

ENTREVISTA A STEPHEN BREYER, JUEZ DE LA CORTE SUPREMA DE EE. UU.*

Entre el 19 y el 22 de octubre 1999, Stephen Breyer, juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, visitó Chile por invitación del Centro de Estudios Públicos (CEP). La siguiente conversación se realizó el 21 de octubre en el CEP, con la participación de Fernando Atria, Enrique Barros, Harald Beyer, Rodrigo Correa, Arturo Fontaine T., Pablo Ruiz-Tagle, Lucas Sierra y Jorge Streeter. El juez Breyer comparte aquí sus experiencias como estudiante en Oxford y Harvard a principio de los sesenta, su participación en la desregulación del transporte aéreo en los setenta, sus contribuciones académicas en materia de propiedad intelectual y derecho administrativo, y su participación como juez en la formulación de directivas para dictar sentencias penales. La conversación termina con una extensa discusión sobre el papel de los tribunales constitucionales en la protección de los derechos fundamentales.

STEPHEN BREYER. Juez de la Corte Suprema de Estados Unidos. Realizó sus estudios de pregrado en la Universidad de Stanford. Fue Marshall Scholar en la Universidad de Oxford, donde se graduó en el primer lugar de su clase, y con *magna cum laude* en Harvard Law School. Entre 1967 y 1980 fue profesor titular de derecho en la Universidad de Harvard. En 1980 fue nombrado juez de la Corte de Apelaciones del Primer Distrito de Estados Unidos. Entre 1990 y 1994 fue presidente de dicha Corte. Desde 1994 integra la Corte Suprema de Estados Unidos. Es miembro de la Academia Estadounidense de Artes y Ciencias. Ha publicado numerosos artículos en revistas especializadas sobre temas de derecho administrativo y regulación económica. Entre sus libros destacan *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation* (Harvard University Press, 1993); *Regulation and its Reform* (Harvard University Press, 1982); *Administrative Law and Regulatory Policy* (Little, Brown, 3ra. ed., 1992) (con Richard Stewart).

* Traducción al castellano, edición y notas de Joke Klein Kranenberg y Rodrigo P. Correa G.

—**C**omencemos con su época de estudiante. Usted hizo su bachillerato en Stanford University, ¿no es así?

—Crecí en San Francisco, fui a Lowell High School, el mismo colegio al que había ido mi padre. Después ingresé a la Universidad de Stanford, a la que también había asistido mi padre, y estudié filosofía y un poco de economía. Terminé el bachillerato con mención en filosofía. En Stanford fui alumno de un filósofo que después llegó a ser muy conocido, Donald Davidson. Luego fui a Oxford, Inglaterra, para continuar mis estudios en filosofía. Allí seguí el programa de Filosofía, Política y Economía.

—En aquel entonces ¿pensaba que se dedicaría después a la filosofía o tenía en mente el derecho?

—El derecho. Mi padre era abogado.

—¿Qué recuerdos tiene de Oxford?

—¡Fue maravilloso! ¿Quién no volvería a eso? Siento que aprendí mucho. La gente ahora critica los años cincuenta y los primeros años sesenta durante los cuales yo crecí, pero quienes vivimos esa época la disfrutamos mucho. Oxford tuvo entonces su período de oro. Jeffrey Warneck y Patrick Gardner eran mis mentores, y solía ir a los seminarios de Strawson e incluso de J. L. Austin, gran filósofo, quien todavía estaba vivo durante mi primer año allá, 1959. Y de economía aprendí mucho con David Worswick. También asistí a las clases de H. L. A. Hart, que después las convirtió en su libro *El Concepto de Derecho*¹. En esa época ya era bastante claro que Hart iba a ser muy importante, porque la gente encontraba muy interesantes sus planteamientos que trataban de combinar el derecho y la filosofía. Después escribió un libro maravilloso, *Causation in the Law*, junto con Honoré².

—¿Tiene recuerdos de Isaiah Berlin?

—Sí, fui a algunas de sus clases. Recuerdo su lección sobre Maquiavelo, cuando dijo que Maquiavelo resultaba tan chocante en su tiempo porque la gente pensaba que mientras más gente hiciera cosas buenas, mejor sería para el país. Pero Maquiavelo no pensaba que fuese así. Si algunas personas se portan mal, podría ser mejor para el país que algunas otras se portaran mal. Bueno, ésa es una idea básica de la economía, se llama la teoría del segundo mejor, pero no sabíamos que Maquiavelo era responsable de ella. Eran clases estupendas.

¹ H. L. A. Hart, *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963). El "Post scriptum" de Hart, publicado póstumamente en la segunda edición del 1994, fue traducido al castellano y publicado en *Estudios Públicos* N° 65 (1997).

² H. L. A. Hart y A. M. Honoré, *Causation in the Law* (Oxford, Nueva York: Clarendon Press, 1959, 2ª ed. 1985).

—*Después usted fue a la Universidad de Harvard, ¿qué corrientes predominaban entonces en Harvard?*

—Entre 1961 y 1964 fui a la Escuela de Derecho de Harvard, porque el derecho en Estados Unidos es una carrera de postgrado. Harvard estaba muy influido en esa época por las ideas de tres importantes filósofos del derecho: Henry Hart —ninguna relación con H. L. A. Hart, pero seguramente de igual o mayor importancia para el sistema del derecho norteamericano—, Lon Fuller y Albert Sachs. Este último escribió poco pero desarrolló muchas ideas de los otros dos y creó una teoría funcional y teleológica del derecho. Una teoría del derecho muy poderosa, que antecedió a los Estudios Jurídicos Críticos³ y que estructuró sistemas de pensamiento jurídico que permitirían a abogados y jueces trabajar con el derecho como un instrumento humano —en contraste con lo que ofrece el Realismo Jurídico, el cual, aunque pienso que tiene alguna validez, no nos ayuda mucho a decidir qué forma dar al derecho ni cómo solucionar los problemas⁴.

—*¿Qué pasaba en esa época con la regulación administrativa en Estados Unidos?*

—Desde un punto de vista filosófico, la regulación de la industria norteamericana en los años sesenta probablemente reflejaba el pensamiento de los años treinta, del New Deal⁵. El objetivo político del New Deal fue preservar la economía y la estructura democrática estadounidenses. En sus orígenes, aunque hubo voces discrepantes, el New Deal descansó en gran medida en intervenciones estatales y, en general, fue hostil a la competencia. Por ejemplo, se quiso crear por medio de la Ley de Recuperación Nacional de la Industria un sistema de precios y restricciones de la competencia, lo que era visto, desde la perspectiva macroeconómica, como una manera de aumentar los precios para así estimular la recuperación económica. Por consiguiente, el poder regulatorio y las regulaciones se expan-

³ *Critical Legal Studies* (CLS) es un movimiento norteamericano de teoría del derecho, iniciado en los años setenta por Roberto Unger y Duncan Kennedy (ambos, profesores de Harvard), entre otros. CLS pretende mostrar que el liberalismo, al que considera la ideología dominante del derecho, está fundado en profundas contradicciones. Para una síntesis del movimiento véase Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* (Londres: Harvard University Press, 1987).

⁴ *Legal Realism* fue el acercamiento dominante al derecho en los años veinte y treinta en Estados Unidos: progresista, funcionalista y crítico del legalismo y formalismo del siglo diecinueve. Su gran inspirador fue el juez O. W. Holmes, y sus protagonistas fueron, entre otros, Karl Llewellyn, Jerome Frank y Felix Cohen.

⁵ Se conoce como *New Deal* la reforma económica del presidente Roosevelt en los años treinta, destinada a rescatar la economía norteamericana de la Gran Depresión. Ideológicamente fue promovida por los partidarios del Realismo Jurídico (*Legal Realism*).

dieron en los años treinta. Los sectores del transporte y comunicaciones, por ejemplo, quedaron fuertemente regulados en esa época.

—¿Cuándo comenzó usted a interesarse por la regulación y cuál era su idea de ella en ese entonces?

—Mi interés por la regulación comenzó cuando, después de terminar un año como asistente en la Corte Suprema, entré a trabajar en la División Antimonopolios del Ministerio de Justicia, con Don Turner, un profesor de Harvard que encabezaba la División. Trabajé con él durante dos años. Él quería introducir rigor y disciplina académica en el funcionamiento práctico de la División y crear reglas. Escribió un libro famoso con el economista Carl Kaysen⁶. Su intención era usar el concepto económico de “competencia viable” como base de la política antimonopolios. Con este objetivo trató de desarrollar directivas y políticas que regularan la fusión de empresas. Como yo era su asistente especial, obviamente influyó mucho en mí. Creo que muchos de sus planteamientos siguen siendo pertinentes. Después volví a Harvard para enseñar derecho antimonopolios, pensando que sería fácil porque no había muchos casos...

—A propósito del derecho antimonopolios, los economistas tienden a considerar que el principio que debe primar en estos casos es el de la eficiencia económica. En Estados Unidos el derecho antimonopolios se basa fundamentalmente en el Sherman Act, el Clayton Act y el Federal Trade Commission Act. Pero el concepto de “anticompetitividad” aparece definido en forma muy vaga en los dos primeros, por lo que las cortes deben entrar a precisarlo en cada caso. ¿Cómo entienden los jueces el concepto de “anticompetitividad”? ¿Cuál es la posición de la Corte Suprema en esta materia?

—El objetivo principal es la eficiencia. Las leyes antimonopolios, aunque su contenido preciso esté siempre en discusión, han sido desarrolladas tanto por economistas jurídicos, lo que quiere decir abogados que recibieron una formación en economía, como por jueces. El mismo Turner, después de abandonar la División Antimonopolios, escribió un tratado con el profesor Areeda, de Harvard, que ya lleva quince tomos⁷. Por cierto, los economistas no resuelven los problemas jurídicos que surgen en el derecho antimonopolios, pero sí informan las soluciones. Eso significa que una persona que busca la interpretación correcta de una ley antimonopolios

⁶ Carl Kaysen y Donald F. Turner, *Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis* (Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1959).

⁷ Phillip Areeda y Donald F. Turner, *Antitrust law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* (Boston: Little, Brown, 1978).

debe entender economía y, a la vez, las características administrativas del derecho.

Por ejemplo, en Estados Unidos existe una regla que prohíbe *per se* la fijación de precios. Pues bien, cada uno de nosotros puede imaginar situaciones en las que, por la imperfección del mercado, resultaría mejor desde un punto de vista económico permitir una fijación temporal de precios. Pero la razón por la cual el sistema no puede ceder ante tales situaciones es que éstas son muy escasas y muy difíciles de probar cuando surgen. Un juez debe considerar el hecho de que todo el mundo trataría de invocar esas imperfecciones para justificar cualquier fijación de precios. Desde un punto de vista administrativo, entonces, no vale la pena permitir su defensa. Quien se ocupe del derecho antimonopolios debe aprender a usar el punto central económico y moderarlo con consideraciones administrativas para que la ley resulte aplicable. Creo que ésa es la posición mayoritaria. Por supuesto, eficiencia económica siempre suena un poco frío, sin embargo el objetivo humano que buscó el senador Sherman con su ley fue una economía más próspera y más justa, de modo que cualquier persona con un producto mejor tenga una oportunidad de ofrecerlo por el precio que quiera cobrar y que el público esté dispuesto a pagar. Lo que los economistas llaman “eficiencia económica” está al servicio de este objetivo. Creo, entonces, que eso es derecho formado e informado por la disciplina económica, pero no dictado por ésta.

—*Existen sin embargo algunos casos muy inquietantes, como por ejemplo la decisión de la Corte Suprema de 1962, en el caso Brown Shoe Company v. U. S.*⁸, *en que la Corte dice que es su deber defender empresas pequeñas, y según yo entiendo eso no ha cambiado.*

—No, incluso en *Brown Shoe* el lenguaje de la Corte siempre estuvo destinado a defender la competencia y no a los competidores. Por supuesto que no existen los casos perfectos, pero en 1962 la situación del derecho de fusión era tal que las cortes se esforzaron por encontrar estándares para interpretar el lenguaje de la Ley Clayton⁹ que, como usted señalaba, es muy amplio y se refiere a la competencia sin explicar lo que es. La Ley Sherman, por otro lado, por “anticompetitividad” entiende cualquier contrato, combinación o conspiración que restrinja el comercio¹⁰. Es tarea de los jueces desarrollar criterios para facilitar la aplicación de la ley. En esta área del derecho, no en todas, pero en ésta en particular, la ley parece tener un objetivo económico industrial.

⁸ *Brown Shoe Company v. U. S.*, 370 U.S. 294 (1962).

⁹ *Clayton Act*, 15 U. S. C. 12 (1914).

¹⁰ *Sherman Act*, 15 U. S. C. 1-7 (1890).

Entonces, teníamos jueces que necesitaban criterios, una ley con un objetivo económico y casos en que la Corte parecía haber perdido el rumbo: en una palabra, la oportunidad ideal para que Turner, Areeda y muchos otros que tenían formación en economía trataran de crear estándares a partir de los elementos básicos de la teoría económica, la realidad de la industria y los precedentes judiciales. Los quince tomos de Areeda y Turner cumplieron esa tarea y el derecho actualmente refleja más o menos lo que ellos escribieron en sus tratados. Uno podría decir, ¡Dios mío, qué sistema es éste! A mí me parece que suena exactamente como un sistema de derecho continental, ¿no?

—*Pasando a otro tópico. En materia de regulación, uno de los temas más conflictivos es la fijación de tarifas para los monopolios naturales. Hay varios mecanismos para ello y, por cierto, en su mayoría son imperfectos. ¿Qué protecciones procesales existen en Estados Unidos durante el proceso de determinación de tarifas y qué posibilidad hay de apelar de la decisión?*

—En Estados Unidos, la administración determina las tarifas. Para ello primero se realiza una audiencia pública en que cualquier parte interesada puede presentar sus pruebas, después se someten a examen los antecedentes presentados en la audiencia. Se trata de un proceso abierto. Posteriormente se determina la tarifa. Una vez que se ha establecido la tarifa, la empresa y también otras personas pueden apelar de la decisión en los tribunales. Claro está, los tribunales no son precisamente expertos en las distintas materias. Por eso, por mucho que se pretenda dar con la tarifa correcta, el sistema es extremadamente tosco. Pero sí se podría decir que la transparencia del proceso y la posibilidad de una apelación jurídica protegen contra errores demasiado gruesos.

Si un juez se da cuenta de que una decisión es tan poco razonable que resulta arbitraria, la calificará como una violación del derecho. Incluso en materias muy técnicas, si una compañía cobra una tarifa tan alta que le rinda ganancias desmesuradas, eso aparecerá ante la corte en un proceso basado en pruebas. Y si el precio es tan bajo que lleve a la compañía a la quiebra, o que haga caer su propiedad desde un millón de dólares hasta cero, eso también quedará de manifiesto. El proceso de revisión judicial, entonces, permite evitar errores graves.

Sin embargo, ha habido dos casos en que no se aplicó este sistema porque el proceso para determinar las tarifas era tan complejo que la administración sintió que simplemente no era capaz de hacerlo. Uno de ellos fue el de las tarifas telefónicas. La Comisión Federal de Comunicaciones, responsable de determinar las tarifas telefónicas, por años había intentado

infructuosamente entender el mercado que debía regular. Los comisionados sostuvieron encuentros privados con su personal y con el personal de la División General de Portadores (*Common Carrier Bureau*), y concluyeron que lo que había que hacer era simplemente negociar. Y así lo hicieron. Como se trataba de un comercio con alta visibilidad, las empresas mantuvieron sus propuestas más o menos dentro de lo razonable. Pero obviamente la determinación de las tarifas no ocurrió según el bonito proceso que acabo de describir.

El segundo ejemplo que se desvió de lo que supuestamente era la norma legal fue el del Consejo Civil Aeronáutico, que también durante mucho tiempo usó un sistema de negociación con la Asociación de Transporte Aéreo para fijar las tarifas. En algún momento, al inicio de los setenta, las organizaciones de consumidores empezaron a interesarse en el tema y apelaron, algo que nunca se había visto antes. La Corte del Distrito de Columbia anuló el sistema por ilegal. El Consejo, por tanto, debió adoptar un sistema abierto al público. Esto llegó a ser tan complicado que se redactaron reglas para establecer las reglas. No obstante, todos los abogados en Washington pensaban que esto era lo mejor que podía haber ocurrido, porque el sistema, de ahora en adelante, sería abierto, justo y transparente.

Posteriormente, sin embargo, justo en la época en que yo trabajaba en el Senado, comenzamos a investigar las tarifas del transporte aéreo, porque aunque el sistema era abierto, justo y transparente, las tarifas habían parado toda competencia: los precios eran sumamente altos y los aviones iban casi vacíos. El pasajero ejecutivo tenía un asiento al lado para su portafolio, pero por supuesto estaba pagando el pasaje completo para éste. Ese proceso abierto y maravilloso había dado lugar a tarifas muchísimo más caras que las necesarias.

—¿Podría decirnos algo más sobre esa investigación de las líneas aéreas y de cómo llegó a participar en ella?

—Bueno, después que comencé a enseñar derecho antimonopolios, y de haber escrito algunas cosas sobre propiedad intelectual, llegó el momento en que debía decidir en qué especializarme y elegí derecho administrativo y regulación económica, porque me interesaba la economía. Entretanto había asistido al profesor Cox, de Harvard, cuando fue nombrado fiscal especial en la investigación de Watergate. Necesitaban a alguien que supiera de derecho antimonopolios, porque, aunque nadie lo recuerda ahora, todo empezó con un escándalo sobre contribuciones de la compañía ITT a la Convención Electoral del Partido Republicano. Entonces, y tal vez por mi participación en esa investigación, cuando el senador Edward Kennedy estaba buscando una persona que colaborara en la organización

de la subcomisión de Prácticas y Procesos Administrativos de la Comisión Jurídica que él encabezaba, me pidió que dejara Harvard por un año o más y le ayudara a dirigir la subcomisión. No podía hacerlo en ese momento por mis compromisos de docencia en la universidad, pero nos reunimos y trabajamos en una lista de asuntos para la subcomisión. Había varias posibilidades, pero tal vez por interés propio yo pensaba, y él estuvo de acuerdo conmigo, que sería interesante para la subcomisión investigar prácticas de regulación económica desde el punto de vista del consumidor, para saber si la regulación económica servía o perjudicaba a los consumidores. Yo tenía la impresión de que muchas veces los consumidores resultaban perjudicados.

Y el Consejo Civil Aeronáutico era un ejemplo maravilloso. El profesor Caves ya había escrito un análisis económico sobre éste¹¹, y Fred Kahn, profesor de economía en Cornell, había escrito a su vez dos tomos espléndidos sobre la economía de las regulaciones, incluyendo también la regulación del transporte aéreo¹²; otros investigadores también habían hecho contribuciones. El movimiento desregulatorio de ese momento, integrado por un número reducido de economistas —entre otros, por Caves, Kahn, Charles Schultz—, lamentaba el hecho de que en gran parte estas regulaciones dañaban precisamente a quienes se suponía que debían proteger. Por otro lado, el profesor Stigler de Chicago había desarrollado la teoría de que no era posible desregular¹³. Eso planteaba una suerte de desafío. El senador Kennedy pensó entonces, quizá en parte estimulado por gente como yo que estaba considerando incorporarse a su equipo, que la desregulación del tráfico aéreo sería un asunto tremendamente interesante, que le permitiría desarrollar a la subcomisión una pericia muy particular, que sería una materia pro consumidores que se transmitiría a otras aéreas de la administración y que cumpliría con el trabajo de la subcomisión, que era preocuparse de la estructura gubernamental y del buen gobierno.

Entonces me invitó a Washington. Como tenía un año sabático, fui y organicé la investigación. Como siempre les digo a los académicos, una comisión del Senado es el instrumento más fabuloso del mundo para obtener información. La gente coopera. Podíamos pedir cualquier tipo de información a la industria, al Consejo de Aeronáutica Civil, a cualquier persona relacionada con las líneas aéreas, y la recibíamos. ¡Una especie de

¹¹ Richard Earl Caves, *AirTransport and Its Regulators: An Industry Study* (Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1962).

¹² Alfred E. Kahn, *The Economics of Regulation: Principles and Institutions* (Cambridge Mass.: MIT Press, 1988).

¹³ George J. Stigler, *The Citizen and the State: Essays on Regulation* (Chicago: University of Chicago Press, 1975).

paraíso para un académico! Uno puede organizarse, pensar en las preguntas claves, preguntar sobre lo que complica, y se recibe una respuesta, ¡simplemente es una maravilla! Lo que además facilitó las cosas fue que el Consejo de Aeronáutica Civil se sentía muy orgulloso de su procedimiento por ser un sistema abierto, y realmente lo era; el único problema era que mantenía los precios a un altísimo nivel. La gente con quien trabajé tenía confianza en nuestra misión y la administración, que era republicana en este tiempo, también. Phillip Areeda, quien había sido mi mentor, era el consejero del presidente Ford en la Casa Blanca. No había una división política sobre el tema, había gente a favor de la desregulación en distintas esferas del gobierno.

Las audiencias públicas fueron capaces de catalizar el interés del público y cumplieron su objetivo. El resultado superó todo lo que nos atrevimos a soñar, porque creo que cuando uno está muy convencido, hace su trabajo bien y muestra que es posible mejorar las cosas de manera que benefician a un gran número de personas, la gente políticamente responsable lo aceptará. Pero es preciso explicarlo, y la prensa nos ayudó a hacerlo. Lo que me dejó muy contento es que no usamos los ejemplos horrorosos que se presentan en situaciones como ésta, como el cuento de los perros que fueron puestos en algún lugar equivocado del avión y que salieron congelados... ¡Eso habría atraído el interés de la prensa! Pero, salvo una que otra vez, no sucumbimos a ese tipo de tentaciones. Las audiencias públicas se concentraron en el punto central: ¿por qué los precios son demasiado altos?

Y así ganamos. Las audiencias fueron estructuradas como si se tratara de un drama que uno debe explicar a la gente. Por ese entonces, yo acababa de leer un libro de Lévi-Strauss, *Lo Crudo y lo Cocido*¹⁴, que explicaba que la mente humana funciona según estructuras análogas a las estructuras musicales. Entonces me dije a mí mismo: así debe ser, como una composición musical, con una introducción, un tema, el desarrollo y una recapitulación. Y esto vale para los artículos académicos, las opiniones de los jueces y las audiencias públicas del Congreso. Porque lo que uno hace es tratar de contar una historia, de explicarle a la gente.

Y la historia empezó el primer día, con un montón de quejas por los precios. Las organizaciones de consumidores se quejaron, el Secretario de Transporte se quejó, la Comisión Federal de Comercio se quejó. Invitamos a Freddy Laker, un señor que quería abrir una línea aérea entre Nueva

¹⁴ Claude Lévi-Strauss, *Lo Crudo y lo Cocido* (México: Fondo de Cultura Económica, 1968).

York y Londres por US\$ 95 ó US\$ 100, un tercio del precio actual. Le preguntamos por qué no lo podía hacer. Contestó que el gobierno no se lo permitía. ¿Por qué? “Bueno”, dijo, “creo que es Panamanía.” ¿Qué es Panamanía? “Haga todo para PanAm.” Todos los funcionarios del gobierno decían que los precios eran demasiado altos. ¿Y por qué? Porque no se permitía competir. Tuvimos un panel de economistas que lo explicó muy bien, pero era demasiado abstracto para una audiencia del Senado. Sin embargo, fue bueno tenerlos. Luego tuvimos a la otra parte, el Consejo de Aeronáutica Civil. Explicó lo que hacía y cómo trataba de ayudar. Después preguntamos si alguien apoyaba al Consejo. Las líneas aéreas lo apoyaban. En ese momento la prensa comenzó a mostrar interés, porque se dio cuenta de que el Consejo, que supuestamente protegía al público en contra de la industria, sólo era apoyado por la industria, mientras que el público parecía estar en contra. Esto configuró el escenario.

Después, durante las próximas dos o tres semanas, entramos exhaustivamente en materia. Un día: fijación de los precios. Teníamos líneas aéreas que sí competían en Texas y California, porque en esos estados no había regulación. Y qué sucedía, ¿debía la gente pagar precios muy altos? Al contrario, South West Airlines cruzaba Texas por US\$ 15 el fin de semana y US\$ 25 durante la semana. Lo mismo en California. Un viaje Boston-Washington valía el triple. Sin embargo la distancia no es el triple, sino la misma. Ni que hubiera menos pasajeros en California, había más. No era que hubiera más retraso en Boston por la nieve, porque en San Francisco había retraso por la niebla. Lo que ocurrió fue que simplemente en California pusieron más asientos en el avión y los precios resultaban más baratos.

A esas alturas el propio senador Kennedy era experto en determinación de tarifas y empezó a interrogar a la persona encargada del Consejo de Aeronáutica Civil. Por cierto, ella no tenía ninguna respuesta inteligible porque administraba un sistema que por definición no iba a funcionar. Las audiencias produjeron una gran cantidad de material. Escribimos un informe larguísimo y, por supuesto, lo mandamos a cada personero de la industria y a cada adversario para que dieran su opinión. Cuando recibimos todas esas opiniones las remitimos al Consejo de Aeronáutica Civil, para que las estudiara todas y para que no tuviera nada de que quejarse. Puede que no les haya gustado el resultado; quizá hayan estado en desacuerdo, pero pudieron ver que era justo. Espero que hayan pensado que era justo.

El informe se hizo conocido y recibió cierto apoyo. Para la elección presidencial, el candidato Jimmy Carter lo notó y lo incluyó en su campaña. Prometió comenzar con la desregulación del transporte. Nombró a

Fred Kahn, el gran experto en estos asuntos. Él introdujo competencia, los precios empezaron a bajar ¡y las ganancias a subir! ¡Ahora a todos les gustó! Entre paréntesis, las ganancias más altas no duraban, porque en una industria competitiva los precios y las ganancias son competitivos; pero así debe ser. En 1978 el Congreso aprobó una nueva ley que contemplaba la desregulación, y como funcionó bastante bien, se procedió después a desregular el transporte en camiones.

Mi contribución se limitó a aumentar la visibilidad de este tipo de problemas y sentí, como también los senadores, que las audiencias públicas del Senado podían ser una buena manera para dar visibilidad a un problema.

—*El profesor Stigler pensaba que la desregulación era imposible, porque el pequeño grupo de gente favorecido por el sistema regulatorio tiene mucho más poder que la gran mayoría de los consumidores afectados por los precios altos. ¿Por qué funcionó entonces?*

—Funcionó, creo yo, porque mi propia experiencia, después de haber trabajado en el Senado y en otras instituciones del gobierno, es que la mayoría de los funcionarios elegidos, si no todos, y seguramente en una medida mucho mayor que lo que la gente generalmente piensa, están interesados en hacer cosas que ayuden al pueblo de su país. Ellos son políticos, lo que significa que están sujetos a un ambiente político. Ése es su trabajo y dentro de esas limitaciones lo cumplen. Pero en general quieren hacer el bien. Si uno viene y les dice: “Mire, con esto usted va a ayudar a la gente, los precios van a bajar”, y les demuestra que es así, lo van a hacer.

Creo en el poder del interés público. La teoría del interés público de ninguna manera explica todas las acciones de la gente en la vida pública, pero sí hace una contribución.

—*¿Lo habrían podido hacer sin la prensa?*

—Lo dudo, porque a través de la prensa la gente entiende lo que está pasando en el mundo. La prensa, como cualquier institución y cualquier persona, tiene sus problemas, pero a fin de cuentas la prensa es la forma de comunicación del pueblo en una democracia.

Sin embargo, sospecho que no obstante nuestro maravilloso esfuerzo por aumentar la visibilidad de este tema, e incluso después de uno o dos artículos en la primera página del *The New York Times* y un artículo ocasional en el *Wall Street Journal*, la mayoría de la gente, el 99,9%, si hubiéramos hecho una encuesta, habría respondido que nunca había oído de este problema. Pero sí las personas que toman las decisiones.

—*Como profesor, usted ha escrito sobre el tema de la propiedad intelectual. Como juez, ¿cuál de sus contribuciones académicas en esta materia considera la más trascendente?*

—La propiedad intelectual en el sistema angloamericano parte de una base diferente que en el sistema continental. En este último existe el derecho moral del autor, que es un derecho personal relacionado con la calidad de la creación. Eso no existe en el sistema angloamericano como un derecho separado. En Estados Unidos, la propiedad intelectual es considerada como un impuesto al lector para estimular la creatividad del autor. Y la idea de estimular la creación es más que nada un concepto económico.

Escribí un artículo sobre este tema que titulé “The Uneasy Case for Copyright” (“El Caso Inquietante a Favor de la Propiedad Intelectual”)¹⁵, una reminiscencia a un artículo famoso titulado “El Caso Inquietante a Favor del Impuesto Progresivo al Ingreso”. Ahí apliqué la teoría de Coase que señala que hay varias maneras de organizar los derechos de propiedad para producir resultados económicamente equivalentes. Mi conclusión fue que Coase, un economista, había iluminado un problema muy práctico y que sus ideas podían ser traducidas a reglas jurídicas operativas. No sólo era iluminador intelectualmente, sino también en la práctica. Y así descubrí que yo podía desempeñar un papel: el de traductor. Podía tratar de traducir esos conceptos económicos a reglas jurídicas que, en términos de sus objetivos, fueran superiores, porque intentarían mejorar la vida de la gente por medio de instituciones jurídicas y gubernamentales. Eso, entonces, es lo que siempre he tratado de hacer. La investigación de las líneas aéreas en la que participé es un buen ejemplo de que un conocimiento mínimo de economía y la capacidad de hablar con los economistas pueden ser traducidos en una nueva estructura jurídica que haga una gran diferencia.

—En su libro *Breaking the Vicious Circle* (Rompiendo el Círculo Vicioso), usted propone una administración centralizada para resolver algunos de los problemas de regulación¹⁶. Parece un sistema judicial en que la política y el mercado se someten a la ciencia.

—En ese libro propongo una forma de análisis que requiere algún conocimiento científico. No es imposible que un jurista llegue a entender algo de ciencia, y para eso no tiene que convertirse en un científico. En las áreas en que la ciencia debe informar a la justicia, uno puede preguntarles a los científicos. Es posible, como yo lo he hecho, hojear una hora cada mañana, antes de ir a la oficina, artículos sobre el riesgo. Uno descubre que los científicos sí escriben en inglés, y muchas veces mejor que los abogados. Y escriben para ser entendidos.

¹⁵ Stephen Breyer, “The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs”, *Harvard Law Review*, 84 (1970).

¹⁶ Stephen Breyer, *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation* (Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1993).

Por supuesto, es muy posible que uno pueda entender mal. Pero si estoy escribiendo algo, puedo enviárselo a un científico para que lo lea. Éste lo va a mirar y me va a ayudar. Alguien podría decir, ¡pero eso es imposible! No lo es.

Como quiera que sea, vamos a tener una institución humana que regule las ciencias. Algo va a pasar en el mundo y es mejor estar presente y hacer todo lo posible para mejorarlo un poco y asegurarnos de que no se deteriore. Lo que intenté hacer en ese libro era proponer un método para que puedan funcionar las áreas complicadas del derecho, aquellas que tratan de regular la manera en que las disciplinas científicas afectan a la gente.

Resulta tal vez sorprendente que, a pesar de mis experiencias con la desregulación, terminé el libro concluyendo que no es posible dejar la regulación de lado. No podemos descartarla, porque es cierto que hay residuos químicos que afectan a la gente, y es cierto que el medio ambiente puede ser dañado y que vale la pena protegerlo. Y es cierto que aquí hay una tarea gubernamental. Mi modelo para esta administración centralizada es el Conseil d'État francés, un consejo que me impresiona mucho. El Conseil d'État es un sistema que hace dos cosas. Primero, ofrece a sus funcionarios experiencia en muchas áreas del gobierno, al hacerlos rotar. Segundo, en algún momento de su carrera les da la oportunidad de supervisar actividades en otras partes de la administración. Se le critica mucho a este sistema por elitista y antidemocrático. Yo traté de argumentar que también lo podríamos considerar como una forma de delegación de autoridad. Ése es un concepto clásico del New Deal. Pensando en nuestra propia administración estadounidense, creo que se beneficiaría mucho con una burocracia de carrera. No es una solución decir: "acabemos con el gobierno federal". Es decir, tendrá que haber administradores. Y esos administradores tendrán que afrontar problemas extremadamente técnicos, como el de los residuos tóxicos, la contaminación del aire y el agua, y las industrias que los causan y que al mismo tiempo son necesarias para la prosperidad. Como eso inevitablemente va a pasar, mejor tratemos de diseñar una administración que tome mejores decisiones. Ésa es mi propuesta.

Creo que sería útil tener una carrera funcionaria que empezara en lo que se llama la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios, que es una institución central que ofrece análisis de políticas, y que luego siguiera en los departamentos que se preocupan de la regulación sustantiva de riesgos: el Departamento de Alimentación y Medicinas, el Departamento de Protección del Medio Ambiente. Luego proseguiría en el Congreso, para que los funcionarios entendieran también el funcionamiento de esta institución, y pudieran terminar tal vez como jueces en la Corte de Apelaciones

en Washington D. C. Así se tendría una carrera seria que no sólo le ayudaría a uno a entender la parte científica, sino también las instituciones y su funcionamiento. Ésa es la idea.

En el libro sugiero que la confianza en las instituciones no sólo surge de la apertura del gobierno, de su respuesta a grupos de intereses locales o a las prioridades destacadas en la prensa, aunque estas actitudes y estas acciones cumplen una función importante. La confianza en las instituciones también descansa en que éstas hagan bien su trabajo. Se trata de una noción socrática de la virtud: que el profesor enseñe bien, que el estudiante aprenda bien, que el juez juzgue bien y que los reguladores de la salud promuevan la salud.

—*Su solución parece muy atractiva, ¿pero qué asegura que esta elite cumplirá sus tareas y no tratará de seguir su propia agenda? No veo en su propuesta un mecanismo para controlarlo.*

—Porque no lo hay. No necesariamente les daría más poderes; sólo estoy tratando de darles más entendimiento. Por ejemplo, es posible introducir mecanismos de mercado en la regulación del medio ambiente a través de impuestos, derechos transables u otros. Esos mecanismos pueden ayudar mucho, pero no todos los problemas podrán resolverse de esta manera. Lo importante es evitar que se cometan errores graves que cualquier persona podría identificar. Deberíamos entonces concentrarnos en esos errores, que son tantos. No es necesario entrar en el área donde la gente está en desacuerdo, o en errores menos graves o más controversiales.

En mi libro uso un ejemplo verídico para ilustrar esto. Ocurrió en New Hampshire, donde había un basurero con residuos tóxicos y la compañía responsable reclamó porque el gobierno le exigía una inversión de nueve millones de dólares para limpiar el sitio. Los propios expertos del gobierno admitían que el lugar ya estaba tan limpio que un niño habría tenido que ingerir pequeñas cantidades de tierra por algo así como 70 días cada año para que lo afectara, pero ni siquiera había niños cerca que pudieran ingerir esa tierra. Nadie iba a construir en ese lugar porque es un pantano, y todo el mundo estaba de acuerdo en que en diez años más el problema ya no existiría porque toda esa contaminación, que venía de la gasolina, ya se habría evaporado. En otras palabras, un derroche total de esos nueve millones.

¿Es posible evitar un derroche así? La gente del Departamento de Protección del Medio Ambiente (EPA), con quien hablé después, estaba de acuerdo en que todo eso era ridículo. Entonces, ¿por qué lo hicieron? Bueno, porque estaban obligados por leyes y reglas. ¿De dónde venían estas leyes y reglas? Venían ante todo del Congreso, que con sus leyes trata de

erradicar de la EPA la función de determinar las prioridades. ¿Y por qué lo hace? Lo hace en respuesta a la demanda del público de que se preocupe del aire limpio y del cáncer. Este público recibe su información principalmente de la prensa y la televisión. El cáncer es un problema real, y a veces los residuos tóxicos también lo son. ¿Por qué el público no tiene confianza en los reguladores? En parte, porque en algunos casos parecen ser extremistas y en otros no actúan. Pero los reguladores actúan según los dictados del Congreso. ¿Por qué no tenemos un sistema mejor? Porque no es tan fácil como parece. Eso, entonces, es lo que yo llamo el círculo vicioso. Para romperlo debemos tratar de mejorar las decisiones que se toman. Creo que si damos más autoridad a la gente que debe tomar las decisiones, si la confrontamos más con otros que conocen la materia y los problemas, y si tratamos de resolver estos problemas antes de que lleguen a la prensa, vamos a tener un sistema algo mejor. No puedo dar garantías, pero sí creo que en el momento en que, por ejemplo, la enfermedad de las vacas locas llega a la prensa, su solución se complica. La gente simplemente no es capaz de distinguir entre un problema minúsculo y un problema más grave, porque para eso hay que ser experto en riesgos.

—Usted da a entender en su libro que la prensa tiene gran parte de la responsabilidad por el carácter vicioso de este círculo.

—Para ilustrar mi argumento usé en el libro el caso de las intervenciones militares. La gente intuitivamente entiende que la decisión de iniciar una guerra es tan importante que requiere una autorización democrática. Sin embargo, cuando empieza la batalla los militares deben tener el poder para tomar las decisiones, dentro de ciertos límites. Es decir, el público no espera ser consultado sobre cada movimiento de cada pelotón. Y señalé en el libro que en el área del medio ambiente lo que el público quiere es seguridad. Consultarlo sobre cada sustancia y cada cantidad es como consultarlo sobre cada movimiento de cada pelotón. El riesgo, por supuesto, es que el resultado sea contrario al objetivo principal que es la seguridad. Lo que intenté explicar en el libro es que el proceso se ha enmarañado tanto, que, en lugar de acercarnos al objetivo básico de hacer del mundo un lugar más seguro y proteger a la población de las sustancias peligrosas, la situación ha empeorado. Isaiah Berlin decía que en un mundo imperfecto tenemos que delegar un poco de autoridad para movernos en la dirección del objetivo que razonablemente queremos como ciudadanos de una democracia, aunque preferiríamos decidir todo por nosotros mismos.

A fin de cuentas, podríamos darle mucho mejor uso al dinero que gastamos. Si parte de lo que gastamos en trasladar unos cuantos barriles de gasolina enterrados en New Hampshire para reenterrarlos en Maine, lo

que a nadie va a beneficiar, la destináramos para controlar el cáncer de mama en mujeres mayores de 55 años, podríamos salvar muchas vidas. Lo trágico, entonces, son las incongruencias y desproporciones generadas por las estructuras institucionales.

No les echo la culpa a los periodistas, porque los diarios no se venden con historias aburridas, ni con la noticia de que los huevos revueltos no son cancerígenos. Pero si se descubriera que son cancerígenos, saldría en primera plana. Cuando se encuentran niveles inusuales de algún tóxico en un punto de la ciudad, sale en la primera página, porque se trata de una sustancia peligrosa. Cuando después se concluye que no existía ningún peligro mayor para la salud que el de morir en un accidente de avión cuando uno está en tierra, entonces será una pequeña noticia en la página 22. Ése es el mundo en que vivimos y que tenemos que aceptar.

—*¿Qué papel les asigna usted a los juicios o demandas por responsabilidad civil para resolver los problemas del medio ambiente?*

—Los juicios por responsabilidad civil no son adecuados para resolver problemas del medio ambiente. Por un lado, como muchas veces son problemas de probabilidades y riesgos, es muy difícil que una persona perjudicada pueda obtener una indemnización. Si sabemos que de cien personas expuestas a un producto diez tienen cáncer, nadie sabe si lo han adquirido de este producto o de otro. Una persona que reclama en la corte debe probar que este producto en particular, con toda probabilidad, causó el cáncer. Hay muy pocos casos en que esto se puede probar, aunque un cierto número de personas sí contrajo cáncer por esa sustancia en particular. Por otro lado, cuando se condena a pagar una indemnización, puede ser por razones emocionales y no científicas¹⁷. Como ambos problemas existen en los juicios por responsabilidad civil, no creo que este instrumento del derecho sea necesario ni suficiente.

Y por esa misma razón seguiremos teniendo regulaciones. Mucha gente cree que los problemas se pueden resolver con sistemas basados en estímulos o incentivos. Pero, una vez más, no pueden ser la respuesta para todo, aunque si se gravan impuestos a las sustancias peligrosas y se usan esos ingresos para financiar la investigación del cáncer, por ejemplo, estaríamos haciendo mucho más para manejar este problema que con un sistema de responsabilidad civil. Es cierto que los economistas nunca podrán determinar el impuesto correcto, sin embargo es mejor imponer algo que no hacerlo. Tener algún impuesto nos pone en una mejor situación que no

¹⁷ En Estados Unidos este problema es más agudo puesto que muchas veces son los jurados los que determinan el monto de la indemnización.

tener ninguno o que tener reglas draconianas que muchas veces son ineficientes o inadecuadas.

—*Dejando de lado por un momento su capacidad de regulador y volviendo a su condición de juez, ¿cuán amplia debería ser la delegación del poder regulatorio a la administración pública para que usted la considerara inconstitucional?*

—La Constitución estadounidense casi no impone restricciones a la delegación del poder regulatorio del legislador a la administración pública en las áreas económicas y sociales. La administración pública puede hacer prácticamente lo que quiera mientras no sea arbitrario, caprichoso o constituya un abuso de poder. Si una regulación es impugnada por ser expropiatoria, la propiedad afectada tendrá que ser muy específica. Los jueces tienden más a verificar la corrección del procedimiento que a investigar la substancia. La tarea de los jueces en estas áreas, entonces, es identificar los casos extremos. La Constitución impide privar de su vida, libertad o propiedad a las personas sin un debido proceso. Aunque es difícil determinar los límites en un mundo en que la economía depende más y más de intervenciones gubernamentales, eso no significa que no los haya.

En términos de política, el problema que planteo existe a lo largo de la historia y en el sistema angloamericano se conoce como la distinción entre derecho y equidad (*law and equity*). Por una parte, hay una tendencia a crear una regla para cada situación. El caso extremo es el código de impuestos con miles de reglas que no dan al administrador ninguna discreción para decidir. Su justificación, en general, es que no queremos dar discreción al administrador porque éste va a usarla injustamente. Es más, favorecerá a algunos grupos en desmedro de otros y es injusto tratar a personas en la misma situación de manera diferente. Por otra parte, sin embargo, se necesita discreción para distinguir los casos que no son iguales para tratarlos de manera diferente. Siempre que hay un sistema muy rígido y demasiado explícito, el derecho tenderá a la equidad, lo que significa delegar discreción a un administrador. En su extremo llega a ser como un cadí bíblico, un sabio que está sentado bajo la higuera y simplemente dice, “haré esto para ti y eso para ti”. No existe allí la ley sino solamente un sentido común de justicia. Ninguno de los dos extremos es factible y por eso los sistemas actuales tratan de encontrar un equilibrio.

Para encontrar el equilibrio correcto es necesario conocer los detalles del área específica del mundo que debe ser regulado. En mi libro concluí que en el área del medio ambiente las leyes son demasiado detalladas. El Congreso no puede decidir cuántos gramos de esto y cuántos de lo otro, es simplemente imposible. Pero en otros sectores, como en la concesión de

licencias telefónicas, posiblemente el criterio del “interés público” es demasiado poco específico para que los administradores puedan distribuir productos que valen millones de dólares. Es cosa de equilibrio y es imposible decir más sin conocer el área específica de regulación.

—¿Cómo asegurarnos de que los jueces tengan suficiente conocimiento para evaluar información estadística y científica?

—Ése es un problema muy grande en Estados Unidos y en otros países, ahora que el contenido del derecho se funda más y más en la ciencia. Años atrás, el juez Learned Hand creía que una solución podría ser un sistema donde dos científicos u otras personas que entendieran ciencia se sentaran al lado del juez. Esto no es del todo inusual en el sistema anglo-americano, porque años atrás solía haber expertos comerciales sentados junto a los jueces en materias comerciales. Pero no es una solución práctica en nuestro sistema judicial. Además, tenemos el problema de los jurados, que tienen gran dificultad para establecer lo que es y lo que no es buena ciencia.

Para manejar este problema la Corte Suprema ha escrito tres opiniones, *Daubert*¹⁸, de 1993, *Joiner*¹⁹, de 1997, y la más reciente que escribí yo, *Kumho Tire*²⁰, de 1999, en que dejamos bastante claro que en casos de derecho civil, porque hasta ahora no hemos visto casos de derecho criminal, el juez debe actuar como portero y evitar que se presenten ante el jurado testimonios que, en opinión del juez, no van a ser útiles. El juez tiene un papel protector. ¿Cómo lo ejecuta? Actualmente la Asociación de Abogados y la Asociación Americana para el Progreso de la Ciencia estudian la posibilidad de entregar a los jueces una lista de peritos en diferentes disciplinas para estimularlos a ejercer su derecho a llamar a sus propios peritos para que les asistan. Recuerdo un caso en Boston en que un juez pidió permiso a las partes para llamar a su propio perito, y llamó a un profesor de la Escuela de Medicina de Harvard que lo ayudó a resolver el caso. No se trata de que siempre haya un perito, sino sólo en situaciones inusualmente complicadas. Al mismo tiempo, el Centro Judicial Federal ha desarrollado cursos y manuales diseñados para ayudar a los jueces a entender su papel en disputas con bases científicas. Creo que ya tienen tres o cuatro volúmenes, y parece que ayudan. Diría, entonces, que es un problema muy complicado. Los tribunales especializados son una especie de solución, pero una solución que tendemos a resistir. Es cierto que tenemos

¹⁸ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*, 509 U. S. 579 (1993).

¹⁹ *General Electric Co. et al. v. Joiner*, 522 U. S. 136 (1997).

²⁰ *Kumho Tire Co. et al. v. Carmichael*, U. S. 97-1709 (1999).

un tribunal para patentes, pero en general nos inclinamos a mantener un sistema de jueces comunes, y a confiar en peritos y testimonios.

—*Un reciente fallo de la Corte Suprema, AT&T v. IOWA Utilities*²¹, se pronunció sobre la regulación de la telefonía local. Como usted escribió una opinión de minoría, ¿nos podría contar qué sucedió en este caso?

—¡Me halaga que haya leído este caso! Sólo muy rara vez llega a la Corte Suprema un caso directo de regulación económica, como en esta ocasión. El caso se remonta a la aprobación por parte del Congreso de una nueva ley que trata de estimular la competencia en el servicio telefónico local. Según la ley, la Comisión Federal de Comunicaciones tenía seis meses, un plazo muy limitado, para redactar reglas que lo regularan todo. No era fácil hacer eso en seis meses, pero la Comisión produjo alrededor de ocho mil páginas de palabras bien elegidas, y las compañías atacaron a la Comisión diciendo que sus reglas eran ilegales. La pregunta que debía responder nuestra Corte era si la Comisión tenía autoridad para establecer los precios de las conexiones locales. La mayoría dijo que sí y yo dije que no, porque me pareció que los antecedentes históricos indicaban que ésta era una materia que correspondía a las compañías locales. En cuanto a si la Comisión había actuado correctamente en su evaluación de qué era y qué no era pro competitivo, estuve de acuerdo en general con la decisión de la mayoría.

La pregunta es si la telefonía local soportará o no la competencia. Opino que la respuesta no es evidente. Quizá en algún momento la tecnología lo permitirá, transmitiendo las señales por aire. Hasta ahora eso no ha sido económicamente viable, pero el Congreso lo quiere estimular.

Desde mi punto de vista, una de las ventajas de escribir de vez en cuando una opinión de minoría es que no llega a ser derecho. Este caso ofreció la oportunidad de explicar por qué pensaba que la Comisión no actuó pro competitivamente y qué requería, en mi opinión, la competencia. También delineé un posible sistema de determinación de precios. Digo que es una ventaja escribir una opinión así, porque esta área es muy complicada y cambia mucho de una región de Estados Unidos a otra. Pero aunque no sea la ley, es una opinión de la Corte y la gente probablemente la va a leer y podrá formarse su propio juicio. Si les parece que tiene sentido para ciertas áreas, pueden seguirla. Si no les parece adecuada, no tienen que seguirla. Mi posición quizá sea demasiado académica para un juez, pero fue un caso poco usual en que podía usar mis años de experiencia académica. Aunque normalmente no lo haría, en este caso me pareció una buena solución.

²¹ *AT & T Corp. v. IOWA Utilities BD*, - U. S. 97-826 (1999).

—*Los jueces en Estados Unidos tienen un perfil mucho más alto que en Chile y otros países con un sistema de derecho continental, y a veces son famosos por una de sus decisiones en particular. ¿Cuál sería la decisión por la cual usted quiere ser recordado?*

—No encuentro que sea buena idea que los jueces lleguen a ser conocidos como personalidades. Creo que en parte nos vestimos de negro para simbolizar la imparcialidad del derecho y el hecho de que nuestras decisiones son creadas por la ley, no por nosotros como individuos. Por supuesto que hay un elemento subjetivo, y en la medida en que una corte toma decisiones constitucionales que son políticamente controversiales—porque una decisión sobre el derecho a morir es inevitablemente controver-sial—, quienes escriben sobre estas decisiones tienden a personalizarlas y a discutir la personalidad del juez, por la simple razón de que el ser humano se interesa más por las personas que por las ideas. Pero aun cuando sea algo inevitable, es malo, es desafortunado y debería ser minimizado.

—*He ejercido la abogacía por algún tiempo y tengo la impresión de que, aun cuando tenemos métodos argumentativos y usamos nuestra experiencia y nuestras tradiciones para resolver problemas jurídicos, en los casos realmente importantes necesitamos algo más que todo eso, porque nos encontramos obligados a elegir entre valores. ¿Qué nos permite trascender la actividad puramente intelectual y llegar a la decisión de que este valor debe prevalecer sobre aquél?*

—Creo que en la gran mayoría de los argumentos legales en que parecen chocar valores constitucionales o morales, no puede en verdad determinarse si las partes realmente están en desacuerdo sobre estos valores, o sobre cómo aplicar estos valores en casos concretos, o sobre los hechos de la causa, o sobre los efectos que tendría una u otra decisión. Cuando analizamos los argumentos políticos y morales que formula la gente, descubrimos que reflejan todos esos tipos de consideraciones e incluso otras. Uno entonces trata de determinar si una persona realmente cree en la importancia de la propiedad privada por sobre el derecho de libre expresión, o si en realidad está en desacuerdo acerca de lo que va a suceder si la sociedad se mueve en una dirección u otra.

Francamente, creo que en el ámbito del derecho constitucional ocurre lo mismo. Supongamos que un policía detiene al señor Smith, porque en la computadora de la comisaría el señor Smith aparece en una lista de gente con órdenes de arresto pendientes. Sin embargo, la lista tiene un error. ¿Es un error tal que el arresto resulta arbitrario (*unreasonable*) y las drogas encontradas en el auto de señor Smith después del arresto deberán

ser excluidas como prueba?²² Es posible que haya diferentes opiniones y en la balanza no sólo están los valores. Lo que también está en la balanza es que una regla que excluyera esas pruebas podría interferir con el uso de listas generadas con computadora. O tal vez evitaría que la comisaría actúe de manera tan descuidada. O tal vez impediría que los estados trabajen con los nuevos recursos de información de internet y desarrollen procedimientos de arresto más justos y eficaces. O tal vez alentaría a poner a los abogados a cargo de las comisarías para que no suceda nada. Tal vez, tal vez, tal vez...

Cualquier tipo de consecuencias podría resultar de una u otra regla. Muchas veces los conflictos en torno a lo que creemos que es un valor, tales como proteger la privacidad de las personas, controlar los excesos de la policía, detener a los criminales o dejar espacio a la policía para organizar su propia comisaría, son producto de diferentes predicciones en materias en que no existe mucha información empírica. Los valores también pueden estar fundados en factores históricos, en cómo leer un documento que fue escrito hace dos siglos para la sociedad de hoy, y mi única sugerencia es: reunir toda la información posible, pensarlo muy bien y tomar en consideración la regla que va a resultar de la decisión que hoy está tomando la corte y cómo va a influir esta regla en el futuro y cómo va a proteger los valores que la Constitución quiere proteger, como la privacidad y una policía eficiente.

—*¿No le parece que una gran diferencia entre el sistema anglo-americano y el sistema continental consiste en que en el primero los jueces no sólo aplican sino también crean derecho, mientras que en el segundo los jueces niegan hacer otra cosa que aplicar la ley?*

—¡Pero yo también negaría que creo derecho! Lo que pasa es que en nuestra sistema resulta más fácil decir que creamos derecho, porque decidimos unos cien casos por año y elegimos estos casos en que la Constitución o las leyes son tan ambiguas que los jueces han llegado a diferentes conclusiones. Pero lo mismo es verdad en un sistema continental. En un sistema continental también hay muchos casos en que los precedentes y las palabras de la ley ponen al juez en la situación en que debe decir: “no sé”, “no estoy seguro”, “eso es muy poco claro”, “podría ir en ambas direcciones”. ¡Y el juez dice que está aplicando la ley! Aun cuando no sepa real-

²² Conforme a la doctrina constitucional conocida como “los frutos del árbol ponzoñoso”, la evidencia obtenida como consecuencia de un arresto arbitrario (*unreasonable*) no puede utilizarse en un juicio por contravenir la Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos. Véase, entre otros, *Silverstone Lumber Co. v. U. S.*, 251 U. S. 385 (1920) y *Wong Sun v. U. S.*, 371 U. S. 471 (1963).

mente cómo aplicarla, debe sin embargo tomar una decisión. Y en esta situación crea derecho, igual que nosotros. Hay casos abiertos, no decididos, y cuyos resultados no están dados por las palabras ni por los precedentes anteriores ni por los otros instrumentos judiciales que tenemos. Entonces, ¿decidirlos es el trabajo del juez! En un sentido el juez crea derecho; en otro sentido, no.

—*Usted participó en la redacción de directivas para dictar sentencias penales. ¿Cuál era el objetivo de esas directivas?*

—Esas directivas trataron de resolver un problema específico en el sistema judicial federal. En Estados Unidos hay 500 jueces federales repartidos en un territorio muy extenso, con 280 millones de personas, y había muchos reclamos de que casos similares eran decididos de manera diferente. Dos personas que asaltaban un banco en circunstancias similares, compareciendo ante diferentes jueces, recibían sentencias muy diferentes. Uno recibía seis meses y el otro seis años. Varios estudios mostraban eso. Tal era el problema que se quiso resolver con las directivas, junto con el hecho de que nadie entendía el sistema antiguo para sentenciar. Si la ley decía que podía aplicarse una sentencia entre seis meses y veinticinco años, y el juez imponía una sentencia de veinte años, el condenado podía salir después de seis años en libertad condicional, si el Consejo de Libertad Condicional así lo decidía. El juez, pensando que el acusado realmente debía quedar adentro por veinte años, lo condenaba a sesenta años, para después verse sorprendido por el Consejo que esta vez sí lo dejaba adentro por sesenta años. El público, por supuesto, no entendía nada.

El objetivo de las directivas era fomentar lo que nosotros llamamos “honestidad de la sentencia”, y mayor uniformidad en las sentencias. De nuevo, esto involucra tensión entre el derecho y la equidad; la necesidad de reglas generales *versus* el caso individual. Las directivas apuntaban en la dirección de reglas generales, correctivas, tratando de mejorar un sistema. Nuestra propuesta era tentativa, como escribí en la introducción de las directivas. Quisimos establecer un sistema abierto a perfeccionarse en el futuro por medio del derecho que puede ejercer la defensa, al igual que la fiscalía, de apelar de la sentencia, para que la Corte de Apelaciones investigara si la sentencia era correcta. Las directivas no exigían una sentencia en particular sino que ofrecían sentencias típicas de las cuales el juez podía apartarse, emitiendo una sentencia más severa o menos severa, aunque siempre con razones. Se suponía que la Corte de Apelaciones iba a revisar las sentencias y que la Comisión de Sentencias juntaría esa enorme cantidad de información empírica y que, usando esa información y estudiando las razones de los jueces para apartarse, el sistema mejoraría.

Bueno, muchas cosas diferentes se opusieron a este objetivo maravilloso, entre otras la tendencia del Congreso a aprobar leyes que establecen sentencias absolutas sin ninguna consideración: cinco años por portar un arma; prisión por toda la vida por la tenencia de medio kilo de drogas, sin importar si la persona es sólo un traficante de drogas o el líder del cartel. En mi opinión, esto es francamente absurdo. Pero no son las directivas, es la ley. Ése fue un obstáculo; también hubo otros. Las directivas tampoco eran perfectas. Su objetivo, sin embargo, era poner en movimiento un sistema que resultara en sentencias más imparciales.

—*Usted trabajó en el pasado en el Congreso. ¿En qué difiere, en su opinión, la argumentación que se hace en el Congreso de la argumentación que se hace en los tribunales, cuando se trata de decidir un caso que tiene importantes consecuencias para el futuro?*

—Son muy diferentes. Los argumentos en el Congreso combinan consideraciones políticas y prácticas. Es necesario saber el contenido que debería tener una política, pero también qué grupos sociales la apoyan y por qué. Ambos factores son relevantes en una decisión política. En términos sustantivos, virtualmente todo puede ser relevante, depende de la materia. Además, uno puede usar la historia, predicciones del futuro, o cualquier otra cosa.

Los argumentos judiciales, en cambio, no se fundan en razones políticas. Éstas entran a veces, pero casi nunca son determinantes de la manera en que lo son en el Congreso. Los argumentos en la Corte Suprema son los clásicos, dependen del lenguaje, la historia, la tradición, los precedentes. También entra la política, por supuesto, porque el derecho tiene como su fundamento una visión de la política que afecta a la gente; ahí entran la intención del legislador, y la estructura administrativa cuando es relevante. Pero estos argumentos son altamente estructurados y pueden presentarse en escritos. La identidad de la persona que los presenta es prácticamente irrelevante, aunque no por completo, porque obviamente si yo sé que un escrito acerca del impacto de una decisión sobre eutanasia viene de trabajadores de hospital, me interesará conocer sus experiencias, pero no sus preferencias políticas. Estas últimas realmente son irrelevantes, la Corte no responde a la política, sólo a los méritos de un argumento. Ése es su trabajo.

—*¿Cómo explica el hecho de que la Corte Suprema norteamericana de hoy es tanto menos activa que la Corte Suprema de los años sesenta, cuando la presidió el juez Warren?*

—Fui asistente por un año en la Corte Warren y mi opinión personal es que esa Corte, en razón de las circunstancias que vivía el país, tenía una misión particular. La misión era eliminar los efectos de la segregación

racial. Y, al hacerlo, se extendieron los derechos civiles en el sur y en el resto del país, en la medida en que más y más protecciones de la Carta de Derechos fueron leídas en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución, para que fueran respetadas no sólo por el gobierno federal sino también por los estados²³.

El problema de la segregación impulsó también muchas decisiones en otras áreas. La gente olvida que la importante decisión sobre la Primera Enmienda y la prensa libre, en *The New York Times v. Sullivan*²⁴, una decisión muy criticada y muy alabada, y hasta el día de hoy muy controvertida, correspondió a un caso racial: en una ciudad sureña el jurado de un tribunal emitió un fallo que prohibía al diario *The New York Times* publicar un anuncio que mostraba cómo intimidaban a los ciudadanos negros los oficiales de la ciudad y trataban de mantener la segregación. Este caso llegó después a la Corte Suprema.

La gran mayoría de las decisiones en ese momento fueron impulsadas por la necesidad general del país de eliminar los efectos raciales de ochenta años de segregación. Hoy no existe una situación similar en términos de estructura legal. Todavía hay muchos conflictos relacionados con las relaciones entre las razas, pero el problema en particular de una estructura legal que tolera y auspicia la segregación ya no existe. Y como hoy no existe, los grandes problemas sociales ya no se ventilan en la Corte Suprema. Es por esa razón que ahora vemos una Corte centrada más bien en los problemas clásicos legales. Las necesidades del país han cambiado. Quienes nombran a los jueces probablemente eligen a personas cuyas perspectivas reflejan lo que el país necesita en ese momento. A veces se equivocan, a veces no.

—*Quisiera volver al tema de la función de la Corte Suprema en Estados Unidos. Hay quienes sostienen que cuando un país tiene un sistema parlamentario como el inglés, de mayoría absoluta, la función de los tribunales adquiere un perfil más bajo. En países con un sistema político que exige contar con grandes consensos para que las leyes sean aprobadas, como es el caso de Estados Unidos y Chile, hay más posibilidades de que los tribunales asuman el rol del parlamento. Por ejemplo, en el caso*

²³ La Carta de Derechos (*Bill of Rights*) fue dictada en 1791 como límite constitucional al gobierno federal. Los gobiernos de los estados no estaban limitados por dicha Carta. Después de la Guerra Civil se aprobaron varias reformas constitucionales. La Decimocuarta Enmienda dispone, entre otras cosas, que los estados no pueden privar a las personas de su vida, libertad o propiedad sin un debido proceso. La Corte Suprema desarrolló a lo largo de los años la doctrina de la incorporación, según la cual la citada cláusula tiene por efecto hacer oponible a los estados los derechos del *Bill of Rights*.

²⁴ *New York Times v. Sullivan*, 376 U. S. 254 (1964).

norteamericano, era muy difícil que el Congreso aprobara leyes antise-gregacionistas debido a las discrepancias entre el sur y el norte. Y la Corte Suprema asumió esa responsabilidad. ¿Qué piensa usted sobre el rol que puede llegar a desempeñar la Corte Suprema en asuntos políticos que las instancias políticas no son capaces de definir? Por último, ¿cree usted que cuando el procedimiento legislativo para enmendar la Constitución es más complejo, los jueces tienden a ejercer un papel más importante en la evolución del derecho constitucional?

—Conozco esa teoría y podría tener algún valor, pero mi contribución no es necesariamente teorizar sobre el papel de la Corte Suprema, sino decidir casos. Además, tengo sólo cinco años de experiencia en la Corte y no recibimos tantos casos por año. Pero es cierto que en Estados Unidos el gobierno está organizado de manera tal que ninguno de los poderes tenga demasiado poder. Si, como ocurre en nuestro país, el poder está tan dividido entre los estados y el gobierno federal, y además entre los tres poderes del Estado, resulta muy difícil hacer cosas. Pagamos entonces un precio, en términos de un punto muerto en las instituciones, a cambio de una mayor garantía de que un pequeño grupo de gente no pueda tener todo el poder. Podría argumentarse, y es plausible, que en un sistema así las cortes devienen más importantes. Es fácil encontrar ejemplos en que los órganos políticos no fueron capaces de resolver un problema —institutos psiquiátricos horribles o cárceles llenas de ratas y con condiciones inhumanas—, y donde finalmente los jueces intervinieron.

Sería interesante estudiar esto en Chile, que es una sociedad muy homogénea y sin mucha inmigración. Nuestro país, fruto de altas tasas históricas de inmigración, es una sociedad pluralista, con muchos grupos raciales, religiosos y étnicos, donde obviamente resulta más difícil vivir juntos. Incluso hoy en Inglaterra hay mucha inmigración, y vemos también un movimiento en pos de darles más autoridad a los tribunales, e incluso hay quienes están a favor de tener una constitución escrita que proteja los derechos.

En Estados Unidos al legislador le resulta más difícil cambiar interpretaciones constitucionales que interpretaciones legales. En el primer caso se necesita una enmienda constitucional, en el segundo caso simplemente se cambia la ley. Pero consideremos la Corte Europea en Luxemburgo, la corte más poderosa de este momento, por lo menos en el papel. Cuando ella decide un caso, casi siempre interpreta tratados. Los tratados son muy extensos y todas esas palabras requieren interpretación. En el Consejo Europeo, cambiar la interpretación judicial de una regulación requiere una mayoría de dos tercios o incluso unanimidad. Para cambiar la

interpretación de un tratado se tendría que celebrar un nuevo tratado, lo que es extremadamente difícil. Las decisiones de la Corte Europea son, entonces, aun más resistentes al cambio, y supongo que eso hace que los jueces deliberen cuidadosamente antes de decidir.

—*En una conferencia suya publicada en Estudios Públicos N° 75, usted argumenta que las decisiones judiciales no son subjetivas en el sentido de que no dependen de los antojos del juez*²⁵. *¿Pero no cree que sí son subjetivas en el sentido de que siempre están en juego consideraciones ideológicas y políticas?*

—Esa conferencia fue una respuesta a lo que yo considero una crítica ingenua que dice: los fallos de la Corte Suprema son siempre políticos. Para mí, una decisión es política cuando toma en cuenta factores como quiénes tienen más popularidad entre los electores, si es más probable que los demócratas ganen, o si el presidente va a ser el señor X o el señor Y. Estos tipos de consideraciones realmente nunca entran en la deliberación de un miembro de nuestra Corte. Si por ideológico usted entiende, por ejemplo, ser marxista, entonces se trata de un sentido distinto de la palabra “político”. En este sentido puede haber algo de cierto en que las decisiones de los jueces son ideológicas. Pero antes de afirmarlo es necesario refinar el análisis.

Estudí proceso legal durante seis meses con los profesores Henry Hart y Albert Sachs. Ellos decían que incluso en áreas abiertas donde realmente es muy difícil decidir, hay estructuras de pensamiento que guían a los jueces. A esas estructuras las llamaban “elaboración razonada”. Lo que querían decir es que, fundados en objetivos humanos, los jueces tratan de trabajar dentro de esas estructuras para llegar a resultados cada vez mejores. Cuando se trata de las leyes, el concepto clave es la “intención del legislador”. La intención legislativa no se descubre mediante una encuesta de opinión, ni escuchando lo que el legislador dijo cuando estaba durmiendo. No podría importar menos si él votó a favor de una ley porque le recordó a su tía Matilda. La estructura de la intención legislativa es un conjunto de entendimientos institucionales que los jueces usan para entender las leyes. Son extensivos e incluyen la historia legislativa. De vez en cuando son mal usados. Pero el hecho de que sean mal usados no significa que no puedan ser bien usados. En derecho constitucional, incluso en casos abiertos, no es tan diferente como uno pensaría. En realidad, hay conceptos que uno puede usar para entender la Constitución, como el de “marco para gobernar”, que yo encuentro útil y capaz de explicar mucho de lo que pasa en

²⁵ Stephen Breyer, “Revisión Judicial: La Perspectiva de un Juez”, *Estudios Públicos*, 75 (1999), pp. 49-66.

esta área. Cuando la Constitución se ve como un marco, comienzan a aparecer limitaciones que no anulan la subjetividad de una decisión, pero que ciertamente la restringen.

—*¿Qué consejo daría a las democracias jóvenes de América Latina y Europa del Este que están considerando crear cortes constitucionales? ¿Cuáles son los factores más importantes para que sus nuevas cortes puedan funcionar?*

—Ese artículo fue escrito justamente para ese público, y quería sugerir que deben reflexionar sobre la relación con el proceso democrático. Sin embargo, uno podría argumentar que la objeción de que las cortes constitucionales son antidemocráticas es sólo una objeción de interés histórico, porque está estrechamente ligada a la historia de Estados Unidos. Surgió cuando los jueces impusieron sus propias opiniones económicas al país, usando la Constitución como excusa. Posteriormente, durante el New Deal, las fuerzas progresistas del país, completamente hostiles a la Corte Suprema por ese mismo motivo, crearon una “estructura intelectual” destinada a sacar a los jueces de esta esfera, de modo que cuando sus partidarios fueran elegidos y llegaran al Congreso pudieran aprobar las leyes que consideraban buenas para el país. Se puede discutir si fue bueno, malo o indiferente que se produjera, pero en todo caso no es nuestro problema de hoy. Esas estructuras intelectuales, democráticas o no, tienen principalmente un interés histórico. Aunque presentan un problema, no es un problema tan grave.

El otro lado de este argumento diría: sí, puede ser, pero todavía presenta un problema por la razón que usted mencionaba. Tanto en los países de Europa del Este como en otras partes del mundo existe una tendencia a crear cortes como la Corte en Estrasburgo, la Corte que se creará por el Tratado de Roma si entra en vigor, la Corte creada en La Haya para investigar la ex Yugoslavia, la tendencia en Inglaterra a incorporar las decisiones del Tribunal de Estrasburgo en el derecho inglés... Todo eso indica que los jueces interpretarán constituciones, o documentos equivalentes que garantizan derechos, que muchas veces tienen muchas palabras y son muy complicados, y van a tener más y más poder para hacerlo. No creo que jueces que vienen de esos sistemas diferentes, y que no tienen la experiencia que hemos tenido nosotros en Estados Unidos en el siglo diecinueve, sean necesariamente sensitivos a este problema antidemocrático.

Pero va a suceder. De pronto la gente despertará y se dará cuenta de que ese derecho a la “libertad de expresión”, que impide al gobierno encarcelar a alguien por criticarlo, también podría extenderse para exigir que a

los estudiantes de una universidad específica se les restituya parte de su matrícula cuando ésta sea usada para apoyar a un orador con quien están en desacuerdo, o para impedirle al legislador imponer límites a las contribuciones financieras para campañas políticas. Estos casos, que se dan en Estados Unidos, son mucho más complicados porque se encuentran en los límites y no en el núcleo. Y de repente los jueces, que jamás fueron elegidos, van a decidir estas cosas que tienen un impacto tremendo en la organización de un país. En ese momento se va a presentar el problema antidemocrático, o tal vez no; pero en todo caso hay suficiente justificación para estudiar el tema.

—*¿Usted cree, entonces, que las cortes constitucionales no son democráticas?*

—No cabe duda alguna que, por definición, no es democrático que un grupo de jueces anule una ley que fue aprobada por un parlamento democráticamente elegido, o incluso confirmada por referéndum. La razón por la cual las democracias han establecido tribunales constitucionales y que nuevas democracias los quieran crear es que la democracia pura no es el único bien. La protección de derechos individuales también es un bien. En este siglo hemos visto cómo mayorías democráticas han elegido personas que destruyeron minorías. A veces ello sucede con el consenso tácito o explícito de la mayoría. La necesidad de proteger los derechos de un individuo puede ser a veces contraria a la mayoría y antidemocrática, pero eso no la hace menos importante. La libertad humana es muy importante.

—*¿No cree usted que la objeción de que las cortes constitucionales no son democráticas es menos fuerte si en el proceso de nominación de los jueces participan exclusivamente los órganos popularmente elegidos?*

—Si definimos la democracia de modo tal que incluya la protección básica de los derechos humanos, la separación de los poderes y otros elementos como la legalidad, las cortes constitucionales no son antidemocráticas. Lo que he hecho, entonces, es analizar este concepto y dividirlo en diferentes partes, y ahí vuelve a surgir el mismo problema. Hay argumentos clásicos que afirman que los jueces no son antidemocráticos puesto que su autoridad es una autoridad delegada, o que ellos establecen las condiciones para que una democracia pueda existir, o que protegen a la gente sobria de la gente borracha. Todos esos argumentos clásicos ayudan, pero no pueden reconciliar completamente lo que es una anomalía.

—*Si extendemos su argumento de que los expertos deberían tener más autoridad en el área de la regulación económica, ¿podría uno decir que en el caso de los derechos básicos los jueces son los expertos?*

—No, creo que esto es cierto sólo hasta un punto muy limitado. Un juez debe ser una persona con conocimiento general. Entiende el derecho, eso es cierto. Pero en un sistema de revisión constitucional no es tanto la experiencia de un juez lo que se busca, sino una sensibilidad para la imparcialidad²⁶. Es un entendimiento tal vez de cómo funciona la administración, pero ése es el entendimiento de un generalista. Por supuesto, conocer el tema siempre ayuda. Pero uno no requiere un juez sólo para conocer la ley, de la manera en que uno requiere un ingeniero para que el puente sea seguro. Si el objetivo es proteger los derechos humanos básicos, no necesariamente se necesita el mayor activista de derechos humanos. Lo que se quiere es una persona que entienda y que tenga buen juicio. Eso es lo que un juez debe tener. □

²⁶ *Fairness* es la palabra que usó el juez Breyer, y que no se puede traducir al castellano. Tal vez sea mejor entendida como una mezcla de imparcialidad y buena fe en la aplicación de las leyes. Cf. Pablo Ruiz-Tagle, la “Prioridad del Derecho sobre el Concepto Moral del Bien en la Teoría de la Justicia de John Rawls”, *Estudios Públicos*, 35 (1989), p. 149 n. 3.