

InDret

Plain Meaning v. Law & Economics

Pablo Salvador Coderch

Barcelona, març de 2001

www.indret.com

L'anàlisi econòmica del dret ha sofert la seva primera derrota d'aquesta dècada. No serà la última. InDret la ressenya per a vostès.

En ***Whitman v. American Trucking Assns, Inc. (175 F.3d 1027 and 195 F.3d 4)***, decidit el 27 de febrer de 2001, el Tribunal Suprem Federal dels Estats Units d'Amèrica ha resolt que **l'anàlisi cost benefici no és una regla de defecte d'aplicació universal, sinó que s'ha de tenir en compte per integrar les llacunes d'una regulació determinada quan aquesta així ho estableix (o és raonable suposar que no ho exclou).**

Segons l'**art. 109 b** de la Llei per un Aire Net (*Clean Air Act*), **els estàndards de qualitat de l'aire**, que l'Agència federal per a la Protecció del Medi Ambient (*Environmental Protection Agency, EPA*) ha de fixar per a cada agent contaminant, **hauran de ser els necessaris per protegir la salut pública, comptant amb un marge adequat de seguretat:**

(1) **National primary ambient air quality standards**, prescribed, under subsection (a) shall be ambient air quality standards the attainment and maintenance of which in the judgment of the Administrator, based on such criteria and **allowing an adequate margin of safety, are requisite to protect the public health.** Such primary standards may be revised in the same manner as promulgated.

(2) Any national secondary ambient air quality standard prescribed, under subsection (a) shall specify a level of air quality the attainment and maintenance of which in the judgment of the Administrator, based on such criteria, is requisite to protect the public welfare from any known or anticipated adverse effects associated with the presence of such air pollutant in the ambient air. Such secondary standards may be revised in the same manner as promulgated.

Poc després de què, el juliol de 1997, la EPA revisés els estàndards en matèria de partícules i ozó, American Trucking Associations, Inc. i els Estats de Michigan, Ohio i West Virginia els impugnaren davant el Tribunal Federal d'Apel·lacions pel Districte de Columbia. Aquest acollí alguns dels motius d'impugnació, però rebutjà el que al·legava que l'art. 109 b no prohibia a l'agència governamental encarregada d'establir el seu desenvolupament reglamentari prendre en consideració els costos d'implementació dels estàndards: compta la salut, digué el Tribunal, no els diners. La decisió revalidava la jurisprudència anterior (*Lead Industries Assn., Inc. v. EPA, 647 F.2d 1130, 1148 (CADC 1980)*), però fou recorreguda per ambdues parts davant el Tribunal Suprem Federal.

El plet posà en peu de guerra a l'acadèmia econòmica americana. Encapçalats per Kenneth Arrow, catedràtic de la Universitat de Stanford, premi Nobel i potser el més gran economista de la segona meitat del segle XX, bastants dels seus col·legues dirigiren un preocupat escrit al Tribunal Suprem en defensa de l'ofici (www.aei.brookings.org/publications/related/amici_brief.pdf).

Certament, reconeixien Arrow i els seus col·legues, que no tot pot quantificar-se ni, molt menys, mesurar-se en euros o dòlars. Però del fet què l'economia no resolgui tots els problemes que aclaparen els governants, no es dedueix que no

en solucioni cap ni, molt menys, que hagi d'excloure's la seva aplicació, deixant de pas sense feina a legions senceres d'economistes. Encara que només fos perquè un estudi econòmic permetria escollir la més beneficiosa d'entre varies alternatives igualment raonables des del punt de vista material de què es tracti, ja valdria la pena emprendre l'empresa, ja que, al contrari, el que gastariem de més vestint a un sant podria deixar-ne a un altre mort de fred. A més, afegiren, que prescindir de consideracions econòmiques resta transparència als processos de presa de decisions i desresponsabilitza als encarregats d'adoptar-les. Molt en particular, l'exclusió enfosqueix els problemes associats a solucions maximalistes, de l'estil "objectiu: pol·lució zero", ja que si bé quasi sempre és raonable reduir la pol·lució, fer-la desaparèixer del tot pot resultar costosíssim i, al final, contraproduent: els escassos recursos addicionals precisos per aconseguir aquest objectiu extrem podrien desajustar la bona marxa de l'economia i, amb ella, el mateix principi inspirador de la regulació, que és protegir el medi ambient.

Per a res. Al magistrat Antonin Scalia, ponent de la Sentència, en va tenir prou amb una frase per treure's del mig a l'acadèmia econòmica, una de les més influents i arrogants del món universitari contemporani:

"Si no fos pels cents de pàgines que els recurrents han gastat en al·legats, hom hauria pensat que està prou clar que el text de la llei no permet a l'EPA considerar costos a l'hora d'establir els estàndards".

Scalia, un magistrat conservador i molt intel·ligent, porta molts anys defensant a la lletra de la llei i al seu lleial servidor, el *black letter lawyer*:

"El llenguatge [legal] és absolut. L'EPA ... ha d'identificar la màxima concentració atmosfèrica d'un agent contaminant que la salut pública pot tolerar, reduir aquesta concentració per aconseguir un marge adequat de seguretat i establir l'estàndard a aquest nivell. En cap lloc es mencionen els costos de consecució de l'estàndard com una part del càlcul inicial".

"Segons el *Webster's New International Dictionary* la primera accepció de salut pública és salut de la comunitat". I res, absolutament res en el text legal indica que hi hagi bones raons per apartar-se del sentit ordinari de l'expressió recurrent a segones i terceres accepcions –així, "mitjans i maneres de conservar la salut de la comunitat, com la medicina preventiva, la cura organitzada dels malalts, etc".

El magistrat ponent és, abans que res, un jurista: creu en l'autonomia del dret i en l'autosuficiència dels mètodes tradicionals de la interpretació jurídica per aplicar el dret. La seva posició pot resultar polèmica, però desqualificar-la en termes exclusivament ideològics seria una simplicitat: la idea de Dret depèn de la creença en l'autonomia del dret positiu tant respecte de la política com de les ciències socials. De fet, la major part dels juristes professionals i acadèmics comparteixen la següent creença: resulta possible i viable objectivar moltes regles de conducta importants amb els instruments bàsics del llenguatge ordinari i les tècniques tradicionals de la interpretació del dret.

Els recurrents havien adduït que, a més de la contaminació de l'aire, molts altres factors afecten a la salut pública i que, en particular, el cost econòmic d'implementar un estàndard molt estricte podria causar pèrdues de salut –derivades, per ex., de l'atur i pobresa que sol seguir al tancament d'indústries senceres- suficientment grans com per anul·lar els guanys aconseguits amb l'aire net. L'argument no impressionà al Jutge Scalia:

“Altres articles de la Llei expressament permeten o ordenen tenir en compte els costos econòmics a l'hora d'implementar els estàndards de qualitat de l'aire ... Els recurrents han de demostrar un compromís textual de l'autoritat legislativa que clarament ordeni a l'EPA considerar els costos en establir els estàndards ... i, atès que l'art. 109 (b) 1) és el motor de tot el Títol I de la Llei, aquest compromís ha de ser clar: el Congrés no amaga elefants en una rateta”.

És cert: cap compromís explícit del Legislador amb l'Economia apareix escrit en el text de la Llei. Ara bé per poder prescindir de l'anàlisi cost-benefici ¿n'hi ha prou amb el silenci de la Llei o és a més necessària una exclusió legal expressa de tota consideració econòmica?

No és una pregunta menor: si es respon en el primer sentit, llavors la **regla per defecte (default rule)** és que **l'anàlisi cost benefici només pot dur-se a terme si la llei així ho estableix expressament**. Però, contestada en el segon sentit, **l'anàlisi en qüestió pot dur-se a terme sempre que la llei no ho exclouï o prohibeixi també de forma expressa**. Scalia no va contestar a la pregunta en termes generals –cap bon jutge faria això- però va aclarir tota mena de dubte pel cas concret de la Llei d'Aire Net, que era l'objecte del recurs:

“El factor [econòmic] està, *al mateix temps*, tan indirectament relacionat amb la salut pública i tan ple de potencial per anul·lar les conclusions derivades dels efectes [dels estàndards] sobre la salut, que - amb tota seguretat- el Congrés ho hauria mencionat expressament en els arts. 108 i 109 si hagués volgut que fos efectivament tingut en consideració”.

InDret discrepa del Jutge Scalia: una mala economia o l'absència de tota consideració econòmica resulten més que probablement perjudicials per la salut (**Bad Economics is most probably very unhealthy**). El magistrat Stephen Breyer, antic catedràtic de dret administratiu de Harvard i contrapès intel·lectual de Scalia, redactà un vot particular a l'opinió de la majoria que, en aquesta qüestió, discrepava dels raonaments del seu col·lega Scalia. Tot i que, en aquest cas, compartia el sentit de la seva decisió, discrepava en el terreny dels principis:

“Per un millor abast dels objectius d'una regulació - com, per exemple, assignar recursos per salvar més vides o aconseguir un medi ambient més net- els reguladors sovint han de tenir en compte tots els efectes adversos de la regulació proposada ... Per això crec que, si res indica el contrari, hauríem d'interpretar els silencis o les ambigüetats de les lleis en el sentit que permetin, no en el que prohibeixin aquest tipus de regulació racional.”

En el cas, com diem, Breyer entengué que l'art. 109 de la Llei d'Aire Net no permetia afegir a l'anàlisi de la incidència de la mesura sobre la salut pública un segon filtre d'anàlisi cost-benefici. Però tot i així Breyer - que és un adversari tenaç de les mesures encaminades a assolir un risc zero a tot preu, és a dir, a costa de tot- deixà clar que, en la seva opinió, l'elecció d'estàndards no podia "portar a la indústria al precipici de la ruïna", ni tan sols "provocar la des-industrialització":

"Els termes expressos de la llei no obliguen a eliminar *tot* risc i garanteixen a la agència reguladora la flexibilitat suficient per evitar haver d'establir estàndards de qualitat de l'aire ruïnosa per la indústria". (Subratllat de Breyer).

"La societat preindustrial no era molt saludable, d'aquí que un estàndard que comportés tornar a l'Edat de Pedra no compliria el requisit de protegir la salut pública".

Potser. Però InDret recalca que la posició de Breyer és minoritària. En aquesta notable Sentència, el criteri establert per la majoria del Tribunal és que, a l'hora d'interpretar la llei medi ambiental més important dels Estats Units, **la solució per defecte no és favorable a la intermediació de l'anàlisi econòmica**. Els juristes porten mil·lenis discutint quines són les millors regles de defecte davant els silencis de les lleis - notòriament: si s'han d'aplicar **arguments per analogia o a contrari**. En aquesta ocasió, la decisió de la majoria barra el pas a l'anàlisi cost-benefici, segons el qual no només la salut seria rellevant per fixar els estàndards de què es tracti. Breyer intenta acotar l'abast d'aquesta resolució amb l'apel·lació a un tercer argument, la **reducció a l'absurd**. No ho aconsegueix, però crida l'atenció sobre les velles veritats de què la salut no s'aconsegueix ni es conserva sobre una ruïna, de què fins i tot per gestionar un hospital s'ha de tenir en compte que els recursos humans i materials disponibles mai són il·limitats i, en fer-ho així, mostra que la discrepància és més de grau que de fons.

Per part seva l'Antonin Scalia de *Whitman* és la nèmese de l'anàlisi econòmica del dret, però no refuta la lúgubre ciència: únicament limita l'aplicabilitat dels criteris que resulten de l'anàlisi econòmica i **normativa** del dret -segons la qual el dret **ha** d'entendre's en clau d'eficiència econòmica- no de la **positiva** -que tracta d'explicar i predir la conducta dels éssers humans en la mesura que es relaciona amb la gestió de recursos escassos-. La distinció és important no només perquè el mateix *Whitman* resulta perfectament analitzable en els termes estrictament positius de les conseqüències que la seva aplicació tindrà per la salut pública, sinó a més perquè la Sentència pot ajudar a replantejar les qüestions de fonaments en matèria d'anàlisi cost-benefici, qüestions tan velles com la mateixa Economia del Benestar (v. Matthew D. Adler i Eric Posner, *Rethinking Cost-Benefit Analysis*, University of Chicago Law School, [John M. Olin Program in Law & Economics, Working Paper](#) núm. 72. Revisat el 1999 i publicat en [109 Yale Law Journal](#), Number 2, November 1999).

Més a llarg termini, Scalia hauria contribuït a millorar la qualitat de les lleis, a incrementar la seva precisió com a guies de conducta: la seva legalista Sentència força els polítics a escollir entre definir-se de forma clara i diferenciada cada vegada que es disposin a establir regles legals sobre els mètodes d'anàlisi que puguin o hagin de precedir a la presa de decisions de les agències reguladores encarregades de desenvolupar-les reglamentàriament o a refugiar-se en el terreny de les vaguetats i ambigüetats més absolutes. Obliga així a la classe política a assumir els costos de les

seves pròpies decisions, a clarificar si realment es vol un o altre tipus d'anàlisi o a confessar públicament que la decisió encara no s'ha adoptat i que queda a la discreció de l'agència controlada pels tribunals. I és que, com és ben sabut, una definició legal expressa favorable a l'anàlisi cost benefici pot resultar polèmica, ja que aquesta tècnica ha estat tradicionalment criticada per raons com desconsiderar els efectes dels projectes en persones amb diferents nivells de riquesa i renda o valorar arbitràriament canvis que mai no tenen lloc en cap tipus de mercat. Estant així les coses, el polític professional prefereix quasi naturalment quedar a l'empara de l'anàlisi que altres puguin realitzar de la seva pròpia executòria, especialment si ho fan en termes de cost benefici. El recurs a clàusules generals o a conceptes vàlvula foscos i resistents a tot intent de refutació ("interès general o públic") permet assolir còmodament l'objectiu descrit, però també deixa ben al descobert la renúncia del legislador a clarificar quines pautes ordenaran l'acció concreta de l'agència reguladora. L'anàlisi cost benefici no és un criteri moral, sinó només un mètode d'anàlisi previ a l'adopció de la decisió política, un instrument que incrementa la seva transparència, que permet establir comparacions i prioritats clares (¿quina de les dues regles que aconseguen assolir el mateix objectiu de preservació de la salut resulta preferible, la més cara o la més barata d'aplicar?) i que obliga a qui defensa mètodes alternatius a explicar-ne els avantatges i inconvenients.

La defensa a ultrança de l'**autonomia de la ciència jurídica**, entesa com a **interpretació de la llei**, té avantatges, com acabem de veure. I costos: afirmar que el jurista-jutge no precisa de més instruments analítics –positius i normatius– que els oferts per la interpretació jurídica pot resultar extraordinàriament empobridor pels propis juristes i gens beneficiós pel públic en general. Caldrà posar-se a comptar.