

CAPÍTULO XII

EL CENTRO DE LA ARGUMENTACIÓN FÁCIL A FAVOR DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEGISLACIÓN

Alon HAREL y Tsvi KAHANA*

El control judicial de la legislación es instrumento de gobierno existente. Representa una elección que los hombres han hecho, y en últimas una que debemos justificar como una elección de nuestra época.¹

SUMARIO: I. *Introducción.* III. *Las justificaciones instrumentalistas a favor del control judicial de la legislación.* III. *La justificación no instrumentalista del control de constitucionalidad: el derecho de audiencia.* IV. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

La teoría constitucional ha estado obsesionada por muchos años con un intento de proporcionar una justificación adecuada a favor del control judicial

* Los autores agraden a Mitchell Berman, Or Bassok, Oren Bracha, Margit Cohn, David Enoch, Richard Fallon, David Fontana, Willy Forbath, Guru Krishnamurthi, Hoi Kong, Richard Markovits, Frank Michelman, Dan Rodriguez, Christina Rodriguez, Michel Troper, Mark Tushnet, Adrian Vermeule y Rivka Weill. Samantha Crumb, Adrian Di Lullo, Shannon O’Conner y Sarah Reynolds proporcionaron excelente asistencia investigativa. Este artículo fue presentado Cambridge University Legal Theory Workshop, The Center for Transnational Legal Studies, University of Texas Legal Theory Workshop, the Hebrew University faculty seminar, the Hebrew University Forum of Law and Philosophy, y en IDC Law School. Agradecemos a los participantes por sus valiosos comentarios. Este artículo apareció originalmente en inglés como “Easy Core Case For Judicial Review” en *Journal of Legal Analysis*, vol. 2, núm. 1, 2010, pp. 227-256. Se traduce con autorización de los autores. Traducción de Jorge Luis Fabra Zamora.

¹ Alexander Bieckel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2da ed., New Haven, Yale University Press, 1962.

de la legislación. Este escrito se une a la búsqueda de un argumento adecuado a favor de tal control. También desea defenderlo contra numerosas voces que han surgido deseando abolirlo o limitar su alcance.² Nuestra primera tarea es exponer una falla crítica compartida por igual por oponentes y defensores del control judicial de la legislación y proponer un marco para resolver esta dificultad.

La falla fundamental concerniente al debate sobre el control judicial de la legislación es la convicción de que éste debe ser justificado *instrumentalmente*, es decir, que está fundamentado en características *contingentes* deseables del proceso judicial (por ejemplo, la calidad superior de las decisiones producidas por los jueces, la habilidad superior de los jueces de proteger derechos, la mayor estabilidad y coherencia de las decisiones judiciales, entre otros).³ Una vez la falla fundamental de las teorías tradicionales haya sido expuesta, este escrito se aboca a desarrollar una nueva propuesta para defender el control judicial de la legislación que supere las dificultades que las justificaciones instrumentalistas enfrentan. Bajo esta aproximación, el control judicial de la legislación está diseñado para proporcionar a los individuos un derecho de audiencia o un derecho a presentar sus reclamos.⁴ De forma más particular, sostenemos que el control judicial de la legislación es indispensable porque garantiza a los individuos oportunidades para desafiar las decisiones que infringen (o pueden haber infringido) sus derechos, para entablar deliberación razonada concerniente con esas decisiones y para beneficiarse de una reconsideración de tales decisiones a la luz de esta deliberación. Bajo esta perspectiva, el control judicial de la legislación está intrín-

² Las más influyentes incluyen a Jeremy Waldron, véase, capítulo 8 de este volumen y *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999 [*Derecho y Desacuerdos*, Marcial Pons, 2007]; Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999 y *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008; Larry Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, Oxford University Press, 2004; y Adrian Vermeule, *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Cambridge, Harvard University Press, 2006.

³ Muy pocos de los teóricos constitucionalistas examinan o incluso mencionan preocupaciones no instrumentalistas. Incluso cuando tales preocupaciones son mencionadas, típicamente son rechazadas. Adrian Vermeule sostiene que: “En principio, estas premisas consecuencialistas excluyen un ámbito de aproximaciones (total o parcialmente) no consecuencialistas a la interpretación. Resulta, sin embargo, que esta no es una pérdida mayor de generalidad, porque pocas personas sostienen tesis de ese tipo. La interpretación consecuencialista es un rúbrica extremadamente extendida”. Vermeule, *Judging Under Uncertainty*, *op. cit.*, p. 6.

⁴ Esta idea fue introducida por primera vez en un escrito anterior de uno de nosotros (véase, Yuval Eylon y Alon Harel, “The Right to Judicial Review”, *Virginia Law Review*, vol. 92, 2006, pp. 991-1022) y es desarrollada extensivamente aquí.

secamente, no instrumentalmente, justificado; su valor está fundamentado en rasgos procedimentales que son características esenciales de las instituciones judiciales *per se*. El derecho de audiencia como es entendido en este escrito se fundamenta en el deber fundamental de los Estados de consultar a sus ciudadanos los asuntos relacionados con sus derechos, y en particular de consultar a aquellos cuyos derechos pueden resultar afectados.

Presentar un argumento a favor del control judicial de la legislación no implica presentar un argumento central o un argumento fácil a favor de esta institución. El título de este artículo deriva su inspiración del título de dos artículos recientes⁵. Pero este título no es simplemente un juego de palabras. Nuestra posición es el argumento central a favor del control judicial de la legislación porque, en realidad, hay consideraciones que entran a jugar una vez este argumento central ha sido demostrado. De forma más específica, el derecho de audiencia sólo puede justificar una forma minimalista (es decir, específica a los casos) de control constitucional. En conjunción con otras consideraciones, el argumento a favor de un control judicial de la legislación minimalista y específico a casos proporciona los fundamentos para una justificación más desarrollada de la supremacía judicial. También es un argumento fácil porque, en contraste con las justificaciones instrumentalistas del control judicial de la legislación, no requiere demostrar complejas afirmaciones empíricas tales como la afirmación de que las cortes crean mejores decisiones o la afirmación de que las decisiones de la corte son más protectoras de la democracia, los derechos, o la estabilidad y la coherencia. Demostrar el argumento fácil a favor del control judicial de la legislación requiere simplemente demostrar que las cortes son fieles a los valores encarnados en el proceso adjudicativo. Es el proceso adjudicativo mismo, y no las complejas consecuencias contingentes de este proceso, es suficiente para justificar el control judicial de la legislación.

Este escrito desarrolla y generaliza argumentos anteriores formulados por uno de nosotros. En un artículo anterior uno de nosotros contrastó el modelo de “perro guardián” con el modelo de “derecho de audiencia” y defendió el segundo.⁶ De acuerdo al modelo del perro guardián del control judicial de la legislación, la función de esta institución es evitar que el legislativo sobrepase los límites de su autoridad.⁷ El presente artículo establece

⁵ Véase, Waldron, capítulo XIII de este volumen, y Richard Fallon, “The Core of An Uneasy Case for Judicial Review”, *Harvard Law Review*, vol. 121, 2008, pp. 1693-1736. [N. de T. El título del artículo de Fallon puede ser traducido como *El centro de la argumentación difícil a favor del control judicial de la legislación*].

⁶ Elon y Harel, “The Right to Judicial Review”, *cit.*

⁷ *Idem*, p. 994.

que el modelo del perro guardián es sólo uno entre una familia de teorías (las teorías instrumentalistas) que sostienen que el control judicial de la legislación es deseable debido a resultados deseables contingentes. El presente artículo contrasta, no dos teorías del control judicial de la legislación (el modelo del perro guardián y el modelo de derecho de audiencia), sino dos familias o tipos de teorías sobre esta institución: teorías instrumentalistas y teorías no instrumentalistas. Demuestra que las teorías más tradicionales y establecidas que pretenden justificar el control judicial de la legislación son instrumentalistas y que su fracaso debe ser atribuido precisamente a esa naturaleza. Finalmente, muestra que el derecho de audiencia es un derecho no instrumentalista. El proceso judicial no es un instrumento diseñado para proteger el derecho de audiencia o “maximizar” la cantidad de audiencias. En vez de ello, sostenemos que el derecho de audiencia es constitutivo del proceso judicial; el proceso judicial es en realidad una realización o manifestación del derecho de audiencia. Por tanto, el argumento a favor del control judicial de la legislación no depende de que éste sea un instrumento eficiente para proteger la democracia, los derechos, o de hecho, ni siquiera para proteger al derecho mismo a una audiencia. Consecuentemente, en contraste con las justificaciones (instrumentalistas) previas, la validez del modelo basado en el derecho de audiencia no depende de conjeturas empíricas complejas (y dudosas).

La sección II del artículo explora cinco argumentos populares a favor del control judicial de la legislación. Establece que estos argumentos son instrumentalistas y que tal naturaleza los expone a objeciones poderosas. La sección III sostiene que los individuos tienen un derecho a entablar sus quejas frente a un cuerpo judicial (o cuasi-judicial), y que estos cuerpos también deben tener el poder de proporcionar decisiones autoritativas. Este “derecho de audiencia” o “derecho a entablar quejas” debe ser respetado independientemente de las contribuciones instrumentalistas que el control judicial hace (o puede hacer) a otros valores de las sociedades democráticas o liberales.

II. LAS JUSTIFICACIONES INSTRUMENTALISTAS A FAVOR DEL CONTROL JUDICIAL DE LA LEGISLACIÓN

Esta sección demuestra que las teorías más prominentes que intentan justificar el control judicial de la legislación son instrumentalistas y que esas teorías fracasan por tal razón. Antes de presentar las justificaciones instrumentalistas, permítasenos describir que queremos decir por control judicial de la legislación y la estructura de las justificaciones instrumentalistas a favor el mismo.

El control judicial de la legislación, como es entendido aquí, consiste en los siguientes dos componentes: (1) Las cortes tienen el poder para hacer decisiones vinculantes relacionadas con la validez constitucional de la legislación que se aplica a casos individuales que deben resolver, y esas decisiones deben ser respetadas por las demás ramas del poder público.* (2) Ninguna rama del poder público tiene el poder de inmunizar su operación del escrutinio judicial.⁸ Nuestro análisis implica que las cortes no son “partes iguales” en la empresa de la interpretación constitucional, sino que tienen un papel privilegiado en ella.⁹

Bajo las teorías instrumentalistas, el control constitucional está justificado en la medida en que sea probable que genere consecuencias deseables *contingentes*. Aunque existen diferencias importantes entre las cinco teorías examinadas en esta sección, todas ellas comparten similitudes estructurales significativas. Bajo cada una de estas teorías, el teórico constitucional diferencia pronunciadamente entre dos etapas del análisis. En la primera etapa, el teórico trata la pregunta de cuál es el objeto de la Constitución, y, consecuentemente, cómo debe ser interpretada. Una vez el “objeto” de la Constitución está establecido, el teórico gira su atención a la identificación de los instrumentos que sean más capaces de realizar el “objeto” de la Constitución. Las teorías instrumentalistas del control judicial de la legislación perciben esta segunda etapa, es decir, la identificación de las instituciones a cargo de interpretar la Constitución, como subordinada a los hallazgos de la primera. La institución a cargo de interpretar la Constitución es simplemente aquella que más probablemente la interprete de forma “correcta” o “justa”, o cuyas decisiones sean las más conducentes a las metas constitu-

* *N. de. T.* Nótese que el argumento se refiere sólo al llamado “control concreto” de constitucionalidad, pero no cubre el control abstracto.

⁸ Por tanto, los nuevos esquemas constitucionales bajo los cuales el legislativo puede proteger a la legislación de intervención judicial (como la cláusula derogatoria canadiense), son incompatibles con el control judicial de la legislación como es entendido aquí.

⁹ Nuestra afirmación, sin embargo, no justifica directamente la supremacía judicial. Lo que diferencia a supremacía judicial del control constitucional es un tercer componente, es decir, la afirmación de que las cortes no simplemente resuelven disputas particulares relacionadas con los litigantes del caso, sino que ellas también interpretan autoritativamente el significado constitucional. La supremacía judicial requiere deferencia de las otras ramas del gobierno a los dictados constitucionales de las cortes, no sólo frente al caso particular, sino también con respecto a la validez de las normas jurídicas. Para una definición de supremacía judicial, véase, Keith Whittington, *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court and Constitutional Leadership in U.S. History*. Princeton, Princeton University Press, 2007, p. 7. Al mismo tiempo, proporcionaremos algunos argumentos de por qué las conclusiones de este escrito, en conjunción con unas conjeturas adicionales de sentido común, apoyan la supremacía judicial.

cionales o valores definidos en la primera etapa del análisis. Interpretar la Constitución puede por tanto ser descrito como una tarea en búsqueda de un agente capaz de desarrollarla, y el agente es un instrumento cuya idoneidad depende únicamente de la calidad y los costos de su desempeño.

Para demostrar la dominancia de las teorías instrumentalistas, permítansenos brevemente revisar cinco teorías influyentes que pretenden justificar el control judicial de la legislación: las teorías basadas en los derechos, las teorías basadas en la mejoría de la democracia, la teoría de la solución de conflictos, las teorías de la democracia dualista y las teorías del institucionalismo instrumentalista. Cada una de estas teorías caracteriza de forma diferente las metas constitucionales. Sin embargo, una vez las metas constitucionales han sido identificadas, cada una de las teorías justifica el control judicial de la legislación basándose en cuáles son los mejores medios institucionales para realizar tal meta.

Las teorías basadas en los derechos sostienen que el control judicial de la legislación encuentra su justificación en el fin de garantizar una protección eficaz de los derechos.¹⁰ Muchos teóricos creen que los jueces tienen más habilidad que otros funcionarios para identificar el alcance de los derechos y asignarles su valor adecuado. Algunos teóricos creen que la superioridad es atribuible a su pericia; los jueces, bajo esta tesis, forman una clase de expertos en derechos.¹¹ Otros creen que se puede justificar el control judicial de la legislación en la naturaleza del procedimiento judicial y la relativa separación e independencia de los jueces de las restricciones políticas.¹² El control judicial de la legislación está justificado en la medida en que sea probable que contribuya a la protección de los derechos —ya sea directamente, al corregir decisiones legislativas que violen los derechos individuales, o indirectamente, al inhibir al órgano legislativo de tomar decisiones que vio-

¹⁰ Alon Harel, “Rights-Based Judicial Review: A Democratic Justification”, *Law and Philosophy*, vol. 22, 2003, pp. 247-277.

¹¹ Charles Black, *A New Birth of Freedom: Human Rights, Named and Unnamed*. New York, G.P. Putnam, 1997, pp. 125.

¹² Owen Fiss, “The Supreme Court 1978 Term: Foreword: The Forms of Justice”, *Harvard Law Review*, vol. 93, 1979, pp. 12-13 y “Two Models of Adjudication” en Robert Goodwin y William Schambre (eds.) *How does the Constitution secure rights?* Washington, DC, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1985; Michael Perry, *The Constitutions, the Courts, and Human Rights: An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary*. New Haven, Yale University Press, 1982, p. 102; Lawrence Sager, *Justice in Plainclothes: A Theory of American Constitutional Practice*. New Haven, Yale University Press, 2004, p. 1999.

larían derechos individuales—. ¹³ Esta tesis es quizá la más popular y mejor establecida en el pensamiento jurídico estadounidense. ¹⁴

Las *teorías de la mejoría de la democracia* sostienen que la Constitución está diseñada para proteger la naturaleza representativa del gobierno. El defensor más influyente de esta tesis —John Hart Ely— sostiene que la “la búsqueda de objetivos participativos de acceso ampliado a los procesos y recompensas de gobierno representativo” deberían reemplazar “la insistencia más tradicional y académicamente popular de proporcionar una serie de bienes o valores substantivos particulares considerados fundamentales”. ¹⁵ La Constitución, en la visión de Ely, es esencialmente un documento procedimental, y los objetivos de la Constitución y aquellas estructuras institucionales diseñadas para protegerla deben favorecer “una aproximación al control judicial de la legislación orientado hacia el fortalecimiento de la práctica representativa”. ¹⁶ El control judicial de la legislación está justificado en la medida en que sirva al propósito de mejorar la participación democrática. ¹⁷

Las *teorías de la solución de conflictos del control judicial de la legislación* sostienen que la supremacía judicial está justificada dado que conduce a la solución de conflictos, a la coordinación y a la estabilidad. ¹⁸ Alexander y

¹³ Henry Abraham, *The Judicial Process*, 7ª ed., New York, Oxford, 1998, p. 371

¹⁴ Esta tesis fue defendida famosamente por Alexander Hamilton. Véase, *The Federalist*, no. 78, Henry B. Dawson (ed.), New York, Scribner's, 1981, pp. 544-5. Jeremy Waldron también afirmó que “la preocupación expresada de forma más común es que los procedimientos legislativos... [ponen] endémica y constitucionalmente en peligro de infringir los derechos de los individuos y las minorías”. Waldron, *Law and Disagreement*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁵ John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, p. 74.

¹⁶ Ely, *Democracy and Distrust*, *op. cit.*, p. 87.

¹⁷ A pesar de las grandes diferencias, es fácil detectar similitudes estructurales entre las clásicas justificaciones basadas en los derechos y la teoría participativa de Ely. Bajo tales teorías, las cortes son asignadas con los poderes de revisión de legislación por la supuesta calidad superior de sus decisiones con respecto a cierta esfera de decisiones. Mientras que los teóricos de los derechos creen que el control de constitucional está justificado porque las cortes son mejores que los legisladores en la protección de los derechos, Ely cree que la justificación yace en que las cortes son mejores que los legisladores en la protección de la representación democrática y la mejora de la participación popular. De hecho, esta similitud fue notada por Ronald Dworkin, quien afirmó que Ely estaba equivocado sólo “en limitar su explicación a los derechos constitucionales que pueden ser entendidos como mejoras del procedimiento constitucional en vez de derechos más substantivos”. Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, p. 349.

¹⁸ Larry Alexander y Frederick Schauer, “On Extrajudicial Constitutional Interpretation”, *Harvard Law Review*, vol. 11, 1997, pp. 1359 y “Defending Judicial Supremacy: A Reply”, *Constitutional Commentary*, vol. 17, 2000, pp. 455. [N. de. T. Véase además, capítulo II de este volumen.] Este argumento fue formulado por primera vez por Daniel Webster. Véase,

Schauer –los defensores contemporáneos más influyentes de la teoría– sugieren que la solución autoritativa de desacuerdos es algunas veces deseable, incluso cuando la solución proporcionada sea sub-óptima. En su visión:

Una de las funciones principales del Derecho en general, y del Derecho constitucional en particular, es proporcionar un grado de solución coordinada por el hecho mismo de que la solución es necesaria para establecer que debe hacerse. En un mundo de desacuerdo político y moral, el Derecho a menudo puede proporcionar solución a esos desacuerdos, una solución es que no es final ni concluyente, pero que sin embargo es autoritativa, y así proporciona a aquellos que están en un desacuerdo de primer nivel una solución de segundo nivel para tal desacuerdo, que permitirá que se hagan decisiones, se coordinen acciones y que la continúe la vida.¹⁹

Alexander y Schauer creen que las cortes en general, y las Cortes Supremas o Constitucionales en particular, son más capaces de mantener la estabilidad y alcanzar la solución de problemas que otras instituciones, por ejemplo, el órgano legislativo.²⁰

La posición de la “*democracia dualista*” defendida por Bruce Ackerman distingue entre dos tipos diferentes de decisiones: decisiones hechas por el pueblo estadounidense y las decisiones hechas por sus gobiernos.²¹ La Constitución de los Estados Unidos está diseñada para proteger el primer tipo de decisiones –las decisiones de “Nosotros el Pueblo”– sean erosionadas por un el segundo tipo –las decisiones de “Nosotros los Políticos–.

US Congressional Debates, vol. 6, 79, 1830. Más recientemente, el argumento fue presentado y rechazado por Alexander Bickel, quien sostuvo que “Los fines de la uniformidad y de la vindicación de la autoridad federal” pueden ser servidos “sin recurrir a ningún poder judicial federal que establece el significado de la Constitución”. Bieckel, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 12.

¹⁹ Alexander y Schauer, “Defending Judicial Supremacy: A Reply”, *op. cit.*, p. 467.

²⁰ Tratando de establecer las virtudes especiales de los Tribunales constitucionales para alcanzar estas metas, Alexander y Schauer se basan en el aislamiento relativo de los mismos de los vientos políticos, debido a “los procedimientos establecidos y limitantes a través de los cuales los asuntos constitucionales son llevados a la Corte”, el reducido número de miembros de la Tribunal, los largos términos que tienen y el hecho de que las Cortes no pueden elegir su propia agenda. Alexander y Schauer, “Defending Judicial Supremacy: A Reply”, *op. cit.*, p. 477.

²¹ Bruce Ackerman, *We the People*, vol. 1: *Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, p. 6.

* *N. del T.* El “Nosotros el pueblo” hace referencia al Preámbulo de la Constitución de Estados Unidos, que establece: “NOSOTROS, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer la Defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad, estatuímos y sancionamos esta CONSTITUCIÓN para los Estados Unidos de América”. Es esta referencia la que inspira el título de libro de Ackerman citado.

Los raros períodos en los cuales el Derecho supremo es formado por el Pueblo estadounidense son llamados por Ackerman períodos de “política constitucional”. En contraste, en los períodos de “política normal” las decisiones tomadas por el gobierno ocurren diariamente, son hechas primariamente por políticos y no merecen el estatus de Derecho superior. A las cortes se les asigna la tarea de preservar la estructura dual. En la visión de Ackerman, “dicho de *forma simple*, los Magistrados son los únicos con el entrenamiento y la inclinación para mirar atrás a los momentos pasados de soberanía popular y revisar las pretensiones de nuestros políticos elegidos cuando éstos ponen en peligro los grandes logros del pasado.”²²

El *instrumentalismo institucionalista* busca proporcionar una teoría instrumentalista más específica y coherente. Los institucionalistas elevan varias preocupaciones con respecto a las cuatro teorías instrumentalistas descritas anteriormente, en particular, con respecto a la pregunta de si el control judicial de la legislación es en realidad instrumental en la realización de las metas constitucionales establecidas por los teóricos constitucionales.²³ Sin embargo, los institucionalistas como Einer Elhauge, Neil Komesar y Adrian Vermeule comparten con los otros instrumentalistas la creencia de que el diseño constitucional es en últimas un instrumento utilizado para alcanzar metas sociales deseables. Más específicamente, lo que debe determinar el alcance de los poderes judiciales para revisar la legislación es una elección institucional basada en “las fortalezas y debilidades relativas del controlador (el proceso adjudicativo) y el controlado (el proceso político)”.²⁴

Adrian Vermeule describe el institucionalismo como una forma de consecuencialismo de reglas. En su visión, “los jueces deben interpretar los textos jurídicos de acuerdo con las reglas cuya observancia produzcan las mejores consecuencias considerando todos los factores”.²⁵ El consecuencialismo de reglas requiere al teórico mirar no sólo a cualquiera decisión particular que las cortes u órganos legislativos probablemente genera, sino también a las características más amplias y más fundacionales de las cortes y los legislativos. En la visión de Vermeule, las variables relevantes para la determinación de los poderes de las instituciones judiciales son altamente complejas e incluyen “la costos de agencia y los costos de la falta de certeza, los efectos sistémicos (especialmente una forma de riesgo moral), la tasa óp-

²² Ackerman, *We the People*, *op. cit.*, pp. 1806-7.

²³ Einer Elhauge, “Does the Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?” *Yale Law Journal*, vol. 101, 1991, pp. 31-110.

²⁴ Neil Komesar, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*. Chicago, University of Chicago Press, 1994, p. 254.

²⁵ Vermeule, *Judging Under Uncertainty*, *op. cit.*, p. 5.

tima de actualización constitucional, y los costos de transición de cambiarse de un régimen a otro”.²⁶

Hemos sondeado cinco teorías influyentes que pretenden justificar el control judicial de la legislación. Todas estas teorías son teorías instrumentalistas; ellas están basadas en la conjunción de dos afirmaciones: (1) la Constitución está diseñada para realizar ciertos objetivos (proteger derechos, mejorar la democracia, garantizar estabilidad y coherencia, proteger la política constitucional, o, de forma más general, producir las mejores consecuencias considerando todos los factores). (2) El control judicial de la legislación es deseable sólo en la medida en que sea exitoso en la realización de las metas constitucionales.

Creemos que esta estructura instrumentalista es responsable del fracaso de estas teorías. Las teorías instrumentalistas son erróneas por tres razones. Primero, somos escépticos sobre si las teorías instrumentalistas pueden de hecho demostrar confiablemente sus afirmaciones sobre el desempeño probable de las cortes frente al desempeño de los órganos legislativos u otras instituciones. Segundo, incluso si los defensores instrumentalistas del control judicial de la legislación pueden demostrar que las cortes son mejores en la protección de derechos constitucionales u otros valores constitucionales, difícilmente se deriva de ello que las cortes deben ser investidas con poderes de control. Las preocupaciones participativas probablemente sean suficientes para sobrepasar e incluso anular la relevancia de las consideraciones a favor de un mejor proceso de toma de decisiones. Tercero, los argumentos instrumentalistas malinterpretan el debate del control judicial de la legislación: ellos conceptualizan el debate como una cuestión tecnocrática acerca de la calidad probable de la toma de decisiones u otras consecuencias de otras formas diferentes de diseño institucional. Pero el debate real es un debate acerca de la legitimidad política y moral de las instituciones. No es un debate acerca de si el control judicial de la legislación es eficiente, establece o efectivo en la protección de derechos substantivos, sino acerca de a qué justificaciones están legitimados los ciudadanos cuando sus derechos, o lo que perciben que son sus derechos, están en riesgo.

El primer error de las teorías instrumentalistas proporciona el fundamento para una objeción estándar de parte de los oponentes del control judicial de la legislación. Muchos teóricos constitucionales señalan las debilidades de la afirmación de que el control judicial de la legislación conduce a la realización de metas constitucionales. Los críticos de las justificaciones basadas en los derechos señalan que no es necesario (e incluso, ni siquiera

²⁶ *Ibid.*

es común) que los jueces sean los mejores protectores de los derechos.²⁷ Como Vermeule arguye, “las Cortes pueden no entender lo que la justicia requiere, o pueden no ser muy buenos para producir justicia cuando lo entienden”.²⁸ La evidencia histórica no da soporte a la conjetura de que las cortes son mejores protectoras de derechos, incluso en el contexto de derechos clásicos como la libertad de expresión.²⁹ Objeciones similares han sido presentadas con respecto a la defensa de Ely del control judicial de la legislación. Neil Komesar desafió la convicción de Ely de que las cortes son en realidad necesarias para “aclarar los canales de cambio político” y “facilitar la representación de las minorías”.³⁰ Mientras Ely detecta imperfecciones en el legislativo en la toma de decisiones procedimentales, él está equivocado al inferir de esas imperfecciones que las cortes deben ser asignadas con poderes para tomar esas decisiones. Tal conclusión requiere comparar las virtudes y vicios de las cortes y los órganos legislativos, mientras que se toma en cuenta la compleja interdependencia entre estas instituciones y, como Komesar establece, tal comparación no necesariamente favorece a las cortes sobre los órganos legislativos. Otros teóricos han cuestionado si las cortes en general, y los Tribunales Constitucionales en particular, son las instituciones más capaces de mantener la estabilidad y alcanzar la solución de conflic-

²⁷ Véase, Komesar, *Imperfect Alternatives*, *op. cit.*, p. 256-261, Vermeule, *Judging Under Uncertainty*, *op. cit.*, p. 243.

²⁸ Vermeule, *Judging Under Uncertainty*, *op. cit.*, p. 243

²⁹ David Raban, *Free Speech in its Forgotten Years*. Cambridge, Cambridge University Press, 1997; Wojciech Sadursky, “Judicial Review and Protection of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, pp. 275-299; Vermeule, *Judging Under Uncertainty*, *op. cit.*, p. 231. Sin embargo, utilizar la experiencia histórica es dudoso. Los argumentos históricos fracasan en capturar la compleja interdependencia entre diferentes instituciones. Así, incluso pudiera establecer que las cortes han sido sistemáticamente peores que los órganos legislativos en la protección de derechos, no se deriva de ello que eliminar el control judicial de la legislación conduciría a la protección de derechos dado que el control judicial de la legislación ha contribuido a la mayor calidad de la toma de decisiones legislativas al disuadir a los legisladores de infringir derechos individuales. Véase, Henry Abraham, *The Judicial Process*, 7a ed., New York, Oxford University Press, 1991, p. 371. De forma similar, incluso si se puede establecer que las cortes han sido sistemáticamente mejores que los órganos legislativos, no se sigue que el control judicial de la legislación conduce a la protección de derecho porque es posible que una legislativo operando en un mundo sin control judicial de la legislación sea más reflexiva y deliberativa que un legislativo con control judicial de la legislación. Véase, James Thayer, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, vol. 7, 1893, pp. 155-6. Estas posibilidades sólo sirven para ilustrar la complejidad de las consideraciones requeridas para establecer argumentos basados en los derechos a favor o en contra del control judicial de la legislación.

³⁰ Komesar, *Imperfect Alternatives*, *op. cit.*, p. 199.

tos.³¹ Uno de los críticos de Alexander y Schauer se pregunta: “¿Produciría la supremacía legislativa más o menos estabilidad que la supremacía judicial? La inercia o los prejuicios del *status quo* están inmersos dentro de las instituciones legislativas a través de reglas de voto, bicameralismo y otras características. ¿Es mayor o menor que el *status quo* inmerso en las instituciones judiciales?”.³² Otro crítico incluso afirma que “Al igual que pueden generar solución de conflictos, los fallos de la cortes pueden también no generar soluciones en el ambiente jurídico y constitucional”.³³ Finalmente, ninguna evidencia ha sido proporcionada por Ackerman para fundamentar su conjetura de que los jueces son más fieles a las políticas constitucionales que los órganos legislativos.

Un trabajo histórico reciente de Mark Tushnet da soporte a este escepticismo.³⁴ Tushnet afirma que muchos de los debates institucionales concernientes a las cortes y los órganos legislativos estaban motivados políticamente. Él muestra convincentemente que el apoyo u oposición sectaristas a las cortes (sobre el fundamento de que es más probable que las cortes sean más liberales o más conservadoras que los órganos legislativos) es erróneo porque las inclinaciones de las cortes no pueden ser predichas de forma confiable. Predicciones confiables relacionadas con el desempeño de las cortes sólo pueden hacerse con respecto a ciertas circunstancias históricas o sociales. El diseño institucional óptimo depende por tanto de contingencias particulares de la sociedad relevante. La ambición de los teóricos constitucionales de diseñar instituciones funcionales independientemente de esas contingencias indica que se requieren consideraciones no instrumentalistas.

La segunda razón para el fracaso de las teorías instrumentalistas se basa en la observación de que incluso si, contrario a nuestra conjetura, las teorías instrumentalistas pueden predecir confiablemente el desempeño de las cortes versus el de los órganos legislativos y asignar los poderes constitucionales de acuerdo con ello, no se deriva que las cortes deban ejercitar el poder del control. Jeremy Waldron distingue entre razones relacionadas con los resultados y razones relacionadas con el proceso.³⁵ El supuesto desempeño superior de las cortes es una “razón a favor del control judicial de la legislación relacionada el resultado”. Sin embargo, además de disputar las

³¹ Keith Whittington, “Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses”, *N.C. Law Review*, vol. 80, 2002, pp. 794-6.

³² Vermeule, *Judging under Uncertainty*, *op. cit.*, p. 249.

³³ Whittington, “Extrajudicial Constitutional Interpretation”, *op. cit.*, p. 800.

³⁴ Mark Tushnet, “The Rights Revolution in the Twentieth Century” en Michael Grossberg and Christopher Tomlins (eds.) *The Cambridge History of Law in America*, Volume 3, Cambridge University Press, 2008.

³⁵ Waldron, capítulo VIII en este volumen.

premisas relacionadas con este argumento basado en el resultado, Waldron también sostiene que las cortes son inferiores a los órganos legislativos por razones relacionadas con el proceso dado que, mientras “los órganos legislativos deben regularmente rendir cuentas a sus electores y mientras ellos se deben comportar como si sus credenciales electorales fueran importantes... nada de esto es cierto de los magistrados”.³⁶ El mero hecho de que los filósofos morales puedan ser mejores que los legisladores y los magistrados en la protección de derechos no justifica darle a los filósofos morales poderes de control sobre la legislación. Es difícil ver como la supuesta superioridad de los jueces en generar decisiones justifica concederles esos mismos poderes.

Además, las explicaciones instrumentalistas malinterpretan la esencia del debate relacionado con el control judicial de la legislación. Esta controversia no es acerca de la pericia de los jueces contra la de los legisladores o la calidad del desempeño de esas instituciones, este en una gran medida un debate acerca de la moralidad política de la toma de decisiones sobre la Constitución. Las teorías instrumentalistas se basan profundamente en generalizaciones empíricas relacionadas con las disposiciones institucionales de las cortes y los órganos legislativos. La institución encargada de tomar las decisiones constitucionales es aquella que probablemente puede generar la decisión correcta.³⁷ Así, el debate entre defensores y críticos del control judicial de la legislación es percibido como un debate tecnocrático acerca de la calidad del desempeño de diferentes instituciones.

Sin embargo, es difícil de creer que este grande y perenne debate acerca de los poderes constitucionales de las cortes es simplemente un debate tecnocrático parecido al debate acerca de los poderes institucionales de los entes administrativos. El debate del control judicial de la legislación es conducido por filósofos políticos, abogados constitucionalistas y abogados. Aunque algunos de los argumentos presentados por los participantes son instrumentalistas, el espíritu del debate y el rango de participantes indican que el debate del control judicial de la legislación y su alcance óptimo no debe ser entendido como un debate tecnocrático concerniente a las posibles consecuencias de diferentes sistemas de diseño constitucional. El debate no es sobre competencia institucional, sino acerca de moralidad política y legitimidad institucional. El defecto del institucionalismo es simplemente no entender los fundamentos de la controversia y su insistencia en instrumentalizar una pregunta que no debe ser instrumentalizada.³⁸ La sección III

³⁶ *Idem.*

³⁷ Vermeule, *Judging under Uncertainty*, *op. cit.*, p. 249.

³⁸ Los institucionalistas podrían sostener que su análisis también explica la relevancia de la moralidad política. Después de todo, como los institucionalistas conceden, para fundamentar la superioridad de una institución sobre la otra, se debe primero identificar los

tratará de defender el control judicial de la legislación sobre fundamentos no instrumentalistas.

III. LA JUSTIFICACIÓN NO INSTRUMENTALISTA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: EL DERECHO DE AUDIENCIA

1. *Introducción*

La sección II demostró la inadecuación de las justificaciones instrumentalistas a favor del control judicial de la legislación. Nuestro principal objetivo en esta sección es fundamentar una justificación no instrumentalista. Lo que es distintivo acerca de las cortes no es la sabiduría especial de las decisiones judiciales u otras consecuencias contingentes deseables derivadas de ellas, sino los procedimientos y el modo de deliberación que caracterizan a las cortes. Esos procedimientos son intrínsecamente valiosos independientemente de la calidad de las decisiones producidas por las cortes porque esos procedimientos son, por sí mismos, una realización del derecho de audiencia.

El argumento procede en dos partes. En la subsección 2 se discute el derecho de audiencia y establece su importancia. Sostiene que la protección de derechos presupone la protección de la oportunidad a desafiar lo que el titular del derecho considera es una violación. La subsección 3 afirma que el derecho de audiencia está encarnado en los procedimientos del proceso judicial, y que el control judicial de la legislación judicial o cuasi-judicial es la única forma en la cual el derecho de audiencia puede, como una cuestión conceptual, ser protegido. El control judicial de la legislación no es un mecanismo para proteger el derecho de audiencia; es, en realidad, su encarnación institucional.

2. *El derecho de audiencia*

Nuestra propuesta descansa en la visión de que el control judicial de la legislación está diseñado para facilitar la expresión de quejas mediante la protección del derecho de audiencia. El derecho de audiencia consiste de tres componentes: la oportunidad para expresar quejas, la oportunidad de

objetivos que esa institución debe cumplir. Vermeule, *Judging under Uncertainty*, *op. cit.*, pp. 83-5. Sin embargo, bajo esta concesión, existe un componente substancial de controversia que puramente tecnocrático, es decir, identificar la institución más capaz de realizar las metas constitucionales.

que se proporcione una justificación para una decisión que afecte (o pueda afectar) los derechos de alguien, y el deber de reconsiderar la decisión inicial que da lugar a la queja.³⁹ El derecho de audiencia tiene un valor independiente del mérito de la decisión que probablemente pueda ser producida al final de este proceso.

¿Cuándo y por qué los individuos tienen derecho de audiencia? El derecho de audiencia, sostenemos, depende de la afirmación del titular de la existencia de un derecho que esté sujeto a un desafío. El derecho de audiencia por tanto presupone una controversia moral relacionada con la existencia de un derecho anterior. Existen dos tipos de controversias que dan lugar a un derecho de audiencia.⁴⁰ El primero es la controversia relacionada con la justificabilidad de una infracción a un derecho X. En tal caso, el titular del derecho desafía la justificabilidad de una infracción afirmando que la existencia (*prima facie*) de un derecho es un supuesto compartido en la comunidad y que tal derecho ha sido infringido. Aquí, el derecho de audiencia está diseñado para proporcionar al titular de un derecho con una oportunidad para establecer que, contrario a las conjeturas de la persona que tiene el deber de respetar X, la infracción sobre X es injustificada. El segundo tipo de controversia ocurre cuando existe una disputa genuina concerniente a la existencia misma de un derecho X anterior. En este caso, el titular de un derecho desafía la afirmación de que ningún derecho ha sido infringido. Aquí, el derecho de audiencia está diseñado para proporcionar al titular del derecho con una oportunidad para establecer la existencia del mismo. En ambos casos, sostenemos, el derecho de audiencia no depende de la pertinencia de la queja del titular del derecho. Incluso si el titular del derecho está equivocado en su queja, él o ella están legitimados a una audiencia. Permítasenos investigar y examinar cada uno de estos casos.

El primer tipo de controversia ocurre cuando el titular desafía la justificabilidad de una infracción a un derecho. Un derecho es infringido justificadamente cuando es superado por otros intereses o derechos en conflicto.⁴¹

³⁹ Eylon y Harel, “The Right to Judicial Review”, *op. cit.*, p. 1002.

⁴⁰ En Eylon y Harel, “The Right to Judicial Review”, *op. cit.*, sólo un tipo de controversia fue considerado. Como veremos más adelante, sin embargo, existe un segundo tipo de disputa que también genera un derecho de audiencia.

⁴¹ Para la distinción entre la infracción y la violación de derechos, véase Judith J. Thomson, “Some Ruminations on Rights”, *Arizona Law Review*, vol. 19, 1997, pp. 50; y Alon Harel, “Theories of Rights” en Martin Golding y William Edmundson (eds.) *The Blackwell Guide of Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 2005. Para dudas relacionadas con la pertinencia de la distinción entre infracción y violación, véase, John Oberdiek, “Lost in Moral Space: On the Infringing/Violating Distinction and Its Place in the Theory of Rights”, *Law and Philosophy*, vol. 23, 2004, pp. 325-345.

Si, en mi camino para una cita para almorzar, tengo que detenerme para salvar a un niño y consecuentemente perder mi cita, el derecho de la persona que esperaba reunirse conmigo ha sido (justificadamente) infringido.

Las infracciones a los derechos pueden dar pie a dos tipos que reclamamos por parte del titular.⁴² Una queja está basada simplemente en la afirmación de que la infracción es injustificada, es decir, es una violación del derecho. La segunda queja, sin embargo, es de naturaleza procedimental. Cuando alguien infringe el derecho de otro, típicamente se encuentra una queja basada no en la convicción de que la infracción es injustificada, sino basada en que la infracción, cuando es justificada, debe hacerse sólo si al titular se le ha proporcionado la oportunidad de expresar sus quejas. Los reclamos que surgen por una promesa incumplida pueden proporcionar ejemplos de tales quejas.* El promisorio de una promesa que ha sido incumplida puede protestar diciendo “usted no tienen ningún derecho a romper su promesa *sin consultarme primero*”. El uso retórico de “tener un derecho” invoca una intuición común de que cuando los derechos de una persona están en cuestión, esta persona está legitimada a expresar sus quejas, solicitar una explicación o desafiar la infracción. Tal derecho no puede ser explicado por la convicción de que respetar la promesa garantiza la protección eficaz de los derechos del promisorio. Incluso bajo circunstancias donde los derechos del promisorio estarían mejor protegidos si no hubiera lugar a ninguna audiencia, se le debe proporcionar al promisorio de la oportunidad de desafiar la decisión del promitente.

Las infracciones a los derechos desencadenan un deber de proporcionar una audiencia. De hecho, algunos teóricos han sostenido que el derecho de audiencia proporciona una “prueba de tornasol” para diferenciar los casos que involucran infracciones de los casos en los cuales ningún derecho *prima facie* existía en primer lugar. Al señalar esto, Phillip Montague sostuvo que:

Si Jones tiene un derecho a A y se prohíbe actuar, entonces al él se le debe al menos una disculpa. Pero si Jones tiene sólo un derecho *prima facie* a A, tal que prohibirle actuar es permisible, entonces quienquiera que le prohíba actuar no tienen ninguna obligación de disculparse. *Sin embargo, casi en todos los casos le debe una explicación.* Y esta obligación a explicar me parece suficiente para distinguir situaciones en las cuales los derechos *prima facie* son infringidos de

⁴² Eylon y Harel, “The Right to Judicial Review”, *op. cit.*, p. 1002-3.

* *N. de. T.* Para mayor claridad, debe entenderse que los autores se refieren a la promesa como una institución moral en general, no a las promesas en derecho en particular.

situaciones en las cuales no hay ningunos derechos en disputa —ni siquiera derechos *prima facie*—. ⁴³

El derecho de audiencia en casos de disputas relacionadas con la justificabilidad de una infracción depende de la existencia de un derecho previo que esté siendo infringido (ya sea justificada o injustificadamente). Existe así un vínculo importante entre los derechos individuales y el derecho derivado, es decir, el derecho de audiencia. La existencia de un derecho anterior independiente da al titular una participación mayor en ese derecho, incluso cuando el derecho sea justificadamente superado. El titular retiene algún poder sobre la ejecución del derecho incluso cuando el derecho sea justificadamente infringido. El derecho de audiencia se fundamenta en el hecho de que las personas ocupan una posición especial con respecto a sus derechos. Los derechos demarcan un límite que debe ser respetado, una región en la cual el titular es el único amo. La relación de alguien con su derecho, es decir, su dominio sobre tal derecho, no desaparece cuando el derecho es limitado justificadamente. Cuando la infracción al derecho está en disputa, la pregunta de si puede ser justificable infringir ese derecho no es equivalente a la pregunta de si alguien debería tener dominio sobre la cuestión. Una determinación de que el derecho ha sido justificadamente infringido no anula la posición privilegiada del titular del derecho. Por el contrario, su posición privilegiada se hace más concreta al garantizársele al titular un derecho de audiencia. Así, infringir el derecho unilateralmente es erróneo incluso cuando la infracción misma está justificada, porque el titular estaría siendo tratado como alguien que no tiene ninguna incumbencia en la cuestión.

¿En qué consiste el derecho de audiencia desencadenado por la infracción de un derecho previo? En un trabajo previo, uno de nosotros identificó tres componentes del derecho de audiencia: una oportunidad para la víctima de la infracción de expresar su queja (ser escuchado), que se proporcione una explicación a la víctima de la infracción que presenta la queja, y una voluntad basada en principios a respetar el derecho si resulta que la infracción es injustificada. ⁴⁴

Para señalar la importancia de estos componentes, considérese el siguiente ejemplo. Asumamos que A promete a B reunirse con él para almorzar, pero circunstancias inesperadas (por ejemplo, un funeral), afectan los planes de A. El promitente cree que estas circunstancias superan su obli-

⁴³ Phillip Montague, “The Nature of Rights: Some Logical Considerations”, *Nous*, vol. 19, 1985, pp. 368. Véase, además, *Idem*, p. 350.

⁴⁴ Eylon y Harel, “The Right to Judicial Review”, *op. cit.*, p. 1002-6.

gación de ir a almorzar. Parece que la promesa bajo estas circunstancias merece una “audiencia” (en la medida en que sea prácticamente posible), consistente en tres componentes. Primero, el promitente debe proporcionar al promisario una oportunidad de desafiar la decisión de la ruptura de la promesa. Segundo, él debe estar dispuesto a entablar una deliberación moral significativa, resolviendo las quejas en la luz de las circunstancias particulares. Finalmente, el promitente debe estar dispuesto a reconsiderar la decisión de la ruptura de la promesa.

El primer componente, es decir, el deber de proporcionar al promisario una oportunidad de desafiar su decisión, se explica sólo. Los componentes segundo y tercero requieren clarificaciones adicionales. Para entender la relevancia moral de la voluntad para entablar una deliberación moral significativa, imaginemos lo siguiente. El promitente informa al promisario que algún tiempo en el pasado, él adoptó la regla que en un caso de conflicto entre almuerzos y funerales, él siempre asistiría al funeral. Cuando sea desafiado por el promisario, el promitente recitará los argumentos utilizados en deliberaciones pasadas sin demostrar que esos argumentos justifican la ruptura de esta promesa en las circunstancias actuales, es decir, sin tomar en consideración la promesa actual de ninguna forma. Tal conducta viola el deber del promisario de entablar una deliberación moral significativa.⁴⁵ El deber requiere deliberación concerniente a la justificabilidad de la decisión a la luz de las circunstancias específicas. Esto no ocurre porque la deliberación original que condujo a la formación de las reglas sea necesariamente errónea. Quizá la deliberación anterior que condujo a la formación de la regla fue perfecta, y quizá tal deliberación sobre la regla abstracta e imparcial probablemente genere decisiones más adecuadas que la deliberación que surja de la evaluación de las circunstancias presentes. La obligación de proporcionar una audiencia no es una obligación instrumental diseñada para mejorar la calidad de la toma de decisiones, y consecuentemente, su fuerza no depende de si el respeto a esta obligación probablemente genere mejores decisiones. La obligación de entablar una deliberación moral se le debe al titular del derecho como una cuestión de justicia. El promisario está legitimado a cuestionar y desafiar la decisión porque sus derechos han sido infringidos.

¿Implica esta tesis que las reglas nunca pueden ser utilizadas para responder la queja del titular de un derecho? Si es así, ¿no implica esta propuesta que la misma habilidad para utilizar deliberación basada en reglas,

⁴⁵ El ejemplo es tomado de Eylon y Harel, “The Right to Judicial Review”, *op. cit.*, p. 1002-3.

y, por tanto, imponer cargas irrealistas sobre la toma de decisiones? Para resolver estas objeciones, algunas clarificaciones adicionales son necesarias. La examinación concreta de lo que se requiere del promitente o algún otro obligado no prohíbe el uso de reglas. El uso de reglas es algunas veces necesario para identificar el alcance y el peso de los derechos de los individuos. Sin embargo, incluso para fundamentar que la regla del tipo “los funerales son más importantes que los almuerzos” deben guiar al promitente, una examinación concreta es necesaria pues en algunos casos la deliberación basada en reglas es impermisible.⁴⁶ Una examinación concreta de la pertinencia de aplicar una regla en el caso concreto siempre es requerida. Algunas veces el alcance y profundidad de la examinación concreta es mínima y consecuentemente impone pocas cargas sobre el encargado de tomar la decisión. En otras ocasiones, el alcance y la profundidad requerido para el tomador de la decisión es extenso.

Por último, nótese la relevancia del tercer componente, es decir la voluntad de reconsiderar la decisión inicial basándose en la convicción de que el derecho puede ser infringido de forma justificada. Para notar esta relevancia, imagínese que el promitente, quién está dispuesto a entablar una la deliberación moral, anuncia (o peor, decide sin anunciar) que su decisión es final. Es evidente que tal promitente viola el derecho a proporcionar una audiencia, incluso si él está dispuesto a proporcionar una oportunidad para que el promisorio exprese sus quejas e incluso si el proporciona una explicación. Una audiencia genuina requiere un “corazón abierto”, es decir, una voluntad basada en principios a reconsiderar una decisión a la luz de la deliberación moral. Esto no ocurre porque tal disposición a reconsiderar la decisión genere una mejor decisión de parte del promitente. La reconsideración es requerida incluso cuando no incremente la probabilidad de que la decisión “correcta” sea producida.

Hasta ahora hemos examinado al derecho de audiencia en el primer tipo de controversia sobre los derechos, es decir, controversias que tratan de si una *infracción* dada a un derecho está justificada o no. Cambiemos nuestro foco de atención a un segundo tipo de controversia, es decir, el caso en el cual existe una disputa genuina relacionada con la existencia del derecho en el primer lugar. Para establecer la existencia de un derecho de audiencia en tal caso, permítasenos establecer la fuerza intuitiva de la afirmación mediante un ejemplo. Exploraremos más adelante cual justificación de prin-

⁴⁶ Alon Harel y Assaf Sharon, “What is Really Wrong with Torture”, *International Journal of Criminal Justice*, vol. 6, 2008, pp. 241-259.

cipio puede proporcionarse para la existencia de un derecho de audiencia bajo tales circunstancias.

Considérese el siguiente caso. John le promete a su amiga Susan que en ausencia de razones que lo hagan especialmente inconveniente para él, él la llevará al aeropuerto. El día siguiente, pocas horas antes del tiempo acordado, John tiene un resfriado moderado y le informa a Susan que no la puede llevar. Dada la naturaleza provisional de su promesa, John arguye que Susan no tiene ningún derecho (ni siquiera un derecho *prima facie*) a ser llevada por él al aeropuerto.

Al contrario del caso anterior, la disputa entre Susan y John no es sobre si la promesa ha sido rota justificadamente por circunstancias inesperadas, sino sobre si las condiciones que dan lugar al derecho fueron cumplidas en primer lugar. John sostiene que un resfriado moderado es una “razón especial que hace especialmente inconveniente para él” llevar a Susan al aeropuerto, y, consecuentemente, él cree que Susan no tienen ningún derecho en absoluto a que él la lleve. Susan discrepa. Ella cree que un resfriado moderado no es una “razón que hace especialmente inconveniente” para John llevarla al aeropuerto, y, conscientemente, ella cree tener un derecho a que él la lleve. Parece ser que, sin tener en cuenta quién está en lo correcto, John debe iniciar una deliberación concerniente a la existencia o inexistencia de tal derecho. No hacer eso es un error moral por parte de John, sin tener en cuenta si él está justificado o no en su creencia de que las condiciones de la promesa no fueron satisfechas en este caso. Además, el deber de John de proporcionar una “audiencia” no parece depender de si tal audiencia en realidad conduce a la decisión “justa” o “correcta”. El deber de proporcionar una audiencia por tanto no depende de consideraciones instrumentales.

El derecho de audiencia en tal caso tiene una estructura similar al derecho de audiencia desencadenado por un caso donde la disputa es acerca de la justificabilidad de la infracción. Consiste de los mismos tres componentes. Primero, John debe proporcionar a Susan una oportunidad para desafiar su decisión de quedarse en casa, es decir, una oportunidad para establecer si ella tiene un derecho que él la lleve al aeropuerto. Segundo, John debe estar dispuesto a entablar una deliberación moral significativa que responda a la queja de Susan en las circunstancias particulares. Es por tanto erróneo de parte de John utilizar una regla general, es decir una regla que establezca que “cualquier inconveniente físico es una razón especial para infringir tal promesa”, sin examinar la corrección de la regla a la luz de las circunstancias particulares. Finalmente, John debe estar dispuesto a reconsiderar su decisión a la luz de los argumentos proporcionados en el curso de la deliberación moral y actuar consecuentemente con ellos. La disposición genuina

basada en principios de parte de John de reconsiderar su decisión de acuerdo con la deliberación es necesaria para el respeto del derecho de audiencia de Susan.

Este ejemplo puede proporcionar alguna fuerza intuitiva a la afirmación de que un derecho de audiencia aplica no sólo en los casos de una infracción potencial a un derecho existente, sino también en los casos donde existe una disputa genuina y razonable concerniente a la existencia misma de un derecho. Sin embargo, se puede decir que es más difícil explicar el fundamento normativo de un derecho a presentar una queja cuando el mismo derecho que proporciona el fundamento de la queja puede no existir. ¿Cómo puede tal derecho de audiencia ser vindicado cuando, al contrario del caso de la infracción, no descansa en la existencia incontrovertida de un derecho *prima facie* anterior?

Si existe un derecho de audiencia en tal caso, debe estar fundamentado en el estatus especial del titular del derecho. Puede decirse que los titulares de los derechos deben tener la oportunidad de establecer su convicción de que a ellos en realidad se les debe un derecho particular. Privarlos de tal oportunidad (incluso en casos en los cuales ellos sostienen erróneamente que tienen un derecho) es injusto porque tal privación no los respeta como potenciales titulares de derechos. Bajo este argumento, precisamente al igual que un derecho *prima facie* que es justificadamente infringido deja su huella (o residuo moral) en la forma de un derecho de audiencia, también una disputa concerniente a la existencia de un derecho deja su huella en la forma de un derecho de audiencia incluso cuando, después de investigación adicional, se puede concluir que el “derecho” que da lugar a la disputa nunca existió en primer lugar.

Intuiciones de sentido común subyacentes al discurso de los derechos proporcionan fundamentación adicional a la visión de que los derechos están conceptualmente vinculados con un derecho de audiencia. Las teorías de los derechos han estado obsesionadas con el intento de explicar el estatus especial de los titulares de los derechos y en particular de la intuición de que los titulares de los derechos tienen alguna forma de control sobre los mismos. La idea de control es central a las “teorías de la elección” de los derechos, teorías que sostienen que los derechos son elecciones protegidas.⁴⁷ De forma más significativa, de acuerdo con las teorías de la elección, los titulares de los derechos tienen poderes para renunciar a los deberes que otros les deben, a no forzar la aplicación coercitiva de los deberes que sus

⁴⁷ H.L.A. Hart, “Legal Rights”, en *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, New York: Oxford University Press, 1982, pp. 162-193.

derechos generan, o renunciar al derecho a ser compensado en caso de violación. Sin embargo, la forma en que los teóricos de la elección entienden el papel de los titulares de los derechos ha estado sujeta a críticas poderosas.⁴⁸ Nuestra propuesta puede proporcionar una forma alternativa de entender en qué consiste el control de los titulares sobre sus derechos. Bajo esta visión, el control de los titulares de los derechos (o de los pretendidos titulares) les concede a ellos una oportunidad de participar en el razonamiento o deliberación sobre los mismos. La conjetura concerniente a las relaciones conceptuales entre el discurso de los derechos y el derecho de audiencia es especulativa. Sin embargo, sirve para reafirmar el caso establecido independientemente de nuestras discusiones previas.

Se puede decir que parece que el derecho de audiencia no puede ser aplicado a ningún caso de disputa moral concerniente a derechos. Bajo esta objeción parece ser que nuestra afirmación es demasiado exigente en tanto los individuos pueden desencadenar el derecho de audiencia sin tener ninguna razón en absoluto, simplemente afirmando que ellos tienen un derecho. Una persona que alocadamente crea que cada vez que yo tomo mi desayuno estoy violando sus derechos estaría legitimada a una audiencia. El derecho de audiencia –si desea conservar alguna plausibilidad– debe garantizarse de forma más selectiva, es decir, el derecho debe concedérsele sólo a aquellos que presenten demandas razonables o plausibles de derechos.⁴⁹

Discrepamos y sostenemos que el derecho a una audiencia debe ser concedido y sostenido en el caso de cualquier disputa. Es claro que el alcance y la profundidad de una audiencia satisfactoria podrían diferir de caso a caso. En el caso de peticiones locas, simplemente encogerse de hombros constituiría una audiencia satisfactoria. Sin embargo, lo que es distintivo acerca del discurso de los derechos es que las quejas relacionadas con su violación real o imaginada dan lugar a una audiencia. El alcance y la profundidad de la audiencia difieren de acuerdo con la naturaleza de la violación su razonabilidad.

Puede argüirse que en ambos casos discutidos anteriormente (el ejemplo del almuerzo y el ejemplo del aeropuerto) son irrelevantes para la cuestión en disputa. A diferencia del promitente, el Estado está en una posición de autoridad legitimada a través del proceso democrático. Se puede decir que locuciones tales como “usted no tiene ningún derecho” pertenecen al reino de lo interpersonal y el carácter intuitivo del derecho de audiencia está confinado a tales contextos, y que, por tanto, el supuesto derecho de au-

⁴⁸ Harel, “Theories of Rights”, *op. cit.*

⁴⁹ Agradezco a David Enoch por formular esta objeción.

diencia no se extiende a relaciones autoritativas. Esta visión sostendría que al igual que a cualquier comandante militar no se le requiere reconsiderar sus órdenes a la luz de cualquier queja, tampoco debería hacerlo el Estado. No se le puede requerir al Estado que proporcione una audiencia, y una falta de audiencia no compromete la legitimidad del Estado.

Esta no es la forma en la que los teóricos políticos ven las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos. Los teóricos políticos y jurídicos comparten la visión de que el Estado tiene un deber amplio similar a lo que hemos llamado derecho de audiencia. Como Laurence Tribe dijo:

Tanto el derecho a ser escuchado, como el derecho a ser explicado por qué, son analíticamente distintos del derecho a asegurar un resultado diferente; esos derechos a intercambiar [ideas] expresan a la idea elemental de que ser una persona, y no una cosa, es al menos ser consultado acerca de lo que se va a hacer con uno.⁵⁰

Los contornos de nuestra posición favoreciendo al control judicial de la legislación pueden ahora ser discernidos más claramente. Existen dos tipos de casos que, en nuestra visión, justifican el control judicial de la legislación de la legislación. Primero, cuando una persona tiene un derecho y ese derecho es (justificada o injustificadamente) infringido por el legislativo, a esa persona se le debe un derecho de audiencia. Segundo, cuando existe una dispute acerca de si una persona tiene un derecho y el legislativo aprueba legislación de la que, podría decirse, viola el derecho en disputa, al individuo se le debe un derecho de audiencia.⁵¹ En ambos casos, el derecho de audiencia consiste en un deber de parte el Estado de proporcionar al titular del derecho a una oportunidad para desafiar la infracción, una disposición por parte del Estado de entablar una deliberación moral y proporcionar una explicación, y una disposición por parte del Estado a reconsiderar la presunta violación a la luz de esa deliberación. Además, la deliberación moral requerida al Estado no puede consistir en una deliberación abstracta o general —la clase de deliberación que caracteriza al proceso legislativo—. Debe consistir

⁵⁰ Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, 1 ed., Mineola, NY, Foundation Press, 1989, p. 503.

⁵¹ La distinción entre los dos tipos de casos es familiar para los constitucionalistas extranjeros. Los Derechos constitucionales canadienses y sudafricanos distinguen claramente entre dos etapas del escrutinio constitucional, análogas a las discutidas aquí. Para la discusión canadiense de este asunto, véase, Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2da edición, Toronto, Carswell, 1985, p. 808. Para la discusión del caso sudafricano, véase, Halton Cheadle; Dennis Davis y Nicholas Haysom, *South African Constitutional Law. The Bill of Rights*, Butterworth SouthAfrica, 2002, p. 296.

en una deliberación particularizada o individualizada que explique la queja particular a la luz de las circunstancias particulares.

El derecho de audiencia no está diseñado para mejorar la toma de decisiones. No estamos ni siquiera comprometidos con la tesis de que garantizar un derecho de audiencia probablemente genere decisiones superiores. La pertinencia de la concepción del derecho de audiencia del control judicial de la legislación no depende de establecer que el control judicial de la legislación congenia más con la protección de derechos que sistemas alternativos, o que garantizar el derecho de audiencia protege mejor a la democracia, la estabilidad, la estructura democrática dual, o incluso si sirve para maximizar la audiencia que se le da a las quejas. Esto es precisamente lo que hace esta posición inmune a las objeciones presentadas contra las visiones instrumentalistas. La única virtud del control judicial de la legislación es el hecho de que constituye la audiencia que se les debe a los ciudadanos como una cuestión de derecho.

Antes de girar nuestra atención al papel de las cortes en la facilitación de una audiencia, permítasenos investigar más este último enunciado. Como fue señalado anteriormente, la pertinencia de la concepción del derecho de audiencia del control judicial de la legislación no depende de demostrar que una audiencia congenia más con la protección de ningún valor sustantivo que cualquier sistema alternativo. Pero la concepción del derecho de audiencia del control judicial de la legislación no es completamente insensible a la calidad de las decisiones judiciales. La concepción del derecho de audiencia del control judicial de la legislación presupone que las quejas individuales sean seriamente consideradas y evaluadas, y que las instituciones diseñadas para investigar esas quejas estén comprometidas de buena fe y que exista deliberación moral seria. Mientras que la concepción basada en el derecho de audiencia del control judicial de la legislación rechaza la tesis instrumentalista de que el control judicial de la legislación está justificado sólo en la medida en que “maximice” la probabilidad de generar decisiones “correctas” o “justas”, o promover metas constitucionales, esta concepción sigue sosteniendo que las cortes deben entablar una deliberación de buena fe para respetar este derecho. Es inconcebible que tal deliberación de buena fe fracase en proteger los derechos de una forma adecuada.

3. El derecho de audiencia y el proceso judicial

Hasta ahora hemos establecido que los individuos tienen un derecho de audiencia. Tal derecho entra a jugar un papel cuando (otros) derechos han

sido infringidos (justificada o injustificadamente) o cuando la misma existencia de (otros) derechos sea disputada (justificada o injustificadamente). Es momento de explorar las relaciones exactas entre el derecho de audiencia y el control judicial de la legislación. ¿En qué formas, si existen algunas, puede un derecho de audiencia justificar el control judicial de la legislación? ¿No podemos atrincherar procedimientos de “control legislativo de constitucionalidad” o control no judicial que sean superiores o, al menos, adecuadas para proteger el derecho de audiencia? Esta posibilidad puede ser considerada como un desafío a la distinción fundamental esbozada anteriormente en este escrito entre las justificaciones instrumentalistas y no instrumentalistas a favor del control judicial de la legislación. Bajo esta objeción, el intento para reemplazar la justificación instrumentalista a favor del control judicial de la legislación fundada en objetivos extrínsecos (tales como la protección de los derechos o la participación, o mantener la estabilidad y la coherencia) por justificaciones no instrumentalistas (basadas en el derecho de audiencia) fracasan porque no existe nada intrínsecamente judicial en el proceso diseñado para proteger a una audiencia. Dicho de otra forma, bajo esta objeción el esquema institucional diseñado para proteger el derecho de audiencia podría en sí mismo ser conceptualizado como uno instrumentalista. Tal aproximación instrumentalista al derecho de audiencia sostendría que la Constitución está diseñada para proteger o promover la audiencia y que la institución que debe ser asignada con la tarea de revisar la legislación debe ser una institución que facilite o maximice el respeto por el derecho de audiencia. Se podría decir que, incluso si resulta que tal institución son las cortes, no implica que *necesariamente* deban ser instituciones judiciales. Así, el control judicial de la legislación siempre está sujeto al desafío instrumentalista de que no es el mejor mecanismo institucional para facilitar la audiencia. De acuerdo con esta objeción, no existe ninguna diferencia fundamental estructural entre las justificaciones instrumentalistas descritas y criticadas en la sección II (que sostienen que el control judicial de la legislación está diseñado para proteger derechos substantivos, la democracia o la estabilidad) y las justificaciones basadas en el derecho de audiencia (que sostienen que el control judicial de la legislación está diseñado para proteger el derecho de audiencia, o maximizar la audiencia de las quejas, etc.).

Para demostrar nuestra afirmación de que el derecho de audiencia proporciona una justificación no instrumentalista a favor del control judicial de la legislación, necesitamos establecer que el procedimiento judicial no es simplemente un instrumento para proporcionar una audiencia. De hecho esos procedimientos *constituyen* la audiencia. Existe una afinidad especial entre la deliberación judicial y el derecho de audiencia tal que establecer los

procedimientos judiciales es equivalente a proteger el derecho de audiencia. Para defender esta afirmación, debemos mostrar que (a) las cortes están especialmente diseñadas para conducir una audiencia, y (b) que otras instituciones puedan conducir una audiencia, sólo ocurren porque ellas operan de una forma judicial. Operar en una forma judicial es (como cuestión de verdad conceptual) una forma de respetar el derecho de audiencia. Si estas observaciones son correctas, la teoría del derecho de audiencia del control judicial de la legislación difiere de forma fundamental de las demás debido a que su pertinencia no depende de conjeturas empíricas.

La primera tarea, es decir, demostrar que las cortes están especialmente equipadas para facilitar la audiencia, requiere mirar a los procedimientos que caracterizan a las cortes. Parece incontrovertido (en la medida que algo pueda ser incontrovertible) que las cortes están diseñadas para responder a las quejas individuales. Esto no es una característica única al litigio constitucional. Caracteriza tanto el litigio civil y penal, y es considerado como una característica misma del proceso judicial como tal.⁵² La forma judicial de evaluar quejas individuales se compone de tres componentes. Primero, el proceso judicial proporciona una oportunidad para que un individuo presente una queja y desafíe una decisión.⁵³ Segundo, impone un deber de parte del Estado (o de otras entidades) de proporcionar una justificación razonada para la decisión que da lugar al desafío.⁵⁴ Por último, el proceso judicial involucra, al menos idealmente, una reconsideración genuina de la decisión que da pie al desafío, lo cual en últimas puede conducir a una reconsideración de la decisión inicial que dio lugar a la queja.⁵⁵ Si puede demostrar que el control judicial de la legislación está justificado con base en esas características procedimentales, se deriva que las cortes son particularmente adecuadas para la realización de tal control.

⁵² Bieckel, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 173; Donald Horowitz, "The Judiciary: Umpire or Empire", *Law and Human Behaviour*, vol. 6, 1982, p. 131; Richard Fallon, "Reflection on the Hart and Wechsler Paradigm," *Vanderbilt Law Review*, vol. 47, 1994, pp. 953-991.

⁵³ Esto por supuesto está implicado en la Cláusula de Debido Proceso [de la Constitución de los Estados Unidos]. Véase, *Mullane v. Hanover Central Bank & Trust Co.* 339 US 306, 313 (1950); *Boddie v. Connecticut* 401 U.S. 371, 377 (1971).

⁵⁴ El deber de proporcionar una decisión razonada es una parte esencial del proceso judicial. Véase, David Shapiro, "In Defense of Judicial Candor", *Harvard Law Review*, vol. 100, 1987, pp. 731-750; Fallon, "Reflection on the Hart and Wechsler Paradigm," *op. cit.*, p. 966; Scott Idleman, "A Prudential Theory of Judicial Candor", *Texas Law Review*, vol. 73, 1995, p. 1309

⁵⁵ Herbert Weschler, "Towards Neutral Principles of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, vol. 73, 1959, p. 19; Steven Burton, *Judging in Good Faith*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pp. 36-7.

Para fundamentar esta afirmación, considérese la naturaleza del fracaso de parte de una corte para proteger el derecho de audiencia. Tal fracaso es diferente del fracaso de parte de la corte de generar una decisión justa o correcta. Este último fracaso implica que las cortes son falibles, pero no desafía su estatus como cortes. En contraste, el primer fracaso, es decir, el fracaso en proteger el derecho de audiencia, es un fracaso de parte de las cortes de hacer aquello para lo cual las cortes están especialmente diseñadas; es un fracaso de actuar judicialmente, es, en resumen, un fracaso para funcionar como una corte. Parece evidente por tanto que las cortes están especialmente equipadas para proteger el derecho de audiencia.

La segunda tarea, es decir, establecer que, como una cuestión conceptual, otras instituciones conducen una audiencia sólo en la medida en que ellas actúan en una forma judicial, es quizá una tarea más complicada.

La justificación basada en el derecho de audiencia del control judicial de la legislación requiere solamente una garantía de que las quejas sean examinadas *de ciertas formas y utilizando ciertos procedimientos y modos de razonamiento*, pero no nos dice nada sobre la identidad de la institución encargada de la realización de la tarea. Así, en principio, el derecho de audiencia puede ser protegido por cualquier institución, incluyendo quizá el órgano legislativo.

Sin importar cuál fuera la institución que realice esta tarea, tal institución inevitablemente utilizaría procesos que son indistinguibles de aquellos utilizados por las cortes. Hemos argüido previamente en esta sección que las cortes están diseñadas para investigar las quejas individuales, y que tal investigación es crucial para proteger el derecho a una audiencia. Esta pertinencia de las cortes, sin embargo, no es accidental, es una característica esencial de proceso judicial. Las cortes les proporcionan a los individuos una oportunidad para quejarse de lo que ellos perciben como violaciones de sus derechos, las cortes también se dedican a la deliberación moral y proporcionan una explicación para la supuesta violación, y, por último, las cortes reconsideran la presunta violación a la luz de la deliberación. Las instituciones que desarrollan modos similares de operación —modos que son apropiados para proteger el derecho de audiencia— por tanto inevitablemente se vuelven instituciones que operan de una forma judicial. Entre más efectivas sean esas instituciones en la facilitación de la audiencia, más se parecerán esas instituciones a las cortes. La justificación de derecho de audiencia para el control judicial de la legislación no sólo necesita establecer que *alguna* institución diseñada para respetar este derecho, sino también debe establecer que la afirmación que *la* institución diseñada para conducir la audiencia opera en forma similar a las cortes y que los procedimientos,

modos de razonamiento y modos de operación de tal institución se parecen a aquellos de las cortes.

Hasta ahora hemos establecido que el derecho de audiencia justifica el control judicial de la legislación. Sin embargo, debemos sostener que esta visión también fundamenta la supremacía judicial. La supremacía judicial, como algo diferente del control judicial de la legislación, sostiene que las cortes no sólo resuelven una disputa relacionada con los litigantes directamente frente a ellos, sino que también interpretan autoritativamente el significado constitucional.⁵⁶ La supremacía judicial por tanto requiere deferencia por parte de los otros funcionarios del gobierno a los dictados constitucionales de las cortes, no sólo con respecto al caso en particular, sino también con respecto de la validez de las normas jurídicas.

Podría decirse que la justificación del derecho de audiencia del control judicial de la legislación no puede justificar la supremacía judicial. Cuando más, puede justificar que las cortes (o cualquier otra institución diseñada para proteger el derecho de audiencia) tomen decisiones particulares y concretas que se apliquen al caso en cuestión. El derecho de audiencia simplemente dicta que se les dé una oportunidad para expresar sus quejas a aquellas *personas cuyos derechos están en disputa*, que se les proporcione a ellos una explicación que responda *sus* quejas, y que la supuesta violación *en sus casos* sea reconsiderada a la luz de la audiencia. Pero, ¿debería tal decisión conllevar un valor normativo adicional? ¿Por qué debería establecer un precedente para otros casos o conllevar cualquier otro peso normativo?

Dicho de forma estricta, el derecho de audiencia puede sólo justificar que las cortes reconsideren las preocupaciones presentadas por una persona cuyos derechos pueden haber sido infringidos y que desea desafiar la supuesta infracción. Podemos denominar al sistema que satisface tales condiciones un “control específico al caso”. El sistema romano antiguo es un ejemplo de tal sistema. Bajo al Derecho Romano, los tribunos tenían el poder de veto —es decir, de prohibir un acto de cualquier magistrado que imponga injustamente cargas a cualquier individuo— pero no podrían invalidar a la legislación que generaba el acto violatorio.⁵⁷

⁵⁶ Véase nota al pie 9.

⁵⁷ H.F. Jolowicz y Barry Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, 3ra ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1972, p. 12. En alguna medida, éste es el sistema que prevalece en los Estados Unidos. La mayor parte de los desafíos constitucionales en los Estados Unidos son desafíos “*as applied*”. Véase, *Gonzales v. Carhart* 550 U.S. 1, 38 (2007). [*N. de. T.* En el derecho constitucional de los Estados Unidos, hay dos tipos de desafíos constitucionales: por un lado, se denomina “*facial challenges*” o desafíos “*faciales*” a cuando el demandante manifiesta que la legislación es inconstitucional en todos los casos y por tanto

Sin embargo, es fácil ver las deficiencias de tal sistema. Existen razones convincentes que explican por qué las decisiones producidas por las cortes deberían tener ramificaciones normativas que se extiendan más allá del caso en cuestión. Una ojeada a la inmensa literatura concerniente a los precedentes nos proporciona una gran variedad de tales argumentos. Consideraciones de certeza, predictibilidad, coordinación, etc. proporcionan razones independientes para otorgar a las decisiones de las cortes una aplicación más amplia y normativamente extendida.⁵⁸ Razones convincentes apoyan la conjetura de que las decisiones judiciales tienen repercusiones normativas que se extienden más allá de las quejas particulares consideradas por las cortes. La fuerza normativa que tales decisiones conllevan puede ser controversial. Pero, es evidente que las decisiones judiciales particulares deben tener alguna fuerza normativa que se extienda más allá de los casos particulares en cuestión.

Para resumir, hemos sostenido que el derecho a una audiencia puede justificar el control judicial de la legislación. El derecho de audiencia requiere el establecimiento de instituciones que sean capaces de seguir ciertos procedimientos y conducir ciertas formas de razonamiento diseñadas para proteger el derecho a tener una audiencia. Las instituciones que son diseñadas para proteger el derecho de audiencia son solamente las cortes y las instituciones similares a las cortes –instituciones que operan de una forma judicial–. Nuestra tesis justifica conceder a las cortes (o a cualquier institución capaz de conducir una audiencia) poderes para examinar o reconsiderar quejas presentadas por los individuos concernientes a sus derechos. Nuestra propuesta no explica directamente la fuerza de precedente

nula. Por otro lado, se denomina un “*as applied challenge*”, a aquellos donde el demandante alega que una aplicación particular de la ley es inconstitucional.] Cuando la corte aplica un remedio *as applied*, declara que el estatuto mismo (o parte de él) es inconstitucional con respecto a todos los litigantes. Este fallo es vinculante para las partes en litigio. En contraste, cuando una corte emite un remedio “facial”, declara que el estatuto mismo (o parte de él) es inconstitucional con respecto a todos los litigantes. La diferencia práctica entre los dos remedios es clara desde la perspectiva de los litigantes futuros. Si una ley es anulada *as applied* a un conjunto particular de circunstancias, un litigante futuro siempre tendrá que argüir que ellos también están bajo las mismas o similares circunstancias, y una corte tendrá que aceptar el argumento, y declarar que la ley es inconstitucional con respecto al nuevo litigante. Si, por el otro lado, una norma es derogada “facialmente”, esto sería innecesario, y todos los actores políticos y jurídicos, particularmente los litigantes, pueden ignorar la ley inconstitucional o parte de ella. Aunque no se trata de conceptos totalmente equivalentes, hay alguna similitud en esta idea entre una acción de constitucionalidad y el desafío facial, y la excepción de inconstitucionalidad y el desafío “*as applied*”].

⁵⁸ Gerald Postema, “Some Roots of Our Notion of Precedent” en Laurecen Goldstein (ed.) *Precedent in Law*, Oxford: Clarendon Press, pp. 9-33.

de tales decisiones. Sin embargo, dado que las cortes tienen (o deben tener) los poderes necesarios para proteger el derecho de audiencia, sus decisiones deben tener ramificaciones que se extiendan más allá de los casos particulares considerados por ellos. La extensión de nuestra visión es necesaria para justificar el entendimiento convencional de la supremacía judicial. Esto es lo que hace nuestra explicación simplemente un argumento central a favor del control judicial de la legislación. Demostrar el argumento para un control judicial de la legislación mínimo (es decir, específico a los casos) proporciona los fundamentos para la afirmación más robusta y amplia de la supremacía judicial. Nos atrevemos a añadir a este punto que el fracaso de las teorías tradicionales puede ser atribuido a su ambición demasiado grande de desarrollar una teoría única que pueda justificar al mismo tiempo el control judicial de la legislación específico al caso y la supremacía judicial. Nuestra propuesta es modesta, dado que simplemente busca establecer el argumento a favor del control judicial de la legislación específico a los casos. Sin embargo, este argumento modesto tiene un potencial mayor del que parece a simple vista.

IV. CONCLUSIÓN

Este artículo desarrolla al mismo tiempo un argumento negativo y un argumento positivo relacionado con el control judicial de la legislación. La parte II establece el argumento negativo. Se arguye que las justificaciones tradicionales a favor del control judicial de la legislación enfrentan graves dificultades y que estas dificultades son atribuibles a su naturaleza instrumental. La parte III desarrolla una propuesta positiva para defender el control judicial de la legislación sobre fundamentos no instrumentales. Al buscar una justificación no instrumental, establecemos que el control judicial de la legislación debe ser entendido como la encarnación institucional del derecho de audiencia. Por tanto, como una cuestión conceptual, es el proceso judicial y sólo el proceso judicial el que respeta el derecho de audiencia.

Nuestra propuesta constituye una nivelación del campo de juego. Los críticos del control judicial de la legislación a menudo utilizan argumentos instrumentalistas (relacionados con la calidad superior de las decisiones legislativas sobre las decisiones judiciales) y no instrumentalistas (relacionados con el valor de la participación democrática) por igual. Los defensores del control judicial de la legislación se basan sólo en argumentos instrumentalistas que enfocan su atención en la (supuesta) superioridad del razonamiento y deliberación judiciales, y en el buen espíritu público de los jueces como lo

opuesto a las presiones populistas que gobiernan al legislativo. Nuestra posición añade un argumento no instrumentalista al arsenal de argumentos que favorecen el control judicial de la legislación, uno que, debido a tal naturaleza, es inmune a muchas de las objeciones presentadas contra el control judicial de la legislación. Los defensores del control judicial de la legislación pueden por tanto descansar seguros de que el argumento a favor del control judicial de la legislación no depende de conjeturas empíricas especulativas.