivación subyacente aquí es fácil de captar, porque como bien observó el juez Richard Posner (1992, pp. 463-464), "la pobreza en medio de la abundancia probablemente hará aumentar la incidencia de delitos". Es verdad que los ricos pueden responder a ese problema en forma puramente privada. Los moderadamente acomodados pueden retirarse a comunidades cercadas donde pueden aislarse de modo efectivo de las consecuencias de la desesperación de las clases bajas. Pero no es una estrategia feliz, ni siquiera para la gente muy rica: el aislamiento es costoso, y no sólo en términos de dinero. Desde luego,

si llegara a convertirse en tendencia la cohesión social estaría en peligro, y puede afirmarse que el apoyo de la clase media a los programas de asistencia social continuaría descendiendo.

LOS DERECHOS DE ASISTENCIA COMO PACTO SOCIAL

En Estados Unidos se habla mucho de los derechos, y en forma notoriamente partidista. De hecho, la afiliación política de los estadounidenses es un indicador bastante seguro de qué derechos favorecen y cuáles no. Los conservadores económicos quieren reforzar los derechos de propiedad y diluir los de asistencia social. Los conservadores religiosos alaban el derecho a la vida y condenan la total separación de la iglesia y el Estado. Los liberales de la Unión por las Libertades Civiles Estadounidenses (*American Civil Liberties Union*, ACLU) apoyan la libertad de expresión y censuran el derecho a rezar en las escuelas. Los liberales del Estado de Bienestar están a favor de los derechos a la asistencia pública y en contra del derecho de las empresas a cerrar plantas a su antojo.

Incluso podría decirse que las posiciones políticas en Estados Unidos se definen en gran parte por la decisión de proponer o defender determinados derechos y censurar otros. Y con frecuencia los argumentos en favor o en contra de algún derecho están apoyados por cuidadas argumentaciones. Sin embargo, el defensor de cualquier derecho determinado tiene interés en demostrar que su derecho favorito habita una órbita prístina y extrahumana de "la ley" o "la Constitución" en la que nunca hay negociaciones ni valores políticos en conflicto. Pero esta idea no sobrevive al examen. El debate acerca de los derechos en nuestro país es una polémica acerca de los valores y las transacciones más apropiados, alimentado por pasiones partidarias y juicios y concesiones morales en conflicto. ¿Entonces cómo es que la política estadounidense ha alcanzado ese carácter relativamente consensual que con frecuencia señalan los observadores extranjeros? ¿Es posible que el consenso estadounidense, en la medida en que existe, úni-

camente pueda sobrevivir si todos los grupos sociales importantes sienten que tienen algo que ganar de la tolerancia mutua, es decir, en la medida en que a cada uno se le conceda algún conjunto importante de derechos que valgan la pena?

Aun a falta de cualquier otro tipo de ayuda a los pobres, la propiedad privada puede tener efectos de derrame que los beneficien. La creación de empleos es uno de los argumentos más persuasivos en favor de la propiedad privada garantizada por los contribuyentes. A menudo se dice, y con razón, que el contrato de derechos-por-protección, encapsulado en los derechos de propiedad impuestos de manera confiable, confiere muchos beneficios secundarios a los no ricos: no sólo nuevos empleos sino también un crecimiento económico general, una reducción de los costos de los bienes de subsistencia en relación con los salarios y un contrapeso económicamente vibrante a la tiranía (que inevitablemente perjudicaría a todos, pobres incluidos). Además, la provisión de oportunidades y asistencia a los pobres siempre afecta concepciones públicamente compartidas de justicia. Una sociedad justa intenta garantizar oportunidades razonables para todos y también asegurar que nadie caiga por debajo de un umbral decente.[74] Esto es parte de lo que expresa la idea central liberal que entiende a la sociedad como una empresa cooperativa.

A menos que la sociedad esté organizada como una empresa cooperativa, es imposible crear y mantener la propiedad privada tal como la conocemos. Las grandes empresas estadounidenses nunca habrían desarrollado su riqueza y poder actuales sin muchas formas de apoyo estatal. Del mismo modo, los individuos ricos y exitosos deben su riqueza y su éxito a instituciones sociales que exigen la cooperación de todos pero distribuyen sus recompensas en forma selectiva y desigual. Una economía capitalista provee las condiciones legales previas para la acumulación desigual de riqueza. Esas acumulaciones desiguales no caen del cielo. Por muy duro que las personas trabajen, siempre es una simplificación excesiva

74 Véase el asombroso hallazgo empírico en relación con los juicios de distintas personas sobre este punto en Frohlich y Oppenheimer, 1993.

atribuir las diferencias en la riqueza adquirida únicamente al "esfuerzo personal" del más rico. Las personas arrancan de puntos de partida por completo diferentes, y alguien que nació en una calle de, por ejemplo, Chicago, Nueva York o Los Ángeles puede tener perspectivas de vida mucho peores que las de alguien nacido un kilómetro y medio más allá. En todo caso, los esfuerzos privados toman la forma que toman y las recompensas son las que son sólo debido a acuerdos o componendas institucionales políticamente elegidos, administrados por el gobierno e impuestos a través de la ley. Los acuerdos o componendas que generan acumulaciones de riqueza desiguales ciertamente pueden justificarse sobre la base de principios liberales, sobre todo si generan ventajas para la mayoría. También pueden adaptarse –sin violentar esos principios– para asegurar que parte de esa fortuna acumulada se desvíe para proporcionar un mínimo de bienestar y oportunidades decentes a los ciudadanos comunes y corrientes. En realidad, el mismo objetivo que justifica esos acuerdos –la promoción del bienestar humano– también da razones para realizar ajustes destinados a ayudar a los menos favorecidos. Esos ajustes forman parte de un pacto social que, si funciona bien, beneficia a todos.

Sin una modesta asistencia los estadounidenses nacidos en la pobreza bien podrían, sin ninguna culpa de su parte, empezar a interpretar nuestro contrato social, cuyas reglas en cualquier caso están obligados a cumplir, como una estafa de proporciones monstruosas perpetrada por los ricos. Algo parecido ha ocurrido antes en nuestra historia, y es posible que esté ocurriendo una vez más ahora.

Que los ricos –que en parte deben su riqueza a una ley y un gobierno financiados cooperativamente– deben pagar por la autolimitación voluntaria y la cooperación de los pobres, en lugar de tratar de imponerles a través del miedo una imitación de la autolimitación, lo afirman enérgicamente hasta los más acérrimos teóricos liberales. Por ejemplo, John Stuart Mill (1965, p. 962) escribió que "puesto que el Estado necesariamente debe proveer la subsistencia al delincuente pobre mientras éste sufre su castigo, no hacer lo mismo por aquellos pobres que no han delinquido equivale a premiar el delito". El derecho a una subsis-

tencia mínima bien podría ser un incentivo para la autodisciplina y la conducta cooperativa. Desde la perspectiva de los propietarios, la ayuda a los pobres no tiene nada de limosna. Algunas formas de alivio de la pobreza son motivadas por principios abstractos de justicia y buena parte de ellas son impulsadas por la solidaridad; pero los beneficios de la asistencia pública pueden también considerarse un pago táctico a los pobres, vinculado al intercambio original de impuestos-por-protección celebrado entre los propietarios y su gobierno.

LOS DERECHOS DE PROPIEDAD COMO PACTO SOCIAL

La cientista política Theda Skocpol (1992) ha sostenido en forma convincente que el Estado de Bienestar estadounidense tuvo su origen en el vasto sistema de beneficios para los veteranos que se desarrolló después de la Guerra de Secesión en Estados Unidos. El hecho de que haya surgido inicialmente como un beneficio para los veteranos ayuda a explicar la disposición de los ciudadanos –al menos en época de guerra o posguerra– a cargar con su costo. Además añade credibilidad a la tesis, más general, de que los derechos se estabilizan políticamente al formar parte de acuerdos sociales. Por lo tanto es sorprendente que, en la tradición del derecho común, los propios derechos de propiedad se hayan originado como beneficios para veteranos.

Para simplificar una historia compleja, Guillermo el Conquistador creó los derechos de propiedad tal como eventualmente llegaron a existir bajo el derecho común cuando repartió parcelas de tierras conquistadas a los nobles normandos que lo habían ayudado a dominar Inglaterra. Los derechos de propiedad según el derecho común, exigibles en los tribunales, no nacieron de elevados principios sino que fueron forjados en un proceso de toma y daca social. La curiosidad histórica encaja bien con el hecho de que, en la realidad jurídica actual, los derechos de propiedad, lejos de estar rígidamente fijos, siguen sujetos a renegociaciones considerables.

La exigibilidad de los derechos de propiedad en Estados Unidos se sostiene en parte por un intercambio de impuestos-por-protección mutuamente beneficioso entre los propietarios y el gobierno. Éstos se avienen a pagar sus impuestos, en cierta medida, para que su propiedad esté protegida de manera confiable contra vándalos y bandidos errantes, por no hablar de incendios intencionales o accidentales. El gobierno por su parte está dispuesto a abstenerse de imponer tasas confiscatorias, no sólo debido a incentivos políticos sino también porque los funcionarios públicos entienden que los ingresos confiables a largo plazo aumentarán si los ciudadanos tienen incentivos para acumular riqueza privada, llevar una contabilidad honesta y guardar o invertir sus ganancias en el país, o al menos a la vista y al alcance de la Dirección General Impositiva (Hacienda). Esa relación cooperativa aumenta la seguridad de ambas partes, extendiendo sus horizontes temporales y permitiéndoles hacer planes e inversiones a largo plazo.

En este sentido, los derechos de propiedad representan una aplicación selectiva de recursos públicos no sólo con el fin de estimular la autolimitación por todas partes –el gobierno debe abstenerse de confiscar y los propietarios privados deben abstenerse de ocultar sus bienes y adquirir propiedad mediante la fuerza o el fraude– sino también para impulsar nuevas formas de actividad creativa, tanto del gobierno como de los individuos. Es improbable que esa inventiva socialmente beneficiosa surja si las transacciones y las adquisiciones son agotadoramente inseguras. El pacto sólo puede ser estable en el tiempo y cumplirse si ambas partes se benefician. Normalmente no se puede demandar al gobierno por no exigir los derechos de propiedad de personas particulares contra ladrones e incendiarios, pero los altos funcionarios que ganan fama de ser "blandos con la delincuencia" pueden perder su puesto.

El derecho a tener propiedad debe entenderse también como una condición indispensable para la ciudadanía democrática. La prerrogativa, más o menos amplia, de acumular riqueza privada se puede justificar en parte, a pesar de las considerables desigualdades que necesariamente conlleva, porque una economía descentralizada y no planificada provee una base material confiable para una oposición política libre de temores. Si el gobierno

puede confiscar propiedades cuando quiere, es poco probable que la gente tenga la independencia y la seguridad necesarias para criticarlo en forma abierta. La elevada posición del derecho de propiedad en el sistema estadounidense de gobierno refleja la idea generalizada de que los ciudadanos pueden deliberar mejor si sus propiedades están protegidas contra posibles abusos de los funcionarios públicos. Ésta es otra de las formas en que el derecho a la propiedad privada sirve al bien común.

LOS DERECHOS COMO ESTRATEGIAS DE INCLUSIÓN

El origen prudencial, antes que moral o humanitario, de la asistencia pública está copiosamente documentado. Los modernos programas de salud y sanidad públicas surgieron en ciudades prósperas porque los ricos, si bien podían pagar los mejores médicos disponibles, no podían protegerse de las enfermedades contagiosas que diezmaban a los pobres. Del mismo modo, la atención sanitaria brindada a los trabajadores sirve a las necesidades de los empresarios. El empleo regular y la propiedad de viviendas reducen el nivel de inestabilidad social y los delitos violentos. La protección efectiva a los consumidores puede fomentar la demanda de éstos. Pero, de lejos, la mejor razón para pensar que la provisión pública forma parte de un pacto social es el origen de la asistencia en la guerra. En general la guerra acostumbra a los ciudadanos a impuestos más altos cuyo producto se utiliza después, en la paz, para implementar programas sociales de varios tipos. Este proceso se hace más comprensible si interpretamos los derechos en general como pactos, como concesiones otorgadas a grupos cuya cooperación es deseable o necesaria. Durante la guerra, en particular, los propietarios deben afrontar su dependencia radical de la cooperación de la ciudadanía en su conjunto, sobre todo de los pobres.

Cuando los que tienen escasa o ninguna propiedad son renuentes a combatir contra los conquistadores y saqueadores extranjeros, los derechos de propiedad de los ricos no sirven de mucho.

Por prudencia, los propietarios tienen un incentivo para impedir que los más pobres se sientan alienados de la nación. Además, necesitan movilizarlos para favorecer sus propios fines, y no sólo calmarlos o aplacarlos. Para contar con el apoyo activo de los indigentes, y no con su mera aquiescencia inerte, los gobiernos deben hacer gestos palpables de inclusión. Lejos de ser protecciones negativas contra la interferencia gubernamental, los derechos civiles –como el derecho a votar, a tener un proceso justo y a la educación pública– atraen a los individuos excluidos al interior de la comunidad.

Una vez más, un ejemplo extranjero ayudará a ilustrar cómo operan los derechos legales para promover la inclusión cívica. Para gran sorpresa y frustración de los activistas de derechos humanos de Occidente, los gitanos de Europa oriental, cuya estrategia básica de supervivencia incluye evitar de manera escrupulosa todo contacto directo con las autoridades políticas, a menudo se niegan a defender sus derechos en los tribunales. Después de todo, aquellos que recurren a un tribunal deben dar su nombre, ocupación y dirección y proporcionar otras informaciones delicadas, a funcionarios públicos. Afirmar los propios derechos equivale a enrolarse en el aparato de toma de decisiones estatal, y eso es exactamente lo que muchos gitanos de Europa oriental se niegan a hacer. Para evitar una forma potencialmente peligrosa de cooptación por parte de las autoridades, están dispuestos a renunciar a sus derechos. Entienden perfectamente que los derechos constitucionales, lejos de amurallar una zona de libertad privada fuera del alcance del Estado, son parte integrante de un contrato social que extiende la autoridad de los organismos del gobierno a casi todos los sectores de la vida.

Tanto los derechos de propiedad como los de bienestar representan esfuerzos por integrar a ciudadanos que ocupan diferentes posiciones a una vida social común. En lugar de evitar todo contacto con el gobierno, los poseedores de derechos de propiedad son socios indispensables del Estado liberal moderno. Institucionalizados en memoria de la última guerra y en parte como anticipación de la siguiente, los derechos de bienestar –transferencias de dinero, atención médica, alimentación, vivienda, empleos, ca-

pacitación laboral o una mezcla de todas estas cosas– son un medio entre muchos de hacer que los desposeídos sientan que ellos también participan en una empresa nacional común. Cuando todas las partes se benefician, la conjunción de derechos de propiedad y derechos de bienestar puede cumplirse y sostenerse en el tiempo.

Igual que la riqueza, la pobreza en Estados Unidos es producto de decisiones políticas y legales. Nuestro derecho de propiedad –que incluye reglas sobre la herencia– determina quién "carece de recursos". Sin gobierno y sin leyes, muchos de los que no tienen propiedades podrían procurarse rápidamente recursos considerables mediante el robo o la violencia. El hecho de que no lo hagan más a menudo es producto de la coerción legal y las normas sociales, pero también de la percepción de ventajas mutuas. Nada de esto intenta negar que la iniciativa personal, la laboriosidad, el ahorro y la confianza en sí mismo son virtudes importantes. Muchas personas son pobres porque carecen de esas cualidades. Pero si la distribución de los recursos existentes está a cargo de la ley, entonces un programa de asistencia social sensatamente planeado será una parte coherente de una nación liberal/democrática antes que un desvío inexplicable de sus suposiciones básicas.

PACTOS E IGUALDAD

Podría parecer que entender los derechos como beneficios canalizados hacia los ciudadanos a cambio de su apoyo político viola el principio de que los derechos deben ser exigidos en forma imparcial. ¿O no es que todos los ciudadanos estadounidenses, incluso los que tienen muy pocas cosas de valor para ofrecer a cambio, merecen tener, y de hecho tienen, iguales derechos? Después de todo, no reservamos el derecho a un proceso imparcial sólo a quienes hacen contribuciones tangibles a la sociedad; a los sanos, digamos, pero no a los enfermos crónicos. Y el derecho a votar tampoco está restringido a los que tienen intereses más importan-

tes en el país, es decir, a los propietarios o a los que pagan impuestos altos.

Debemos reconocer que la metáfora de los pactos puede parecer contraria a la promesa moral de igualdad humana. Negociar y pactar parecería sugerir que nuestras autoridades públicas estarán más ansiosas de garantizar derechos valiosos a quienes sean capaces de brindar al gobierno (o a quienes ocupan los cargos de gobierno) un servicio necesario a cambio. Interpretar los derechos como pactos sociales legalmente exigibles implica que los ricos y los poderosos, sin ninguna razón moral convincente, probablemente obtendrán más valor del mismo conjunto de derechos que los pobres y los desvalidos. También implica aceptar que los que tienen intereses más prominentes de hecho recibirán dividendos mayores. Por ejemplo, si los derechos de bienestar representan un *quid pro quo*, los recortes de la asistencia social recaerán con mayor fuerza sobre los que tienen menor peso político. Si los derechos son pactos, los que no votan ni hacen contribuciones a las campañas (por ejemplo quienes reciben cupones de alimentos) sufrirán una pérdida de derechos mayor que los beneficiarios de la seguridad social más influyentes en épocas de austeridad fiscal.

Este cuadro es moralmente desagradable, pero tiene bastante fuerza descriptiva. En efecto, no está demasiado lejos del actual estado de cosas. En sociedades como la de Estados Unidos, que en general se consideran correctamente sociedades libres, los ricos y poderosos disfrutan de muchas ventajas que los pobres y los débiles no comparten, incluyendo las asociadas con la exigibilidad de sus derechos. Los ricos pueden usar su riqueza privada para adquirir lujos exquisitos o de mal gusto, pero también para obtener mejores resultados que los pobres de sus libertades civiles y sus derechos básicos. Pueden contratar guardias de seguridad privados para mejorar la protección de sus personas y sus propiedades. Pueden ejercer su derecho constitucional al aborto, incluso sin ayuda financiera del gobierno. Pueden mandar a sus hijos a escuelas religiosas, cosa que los indigentes no siempre pueden hacer, aun cuando su libertad de conciencia religiosa supuestamente también está garantizada por la Constitución. Para ejercer su libertad de expresión, los ciudadanos ricos pueden comprar ac-

ceso a los medios de comunicación masivos. Para ejercer su libertad de elegir a los altos funcionarios, pueden hacer grandes contribuciones a las campañas políticas. Y, como todos sabemos, pueden contratar a los abogados más astutos para sacar mayor ventaja de los derechos constitucionalmente asignados a todos, cosa que sus conciudadanos menos acaudalados no pueden permitirse.

Imponer costos privados –en forma, por ejemplo, de tasas de usuarios– es una estrategia bastante generalizada para conservar recursos escasos, por ejemplo el acceso a una institución que resuelve conflictos. Pero las técnicas de selección que imponen costos privados impiden iniciar demandas frívolas solamente a los pobres, nunca a los ricos. Es verdad que para algunos casos existe el sistema de "honorarios de contingencia" (según el cual el abogado acepta cobrar sus honorarios sólo cuando gana una demanda por daños y perjuicios), lo que permite a algunos pobres llegar a los tribunales. Además, en ocasiones los jueces ayudan a los pobres con el beneficio de litigar sin gastos. Pero en general es cierto que los ricos suelen obtener algo más que el justo valor de sus derechos supuestamente iguales. Sería poco plausible sugerir que la asistencia legal para pobres compensa la diferencia de recursos entre los demandantes pobres y los ricos.

Esa parcialidad de los derechos supuestamente imparciales en favor de quienes disponen de recursos privados es inquietante. Se pueden hacer muchas cosas para mejorar la situación y por supuesto habría que hacerlas, por ejemplo crear mejores leyes para el financiamiento de las campañas políticas, implementar un mejor monitoreo público de los abusos policiales y brindar mejores servicios legales a los indigentes. Pero una sociedad en la que nunca pudiera utilizarse la riqueza privada para acrecentar el valor de uso de los "derechos igualmente protegidos" no sería una sociedad libre en el sentido que los estadounidenses dan al término. Emparejar el campo de manera que todos los acusados reciban aproximadamente la misma cantidad de asesoría legal, por ejemplo, cualesquiera que sean sus recursos personales, requeriría un grado intolerable de supervisión gubernamental y control coercitivo discrecional. Un gobierno capaz de neutralizar por completo la influencia de los recursos privados sobre el valor de

los derechos individuales tendría que ser tan poderoso que hasta el más trivial abuso de poder que pudiera realizar sería peor para la mayoría de los ciudadanos (incluidos los pobres) que las desigualdades que se suponía debía eliminar.

En la medida en que deja a los ciudadanos pobres por debajo de un umbral decente, el contrato social estadounidense es una estafa. Pero ayudar a los pobres no exige abolir la desigualdad. Después de todo, lo que más quieren no es igualdad sino ayuda, y a veces pueden recibirla y la reciben (aun cuando continúe el debate sobre qué cantidad y en qué forma) mediante diversos programas de asistencia social, educación y empleo. No hay que confundir el esfuerzo por contrarrestar las situaciones desesperadas y por asegurar a todos perspectivas de vida mínimamente decentes con el igualitarismo como credo político.

La desigualdad de los resultados siempre será inevitable mientras los derechos impongan costos no sólo públicos sino también privados. Todos los ciudadanos estadounidenses tienen derecho a demandar a la policía por daños y perjuicios, pero sólo las personas con recursos privados sustanciales tienen posibilidades reales de tener éxito al hacerlo. Normalmente los que más probabilidades tienen de ser maltratados por la policía no disponen de tales recursos y por lo tanto, en la práctica, no gozan de ese derecho. La libertad de expresión y de prensa, el derecho a asesoría legal, el derecho a elegir los funcionarios gubernamentales y hasta la libertad de conciencia, todo mejora cuando a los recursos proporcionados por el presupuesto público se les suman recursos privados. Que el derecho supuestamente igual a adquirir propiedad privada es aprovechado por algunos individuos más que por otros no requiere mayores comentarios.

No obstante, el poder adquisitivo individual no es el único origen de la parcialidad en la adjudicación de derechos constitucionales y comunes en Estados Unidos. Algunos servicios públicos vitales se prestan en forma desigual porque los pobres y los débiles siempre están relativamente desorganizados, y por lo tanto tienen poca influencia política para apoyar sus demandas de recursos públicos. Lamentable pero inevitablemente, dondequiera que se distribuye dinero la fuerza y el poder influyen de algún modo sobre

quién gana y quién pierde. Los gastos políticamente intocables son casi siempre los que financian beneficios especiales para grupos sociales bien organizados. Los derechos, en tanto servicios administrados por el gobierno, tienen tantas probabilidades de alcanzar a todos los ciudadanos por igual como las obras públicas de repartirse en forma equitativa entre localidades con desigual fuerza o habilidad para el cabildeo. Sin embargo esta observación no pretende ser cínica, complaciente ni resignada. La dependencia de los derechos respecto de la fuerza no conduce necesariamente al cinismo, porque la fuerza misma puede tener distintos orígenes. No surge solamente del dinero, el cargo o el estatus social: también puede provenir de ideas morales capaces de convocar un apoyo social organizado. Y la indiscutible contribución del movimiento de los derechos civiles a la protección de los derechos de los afronorteamericanos corrobora la tesis de que los derechos reflejan políticas concretas y no solamente los dictados de la conciencia moral.

"Igual protección" bajo un régimen liberal, o por lo menos la obligación moral de proteger los derechos de los débiles, puede tener un significado serio y tangible. Pero ese significado no se descubrirá ni se hará evidente si cerramos los ojos a las fuertes desigualdades de influencia que existen en todas las sociedades, incluso las liberales.

14. Los derechos de bienestar y la política de inclusión

La libertad individual, como quiera que se la defina, no puede significar libertad de cualquier forma de dependencia. Ningún actor humano puede crear por sí solo todas las condiciones necesarias para su acción individual. El ciudadano libre es particularmente dependiente. Puede sentirse "independiente" cuando entra en una tienda y compra un artículo cuya etiqueta reza "hágalo usted mismo", pero su autonomía es una ilusión. Por lo tanto la teoría liberal debería distinguir entre la libertad, que es deseable, y la no-dependencia, que es imposible. La libertad bien entendida no requiere que no exista dependencia del gobierno: por el contrario, el gobierno afirmativo provee las condiciones necesarias para que ésta exista. La Carta de Derechos es un "hágalo usted mismo" que los ciudadanos sólo pueden obtener en tiendas financiadas por los contribuyentes.

Según una ley democráticamente promulgada, el Código Civil, un ciudadano individual puede acudir a un tribunal y entablar una demanda contra el gobierno por violar sus derechos. Al hacerlo está actuando como un ciudadano libre, aun cuando su acción individual presuponga una acción previa del Estado. Es decir que una nación liberal no puede obliterar la dependencia de los individuos y los subgrupos en relación con el Estado. ¿Pero por qué debería intentarlo? Ciertos tipos de dependencia no debilitan sino que por el contrario facilitan, sobre todo si las leyes son democráticamente revisables y los políticos pueden ser democráticamente sustituidos en sus cargos. Mi derecho a votar o a hacer testamento depende de la provisión por parte del gobierno de instrumentos legales destinados a esos fines. Cuando el gobierno no los provee (como por ejemplo cuando niega a las parejas ho-

mosexuales el permiso para contraer matrimonio) está negando, con razón o sin ella, derechos individuales. La libertad individual no fomenta la no-dependencia de la ley y del gobierno, sino cierto estilo de dependencia que estimula la iniciativa personal, la cooperación social y la autosuperación.

La educación pública, que se proporciona a todos por igual y no según la capacidad de pago de cada uno, es sólo el ejemplo más obvio de asistencia afirmativa del Estado, financiada de maner colectiva y tendiente a estimular la autoayuda individual y grupal. Los derechos de propiedad tienen propósitos y resultados similares. Esto debería motivarnos a rediseñar nuestros programas regulatorios y de bienestar, no para eliminar la dependencia (lo cual sería imposible) sino para crear un tipo de dependencia que estimule la autoayuda y permita que la mayoría de las personas lleven una vida digna.

Lo que los estadounidenses valoran como "independencia" es en realidad dependencia de cierto conjunto de instituciones (liberales). Sólo puedo escapar a la presión del hombre fuerte local –es decir, ser independiente– si tengo el poder público de mi parte. Las administraciones debilitadas y las arcas del tesoro vacías hacen que los derechos consagrados en el papel se transformen en una burla. Para comprobarlo no necesitamos mirar lo que ocurre en otros países. ¿Qué vemos cuando observamos los barrios más pobres de nuestras ciudades? ¿Es verdad que los estadounidenses indigentes tienen los mismos derechos que el resto de nosotros (libertad frente a requisas y confiscaciones injustas, protección contra los abusos policiales, derecho a un proceso justo), además de una amplia variedad de derechos de bienestar que se les conceden sin costo alguno para ellos? En realidad, muchos residentes de las peores zonas de las ciudades viven sin derechos exigibles porque en la práctica han sido abandonados por su gobierno y por lo tanto en la práctica no tienen Estado.

Los estadounidenses ricos raramente sufren ese tipo de descuido. Los que de verdad "se las arreglan solos" no son los ricos propietarios de viviendas ni los receptores de la asistencia pública, sino más bien los que no tienen casa y rechazan los refugios y las cocinas comunitarias y prefieren los tachos de basura, las alcanta-

rillas y la limosna. Decir que esos individuos se las arreglan solos equivale a decir que tienen escaso acceso a la maquinaria legal que podría protegerlos en caso de ser inmerecidamente internados en alguna institución o asaltados por adolescentes con bates de béisbol y bidones de nafta.

Los gobiernos liberales deben también evitar que la disparidad entre el lujo y la miseria llegue a ser tan estridente que los odios de clase amenacen la estabilidad social y el propio régimen de propiedad privada. Una forma de hacerlo es a través de la educación públicamente financiada, pensada para proporcionar medios para el desarrollo individual de los alumnos y, si es necesario, para permitirles escapar de condiciones familiares insoportables. Pero el gobierno también puede responder a la amenaza de tensiones entre ricos y pobres a través de diversos programas contra la pobreza y de capacitación laboral. Un buen ejemplo es el crédito fiscal a las ganancias percibidas (*Earned Income Tax Credit*, EITC), que tiene bastante éxito en Estados Unidos.[75] Además, el gobierno puede apoyar un sistema hipotecario mediante el Código Impositivo y respaldando legalmente el poder de los bancos privados de desalojar a los prestatarios morosos. A su vez un sistema hipotecario bien organizado fomentará la construcción y permitirá que cada vez más familias con ingresos moderados sean propietarias de su vivienda y así se integren a la políticamente confiable clase media, definida en términos amplios.

Esto quiere decir que la prudencia no supone ningún conflicto fundamental con la moral. Los derechos de bienestar pueden ser justos y además convenientes. En cierta medida, sólo pueden ser convenientes si se los considera básicamente justos. Y, como bien sabe cualquiera que haya dirigido una oficina alguna vez, la equidad no es solamente una norma moral: también es una poderosa herramienta de administración. Sin ella, la moral del grupo y la tendencia a cooperar irán decayendo o desaparecerán. Y la mayor

75 Véanse los datos específicos en Eissa y Liebman, 1996, p. 605, que muestran aumentos significativos en la participación en la fuerza laboral una vez puesto en práctica el EITC.

eficacia en la recaudación de impuestos, cuando éstos son considerados más o menos equitativos, hace pensar que podría ocurrir otro tanto a escala nacional (Margaret Levy, 1988).

La evidente parcialidad de derechos supuestamente imparciales en favor de quienes disponen de recursos privados plantea un problema de legitimidad política. Los teóricos marxistas (entre otros) llaman la atención sobre esa dificultad y desdeñan los derechos básicos por considerarlos "meramente formales", fraudulentos para la inmensa mayoría y verdaderamente valiosos sólo para unos pocos. Todo lo que un pobre recibe de la democracia capitalista, afirman, es "el derecho a dormir debajo de un puente". Esto es una exageración, por supuesto; pero tampoco puede ignorarse sin más. En realidad, si los derechos supuestamente imparciales beneficiaran sólo a los ricos, la afirmación del gobierno de Estados Unidos de representar al conjunto de la sociedad y no ser un simple instrumento de intereses especiales no sólo quedaría manchada sino que se derrumbaría.

El contrato social estadounidense sólo es válido en la medida en que todos los grupos influyentes –económicos, raciales y religiosos– crean que se los está tratando con respeto y en forma más o menos equitativa, o por lo menos que están recibiendo una devolución concreta por su cooperación, colaboración y autolimitación. En consecuencia, si una secta poderosa tomara el gobierno y lo usara exclusivamente para fines parciales o sectarios en un país multiconfesional, el resto de los ciudadanos deduciría en forma correcta que se ha violado un contrato social subyacente. Y si el contraste demasiado estridente entre el lujo y la miseria socava la sensación de que todos los ciudadanos de alguna manera están en el mismo bote, como amenazan con hacerlo hoy en Estados Unidos, la capacidad del gobierno para obtener la cooperación social necesaria para sus políticas se irá a pique.

La preocupación del gobierno por mantener la estabilidad muchas veces lo lleva a violar derechos protegidos por la Constitución, como cuando el FBI interviene teléfonos para detectar una supuesta amenaza terrorista. Pero la principal expresión del supremo interés del Estado por la estabilidad política es el equilibrio de poderes que positivamente protege. En el intento de estabilizar un sis-

tema de propiedad privada, el sistema estadounidense ofrece, o por lo menos intenta ofrecer, a los que no tienen propiedades, una especie de "seguridad" compensatoria que opera como un equivalente psicológico de los derechos de propiedad confiablemente exigibles. Un gobierno democrático en realidad no puede garantizar en forma igualitaria a todos los ciudadanos la capacidad de aprovechar todos los derechos que afirma garantizar, pero sí puede modificar la corrosiva impresión de que los derechos confiables de "todos los ciudadanos estadounidenses" pertenecen exclusivamente a los ricos. Puede hacerlo, por ejemplo, ofreciendo asesoría legal gratuita a los indigentes, dando educación a todos los niños y asegurando que los pobres reciban alimento, alojamiento, atención sanitaria digna y oportunidades de empleo.

A riesgo de simplificar en exceso, podríamos entender la protección pública de los derechos privados como un tipo de pacto en que el gobierno primero dicta, interpreta e impone las reglas que asignan propiedad privada a determinados individuos, y después brinda seguridad a esos propietarios a cambio de apoyo político y un flujo constante de ingresos. La concesión de derechos de bienestar (entendidos en un sentido más amplio que el de remesas periódicas de dinero) es parte de un intercambio subalterno por el cual el gobierno y los ciudadanos contribuyentes compensan a los pobres, o por lo menos les dan un reconocimiento simbólico, por su conducta cooperativa en la guerra y en la paz. Y, lo que es todavía más importante, los derechos de bienestar compensan a los indigentes por recibir menos valor que los ricos de los derechos en apariencia garantizados a todos los estadounidenses por igual.

Los programas de beneficios para todos los ciudadanos costaron a los contribuyentes estadounidenses 700 mil millones de dólares en 1996. Ese gasto astronómico, que representaba el 30% del presupuesto, no fue una mera expresión de solidaridad ni un corolario lógico de los principios de justicia. Más bien se debió a que los derechos a la asistencia básica pueden recortarse pero no eliminarse por completo, dado que otorgan legitimidad tanto a los derechos de propiedad de los ricos como al aparato estatal que los impone. En ese sentido constituyen un pacto entre los distin-

tos grupos sociales, cuyo intermediario es el gobierno en funciones.

Desde esta perspectiva esos derechos representan una política de inclusión que no tiene nada de sentimental; que mitiga ligeramente, sin eliminarlas, las disparidades de riqueza inherentes a una economía liberal. Incluso podría decirse que los programas de bienestar social crean una versión moderna del antiguo "régimen mixto", un sistema en el que estaban representados tanto los pobres como los ricos. Sin embargo, el régimen mixto moderno no está inscripto en la organización de los poderes (como lo estaba en Roma, donde el Senado representaba a los patricios y los Tribunos a la plebe) sino en la lista ampliada de derechos básicos. El pacto de clases moderno se refleja en la combinación entre derechos de propiedad y derechos de bienestar, que hoy caracteriza no sólo a Estados Unidos sino a todos los regímenes liberal-democráticos. Esos derechos pueden estar consagrados en la Constitución, como ocurre en la mayoría de los países europeos, o quedar a merced de la política pública como en Estados Unidos, pero eso no tiene particular importancia para el valor percibido y el efecto estabilizador del moderno intercambio de derechos de propiedad por derechos de bienestar social.

Si es verdad que los derechos de bienestar social se confieren en Estados Unidos a cambio de cooperación social, deberíamos esperar que los beneficios fluyeran desde los grupos mejor organizados hacia aquellos relativamente desaventajados. Incluso podríamos esperar que los programas de asistencia social más exitosos fuesen los que están destinados a beneficiar a la "clase media". Y en efecto así es. De hecho, los programas de bienestar social más exitosos en Estados Unidos no se organizan como un intercambio o pacto entre clases sino como parte de un contrato intergeneracional entre miembros de la clase media, definida en su sentido más amplio.

La mayoría de los estadounidenses pasa dos tercios de su vida trabajando. El conjunto de los asalariados, a través del gobierno que es responsable ante ellos, dedica en forma voluntaria un porcentaje sustancial de sus ingresos a financiar por un lado a los jóvenes –a través de la educación pública (que cuesta muchos millo-

nes de dólares; es difícil obtener cifras precisas)– y por otro lado a los ancianos –mediante los programas de Medicare (130 mil millones de dólares en 1996) y el Seguro Social (375 mil millones de dólares en 1996), que consumen un importante y cada vez mayor porcentaje de los ingresos federales–. Esa redistribución intergeneracional o sistema de derechos suele describirse como un plan de reintegros, pero nunca se esperó que cada contribuyente individual recibiera exactamente lo que puso. En realidad es un plan de transferencia que presupone que el grupo aportante se identifica imaginariamente con la generación anterior y con la siguiente. Para mantener al país en funcionamiento, los trabajadores contribuyentes aceptan pérdidas auténticas a cambio de ganancias para los jóvenes y los viejos. Por supuesto que el contenido apropiado del sistema de seguridad social es tema de debate constante, y en estos momentos se preparan grandes cambios; pero en líneas generales el sistema es estable y ampliamente aceptado, y el apoyo público que recibe es un claro índice de la economía moral de la nación.

No sorprende que el pacto entre ricos y pobres en Estados Unidos no sea igualitario. Las sumas involucradas son muy inferiores cuando los receptores son únicamente los pobres. Así, por ejemplo, en 1996 se asignaron a Medicaid 82 mil millones de dólares y a los cupones de alimentos apenas 27 mil millones. Algunos conservadores alegan que los programas de ayuda para los pobres son de por sí discutibles, simplemente porque se financian con "remuneraciones". Otros dicen que los beneficios de bienestar resultan contraproducentes en la práctica. La primera objeción no tiene sentido, pero habría que poner a prueba de manera empírica la segunda. Y esa tibieza del apoyo público a los programas dirigidos exclusivamente hacia los pobres tiene otra implicación. Si bien puede parecer justificado o prudente restringir los derechos de seguridad social pura y exclusivamente a los más pobres, los programas que no traen ningún beneficio a los miembros de la clase media u otros con algún peso político son firmes candidatos a la próxima ronda de recortes del presupuesto.

ENTENDER LOS DERECHOS DE BIENESTAR

Los gobiernos proveen en forma regular servicios públicos, hacen inversiones selectivas, diseñan incentivos para la autodisciplina y median en acuerdos para mejorar la cooperación social: todo esto esta fuera de discusión. Pero cabe señalar que lo hacen cuando exigen derechos. Todos los gobiernos desarrollan técnicas para manejar los conflictos sociales y generar cooperación social. Los liberales típicamente lo hacen creando, adjudicando y haciendo cumplir derechos. En la historia, muchos de los derechos básicos de los que hoy gozan los estadounidenses surgieron de pactos sociales para asegurar la colaboración fructífera a escala nacional entre grupos muy diferentes. Esto vale tanto para la libertad religiosa como para la propiedad privada y las garantías de seguridad social.

Algunas constituciones europeas garantizan a todos los ciudadanos el derecho a una educación públicamente financiada. En la práctica los estadounidenses tienen un sistema de garantías similar, aunque de acuerdo con la Constitución Nacional quien provee el acceso a la educación gratuita no es el gobierno federal sino los gobiernos estatales. Pero, garantizada por la Constitución o no, la educación pública está lejos de ser una presencia extraña o anómala en la cultura política de Estados Unidos. Nadie la ve con desconfianza ni con temor, a pesar de que obliga al gobierno a recaudar y a gastar. Nadie la ve como una ofensa a la agentividad individual ni como parte de un culto de la "victimología". No es sino un método entre otros de inversión a largo plazo en las capacidades humanas necesarias para mantener el país a flote. En este sentido, la inversión en educación es muy similar a la inversión en la exigibilidad de los derechos de propiedad y la protección de los propietarios contra los incendios intencionales y los delitos contra la propiedad.

Si queremos saber si Estados Unidos puede permitirse o no realizar inversiones de este tipo, no debemos limitarnos a examinar los números de nuestra cuenta bancaria colectiva: también deberíamos calcular los retornos a largo plazo que puede esperar la sociedad del dinero gastado de ese modo. Los contribuyentes invierten de manera más o menos voluntaria en educación, al igual que

lo hacen en protección policial, porque creen que a largo plazo las dos cosas compensan. Las dos parecen valer la pena, entre otras razones porque aumentan la autodisciplina y la conducta cooperativa de los ciudadanos y porque además, de paso, expanden la base tributaria. La educación puede ser intrínsecamente un bien, pero además es buena por razones instrumentales.

Ese bien, en una sociedad liberal, no se distribuye exclusivamente según los principios del mercado. Los esfuerzos educativos de la nación no se concentran nada más que en los que están dispuestos a pagar por recibirlos. Nuestro país prepara a jóvenes talentosos de todas las clases sociales para que lleguen a ser cirujanos cardiólogos o ingenieros aeronáuticos, en lugar de rematar esa preparación entre los hijos cuyos progenitores estén en condiciones de hacer la oferta más alta. La nación recluta talentos, para fines colectivos, allí donde pueda encontrarlos.

¿Cómo puede ayudar la comunidad a los pobres sin hacer que se confíen más de lo debido a la ayuda de la comunidad y descuiden su capacidad de autosuperarse? La crítica más común y más convincente al Estado regulador/de bienestar afirma que estimula conductas antisociales, entre otros efectos secundarios indeseables. Pero la "dependencia", en sí y de por sí, no debería considerarse un efecto indeseable. Como ya dijimos, hay diferentes tipos de dependencia, y no todos son malos. La policía y los bomberos seguramente vuelven a las personas dependientes de la "asistencia pública", pero ese apoyo paternalista también fomenta la inclinación de los individuos a embellecer sus propiedades y agrandarlas. La educación públicamente financiada, si funciona bien, tiene el mismo efecto. También es una forma de ayuda estatal destinada a fomentar la autoayuda. La cuestión no es cómo eliminar la intervención estatal, sino cómo diseñar programas de asistencia social que estimulen la autonomía y la iniciativa.

Un ejemplo temprano de programa estadounidense contra la pobreza fue la Ley de Residencia Familiar (*Homestead Act*) de 1862, que distribuyó gratuitamente tierras en el Oeste a todos los que estuvieran dispuestos a cultivarlas. La ley daba título de propiedad por 160 acres [alrededor de 65 hectáreas] de tierras públicas a quienes se comprometieran a vivir en ellas y trabajarlas du-

rante cinco años. Ese regalo sólo puede describirse como un ejemplo de acción afirmativa del gobierno. Pero su éxito relativo (para 1900 ya se habían distribuido 90 millones de acres) precisamente se debió a que fue una inversión selectiva de recursos públicos tendiente a estimular la autodisciplina, el planeamiento a largo plazo y el crecimiento económico. Y, lo que es todavía más importante, esa ley veía a los pobres como productores y no como consumidores. Daba a los individuos y a sus familias los medios y las oportunidades necesarios para ganarse la vida por su propia cuenta. En ese sentido fue un programa de transferencia análogo al modelo de la educación públicamente financiada.

"Compasión, pero con filo" (para usar la frase del primer ministro inglés Tony Blair) debería ser el principio rector de la reforma del sistema de bienestar social actual puesto en marcha en nuestro país. En lugar de eliminar la asistencia gubernamental, deberíamos canalizar recursos públicos hacia el estímulo y el apoyo al esfuerzo privado; por ejemplo, ofreciendo créditos comerciales, incentivos financieros a quienes contraten y capaciten a empleados de bajos ingresos y preparación laboral. Siempre que sea posible, los receptores de la asistencia deben ser tratados como potenciales productores, no como casos de beneficencia. El derecho a la educación es un buen modelo en este caso: los contribuyentes proveen los fondos necesarios para solventar las escuelas, los libros y los sueldos docentes, pero los estudiantes no sólo reciben beneficios sino que, además, se les exige que estudien. Ese es el sentido principal de la idea de igualdad de oportunidades (la manera más razonable de entenderla es como provisión de oportunidades mínimamente decentes para todos), porque la provisión de oportunidades sólo es útil para quienes las aprovechan. Del mismo modo, el gobierno puede crear un derecho a la libertad de expresión, pero ese derecho será inútil si los individuos no se toman el trabajo de hacerse oír. El derecho a la educación y el derecho a la libertad de expresión (nótese que ambos exigen que sus poseedores actúen en consecuencia) son mucho mejores modelos para la reforma del sistema de bienestar estadounidense que los derechos de los enfermos, los inválidos y los ancianos, que tienden a otorgar al poseedor del

derecho un papel pasivo de receptor de dinero o de servicios.[76] Es decir que los derechos de bienestar deberían parecerse al derecho de propiedad o al de demandar por daños y perjuicios, derechos que brindan a los individuos activos, a costa del erario público, algunos de los recursos que éstos necesitan para lograr sus objetivos.

En comparación con las remesas de dinero, el EITC parece por esa misma razón una iniciativa extraordinariamente promisoria: es un derecho que premia la autodisciplina. Es menos rígido, y más eficaz, que el salario mínimo.[77] Y lo mismo puede decirse de los subsidios para cuidado infantil destinados a las madres trabajadoras y de los programas de préstamos que intentan hacer aumentar la cantidad de propietarios de viviendas entre los pobres con recursos. Los programas de capacitación laboral, si bien son costosos, intentan atraer a los individuos no calificados a la fuerza de trabajo y también parecen promisorios. Sin embargo, aquí no se trata de apoyar una reforma en particular sino de adoptar una perspectiva que reconozca que los derechos tienen costos; en realidad, los derechos de bienestar deben conformarse según el modelo de los derechos clásicos: como servicios públicos, inversiones selectivas, incentivos a la autodisciplina y pactos tendientes a estimular la cooperación y estabilizar la interacción productiva por encima de las barreras étnicas.

RAZA Y COOPERACIÓN SOCIAL

En Estados Unidos, todos los interrogantes que se formulan en este libro –"¿cuánto gobierno?", "¿qué tipo de derechos?", "¿derechos negativos contra derechos positivos?", "¿victimología contra

76 Por supuesto que siempre será necesario que existan derechos para los que no pueden valerse por sí mismos, especialmente en situaciones de emergencia.

77 El lector encontrará un buen análisis del tema, tanto sobre los vicios como sobre las virtudes del EITC, en Shaviro, 1997, p. 405.

agentividad?" y "¿derechos contra responsabilidades?"– están por completo enmarañados con cuestiones raciales. Antes de la década de 1860, el país privaba a gran parte de su población de todos los derechos, ya fuesen comunes o constitucionales. Hoy los programas sociales que benefician a personas blancas, o que las benefician de modo desproporcionado, rara vez reciben el mismo nivel de oprobio social reservado a los que benefician a personas negras o que lo hacen desproporcionadamente. En muchos círculos se observa que los derechos tienen costos especialmente altos, fiscales y de los otros, cuando parecen haber sido diseñados para ciudadanos afronorteamericanos.

Señalar esto no significa postular que los programas que benefician en forma desproporcionada a personas blancas funcionen mal o que aquellos que benefician desproporcionadamente a personas negras funcionen bien. Tampoco implica que los que nominalmente están destinados a beneficiar a los afronorteamericanos en efecto los ayuden. El intento de la Corte Suprema de obligar a los circuitos escolares locales a operar escuelas racialmente integradas, por ejemplo, no fue un éxito. Muchos de los que critican el Estado regulador/de bienestar obran de buena fe. Pero la afirmación de que los "derechos positivos" de alguna manera son "antinorteamericanos" y deberían ser sustituidos por una política de no intervención es a primera vista tan implausible que bien podemos asombrarnos de que haya subsistido hasta hoy. ¿Cómo se explica la supervivencia de un modo de pensar tan lamentablemente inadecuado? Existen muchas respuestas, pero es probable que en parte se deba a preferencias heredadas, entre ellas los prejuicios raciales conscientes e inconscientes. En realidad, la afirmación de que las únicas libertades verdaderas son el derecho de propiedad y la libertad de contrato a veces llega casi a ser una forma de separatismo blanco: en lugar de programas para ayudar a los niños a desempeñarse mejor en la escuela habría que construir más cárceles. En vez de implementar una política de inclusión deberíamos parapetarnos en comunidades amuralladas.

Observado con atención, el debate actual en Estados Unidos no propone una opción entre más gobierno o menos gobierno sino

que cuestiona el antiguo ideal (grabado en todas las monedas) de *e pluribus unum*. Lo que está en juego es nuestra capacidad –e incluso nuestra voluntad– de vivir juntos como una nación. Afirmar que la sociedad es una empresa cooperativa y que los derechos pueden entenderse como pactos entre individuos y grupos heterogéneos creados por medio del gobierno, al mismo tiempo y por la misma razón arroja dudas sobre los cuentos de hadas libertarios (muchas veces populares entre la derecha y asombrosamente difundidos en nuestra cultura) y sobre la "política de identidad", que en general es la defensa de grupos minoritarios (y que a veces goza de popularidad entre la izquierda y ahora está resurgiendo con fuerza). Concentrarse en el costo de los derechos es instar a la colectividad a definirlos y a gastar dinero en ellos en una forma que pueda defenderse ante la opinión pública de distinta índole y dedicada a una empresa común.

La cooperación y la coexistencia de personas de los orígenes culturales más variados es fundamental para el experimento político estadounidense, pero el multiculturalismo se transforma en un problema cuando degenera en separatismo étnico. Y los derechos pueden agravar el conflicto si se exigen en forma selectiva. Al gastar recursos en algunos derechos, o en los derechos de algunas personas, y escatimar en otros, podríamos estimular o desestimular las divisiones políticas por líneas étnicas. Si se percibe que los derechos de todos los estadounidenses son benéficos para los blancos pero de escasa utilidad para los afronorteamericanos, la legitimidad de nuestro sistema de exigibilidad de derechos se verá perjudicada. Si el derecho a vivir libre de requisas y confiscaciones injustificadas se hace cumplir en algunas comunidades y en otras no es más que una garantía formal, será muy difícil obtener cohesión social y acuerdos estables. Si los derechos se consideran pactos sociales que generan beneficios mutuos y aportan los términos para la cooperación social, deben ser pactos con los que, en principio, todos los ciudadanos puedan estar de acuerdo.

LOS DERECHOS PERSONALES ENTENDIDOS COMO ACTIVOS DE LA COMUNIDAD

En una empresa, los derechos de los accionistas están definidos en los estatutos o en el acta de fundación. Los derechos de los pescadores oceánicos están especificados en los tratados internacionales. Éstos no son naturales, sino producto de la convención. Han sido diseñados de manera consciente, a la luz de la experiencia, para coordinar expectativas mutuas, maximizar la inversión, fomentar la equidad e incentivar la administración competente. No es un mal modelo para entender otros derechos, incluidos los constitucionales.

Los derechos de los ciudadanos estadounidenses son artificios que la comunidad crea y mantiene con el objeto de mejorar la calidad de vida colectiva e individual. Cuando una nación está dividida por líneas religiosas, económicas o raciales, la aplicación estratégica de los recursos probablemente aliviará las tensiones sociales y promoverá la cooperación social. La libertad religiosa permite que miembros de sectas rivales, en una sociedad multiconfesional como la de Estados Unidos, participen en procesos democráticos de toma de decisiones. Debidamente concebida e implementada, la libertad religiosa fortalece a la sociedad garantizando que los valores de ese tipo no sean arrastrados por el fango de la discusión pública. (Piénsese cuán diferente sería nuestro clima político si ciertos debates, como el actual sobre el aborto, fueran la regla en lugar de la excepción.) El acuerdo subyacente sobre los principios generales de ordenamiento social –muchos de ellos consagrados en la Constitución– y sobre una serie de prácticas particulares hace posible la vida comunitaria a pesar de nuestro "multiculturalismo", es decir, a pesar de los profundos desacuerdos acerca de ideales personales y religiosos (Holmes, 1995, y Sunstein, 1996). La privatización de la religión permite que nuestra sociedad multiconfesional resuelva sus otros conflictos, es decir aquellos que no involucran valores últimos de convicción religiosa, mediante la transacción democrática, la flexibilidad y la persuasión. La coexistencia y la cooperación social, incluyendo el respeto mutuo, mejoran con la protección de una

zona privada aparte para el ejercicio de la libertad religiosa. Los contribuyentes están dispuestos a cargar con los costos de proteger la libertad religiosa, no sólo porque ésta ayuda a asegurar la dignidad humana sino también porque permite mantener el buen funcionamiento de una sociedad heterogénea.

La comunidad también financia otros derechos, al menos en parte, porque resuelven problemas difíciles y generan beneficios ampliamente compartidos. Estos derechos son financiados en forma colectiva porque se los considera bienes colectivos. Por esa razón los derechos no deben ser contrapuestos a los deberes; por ese motivo la libertad individual no debe ser irreflexivamente asociada con la corrosión de la comunidad. La contribución de los derechos a la conciliación de los diversos grupos sociales –a los que hace sentir parte de la nación estimulando la cooperación pública y privada– no se limita a la libertad de conciencia. Igual de importantes en ese sentido son todos los derechos destinados a mejorar las condiciones de aquellos ciudadanos estadounidenses relativamente desaventajados y vulnerables.

Al subsidiar servicios legales para los pobres, el contribuyente hace algo muy concreto pero también un gesto muy visible de inclusión. Los derechos de bienestar, entendidos en sentido amplio, tienen el mismo propósito. No pretendemos negar con esto que los programas de bienestar social de Estados Unidos deben ser repensados y revisados. Pero el ataque virulento a la idea misma del Estado de Bienestar no puede presentarse de modo razonable como una defensa de los derechos en su sentido auténtico u original. Como queda claro cuando prestamos atención al costo de los derechos, existen algunos que no parecen ser de bienestar y sin embargo lo son: beneficios públicos tendientes a fomentar la participación voluntaria de todos los poseedores de derechos en las empresas comunes de la sociedad.

Conclusión

EL CARÁCTER PÚBLICO DE LAS LIBERTADES PRIVADAS

Los derechos de los ciudadanos estadounidenses no son un don divino ni tampoco un fruto de la naturaleza; no se exigen solos, y es imposible protegerlos de manera confiable si el gobierno es insolvente o está incapacitado; no son necesariamente una receta de egoísmo irresponsable; no implican que los individuos puedan obtener su libertad personal sin la cooperación social, y no son reclamos inflexibles.

Un enfoque más adecuado de los derechos afirma una premisa que desarma por su sencillez: las libertades privadas tienen costos públicos. Esto no sólo vale para derechos como los de seguridad social, asistencia médica y cupones de alimentos sino también para el derecho a la propiedad privada, a la libertad de expresión, a no ser víctima del maltrato policial, a la libertad contractual, al libre ejercicio de la religión y a toda la panoplia de derechos característica de la tradición estadounidense. Desde la perspectiva de las finanzas públicas, todos los derechos son licencias otorgadas a los individuos para que persigan sus diferentes propósitos aprovechando los bienes colectivos, que a su vez incluyen una parte de los bienes privados acumulados bajo la protección de la comunidad.

Tomar en serio los costos presupuestarios de todos los derechos significa cuestionar una serie de convicciones muy arraigadas sobre la naturaleza del liberalismo estadounidense. Es necesario recaudar dólares de los impuestos para exigir los derechos en forma confiable y eso implica ante todo que la libertad individual, en Estados Unidos, depende del esfuerzo conjunto de la comunidad

más de lo que suele reconocerse. El hecho de que todos los derechos requieran funcionarios políticos que recauden y gasten parece indicar que la muy difundida distinción entre derechos positivos y derechos negativos es falsa. El hecho de que los derechos legales de todos los estadounidenses abreven en un limitado fondo de recursos públicos permite comprender por qué no pueden ser considerados cartas de triunfo ni tampoco reclamos inflexibles. Y por último, el hecho de que la exigibilidad de los derechos requiera gastos públicos plantea cuestiones urgentes –pero casi nunca atendidas– de transparencia democrática y justicia distributiva: ¿según qué principios se asignan dólares de los impuestos a la exigibilidad de derechos legales? ¿Y quién decide cuántos recursos se destinarán a subsidiar qué derechos específicos y para qué grupos específicos de individuos?

Considerados como un asunto de finanzas públicas, aparecen como instrumentos políticamente creados y colectivamente financiados para impulsar el bienestar humano. Como los resultados de asignar igual protección a todos los derechos –entre ellos el beneficio de vivir en una sociedad relativamente justa donde, en la mayoría de los casos, grupos de orígenes étnicos diferentes pueden coexistir y cooperar en forma pacífica– son difusos y difíciles de captar, es el poder público el que debe realizar la inversión inicial para esa protección.

Los derechos contractuales, que transforman las promesas en obligaciones vinculantes, son un modelo en este sentido. El derecho básico de los ciudadanos estadounidenses a celebrar contratos legalmente vinculantes estimula el hábito de cumplir las promesas, del cual depende cierta prosperidad económica que beneficia a la sociedad en su conjunto. Del mismo modo, el derecho a ser notificado, a presentar prueba, a enfrentar a los testigos de la parte contraria, etc., buscan aumentar la seguridad de los procedimientos civiles y penales y reducir el riesgo de errores fácticos y decisiones equivocadas. La eficiencia en la economía y la verdad en la administración de justicia son bienes públicos, no meramente privados. Gozamos de ellos en gran medida gracias al cuidadoso diseño, la adjudicación meditada, la exigibilidad confiable y la financiación pública de los derechos individuales.

Igual que la ley en líneas generales, los derechos son invenciones institucionales que permiten a las sociedades liberales crear y mantener las condiciones previas para el desarrollo individual y la solución de problemas comunes, entre ellos resolver conflictos y responder en forma inteligentemente coordinada a desafíos compartidos, desastres y crisis. Como medio de autoorganización colectiva y condición previa para el desarrollo personal, los derechos naturalmente resultan costosos de exigir y de proteger. En tanto servicios provistos por el gobierno con miras a mejorar el bienestar individual y colectivo, todos los derechos legales, incluyendo los constitucionales, presuponen decisiones políticas (que podrían haber sido diferentes) para canalizar recursos escasos en vista de los siempre cambiantes problemas y oportunidades del momento.

Todos nuestros derechos legales –tanto en la ley constitucional como en las leyes privadas– fueron en su origen respuestas a problemas concretos. Por esa razón varían con el transcurso del tiempo y según las diferentes jurisdicciones. En tanto instrumentos forjados para servir a intereses humanos y posiciones morales que evolucionan de manera constante, siempre están siendo reformulados y re-especificados por nuevas leyes y por la jurisprudencia. Además, cambian porque los obstáculos al bienestar humano –en otras palabras, los problemas que los derechos intentan mitigar o superar– también lo hacen, al igual que la tecnología, la economía, la demografía, los puestos de trabajo, los estilos de vida y muchos otros factores.

Cada vez que ha sido necesario, los legisladores estaduales y federales (no sólo los legisladores propiamente dichos sino también los jueces) han reformulado e incluso abolido derechos tradicionales. Lo hicieron, por ejemplo, cuando llegaron a la conclusión de que la mejor manera de aumentar el bienestar de los empleados y sus dependientes era ofrecerles recompensas fijas en caso de lesiones producidas en el ámbito de trabajo. Las leyes para las compensaciones a los trabajadores eliminaron los remedios de derecho común, es decir que extinguieron legalmente el derecho que antes tenían los trabajadores de demandar a sus empleadores por accidentes relacionados con el trabajo. Esto quiere decir que los derechos se anulan tan a menudo como se

crean. Los cambiantes obstáculos al bienestar humano y las cambiantes estrategias legislativas en última instancia reconfiguran la libertad dado que todos los derechos legales son, o aspiran a ser, derechos de bienestar: intentos política y judicialmente diseñados para alcanzar el bienestar humano en contextos sociales cambiantes. Cuando esos intentos fallan, como a veces ocurre, los derechos son y deben ser creados y suspendidos, redefinidos y readjudicados.

Las cláusulas de derechos constitucionales, en particular, contienen amplias y ambiguas generalidades que deben ser interpretadas y especificadas por funcionarios judiciales siempre nuevos, cuya sensibilidad moral y compromiso varían en el tiempo. El significado concreto de la libertad de expresión no está fijado en forma clara e inequívoca en el texto original de la Primera Enmienda, por ejemplo, y ha evolucionado significativamente, junto con la Corte Suprema y con el país, durante un largo proceso histórico. Pero cabe agregar que los derechos no pueden exigirse en forma invariable por otra razón, más mundana: la exigibilidad está sujeta a limitaciones presupuestarias que varían de un año a otro. En realidad, la exigibilidad de los derechos es en gran medida una cuestión de gastos públicos por infraestructura y habilidades de tipo legal. Incluye, por ejemplo, inversiones públicas en edificios y salarios judiciales y también en personal auxiliar, como asimismo capacitación y monitoreo de la policía. Considerar el costo de los derechos, en consecuencia, equivale a pensar al igual que un funcionario del gobierno que se preguntase cómo asignar de modo inteligente recursos limitados teniendo presente una amplia variedad de bienes públicos. Los derechos legales tienen "costos de oportunidad": cuando se exige un derecho es preciso desistir de otros bienes valiosos, inclusive de otros derechos (dado que los recursos empleados para exigirlos son escasos). El interrogante es siempre el mismo: saber si no sería más sensato destinar a alguna otra cosa los recursos públicos.

A primera vista, esta pregunta puede parecer mezquinamente economicista. Indagar acerca de sus costos, ¿no empaña miserablemente la majestad de la ley? ¿Debemos confiar nuestras más preciosas libertades a los contadores o plantear mezquinas consi-

deraciones de costo-beneficio cuando están en juego vulnerabilidades últimas? ¿Acaso los tribunales u otros organismos gubernamentales deberían sacrificar algunos derechos simplemente porque son costosos? Esas aprensiones son correctas y justificadas si se dirigen hacia algunas formas de análisis de costo-beneficio, pero yerran el blanco si apuntan al enfoque y las argumentaciones que hemos presentado aquí.

Lejos de ser burdamente economicista, el estudio de las condiciones fiscales de la exigibilidad de derechos nos obliga a adoptar una visión amplia del bien público. Impide que ataquemos los problemas en forma secuencial, a medida que nos van llamando la atención, y nos obliga a proponer un "paquete" de soluciones para una amplia gama de problemas sociales. Por encima de todo, pone de manifiesto la indispensabilidad de las inversiones públicas, realizadas y evaluadas colectivamente. Es decir que, en lugar de reflejar un culto ciego a las decisiones del mercado, el estudio del costo de los derechos pretende estimular una política pública meditada. Y es además una suerte de tema colectivista o comunitario, pero hondamente arraigado en la tradición política liberal.

Sin embargo, los problemas que plantea son innumerables. Para empezar, la conciencia de los costos en el campo de la exigibilidad de los derechos representa un serio desafío al poder judicial, justamente porque obliga a prestar atención a una gran variedad de demandas rivales contra el erario público, mientras que los jueces necesariamente están preocupados por una controversia en particular, definida en términos concisos. Por ejemplo, los jueces estadounidenses todo el tiempo ordenan a los gobiernos de las grandes ciudades desembolsar millones de los escasos dólares de los contribuyentes en concepto de pago de daños y perjuicios, sin pensar seriamente en posibles usos alternativos de ese dinero. ¿Acaso es ésa una manera responsable y democrática de gastar los limitados recursos públicos? ¿Por qué ese dinero no se gasta en salud o en educación?

Es bueno recordar que es imposible formular estas preguntas si antes no reconocemos con honestidad el costo de los derechos. El hecho de que los tribunales estadounidenses —los principales

guardianes de nuestras más preciosas libertades– no estén en condiciones de decidir cómo y a quiénes adjudicar qué derechos es sobrada razón para preocuparse por las consecuencias de la toma de decisiones judiciales en un sistema responsable de las finanzas públicas. Pero, puesto que la ley confía a los jueces la tarea de proteger derechos costosos, los estudiosos de la jurisprudencia no pueden razonablemente ignorar su costo.

Porque, en una democracia, los gastos colectivos se deben supervisar de manera colectiva. Como la exigibilidad de derechos básicos presupone el gasto de dineros públicos limitados, los contribuyentes tienen derecho a saber si la operación vale la pena, si los beneficios recibidos son más o menos equivalentes a los desembolsos realizados. En la medida en que es financiado por la comunidad, un determinado patrón de imposición de la ley deberá ser justificado frente a ella, con las correspondientes salvaguardas para los miembros de las minorías. No basta con que la relación costo-beneficio sea positiva: además, la comunidad debe percibirla como tal. Por lo tanto, ¿no deberíamos ver a los encargados de imponer la ley –o a quienes los contratan, pagan y supervisan– como fiduciarios financieros? ¿No deberían rendir cuentas en forma pública por sus decisiones, necesariamente controvertidas, sobre cómo utilizar los escasos dineros públicos? ¿No deberían formular con claridad los principios que utilizan cuando asignan beneficios y cargos? ¿Y no deberían explicar por qué la forma de distribución que han elegido es preferible a otras alternativas posibles?

El costo de los derechos no sólo plantea cuestiones de transparencia y responsabilidad democrática en el proceso de asignación de recursos: también nos lleva inesperadamente al corazón de la teoría moral, a problemas de ética distributiva y de justicia distributiva. La definición de los derechos como inversiones públicas debería estimular a los teóricos del Derecho a considerar si su exigibilidad no sólo ha sido válida y prudente, sino también correctamente asignada. La cuestión aquí es saber si las sumas desembolsadas para la protección de los derechos, tal como se determinan e implementan en la actualidad, benefician a la sociedad en su conjunto, o por lo menos a la mayoría de sus miembros, o sólo a

ciertos grupos con particular influencia política. ¿Nuestras prioridades nacionales, en el campo de la exigibilidad de los derechos, son un vano reflejo de la influencia de los grupos poderosos o por el contrario promueven el bienestar general? Estudiar los costos no significa restar importancia a la política y a la moral, sino más bien obligar a considerarlas. El tema es importante precisamente porque llama la atención sobre la relación entre los derechos, por un lado, y la democracia, la igualdad y la justicia distributiva por el otro.

Los derechos suscitan apoyo público porque –y en la medida en que– permiten a una amplia colectividad de individuos en distinta situación cosechar los sustanciales frutos, personales y sociales, de la coexistencia no predatoria y la cooperación mutua. Interpretar los derechos como inversiones tendientes a aumentar el bienestar general, que la sociedad recauda para alcanzar sus propios fines, debería permitirnos comprender mejor no sólo la racionalidad de los derechos sino también su inevitable carácter redistributivo. Cabe suponer que esa conceptualización puede estimular un debate público más vigoroso sobre varias cuestiones hasta hoy pasadas por alto, entre ellas si los recursos privados (presumiblemente recaudados, en una democracia, sólo para propósitos públicos públicamente explicados) se invierten en una forma que produce ganancias públicas adecuadas, y si esos beneficios y costos se reparten de modo adecuado.

LA DISPOSICIÓN PÚBLICA A PAGAR

Clasificar los derechos como bienes públicos costosos no significa estimular a los analistas políticos más despiadados –en connivencia con equipos de contadores– a resolver en forma unilateral la cuestión de qué derechos deben tener o no los ciudadanos. Por el contrario, la inevitabilidad de las negociaciones y concesiones nos recuerda la necesidad de control democrático e incluso de "virtud cívica", es decir, de un cuidadoso escrutinio por parte de los contribuyentes de las asignaciones presupuestarias en materia de pro-

tección y exigibilidad de derechos. Es innecesario decir que, en esta clase de cosas, pedir transparencia democrática es mucho más fácil que alcanzarla.

Aquí, como en otras partes, los especialistas bien preparados y competentes tienen un papel central que cumplir. Son indispensables para descubrir, interpretar y traducir a frases fácilmente comprensibles la información a menudo muy compleja necesaria para las consultas públicas significativas y para la toma de decisiones sobre derechos. Pero los expertos deben estar a la orden, no dando órdenes. Cuando están involucrados juicios de valor controvertidos, la toma de decisiones debe hacerse en forma abierta y democrática. Puesto que los derechos son resultado de decisiones estratégicas sobre la mejor manera de emplear los recursos públicos, hay buenas razones democráticas que establecen que las decisiones sobre qué derechos proteger, y hasta dónde, deben ser tomadas de forma lo más abierta posible por una ciudadanía lo más informada posible, a la que los funcionarios políticos, incluidos los jueces, deben expresar sus razonamientos y justificaciones.

Las decisiones sobre qué derechos –de qué forma– cabe proteger y sobre cuánta riqueza social debe invertirse en hacerlo deberían estar sujetas a la crítica y el debate público constantes en procesos de deliberación democrática. Esas decisiones deben estar guiadas por los principios básicos del sistema legal estadounidense, incluyendo por supuesto aquellos consagrados en la Constitución. Un desafío importante y serio para toda reforma institucional es definir cómo los jueces pueden mantener su independencia y a la vez aceptar una mayor responsabilidad hacia el fisco. Pero es innegable que hoy, en Estados Unidos, muchas decisiones importantes de asignación de derechos básicos se toman en secreto, sin mayor consulta ni controles públicos. Como mínimo, deberían ser examinadas públicamente teniendo en cuenta que podrían haber sido diferentes y que requieren ser justificadas en procesos de deliberación pública sujetos a restricciones constitucionales, que a su vez también tienen que ser justificadas.

La justicia no tiene por qué entrar en conflicto con la eficacia en relación con el costo. Nadie puede objetar los métodos innova-

dores que nos permiten producir la misma cantidad de beneficios de seguridad social o cupones de alimentos a la mitad del costo. A nadie se le ocurriría que esa eficiencia socava el propósito moral de los programas del Estado de Bienestar. Lo mismo puede decirse de todos los derechos, porque la eficacia en relación con el costo puede mejorarse en todos los ámbitos, incluido el derecho de protección a los sospechosos durante el interrogatorio policial o a los detenidos antes de ser juzgados. Pero sólo podremos empezar a considerar una protección más eficiente de los derechos cuando hayamos reconocido que los derechos tienen costos.

En consecuencia, la deliberación pública debería concentrarse en los siguientes puntos: (1) ¿Cuánto queremos gastar en cada derecho? (2) ¿Cuál es el paquete de derechos óptimo, considerando que los recursos destinados a proteger uno ya no estarán disponibles para otro? (3) ¿Cuáles son los mejores formatos para brindar la máxima protección a los derechos al costo más bajo? (4) Tal como se definen y se exigen en la actualidad, ¿los derechos redistribuyen la riqueza en alguna forma públicamente justificable? Estas preguntas tienen dimensiones empíricas importantes, y es fundamental ponerlas en primer plano. Pero su resolución dependerá también de los juicios de valor. Las dimensiones empíricas deben identificarse como tales; los juicios de valor deben hacerse de manera abierta y ser sometidos a crítica, revisión y debate público.

REDISTRIBUCIÓN

Tras haber mencionado los posibles usos del poder gubernamental para ayudar a los desprotegidos, es evidente que este libro no puede concluir con un plan para rediseñar el Estado de Bienestar social en Estados Unidos. Las decisiones particulares dependen de hechos particulares. Al igual que otras iniciativas políticas, los esfuerzos por ayudar a los más necesitados a veces resultan contraproducentes. Pero los ataques generalizados a la redistribución en tanto tal carecen de sentido. La redistribución es omnipresente.

No sólo se da cuando el gobierno recauda el dinero de los contribuyentes y lo entrega a los necesitados. También ocurre cuando se utiliza la fuerza pública, generalmente a expensas de los contribuyentes, para proteger a individuos ricos de la violencia privada o la amenaza de violencia. Hasta el Estado al que llaman "mínimo" requiere que se recauden ingresos privados para satisfacer fines públicos. El ejemplo más espectacular de esa tasación regresiva tiene lugar cuando los pobres deben prestar servicio militar durante las guerras, entre otras cosas para defender las propiedades de los ricos de los predadores extranjeros. Hasta el Estado más mínimo redistribuye los recursos de "los que pueden pagar" para proteger a los más vulnerables. En algunos casos, los protegidos (como los propietarios de Westhampton amenazados por el fuego) son más ricos que quienes soportan la mayor parte de la carga de la protección.

Fuerza y debilidad no son condiciones físicas ni tampoco hechos duros. La fuerza relativa de los actores sociales depende menos del músculo o del cerebro que de las instituciones legales, los derechos adquiridos y la simple capacidad de organización y coordinación social. Los propietarios, a fines del siglo XX, son, en comparación, fuertes, como resultado del apoyo público; es decir, gracias a leyes hábilmente diseñadas que se hacen cumplir a expensas del contribuyente y que les permiten adquirir y conservar lo que es "suyo". Por lo tanto, es imposible definir quién es fuerte y quién es débil en términos sociales sin saber de qué lado estará la autoridad pública, esto es, sin tener en cuenta decisiones anteriores sobre la asignación política de recursos sociales públicos escasos. Los ricos son fuertes porque están protegidos por sistemas de derechos de propiedad y justicia penal judicialmente manejados.

Por lo tanto, persisten todas las preguntas inquietantes: las actuales inversiones públicas en la exigibilidad de los derechos, ¿son prudentes o insensatas? ¿Equitativas o parciales? En una democracia, presumiblemente la ciudadanía contribuyente decide las inversiones anticipando buenos retornos sociales, en sentido amplio. ¿Son realmente buenos, o siquiera aceptables, esos retornos? Por ejemplo, los derechos de propiedad, ¿valen realmente lo que todos nosotros, como nación, gastamos en protegerlos?

No es posible responder a estas preguntas en abstracto, sin saber, por ejemplo, cómo esos recursos escasos podrían utilizarse en forma más productiva. Sin embargo, una cosa es segura. El hecho de que la existencia de derechos de propiedad claramente definidos y de cumplimiento obligatorio dependa de las leyes, del gobierno y de recursos públicos no disminuye su valor. El derecho a la propiedad privada alimenta el crecimiento económico. Además alarga el horizonte temporal y aumenta la seguridad psicológica de los ciudadanos particulares, asegurándoles, entre otras cosas, que sus expresiones de disgusto político no pondrán en peligro sus propiedades. El derecho a la propiedad privada es costoso en un primer momento, pero en realidad es una inversión astuta que en muchas ocasiones se autofinancia. (Desde luego, hay diferentes sistemas de propiedad privada y muchas personas razonables pueden estar en desacuerdo sobre las ventajas y desventajas de cada uno. No obstante, la existencia de alguna forma de propiedad privada es indispensable para toda sociedad moderna que funcione bien.)

El derecho a la educación pública puede justificarse en términos similares: una buena educación es un requisito previo para muchas otras cosas y tiene un gran valor tanto intrínseco como instrumental. Para los niños en especial, los derechos a la atención médica responsable tienen mucho sentido; la salud es valiosa en sí y posibilita otras cosas buenas. De este modo, el sustancial gasto público en ambos terrenos se justifica exactamente igual que los gastos destinados a la protección de la propiedad privada. Todos esos derechos establecen y estabilizan las condiciones del desarrollo individual y de coexistencia y cooperación colectivas.

Afirmar que el cumplimiento obligatorio de los derechos presupone la asignación estratégica de recursos públicos es recordar cómo encajan las partes del todo, cómo el individualismo liberal –distinto del anarquismo desenfrenado del "estado de naturaleza"– presupone una comunidad políticamente bien organizada. Lo que constituye la libertad individual –y apira a sostenerla– son las contribuciones colectivas. El costo de los derechos es simplemente la manera más fácil de documentar esas contribuciones. Por consiguiente, detenernos en este tema nos obliga a repensar

y modificar la oposición, familiar pero exagerada, entre el individuo y la sociedad.

Los ciudadanos estadounidenses pueden protegerse con éxito contra una intromisión indeseada de la sociedad en sus asuntos privados... pero sólo podrán hacerlo si cuentan con el apoyo coherente y contundente de la sociedad. Y esto vale también para el más individualista y autosuficiente poseedor de derechos. Porque es imposible proteger la libertad individual a menos que la sociedad recolecte recursos y los aplique con inteligencia para evitar y remediar las violaciones a los derechos individuales. Los derechos presuponen un gobierno eficaz porque sólo a través de él una sociedad moderna compleja puede alcanzar el grado de cooperación social necesario para transformar en libertades exigibles las declaraciones que se han formulado –y firmado– en los papeles. Sólo es posible definir los derechos como antigubernamentales, como muros erigidos contra el Estado, si se ignora en forma injustificable la indispensable contribución de la autoridad pública a la construcción y el mantenimiento de esos muros. Porque hasta ahora el gobierno es el instrumento más efectivo con que una sociedad políticamente organizada persigue sus objetivos comunes, entre otros la meta compartida de obtener protección para los derechos civiles de todos.

Apéndice

ALGUNAS CIFRAS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS COSTOS

En este libro hemos hecho referencia varias veces a algunos números, pese a que no era nuestro propósito ofrecer una estimación cuantitativa del costo de los derechos. Para hacerlo, sería necesario aceptar nuestras afirmaciones conceptuales y después algunas opiniones ulteriores bastante complejas, tanto empírica como conceptualmente, sobre cómo desagregar diversos gastos a fin de llegar al gasto de dólares exacto por cada derecho. Por razones que hemos examinado a su debido tiempo en el texto, es posible avanzar un poco por ese rumbo, pero tal vez sea imposible llegar a cifras precisas.

En este anexo presentamos una tabla simple, tomada del presupuesto de Estados Unidos para 1996, con el objeto de brindar alguna información sobre las sumas gastadas en diversas actividades e instituciones. Estos datos deben tomarse con cautela porque no permiten especificar los costos de cada derecho en particular. Sin embargo dan una idea de cuánto gastan los contribuyentes, en dólares federales, para concretar diversos programas y actividades y para proteger variados derechos. Desde luego que no se incluyen las grandes sumas gastadas por los estados para la protección de los derechos.

Actividad o institución	Dólares (en millones)
1. Funcionamiento del sistema de justicia	
Tribunales de apelaciones	303
Tribunal fiscal	33
Tribunales de distrito	1183
Comisión de sentencias	9
Corte Suprema de Justicia	26
Actividades Legales del Departamento de Justicia	537
Corporación de servicios legales	278
Programa de reducción de delitos violentos	30
Gastos relacionados con personas en situación de prisión	351
Tribunal de apelaciones para veteranos	9
Sistema federal de Cárceles	2465
2. Monitoreo del gobierno	
Oficina de ética gubernamental	8
Contaduría general	362
Comisión electoral federal	26
3. Facilitar transacciones comerciales	
Comisión de cambio y valores	103
Comisión federal de comercio	35
Inspección de animales y plantas	516
Inspección de seguridad de alimentos	545
Comisión de seguridad en productos para el consumidor	41
4. Proteger derechos de propiedad	
Protección de patentes y marcas registradas	82
Ayuda y seguros en casos de catástrofe	1160
Manejo federal de emergencias	3614
Préstamos comunitarios por desastre	112
Manejo y protección de los bosques	1283
Actividades inmobiliarias	68
Fondo para área rural (apoyo agrícola)	100
Manejo de registros relacionados con la propiedad	203

5. Defensa nacional	
Salarios y beneficios de oficiales militares	5808
Salarios y beneficios del personal enrolado	12.457
Salarios y beneficios de cadetes	35
Salarios y beneficios de veteranos	3830
Subsistencia del personal enrolado	769
Total de obligaciones del Departamento de Defensa	20.497
6. Educación	
Gastos educativos, por ejemplo, educación estadual y local	530
Educación primaria, secundaria y vocacional	1369
Comisión de igualdad de oportunidades laborales	233
7. Distribución del ingreso	
Administración del programa de cupones de alimentos	108
Asistencia alimentaria y nutricional	4200
Administración de la seguridad social	6148
8. Protección ambiental	
Agencia de protección ambiental	41
Ley de aire limpio	217
Desechos peligrosos	159
Plaguicidas	64
Conservación de recursos naturales	644
Calidad del agua	244
9. Otros	
Impresión de las publicaciones del gobierno	84
Servicio postal	85
Administración nacional de archivos y registros	224
Junta nacional de relaciones laborales	170
Comisión de revisión de salud y seguridad en el trabajo	8
Oficina del Censo	144

Bibliografía

Arango, John B., "Defense Services for the Poor: Tennessee Indigent Defense System in Crisis", en *Criminal Justice*, primavera de 1992.

Barry, Brian, *Theories of Justice*, Berkeley, University of California Press, 1989.

Bentham, Jeremy, *The Theory of Legislation*, C. K. Ogden y Richard Hildreth (eds.), Oxford, Oxford University Press, 1931.

Berlin, Isaiah, *Four essays on liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969. [Ed. cast.: *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1996.]

Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, Chicago, University of Chicago Press, 1979.

Boaz, David, *Libertarianism: a Primer*, Nueva York, Free Press, 1997.

Bok, Derek, *The State of the Nation*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.

Breyer, Stephen, *Breaking the Vicious Circle*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1993.

Budget of the United States Government. Fiscal Year 1998, Washington, DC, US Government Printing Office, 1997.

Crotty, Paul A., "Containing the Tort Explosion: the City's Case", en *City Law*, vol. 2, nº 6, diciembre de 1996.

Dreze, Jean y Sen Amartya, *India*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1977. [Ed. cast.: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002.]

——, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985.

Eissa, Nada y Liebman, Jeffrey B., "Labor Supply Responses to the Earned Income Tax Credit", en *Quarterly Journal of Economics*, 111, 1996.

Ellickson, Robert, *Order without Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1993.

Ellwood, David, *Poor Support: Poverty in the American Family*, Nueva York, Basic Books, 1988.

Frohlich, Norman y Oppenheimer, Joe, *Choosing Justice*, Berkeley, University of California Press, 1993.

Galston, William, "Causes of Declining Well-Being among US Children", en David Estlund y Martha Nussbaum (eds.), *Sex, Preference, and Family*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

Gauthier, David, *Morals by Agreement*, Oxford, Clarendon, 1986.

Glendon, Mary Ann, *Rights Talk*, Nueva York, Free Press, 1993.

Graham, John y Weiner, Jonathan, *Risk versus Risk*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996.

Guy Peters, B., *The Politics of Taxation*, Cambridge, Mass., Blackwell, 1991.

Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms*, Cambridge, Mass., MIT Press, 1996.

Hart, H. L. A., "Bentham and Legal Rights", en A. W. B. Simpson (ed.), *Oxford Essays on Jurisprudence*, Second Series, Oxford, Oxford University Press, 1973.

——, *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon, 1982.

Hayek, Friedrich A. von, *The Road to Serfdom*, Chicago, University of Chicago Press, 1944.

Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Harmondsworth, Penguin, 1968. [Ed. cast.: *Leviatán*, Buenos Aires, Losada, 2003, 2 vols.]

Hohfeld, Wesley, *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, Yale University Press, 1923.

Holmes, Stephen, *Passions and Constraint*, Chicago, University of Chicago Press, 1995.

Jenks, Christopher, "The Hidden Paradox of Welfare Reform", en *American Prospect*, nº 32, mayo-junio de 1997.

Kelsen, Hans, *General Theory of Law and the State*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1945.

——, *General Theory of Law and State*, Nueva York, Russell & Russell, 1973.

Klein, Richard y Spangenberg, Robert L., "The Indigent Defense Crisis" (informe preparado para la sección de Justicia Penal de la American Bar Association, Ad Hoc Committee on the Indigent Defense Crisis), 1993.

Levy, Leonard, *Original Intent and the Framers' Constitution*, Nueva York, Macmillan, 1988.

Levy, Margaret, *Of Rule and Revenue*, Berkeley, University of California Press, 1988.

Marshall, T. H., *Class, Citizenship and Social Development*, Chicago, University of Chicago Press, 1964.

McIntyre, Alasdair, *After Virtue*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1981.

Mill, John Stuart, "Principles of Political Economy", en *Collected Works*, J. M. Robson (comp.), vol. 3, Toronto, University of Toronto Press, 1965.

Montesquieu, Charles de Secondat, barón de la Brède y de, *The Spirit of the Laws* (trad. de Thomas Nugent), Nueva York, Hafner, 1949. [Ed. cast.: *Del espíritu de las leyes*, Buenos Aires, Losada, 2007.]

Murray, Charles, *What it Means to be a Libertarian: A Personal Interpretation*, Nueva York, Broadway Books, 1997.

Posner, Richard A., *Analysis of Law*, Boston, Little & Brown, 1992.

——, *Overcoming Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996.

Posner, Richard y Silbaugh, Kate, *Sex Laws in America*, Chicago, University of Chicago Press, 1996.

Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971. [Ed. cast.: *Teoría de la justicia*, Buenos Aires, Paidós, 2004.]

——, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1996. [Ed. cast.: *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 2004.]

Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

——, *Practical Reason and Norms*, 2a. ed., Princeton, Princeton University Press, 1993.

——, *Ethics in the Public Domain: Essays on the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon, 1995.

Roosevelt, Franklin D., *The Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt*, Nueva York, Random House, 1969.

Schauer, Frederick, *Playing by the Rules*, Oxford, Oxford University Press, 1992.

Shaviro, Daniel, "The Minimum Wage, the Earned Income Tax Credit, and Optimal Subsidy Policy", en *University of Chicago Law Review*, 64, 1997.

Sherman, Rorie, "N. J. shuts down its advocate; was unique in the nation", en *National Law Journal*, 20 de julio de 1992, p. 3.

Skocpol, Theda, *Protecting Soldiers and Mothers: The Political Origins of Social Policy in the United States*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1992.

Smith, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Nueva York, Modern Library, 1937. [Ed. cast.: *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones: una breve antología*, Buenos Aires, Perfil, 1998.]

Spangenberg, Robert L. y Schwartz, Tessa J., "The Indigent Defense Crisis is Chronic", en *Criminal Justice*, verano de 1994.

Sunstein, Cass R., *The Partial Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1993.

——, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Nueva York, Oxford University Press, 1996.

Tilly, Charles, "Where Do Rights Come From?", en Lars Mjoset (ed.), *Contributions to the Comparative Study of Development*, vol. 2, Oslo, Institute for Social Research, 1992.

Twenty-Five Human Rights Documents, Nueva York, Columbia University Center for Human Rights, 1994.

US Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, *Justice Expenditure and Employment Extracts, 1992: Data from the Annual General Finance and Employment Surveys,* Washington, DC, US Government Printing Office, 1997.

Wayson, Billy S. y Funke, Gail S., *What Price Justice? A Handbook for the Analysis of Criminal Justice Costs,* Washington, DC, Department of Justice, US National Institute of Justice, 1989.

El costo de los derechos

Stephen Holmes
Cass R. Sunstein

Es muy extendida la idea de que nuestros derechos más fundamentales no tienen costo alguno. Afirmar lo contrario, confesar que tenemos que renunciar a algo a fin de adquirirlos o conservarlos, puede parecer una paradoja, una contradicción o incluso una amenaza a su preservación.

Sin embargo, las libertades privadas tienen costos públicos, y esto vale tanto para el derecho a la seguridad social o a la asistencia médica como para la propiedad privada o la libertad de expresión. Y si protegerlos o exigirlos goza de amplia y profunda aprobación, al mismo tiempo los ciudadanos parecen olvidar con facilidad que esas facultades dependen de una acción estatal vigorosa. La libertad personal, tal como la experimentamos y apreciamos, presupone una cooperación social administrada por funcionarios gubernamentales. Es decir que la esfera privada, que con justicia valoramos tanto, es sostenida por la acción pública.

Sunstein y Holmes indagan sobre lo que podemos aprender acerca de los derechos reflexionando sobre sus costos presupuestarios. Estudiar los costos no significa restar importancia a la política y la moral, sino más bien obliga a considerar esas cuestiones. El tema es tan importante precisamente porque llama la atención sobre la relación entre los derechos, por un lado, y la democracia, la igualdad y la justicia distributiva, por el otro.

El costo de los derechos *será revelador para muchos. Al leer el libro de Holmes y Sunstein el lector se asombrará, se sorprenderá y convencerá, y atenderá a numerosos hechos familiares desde una nueva perspectiva. Fresco, claro y colmado de vívidos ejemplos, es un libro raro, un "clásico instantáneo".*

Jon Elster, Universidad de Columbia

ISBN: 978-987-629-154-5



siglo veintiuno
editores