

RAZONAMIENTO ECONÓMICO Y REVISIÓN JUDICIAL*

Stephen Breyer

En esta conferencia, el juez Stephen Breyer, de la Corte Suprema de Estados Unidos, advierte la necesidad y conveniencia de introducir el razonamiento económico en la revisión judicial, y analiza las razones por las que hasta ahora la Corte se ha mostrado reticente a hacerlo. A la luz de tres casos en los cuales el juez Breyer redactó opiniones separadas, se identifican tres objeciones centrales al uso del razonamiento económico en la revisión judicial. La primera dice relación con la necesidad propia del derecho de reglas claras que entreguen certeza. La segunda atañe a la participación de expertos en materias de gran complejidad técnica. La tercera, por último, se relaciona con el carácter conservador del derecho, que desconfía de nuevos enfoques provenientes de otras disciplinas. Aun cuando estas objeciones inhiben el razonamiento económico en las decisiones judiciales, el juez Breyer señala que la incorporación de este razonamiento en las opiniones judiciales disidentes facilitará y promoverá el diálogo entre los expertos en políticas económicas o regulatorias, por una parte, y los abogados y jueces, por la otra.

STEPHEN BREYER. Juez de la Corte Suprema de Estados Unidos.

* *Economic Reasoning and Judicial Review* (AEI-Brookings Joint Center 2003 Distinguished Lecture), por Stephen Breyer (derechos reservados © AEI, Washington D.C., 2004).

Estudios Públicos agradece la colaboración de Pablo Fuenzalida Cifuentes en la preparación de la traducción preliminar y redacción de notas de traducción.

Estudios Públicos, 109 (verano 2008).

Muchas gracias por el Premio AEI-Brookings y por la invitación a dar esta charla. Para mí es un honor recibir este galardón tanto por razones personales como profesionales. El primero en recibirlo fue Fred Kahn, mi héroe intelectual en materia de regulaciones, y el año pasado lo obtuvo mi colega el juez Richard Posner. Brookings lanzó mi carrera académica al publicar *Energy Regulation by the Federal Power Commission*, libro que escribí con Paul MacAvoy en 1972 —no precisamente un best seller. (¡Recomendaba racionalizar la red de transmisión eléctrica nacional!) Y conocí los rudimentos de la regulación en parte por haber participado en los encuentros de AEI y en los seminarios de Brookings en los años setenta.

Allí escuché con frecuencia a economistas que se quejaban porque la regulación tradicional del transporte producía precios altos y no bajos, y perjudicaba al consumidor en vez de beneficiarlo. Y vi a esos economistas —Alfred Kahn, Jim Miller, George Eads, Richard Caves, William Capron, Charles Schultz, Michael Levine, entre otros— iniciar el proceso de reformas regulatorias. Ellos proporcionaron el apoyo intelectual necesario para llevar a cabo la desregulación de las líneas aéreas y del transporte en camiones. Ayudaron a eliminar del debate de las políticas públicas los supuestos ideológicos que favorecían el uso extendido de sistemas regulatorios de “comando y control”, y a centrar la discusión en preguntas relativas a cómo y dónde la regulación podría servir mejor al público. Su trabajo, fundado en la economía y orientado a mejorar prácticas de política pública, condujo a beneficiosos cambios. En parte porque Brookings y AEI han fomentado constantemente este tipo de trabajo a través de los años, hablar hoy sobre políticas públicas informadas por la economía es un lugar común.

Mi conferencia esta tarde se centrará en el “análisis económico del derecho”*, materia que tal vez no sea conmovedora. Ha transcurrido largo tiempo desde que Edmund Burke señalara que “la era de los caballeros ha muerto; aquella de los sofistas y calculadores (a lo mejor se refería a abogados y economistas) se nos ha venido encima; y la gloria de Europa se ha extinguido para siempre”**. Pero en esta época menos gloriosa es impor-

* La expresión en inglés es *law and economics*, que se refiere a lo que en castellano se conoce generalmente como “análisis económico del derecho” y que corresponde a una corriente de pensamiento jurídico desarrollada en Estados Unidos, a la que el autor alude de manera implícita en el párrafo siguiente. (N. del T.)

** La cita original aparece en su obra *Reflections on the Revolution in France* (1790), que puede encontrarse en la selección de escritos políticos de Burke publicada en *Estudios Públicos*, N° 9, 1983, p. 167. (N. del T.)

tante sin embargo, para el bienestar de la gente, que el derecho refleje una mezcla apropiada de consideraciones económicas y administrativas.

No discutiré los estudios eminentemente teóricos —y que ahora están muy en boga— acerca de si la economía ha ejercido, y cómo, una influencia casi global en el derecho. Más bien voy a considerar el viejo y fuera de moda problema práctico de llevar el razonamiento económico a ámbitos legales que sin duda lo requieren, como por ejemplo la libre competencia, la propiedad intelectual y la regulación económica. En estas áreas del derecho estoy entre aquellos que favorecen un mayor uso del razonamiento económico en las decisiones judiciales. La economía no determinará necesariamente el resultado de estos casos, pero si las cortes y los organismos administrativos comprenden bien los aspectos económicos, al menos podrán considerar con más inteligencia cómo inciden en la sensatez de una política pública los ingredientes no económicos.

Debo reconocer que no siempre he logrado persuadir a mis colegas jueces sobre este punto de vista. Y esa triste circunstancia me lleva a la pregunta que debo dirigirles: ¿existen razones generales, relacionadas con el derecho y las instituciones legales, que hayan tendido a inhibir el uso del razonamiento económico en el derecho, al menos en la Corte Suprema? Pienso que sí, y voy a discutir casos que ilustran algunas de ellas —no para reivindicar mi propio punto de vista sino más bien porque la discusión de esos ejemplos individuales puede ayudarnos a entender de mejor modo el papel del razonamiento económico en la configuración del derecho. Primero voy a enumerar los factores pertinentes y luego, para ilustrar tres de ellos, discutiré algunos casos particulares.

I

Hay siete razones generales que explican por qué, en casos que presentan temas económicos, puede resultar difícil persuadir a otros jueces de la Corte Suprema para que consideren razonamientos económicos. Cuatro de ellas dicen relación con los mecanismos propios de la Corte Suprema —la forma en que llevamos a cabo nuestro trabajo. Mi discusión sobre estas cuatro razones será breve, por cuanto conciernen sólo de manera tangencial al razonamiento económico. Ellas crean el telón de fondo institucional contra el cual consideraré otros tres factores menos idiosincrásicos y que atañen más a las políticas públicas.

En primer lugar, a diferencia de lo que ocurre en las cortes superiores europeas, los jueces estadounidenses no se dividen entre ellos la potestad para juzgar. No le pedimos a un juez de la Corte Suprema que se especialice en un caso particular o prepare un informe sobre el mismo para que los

demás dispongan de él. No tratamos de desarrollar diferentes áreas de especialización en el curso del tiempo. Somos generalistas. Reconocemos que algunos de nuestros miembros pueden haber adquirido mayor conocimiento en un campo particular, pero también reconocemos que tal conocimiento puede traer consigo una perspectiva que, como generalistas, podríamos encontrar sesgada. De modo que cualquier deferencia que podamos tener respecto al conocimiento de otros colegas expertos será limitada. Cada uno participa en todos los detalles de cada decisión judicial. Creemos que hemos sido designados para ejercer nuestro propio razonamiento. Y cada uno de nosotros asume en cada caso plena responsabilidad por su decisión. Todo esto significa que la especialización de un juez en un área particular, aun cuando no es por completo irrelevante, rara vez resultará determinante.

En segundo lugar, el tiempo es limitado. En la Corte Suprema consideramos para revisión alrededor de 7.500 casos al año. Admitimos alrededor de ochenta, y cada uno suscita una pregunta jurídica que distintos tribunales inferiores habían repondido anteriormente de manera diferente. La dificultad del caso, la lista de casos que atender y la necesidad de resolver imponen la presión de avanzar rápido. Y esa presión va en contra de que los jueces cambien de opinión después de haber llegado a una conclusión. No somos obstinados, pero reconocemos que si cambiáramos con demasiada frecuencia nuestra forma de pensar, la Corte no terminaría de hacer su trabajo.

En un caso altamente técnico —que entraña, por ejemplo, complejos análisis económicos—, mientras la posición disidente no haya quedado plasmada en un texto escrito, su poder persuasivo, sin embargo, puede ser limitado. Toma tiempo ponerla por escrito. Para el momento en que la postura disidente comienza a circular, una mayoría puede haber arribado a la conclusión contraria. Y, dada la escasez de tiempo mencionada recién, puede ser difícil modificar ese consenso.

En tercer lugar, tratamos de limitar nuestras redacciones separadas —disidencias o concurrencias— a materias que por principio consideramos importantes. Sabemos que la presencia de una sola opinión proporciona al tribunal y al resto de los operadores jurídicos un criterio más claro y, normalmente, ayuda a evitar confusiones en el derecho. Sabemos que ninguna opinión es perfecta y que debemos buscar el acuerdo, incluso cuando no coincidamos en todo. En consecuencia, podemos sumarnos a una opinión que contiene afirmaciones secundarias que no compartimos por completo. Pero ¿cuándo es una materia lo suficientemente importante como para suscitar votos disidentes? Sospecho que un juez que es experto en un área técnica será más proclive que uno no experto a estimar que hay afirmacio-

nes secundarias suficientemente importantes como para provocar un voto disidente. Y ese hecho puede explicar algunas de mis disidencias en casos técnicos que tienen un cariz económico.

En cuarto lugar, los casos en que el derecho entraña consideraciones económicas suelen ser aquellos en que el sistema jurídico ordena que las cortes deriven la decisión a otros órganos gubernamentales. Éstos pueden surgir, por ejemplo, cuando se ha diseñado una política pública basada en la economía. Y las cortes no deben decidir sobre la conveniencia de esa política, sino sobre si ella es tan errónea como para ser calificada de “arbitraria”, “caprichosa” o “abuso de discrecionalidad”. Es particularmente difícil demostrar que la decisión de un organismo administrativo, o del Congreso, sea *así* de equivocada. Y en consecuencia las cortes no se ven tentadas a entrar en razonamientos de carácter económico ni a examinar con detención los razonamientos económicos del organismo, sino simplemente tienden a considerar que el organismo ha hecho esfuerzos razonables por tener en cuenta la economía.

Como señalé antes, esas razones generan el telón de fondo institucional para las otras tres que deseo discutir con mayor detalle. Estas tres razones son especulativas, pero ayudan a explicar de manera más directa por qué el razonamiento económico no ha jugado un rol más importante en el proceso de adjudicación de la Corte. La primera se refiere a la necesidad que tiene el derecho de reglas que puedan ser aplicadas y que brinden certeza. La segunda concierne a la participación de expertos en las cortes de apelaciones. La tercera se refiere a que el derecho desconfía de lo novedoso —motivo por el cual a menudo los nuevos enfoques deben lentamente ser aceptados en otras instituciones antes que una corte los introduzca en el derecho. Tres casos en los que emití opiniones separadas ayudarán a explicar por qué considero que las razones recién mencionadas —y creo que ustedes también lo harán— son dignas de reflexión.

II

El primer caso, *Whitman v. American Trucking Associations*¹, decía relación con la Ley sobre Aire Limpio (Clean Air Act*). Los términos pertinentes de esta ley ordenan a la Agencia de Protección del Medio Ambiente (Environmental Protection Agency, en adelante EPA) a establecer estándares ambientales para el aire, cuyo “logro y mantención [...] son requeridos

¹ 531 U.S. 457 (2001).

* Disponible en <http://www.epa.gov/air/caa/caa.txt>. (N. del T.)

para proteger la salud pública [con] un margen adecuado de seguridad”². La Corte sostuvo que este lenguaje no permitía a la EPA considerar costos económicos. Primero, dichos términos nada dicen sobre costos. Segundo, en otras partes similares de la ley sí se mencionan costos económicos. Tercero, la ausencia de dicha mención en esta parte, sumada a su presencia en otras partes, significa que la intención del Congreso fue dejar afuera los costos económicos. Cuarto, la Corte llegó a una conclusión semejante en otros casos similares, en los que señaló que el Congreso no quería que la EPA considerara costos económicos a menos que hubiera una “obligación expresa [...] y clara” de considerarlos. Quinto, no hay tal “obligación clara” aquí.

Redacté mi voto disidente en el que di razones diferentes para llegar a una conclusión similar³. Desde una perspectiva netamente lingüística, me pareció que la EPA podría estimar que un estándar que impone altos costos pero garantiza poca seguridad agregada, si acaso alguna, no constituye un estándar “necesario para la salud pública [con] un adecuado margen de seguridad”. No obstante, me pareció que la historia de la ley dejaba en claro que el Congreso buscaba forzar a la industria a crear nuevas tecnologías, más baratas y eficientes, para el control de la contaminación. El Congreso pensó, además, que cualquier esfuerzo de la EPA dirigido a comparar costos con beneficios tomaría en general demasiado tiempo. De modo que estuve de acuerdo con el voto de mayoría en cuanto a que la ley en la generalidad de los casos prohíbe tomar en cuenta los costos económicos. Nada en este caso particular justificaba apartarse de esa presunción.

Sin embargo, lo central en mi voto era señalar que la ley no necesariamente prohíbe toda consideración de costos en casos *menos usuales*. El lenguaje utilizado, interpretado a la luz de la historia, es suficientemente flexible como para permitir a la EPA tomar en cuenta los costos, por ejemplo, cuando sea necesario evitar resultados contraproducentes. Un mundo lleno de estándares “necesarios para la salud pública” no es un mundo sin riesgos. Las mejores almohadillas y cascos de fútbol americano no nos protegen de todas las lesiones posibles; y un grado de riesgo que parece irrazonablemente peligroso en el contexto de beber agua limpia podría, sin embargo, perfectamente caer dentro de los “márgenes de seguridad” relativos a las lesiones en el fútbol americano. Por ello, la EPA debe tener potestad para decidir, dentro de ciertos límites, qué cuenta como “suficientemente seguro” o como “necesario para la salud pública”. Debe

² 42 U.S.C. § 7409 (b) (1).

³ 531 U.S. en 490–96 (J. Breyer, voto concurrente).

tener potestad decisoria sobre materias relacionadas, entre ellas, si acaso un estándar anticontaminación produce mayores riesgos para la salud que los que elimina: por ejemplo, al fijar estándares de ozono, la EPA puede dar cuenta de beneficios compensatorios para la salud como la disminución del número de cánceres de piel. Y, en ese caso, la EPA debe tener una potestad similar para determinar si, debido a los costos inusualmente altos y a los beneficios inusualmente pequeños, el estándar propuesto resultará contraproducente —al menos en casos inusuales. A mi juicio, en lo que respecta a considerar costos, la ley no quiere decir “nunca”. Y debido probablemente a mi trabajo anterior en el área de las regulaciones, me pareció importante manifestarlo.

Ahora pueden ver la verdadera diferencia de opinión en este caso. Si la mayoría entiende “nunca”, su interpretación podría generar resultados contraproducentes —resultados que el Congreso podría no haber previsto. Pero mi propia interpretación, “a veces”, invita inmediatamente a la siguiente pregunta: “Bueno, ¿cuándo, entonces?”. El argumento tiene menos que ver con el valor que pueda tener la consideración de costos económicos en casos de contaminación que con el valor que tienen en el derecho las reglas que contienen líneas nítidas.

Con frecuencia el razonamiento económico es difícil de conciliar con reglas que contienen líneas nítidas. La economía a menudo se relaciona con gradaciones, con resultados que fluyen de un poco más o de un poco menos. Pero el derecho, al menos ante la corte de apelaciones final, generalmente procura establecer distinciones claras. El derecho antimonopolios revela esta clase de tensión. Una regla *per se* contraria a la fijación de precios, por ejemplo, no encierra el juicio de que nunca se podría justificar económicamente la fijación de precios. Más bien la regla refleja el juicio de que las justificaciones económicas para la fijación de precios son tan pocas, aparecen de manera tan esporádica y son tan difíciles de probar —mientras una regla clara presenta tantas ventajas para su aplicación—, que no vale la pena realizar el esfuerzo de elaborar una regla legal más compleja, económicamente sofisticada. Es más, las dificultades que podrían afrontar las cortes para aplicar una regla más sofisticada tal vez generen errores que no alcanzarían a compensar los beneficios de la misma.

¿Podría una norma de la Ley de Aire Limpio, *per se* contraria a las consideraciones de costos, justificarse en términos similares? Me pareció que no. Una regla de esa índole tendría algunas veces serios resultados contraproducentes. Creo que el lenguaje y el propósito de la ley permiten una interpretación abierta. En estas circunstancias, el uso de palabras como “ordinariamente” e “inusual” debería bastar como orientación administrativa.

Sin embargo, estoy menos interesado en los méritos de la conclusión particular que en señalar cómo la diferencia entre mi visión y aquella de la mayoría en este caso plantea problemas legales mayores: ¿qué tan seguido se encuentra justificada una línea nítida? ¿Cuándo resultarían factibles las interpretaciones más abiertas, menos definidas? ¿Hasta qué punto podrá el lenguaje de la ley, incluyendo su contexto, proporcionar una respuesta definitiva a una cuestión interpretativa difícil? Éstas son las preguntas que los jueces deben responder en un caso como éste.

Tratando de responderlas, he intentado estimar lo que habría deseado un legislador razonable a la luz de los propósitos básicos de la ley. El grado de “nitidez”, de “determinación” o el alcance de una regla legal establecidos en una opinión deberían por sí mismos reflejar una ponderación judicial de las consideraciones pertinentes —sobre costos y beneficios legales, si se prefiere. Y el Congreso, creo, rara vez intentaría una interpretación legal de líneas nítidas que produjera serios resultados contraproducentes.

Es tanto más fácil decirlo que hacerlo. En general, tiendo a desaprobear líneas jurídicas absolutas. La vida es normalmente demasiado compleja para esas reglas absolutas. Es más, una aproximación a la interpretación más abierta, menos terminante, probablemente resultará más compatible con la incorporación de conocimientos traídos de otras disciplinas al derecho, en particular de disciplinas en las que se razona por la vía de “un poco más, un poco menos”, como es la economía.

III

El segundo caso, *Verizon Communications v. FCC*⁴, decía relación con la fijación tarifaria. La Ley de Telecomunicaciones de 1996 (Telecommunications Act) se propone generar mayor competencia en el servicio de telefonía local obligando a que las empresas locales existentes (típicos monopolios regulados) pongan a disposición de los nuevos entrantes, cuando éstos lo soliciten, “elementos” de sus sistemas locales a “tarifas [...] basadas en [...] los costos”⁵. La ley le otorga a la Comisión Federal de Comunicaciones (Federal Communications Commission, en adelante FCC) potestad para dictar normas que establezcan tales tarifas. Y la FCC ha dictado normas que exigen tarifas especialmente bajas —tarifas que se aproximan al costo hipotético que tendría para una empresa eficientemente perfecta suministrar

⁴ 535 U.S. 467 (2002).

⁵ 47 U.S.C. § 252(d) (1).

ese elemento en el futuro, asumiendo que la empresa hipotética construiría una nueva y eficientemente perfecta red de telecomunicaciones empezando de cero. (Fred Kahn se refiere a este tipo de reglas como “Costo Incremental del Largo Plazo del Elemento Total-Tabla Rasa”, o “ETICLP-EB”*) Si, por ejemplo, un monopolista en telefonía local es propietario de los cables de cobre trenzados que van desde una mesa de conmutación hacia cada hogar, y si la mantención de esos cables cuesta, por decir una cantidad, tres millones de dólares al año, un nuevo entrante puede compartir ese elemento, los cables, pagando precios que no reflejen los tres millones necesarios para la mantención de los cables sino el costo de los métodos de la mejor tecnología que existe para acceder a los hogares, por ejemplo, el costo de apenas treinta centavos de la tecnología inalámbrica.

La cuestión jurídica que se presentaba ante nuestra Corte era si el sistema de la FCC tenía un vínculo racional con el propósito de la ley, consistente en fomentar nueva competencia. Por un voto de siete contra uno la Corte concluyó que el sistema era racional, y por tanto ajustado a derecho. Confieso que yo fui quien emitió ese voto en contra. Disentí porque creo que las reglas tarifarias están en pugna con el objetivo pro competencia de la ley.

Las empresas que cuestionaban las políticas de la FCC argumentaron aproximadamente como sigue: primero, el objetivo específico de la ley es sustituir en el mercado de la telefonía local la competencia por la regulación, donde esa transformación sea económicamente factible.

Segundo, para ayudar a alcanzar este objetivo la ley permite que los nuevos entrantes accedan a ciertos elementos del sistema de los operadores existentes —en particular a aquellos elementos cuya duplicación sería muy costosa y constituiría un malgasto ineficiente para el nuevo entrante. Del mismo modo en que el acceso a un puente ferroviario sobre un río permite ahorrar a un nuevo ferrocarril el malgasto que significa duplicar el puente, el acceso a un par de cables de cobre trenzado que van desde la calle al hogar permitiría ahorrar a la nueva firma el malgasto que implica duplicar esos cables. El punto importante es que el hecho de que dos o más empresas compartan las instalaciones *no* constituye en sí competencia; pero a veces compartir las instalaciones de puntos de estrangulamiento ayudaría a traer competencia en las partes restantes, no compartidas, del servicio. Es esta última forma de competencia la que la ley intenta promover.

* Para ironizar sobre estas reglas de la FCC, J. Breyer cita un juego de palabras que se entiende solamente en inglés, dado que la expresión original dice: “Total Element Long-Run Incremental Cost-Blank Slate” o “TELRIC-BS”, donde BS puede hacer las veces de *Blank Space* o de *Bull Shit*, que podría traducirse, siguiendo dicho juego, como *tontera brutal*. (N. del T.)

Tercero, las reglas sobre precios deben perseguir, en consecuencia, que se compartan las instalaciones cuando el hacerlo despeja un punto de estrangulamiento, y no en otro caso. Esto es, compartir las instalaciones sólo debería promoverse cuando ello resulta mucho más barato, económicamente hablando, que construir nuevas instalaciones que sólo duplicarían las existentes. De lo contrario se desalentarían las inversiones eficientes y la innovación.

Cuarto, las reglas de precios como las de la FCC, que se basan en costos hipotéticos conforme al modelo teórico de empresa eficiente —en lugar de basarse en los costos en que actualmente incurren los operadores existentes—, no fomentarán el tipo correcto de comunidad ni traerán consigo el tipo correcto de competencia. Bajo las reglas de la FCC los costos actuales no afectarán los precios. Por lo tanto, las reglas fomentarán que las nuevas firmas les arrienden a los operadores existentes las instalaciones, ya viejas y menos eficientes, en vez de construir instalaciones nuevas y más eficientes, incluso si la nueva inversión es, lejos, económicamente más eficiente.

En mi ejemplo, los cables de cobre *no* deberían compartirse porque es mucho más eficiente construir nuevas conexiones, inalámbricas y baratas, que pagar los tres millones de dólares necesarios para mantener el cableado existente. Pero las normas de la FCC inducirán a las nuevas empresas a arrendar los cables existentes y no a construir sistemas inalámbricos nuevos, ya que pagarían menos por ese arriendo que por la nueva construcción. En efecto, las normas de la FCC incentivarán a las nuevas empresas a arrendar el sistema completo de un operador existente, generando entre ellas una comunidad universal en vez de competencia universal. Al insistir en que un nuevo entrante reciba las ventajas inmediatas de las innovaciones ahorradoras de costos de un operador existente, esas normas desincentivan la innovación y la inversión. Y por razones que no voy a profundizar aquí, creo que puedo demostrar —si las cifras son más realistas— que un operador existente carecería, en primer lugar, de los incentivos económicos necesarios para invertir e innovar. En el fondo, mediante la creación de un precio “compartido” para cada elemento en un sistema existente, que es igual o más bajo que el precio asociado a la creación de una nueva instalación independiente, esas normas tienden a ser un sistema en que la fijación tarifaria *sustituye, no promueve*, la competencia.

A mi juicio, estos argumentos son básicamente correctos⁶. La ley, creo, prevé un enfoque regulatorio parecido al que se utiliza en Europa. Un regulador, al procurar que haya competencia en servicios de voz, datos,

⁶ 535 U.S. en 539-563 (J. Breyer, voto disidente).

texto, fotografía, entretenimiento, o en otros nuevos servicios de telecomunicaciones, tiene potestad para insistir en que un operador existente permita que un nuevo entrante acceda a las instalaciones de puntos de estrangulamiento existentes, digamos, los pares de cables de cobre que van desde el hogar a la mesa de conmutación que son de propiedad del primero. El regulador promoverá la negociación entre las partes, con un ojo puesto en la resolución rápida de cualquier disputa relacionada con los precios. Pero, si es necesario, el mismo regulador fijará precios lo suficientemente bajos para impedir que el operador existente bloquee la entrada, pero lo suficientemente altos para incentivar a la nueva empresa a considerar otros métodos de entrada factibles —precios que el regulador puede determinar haciendo comparaciones que tengan como modelo otros sistemas. Concluí que las reglas de la FCC carecían de una conexión racional con los fines pro competitivos de la legislación.

Ahora permítanme volver a mi pregunta base. ¿Qué hay en el derecho que hace que esta posición sea tan difícil de aceptar? Lo dicho recién puede tornar obvia la respuesta. Se trata de una materia demasiado técnica, y se necesita mucha experiencia para que los jueces puedan sentirse suficientemente seguros como para revocar la decisión contraria adoptada por un organismo administrativo especializado.

Recuerden que el estándar legal que regula la materia delega en la FCC una importante potestad para tomar dichas decisiones, organismo cuyas normas son el objeto de revisión. Aquellos que cuestionan las normas deben demostrar no que ellas son imprudentes sino que se acercan a lo irracional. Recuerden también que cuando en nuestra Corte la materia técnica es compleja y difícil de considerar, la discusión oral será intrincada; un voto disidente tomará considerable tiempo en ser redactado y, para el momento en que se encuentre escrito, cambiar otras formas de pensar será particularmente difícil. Ahora pregúntense ustedes: ¿es dable esperar que alguien que no ha tenido la oportunidad de obtener una vasta experiencia en regulación de las telecomunicaciones (o en formas similares de regulación económica) entienda lo que he estado diciendo estos últimos minutos? ¿Cabría esperar que un panel de jueces no técnicos haga otra cosa que no sea aceptar como racional la decisión del organismo administrativo en un asunto tan complejo? En un caso de este tipo, ¿es posible que un juez que carece de formación técnica (incluso lleno de dudas) califique sin titubeos la decisión que adoptó el experto del organismo como “irracional” y proceda a revocarla —particularmente cuando se trata de un asunto tan reñido que incluso un juez con ese tipo de experiencia titubearía en hacerlo?

Ahora pueden ver el problema. Los jueces han reconocido hace tiempo la dificultad de revisar la sustancia de las decisiones altamente técnicas de los organismos administrativos. El caso *Verizon...*, a mi juicio, ilustra las dificultades de mantener alguna forma de revisión judicial en asuntos altamente técnicos —tales como las telecomunicaciones y las tecnologías de la información— que requieren un razonamiento económico sofisticado.

¿Deberíamos, entonces, abandonar la revisión judicial en casos altamente técnicos o aplicarla en un aspecto superficial? No me parece que debamos hacerlo. Es correcto que la ley prohíba que los organismos administrativos, en nombre de la experticia técnica, escapen a los controles de otros; nuestra propia tradición obliga a los jueces a velar porque las decisiones de los órganos administrativos se mantengan dentro de los límites de lo razonable; y las decisiones de los organismos en áreas altamente técnicas son importantes, y lo serán de manera creciente en la medida en que la tecnología se ha convertido en un elemento cada vez más preponderante de la vida del ciudadano promedio.

Ni tampoco creo que podemos resolver el problema recurriendo a jueces especialistas. La revisión por parte de jueces generalistas aporta a las decisiones técnicas cierto sentido común propio del lego y le proporciona al derecho un necesario grado de coherencia.

Entonces, ¿qué se puede hacer? Quizás las cortes podrían recurrir mejor a peritos en casos de este tipo. En *Verizon...*, nuestra Corte recibió los pareceres de peritos por la vía principalmente de los argumentos expuestos en los informes legales que redactaron los abogados de las partes. Los informes estaban bien escritos, traduciendo hermosamente aspectos técnicos a un lenguaje que los jueces podían entender. Pero los jueces saben que los autores de tales informes son sujetos interesados que diligentemente buscan persuadirlos. No se trata de informes escritos por expertos desinteresados que persiguen única y exclusivamente iluminar a la Corte.

Supongamos que fuese más fácil para las cortes contar con sus propios peritos en esas materias, quizás expertos sugeridos por las partes, con derecho a complementar con sus propias opiniones especializadas las opiniones de cualquier otro experto. ¿Podría un sistema así aumentar la capacidad de las cortes para determinar, por ejemplo, los límites externos de lo que es razonable en asuntos de áreas técnicas? No estoy diciendo que la Corte Suprema debiera contar con sus propios peritos, incluso en casos altamente complejos y técnicos. Pero las cortes inferiores, no sólo los tribunales de primera instancia sino también las cortes de apelaciones, podrían recurrir a ellos ocasionalmente en una gama de casos que entrañan materias científicas y técnicas.

Gran Bretaña ha comenzado recientemente a moverse en esa dirección, al menos con respecto a los juicios⁷. Bajo las Reglas de Procedimiento Civil Británicas, un tribunal de primera instancia puede designar a un experto único cuando las partes desean presentar evidencia pericial sobre un mismo punto⁸. Informes de evaluación del Departamento del Lord Canciller han elogiado que se recurra de manera creciente a un único perito nombrado de común acuerdo, lo que ha creado una cultura menos adversativa y permitido reducir tiempo y costos⁹. Gran Bretaña basó sus experimentos en prácticas que eran usualmente comunes en países de tradición jurídica europea continental, donde un juez puede seleccionar un perito de una lista elaborada por instituciones científicas o técnicas o de una lista de las propias cortes. En Francia, por ejemplo, las cortes mantienen una lista “regional” y otra “nacional” de peritos que reúnen ciertos criterios. La corte designa al perito (generalmente, aunque no en forma exclusiva, de estas listas) y establece los asuntos a ser investigados. Una vez completado el encargo, el perito debe remitir a la corte un informe escrito¹⁰.

Leí con interés un reciente caso francés, *La Ligue Contre Le Racisme Et L'Antisemitisme v. Yahoo!, Inc.*¹¹, en que una corte francesa prohibió a Yahoo.com proporcionar acceso a los usuarios de internet franceses a sitios pro nazis y a un servicio que vendía parafernalia nazi. La pregunta clave concernía a la capacidad real de Yahoo de segregar las solicitudes de búsquedas efectuadas en Francia de aquellas realizadas en otros países. En respuesta, el juez encargó un informe a un panel de expertos, permitiendo a la vez que Yahoo criticara u objetara partes de ese informe. Esto se tradujo en rapidez y coincidencia en muchos de los aspectos técnicos involucrados, aunque no en el resultado.

No puedo decir si el sistema francés, el sistema británico, o algún otro sistema, a nivel de la judicatura de primera instancia, o adaptado para ser usado a nivel de cortes de apelaciones, resolvería nuestros problemas en Estados Unidos. Pero *Verizon...* puede ofrecer un ejemplo de este pro-

⁷ Véase Lord Woolf, *Final Report: Access to Justice*, ch. 13 (July 26, 1996).

⁸ UK Department for Constitutional Affairs, *Civil Procedure Rules* 35.7, 35.8 (2003).

⁹ Véase The Lord Chancellor's Department, *Civil Justice Reform Evaluation, Emerging Findings: An Early Evaluation of the Civil Justice Reforms* (March 2001); The Lord Chancellor's Department, *Civil Justice Reform Evaluation, Further Findings: A Continuing Evaluation of the Civil Justice Reforms* (August 2002).

¹⁰ Ver, por ejemplo, M. Neil Browne *et al.*, “The Perspectival Nature of Expert Testimony in the United States, England, Korea, and France” (2002): 55, 96-100.

¹¹ Corte Suprema de París, mayo 22, 2000, Resolución interna de la Corte N° 00105308 (citada en *Yahoo!, Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme*, 169 F. Supp. 2d 1181 [N.D. Cal. 2001]).

blema —el problema de permitir que las cortes tengan una mejor comprensión de las materias técnicas. Puesto que creo que las materias técnicas —biología, telecomunicaciones, computación —serán cada vez más pertinentes para el derecho, pienso que problemas de este tipo crecerán en importancia. Y la experiencia extranjera sugiere que tal vez sea posible hacer un mejor uso judicial de los peritajes técnicos. Mi posición solitaria en *Verizon* ... puede indicar ese tipo de necesidad.

IV

El tercer caso, *Eldred v. Ashcroft*, se refiere a la ley que extiende por veinte años el período de duración de los derechos de autor tanto en el caso de los derechos de autor existentes como de los futuros¹². Para algunas obras se extiende dicha duración desde cincuenta años hasta setenta años después de la muerte del autor; para otras, desde setenta y cinco hasta noventa años. La pregunta era si la cláusula constitucional sobre derechos de autor otorgaba al Congreso la facultad de establecer esta extensión. Esa cláusula dice que el Congreso tendrá la facultad de “promover el progreso científico”, por ejemplo el saber y el conocimiento, “asegurándoles a los autores por tiempo limitado [...] derechos exclusivos sobre sus respectivas obras”¹³. La Corte afirmó que esos conceptos cubrían la extensión.

Yo disentí porque me pareció que la legislación que extendía el período de duración por veinte años quedaba fuera del ámbito de la cláusula¹⁴. Me parecía que la extensión constituía un esfuerzo injustificado de establecer un plazo virtualmente perpetuo para los derechos de autor y no un plazo limitado. Tal como yo entiendo la cláusula, ésta dispone que la legislación sobre derechos de autor esté al servicio de ciertos fines públicos, no privados, esto es, “promover el progreso” del conocimiento y el saber, entregando incentivos para que los autores creen obras y removiendo las restricciones relacionadas con la difusión de las obras después de un tiempo “limitado”.

Es fácil ver cómo la extensión de veinte años sería utilizada para fines privados. Significaría que miles de millones de dólares de los ingresos de los consumidores de obras ya existentes —por ejemplo, de lectores o de quienes van al cine— serían transferidos a los herederos de los creadores o autores (o a corporaciones vinculadas con ellos) muertos hace mucho tiempo. Pero desde el punto de vista público produciría un daño considerable:

¹² 123 S. Ct. 769 (2003).

¹³ Constitución de los Estados Unidos, art. 1, sec. 8, cl. 8.

¹⁴ 123 S. Ct. en 801-814 (Breyer, J., voto disidente).

bloquearía innecesariamente la difusión de obras que, de otro modo, con un plazo más corto, podrían llegar en breve a ser de dominio público. Por ejemplo, la extensión obligaría a aquellos que deseen usar obras centenarias, generalmente sin valor comercial, a obtener permiso de los actuales poseedores de esos derechos de autor, quienes suelen ser difíciles de encontrar.

Piensen en los profesores que desean que sus alumnos puedan ver los álbumes de fotografías de la época de la Depresión, leer los testimonios de aquellos que vivieron en la esclavitud, o contrastar, por ejemplo, el heroísmo del sargento York en la película en que Gary Cooper hace el papel del sargento, con la realidad filmada en el campo de batalla de Verdun. Piensen en los historiadores, escritores, artistas, operadores de bases de datos, conservadores de películas, investigadores de todo tipo que quisieran, para sus propios fines o para los de otros, acceder al pasado. Obligarlos a obtener el permiso del actual poseedor de los derechos de autor por otros veinte años —comenzando setenta y cinco años después de que la obra fuera creada— equivaldría a menudo a ponerles insuperables obstáculos a sus iniciativas.

No pude encontrar una justificación para la extensión que compensara ese daño. Nadie podría razonablemente concluir que la tradicional justificación de los derechos de autor —otorgar un incentivo a la creación— podría amparar esa extensión. Obras antiguas, como las películas de Mickey Mouse, por definición no necesitan ningún incentivo, porque ellas ya existen. Y cualquier incentivo adicional para crear obras en el futuro es insignificante.

Para comprender por qué esto es así es preciso referirse a los datos incontestables que algunos grupos de interés presentaron a la Corte; y se requiere hacer referencia al análisis económico que otros grupos entregaron (incluyendo economistas que han recibido el Premio Nobel). Ellos dejaron en claro que ningún autor potencial creería razonablemente que él o ella tienen más que una pequeñísima posibilidad de escribir un clásico que sobrevivirá suficiente tiempo como para que realmente importe una extensión de los derechos de propiedad (de veinte años, después de transcurridos setenta y cinco años). En verdad, menos del dos por ciento de todas las obras sujetas a derechos de autor conservan algún valor comercial después de setenta y cinco años. Y cualquier incentivo monetario restante se ve drásticamente disminuido por el hecho de que los derechos de autor pertinentes no se producirán hasta setenta y cinco años o más, cuando los herederos lejanos, o los accionistas de una corporación sucesora, y no ya el autor, los reciban. El uno por ciento de probabilidad de ganar cien dólares anuales por veinte años, comenzando setenta y cinco años después, es menos valioso

que siete centavos hoy en día. ¿Qué potencial Shakespeare, Wharton o Hemingway se motivaría por una suma así? Como sea, ese valor presente agregado no se diferencia significativamente de lo que agrega al valor presente un derecho de autor perpetuo. De hecho, la extensión de veinte años da por resultado una duración de los derechos de autor que produce más del noventa y ocho por ciento del valor de la protección perpetua.

Ni tampoco pude encontrar para la extensión otras justificaciones que tuvieran relación con los derechos de autor. Ella no produjo en el plano internacional una uniformidad significativa, ni tuvo en materia de derechos de autor otros efectos comerciales significativos. Sí se beneficiaron varias editoriales, accionistas y diversas empresas de entretenimiento, incluyendo Walt Disney y AOL Time Warner (actual propietario de los derechos de la melodía del “Cumpleaños feliz” —publicada originalmente en 1893— después de litigar por ellos desde 1935). Pero esta clase de beneficios comerciales privados, a mi entender, no está comprendida en la cláusula sobre derechos de autor. Mi conclusión fue que la extensión de la duración de los derechos de autor era inconstitucional.

Para el objeto de esta conferencia no voy a centrarme en la sustancia de mi conclusión sobre los derechos de autor sino en el hecho de que siete de mis colegas estuvieron en desacuerdo con ella y con los argumentos empíricos y lógicos que proporcioné como fundamento. ¿Por qué fueron poco convincentes mis argumentos?

Por supuesto que la materia era técnica, especializada y compleja, tomó tiempo en redactarse la disidencia, y el derecho obliga a las cortes a tener un enorme respeto por el juicio del Congreso en esta área. Pero creo que también opera aquí un factor distinto y que es más interesante. Éste consiste en la novedad del enfoque que yo acepté, un enfoque que depende mucho de una ponderación económica de costos y beneficios. El enfoque no es por completo novedoso. Encuentra apoyo en la literatura y en el derecho establecido en casos anteriores. Pero, debido a que depende fuertemente de factores económicos y comerciales, se aleja en la forma, y quizás en la sustancia, de la mayoría de las opiniones que se habían dado antes sobre derechos de autor.

El derecho es una institución conservadora. Las cortes deben proteger a quienes se han basado en decisiones jurídicas anteriores y en enfoques previos. Por ende, de ordinario las cortes con debida razón serán renuentes a adoptar un enfoque nuevo respecto de un cuerpo importante del derecho —al menos hasta que el público pertinente, actuando a través de otras instituciones, haya encontrado aceptable el nuevo enfoque. Aquí ese público y esas otras instituciones incluyen al Congreso, la asociación

de derechos de autor, editoriales, autores, colegios, bibliotecas, instituciones de investigación y muchos otros. Una masa crítica dentro de ese público no ha adoptado el enfoque que mi opinión disidente refleja —no aún, al menos.

Con esto no quiero decir que las cortes, al aplicar o desarrollar el derecho de propiedad intelectual o cualquier otra rama del derecho, sigan a pie juntillas a la opinión pública. Pero sí quiero señalar que la configuración del derecho en Estados Unidos es un proceso altamente democrático. Con mucha más frecuencia las leyes nuevas emergen “como burbujas” desde abajo y no por imposición de una corte o de un legislador. Muchas veces el proceso legislativo se parece a una suerte de conversación entre muchos grupos interesados, incluyendo expertos, especialistas, empresas comerciales, sindicatos, distintos grupos de interés y simples ciudadanos. Esa conversación tiene lugar en revistas especializadas, seminarios, periódicos, audiencias públicas y en los procedimientos jurisdiccionales. La decisión que adopta una institución es tomada como un dato por otra. Puede estar contenida en normas administrativas, leyes e incluso en interpretaciones constitucionales, pero ninguna de ellas es permanente; todas están sujetas al cambio o a evolucionar gradualmente.

Michael Oakeshott, al describir la educación liberal, explicó de mejor manera lo que tengo en mente. “La búsqueda del saber”, decía,

no es una carrera en la que los competidores se disputan el mejor lugar, ni siquiera es un argumento o un simposio; es una conversación.... [C]ada estudio aparece como una voz cuyo tono no es tiránico ni altisonante sino humilde y conversable [...]. Su coherencia no se impone desde arriba sino que brota de la calidad de las voces que hablan, y su valor estriba en los vestigios que deja en la mente de quienes participan en ella¹⁵.

De modo similar, los métodos jurídicos y de análisis se desarrollan y evolucionan mediante un proceso colaborativo. El derecho se renueva continuamente. Apropiándonos de una metáfora del mundo de la navegación, lo renovamos tabla por tabla mientras flota sobre el mar.

Visto de esta forma, un voto disidente sigue cumpliendo una función en el permanente debate de las políticas. Aun cuando no sea parte del derecho, otros podrán encontrar que sus argumentos o enfoques son persuasivos; podrán adaptarlos o adoptarlos para esgrimirlos en diferentes foros; y si existe una aceptación suficientemente amplia, incluso los enfoques judiciales podrían cambiar. Mirado así, la opinión disidente será juzga-

¹⁵ Oakeshott, Michael: *The Voice of Liberal Learning* (1989), pp. 109-110.

da en términos de su fuerza persuasiva, la cual, a pesar de tener a la mayoría en contra, no está irremediablemente perdida. Teniendo presente este largo proceso, puedo albergar la esperanza de que mis solitarias disidencias que invocan razonamientos económicos no estarán tan solas en el futuro.

V

He usado tres opiniones disidentes para ilustrar tres rasgos del derecho, rasgos que son pertinentes a su aplicación de políticas económicas. La primera concierne a la necesidad del derecho de interpretar la legislación con lo que podríamos llamar un enfoque de textura abierta —un enfoque que valora más la consideración de las motivaciones humanas subyacentes que la proliferación de estrictas categorías jurídicas. Las reglas de líneas nítidas, aunque a veces son útiles, no siempre son la alternativa preferible, en particular cuando ese tipo de reglas traen consigo resultados que, conforme a los objetivos básicos de la legislación, demuestran ser contraproducentes.

La segunda dice relación con la necesidad de introducir en las cortes el razonamiento económico en áreas técnicas mediante la utilización de peritos —en vez de enviar a los jueces a seminarios económicos—, y con la necesidad de que dichos peritos entiendan el rol que las consideraciones administrativas, como por ejemplo la necesidad de reglas, juegan en el derecho.

La tercera dice relación con la necesidad, dada la renuencia del derecho a confiar en enfoques novedosos, de que instituciones ajenas a la judicatura debatan y adopten métodos económicos que sirvan como modelos para las cortes.

Estas consideraciones sugieren que aquellos interesados en ayudar a que el derecho refleje políticas económicas sensatas entiendan la necesidad de contar con decisiones y reglas jurídicas que sean administrables. Pero no deben tomar la administrabilidad como si fuera en sí un factor inmutable que automáticamente explica cualquier decisión que adopte la corte. La forma de la regla jurídica, el grado en que ella debiera tratar de ser una “línea nítida”, debe ser materia abierta a la reflexión y el análisis. Y aquellos que se sienten intelectualmente cómodos con conceptos de equilibrio, que ven virtudes en considerar un poco más, un poco menos, podrían perfectamente tener algo que aportar al debate. Espero que Brookings/AEI sigan contribuyendo al proceso de toma de decisiones jurídicas y que no considerarán las decisiones legales como algo dado e inmune al análisis.

Mi punto es que puede ayudar el hecho de que participen en el proceso judicial aquellos que tienen una experiencia básica en la formulación de políticas económicas o regulatorias. Cuanto más alertas y más dispuestos estén ustedes a efectuar una crítica informada de la toma de decisiones judiciales, tanto mejor. Ya sea actuando como expertos en casos individuales, o más generalmente como críticos y observadores de la corte, ustedes pueden fomentar y ayudar a hacer más accesibles las herramientas de análisis a abogados y jueces.

Ese tipo de participación es coherente con mi propia visión del proceso legal —el cual es demasiado importante como para dejarlo simplemente en manos de los especialistas del derecho, de los abogados e incluso de los jueces.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Breyer, Stephen y Paul W. MacAvoy: *Energy Regulation by the Federal Power Commission*. Washington D. C.: Brookings Institute, 1974.
- Browne, M. Neil *et al.*: “The Perspectival Nature of Expert Testimony in the United States, England, Korea, and France”. En *Connecticut Journal of International Law*, 18 (2002): 55, 96-100.
- Clean Air Act. Disponible en <http://www.epa.gov/air/caa/caa.txt>.
- Corte Suprema de París, mayo 22, 2000: Resolución interna de la Corte N° 00105308. (Citada en *Yahoo!, Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme*, 169 F. Supp. 2d 1181 [N.D. Cal. 2001]).
- Oakeshott, Michael: *The Voice of Liberal Learning*. New Haven: Yale University Press, 1989.
- The Lord Chancellor's Department, Civil Justice Reform Evaluation: *Emerging Findings: An Early Evaluation of the Civil Justice Reforms* (March 2001).
- The Lord Chancellor's Department, Civil Justice Reform Evaluation: *Further Findings: A Continuing Evaluation of the Civil Justice Reforms* (August 2002).
- UK Department for Constitutional Affairs: *Civil Procedure Rules* (2003).
- Woolf (Lord): *Final Report: Access to Justice* (July 26, 1996). □