

SUNSTEIN, CASS (2009) *Leyes de miedo. Más allá del principio de precaución*. Buenos Aires: Katz Editores, 306 páginas.

No sería polémico suscribir una descripción mínima del derecho que lo considere una construcción social compuesta de normas y principios (regulaciones) dotadas de fuerza obligatoria. Tampoco lo sería reconocer que el derecho es portador de valoraciones y que, además, contribuye a reproducirlas. Dichas valoraciones producen (a través de una larga cadena de mediaciones) al menos un doble impacto en el tejido social: en el plano del razonamiento jurídico (al legislar, adjudicar, contratar, etc.), así como en las percepciones y emociones, individuales y colectivas. Deseo detenerme acá.

Creo que un análisis holístico del fenómeno jurídico invitaría a reflexionar sobre la conexión entre regulaciones y valoraciones, incluyendo emociones específicas. Una de ellas, particularmente fuerte, es el miedo. No es exagerado suponer que el derecho puede expresar, amplificar o minimizar nuestros miedos; en otras palabras, contribuye a modularlos.

En dicho contexto es que sitúo la presente obra de Cass Sunstein, cuyo punto de partida se ilustra con las siguientes preguntas primordiales: “¿Cómo debería responder un gobierno democrático al miedo público? ¿Cuál es la conexión entre el miedo, por un lado, y la ley y la política, por el otro?” (p. 11). Tales interrogantes son abordadas con el auxilio de *dos proposiciones complementarias* que ayudan a mapear el tronco argumentativo del libro.

Por una parte, la importancia de la democracia deliberativa (entendiendo deliberación como equivalente a “reflexión y racionalización”, p. 12) en cuanto forma de convivencia social que supone, y requiere, un marco jurídico institucional que la inmune, doblemente, contra la generación y/o difusión de miedos injustificados y las manipulaciones demagógicas de los terrores públicos.

Según la otra proposición, las democracias que funcionan de manera adecuada, habitualmente procuran obtener “acuerdos teorizados en forma incompleta” (p. 12). Es decir, las democracias realmente existentes funcionarían de mejor forma si se guían por acuerdos en los que se deja de lado la discusión sobre “cuestiones fundamentales” para producirlos. Así, este enfoque de orientación pragmática alentaría la convergencia de las personas en torno a problemas comunes, aun cuando ellas sostuvieran posturas diversas respecto de temas como Dios, la libertad, la igualdad, la justicia, la utilidad, la eficacia.

El *principio de precaución*¹ es, al mismo tiempo, el punto de arranque del trabajo y el eje que permite estructurar, de una manera efectiva, sus

¹ Subtítulo del libro, tanto en su versión original como traducida.

nueve capítulos en un relato coherente, evitándole devenir en una compilación “insular” de ensayos.

Dicho principio, que puede traducirse como “evite los pasos que supongan un riesgo de daño” (p. 25) exhibe, para Sunstein, una fuerte ambivalencia. Por un lado, es incoherente y paralizador. *Incoherente*, pues “[l]a regulación que exige el principio siempre da lugar a riesgos propios y, por ello, el principio prohíbe lo que, a la vez, exige” (p. 27). *Paralizador*, entre otras razones, porque la regulación que impone puede “privar a la sociedad de importantes beneficios” (p. 46), generando daños que podrían haberse prevenido, como en el caso de los medicamentos; además, el principio “se presenta como un obstáculo para la regulación y para la no regulación, y para todo lo que hay en el medio” (p. 52).

Por otro lado, sin embargo, en el terreno de los porfiados hechos, ocurre que el principio es operativo. ¿Cómo se explica esto? La respuesta se halla en la aplicación de “anteojeras” (p. 55) que permiten a sus usuarios atender, de manera selectiva, solo “algunos aspectos de la situación regulatoria” (p. 55).

Recurriendo a aportes de la psicología cognitiva y de la economía conductual, Sunstein explica los mecanismos que contribuyen a explicar cómo, pese a sus debilidades, el principio de precaución parece funcionar. Me interesa detenerme en dos de ellos: *la heurística de disponibilidad* y *el descuido de la probabilidad*. Lo hago por el alcance general y la relación de correspondencia estrecha que ofrecen, así como por la relevancia que el autor les otorga en relación a los demás mecanismos.

La heurística de disponibilidad consistiría en un conjunto de reglas que simplifican la toma de decisiones de las personas, al hacerles evaluar “la magnitud de los riesgos preguntando si se les ocurren ejemplos con facilidad” (p. 57). Si ello ocurre, las posibilidades que tengan miedo aumentan. Tal situación, sin embargo, da luz verde a que riesgos *no disponibles* (al menos en comparación con otros: por ejemplo, exponerse al sol de manera imprudente versus fumar) se tornen realmente peligrosos como consecuencia de su invisibilidad. En definitiva, “la heurística de disponibilidad puede producir una evaluación *imprecisa* de la probabilidad” [cursiva en el original] (p. 60), lo cual nos lleva al siguiente mecanismo: el descuido de la probabilidad. Este se produciría cuando las personas se concentran en el peor de los casos, aunque su improbabilidad sea alta. Suele presentarse “cuando hay en juego emociones intensas” (p. 94) (naturalmente, el miedo es una de ellas) y, en la práctica, es apenas discernible de la heurística de disponibilidad (p. 116).

Pese a todo, el principio de precaución goza de una extendida fama, tanto a nivel de legislaciones domésticas (si bien con distintos énfasis en el derecho continental y en el mundo anglosajón) como en el ámbito del derecho internacional. Un cuestionamiento constructivo de aquel implica, entonces, hacerse cargo de las razones que lo sostienen. Con ese propósito, Sunstein propone dos herramientas.

En primer lugar, reformular (delimitándolo) el principio de precaución como *principio anticatástrofe*, esto es, si autoridades y ciudadanos deben actuar en condiciones de incertidumbre (es decir, enfrentan riesgos a los cuales no pueden asignar probabilidades) sería sensato “que determinaran los peores escenarios y optaran por el enfoque que elimine el peor de ellos” (p. 153). Así por ejemplo, desde el principio anticatástrofe se justificaría adoptar medidas que redujeran riesgos asociados al calentamiento global. Sin embargo, la operatividad de ese principio exigiría, entre otros requisitos, que los costos que genere sean razonables y no desvíen recursos que puedan atender problemas apremiantes: en efecto, una persona o una sociedad podrían agotar sus recursos anticipando una serie de eventuales catástrofes (de las que carecen de información sobre su probabilidad de ocurrencia), y, al hacerlo, desatender una serie de peligros que, sin ser catastróficos, la misma persona o sociedad considerarían malos o muy malos.

La segunda herramienta consiste en *el análisis de costo-beneficio*. Este permitiría dar “un sentido más preciso de los daños reales contra los que se busca protección” (p. 179), a diferencia de la heurística de disponibilidad, y también proporcionar “un sentido más claro de lo que está en juego” (p. 180), en contraste con el descuido de la probabilidad.

Una premisa fundamental desde la que nuestro autor aborda, en este trabajo, el análisis costo-beneficio, consiste en que el Estado, a través de las diversas políticas regulatorias dirigidas a precaver riesgos en el ámbito ambiental, laboral, de salud, etc. “*adjudica valores monetarios a los riesgos al indagar acerca de los valores monetarios que les adjudican los individuos*” [cursiva en el original] (p. 181). Su argumentación se asienta en el concepto clave de la *disposición a pagar* (DAP) de las personas: en pocas palabras, cuánto están dispuestas ellas a pagar con el fin de reducir riesgos.

En general, el análisis costo-beneficio mediante la DAP (que en el libro se desarrolla pormenorizadamente) puede arrojar información valiosa sobre una gran cantidad de áreas en el que las regulaciones deben operar. En dicho contexto, la principal utilidad de la DAP radicaría básicamente en ser un instrumento cuyo uso “no implica satisfacción con la distribución actual de la riqueza” la que, en opinión del autor “debería cambiarse drásticamente” (p. 228). Esta precisión resulta congruente con las limitaciones de la DAP que derivan de su propia naturaleza dineraria y que quedan en evidencia al someterla (tanto en los casos “fáciles” como “difíciles” de su aplicación) a variadas objeciones que el texto propone. Deseo subrayar tres de ellas.

(i) La primera objeción deriva de la combinación de *adaptación y privación* y apunta al papel de la autonomía de la gente que un Estado de Derecho presupone. Así, personas podrían tener una baja DAP para financiar bienes ambientales; o para lograr mejoras en salud; u oponerse a reducir riesgos; porque creen que “el riesgo es inevitable o porque sus preferencias

se han adaptado a condiciones peligrosas e injustas” (p. 214). Considerar que, normalmente, la DAP de la gente pobre es baja precisamente porque no tiene dinero podría resultar obvio, pero una mirada exclusivamente tecnócrata no suele hacerse cargo de dicho dato. En casos como los citados y otros similares “las preferencias de las personas no reflejan su autonomía” (p. 214), dice Sunstein. ¿Por qué? Porque autonomía exige respetar las preferencias de la gente, sí, pero también requiere “condiciones sociales que permitan que dichas preferencias se desarrollen de un modo que no reflejen coacción ni injusticia” (p. 214). Un ejemplo sugerido por el autor (tan funesto como ilustrativo), de que ciertas preferencias relevantes carecen de autonomía, radica en la situación de aquellas mujeres que, víctimas de violencia por sus maridos, creen que su margen de maniobra para cambiar las cosas es exiguo y que solo les queda adaptarse.

(ii) “Un buen sistema constitucional es una democracia deliberativa, no una máquina de maximización” (p. 218). Esta idea ilustra otra de las objeciones y es interesante subrayarla, pues ayuda a sustentar, con nitidez, el contrapunto consumidor/ciudadano. Este contrapunto podría formularse así: mientras aquel se mueve en la lógica de la DAP, este lo hace en la esfera de la deliberación o reflexión colectiva.

Lo valioso de esa distinción es que, a partir de ella, se tornan inteligibles derechos como el de igualdad y no discriminación; y puede comprenderse también la prohibición (o ilicitud) del uso de la DAP en materias tales como discriminar y no ser discriminado; evitar “relacionarse con miembros de grupos raciales minoritarios” (p. 218); acosar sexualmente y evitar el acoso sexual; proteger especies en peligro de extinción; evitar la crueldad con los animales; y un (por fortuna) largo etcétera.

(iii) Finalmente, otra objeción que manifiesta las limitaciones de la DAP se halla en el terreno de la relación *distribución y bienestar*. Uno de los *quid* de esa relación es que la DAP “mide ganancias y pérdidas en términos monetarios y no en términos de bienestar” (p. 230). Por ende, a la hora de elaborar una regulación (por ejemplo, sobre la contaminación del aire), la disposición a pagar debe ser solo uno de los elementos que se colocan en la balanza. ¿Qué ocurre si las exigencias de dicha regulación producen que el bienestar total de una sociedad sea más bajo? Si ello es resultado de favorecer a los sectores más desfavorecidos, para Sunstein tal medida podría justificarse.

Ahora bien, *el principio anticatástrofe y el análisis costo-beneficio* constituyen herramientas útiles contra el miedo excesivo. Sin embargo, ¿qué ocurre en los casos opuestos, en los que personas, erróneamente, no adoptan precauciones? Sunstein propone lo que denomina *paternalismo libertario*: un enfoque que, aplicable al diseño y ejecución de regulaciones y políticas en ámbitos tan diversos como derechos laborales, familia, consumidores, salud, etc., pretende una combinación de bienestar de las personas y respeto por sus elecciones privadas. El capítulo correspondien-

te (coescrito con Richard Thaler) es altamente sugestivo y proporciona material para un comentario aparte. No obstante, acá deseo subrayar que uno de los puntos fuertes que arroja su lectura es recordarnos que el derecho, como construcción social y cultural que es, exhibe al menos un doble atributo: es una instancia de articulación de relaciones sociales (“las características de los diseños de las reglas legales y organizacionales tienen influencias sorprendentemente poderosas sobre las elecciones de la gente”, p. 241) que se sostiene sobre una estructura de argumentación contra-intuitiva. Una manifestación de ello se encuentra en la crítica que el libro formula al *antipaternalismo*, en particular en su versión dogmática, y a la idea de elección que este encierra.

Así, para los autores, el antipaternalismo dogmático descansa en la siguiente suposición falsa: “casi todas las personas, la mayor parte del tiempo, hacen elecciones que son para su conveniencia o, por lo menos, son mejores, para ellas, que las elecciones de terceros” (p. 243). Dicha suposición no solo carece de evidencia empírica (es cosa de pensar en la obesidad, el tabaquismo, el alcoholismo, etc.); además, asumirla intuitivamente como correcta oscurece la evidencia disponible que demuestra lo contrario, esto es: las preferencias y elecciones (individuales y colectivas), son conformadas a partir de reglas predeterminadas (p. 255) y puntos de partida (p. 259).

Entonces, si “las preferencias y valores no preceden al marco, sino que son un producto de él” (p. 262), creo que resulta difícil exagerar la importancia de, pongamos por caso, escrutar periódicamente las regulaciones existentes en materia de contratos de adhesión, forzados y dirigidos (es inevitable pensar en los que se celebran en previsión social y salud), a la luz de estándares como razonabilidad y equidad de sus cláusulas. Por supuesto, ese escrutinio no se agota allí, y debería abarcar los servicios públicos, provistos por el Estado y/o por empresas privadas².

El último capítulo de la obra (“Miedo y libertad”) es pródigo en ideas que también ameritarían un análisis detallado en otra oportunidad. Sin embargo, aquí deseo destacar algunas de ellas. El texto comienza explicando un supuesto sobre la relación *seguridad de la nación (amenazada) / libertades civiles*: “Simplemente por el miedo, el pueblo y sus autoridades favorecerán medidas precautorias que no sirven de mucho para proteger la seguridad, pero que comprometen importantes formas de libertad” (p. 277). Para nuestro autor, el miedo público excesivo puede acarrear grotescas violaciones a los derechos humanos. Solo en el siglo XX, una lista que

² Una breve digresión se impone. La importancia del *marco* en la conformación de preferencias, elecciones, decisiones, etc. y los derechos, responsabilidades y cargas que se asignan a partir de aquel, contribuyen a abonar (en un nivel más amplio de abstracción) los argumentos a favor no solo de la democracia deliberativa para generar normas y principios, sino también de una nueva Constitución que torne efectiva dicha deliberación.

diera cuenta de aquellas debería incluir “encarcelamientos injustificados, intrusiones irrazonables de la policía, discriminación racial y religiosa, abuso y tortura oficiales y censura de la libertad de expresión” (p. 305).

La ominosa detención de personas en Guantánamo sería, para Sunstein, la actual manifestación de la aplicación del principio de precaución³ que situaría la lógica de Bush hijo en un plano de curiosa simetría con la de ciertos grupos ambientalistas extremos y que puede sintetizarse en la siguiente fórmula: *las amenazas deben abordarse antes de tornarse inminentes, pues de otra forma es demasiado tarde* (p.15). Ahora bien, la dinámica política que genera un discurso como ese (emanado de las cumbres gubernamentales del Estado más poderoso del planeta) solo puede, naturalmente, exacerbar un determinado ánimo colectivo que se refuerza con el funcionamiento de los mecanismos de heurística de disponibilidad y descuido de la probabilidad (ambos indisociables del principio de precaución, como sabemos). En efecto, un acontecimiento *disponible* “puede llevar a la gente a exagerar la amenaza” (p. 279). Junto con ello, sucesos de ese tipo o similares “emocionalmente apasionantes” (p. 279) harán que las personas ignoren su *probabilidad real* de ocurrencia. Si aceptamos la suposición según la cual puede existir un balance entre libertades civiles y seguridad, entonces la combinación de: (a) discurso gubernamental + (b) heurística + (c) descuido, arroja como resultado una transacción no óptima “que sacrifica indebidamente la libertad en nombre de la seguridad” (p. 280).

Ahora bien, las cosas pueden ser aún peores. Y ello ocurre cuando, para abordar el miedo público, se imponen restricciones en *grupos identificables*. En efecto, cuando las restricciones, al interior de una sociedad, son generales (es decir, se aplican a todos o a la mayoría de las personas)⁴ es probable que su control político sea mayor y, por ende, que dichas medidas deban sustentarse en razones más o menos plausibles. En cambio, en las restricciones impuestas a un grupo identificable “el control político está ausente” (p. 281), lo cual aumenta las posibilidades de adopción de intromisiones indebidas sobre aquel conjunto de personas. En otras palabras, cuando las cargas injustificadas son selectivas (porque recaen en un grupo específico de gente) “permitirse tener miedo es gratis” (p. 282) para los no afectados por tales medidas.

Lo anterior se relaciona estrechamente con el papel que pueden desempeñar los tribunales de justicia a la hora de proteger las libertades civiles. Nótese que Sunstein exhibe cierta desconfianza en el efecto práctico de una intervención judicial enérgica en defensa de aquellas. De hecho,

³ El encierro de japoneses-estadounidenses durante la Segunda Guerra Mundial, así como las restricciones en las libertades públicas generadas por la histeria anticomunista durante la Guerra Fría son algunos de los casos, mencionados en el texto, que la antecedieron.

⁴ Sunstein coloca como ejemplo “un aumento general de los procedimientos de seguridad en los aeropuertos” (p. 281).

entre otras afirmaciones, señala que “los tribunales muchas veces carecen de información para saber si se justifican las intromisiones en las libertades civiles y cuándo” (p. 278); “no están [...] en una buena posición para saber si las restricciones a la libertad civil son defendibles” (p. 285). ¿Qué hacer, entonces?

El libro nos propone que los tribunales *deben* intervenir para examinar actuaciones del poder público con la finalidad de proteger las libertades civiles. Sin embargo, para hacerlo de una manera adecuada deben considerar los siguientes tres puntos interdependientes: (i) exigir que la actuación gubernamental o estatal esté autorizada previamente por el Poder Legislativo; (ii) analizar con especial celo la legitimidad de medidas selectivas contra grupos identificables; (iii) “evitar la ponderación ad hoc del conflicto entre la libertad y la seguridad” (p. 301) y producir reglas a partir de la interpretación de la Constitución.

Ahora bien, el desarrollo de los requisitos que tornan idónea la actuación de los tribunales parece conectar, esta parte de la obra, con la importancia de la democracia deliberativa. Sin embargo, creo que una lectura más atenta de ella nos permite avanzar unos pasos más y controvertir la segunda proposición que mapea la obra de Sunstein. Según esta, recordemos, las democracias que funcionan razonablemente procurarían *los acuerdos teorizados en forma incompleta*, lo que inhibe el conflicto y la divergencia sobre las “cuestiones fundamentales” (libertad, igualdad, Dios, justicia, etc.).

¿Dónde se halla la controversia? Pienso, por ejemplo, en la exigencia (que plantea nuestro autor) de justificar restricciones en función de que ellas sean iguales para todos, y no selectivas o dirigidas a grupos identificables. Mi pregunta es: ¿puede la mera deliberación y la existencia de un “acuerdo de tipo incompleto” sustentar, al interior de una sociedad, una exigencia como esa? ¿O, en cambio, para poder hacerlo, se requiere adherir a un conjunto de valores (parafraseando de manera inversa a Sunstein: un “acuerdo completo”) respecto de la dignidad humana, y la igualdad, consideración y respeto que aquella supone?

En fin, más allá de las diversas interpretaciones que admite (y acuerdos y desacuerdos que suscita), el texto aporta elementos que, sin duda, enriquecen la reflexión y el análisis sobre legislación; regulaciones; políticas públicas, etc. en diferentes áreas. En dicho encuadre, me interesa cerrar estas líneas con *el descuido de la probabilidad*, a propósito de su impacto en la producción legislativa al interior de una sociedad⁵ y su relación con la disponibilidad. Pienso en un par de ejemplos recientes en

⁵ Uno de los aspectos singulares del descuido de la probabilidad es la versatilidad de su uso: para nuestro autor, pueden esgrimirlo no solo las personas corrientes, sino también (y con diversos propósitos) el Estado; los grupos de interés altruistas así como los orientados a su interés propio; las grandes corporaciones privadas; las organizaciones terroristas; etc.

nuestro país que, unidos por el (más o menos explícitamente) declarado propósito común de precaver peligros, ilustran, a primera vista, posturas diferentes sobre probabilidad y disponibilidad.

Me refiero a los siguientes dos proyectos de ley: (a) el que modifica la ley N° 18.290, aumentando las sanciones por manejo en estado de ebriedad, bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, y bajo la influencia del alcohol; y (b) el que fortalece el resguardo del orden público. Ambos nacieron de un mensaje presidencial enviado por el mismo gobierno. El primero, de mayo de 2011, cristalizó en la ley 20.580⁶. El segundo, de septiembre de 2011, fue rechazado recientemente por el Congreso Nacional.

Mi punto, muy básica y brevemente, es que la sola lectura de los respectivos mensajes presidenciales permite contrastar el diferente uso de la probabilidad que subyace en cada caso. Un ejemplo de ello son los datos estadísticos que esgrime el primer proyecto para sustentarse, a diferencia del segundo, que carece de ese respaldo, y que agrava los defectos de una iniciativa fuertemente cuestionada por diversos especialistas, entre otras razones, por criminalizar la protesta social así como su empeño efectista (sanciona penalmente conductas ya tipificadas previamente).

Podemos detectar que, en ambos proyectos, probabilidad y disponibilidad se relacionan de manera distinta. Es razonable suponer que la existencia de la ley 20.580, pese a su singular trayectoria⁷ contribuyó a hacer visible un daño real que afectaba a la sociedad. En cambio, el fallido proyecto de ley de resguardo del orden público⁸ parecía querer tornar *disponible* (a partir de su aprobación) que, asociados de manera irremediable con manifestaciones del descontento social⁹, hallamos inseguridad y delitos.

Según Sunstein, una democracia deliberativa (recordemos la primera proposición que orienta el libro) procurará levantar barreras contra “la alarma pública a corto plazo” (p. 125). Dichas barreras son todavía más necesarias, creo, cuando dicha alarma la promueve un gobierno.

IVÁN SILVA ESPINOSA*

⁶ Publicada en el *Diario Oficial* el 15 de marzo de 2012.

⁷ Pocos meses después de ella se dictó la ley 20.626 para morigerar algunos de sus efectos.

⁸ Proyecto que forma parte de una agenda de penalización íntimamente asociada con la conflictividad social generada en Chile en los últimos tiempos, según el Informe Anual 2012 del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

⁹ Y asociados, por ende, con el ejercicio de los derechos de reunión y de libertad de expresión (pese a que los promotores del proyecto declararan que el objetivo no era penalizar ninguno de aquellos).

* Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile. Magíster en Integración y Cooperación internacional, Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Profesor Asociado de la Universidad Central de Chile, imparte docencia en la Facultad de Ciencias Sociales, sede La Serena. Correo electrónico: ivansilvaespinosa@gmail.com.