

InDret

**Plain Meaning
v.
Law & Economics**

Pablo Salvador Coderch

Barcelona, marzo 2001

www.indret.com

El análisis económico del derecho ha sufrido su primera derrota de esta década. No será la última. InDret la reseña para ustedes.

En *Whitman v. American Trucking Assns, Inc. (175 F.3d 1027 and 195 F.3d 4)*, decidido el 27 de febrero de 2001, el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América ha resuelto que **el análisis coste beneficio no es ninguna regla de defecto de aplicación universal, sino que hay que tenerlo en cuenta para integrar las lagunas de una regulación determinada cuando ésta lo establece así (o es razonable suponer que no lo excluye).**

Según el **art. 109 b** de la Ley para un Aire Limpio (**Clean Air Act**), **los estándares de calidad del aire**, que la Agencia federal para la Protección del Medio Ambiente (*Environmental Protection Agency, EPA*) ha de fijar para cada agente contaminante, **deberán ser los necesarios para proteger la salud pública, contando con un margen adecuado de seguridad:**

(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.

Poco después de que, en julio de 1997, la EPA revisara los estándares para materia en partículas y ozono, American Trucking Associations, Inc y los estados de Michigan, Ohio y West Virginia los impugnaron ante el Tribunal Federal de Apelaciones para el Distrito de Columbia. Éste acogió algunos de los motivos de impugnación, pero rechazó el que alegaba que el art. 109 b no prohibía a la agencia gubernamental encargada de establecer su desarrollo reglamentario tomar en consideración los costes de implementación de los estándares: cuenta la salud, dijo el Tribunal, no el dinero. La decisión revalidaba la jurisprudencia anterior (*Lead Industries Assn., Inc. v. EPA, 647 F.2d 1130, 1148 (CADC 1980)*), pero fue recurrida por ambas partes ante el Tribunal Supremo Federal.

El pleito puso en pie de guerra a la academia económica americana. Encabezados por Kenneth Arrow, catedrático de la Universidad de Stanford, premio Nobel y acaso el más grande economista de la segunda mitad del siglo XX, bastantes de sus colegas dirigieron un preocupado escrito al Tribunal Supremo en defensa del oficio (www.aei.brookings.org/publications/related/amici_brief.pdf).

Ciertamente, reconocían Arrow y sus colegas, no todo puede cuantificarse ni, mucho menos, medirse en euros o dólares. Pero del hecho de que la economía no resuelva todos los problemas que aturden a los gobernantes, no se deduce que no solucione ninguno ni, mucho menos, que deba excluirse su aplicación, dejando de paso sin trabajo a legiones enteras de economistas. Aunque sólo fuera porque un estudio económico permitiría escoger la más beneficiosa de entre varias alternativas igualmente razonables desde el punto de vista material

de que se trate, ya valdría la pena acometer la empresa, pues, de lo contrario, lo que gastaríamos de más vistiendo a un santo podría dejar a otro muerto de frío. Además, añadieron, prescindir de consideraciones económicas resta transparencia a los procesos de toma de decisiones y desresponsabiliza a los encargados de adoptarlas. Muy en particular, la exclusión oscurece los problemas asociados a soluciones maximalistas, del estilo “objetivo: polución cero”, pues si bien casi siempre es razonable reducir la polución, hacerla desaparecer del todo puede resultar costosísimo y, a la postre, contraproducente: los ingentes recursos adicionales precisos para conseguir ese objetivo extremo podrían desbaratar la buena marcha de la economía y, con ella, el mismo principio inspirador de la regulación, que es proteger el medio ambiente.

En vano. Al magistrado Antonin Scalia, ponente de la Sentencia, le bastó una frase para quitarse de en medio a la academia económica, una de las más influyentes y arrogantes del mundo universitario contemporáneo:

“Si no fuera por los cientos de páginas que los recurrentes han gastado en alegatos, uno habría pensado que está bastante claro que el texto de la ley no permite a la EPA considerar costes a la hora de establecer los estándares”.

Scalia, un magistrado conservador y muy inteligente, lleva muchos años defendiendo a la letra de la ley y a su leal servidor, el *black letter lawyer*:

“El lenguaje [legal] es absoluto. La EPA ... ha de identificar la máxima concentración atmosférica de un agente contaminante que la salud pública puede tolerar, reducir esa concentración para conseguir un margen adecuado de seguridad y establecer el estándar a ese nivel. En ningún sitio se mencionan los costes de consecución del estándar como parte del cálculo inicial”.

“Según el *Webster's New International Dictionary* la primera acepción de salud pública es salud de la comunidad”. Y nada, absolutamente nada en el texto legal indica que haya buenas razones para apartarse del sentido ordinario de la expresión recurriendo a segundas y terceras acepciones –así, “modos y maneras de conservar la salud de la comunidad, como la medicina preventiva, el cuidado organizado de los enfermos, etc”.

El magistrado ponente es, ante todo, un jurista: cree en la autonomía del derecho y en la autosuficiencia de los métodos tradicionales de la interpretación jurídica para aplicar el derecho. Su posición puede resultar polémica, pero descalificarla en términos exclusivamente ideológicos sería una simpleza: la idea de Derecho depende de la creencia en la autonomía del derecho positivo tanto con respecto de la política como de las ciencias sociales. De hecho, la mayor parte de los juristas profesionales y académicos comparten la siguiente creencia: resulta posible y viable objetivar muchas reglas de conducta importantes con los instrumentos básicos del lenguaje ordinario y las técnicas tradicionales de la interpretación del derecho.

Los recurrentes habían aducido que, además de la contaminación del aire, muchos otros factores afectan a la salud pública y que, en particular, el coste económico de implementar un estándar muy estricto podría causar pérdidas de salud –derivadas, por

ej., del paro y pobreza que suele seguir al cierre de industrias enteras- lo bastante grandes como para anular las ganancias conseguidas con el aire limpio. El argumento no impresionó al Juez Scalia:

“Otros artículos de la Ley expresamente permiten u ordenan tener en cuenta los costes económicos a la hora de implementar los estándares de calidad del aire ... Los recurrentes han de demostrar un compromiso textual de la autoridad legislativa que claramente ordene a la EPA considerar los costes al establecer los estándares ... y, dado que el art. 109 (b) 1) es el motor de todo el Título I de la Ley, este compromiso debe ser claro: el Congreso no esconde elefantes en una ratonera”.

Es cierto: ningún compromiso explícito del Legislador con la Economía aparece escrito en el texto de la Ley. Ahora bien para poder prescindir del análisis coste-beneficio ¿basta con el silencio de la Ley o es además precisa una exclusión legal expresa de toda consideración económica?

No es una pregunta menor: si se responde en el primer sentido, entonces la **regla por defecto (default rule)** es que **el análisis coste beneficio sólo puede llevarse a cabo si la ley así lo establece expresamente**. Mas, contestada en el segundo sentido, **el análisis en cuestión puede llevarse a cabo siempre que la ley no lo excluya o prohíba también de forma expresa**. Scalia no contestó a la pregunta en términos generales –ningún buen juez hace eso- pero despejó toda duda para el caso concreto de la Ley de Aire Limpio, que era el objeto del recurso:

“El factor [económico] está, *al mismo tiempo*, tan indirectamente relacionado con la salud pública y tan lleno de potencial para anular las conclusiones derivadas de los efectos [de los estándares] sobre la salud, que -con toda seguridad- el Congreso lo habría mencionado expresamente en los arts. 108 y 109 si hubiera querido que fuera efectivamente tenido en consideración”.

InDret discrepa del Juez Scalia: una mala economía o la ausencia de toda consideración económica resultan más que probablemente perjudiciales para la salud (**Bad Economics is most probably very unhealthy**). El magistrado Stephen Breyer, antiguo catedrático de derecho administrativo de Harvard y contrapeso intelectual de Scalia, redactó un voto particular a la opinión de la mayoría que, en esta cuestión, discrepaba de los razonamientos de su colega Scalia. Aunque, en este caso, compartía el sentido de su decisión, discrepaba en el terreno de los principios:

“Para mejor alcanzar los objetivos de una regulación -como, por ejemplo, asignar recursos para salvar más vidas o conseguir un medio ambiente más limpio- los reguladores a menudo tienen que tener en cuenta todos los efectos adversos de la regulación propuesta ... Por ello creo que, si nada indica lo contrario, deberíamos interpretar los silencios o las ambigüedades de las leyes en el sentido de que permiten, no en el de que prohíben este tipo de regulación racional.”

En el caso, como decimos, Breyer entendió que el art. 109 de la Ley de Aire Limpio no permitía añadir al análisis de la incidencia de la medida sobre la salud pública un

segundo filtro de análisis coste-beneficio. Pero aún y así Breyer -que es un adversario acérrimo de las medidas tendentes a alcanzar un riesgo cero a toda costa, es decir, a costa de todo- dejó claro que, en su opinión, la elección de estándares no podía “llevar a la industria al borde de la ruina”, ni siquiera “provocar la desindustrialización”:

“Los términos expresos de la ley no obligan a eliminar *todo* riesgo y garantizan a la agencia reguladora flexibilidad suficiente para evitar tener que establecer estándares de calidad del aire ruinosos para la industria”. (Subrayado de Breyer).

“La sociedad preindustrial no era muy saludable, de ahí que un estándar que conllevara volver a la Edad de Piedra no cumpliría el requisito de proteger la salud pública”.

Tal vez. Pero InDret recalca que la posición de Breyer es minoritaria. En esta notable Sentencia, el criterio establecido por la mayoría del Tribunal es que, a la hora de interpretar la ley medioambiental más importante de los Estados Unidos, **la solución por defecto no es favorable a la intermediación del análisis económico**. Los juristas llevan milenios discutiendo cuáles son las mejores reglas de defecto ante los silencios de las leyes -notoriamente: si hay que aplicar **argumentos por analogía o a contrario**-. En esta ocasión, la decisión de la mayoría cierra el paso al análisis coste-beneficio, según el cual no sólo la salud sería relevante para fijar los estándares de que se trata. Breyer intenta acotar el alcance de esta resolución con una apelación a un tercer argumento, la **reducción al absurdo**. No lo consigue, pero llama la atención sobre las viejas verdades de que la salud no se consigue ni se conserva sobre una ruina, de que hasta para gestionar un hospital hay que tener en cuenta que los recursos humanos y materiales disponibles nunca son ilimitados y, al hacerlo así, muestra que la discrepancia es más de grado que de fondo.

Por su parte el Antonin Scalia de *Whitman* es la némesis del análisis económico del derecho, pero no refuta la lúgubre ciencia: únicamente limita la aplicabilidad de los criterios que resultan del análisis económico y **normativo** del derecho -según el cual el derecho **debe** entenderse en clave de eficiencia económica- no del **positivo** -que trata de explicar y predecir la conducta de los seres humanos en cuanto se relaciona con la gestión de recursos escasos-. La distinción es importante no sólo porque *Whitman* mismo resulta perfectamente analizable en los términos estrictamente positivos de las consecuencias que su aplicación va a tener para la salud pública, sino además porque la Sentencia puede ayudar a replantear las cuestiones de fundamentos en materia de análisis coste-beneficio, cuestiones tan viejas como la mismísima Economía del Bienestar (v. Matthew D. Adler y Eric Posner, *Rethinking Cost-Benefit Analysis*, University of Chicago Law School, *John M. Olin Program in Law & Economics, Working Paper* nº 72. Revisado en 1999 y publicado en *109 Yale Law Journal*, Number 2, November 1999).

Mas a largo plazo, Scalia habría contribuido a mejorar la calidad de las leyes, a incrementar su precisión como guías de conducta: su legalista Sentencia fuerza los políticos a elegir entre definirse de forma clara y distinta cada vez que vayan a establecer reglas legales sobre los métodos de análisis que pueden o deben preceder a la toma de decisiones de las agencias reguladoras encargadas de desarrollar reglamentariamente aquéllas o a refugiarse en el terreno de las vaguedades y ambigüedades más absolutas. Obliga así a la clase política a asumir los costes de sus

propias decisiones, a clarificar si realmente quiere tal o cual tipo de análisis o a confesar públicamente que la decisión no se ha adoptado todavía y que queda a la discreción de la agencia controlada por los tribunales. Y es que, como es bien sabido, una definición legal expresa favorable al análisis coste beneficio puede resultar polémica, pues esta técnica ha sido tradicionalmente criticada por razones tales como desconsiderar los efectos de los proyectos en personas con distintos niveles de riqueza y renta o valorar arbitrariamente cambios que nunca tienen lugar en mercado alguno. Así las cosas, el político profesional prefiere casi naturalmente quedar al reparo del análisis que otros puedan realizar de su propia ejecutoria, especialmente si lo hacen en términos de coste beneficio. El recurso a cláusulas generales o a conceptos válvula oscuros y resistentes a todo intento de refutación (“interés general o público”) permite alcanzar cómodamente el objetivo descrito, pero también deja bien a las claras la renuncia del legislador a clarificar qué guías ordenarán la acción concreta de la agencia reguladora. El análisis coste beneficio no es un criterio moral, sino sólo un método de análisis previo a la adopción de la decisión política, un instrumento que incrementa su transparencia, que permite establecer comparaciones y prioridades claras (¿cuál de dos reglas que consiguen alcanzar el mismo objetivo de preservación de la salud resulta preferible, la más cara o la más barata de aplicar?) y que obliga a quien defiende métodos alternativos a explicar las ventajas e inconvenientes de cada uno de ellos.

La defensa cerrada de la **autonomía de la ciencia jurídica**, entendida como **interpretación de la ley**, tiene ventajas, como acabamos de ver. Y costes: afirmar que el jurista-juez no precisa de más instrumentos analíticos –positivos y normativos- que los ofrecidos por la interpretación jurídica puede resultar extraordinariamente empobrecedor para los propios juristas y nada beneficioso para el público en general. Habrá que ponerse a contar.