

INTRODUCCIÓN

Este libro explora el surgimiento de la regulación social y económica y sus consecuencias para el Derecho y el Gobierno estadounidenses. La regulación moderna ha afectado profundamente a la democracia constitucional mediante la renovación de los compromisos originales con el equilibrio de poderes, el federalismo y los derechos individuales. Por lo general no se han sabido valorar la naturaleza ni el alcance de esta transformación que culminó con la revolución en los derechos en los años 60 y 70 del siglo XX. Dejando de lado las tensiones existentes entre la forma de gobierno inicial y el gobierno burocrático actual, creo que es posible reformar e interpretar las medidas reguladoras de una manera fiel a la base de los compromisos constitucionales y promover los objetivos centrales del sistema constitucional –la libertad y el bienestar– en un contexto que ha cambiado drásticamente desde entonces.

Sin embargo, el libro tiene tres objetivos más concretos. El primero de ellos es defender la regulación gubernamental de los casos de abuso de influencia como, por ejemplo, los que han salido a la luz recientemente sobre las administraciones de Reagan y Thatcher, que a menudo se fundamentan en la economía del libre mercado y en los principios del derecho privado anteriores al *New Deal*. A pesar de que el alcance de mi estudio es bastante amplio, me centro concretamente en la regulación del medio ambiente, la seguridad y la salud laborales, la industria de radiodifusión y la discriminación; y sostengo que las iniciativas de regulación en estas áreas son muy superiores a los enfoques que únicamente se sustentan en los mercados privados y la regulación privada. El sistema moderno de controles gubernamentales –que permite la libertad de contratación y la propiedad privada de forma general, pero que las rechaza en áreas específicas– tiene mucha más coherencia e integridad de lo que generalmente

se le reconoce. Ese sistema se fundamenta, además, en unas ideas determinadas sobre la democracia, la libertad y el bienestar que merecen un amplio apoyo.

Mi segundo objetivo es describir la historia de la regulación gubernamental en los Estados Unidos y su rendimiento real a lo largo de la última generación. Sugerir que la regulación social y económica ha fracasado es una valoración muy equivocada, aunque popular. En muchas áreas, que van desde la protección del medio ambiente hasta la seguridad vial, pasando por la prevención de la discriminación racial, las medidas reguladoras han experimentado mejoras significativas. No obstante, los gobiernos encargados de la regulación a menudo han fracasado y es posible explicar el porqué. Gracias a la identificación de los patrones de fracaso se podrán realizar reformas en la regulación que harán más probable su éxito de en el futuro.

Mi tercer objetivo es proponer una teoría interpretativa que los tribunales (y organismos administrativos) puedan utilizar para promover los objetivos constitucionales y para mejorar, al mismo tiempo, el funcionamiento de los programas de regulación. Propongo una serie de principios interpretativos basados en una concepción del ámbito constitucional y de las funciones y fracasos legislativos a la que los intérpretes de la ley se pueden atener con el fin de mejorar el rendimiento del Gobierno actual. Mi objetivo final es brindar una evaluación razonada de las diversas funciones de la regulación gubernamental y describir cómo en algunos casos la regulación tiene éxito y en otros fracasa. A partir de estos puntos intentaré desarrollar un conjunto de reformas y principios con los que aunar el Estado regulador moderno con los compromisos básicos del sistema constitucional estadounidense.

LA REGULACIÓN Y SU INTERPRETACIÓN

En los últimos sesenta años el Gobierno ha aprobado un gran número de iniciativas reguladoras que abarcan muchas áreas distintas: la seguridad y la salud laborales, los bienes de consumo, la energía nuclear y las fuentes de energía en general, el medio ambiente, el fraude y la estafa, las especies en peligro de extinción, las sustancias tóxicas, los medios de radiodifusión y la discriminación por razón de raza, sexo, edad y discapacidad.

A menudo, este tipo de iniciativas ha sido objeto de ataques contundentes provenientes en gran medida de críticos de cualquier tipo de colectivismo que buscan un cambio fundamental en forma de regreso al «libre mercado». En respuesta a estos ataques haré hincapié en tres puntos principales. En *primer lugar*,

la regulación a menudo contrarresta los problemas que conlleva la satisfacción de las aspiraciones privadas cuando un gran número de personas interactúan entre sí. Estos problemas, descritos a veces como *dificultades de coordinación y acción colectiva*, a menudo se pueden resolver mejor mediante la acción gubernamental. La regulación podría, por ejemplo, evitar el tipo de contaminación del aire o del agua que es relativamente insignificante para cada contaminador pero resulta desastrosa en su conjunto; o podría garantizar la coordinación del tráfico de los automóviles en las carreteras, del transporte aéreo y de la radiodifusión. En tales casos la regulación favorece la elección privada, ya que permite que se satisfagan las preferencias en un contexto en el que los mercados libres provocan caos e irracionalidad. La regulación no anula en absoluto la elección privada, sino que la presencia de limitaciones por parte de la primera hace posible la segunda. Los problemas de la acción colectiva y la coordinación son sorprendentemente corrientes. En vista de estos problemas, la regulación, que muchas veces es tachada de *paternalista*, es necesaria en muchos contextos.

En *segundo lugar*, la regulación a veces protege metas y aspiraciones colectivas encarnadas en leyes que rechazan las preferencias de los consumidores privados con el fin de favorecer los valores públicos o los juicios ponderados. La protección de la radiodifusión de alta calidad, de la calidad del medio ambiente o de los principios contra la discriminación refleja la posibilidad de que a través de la ley los ciudadanos adopten medidas que persigan estos objetivos y que a la vez entran en contradicción con su propio comportamiento en los mercados privados. La protección de tales objetivos es una reivindicación de la democracia y, por lo tanto, no debe ser considerada una interferencia cuestionable a la libertad.

En *tercer lugar*, la regulación a veces se fundamenta en el hecho de que las preferencias particulares y las creencias no son permanentes, sino que se adaptan a las limitaciones derivadas de las oportunidades y la información disponibles y a las circunstancias de cada momento. La regulación de la seguridad en el lugar de trabajo, de los alimentos y medicamentos y de los bienes de consumo compensa la falta de información a la que se enfrentan los empleados y consumidores. La regulación de la discriminación responde al problema de unas preferencias y creencias que se han acomodado a un *statu quo* injusto.

Todos estos aspectos ayudan a explicar las iniciativas gubernamentales. Estas encajan sin problemas en un sistema que proporciona un presunto derecho a la libertad de contratación y a la autonomía privada, y al mismo tiempo da razones para rechazar la misma autonomía privada en ciertas áreas. De hecho, estos elementos sugieren que en algunos contextos el problema reside más bien en una regulación escasa que en una regulación excesiva. Hubo varios elemen-

tos que reflejaron la creencia de que la regulación podía fomentar la productividad económica y al mismo tiempo ayudar a los desfavorecidos, entre los que se encuentran el *New Deal* del presidente Franklin Delano Roosevelt, la Gran Sociedad del presidente Lyndon Johnson, el aumento de los controles medioambientales y las leyes contra la discriminación de alcance federal, así como movimientos menos radicales en otros momentos del siglo XX. A pesar de ello, el optimismo hacia los controles reguladores y la solución de los problemas sociales a través de la creación de derechos legales se ha visto perturbado en los últimos años. Esto ha ocurrido, en parte, por buenas razones que van en la dirección de las reformas necesarias pero, por otra parte y tal como argumentaré, ha sido el resultado de una concepción demasiado trivial de las funciones y la acción de los regímenes reguladores.

En resumen, en los mercados privados existen múltiples defectos, que no se entenderán bien si el único criterio para evaluarlos son los principios económicos o, en otras palabras, la fe anterior al *New Deal* en la «autonomía privada». Hay otros criterios –derivados del derecho, de la psicología social y de la teoría política– que proporcionan una base para comprender mejor las funciones de la legislación social y económica moderna. Esto no significa que las iniciativas legislativas de los años 30, 60 y 70 del siglo XX siempre hubieran sido dirigidas prudentemente, ni niega que tuvieran defectos graves. También espero poder demostrar que los criterios más relevantes para evaluar esos defectos no solo apuntan a una defensa teórica de la regulación contemporánea, sino también a cambios significativos. Para la revolución en los derechos se hace especialmente necesario aportar un enfoque del marco constitucional, de las fuerzas del mercado y de los fracasos habituales de las iniciativas reguladoras.

Este enfoque también debería desempeñar un papel importante en la interpretación jurídica. Al proponerlo rechazaré algunas ideas ampliamente extendidas sobre la naturaleza de la interpretación de las leyes. A menudo se considera que cuando los tribunales (y los organismos reguladores) las interpretan, tienen el deber de respetar fielmente la voluntad del legislador. Si bien en ello hay una parte importante de verdad, sugiero que la tarea de interpretar el derecho requiere inevitablemente que los tribunales, entre otros, desarrollen y confíen en los principios generales del derecho, que no pueden estar sujetos a ninguna disposición legislativa. Dado que el hecho de confiar en tales principios es inevitable, su aplicación por parte de los jueces no es ningún motivo de vergüenza, sino, al contrario, una parte potencialmente valiosa del entramado del derecho público moderno.

Esta afirmación tiene implicaciones más generales para la cuestión de la interpretación jurídica (y quizás para otros aspectos). En la época actual la in-

terpretación de las leyes es una de las tareas más importantes encomendadas a los tribunales y a los organismos reguladores. Esta tarea a menudo requiere que los tribunales no solo apliquen el juicio emitido por otros, sino que también se basa en los principios generales de la cultura jurídica en un marco más general. Si bien los tribunales en ocasiones explicitan estos principios, muchas veces las normas gubernamentales son implícitas y no escritas y, con frecuencia, son objeto de extrema controversia. Algunos de los principios pertinentes se fundamentan, por ejemplo, en concepciones decimonónicas de la relación entre el ciudadano y el Estado incoherentes con los valores que subyacen en el Estado regulador moderno. Asimismo, una postura ingenua ante la probabilidad de los efectos negativos de la regulación y de los efectos sistémicos complejos de la intervención reguladora, ha dado pie a un enfoque judicial (y administrativo) sesgado de la regulación.

Cuando las personas no están de acuerdo sobre el significado de una ley, ¿en qué punto discrepan con ella exactamente? Sugiero que a menudo los conflictos no giran entorno a los términos legales en sí, sino a los principios interpretativos que es adecuado aplicar en casos en los que, de no ser por dichos principios, el proceso de interpretación no podría seguir adelante. Una vez que los principios en cuestión se hacen explícitos, puede haber casos que causen mucha controversia. En estas circunstancias sostengo que es necesario identificarlos para luego someterlos a examen y en última instancia desarrollar principios interpretativos que surjan de los propósitos fundamentales del marco constitucional, de los acuerdos institucionales vigentes y de la regulación social y económica, y que a la vez no entren en conflicto con ellos. Lo más importante de todo es desarrollar principios que sean coherentes con los objetivos del Estado regulador moderno, que mejoren su actuación y que no se deriven de concepciones anteriores al *New Deal* que a veces parecen haber perdurado más tiempo del que deberían.

LA CULTURA JURÍDICA ANACRÓNICA

A aquellos con sentido de la historia les parecerá desconcertante sugerir que los tribunales pueden inclinarse pasiblemente hacia la regulación y tratar de interpretar las leyes de tal forma que se garantice su éxito. A principios del siglo XX los tribunales a menudo consideraban las leyes reguladoras como elementos ajenos. Partiendo del principio del *laissez-faire* los jueces vieron la protección legal de los trabajadores, consumidores, y otros, como la transferencia a grupos de interés sin principios basándose en teorías que en el mejor de los casos eran oscuras y, en la mayoría de ellos, falsas. Por el contrario, las doctrinas de

la propiedad, del contrato y de la responsabilidad de los daños concebidas por los jueces parecían constituir un sistema con una integridad y una coherencia descomunales. Los principios decimonónicos del mercado y el derecho privados proporcionaron la base sobre la cual valorar e interpretar las medidas de regulación.

En este período el papel básico de los tribunales era el control de los daños. El principio rector más importante para la interpretación era aquel según el cual las leyes reguladoras debían ser interpretadas restrictivamente a fin de que encajaran con los principios rectores del *common law* y los alteraran en lo mínimo. El derecho privado tradicional proporcionaba el marco para interpretar el derecho público. Este enfoque encontraba su fundamento más importante en la idea que los tribunales debían interpretar restrictivamente las «leyes que derogasen el *common law*»¹. Bajo el pretexto de la interpretación de la ley, los tribunales limitaron el alcance de las leyes que protegían a los trabajadores, a los consumidores y a otros beneficiarios protegidos por la regulación en cuestión. Las lagunas legislativas se llenaban y las ambigüedades se resolvían recurriendo a los principios del *common law*, de modo que a menudo estas interpretaciones distorsionaban sumamente el significado de la regulación pertinente.

La interpretación jurídica de los principios reguladores no puede seguir entendiéndose en estos términos. El período de resistencia judicial agresiva del *common law* frente a las leyes que lo distorsionaban ya terminó en la década de 1930. En muchos aspectos, sin embargo, el derecho público no ha superado los supuestos que justifican el período inicial del antagonismo judicial. El derecho público carece especialmente de una buena comprensión de las funciones de regulación social y económica; un defecto que da cuenta de la presencia permanente de los principios de derecho privado en el derecho contemporáneo en general. El período inicial de resistencia judicial ha sido recordado sin lugar a dudas por las sugerencias recientes de que los tribunales deberían dar prioridad a la regulación privada y deberían interpretar las leyes reguladoras de manera tal que la intrusión en el mercado privado fuera mínima². Desde este punto de vista, el derecho privado tradicional y la doctrina del *laissez-faire* deberían seguir siendo el marco del derecho público de modo que las leyes que protegen (por ejemplo) el medio ambiente y a las víctimas de discriminación deberían ser interpretadas de la forma más restrictiva posible. Este planteamiento ha sido apoyado por algunas decisiones judiciales recientes³.

El planteamiento inicial según el cual las leyes reguladoras deben ser consideradas a la luz de los derechos de propiedad y de contratación del *common law* y, por lo tanto, como puras transferencias de riqueza, también tiene cabida actualmente en la idea surgida de la tradición económica y cada vez más pro-

minente de que las leyes deben ser entendidas como «acuerdos» sin principios entre actores privados con intereses propios⁴. Desde este punto de vista, el papel de los tribunales debe ser el de llevar a cabo el acuerdo, que es un mero mandato, sin el apoyo de políticas o principios inteligibles.

Otros han hecho hincapié en lo constatado por la teoría de la elección pública, la cual sugiere que las leyes aprobadas por el poder legislativo incorporan un grado elevado de irracionalidad. Los problemas de la acción colectiva, el voto cíclico, el comportamiento estratégico y manipulador, entre otras dificultades, hacen que sea complejo hablar prudentemente de preferencias conjuntas surgidas de una institución con varios miembros o de un «propósito» legislativo unitario de interés público⁵. Según este mismo planteamiento, los tribunales deberían tratar las leyes como intervenciones sin principios que carecen de fundamentos normativos coherentes.

De manera menos obvia, el enfrentamiento inicial entre los tribunales y el Estado regulador es recordado por ambos extremos del debate contemporáneo sobre si es posible hacer una interpretación restringida u objetiva de los textos legales. Por un lado, algunos tribunales y observadores sostienen que el *sentido literal* del lenguaje jurídico⁶ es la guía exclusiva o principal hacia el sentido del texto. En el otro extremo se encuentra el parecer de que los términos legales son generalmente bastante indeterminados⁷ o tienen el sentido que les imponen aquellos que gozan de autoridad⁸. Los dos polos conforman, no obstante, una alianza destacable. Ambos bandos tratan la categoría de las leyes reguladoras como un conjunto homogéneo y sin principios que carece de fines diferenciados y accesibles. Ambos campos consideran que el intento de mediar entre los profundos desacuerdos ideológicos que a veces subyacen a los conflictos en la interpretación es irremediablemente infructuoso. Ambos campos descuidan la necesidad de comprender las funciones distintivas y separables de las leyes reguladoras y de las diversas formas en que dichas leyes tienden a fracasar. La falta de comprensión de la función de las normas de interpretación –junto con el énfasis en la inevitable carga política o moral de esas normas– es lo que impulsa a algunos comentaristas a utilizar el pretexto de que las palabras tienen significados literales antes de la interpretación y fuera de su contexto. La misma incomprensión ha situado a otros en el convencimiento demostrablemente falso de que las leyes son, por lo general, indeterminadas en su significado. E incluso ha llevado a unos terceros a la posición poco elaborada de que el significado es una función de la autoridad.

Algunos de los comentaristas más destacados sobre la interpretación de la ley rechazan las críticas sobre el sentido literal y la indeterminación, y sugieren que los tribunales debrían llenar los vacíos interpretativos «haciendo que las

leyes tengan sentido» o interpretándolas de tal manera que valgan «en el mejor de sus sentidos»⁹. Aunque eso sea irreprochable, sugerir esto es simplemente demasiado abierto para ser útil en casos difíciles, y no logra vincular los problemas de interpretación con ningún concepto de la regulación ni las patologías asociadas a esta que podrían dar consistencia a la idea de que las leyes deben interpretarse de manera que «tengan sentido».

Por último, la interpretación judicial de las leyes reguladoras ha estado influenciada por malentendidos relativos a las características y al funcionamiento de los organismos reguladores. Los tribunales han exigido, por ejemplo, la plasmación de una relación profunda y clara entre las medidas reguladoras y los daños concretos e identificables reales, aun cuando las leyes reguladoras con frecuencia tratan de contrarrestar riesgos medioambientales o de otro tipo que no son más que probables o sistémicos. Los tribunales también han malinterpretado los efectos sistémicos de los programas de regulación que hacen que la incidencia de las cargas y los beneficios reguladores sea mucho más compleja de lo que puede parecer a primera vista. Las valoraciones judiciales (o burocráticas) erróneas de dichos efectos sistémicos han producido irracionalidad reguladora.

En resumen, las características del Estado administrativo actual han pasado desapercibidas en la mayoría de las discusiones sobre la interpretación de las leyes. Por eso no es muy sorprendente que las discusiones recientes sobre esta cuestión, tanto dentro como más allá del poder judicial, a menudo se hayan caído en debates infructuosos y poco esclarecedores sobre las limitaciones que proceden del propio lenguaje jurídico (como si tal cosa se pudiese imaginar). La solución, al menos a mi parecer, reside en la identificación y el desarrollo de los principios interpretativos que pueden servir de marco para las leyes reguladoras.

Este libro está organizado en seis capítulos. En el capítulo 1 describo la historia de la regulación, el impacto del *New Deal* y la revolución en los derechos en las décadas de 1960 y 1970. También hago una defensa general de las iniciativas de regulación, en particular contra la alegación de que tales iniciativas representan una intromisión injustificada en la elección privada.

En el capítulo 2 abordo en más detalle las razones para aprobar leyes reguladoras diferenciando sus distintas funciones. Sugiero que es posible desarrollar una forma bastante general de entender la legislación social y económica moderna que tenga en cuenta tanto la diversidad de los programas legislativos como la presencia de patrones reconocibles. Partiendo de ideas asociadas tanto con la tradición republicana liberal que se encuentra en el centro del orden constitucional de Estados Unidos, como con el *New Deal* y la Gran Sociedad,

esta perspectiva equivale a una representación benévola de las razones en pro de la regulación. Asimismo rechaza los ataques contra el Estado regulador fundamentados en la economía del bienestar moderna y en principios del derecho privado previos al *New Deal*.

En el capítulo 3 exploro el registro de los programas de regulación recientes y hago visibles tanto sus éxitos como sus fracasos. Muchos programas han dado lugar a mejoras importantes, pero aquí pongo el énfasis en las formas características que las leyes reguladoras tienen de fracasar. Las leyes destinadas a promover fines múltiples han resultado infructuosas en aspectos determinables, y los patrones de fracaso sugieren la necesidad de una serie de reformas concretas para el futuro. Estas reformas evocan algunos de los objetivos del régimen constitucional original. También implican la necesidad de prestar atención a la inevitabilidad de las compensaciones y las maneras que el mercado tiene de eludir los objetivos de los programas legislativos.

En el capítulo 4 rechazo las concepciones habituales de cómo los tribunales interpretan las leyes y cómo las deberían interpretar. También propongo una visión alternativa de la práctica actual y un enfoque nuevo para el futuro. Intento comprender la interpretación de las leyes mediante una defensa general de los maltratados «cánones» de interpretación definidos como los principios generales del derecho que sirven para resolver las dificultades de interpretación. Mi defensa de la aplicación de dichos principios consiste en desglosar sus funciones y sugerir que la aplicación de los principios generales del derecho es deseable y en cualquier caso inevitable. También sugiero que varios de los principios generales del derecho actuales pueden ser defendidos como un medio para combatir el poder de los grupos de interés, promover la deliberación en el Gobierno e incorporar reformas del *New Deal* al sistema legal. Esta afirmación tiene implicaciones en la interpretación del derecho de forma bastante generalizada, lo que sugiere que los principios generales del derecho desempeñan una función importante, aunque a menudo no se les da esa importancia que merecen.

En el capítulo 5 expongo una serie de principios interpretativos nuevos en un intento de contribuir con los propósitos del Gobierno constitucional después de la revolución en los derechos. Argumento que muchos de estos principios están presentes tanto en las normas constitucionales como en las evaluaciones del rendimiento de varias instituciones gubernamentales. Esos mismos pueden contrarrestar muchas de las fallas en los sistemas de regulación. Aunque estas sugerencias están diseñadas principalmente para los tribunales de apelación, sus consecuencias se extienden del mismo modo a los organismos administrativos que tratan de aplicar leyes, así como también al Congreso en sus esfuerzos por diseñar y reformar la regulación social y económica.

En el capítulo 6 intento trasladar esta afirmación de lo general a lo particular aplicando las técnicas interpretativas descritas en el capítulo 5 a una serie de casos controvertidos actuales. Este capítulo también pretende desarrollar una forma de comprender las implicaciones del *New Deal* y la revolución en los derechos en la estructura constitucional. En él sostengo que uno de los grandes desafíos del derecho público moderno es la combinación de elementos de ambos conceptos con características del diseño constitucional original que aún resultan atractivos.

El objetivo más general de este libro es ayudar a entender mejor la regulación social y económica y su relación con el gobierno constitucional; un planteamiento que ha ido más allá de la mala acogida que la legislación reguladora tuvo antaño en el sistema jurídico del *common law* y que todavía perdura. Idealmente, un examen más completo de esta situación entraría a explicar el carácter distintivo de las leyes en las democracias liberales modernas; repudiaría el trato tradicional y todavía persistente que reciben las leyes reguladoras como si fueran elementos ajenos o acuerdos en base a intereses particulares; revelaría un conocimiento de las funciones múltiples y los fracasos frecuentes de los programas de regulación; reconocería la labor inevitable de los principios generales del derecho en el proceso interpretativo; y utilizaría el proceso de interpretación de modo correctivo, aunque parcial, contra las patologías ocasionales de la legislación reguladora. En este proceso será necesario desarrollar una concepción distintiva de la naturaleza de la interpretación jurídica y del carácter del Estado regulador moderno. Como veremos, estos dos ámbitos están estrechamente relacionados y no puede separarse el uno del otro.