Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

VIII

EL CENTRO DE LA ARGUMENTACIÓN CONTRA EL CONTROL JUDICIAL DE LA LEGISLACIÓN

Jeremy WALDRON

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Definición de control judicial.* III. *Cuatro supuestos.* IV. *La forma del argumento.* V. *Razones relacionadas con el resultado.* VI. *Razones relacionadas con el proceso.* VII. *La tiranía de la mayoría.* VIII. *Casos no centrales.* IX. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

¿Deberían los jueces tener la autoridad de derogar la legislación cuando estén convencidos de que viola derechos individuales? En varios países tienen tal

* Versiones anteriores de este ensayo fueron presentadas en el Coloquio en Filosofía Social y Jurídica en el University College de Londres, en un taller de profesores en la Universidad Hebrea de Jerusalén, y en una conferencia de derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Estoy particularmente agradecido con Ronald Dworkin, Ruth Gavison y Seana Shiffrin por sus comentarios formales en estas ocasiones y también con James Allan, Aharon Barak, Richard Bellamy, Aileen Cavanagh, Arthur Chaskalson, Michael Dorf, Richard Fallon, Charles Fried, Andrew Geddis, Stephen Guest, Ian Haney-Lopez, Alon Harel, David Heyd, Sam Issacharoff, Elena Kagan, Kenneth Keith, Michael Klarman, John Manning, Andrei Marmor, Frank Michelman, Henry Monaghan, Véronique Munoz-Dardé, John Morley, Matthew Palmer, Richard Pildes, Joseph Raz, Carol Sanger, David Wiggins, y Jo Wolff por sus sugerencias y críticas. Otros cientos han discutido conmigo sobre este tema sobre los años. Este ensayo está dedicado a todos ellos, colegialmente y con agradecimientos. Este artículo fue publicado originalmente en inglés como "The Core of the Case Against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, pp. 1346-1406. Agradecemos los permisos otorgados por Jeremy Waldron y *The Yale Law Journal*. Traducción de Jorge Luis Fabra Zamora y Piero Mattei-Gentili, con la colaboración de Leonardo García Jaramillo.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

autoridad. El ejemplo mejor conocido son los Estados Unidos. En noviembre de 2003 la Corte Suprema de Massachusetts determinó que las leyes estatales sobre las licencias matrimoniales violaban los derechos constitucionales al debido proceso e igual protección al limitar implícitamente el matrimonio a la unión entre un hombre y una mujer[1]. La decisión alentó a varias personas que sintieron que sus derechos no habían sido reconocidos y que, en sus calidades de homosexuales y lesbianas, habían sido tratadas como ciudadanos de segunda clase bajo la ley marital existente[2]. Incluso si la decisión de la Corte es anulada por una enmienda a la Constitución del estado, los demandantes y sus partidarios pueden sentir que al menos el asunto de sus derechos ahora está siendo confrontado directamente. Una buena decisión y un proceso donde las reivindicaciones de los derechos son firme y seriamente consideradas[3], para muchas personas constituyen buenas razones para apoyar la institución del control judicial de la legislación. Reconocen que el control judicial en ocasiones puede conducir a malas decisiones –tales como el rechazo de 170 leyes laborales por tribunales estatales y federales durante la época *Lochner*[4]– y reconocen que la práctica sufre de alguna especie de déficit democrático. Pero, dicen, estos costos son usualmente exagerados o mal caracterizados. El proceso democrático difícilmente es perfecto y, en todo caso, la objeción democrática es en sí misma problemática cuando lo que está en juego es la tiranía de la mayoría. Sostienen que podemos soportar ocasionalmente un resultado erróneo como precio de una práctica que nos ha legado decisiones como *Lawrence*, *Roe* y *Brown*[5], las cuales han sostenido el compromiso de nuestra sociedad con los derechos individuales de cara a mayorías cargadas de prejuicios.

Esto es casi lo último bueno que diré acerca del control judicial de la legislación (Quería reconocer claramente el valor de muchas de las decisiones que nos ha otorgado y la complejidad de los asuntos procedimentales). Este ensayo argumentará que el control judicial de la legislación es inapropiado como modo final de toma de decisiones en una sociedad libre y democrática.

---

1 Goodridge v. Dep't of Pub. Health, 789 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

2 Véase "Landmark Ruling: The Victors", *Boston Herald*, noviembre 19, 2003, p. 5.

3 Esto adapta una expresión de Ronald Dworkin, en *A Matter of Principle,* Harvard University Press, 1965, pp. 9-32.

4 Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905). El cálculo del número total de casos en los cuales legislación federal o estatal sobre las relaciones y condiciones laborales fue derogada durante el periodo de 1880-1935 se basa en las listas presentadas por William E. Forbath, *Law and The Shaping Of The American Labor Movement*, Harvard University Press, 1997, apéndices A y C, pp. 177-192, 199-203.

5 Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003); Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Brown v. Bd. of Educ., 374 U.S. 483 (1954).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Argumentos para tal efecto han sido escuchados antes y con frecuencia. Surgen de forma natural respecto a una práctica de este tipo. En la teoría política liberal, la supremacía legislativa se asocia comúnmente con el autogobierno[6] popular, y los ideales democráticos necesariamente generan una relación incómoda a cualquier práctica que diga que los legisladores electos han de operar sólo bajo la tolerancia de jueces no electos democráticamente. Alexander Bickel resumió este asunto en su bien conocida expresión: "la dificultad contra-mayoritaria"[7]. Podemos tratar de mitigar esta dificultad, sostiene Bickel, al mostrar que los procedimientos legislativos existentes no representan perfectamente la voluntad popular o mayoritaria. Pero, continuó,

> nada en las complejidades y perplejidades adicionales del sistema, que la ciencia política moderna ha explorado con una labor admirable e ingeniosa, y algunas de las cuales ha tendido a multiplicar con fertilidad que supera el mero entusiasmo de descubrimiento —nada en estas complejidades puede alterar la realidad esencial de que el control judicial es una institución anormal en la democracia estadounidense[8].

En países que no permiten que la legislación sea invalidada en esta manera, el pueblo por sí mismo puede decidir finalmente, por procedimientos legislativos ordinarios, si desean permitir el aborto, la acción afirmativa, ciertos vouchers escolares o el matrimonio homosexual. Pueden decidir entre ellos si han de tener leyes que castiguen el odio racial o que restrinjan el gasto de los candidatos en elecciones. Si discrepan respecto de cualquiera de estos asuntos pueden elegir representantes para que deliberen y resuelvan la cuestión al votar en el órgano legislativo. Esto es lo que sucedió, por ejemplo, en Gran Bretaña durante la década de 1960, cuando el Parlamento debatió la liberalización de la ley de aborto, la legalización de la conducta homosexual entre adultos capaces de consentir, y la abolición de la pena capital[9]. En ambos casos, una amplia deliberación pública se reflejó en el serio debate en la Cámara de los Comunes. La calidad de estos debates (y otros

---

6 El *locus classicus* de este concepto se encuentra en John Locke, *The Second Treatise of Government*, en *Two Treatises of Government*, Perter Laslett ed., Cambridge University Press 1988 [1690], pp. 265, 366-367.

7 Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch,* 2a ed., Yale University Press, 1986, pp. 16-17 ("[E]l judicial de la legislación es una fuerza contra-mayoritaria en nuestro sistema… [C]uando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto de legislación… frustra la voluntad de los representantes del pueblo del aquí y ahora…").

8 *Idem*, pp. 17-18.

9 Abortion Act, 1967, c. 87; Sexual Offences Act, 1967, c. 60; Murder (Abolition of Death Penalty) Act, 1965, c. 71.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

similares en Canadá, Australia y Nueva Zelanda, entre otros) muestra lo absurdo que es afirmar que los legisladores son incapaces de tratar tales temas responsablemente –así como los resultados liberales de estos procedimientos levantan dudas respecto de la afirmación bien conocida que señala que las mayorías populares no respetarían los derechos de las minorías–.

En contraste, en los Estados Unidos, el pueblo o sus representantes, dentro de los legislativos estatales y federales, pueden tratar estas cuestiones si quieren, pero no tienen la certeza de que su decisión prevalecerá. Si alguien que discrepa de la decisión legislativa decide llevar el caso ante un tribunal, la visión que prevalecerá al final es la de los jueces. Como ilustra Ronald Dworkin –quien es un *defensor* del control judicial de la legislación– en las "indescifrables, controvertidas y profundas cuestiones de moralidad política que los filósofos, estadistas y ciudadanos han debatido por siglos", el pueblo y sus representantes simplemente tienen que "aceptar los pronunciamientos de una mayoría de los jueces, cuya percepción en estos casos nos es espectacularmente especial"[10].

En años recientes varios libros han aparecido atacando al control judicial de la legislación en los Estados Unidos[11]. Por años el apoyo a esta práctica ha provenido de los liberales mientras que en la contraparte han estado los conservadores que se oponían a los derechos otorgados por los tribunales liberales. En años recientes, sin embargo, hemos visto el crecimiento de la oposición liberal al control judicial de la legislación, cuando la Corte Rehnquist[12] derogó algunos importantes logros de la política legislativa liberal. Pero del mismo modo también ha habido apasionadas defensas de la práctica[13]. El aniversario doscientos de *Marbury v. Madison* suscitó numerosas discusiones sobre sus orígenes y su legitimidad original, y el quincuagésimo aniversario de *Brown v. Board of Education* proveyó un oportuno recuerdo del

[10] Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Princeton University Press, 1996, p. 74.

[11] Véase, *e.g.*, Larry D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism And Judicial Review*, Oxford University Press, 2004; Mark Tushnet, *Taking The Constitution Away From The Courts*, Princeton University Press, 1999.

[12] Véase, *e.g.*, United States v. Morrison, 529 U.S. 598 (2000) (derogando parte de la *Violence Against Women Act*), United States v. López, 514 U.S. 549 (1995) (sosteniendo que el Congreso no tenía autoridad para legislar una prohibición sobre la posesión de armas dentro de cierta distancia de una escuela); véase también Mark Tushnet, "Alarmism Versus Moderation in Responding to the Renquist Court", *Indiana Law Review*, vol. 78, 2003..

[13] Véase, *e.g.*, Dworkin, *supra* nota 10; Christopher L. Eisgruber, *Constitutional Self-Government*, Harvard University Press, 2001; Lawrence G. Sager, *Justice In Plainclothes: A Theory Of American Constitutional Practice*, Yale University Press, 2004.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

servicio que los tribunales de la nación realizaron a mediados del siglo XX al encabezar el ataque a la segregación y a otras leyes racistas.

Así que las líneas de la batalla están trazadas, la maniobra es conocida, y las posturas de ambos lados son bien comprendidas. ¿Cuál es el objeto de la presente intervención? Por mi parte, ya he escrito bastante al respecto[14]. ¿Por qué otro artículo atacando el control judicial de la legislación?

Lo que quiero hacer es identificar un argumento central contra el control judicial de la legislación que sea independiente, tanto de sus manifestaciones históricas como de las cuestiones sobre sus efectos particulares –las decisiones (buenas o malas) que ha concedido, las desilusiones que ha generado y los logros positivas que ha alcanzado. Quiero enfocarme en aspectos del argumento en contra el control judicial que se diferencien de los argumentos acerca de la forma como los jueces ejercen sus poderes y el espíritu (deferente o activista) como abordan la legislación puesta ante ellos para su aprobación. Libros recientes de Mark Tushnet y Larry Kramer enredan la crítica teórica de la práctica con discusiones sobre sus orígenes históricos y sus propias perspectivas de lo que implicaría tener una Constitución como la estadounidense menos judicializada[15]. Esta no es una crítica a Tushnet ni Kramer. Sus libros son valiosos en gran parte por la riqueza y color que aportan a la controversia teórica. Como Mark Michelman dice en la contraportada de su *The People Themselves*, la historia de Kramer "pone carne en los huesos de los debates sobre el control judicial y el constitucionalismo popular"[16]. Y eso es lo que efectivamente hace. Pero yo quiero quitar un poco de la carne y reducir el argumento normativo a sus huesos desnudos de modo que podamos observar directamente al control judicial y ver sobre qué premisas se fundamenta.

---

[14] Véase, *e.g.* Jeremy Waldron, *Law And Disagreement*, Oxford University Press, 1999, pp. 10-17, 211-312 (hay traducción en español: *Derecho y Desacuerdos*, Marcial Pons, 2005); Jeremy Waldron, "Deliberation, Disagreement, and Voting", en Harold Hongju Koh & Ronald C. Slye (eds.) *Deliberative Democracy And Human Rights*, Yale University Press, 1999, p. 210 (hay traducción en español: *La democracia deliberativa y derechos humanos*, traducido por Marcelo Alegre y Paola Barballo, Barcelona: Gedisa, 2004, pp. 101-140) [en adelante, Waldron, "Deliberation, Disagreement, and Voting"]; Jeremy Waldron, "Judicial Power and Popular Sovereignty", en Mark A. Graber & Michael Perhac (eds.), *Marbury Versus Madison: Documents And Comentary*, CQ Press, 2002, p. 181 [en adelante, Waldron, "Judicial Power and Popular Sovereignty"]; Jeremy Waldron, "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1993, [en adelante Waldron, "A Right-Based Critique of Constitutional Rights"].

[15] Véase Kramer, *supra* nota 11; Tushnet, *supra* nota 11.

[16] Frank Michelman, comentario a la contraportada en Kramer, *supra* nota 11.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Charles Black alguna vez comentó que, en la práctica, la oposición al control judicial de la legislación tiende a ser "una cosa esporádica", con personas apoyándola respecto de los pocos casos que valoran (como *Brown* o *Roe*) y oponiéndosele solamente cuando lleva a resultados que lamentan[17]. En la política, el apoyo al control judicial está en ocasiones intensamente involucrado con en el apoyo a decisiones particulares. Esto es notablemente cierto en el debate acerca de los derechos sobre el aborto donde se genera pánico entre los defensores pro-elección [*pro-choice*] cuando se pide considerar argumentos contra el control judicial de la legislación, por miedo a que esto conlleve consuelo y estímulo a aquellos que consideran que *Roe v. Wade* es una intromisión injustificada en los derechos de los legisladores conservadores. Espero que fijando la argumentación central contra el control judicial de la legislación, en abstracción de sus consecuencias particulares, pueda ayudar a superar parte de este pánico. Puede ser que siga ocurriendo que el control judicial sea necesario como medida protectora contra las patologías legislativas relacionadas con el sexo, raza o religión, en ciertos países. Pero aún, si esto es así, es importante averiguar cuándo ese tipo de defensa toca el corazón del asunto, o si es que debería ser considerada como una razón excepcional para abstenerse de seguir la tendencia de lo que, en muchas circunstancias, sería un argumento normativo convincente contra la práctica.

Una razón relacionada para arrancar la carne de los huesos de la crítica teórica es que el control judicial es una cuestión discutida en otros países que tienen una historia, una cultura judicial y una serie de experiencias con las instituciones legislativas diferentes de las que han tenido los Estados Unidos. Por ejemplo, cuando los británicos debaten los poderes relativamente limitados que tienen sus jueces para revisar la legislación, no se encuentran particularmente interesados en lo que los Republicanos le dijeron a los Federalistas en 1805 o en el legado de *Brown v. Board of Education*. Lo necesario es cierta comprensión general que no esté contaminada por las preocupaciones culturales, históricas y políticas de cada sociedad[18].

Mis escritos al respecto han sido más abstractos que los de la mayoría. Pero me las he arreglado para discutir el control judicial de modo tal que

[17] Charles L. Black, Jr., *A New Birth Of Freedom: Human Rights Named And Unamed*, Yale University Press, 1997, p. 109.

[18] De nuevo, esto no significa descartar las explicaciones más detalladas. La idea tras de este ensayo es lograr una perspectiva clara del argumento teórico y ponerla junto a nuestro entendimiento más rico de cómo el debate se despliega en, por nombrar algunos ejemplos, Gran Bretaña, Estados Unidos, Canadá y Sudáfrica.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

es posible involucrarlo con otros asuntos de filosofía jurídica y filosofía política[19]. No estoy satisfecho con haber manifestado de manera clara y precisa en qué consiste la objeción básica, incluso, no considero haber dado respuestas satisfactorias a aquellos que han criticado los argumentos que presenté en *Law and Disagreement* [*Derecho y Desacuerdos*], o en otros lugares.

En este ensayo argumentaré que el control judicial de la legislación es vulnerable a ataque en dos frentes. Éste no provee, como usualmente se afirma, un medio para que la sociedad se enfoque claramente en las cuestiones reales en juego cuando los ciudadanos discrepan sobre los derechos; por el contrario, los distrae con temas secundarios acerca de precedentes, textos e interpretación. Además, es políticamente ilegítimo en lo que concierne a los valores democráticos: al privilegiar el voto mayoritario entre un pequeño número de jueces no elegidos y a quienes no se les puede exigir responsabilidad, el control judicial priva de sus derechos políticos a los ciudadanos comunes y deja de lado importantes principios de representación e igualdad política en la resolución final de asuntos acerca de derechos.

---

[19] He cuestionado si la misma idea de derechos individuales nos compromete con el control judicial de la legislación en Waldron, "A Right-Based Critique", *supra* nota 14. He considerado su relación con las ideas cívicas republicanas en Jeremy Waldron, "Judicial Review and Republican Government", en Christopher Wolfe (ed.) *That Eminent Tribunal: Judicial Supremacy And The Constitution*, Princeton University Press, 2004, p. 159, su relación con la diferencia entre las concepciones benthamianas y rousseaunianas de democracia en Jeremy Waldron, "Rights and Majorities: Rousseau Revisited", en John W. Chapman & Alan Wertheimer (eds.), *Nomos* XXXII*: Majorities And Minorities*, 1990, 1990) [en adelante Waldron, "Rights and Majorities"], y su relación con las teorías continentales acerca de la soberanía popular en Waldron, "Judicial Power and Popular Sovereignty", *supra* nota 14. He considerado la relación de controversia sobre el control judicial de la legislación con debates meta-éticos acerca del realismo y la objetividad de los valores en Jeremy Waldron, "The Irrelevance of Moral Objectivity", en Robert P. George (ed.), *Natural Law Theory*, Oxford University Press, 1992, [en adelante Waldron, "The Irrelevance of Moral Objectivity"]; y Jeremy Waldron, "The Moral Truth and Judicial Review", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 43, 1998 [en adelante Waldron, "Moral Truth and Judicial Review"]. He respondido a varias defensas control judicial de la legislación, que van desde el argumento del precompromiso, véase Jeremy Waldron, (ed.) "Precommitment and Disagreement", en Larry Alexander, *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge, 1999, pp. 271-300 [en adelante Waldron, "Precommitment and Disagreement"], al argumento particular realizado por Ronald Dworkin en *Freedom's Law* (cit. *supra* nota 10) acerca de la compatibilidad de este último con la democracia [Para una versión en español de este argumento, vease: Ronald Dworkin, "La lectura moral y la premisa mayoritarista" en Ronald C. Slye y Harold Hongju Koh (eds.) *La democracia deliberativa y derechos humanos*, traducido por Marcelo Alegre y Paola Barballo, Barcelona: Gedisa, 2004, pp. 101-140, y traducido por Imer B. Flórez, incluido en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 7, 2002, p. 7-52], véase Jeremy Waldron, "Judicial Review and the Conditions of Democracy", *Journal of Political Philosophy*, vol. 6, 1998, pp. 335-355.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Procederé de la siguiente manera. En la segunda parte definiré el objetivo de mi argumento –el control judicial fuerte de la legislación– y lo distinguiré de otras prácticas que no pretendo atacar. La tercera parte establecerá algunos supuestos en los que se basa mi argumento. Mi argumento contra el control judicial no es incondicional sino que depende de ciertas características institucionales y políticas de las democracias liberales modernas. En la cuarta parte revisaré entonces el carácter del argumento que propongo. Tal argumento prestará atención a las razones relacionadas con el proceso y las razones relacionadas con los resultados, las cuales serán discutidas en las partes quinta y sexta, respectivamente. En la séptima parte expondré la falacia del argumento más común en contra de permitir que las instituciones representativas prevalezcan: que tal sistema inevitablemente resulta en la tiranía de la mayoría. Finalmente, en la octava parte, comentaré un poco sobre casos no centrales, es decir, casos donde existe razón para apartarse de los supuestos de los que depende el argumento central.

II. Definición de control judicial

Comienzo con una pequeña explicación acerca de qué quiero decir por control judicial. Este es un ensayo acerca del control judicial de la legislación, no el control judicial de una acción ejecutiva o de decisiones administrativas[20]. La cuestión que quiero tratar concierne primordialmente a la legislación promulgada por los legisladores elegidos en una comunidad política. Podría pensarse que algunos de los mismos argumentos también son aplicables a la acción ejecutiva: después de todo, el ejecutivo tiene algunas credenciales electorales propias con las cuales podría oponerse a las decisiones judiciales. Pero es casi universalmente aceptado que las credenciales electorales del ejecutivo se sujetan al principio de *legalidad* y, como resultado, los tribunales les pueden requerir a los funcionarios administrativos que actúen de acuerdo con la autorización legal[21]. La afirmación equivalente para los legisladores también se

[20] Gran parte del trabajo realizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es control judicial de acciones ejecutivas. Algunas son revisiones judiciales de actos legislativos, y otras de hecho son revisiones judiciales de actos judiciales. Véase Seth F. Kreimer, "Exploring the Dark Matter of Judicial Review: A Constitutional Census of the 1990s", *Will and Mary Bill of Rights Journal*, vol. 5, 1997, pp. 427, 458-59, donde se defiende la afirmación de que la mayoría de las decisiones constitucionales de la Corte Suprema de los Estados Unidos se refieren a desafíos de las acciones de los burócratas de bajo nivel y no de los órganos legislativos.

[21] Seana Shiffrin, Richard Pildes, Frank Michelman entre otros, me han instado a considerar hasta dónde mis argumentos contra el control judicial de la legislación pueden también extenderse al control judicial de la acción ejecutiva a la luz de legislación promulada tiempo

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

ha propuesto. El control judicial es sólo la sujeción del legislativo a la *legalidad*. Pero en el caso del legislativo este control no ha quedado sin oposición; de hecho, es precisamente la oposición lo que nos preocupa aquí.

Hay una variedad de prácticas alrededor del mundo que podrían agruparse bajo el título general de control judicial de la legislación. Éstas podrían ser distinguidas de varias maneras. La diferencia más importante está entre lo que denominaré control judicial fuerte y control judicial débil. Mi objetivo es el control judicial fuerte[22].

En un sistema de control judicial fuerte los tribunales tienen la autoridad de rehusarse a aplicar una ley en un caso particular (aun cuando la legislación en sus propios términos aplique claramente al caso) o modificar el efecto de una ley para hacer su aplicación conforme a derechos individuales (en formas que la ley misma no prevé). Además, los tribunales en este sistema tienen la autoridad de establecer como cuestión de derecho que una disposición legislativa dada no será aplicada, de manera que, como resultado del *stare decisis* y el principio de la cosa juzgada, una ley que han objetado aplicar se torna, en efecto, letra muerta. Un modo de control judicial más fuerte daría poder a los tribunales de realmente derogar completamente una parte de la legislación. Algunos tribunales europeos tienen esta autoridad[23]. Pareciera que los tribu-

antes o legislación cuyas disposiciones requieren interpretación extensiva por parte de los tribunales. Claramente es necesario tratar más el tema. Dedicarse al tema, en este sentido, podría ser considerado, ya sea, una *reductio ad absurdum* de mi argumento o una atractiva aplicación del mismo.

[22] La distinción entre control judicial fuerte y débil es distinta de la cuestión de la supremacía judicial. Esta última refiere a una situación en la cual (1) los tribunales resuelven asuntos importantes para la totalidad del sistema político, (2) aquellas resoluciones son tratadas como absolutamente vinculantes sobre todos los actores en el sistema político, y (3) los tribunales no defieren las proposiciones asumidas sobre estos asuntos a otras ramas (ni siquiera en la medida en que defieren a sus propias decisiones pasadas bajo el limitado principio de *stare decisis*). Véase Barry Friedman, "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy", *N.Y.U. Law Review*, vol. 73, 1998, pp. 333, 352 y n. 63; Jeremy Waldron, "Judicial Power and Popular Sovereignty", *supra* nota 14, pp. 191-98.

[23] Véase Mauro Capelletti & John Clarke Adams, "Commentary to *Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptation*", *Harvard Law Review*, vol. 79, 1966, pp. 1207, 1222-23. Hay más complicaciones con respecto a si la ley declarada inválida se considera inválida desde el momento de su aprobación.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

nales estadounidenses no la tuvieren[24], pero el efecto real de su autoridad no es lejano de ella[25].

En contraste, en un sistema con control judicial débil, los tribunales pueden escrutar la legislación respecto de su conformidad con los derechos individuales, aunque ellos no podrían abstenerse de aplicarla (o moderar su aplicación) simplemente porque los derechos de otro modo serían violados[26]. Sin embargo, el escrutinio podría tener algún efecto. En el Reino Unido, los tribunales pueden revisar la legislación con miras a emitir una "declaración de incompatibilidad" en caso de que "el tribunal se encuentre convencido de que la disposición es incompatible con un derecho de la Convención" –*i.e.*, con uno de los derechos establecidos en la Convención Europea de Derechos Humanos, incorporada al derecho británico a través del *Human Rights Act*. El *Act* prevé que dicha declaración "no afecta la validez, continua operación, o aplicación de la disposición respecto de la que es dada; y… no es obligatoria para las partes de los procedimientos en la cual se realiza"[27]. No obstante, sí tiene un efecto. Un ministro podría utilizar tal declaración como autorización para iniciar un proceso legislativo acelerado para remediar la incompatibilidad[28]. (Este es un poder que el ministro no tendría sin el proceso de control judicial que condujo a la declaración en primer lugar).

---

[24] El asunto no es claro. En apoyo a la afirmación que la legislación inconstitucional no está completamente derogada, considérese *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000), en el cual, la Corte Suprema por mayoría sostuvo que una ley federal (18 U.S.C. §3501) que pretendía hacer admisibles a las confesiones voluntarias, aun cuando no había una prevención *Miranda*, era inconstitucional. Las palabras finales del salvamento de voto del juez Scalia parecieran indicar que la legislación que la Corte Suprema encuentra inconstitucional queda disponible para referencia judicial. El juez Scalia dijo: "Disiento de la decisión tomada hoy y, hasta que §3501 sea derogada, continuará aplicándose en todos los casos en que se pueda probar sosteniblemente que la confesión del acusado ha sido voluntaria". *Idem*, en p. 464. Una idea contraria parece aparecer en *McCorvey v. Hill*, 385 F.3d 846, 849 (5º Cir. 2004), en la que el Quinto Circuito sostuvo que la legislación sobre el aborto de Texas cuestionada en *Roe v. Wade* debe ser considerada como derogada por implicación. No obstante, una lectura minuciosa del caso muestra que la derogación implícita fue tenida como efectuada por la legislación de Texas que regulan el aborto posterior a *Roe*, no por la decisión de *Roe* en sí misma. (Agradezco a Carol Sanger por esta referencia.)

[25] Véase Richard H. Fallon, Jr., "Commentary 'As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing'", *Harvard Law Review,* vol. 113, 2000, pp. 1321, 1339-40.

[26] Véase Stephen Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", *American Journal of Comperative Law,* vol. 49, 2001, p. 707.

[27] Human Rights Act, 1998, c. 42, § 4(2), (6).

[28] *Idem*. §10.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Un modo de control judicial incluso más débil no daría a los jueces ni siquiera tal autoridad. Como sus contrapartes británicas, los tribunales neozelandeses podrían no objetar la aplicación de la legislación cuando viola derechos humanos (en Nueva Zelanda los derechos están reconocidos en la *Bill of Rights* de 1990[29]), pero podrían tratar de encontrar interpretaciones que eviten la violación[30]. Aunque los tribunales en ese país han indicado que pueden estar preparados, cuando se presente la ocasión, para emitir declaraciones de incompatibilidad por iniciativa propia, tales declaraciones en Nueva Zelanda no tienen ningún efecto jurídico en el proceso legislativo[31].

Hay algunos casos intermedios. En Canadá existe una disposición respecto del control de la legislación por parte de los tribunales, los cuales, como sus contrapartes en los Estados Unidos, pueden decidir no aplicar legislación nacional o provincial si viola las disposiciones de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Pero la legislación canadiense (provincial o nacional) puede promulgarse de forma tal que sea aislada del escrutinio –las asambleas canadienses podrían legislar "no obstante" [*notwithstanding*] los derechos en la Carta[32]–. Sin embargo, en la práctica la cláusula "derogatoria" rara vez es invocada[33]. Por ende, en lo que procede, contaré el arreglo canadiense como una modalidad fuerte de control judicial de la legislación, con

---

29 New Zealand Bill of Rights Act 1990, 1990 S.N.Z. No. 109, § 4 ("Ningún tribunal deberá, en relación a cualquier promulgación [ya sea aprobada antes o después de la vigencia de esta Declaración de Derechos], … [s]ostener que cualquier disposición de la promulgación ha sido derogada o revocada implícitamente, o que es de cualquier modo inválida o no efectiva; o… [d]eclinar de aplicar cualquier disposición de la promulgación – basándose solamente en que la disposición sea inconsistente con cualquier disposición de esta Declaración de Derechos.").

30 *Idem*. § 6 ("Cuando sea posible otorgar a una promulgación un significado que sea consistente con los derechos y libertades contenidas en esta *Bill of Rights*, tal significado habrá de ser preferido a cualquier otro.").

31 Véase Monnen v. Film & Literature Bd. Of Review, [2000] 2 N.Z.L.R. pp. 9, 22-23 (C.A.).

32 Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982, ch. 11, § 33(1)-(2) (U.K.) El texto completo de la disposición señala:

> (1) El Parlamento o el órgano legislativo de alguna provincia puede expresamente declarar en una ley del Parlamento o del órgano legislativo, según sea el caso, que la ley o disposición de la misma deberá operar a no obstante de una disposición incluida en la sección 2 o de las secciones de la 7 a 15 de esta Carta.
>
> (2) Una ley o disposición de una ley en relación con la cual una declaración hecha bajo esta sección esté en efecto gozará de la misma operación que tendría si no hubiera sido promulgada a través la disposición de esta Carta referida en la declaración.

33 Cuando ha sido invocada, ha sido sobre todo en el contexto de la política *québécois*. Véase Tsvi Kahana, "The Notwithstanding Mechanism and Public Discussion: Lessons from

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

su vulnerabilidad respecto de mi argumento sólo ligeramente afectada por la disponibilidad formal de la anulación[34].

Una segunda distinción entre estos tipos de control judicial presta atención a la posición de los derechos individuales en el sistema constitucional de una sociedad. En los Estados Unidos la legislación es escrutada para verificar su conformidad respecto de los derechos individuales establecidos en la Constitución. El control judicial orientado hacia los derechos es parte integral del control constitucional en general y los tribunales derogan legislación por violaciones a los derechos individuales, en exactamente el mismo espíritu en que derogan legislación por violaciones a los principios del federalismo o de la

---

the Ignored Practice of Section 33 of the Charter", *Canadian Public Administration*, vol. 44, 2001, p. 255-291.

[34] Jeffrey Goldsworthy ha sugerido que la cláusula "derogatoria" provee una respuesta suficiente para los que nos preocupamos sobre bases democráticas de la práctica judicial del control de la legislación fuerte. Jeffrey Goldsworthy, "Judicial Review, Legislative Override, and Democracy", *Wake Forest Law Review*, vol. 38, 2003, pp. 451, 454-459. Según dice, no importa que la disposición sea raramente utilizada:

> [S]eguramente ésta que es una prerrogativa democrática del electorado, una que Waldron se encontraría obligado a respetar. Él no podría objetar que un electorado ingenuo es propenso a ser engañado por la ilosoria objetividad de los derechos constitucionalizados, o deslumbrados por el misticismo de la judicatura –por una fe inocente en las habilidades jurídicas de los jueces, su sabiduría superior e imparcialidad–. Esa objeción reflejaría precisamente la misma carencia de fe en la capacidad del electorado de un autogobierno iluminado que motive a los proponentes de derechos promulgados constitucionalmente.

Idem, pp. 456-457. Considero que el verdadero problema es que la sección 33 requiere que el órgano legislativo represente mal su posición sobre los derechos. Legislar "no obstante" la Carta es un modo de decir en el que uno no considera que los derechos de la Carta tienen la importancia que la Carta dice que tienen. Pero la distinción característica entre los tribunales y los órganos legislativos no involucra a un grupo de personas (jueces) que consideran que los derechos de la Carta son importantes y otro grupo de personas (legisladores) que no. Lo que usualmente involucra es grupos de personas (mayorías y minorías legislativas, y minorías y mayorías judiciales), todos quienes consideran que los derechos de la Carta son importantes, aunque discrepan acerca de cómo han de entederse los derechos relevantes. Goldsworthy señala lo siguiente:

> Cuando se espera que el poder judicial… discrepe con el legislativo sobre el significado y efecto "verdaderos" de las disposiciones de la Carta, el legislativo no puede asegurarse de que su visión prevalecerá sin que parecer que anula a la Carta misma. Y ello es vulnerable a la objeción políticamente letal acerca de que el órgano legislativo es abierta y auto-confesamente subvirtiendo los derechos constitucionales.

Idem, p. 467. En todo caso, tal vez no hay forma de palabras que puedan evitar esta dificultad. Como cuestión de política práctica, el legislativo está siempre está de algún modo la merced de las declaraciones públicas de los tribunales acerca del significado de la Declaración o Carta de Derechos de la sociedad. Agradezco a John Morley por esta observación.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

separación de poderes[35]. Esto otorga a las defensas estadounidenses del control judicial un estilo particular. Aunque las defensas filosóficas de la práctica son comúnmente formuladas en términos de la particular destreza de la judicatura al lidiar con proposiciones acerca de derechos, en realidad ese argumento es subordinado a una defensa del rol estructural que los tribunales deben realizar en mantener las normas de la Constitución. A veces estas dos defensas son consistentes; en otras ocasiones, son disímiles. Por ejemplo, el textualismo puede parecer apropiado para las cuestiones estructurales, pero puede verse fácilmente porqué es inapropiado para pensar sobre los derechos, incluso cuando los derechos se encuentran en un texto autoritativo[36]. En otros países el control judicial ocurre respecto de una declaración de derechos que no es específicamente designada como parte (estructural) de la Constitución. Un ejemplo es el control judicial débil respecto del *Human Rights Act* del Reino Unido. Puesto que la mayoría de los casos de control judicial fuerte se encuentran asociados con el control de constitucionalidad, debo enfocarme en estos casos. Pero es importante recordar, tanto que un acercamiento orientado hacia las restricciones estructurales puede no ser particularmente apropiado como fundamento para pensar sobre los derechos, como que el punto adicional que muchos de los desafíos del control judicial orientado hacia los derechos, también pueden plantearse a otras formas de control de constitucionalidad. En años recientes, por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha anulado legislación por entrar en conflicto con la perspectiva de la propia Corte acerca del federalismo[37]. Ahora, todos reconocen que ese país está gobernado sobre bases bien distintas respecto a la relación entre estados y gobierno central de lo que era a finales del siglo XVIII, cuando gran parte del texto constitucional fue ratificado, o de mediados del siglo XIX, cuando el texto acerca de la estructura federal fue modificado por última vez de forma considerable. No obstante, las opiniones difieren respecto de cuáles deberían ser las bases de las relaciones estatales-federales. El texto de la Constitución no resuelve el problema, el cual se resuelve, en cambio, a través de la votación de los jueces –algunos votando por una concepción de federalismo (que encuentran en la Constitución), los otros por otra, y prevalece cualquiera sea la postura que obtenga más votos en la Corte–. No queda claro que esto sea un fundamento apro-

[35] La defensa judicial más famosa del control judicial de constitucionalidad, *Marbury v. Madison*, no tuvo nada que ver con derechos individuales. Ella se refería al poder del Congreso para designar y remover jueces de paz.

[36] Véase Dworkin, *supra* nota 3, pp. 11-18; Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, 2da ed., Hart Publishing, 2005, pp. 156-157.

[37] Véase, *e.g.*, *supra* nota 12.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

piado para el establecimiento de los términos estructurales de asociación entre un pueblo libre y democrático[38].

Una tercera distinción se encuentra entre el control *a posteriori* del tipo estadounidense –que acontece en el contexto de procedimientos jurídicos particulares, a veces mucho tiempo después de que la legislación ha sido promulgada– y el control legislativo *ex ante* realizado por un tribunal constitucional especialmente creado para realizar una evaluación abstracta de una propuesta legislativa en las etapas finales de su promulgación[39]. Hay dudas acerca de cómo entender la revisión *ex ante*. Algo que equivale en efecto en la etapa final de un proceso legislativo multicameral, con el tribunal operando como un senado tradicional, no es realmente control "judicial" (aunque el argumento en contra de otorgar poder a un cuerpo colegiado no electo es, en este sentido, muy similar)[40]. No diré mucho al respecto. Para algunas defensas del control judicial el carácter *a posteriori* en este ejercicio –que se encuentra arraigado en casos particulares[41]– es importante, y me concentraré en esto.

Una cuarta distinción está relacionada con la tercera. El control judicial puede realizarse por tribunales ordinarios (como en el caso de Massachusetts con el que comenzamos) o por tribunales constitucionales especializados. Esto puede ser relevante para el argumento que plantearé posteriormente: la habilidad de los jueces dentro de la jerarquía común de los tribunales para razonar acerca de derechos es exagerada cuando gran parte de la disci-

[38] La necesidad de un control judicial que vigile los límites estructurales sobre las asignaciones de la autoridad entre los órganos legislativos estatales y federales es comúnmente citada (oportunístamente) por los defensores de las limitaciones basadas en derechos a los legislativos. Ellos dicen, "los órganos legislativos están sujetos al control judicial por razones federalistas de todas formas. Entonces, ¿por qué no explotar esa práctica para desarrollar una control judicial basado en derechos también?" Mi análisis sobre la deseabilidad de un control judicial basado en derechos será pertinente para este tipo de argumentos oportunistas híbridos.

[39] Algunos sistemas del primer tipo hacen espacio para decisiones de asesoría *ex ante* en circunstancias limitadas. Por ejemplo, en Massachussetts, "[c]ada ramo del órgano legislativo, al igual que el gobernador del consejo, debería tener autoridad para solicitar las opiniones de los magistrados del tribunal judicial superior, respecto de cuestiones importantes de Derecho, y en ocasiones solemnes." Massachussetts Constitution pt. II, cap. III, art. II (enmendada en 1964). El procedimiento fue utilizado en los meses posteriores a la decisión Goodridge, discutida al inicio de este ensayo. En *Opinions of Justices to the Senate*, 802 N.E. 2ª p. 565 (Mass. 2004), la Corte Suprema Judicial de Massachussetts sostuvo que un disposición legislativa respecto de la uniones civiles para parejas del mismo sexo, que también prohibía la discriminación en contra de esposos civilmente unidos, no sería suficiente para evitar la objeción constitucional a la prohibición sobre matrimonios del mismo sexo señalado en *Goodridge*.

[40] Véase Jeremy Waldron, "Eisgruber's House of Lords", *USF Law View*, vol. 37, 2002..

[41] Véase *infra* Sección V.1.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

plina de juzgar, distrae su atención de la consideración directa de argumentos morales. Posiblemente un tribunal constitucional especializado pueda realizar una mejor labor, aunque la experiencia sugiere que también puede llegar a preocuparse del desarrollo de sus propias doctrinas y precedentes de modo que imponga un filtro distorsionador sobre el razonamiento basado en los derechos que considera.

III. Cuatro supuestos

Debo presentar algunos supuestos para enfocar mi argumento y para distinguir el caso central donde la objeción al control judicial se muestra de forma más clara, de los casos no centrales donde el control judicial puede considerarse apropiado como una disposición anómala para tratar con patologías especiales[42].

Algunos lectores podrían considerar que algunos de estos principios son una petición de principio, pero no estoy intentando ningún tipo de subterfugio aquí. La razón para comenzar con estos supuestos será evidente en la medida que avancemos y la posibilidad de casos no centrales, entendidos como casos donde uno o más de estos supuestos no se sostienen, es libremente reconocida y será considerada en la parte VIII. En efecto, mi aseveración será que el argumento contra el control judicial es condicional; si alguna de las condiciones no se cumple, el argumento no será sostenible[43]. Permítaseme añadir que parte de lo que busco combatir en este ensayo es un tipo de mentalidad de resultado sobre el tema del control judicial de la legislación[44]. Creo que algunos lectores verán rápidamente a través de mis supuestos para encontrar algo que no es aplicable, por ejemplo, a las sociedades estadounidenses o británicas, tal como ellos las entienden, lo que los llevará a ignorar el argumento central por completo. Lo que les importa es que el control judicial sea defendido y desafiado en su perspectiva externa, no les importa particularmente cómo. Este es un enfoque desafortunado. Es mejor tratar y entender las bases de la objeción central y ver si es válida

[42] Estos supuestos son adaptados de aquellos presentados en Jeremy Waldron, "Some Models of Dialogue Between Judges and Litigators", *Supreme Court Law Review*, vol. 23, 2004, pp. 7, 9-21.

[43] Véase *infra* texto que acompaña la nota 136.

[44] Para una crítica general sobre la mentalidad "resultadista" [bottom-line mentality] en la filosofía política, véase Jeremy Waldron, "What Plato Would Allow", en Ian Shapiro & Judith Wagner DeCew (eds.) *Nomos* XXXVII*: Theory And Practice*, 1996.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

en sus propios términos, antes de proceder a examinar los casos donde, por alguna razón, su aplicación pueda resultar problemática.

Concédaseme exponer resumidamente los cuatro supuestos que plantearé. Vamos a imaginar una sociedad con (1) instituciones democráticas con un funcionamiento razonablemente correcto, incluyendo un legislativo representativo elegido con base en el sufragio universal de los adultos; (2) un conjunto de instituciones judiciales, de nuevo, con un funcionamiento razonablemente correcto, establecido en bases no-representativas para escuchar demandas jurídicas individuales, resolver disputas y mantener el imperio de la ley (*rule of law*); (3) un compromiso de parte de la mayoría de los miembros de la sociedad, y de sus funcionarios, con la idea de los derechos individuales y de las minorías; y (4) un desacuerdo persistente, substancial y de buena fe acerca de los derechos (por ejemplo, acerca del alcance del compromiso con los derechos y cuáles son sus implicaciones) entre los miembros de la sociedad que están comprometidos con la idea de los derechos.

Argumentaré que, respecto a estos supuestos, la sociedad en cuestión debe resolver sus desacuerdos acerca de los derechos que sus miembros tienen utilizando sus instituciones legislativas. Si estos supuestos se sostienen, la argumentación para consignar dichos desacuerdos en los tribunales judiciales para la resolución final es débil e inconvincente y no hay necesidad de que las decisiones acerca de los derechos realizadas por los legisladores sean cuestionadas por los tribunales. Argumentaré que permitir que las decisiones de los tribunales anulen las decisiones legislativas en estas cuestiones no satisface criterios importantes de legitimidad política. Permítaseme primero elaborar mis cuatro supuestos.

1. *Instituciones democráticas*

Asumo que la sociedad que estamos considerando es una sociedad democrática y que, como la mayoría en el mundo moderno occidental, ha luchado a través de varias formas de monarquía, tiranía, dictaduras o dominación colonial, hacía una situación en la que sus leyes y políticas públicas son establecidas por el pueblo y sus representantes que trabajan mediante instituciones electivas. Esta sociedad tiene un amplio sistema político democrático con sufragio universal de los adultos y un legislativo representativo, cuyas elecciones son realizadas en condiciones equitativas y regulares temporalmente[45]. Asumo que este legislativo es un cuerpo ampliamente deli-

[45] Por ende, la aplicación de mi argumento a las sociedades no democráticas, o sociedades cuyas instituciones difieren radicalmente de estas formas, no es una materia discutida en este ensayo.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

berativo, acostumbrado a tratar temas complicados, incluyendo cuestiones importantes de justicia y política social. Los legisladores deliberan y votan sobre asuntos públicos, y los procedimientos para legislar son complejos y responsables[46], e incorporan varias salvaguardas, tales como el bicameralismo[47], comités robustos de escrutinio, y múltiples niveles de consideración, debate y votación. Asumo que estos procesos conectan al mismo tiempo formalmente (a través de audiencias públicas y procesos de consulta) e informalmente con amplios debates en la sociedad. Los miembros del legislativo se consideran a sí mismos como representantes, en varios sentidos, algunas veces haciendo claves los intereses y opiniones de sus constituyentes dentro de su propia participación, a veces pensando más en términos de representación virtual de intereses y opiniones de la sociedad como un todo. Asumo también que existen partidos políticos y que las afiliaciones partidistas de los legisladores son claves para que tome una posición que sea más amplia que los intereses y opiniones de sus constituyentes inmediatos.

Nada de esto pretende ser controversial, resume la manera cómo operan usualmente los legislativos democráticos. En general, estoy asumiendo que las instituciones democráticas se encuentran en un razonable buen funcionamiento. Podrán no ser perfectas y posiblemente existen debates actuales sobre cómo podrían perfeccionarse. Asumo que esos debates son realizados bajo una cultura de la democracia, evaluando responsablemente la deliberación y la igualdad política. El segundo de esos valores –igualdad política– amerita un énfasis particular. Asumo que las instituciones, procedimientos y prácticas de legislación se encuentran bajo constante revisión desde esta perspectiva, de modo que si se perciben inequidades de representación que menosprecian seriamente el ideal de igualdad política, se comprende en la sociedad que ésta es una crítica apropiada y que, de ser necesario, el legislativo y el sistema electoral deberán ser cambiados para remediarlo. Y asumo que el legislativo es capaz de organizar semejante cambio, ya sea por iniciativa propia o por referéndum[48].

---

[46] Véase Jeremy Waldron, "Legislating with Integrity", *Fordham Law Review*, vol. 72, 2003.

[47] El supuesto sobre la bicameralidad podría parecer problemático. Existe en el mundo un número significativo de legislativos unicamerales que funcionan bien, más notablemente en los países escandinavos: Dinamarca, Noruega y Suecia. Pero los arreglos unicamerales pueden fácilmente exacerbar otras patologías legislativas. Para un argumento de que esto ha sucedido en Nueva Zelanda, de forma tal que podría sacar a ese país del beneficio del argumento desarrollado en este ensayo, véase Jeremy Waldron, "Compared to What? – Judicial Activism and the New Zealand Parliament", *New Zealand Law Journal*, 2005, p. 441.

[48] Se dice a veces que las instituciones electivas son incapaces de reformarse a sí mismas puesto que los legisladores tienen un interés atrincherado en el *statu quo*. Esto puede ser cierto sobre algunas patologías de los acuerdos electorales y legislativos en los Estados Unidos.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Apelo sobre estos puntos acerca de la cultura democrática y electoral y las instituciones legislativas en un razonablemente buen funcionamiento puesto que serán centrales al argumento que sigue. La estructura inicial del argumento consistirá en realizar la siguiente pregunta. Una vez que hemos postulado el primer supuesto, ¿qué razón puede existir para querer establecer un proceso no-electoral para revisar, y a veces invalidar, el trabajo que ha realizado el legislativo? Por otro lado, no deseo dar por sentado el punto de partida de este supuesto inicial. Lo balancearé inmediatamente con el supuesto de que la sociedad que estamos postulando también tiene tribunales con buen funcionamiento –este será el segundo supuesto– y que hacen razonablemente bien lo que los tribunales hacen. La sociedad que estamos contemplando tiene lo necesario para tener un sistema de control judicial de la legislación, si es que el control judicial se puede mostrar como apropiado.

Una nota de precaución: cuando digo que las instituciones se encuentran en buen funcionamiento, no estoy asumiendo que la legislación que promulga el legislativo razonablemente democrático es, por tanto y ampliamente, buena y justa, en cuanto a su contenido se refiere. Asumo que parte de la legislación es justa y otra parte injusta (las personas discreparán acerca cuál es cual), y esto es verdad tanto de las medidas que podrían ser concebidas como sujetas de control judicial de la legislación, como de las medidas que nadie propone sean sujetas a control judicial. Todo lo que he dicho acerca de los arreglos legislativos y electorales que se encuentran en buen funcionamiento se aplica para los valores del proceso más que para los valores del resultado. En la Parte VI, sin embargo, expondré más acerca del tipo de razonamiento que esperaríamos observar en un proceso de este tipo.

2. *Instituciones judiciales*

Asumo que la sociedad que estamos considerando tiene tribunales –esto es, un poder judicial bien establecido y políticamente independiente, de nuevo, que funciona bien y que ha sido establecido para escuchar de-

(Pero las cuestiones donde esto mayormente cierto en los Estados Unidos son aquellas en las que los tribunales escasamente se han atrevido a intervenir—considérese, por ejemplo, la desgraciada condición de la redistribución de distritos electoriales estadounidense.) Esto es evidentemente falso en otros lugares. En Nueva Zelanda, por ejemplo, en 1993, el legislativo promulgó estatutos cambiando el sistema parlamentario de representación de un colegio uninominal a un sistema de representación proporcional, de modo que alteró los patrones existentes que le incumbían. Véase Electoral Act 1993, 1993 S.N.Z No. 87; Electoral Referendum Act 1993, 1993 S.N.Z No. 86.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

mandas, resolver disputas y mantener el imperio de la ley. Asumo que estas instituciones se encuentran ya autorizadas para abordar el control judicial de acciones ejecutivas, contrastándolas con la legislación y las normas constitucionales. Asumo que, a diferencia de las instituciones referidas en la sección anterior, los tribunales son en gran medida instituciones no electas o representativas. Con esto quiero decir no sólo que el cargo judicial no es (en gran parte) un cargo electivo, sino también que el poder judicial no se encuentra permeado por el carácter distintivo de las elecciones, la representación y la responsabilidad electoral, cómo sí se encuentra el legislativo. Varios defensores del control judicial consideran esto como una gran ventaja, ya que los tribunales pueden deliberar sobre cuestiones de principios sin ser distraídos por la presión popular y por ser invulnerables a la ira pública. A veces, sin embargo, cuando es necesario refutar la cuestión democrática contra el control judicial de la legislación, los defensores de esta práctica señalarán orgullosamente a los Estados donde los jueces son elegidos [democráticamente]. Esto sucede en algunos estados de los Estados Unidos. Pero aun cuando los jueces son elegidos, los asuntos de los tribunales no son gestionados de acuerdo con el carácter distintivo de la representación y la responsabilidad electoral, como sí lo son los asuntos del legislativo.

Asumiré que, en la sociedad que estamos considerando, los tribunales son capaces de realizar las funciones que les serían asignadas bajo la práctica del control judicial de constitucionalidad. Ellos podrían revisar la legislación; la pregunta es si deberían, y en caso afirmativo, si sus determinaciones deberían ser finales y obligatorias para las ramas representativas del gobierno. Asumo, no obstante, que si se les asigna esta función, la realizarán como los tribunales característicamente realizan sus funciones. Existe una inmensa literatura sobre el control judicial bajo el carácter específico del proceso judicial y sobre las tareas labor para las cuales los tribunales parecen ser, o no ser, institucionalmente competentes[49]. No quiero profundizar mucho al respecto aquí. Como indiqué previamente, asumiré que estamos tratando con tribunales (1) que no actúan sobre su propia iniciativa o por referencia abstracta, sino que responden a demandas particulares expuestas por litigantes particulares; (2) que tratan con cuestiones en el contexto de presentación binaria y adversarial; y (3) que elaboran sus propias decisiones y se refieren a sus propias decisiones pasadas sobre cuestiones que pa-

[49] Véase, *e.g.*, Henry M. Hart, Jr. & Albert M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey (eds.), Foundations Press, 1994, pp. 640-47; Lon L. Fuller, "The Forms and Limits of Adjudication", *Harvard Law Review*, vol. 92, 1978.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

recen relevantes al caso en turno. Además, supongo una jerarquía común de tribunales, con disposiciones que regulan las apelaciones, y con cuerpos colegiados más amplios (posiblemente cinco o nueve jueces) que resuelven los casos en el nivel de apelación más alto, con tribunales inferiores que en general deben seguir las direcciones señaladas por los tribunales superiores en la resolución de los asuntos que son puestos en su consideración.

En algunas sociedades los jueces son entrenados especial y separadamente; en otras, son elegidos de las filas de eminentes abogados y juristas. En cualquier caso, asumo que tienen un estatus alto en el sistema político y una posición que los aísla de presiones políticas específicas. Entre otros aspectos, asumo que son un caso típico de los miembros con alto estatus y bien educados de su sociedad. Esto es importante por dos razones. Primero, puesto que la sociedad se enorgullece en ser altamente democrática, he de asumir que los jueces comparten algo de ese orgullo y por ende están conscientes de la legitimidad de su propia actividad del control judicial de la legislación. Esto puede afectar cómo ejercen su autoridad[50]. Segundo, aunque es probable que los jueces estén tan comprometidos con los derechos como cualquiera en la sociedad, asumo que como los otros miembros de la sociedad, los jueces discrepan entre sí acerca del significado y las implicaciones de los derechos individuales y de las minorías. Es decir, asumo que están sujetos a mi cuarto supuesto acerca del desacuerdo sobre los derechos y que esto también afecta la forma como ejercen los poderes del control judicial (si es que los tienen). Específicamente, al igual que los legisladores, se deben desarrollar modalidades para la toma de decisiones para los tribunales colegiados cuyos miembros discrepan acerca de los derechos. El procedimiento para la toma de decisiones utilizado más comúnmente es el voto por mayoría simple. En la sección VI abordaré la cuestión de si este es un procedimiento apropiado para ser utilizado por los jueces.

3. *Un compromiso con los derechos*

Asumo que existe un fuerte compromiso en la mayor parte de los miembros de la sociedad que estamos contemplando con la idea de derechos individuales y de las minorías. Aunque crean en la búsqueda del bien común bajo alguna concepción utilitaria amplia, y aunque crean en la regla de la mayoría como un principio general para la política, ellos aceptan que los

[50] Véase Jesse H. Choper, *Judicial Review and the National Political Process*, University of Chicago Press, 1980 (discutiendo la legitimidad de la Corte Suprema en este contexto); Véase también Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey, 505 U.S. pp. 833, 864-69 (1992) (igual).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

individuos tienen ciertos intereses particulares y están legitimados a ciertas libertades que no deberían ser negadas simplemente porque negarlas sería lo más conveniente para la mayoría. Ellos consideran que las minorías están legitimadas a cierto grado de apoyo, reconocimiento y aislamiento que no es necesariamente garantizado por sus números o por su peso político.

Los detalles de la teoría de los derechos prevalente no han de detenernos aquí. Asumo que el amplio compromiso de esta sociedad con los derechos involucra una consciencia acerca del consenso mundial sobre los derechos humanos y sobre la historia del pensamiento referente a los derechos[51]. Asumo que este compromiso es un consenso viviente que se desarrolla y evoluciona mientras los defensores de los derechos dialogan acerca de los derechos que tienen y de lo que implican. Asumo que el compromiso con los derechos no es simplemente palabrería y que los miembros de las sociedad se los toman en serio; les importan los derechos, mantienen su visión sobre los derechos y los de otros bajo una constante reflexión y debate vívido, y están alertas de la problemática de los derechos respecto de todas las decisiones sociales que se encuentran bajo el escrutinio o discusión en su medio.

No hay duda que existen escépticos acerca de los derechos en toda sociedad, pero asumo que esta posición es atípica. Algunos rechazan los derechos así como rechazan toda la moralidad política; otros rechazan los derechos porque sostienen doctrinas utilitaristas, socialistas u otras que los repudian por (lo que pretenden ser) buenas razones de moralidad política –es decir, los derechos son muy individualistas o su fuerza vencedora socava la búsqueda racional de la eficiencia, o lo que sea–. Sin embargo, asumo que el respeto general por los derechos de los individuos y las minorías es una parte importante de un amplio consenso en la sociedad, una parte del órgano más prevalente de opinión política y, ciertamente, una parte de la ideología oficial.

Para hacer este tercer supuesto más concreto, debemos asumir también que la sociedad aprecia los derechos lo suficiente como para impulsar la adopción de una carta de derechos oficial o una declaración de derechos del tipo común. He de referirme a estos instrumentos a lo largo del ensayo como "Carta de Derechos" de la sociedad. Se supone que esto corresponde, por ejemplo, a las disposiciones referentes a derechos en la Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas, la Carta de Derechos y Libertades de

[51] Esto es así incluso cuando tal consciencia no involucra mucho más que un vago entendimiento de que las convenciones de derechos humanos han venido surgiendo en el mundo desde 1945, y cuya historia data al tipo de concepciones de derecho natural aludidas en documentos tales como la Declaración de Independencia de los EEUU de 1776 y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia de 1789.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Canadá, la Convención Europea de Derechos Humanos (como incorporada, digamos, al Derecho británico en la *Human Rights Act*), o la *Human Rights Act* de Nueva Zelanda. Aquellos familiarizados con estos últimos ejemplos reconocerán que no estoy asumiendo que la Carta de Derechos está ligada o es parte de una Constitución escrita. Quiero dejar ese punto abierto. Todo lo que asumo es que en esta etapa una Carta de Derechos ha sido promulgada para expresar el compromiso de una sociedad con los derechos. Por ende pudo haber sido promulgada en el pasado bajo la propia iniciativa de la sociedad, o pudo haber sido producto de la imitación o pudo ser parte de la realización de las obligaciones del país bajo el Derecho de los derechos humanos.

Los lectores podrán encontrarse perplejos por estos supuestos. Por un lado, parece que arguyo en contra de mi interés, inclinando la balanza a favor del control judicial al asumir una Carta de derechos. Por otro lado, podría parecer que se deviene algún tipo de truco. Los lectores podrán estar al tanto de que en el pasado argüí que el control judicial no debería ser entendido como una confrontación entre los defensores de los derechos y los opositores de los derechos, sino como una confrontación entre dos visiones diferentes acerca de los derechos[52]. Lo que quiero enfatizar en respuesta a ambas observaciones es que existe una distinción tanto en el nivel cultural como en el institucional entre el compromiso con los derechos (aun un compromiso escrito con los derechos) y cualquier forma institucional particular (e.g., control judicial de la legislación) que tal compromiso pueda asumir. Estoy cansado de escuchar que los oponentes del control judicial sean denigrados como si fuesen escépticos de los derechos. La mejor respuesta es erigir el argumento a favor del control judicial sobre la base de un compromiso fuerte y penetrante con los derechos.

Este tercer supuesto define como casos no-centrales a las sociedades en las que el compromiso con los derechos es tenue y frágil. Podría parecer extraño o injusto proceder de esta manera, puesto que los defensores del control judicial a veces sostienen que necesitamos que la práctica ayude a apuntalar nuestro compromiso con los derechos, a enseñar a los participantes en una nueva democracia el valorar los derechos o a otorgar garantías para las minorías que podrían no encontrarse en un sistema puro de la regla de la mayoría. Tales argumentos son interesantes, pero no llegan al corazón de la argumentación que se hace a favor del control judicial en países como Estados Unidos, Gran Bretaña o Canadá. En estos países se nos dice que el control judicial es un modo apropiado de institucionalizar o administrar el

[52] Véase Waldron, "A Right-Based Critique", *supra* nota 14, pp. 28-32, 34-36.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

compromiso existente de una sociedad con los derechos. Esas formulaciones deberían ser tomadas al pie de la letra, ello es lo que estoy haciendo con mi tercer supuesto[53].

4. *Desacuerdo acerca de los derechos*

Mi supuesto final y crucial es que el consenso acerca de los derechos no se encuentra exento de la incidencia del desacuerdo general acerca de las cuestiones políticas más relevantes que se encuentran en las sociedades liberales modernas. De modo que asumo que existe un disenso substancial acerca de los derechos existentes y sus alcances. Algunos de estos desacuerdos son evidentes en un nivel filosófico (e.g., si los derechos socioeconómicos deberían incluirse en la Carta de Derechos), algunos se hacen evidentes cuando buscamos relacionar principios abstractos de lo correcto con propuestas legislativas particulares (e.g., si el libre ejercicio de la religión demanda excepciones a lo que en otras circunstancias serían leyes generalmente aplicables), y algunos se hacen evidentes sólo en el contexto de casos individuales difíciles (e.g., cuánta tolerancia debería haber frente a un discurso disidente en tiempos de emergencia nacional).

Asumo que los desacuerdos sobre derechos generalmente no son problemas de interpretación, en un sentido legalista estricto. Pueden presentarse a sí mismos en primera instancia como problemas de interpretación, pero de ellos emergen cuestiones de considerable relevancia práctica para la comunidad política. En otro espacio me he referido a estos como problemas "cruciales" [*watershed*] de los derechos[54]. Ellos son problemas relevantes de la filosofía política con consecuencias significativas para la vida de muchas personas. Además, asumo que no son idiosincráticos para la sociedad donde surgen. Ellos definen las decisiones más relevantes que toda sociedad moderna debe afrontar, decisiones que son razonablemente bien entendidas en

[53] Mi aproximación aquí es similar a la de John Rawls. Estoy utilizando este mecanismo del caso central para definir algo como una sociedad bien ordenada con una teoría de la justicia públicamente aceptada. Véase, *eg.*, John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993, pp. 35-36 (hay traducción al español: *Liberalismo político*, Fondo de Cultura Económica, 1985) [en adelante Rawls, *Political Liberalism*]. Rawls parece asumir que control judicil de la legislación es apropiado incluso para una sociedad bien ordenada. *Idem*, pp. 165-166, 233-240; Véase también John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, pp. 195-199, 228-231 (Hay traducción al español: *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, 2006) [en adelante Rawls, *A Theory Of Justice*]. Una de mis metas es mostrar que Rawls se equivoca al respecto.

[54] Véase Waldron, "Judicial Power and Popular Sovereignty", *supra* nota 14, p. 198.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

el contexto de los debates morales y políticos existentes, decisiones que son puntos focales de desacuerdos morales y políticos en varias sociedades. Los ejemplos llegan rápidamente a la cabeza: el aborto, la acción afirmativa, la legitimidad del gobierno para redistribuir o intervenir en el mercado, los derechos de los sospechosos de haber cometido un crimen, el significado preciso de la tolerancia religiosa, los derechos culturales de las minorías, la regulación del discurso y el gasto en las campañas electorales, etc.

Como esto ejemplos sugieren, comúnmente los desacuerdos sobre los derechos son sobre aplicaciones centrales, no solo aplicaciones marginales. Puesto que ya estoy asumiendo un compromiso general con los derechos, es tentador inferir que ese compromiso general cubre el núcleo de cada derecho y que el derecho solamente es controvertido en los confines de su aplicación. Ello es un error. Un compromiso con los derechos puede ser noble y sincero aun cuando los casos "divisorios" continúen siendo controversiales. Por ejemplo, dos personas que discrepan acerca de si las restricciones a los discursos racistas son aceptables, pueden aceptar ambas que el derecho a la libertad de expresión es clave al razonar sobre el problema, y ambas también pueden aceptar que la cuestión sobre la que discrepan, respecto de ese derecho, es central y no marginal. Lo que esto muestra, posiblemente, es que ambos tienen diferentes concepciones del derecho[55], pero ello no es razón para dudar sobre la sinceridad de su adherencia a él.

En términos generales, el hecho de que las personas discrepen sobre los derechos no significa que deba existir una parte en el desacuerdo que no se tome los derechos en serio. No cabe duda que algunas posturas son sostenidas y defendidas de forma falsa o ignorante por sinvergüenzas [*scoundrels*] (a quienes no les importan los derechos) o por iletrados morales (quienes malentienden la fuerza e importancia de los derechos). Pero asumo que en la mayoría de los casos el desacuerdo se desarrolla razonablemente y de buena fe. Las cuestiones involucradas son problemas serios sobre los cuáles no es razonable esperar que exista consenso. En otras palabras, asumo algo similar a las "cargas del juicio" de John Rawls, pero aplicadas (donde Rawls vaciló en aplicar la doctrina) a cuestiones sobre lo correcto [*right*], al igual que a cuestiones sobre lo bueno[56] [*good*]. No es razonable esperar que las vi-

[55] Para una discusión sobre la distinción ente el concepto de un derecho y varias concepciones de éste, Véase Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously,* Harvard University Press, 1977, pp. 134-136 (hay traducción al español: *Los derechos en serio,* Ariel, 1982).

[56] Véase Rawls, *Political Liberalism*, *supra* nota 53, pp. 53-58 (discutiendo las "cargas del juicio"). Rawls sostiene que "muchos de nuestros juicios más importantes son realizados bajo condiciones donde no se debe esperar que personas conscientes con completos poderes de razonamiento, aun después de una discusión libre, lleguen a la misma conclusión." *Idem*, p.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

siones de las personas sobre cuestiones complejas y tensas sobre los derechos siempre converjan en consensos. Y como enfatiza Rawls, "Es ilusorio… suponer que todas nuestras diferencias [sobre estos asuntos] se encuentren enraizadas únicamente en la ignorancia y la perversidad, o incluso en las rivalidades por el poder, estatus o ganancia económica"[57].

El supuesto del desacuerdo no tiene nada que ver con el relativismo moral. Uno puede reconocer la existencia del desacuerdo sobre cuestiones de derechos y justicia –uno puede incluso percatarse que tales desacuerdos son, para propósitos de política práctica, irresolubles– sin plantear la afirmación meta-ética de que no existe la verdad en el asunto acerca del problema respecto del que disputan los participantes. El reconocimiento del desacuerdo es perfectamente compatible con la existencia de una verdad sobre el asunto de los derechos y los principios del constitucionalismo –asumiendo que nuestra condición no sea una donde la verdad se revele en maneras que nos son razonablemente negables–[58].

Si es que existe una Carta de Derechos, asumo que trata, pero no resuelve, las cuestiones en juego en el desacuerdo. Mencioné unos cuantos ejemplos en los párrafos anteriores. En los Estados Unidos es innegable que las disposiciones de la Carta de Derechos tienen relación sobre cómo cada una de estas cuestiones debe resolverse, y que las disposiciones de la Carta de Derechos no determinan por sí mismas una resolución sobre la cuestión, de un modo que esté por fuera de una disputa razonable. Entonces, asumo que la dimensión de estos desacuerdos radica en nuestra habilidad para idear formulaciones abstractas. El desacuerdo no impide la promulgación de una Carta de Derechos[59], pero los desacuerdos continúan sin resolverse, dejándonos en una situación donde –cuando surge un asunto sobre la probable violación de derechos– es innegable que las disposiciones de la Carta de Derechos hacen referencia al asunto, pero lo que implican y si ellas prohíben (o deben limitar la aplicación de) las disposiciones legislativas que están en tela de juicio, sigue siendo cuestión de disputa entre personas razonables[60].

---

58. Para un argumento que aplica a lo correcto, al igual que a lo bueno, Véase Waldron, *supra* nota 14, en 149-163.

57 Rawls, *Political Liberalism*, *supra* nota 53, p. 58.

58 Véase Waldron, "The Irrelevance of Moral Objectivity", *supra* nota 19, p. 182.

59 Véase Thomas Christiano, "Waldron on Law and Disagreement", *Law and Philosophy*, vol. 19, 2000, pp. 513, 537.

60 De nuevo, no estoy diciendo que las disposiciones de la Carta de Derechos cubran los casos centrales, con el desacuerdo confinado a los márgenes de su aplicación. Las disposiciones son usualmente vagas y abstractas, dejando abierta la posibilidad de que aun cuando

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

No se trata de negar que se pueda formular argumentos y ellos pueden parecer conclusivos al menos para aquellos que los realizan– relacionados con la relevancia de la Carta de Derechos en el tema en cuestión. Si el control judicial se establece en una sociedad, entonces los abogados argumentarán respecto de estos temas utilizando el texto y la fuerza gravitacional del texto de la Carta de Derechos. De hecho, los abogados tendrán un trabajo de campo. Cada parte de los desacuerdos sostendrá que su posición puede ser leída dentro de los compromisos "blandos" de la Carta de Derechos, si tan solo esos textos son leídos con la generosidad (o estrechez) necesarias. Tampoco estarán preparados para aceptar públicamente que lo que estoy asumiendo ahora será obvio: que la retórica "blanda" de la Carta de Derechos fue diseñada simplemente para encuadrar elegantemente los desacuerdos verdaderos y razonables que son inevitables entre personas que se han tomado los derechos en serio el tiempo suficiente como para ver tal Carta promulgada. En vez de incentivarnos a confrontar estos desacuerdos directamente, el control judicial es propenso a hacer creer que las disposiciones de la Carta de Derechos son cuestión de interpretación sobre esas formulaciones "blanda". El que éste sea un contexto deseable donde deba deliberarse sobre las cuestiones morales que se plantean, es uno de los puntos que consideraremos en la sección VI.

IV. La forma del argumento

Así que estos son nuestro supuestos. ¿Qué hacemos con la situación que definen? Los miembros de la comunidad están comprometidos con los derechos, pero discrepan acerca de los derechos. Es necesario encontrar soluciones a varias cuestiones sobre derechos. Necesitamos solución no tanto para desechar la cuestión –nada puede hacerlo[61]– sino para proveer un base para la acción común, cuando la acción es necesaria. Ahora, hay todo tipo de asuntos sobre los que no es necesaria una amplia solución por parte de la sociedad –por ejemplo, la transubstanciación, el significado de *Hamlet*, el valor

haya casos no controversiales, la gente siga utilizando la misma fórmula abstracta para cubrir diferentes enfoques sustantivos del derecho –y así, deberíamos continuar diciendo que ambos toman al derecho en serio–.

61 Cfr. John Stewart *et al.*, *America (The Book): A Citizens's Guide To Democracy Inaction*, Warner Books, 2004, p. 90 (discutiendo *Roe v. Wade* y notando que "[l]a Corte determinó que el derecho a la privacidad protege la decisión de una mujer de realizarse un aborto, y el feto no es una persona con derechos constitucionales, por ende, terminando el debate sobre esta cuestión que alguna vez fue controversial").

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

de la vida puramente contemplativa– lo que es una fortuna, porque existen pocas posibilidades de acuerdo respecto de estas áreas. Desafortunadamente, en cuestiones sobre derechos, para las cuales necesitamos una solución, también tenemos pocas posibilidades de acuerdo. La necesidad de resolución no hace que se evapore el hecho del desacuerdo, más bien, significa que las bases comunes para la acción han de ser forjadas en el calor de los desacuerdos.

En el mundo real la necesidad de acuerdo nos confronta en la arena legislativa. Legislamos en ciertas áreas, y de la legislación que promulgamos surgen asuntos sobre derechos. Estos asuntos pueden no ser explícitamente destacados en la legislación. La legislación puede referirse a las formalidades para el matrimonio, a la jornada laboral mínima, a la reforma sobre la financiación de las campañas, o a la preservación histórica de los centros de la ciudad, pero lo que sucede es que alguien nota que su aplicación origina un asunto sobre derechos y es en conexión con este asunto –¿ ha de ser aplicada la legislación de acuerdo a sus términos o no?– que surge la necesidad de resolución.

Un argumento que respeto para algún tipo de poder de control judicial es el que sigue. Puede que no siempre sea sencillo para los legisladores observar cuáles asuntos sobre derechos se encuentran incorporados en una propuesta legislativa presentada ante ellos; puede que no siempre sea sencillo para ellos vislumbrar qué asuntos sobre derechos pueden surgir de su subsecuente aplicación. De modo que es útil tener un mecanismo que permita a los ciudadanos llamar la atención de todos cuando estas cuestiones surjan. Pero este es un argumento solamente válido a favor del control judicial débil, no para una forma fuerte de la práctica donde la cuestión abstracta identificada sobre el derecho es resuelta del modo que los tribunales consideran apropiado. Es un argumento válido para un sistema similar al del Reino Unido, donde un tribunal puede establecer una declaración en la que se señale que se encuentra en juego una importante cuestión de derechos[62]. Alternativamente, es un argumento para el arreglo que encontramos en sistemas con un control judicial aún más débil, donde el ministerio público tiene el deber no partidista de escrutar las propuestas legislativas e identificar públicamente cualquier cuestión sobre derechos que pueda surgir[63].

---

62 Véase *supra* el texto que acompaña a las notas 26-28.

63 *Cfr.* New Zealand Bill of Rights Act 1990, 1990 S.N.Z. no. 109, § 7 ("Cuando cualquier propuesta sea presentada en la Cámara de Representantes, el Ministerio Público deberá… tan pronto como sea practicable posteriormente a la introducción de la propuesta, –llamar la atención de la Cámara de Representantes sobre cualquier disposición que parezca inconsistente con cualquiera de los derechos y libertades contenidos en la Declaración de Derechos."). Para un ejemplo controversial sobre el ejercicio de este poder, Véase Grant

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Tal acuerdo es una forma de institucionalizar la "alerta" sobre las cuestiones sobre derechos que ha sido ilustrada en el tercer supuesto mencionado.

Vamos a asumir, por ahora, que el legislativo está ampliamente consciente de las cuestiones sobre derechos que comporta una determinada Carta y que, habiendo deliberado al respecto, resuelve –a través del debate y votación– solucionar aquellas cuestiones de una manera particular. El legislativo toma bando en uno o más de los desacuerdos que imaginamos en el cuarto supuesto. La cuestión que afrontamos es si la resolución del legislativo debería ser dispositiva, o si hay razón para que el poder judicial la reevalúe y, quizás, la revoque.

¿Cómo deberíamos responder esta cuestión? He escuchado decir que la regla decisoria debería ser la siguiente: La decisión del legislativo se mantiene firme, excepto cuando viola derechos. Pero claramente esta respuesta no es suficiente. Estamos asumiendo que los miembros del legislativo discrepan sobre si una propuesta legislativa viola derechos. Necesitamos un modo de resolver ese desacuerdo. El asunto es tan antiguo como Hobbes: debemos establecer un procedimiento de toma de decisiones cuya operatividad solucione, no recomience, las controversias cuya existencia generó la necesidad de un procedimiento de decisión en primer lugar[64]. Esto significa que aun cuando los miembros de la sociedad que nos estamos imaginando discrepan acerca de los derechos, necesitan compartir una teoría sobre la legitimidad para el procedimiento de la toma de decisiones que ha de solucionar los desacuerdos. De modo que, al pensar acerca de las razones para establecer tal procedimiento, deberíamos pensar sobre las razones que podrían ser suscritas por personas en ambos lados de cualquiera de los desacuerdos[65].

Estoy presentado la necesidad de procesos de toma de decisiones legítimos como una respuesta al problema del desacuerdo moral. Pero he escuchado a algunos filósofos decir que dado que el desacuerdo es penetrante en las cuestiones políticas, no deberíamos permitir que nos aparte de nuestro camino. Dado que discrepamos en la misma medida acerca de los procesos

Huscroft, "Is the Defeat of Health Warnings a Victory for Human Rights? The Attorney-General and Pres-Legislative Scrutiny for Consistency with the New Zealand Bill of Rights", *Public Law Review*, vol. 14, 2003, p. 109.

64 *Cfr.* Thomas Hobbes, *Leviathan*, Richard Tuck (ed.) Cambridge University Press, 1996 [1651], p. 123.

65 Otro modo de decir esto es que una teoría política normativa necesita incluir más que sólo unas bases para justificar ciertas decisiones sobre sus méritos. Necesita ser más que, digamos, una teoría de la justicia o una teoría del bien común. También tiene que tratar la cuestión normativa sobre la legitimidad de los procesos de toma de decisiones que son utilizados para realizar decisiones políticas frente a los desacuerdos. Una teoría política normativa que no contemple esto se encuentra seriamente incompleta.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

legítimos para la toma de decisiones como lo hacemos para la justificación de los resultados, y dado que (en mi propia explicación) es claro que debemos tomar una postura sobre *algo* –llamado, procedimientos de decisión– no obstante tal desacuerdo, ¿por qué no podemos simplemente asumir una postura sobre la cuestión sustantiva y terminar con esto?[66] La respuesta a esto es que debemos ir a la cuestión de la legitimidad, si es posible que encontremos un desacuerdo ahí o no. Por una parte, tenemos que diseñar un proceso de toma de decisiones y necesitamos considerar las razones relevantes para tal diseño. Por otra parte, existen importantes razones relativas a la legitimidad –e.g., equidad, voz, participación– que surgen por el desacuerdo y no nacen aparte del establecimiento de la cuestión del proceso de toma de decisiones. Aun si también discrepamos acerca de éstas, no tenemos otra opción sino considerarlas. El que vayamos a discrepar respecto de ellas no es razón suficiente para ponerlas de lado y simplemente apoyar un lado u otro desacuerdo anterior (o substantivo).

Ningún proceso de toma de decisiones va a ser perfecto. Ya sea que se trate de un proceso legislativo no controlable o un proceso de control judicial de la legislación, a veces llevará a la decisión errónea, traicionando derechos en vez de defenderlos[67]. Esto es un hecho de la vida política. Todos deben conceder que habrá ocasiones en que exista disonancia entre lo que asumen como la decisión correcta y lo que consideran una decisión elegida en un proceso de toma de decisiones que para ellos es legítimo. Richard Wollheim denominó a esto la "paradoja en la teoría democrática"[68], dado que le permite al mismo ciudadano afirmar, al mismo tiempo, que A no debe ser promulgada, donde A es la política pública contra la que voto, y A debe ser promulgada, dado que A es la política pública elegida por la mayoría.

---

66 Christiano enfatiza el punto en cuestión en términos de un procedimiento circular: "Podemos esperar desacuerdos en cada etapa, si Waldron está en cierto; de modo que si debemos tener recurso a un procedimiento de más alto orden para resolver cada disputa que surja, entonces seremos incapaces de parar el círculo de los procedimientos." Christiano, *supra* nota 59, p. 521. Pero Christiano no realiza ningún intento por mostrar que éste sea un círculo vicioso. Para una discusión sobre los procedimientos circulares, Véase Waldron, *supra* nota 14, pp. 298-301.

67 He escuchado alguna gente decir que siempre es propenso a que los errores sean peores por parte del legislativo: la legislación puede en realidad violar derechos, mientras que lo peor que los tribunales pueden hacer no interferir para protegerlos. Esto es un error. Los tribunales que ejercen el poder de control de la legislación pueden en ocasiones violar derechos al eliminar leyes que buscan protegerlos. Discutiré esto más adelante, al final de la parte V.

68 Richard Wollheim, "A Paradox in the Theory of Democracy", en Peter Laslett & W.G. Runciman (eds.) *Philosophy, Politics And Society*, 2n series, Yale University Press, 1969, p. 71.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Pero Wollheim se equivocaba al atribuir tal paradoja a la democracia. Es una paradoja general en la teoría de la política que afecta a cualquier teoría política que complemente su explicación de lo que debe hacerse con una explicación de cómo las decisiones han de ser tomadas cuando existe desacuerdo acerca de lo que debe hacerse.

Con esta precaución en mente, ¿cuáles han de ser las razones que deben considerarse al diseñar o evaluar un procedimiento de toma de decisiones para solucionar desacuerdos acerca de los derechos? Dos tipos de razones deben ser consideradas. Las denominaré "relacionadas con el resultado" y "relacionadas con el proceso", aunque ambas son relevantes a la cuestión del proceso de toma de decisiones.

Las razones relacionadas con el proceso son razones para insistir en que alguna persona tome de una decisión dada (o participe en la toma de la misma) que se mantienen independientes de las consideraciones acerca del resultado apropiado. En la vida personal, a veces decimos que un padre tiene el derecho de tomar la decisión sobre si su hijo ha de ser disciplinado por cierta infracción; no es una decisión que deba realizar cualquier otro pasajero en el autobús. Podríamos afirmar esto, aunque nos reservamos el juicio sobre si el niño debe ser disciplinado. De hecho, podríamos decir eso incluso si pensamos que es más probable que el pasajero tome una mejor decisión que el padre. En política, las razones más conocidas relativas al proceso son aquellas basadas en la igualdad política y en el derecho democrático a votar, el derecho a que mi voz sea contada aun cuando los demás discrepen con lo que digo.

Las razones relacionadas con el resultado, en cambio, son razones para diseñar el procedimiento de toma de decisiones de modo que asegure el resultado apropiado (i.e., una decisión buena, justa o apropiada). El tema en discusión son los desacuerdos acerca de los derechos. Dado que los derechos son importantes, es igualmente importante que los comprendamos adecuadamente y por ende debamos tomarnos a muy en serio las razones relacionadas con el resultado. Las respuestas erróneas pueden ser toleradas en cuestiones políticas públicas; pero en cuestiones de principios, si se otorga una respuesta errónea, entonces algunos derechos serán violados. Los miembros de la sociedad que estamos imaginando entienden cuán importante es evitar tales resultados o minimizarlos lo más posible.

Por supuesto, quizás no es fácil identificar razones relacionadas con los resultados que puedan ser aceptadas por personas con posturas opuestas respecto de un desacuerdo sobre derechos. Como sostuve antes[69], el diseño de un proceso de toma de decisiones debe ser independiente del desacuerdo

[69] Véase *supra* el texto que acompaña la nota 64.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

particular que debe resolver; no es apropiado si simplemente recomienza el problema. De modo que debemos evitar las razones relacionadas con los resultados que apunten específicamente a resultados particulares controversiales –e.g., favorecer un proceso de toma de decisiones porque es más propenso a generar un resultado pro-elección que uno pro-vida–. Un proceso de toma de decisiones elegido con estas bases difícilmente sería respetado por los defensores de la postura pro-vida. Dado el desacuerdo, el punto aquí es establecer un procedimiento para generar soluciones de un modo que pueda ser reconocido como legítimo por ambas posturas.

Sin embargo, es posible generar razones relacionadas con el resultado sobre bases más modestas. En vez de decir (cayendo en una petición de principio) que debemos elegir aquellos procedimientos políticos que son más propensos a hacer producir [*yield*] un conjunto particular de derechos controversiales, podríamos decir, en cambio, que debemos elegir procedimientos políticos que sean más proclives a alcanzar la verdad acerca de los derechos, cualquiera que esta verdad resulte ser. Como ha señalado Aileen Kavanagh:

> [N]o necesitamos una explicación precisa de los derechos que tenemos y cómo deben interpretarse para realizar algunas afirmaciones instrumentalistas [i.e., razones relacionadas con los resultados]. Varios argumentos instrumentalistas no se basan en el conocimiento de un derecho en particular. Se basan al contrario en consideraciones institucionales generales acerca de la forma cómo los legisladores toman decisiones en comparación con los jueces, los factores que influenciaron sus decisiones y el modo cómo los individuos pueden presentar sus demandas en cada foro[70].

Las razones de este tipo ameritan tomarse en serio. Joseph Raz fue más allá y sugirió que este tipo de razones relacionadas con los resultados son las únicas que merecen considerarse[71]. Presumiblemente, este dogmatismo se basa en la importancia de la cuestión a tratar. Los resultados de las decisiones acerca de los derechos son importantes. No obstante, también existen todo tipo de razones importantes que no se refieren a la relación con los resultados y que no deberíamos vacilar en aplicar a las elecciones que tomamos acerca del diseño de procedimientos para la resolución de desacuerdos

[70] Aileen Kavangh, "Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron", *Law and Philosophy*, vol. 22, 2003, pp. 451, 466.

[71] Joseph Raz, "Disagreement in Politics", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 43, 1998, pp. 25, 45-46; Véase *también* Rawls, *A Theory Of Justice*, *supra* nota 53, p. 230 ("El criterio fundamental para juzgar cualquier procedimiento es la justicia de sus probables resultados").

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

acerca de los derechos. Ya he presentado algunos ejemplos pero posiblemente sea útil otro: el principio de autodeterminación. Existe una razón para que estos conflictos sean resueltos por cada sociedad conforme a sus sistemas políticos, en lugar de mediante dictados desde el exterior (e.g. por un gobierno vecino o un antiguo poder colonial). Algunos consideran que ésta no es una razón concluyente. Dicen que la autodeterminación nacional y la soberanía deberían abrir paso a la autoridad internacional respecto de las cuestiones acerca de derechos humanos[72]. Pero pocos niegan que tenga alguna importancia. Raz no ha prestado suficiente atención a la cuestión de que aunque las razones relacionadas con los resultados son muy importantes en esta área sobre la toma de decisiones acerca de los derechos, las razones de otro tipo también pueden ser importantes.

Una vez observamos que existen razones de todo tipo en juego, tenemos que considerar su carácter normativo puesto que esto afectará cómo se relacionan unas con otras. La expresión "relacionado con resultados" suena consecuencialista. Pero, dado que las consecuencias que buscamos evitar son las violaciones a los derechos, su evitación tiene algunas de las urgencias deontológicas asociadas con los derechos. Puede que no sean tan irresistibles como el principio que prohíbe las violaciones directas: los diseñadores de los procedimientos de toma de decisiones son indirectamente, no directamente, responsables por las violaciones que puedan involucrarse en el ejercicio de ese procedimiento. Pero su responsabilidad continúa siendo una responsabilidad basada en derechos –existe un deber en prestar cuidado al respecto[73]–.

¿Qué hay de las razones relacionadas con el proceso de carácter normativo? Las razones relacionadas con el proceso también son habitualmente cuestiones de urgencia deontológica. Pienso que Ronald Dworkin establece erróneamente el carácter de las razones participativas cuando se refiere a éstas como "[l]as consecuencias participativas de un proceso político"[74]. Él sugiere que permitir a los ciudadanos, en lo individual, tener la oportunidad de tomar parte en la toma de decisiones políticas de la comunidad, tengan la consecuencia –una buena consecuencia– de confirmar su igual membresía o posición en la comunidad. Les reasegura que son considerados por

[72] Véase, *e.g.*, Louis Henkin, "That "S" Word: Sovereignty, and Globalization, and Human Rights", Et Cetera, Adress at Fordham University School of Law, Robert R. Levine Distinguished Lecture Series (Feb. 23, 1999), en *Fordham Law Review*, vol. 68 , 1999, p. 1.

[73] Para la idea de varias oleadas de deber que son generadas por un derecho particular, Véase Jeremy Waldron, "Rights in Conflict", *Ethics*, vol. 99, 1989, pp. 503, 509-512.

[74] Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, 2000, p. 187.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

otros como personas cuyas opiniones y elecciones tienen un valor. Permitir a las personas participar también tiene la consecuencia positiva de ayudar a los ciudadanos a identificarse con los resultados de las decisiones políticas y ver tales decisiones hasta cierto punto como suyas, con un buen efecto colateral para la legitimidad (en el sentido sociológico de la palabra)[75]. Todo esto es sin duda importante, pero se parece a un director de escuela que señala las ventajas que resultan de darle voz a sus pupilos en los asuntos educativos a través de un consejo escolar. La explicación de Dworkin subestima radicalmente la noción de un *derecho* a participar, el imperativo de que uno sea tratado como un igual respecto de lo que concierne a la toma de decisiones de la sociedad, el sentido de principio que se encuentra en juego cuando alguien pregunta indignadamente, "¿cómo se atreven a excluir *mi* voz –privarme de mis derechos políticos– en esta decisión, que me afecta a mí y a la que estoy sujeto?"

Así que, ¿cómo ponderamos estas consideraciones sobre los procesos relacionados a los resultados y a los procedimientos? Afrontamos el problema común de tratar de maximizar el valor de dos variables, como pedirle a alguien que compre el auto más rápido al precio más barato. Hay varios modos en que podemos elaborar la pregunta. Podríamos preguntar: "¿Cuál método que más probablemente llegará a la verdad acerca de los derechos, mientras que, al mismo tiempo, adecuadamente respetará la demanda de los afectados a ser escuchados igualitariamente?"[76] O podríamos preguntar: "¿qué método respeta la demanda de los afectados a ser escuchados igualitariamente, mientras, al mismo tiempo, es más proclive a proporcionar la verdad acerca de los derechos? Creo que puedo cortar este nudo gordiano. Lo que sostendré en la parte V, es que las razones relacionadas con los derechos son a lo sumo inconcluyentes. Ellas son importantes, pero no (como se piensa comienza) establecen nada parecido a una argumentación clara en favor del control judicial de la legislación. Las razones relacionadas con el proceso, en cambio, arguyen hacia un solo lado. Ella opera mayormente en descrédito del control judicial, mientras que dejan a la toma de decisiones legislativas intacta. Por ende, me parece que la parte legislativa resulta victoriosa en cualquier formulación de la cuestión. Y ese será el centro de la argumentación contra el control judicial.

---

[75] Estas formulaciones resumidas de las posturas de Dworkin son adaptadas de Kavanagh, *supra* nota 70, pp. 458-459.

[76] Así es como la pregunta es formulada en Frank I. Michelman, *Brennan And Democracy*, Princeton University Press, 1999, pp. 59-60.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

V. Razones relacionadas con el resultado

Según Raz, "[u]n modo natural de proceder es el asumir que la aplicación de los derechos fundamentales debe ser confiada al procedimiento de toma de decisiones que, en circunstancias de tiempo y lugar, sea más probable a realizarlos bien, con la menor cantidad de efectos secundarios posibles"[77]. Supongo que la discusión en este punto debe ser continua con un debate más amplio acerca de la competencia institucional de los tribunales, iniciada por la escuela del proceso jurídico[78]. Los tribunales son buenos para decidir sobre algunos asuntos y no sobre otros. Técnicamente, utilizamos el término "derechos" para denotar los asuntos que los tribunales deciden característicamente, puesto que el demandante ha de reclamar un derecho para ser escuchado en un tribunal. Pero, como observó Lon Fuller, esto no significa que los tribunales sean, por tanto, el foro adecuado para tratar todo tipo de demandas sobre derechos en el sentido menos técnico bajo consideración aquí[79]. Algunas demandas sobre un derecho tienen el carácter del tipo de cuestiones binarias sobre las que los tribunales son competentes; otras tienen un carácter multifacético que usualmente han sido consideradas inapropiadas que sean decididas en una estructura judicial. Este asunto amerita mayor consideración. No me extenderé al respecto ahora, regresaré en cambio a las afirmaciones acerca de la competencia de los tribunales y los legislativos sobre las importantes cuestiones morales que son el tema de este ensayo.

Es tentador asociar las razones relacionadas con el resultado con la argumentación a favor del control judicial (y las razones relacionadas con el proceso con la argumentación contra éste). Esto es un error. Es verdad que varias de las razones más importantes relacionadas con el proceso son participativas y por ende favorecen a las instituciones electivas o representativas. Pero ello no implica que todas o la mayoría de las razones relacionadas con el resultado argumenten en el otro sentido. Como observaremos, las razones relacionadas con el resultado dan fundamento a ambas direcciones. Hay cosas acerca de los legislativos que a veces los hacen vulnerables al tipo de presiones de las que se supone los derechos nos guardan; pero también hay aspectos de los tribunales que les dificulta lidiar directamente con las cuestiones morales que presentan los desacuerdos acerca de los derechos.

Raz señala que las razones relacionadas con el resultado pueden inclinarse hacía ambos lados. El arguye en la forma común que

77 Raz, *supra* nota 71, p. 45.

78 Véase Hart & Sacks, *supra* nota 49, pp. 640-647.

79 Fuller, *supra* nota 49, pp. 368-370.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

> [e]n varios países existen amplias razones para sospechar que los miembros del legislativo están influenciados por intereses sectoriales a un grado tal, que ni siquiera es probable que procuren establecer qué derechos tienen las (o algunas) … debemos ser conscientes que es probable que ciertos factores nublen el juicio de las personas. Puede que estén, por ejemplo, expuestas a parcializarse en su propio interés. Debemos, por ende, preferir un procedimiento en el que los encargados de una decisión no sean afectados, o no directamente afectados, por su propia decisión. Hay otros factores conocidos que parcializan el juicio, y su naturaleza y presencia puede establecerse aun sin conocimiento del contenido de los derechos involucrados[80].

Ahora, al considerar un cargo de este tipo, tenemos que preguntar por su compatibilidad con nuestro tercer supuesto: ¿este tipo de prejuicio sectorial es típico de los legislativos en todas las sociedades? O, ¿debemos asociarlo con el caso no central de una sociedad cuyos miembros son ampliamente indiferentes a los derechos? Me referiré a este punto en la sección VIII[81]. Incluso a primera vista el argumento de Raz no es unívoco en su tendencia. Las mismas presiones sectoriales a menudo también explican la negligencia judicial sobre los derechos. Lo hemos visto en los Estados Unidos en casos tan diversos como *Korematsu*, *Schenck*, *Dred Scott* y *Prigg*[82]. Más recientemente, Laurence Tribe (usualmente un leal defensor del control judicial de la legislación) observó que en el pánico que afligió a los Estados Unidos después del 9/11, "sería un terrible error para aquellos que se preocupan por los derechos civiles y las libertades acojan mucha esperanza al poder judicial en tiempos de crisis"[83].

---

[80] Raz, *supra* nota 71, p. 46.

[81] Véase *infra* el texto que acompaña a las notas 137-141. Allí es donde discuto la afirmación (para casos no centrales) de que los jueces que simpatizan con los derechos de la minoría se encuentran en mejor posición de resistir el prejuicio popular, que los legisladores que simpatizan con los derechos de la minoría.

[82] Korematsu v. United States, 323 U.S. p. 214 (1944) (negándose a proteger a los ciudadanos de ascendencia japonesa de ser apresados durante la Segunda Guerra Mundial); Schenck v. United States, 249 U.S. p. 47 (1919) (sosteniendo que criticar el reclutamiento militar obligatorio durante la Primera Guerra Mundial era como disparar en un teatro abarrotado de personas); Dred Scott v. Sanford, 60 U.S. (19 How.) pp. 393, 425-427 (1857); Prigg v. Pennsylvania, 41 U.S. (16 Pet.) p. 539, 612 (1842) (derogando la legislación estatal que buscaba proteger a los afro-americanos de los cazadores de esclavos).

[83] Laurence Tribe, "Trial by Fury: Why Congress Must Curb Bush's Military Courts", *New Republic*, Dec. 10, 2001, pp. 18-19; Véase *también* Ronald Dworkin, "The Threat to Patriotism", *New York Review of Books*, Feb. 28, 2002, pp. 44, 46-47 (señalando la anterior tolerancia de los tribunales con las violaciones de derechos en tiempos de crisis).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

En todo caso, Raz señala que las razones relativas al resultado también dan fundamento a la dirección opuesta:

> A veces… existen razones para pensar que es más probable que aquellos cuyos intereses no estén afectados por una decisión tratarán honestamente de buscar qué es lo justo en las circunstancias. A veces uno puede ser incapaz de apreciar el drama de clases de personas, a menos que uno pertenezca a la misma clase, y por ende en vez de confiar la decisión a aquellos no afectados por ésta, debería ser otorgada a aquellos a quienes incumbe[84].

Los legislativos son establecidos con estructuras de representación precisamente para poder fomentar este sentido de apreciación.

Se ha sugerido a veces que las estructuras de la participación democrática no toman en cuenta en lo absoluto la importancia independiente de asegurar resultados apropiados –ellas simplemente empoderan ciegamente a la mayoría. Esto es una tontería. Todas las democracias limitan el sufragio en varios sentidos para asegurar un mínimo de madurez de juicio en las urnas. Por ejemplo, excluyen a los niños de votar, aun cuando los niños son afectados por las decisiones en consideración. Además, los legislativos son constituidos de modo que aseguren que la información acerca de la aceptabilidad de varias opciones entre diferentes secciones de la sociedad, sea introducida en el proceso de toma de decisiones. Y las decisiones son usualmente realizadas en el contexto de las instituciones bicamerales, de modo que cada propuesta legislativa tenga que asegurar el apoyo de la mayoría en cada una de las cámaras, en agendas electivas ligeramente diferentes[85]. Aún más, los sistemas con control judicial débil, o incluso sin control judicial de la legislación, a veces crean disposiciones específicas en el proceso legislativo para que las cuestiones sobre derechos sean resaltadas[86]. Unas disposiciones específicas existen en la mayoría de las democracias para procurar un debate cuidadosamente orquestado en tiempos de elecciones, así como un completo arreglo de conexiones entre el debate formal en el legislativo y el debate informal y la acumulación de información fuera de el legislativo. Todos estos son ajustes relacionados con el resultado en los procedimientos democráticos. Lo que vemos, en el lado participativo, no es lo que Rawls

---

[84] Raz, *supra* nota 71, p. 46.

[85] Algunos sistemas bicamerales, como el del Reino Unido, tienen una cámara alta no electa y disposiciones (en las leyes parlamentarias y en algunas de las convenciones de la Constitución Británica) que permiten a la cámara baja prevalecer (eventualmente) en caso de conflicto.

[86] Véase *supra* nota 63 y el texto que la acompaña.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

denominó una demanda de justicia procedimental pura, sino algo parecido a la justicia procedimental imperfecta[87].

En general, lo que noto cuando leo argumentos relacionados al resultado a favor del control judicial es se asume que puede sugerirse este tipo de argumentos sólo porque la mayoría de los argumentos más conocidos contra el control judicial no se refieren a los resultados. Se tienden a asociar las razones relacionadas con el resultado con el poder judicial y, al hacerlo, comúnmente difunden un marco irrealista de cómo es la toma de decisiones judicial[88]. Los oponentes del control judicial usualmente son acusados de adoptar una visión ingenuamente optimista del legislativo. Pero a veces hacemos esto deliberadamente, al enfrentar una imagen optimista a otra, frente a la negativa de los defensores de los tribunales de dar una explicación realista de lo que sucede ahí.[89]

En el resto de este apartado deseo considerar con mayor detalle tres ventajas relacionadas con el resultado que en ocasiones son afirmadas en favor de los tribunales: (1) que las cuestiones de derechos son presentadas a los tribunales en el contexto de casos específicos; (2) que la aproximación de los tribunales a las cuestiones relativas a los derechos se orienta al texto de la Carta de Derechos; y (3) que el razonamiento y la exposición de razones juega un papel prominente en la deliberación judicial. Se dice que éstos pesan a favor del control judicial de la legislación. Sin embargo, sobre las tres afirmaciones argumentaré que existen defectos relacionados al resultado en el modo cómo los tribunales abordan los derechos, e importantes ventajas relacionadas con el resultado por parte de los legislativos.

1. *Orientación a casos particulares*

En ocasiones se sostiene que lo maravilloso sobre el razonamiento judicial acerca de los derechos (como opuesto al razonamiento legislativo so-

[87] Véase Rawls, *A Theory of Justice*, *supra* nota 53, pp. 84-85. Hablamos de justicia procedimental pura cuando queremos indicar que no existe más a la justicia del resultado que el hecho de que se llegó a ella siguiendo escrupulosamente un procedimiento justo. Hablamos de justicia procesal imperfecta, cuando queremos transmitir el hecho de que un resultado dado debe ser juzgado por sus méritos al igual que en base al procedimiento establecido en éste.

[88] Para una crítica general de los argumentos que asocian a control judicial con una deliberación moral cuidadosa entre, por ejemplo, Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unios, véase Kramer, *supra* nota 11, p. 240. Kramer proporciona una buena descripción del modo en que la agenda política de los Jueces, y las falanges de los empleados ideológicamente motivados en las varias cámaras interfieren con cualquier cosa que pueda ser reconocida como una deliberación colegial significativa.

[89] Véase Jerem y Waldron, *The Dignity Of Legislation*, Oxford University Press, 1999,p. 2.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

bre derechos) es que las cuestiones sobre los derechos se presentan ante los jueces como casos individuales de "carne y hueso". Los derechos, al fin de cuentas, son derechos individuales y ayuda a centrar la mente ver cómo un individuo es afectado por un texto legislativo. Como Michel Moore ha ilustrado el punto, "los jueces se encuentran mejor posicionados para… la introspección moral de lo que lo están los legislativos, dado que a ellos se les presentan experimentos mentales morales todos los días [sic], con el tipo de detalle e involucramiento personal concreta necesarias para la introspección moral."[90]

Esto es, sin embargo, en gran parte un mito. Para el momento que los casos alcanzan los niveles superiores de apelación sobre los que, especialmente, estamos hablando en nuestras disputas sobre el control judicial de la legislación, casi todo rastro del caso original de "carne y hueso" de los titulares de derechos se ha desvanecido, y la discusión gira en torno al tema abstracto del derecho en disputa. Los demandantes o peticionarios son seleccionados por los grupos de defensa [*advocy groups*] precisamente para personificar las características abstractas que los grupos quieren enfatizar como parte de un argumento general de políticas públicas. Las idiosincrasias especiales de los litigantes particulares usualmente están fuera de vista para cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos aborda el caso, y la Corte casi siempre trata el caso en términos generales[91].

El proceso legislativo usualmente está abierto a la consideración de casos individuales, a través del cabildeo, en audiencias y en el debate. De hecho, existe una tendencia en estos días a proponer la legislación sobre la base de casos individuales relevantes –*Megan's Law*, por ejemplo[92]. Usualmente, se dice que los casos difíciles generan mal derecho [*hard cases makes bad law*]. En la medida en que esto sea cierto, me parece que los legislativos se encuentran mejor posicionados para organizar una evaluación del signi-

[90] Michael S. Moore, "Law as a Functional Kind", en *Natural Law Theory*, *supra* nota 19, pp. 188, 230. Para una respuesta, véase Waldron, "Moral Truth and Judicial Review", *supra* nota 19, pp. 83-88.

[91] Véase Sarah Weddington, "*Roe v. Wade*: Past and Future, Address at Suffolk University Law School", The Donahue Lecture Series (Dec. 7, 1989), en *Suffolk University Law Review*, vol. 24, 1990, pp. 601, 602-603.

[92] *Megan's Law* [Ley de Megan], a partir de la cual se creó un registro de delincuentes sexuales, fue promulgada en Nueva Jersey en 1994, 1994 N.J. Laws 1152 (codificada en *N.J. Stat. Ann.* §§ 2C:7-1 a 7-11 (2005)), después de que Megan Nicole Kanka fuera violada y asesinada por un agresor sexual condenado. Existe en la actualidad una *Megan's Law* a nivel Federal. 42 U.S.C. § 14071 (2000). Para una descripción de la promulgación de esta legislación, Véase Daniel M. Filler, "Making the Case for Megan's Law: A Study in Legislative Rhetoric", *Indiana Law Journal*, vol. 76, 2001.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

ficado de un caso individual en relación a una cuestión general de derechos que afecta a millones y de varias formas distintas[93].

2. *Orientación hacía el Texto de la Carta de Derechos*

Estamos imaginando una sociedad con una Carta de derechos y, si hay control judicial de la legislación, presumiblemente se centrará en la Carta de Derechos. La Carta de Derechos, hemos asumido, ha sido adoptada de conformidad al compromiso compartido de los miembros de la sociedad con la idea de derechos individuales y de la minoría, a pesar del hecho de que discrepan acerca de cuáles son estos derechos y lo que implican. Ahora, cuando surgen los desacuerdos sobre los derechos respecto de la legislación, existe una pregunta sobre el rol que debería jugar la Carta de Derechos establecida en el proceso de toma de decisiones en cual surge el asunto. Desde un punto de vista relacionado con el resultado, ¿es una buena o mala idea que el desacuerdo respecto de los derechos se dispute en relación a los términos de la Carta de Derechos?

Una razón para pensar que es una buena idea es que las formulaciones escritas de la Carta de Derechos pueden ayudar a los litigantes enfocar las cuestiones abstractas sobre derechos en juego. Existen, sin embargo, fuertes razones del otro lado. La forma de las palabras utilizadas en la Carta de Derechos no ha sido elegida con los desacuerdos sobre los derechos en mente. O, si así hubiese sido, habría sido elegida para esquivar el desacuerdo sobre derechos que existió al momento de crearse la Carta de Derechos. Sus clichés podrían ser exactamente las formulaciones inadecuadas para explorar los desacuerdos sobre derechos de manera lúcida, responsable y de buena fe.

Las expresiones escritas de una Carta de Derechos también tienden a fomentar un cierto formalismo textual rígido[94]. Un derecho jurídico que encuentra protección en una Carta de Derechos, la encuentra bajo el auspicio

[93] Véase Eisgruber, *supra* nota 13, p. 173 ("los jueces abordan las cuestiones constitucionales en el curso de decidir de resolver controversias entre los particulares. Como resultado, estos asuntos se les presentan de un modo incompleto… No todas las personas interesadas tendrán que aparecer ante el tribunal. Los jueces reciben evidencia y escuchan argumentos sólo de un número limitado de partes… Como resultado, puede los jueces no tengan la información necesaria para obtener una perspectiva comprensiva sobre la justicia de todo un sistema social, político o económico."). A partir de esto, Eisgruber concluye que es probablemente imprudente que los jueces busquen abordar los asuntos que tratan de lo que él llama principios morales "comprensivos". *Idem*. en pp. 165, 171, 173.

[94] Este es un argumento que he desarrollado en Waldron, "A Right-Based Critique", *supra* nota 14.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

de un tipo de formulación canónica de palabras en que se encuentran enunciadas las disposiciones de la Carta. Una lección de la experiencia constitucional estadounidense es que las palabras de cada disposición tienden a tomar vida por sí mismas, transformándose en un obsesivo eslogan utilizado para expresar todo lo que uno quisiera decir sobre el derecho en cuestión. Esto podría representar un riesgo menor en un sistema de supremacía legislativa, dado que los legisladores pueden plantearse el asunto para sí mismos, si lo desean, sin tener que tomar como referencia las formulaciones de la Carta de Derechos. Sin embargo, es parte del *modus operandi* de los tribunales buscar refugios textuales para su razonamiento, y ciertamente tenderán a orientarse hacia el texto de la Carta de Derechos en un modo más bien obsesivo.

Cuando menos, en sus argumentos acerca de derechos, los tribunales tenderán a distraerse por argumentos secundarios sobre cómo un texto como el de la Carta de Derechos es abordado por de mejor forma por los jueces. La experiencia estadounidense lo confirma: la mayor presencia de argumentos acerca de teorías de la interpretación que argumentos directos acerca de cuestiones morales es tan marcada en la mayoría de las opiniones judiciales, que nadie que considere importantes tales temas se encontrará satisfecho. Esto es así, en parte, porque la legitimidad del control judicial es en sí problemática. Dado que los jueces (como el resto de nosotros) se preocupan por la legitimidad de un proceso que les permite decidir tales temas, ellos se adhieren a sus textos autoritativos y debaten la interpretación de éstos, en vez de aventurarse a discutir directamente las razones morales[95].

Un último punto. El texto de una Carta de Derechos puede distorsionar el razonamiento judicial no sólo por lo que incluye, sino también por lo que omite. Supongamos que los miembros de cierta sociedad discrepan acerca de si la Carta de Derechos debió haber incluido derechos tanto positivos (socioeconómicos) como negativos (libertades)[96]. Aquellos que piensan que los derechos positivos debieron haber sido incluidos podrían pensar que la presente Carta de Derechos distorsiona el razonamiento moral debido

[95] Véase Tushnet, *supra* nota 11, p. 60 ("Es posible que los tribunales diseñen algunas doctrinas para reflejar su opinión sobre sus limitadas habilidades, no para reflejar directamente valores constitucionales sustantivos").

[96] Véase Jackson v. City of Joliet, 715 F.2º pp. 1200, 1203 (7th Cir. 1983) (Posner, J.) (observando que el esquema constitucional estadounidense "es una carta de libertades negativas y no positivas"); *cf.* Mark Tushnet, "An Essay on Rights", *Texas Law Review*, vol. 62, 1984, pp. 1363, 1393-1394 ("Podríamos por supuesto tener una Constitución diferente… Se podría argumentar que la parte de la humanidad debe luchar para reformular la retórica de los derechos de modo que la descripción del juez Posner deje de parecer natural y, tal vez, incluso parezca forzada.").

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

a esta exclusión. Una respuesta podría ser que esta omisión, en el peor de los casos, lleva a un posible fracaso en la revisión de la legislación en casos donde la revisión sería apropiada, pero este no es un argumento contra el control judicial en sí. Esto es, sin embargo, demasiado simple. Dejar de incluir derechos positivos podría alterar (o distorsionar) la comprensión de los jueces de los derechos que *están* incluidos. Los jueces podrían dar mayor peso a los derechos de propiedad o a la libertad contractual, digamos, que el que les darían si la propiedad y la libertad contractual estuvieran posicionadas a la par de los derechos de bienestar o asistencia social. Otorgarle a estos derechos mayor peso podría llevar a los jueces a derogar legislación que no debería ser derogada –legislación que busca solucionar la deficiencia e implementar por legislación aquellos derechos que se omitieron en las formulaciones de la Carta de Derechos.

3. *Exposición de Razones*

A menudo se piensa que la gran ventaja de la toma judicial de decisiones sobre cuestiones de derechos individuales es el razonamiento explícito y la exposición de razones asociadas a esta práctica. Se nos dice que los tribunales presentan razones para la toma de sus decisiones, y esto es un signo de que se toman en serio lo que está en juego, mientras los legislativos no lo hacen. De hecho, este es un contraste falso. Los legisladores presentan razones para sus votos al igual que los jueces. Las razones se presentan en lo que llamamos debate y son publicadas en el diario o boletín oficial (como el *Hansard* o el *Congressional Record*). La diferencia es que los abogados son entrenados para estudiar detenidamente las razones presentadas por los jueces, no están entrenados para el estudio detallado del razonamiento legislativo (aunque ocasionalmente lo escrutarán para propósitos interpretativos).

Posiblemente este argumente no trate en realidad de la presencia o ausencia de la exposición de razones, sino acerca de su calidad. No obstante, desde mi perspectiva, las razones que los tribunales tienden a ofrecer cuando ejercen sus poderes de control judicial de la legislación, raramente son las razones que serían examinadas en una robusta discusión deliberativa, y el proceso de buscar, citar, evaluar y comparar el peso de tales razones es muy diferente para los tribunales que para un ideal deliberante político. En parte, este es el punto mencionado antes –que el razonamiento será orientado por la terminología de la Carta de Derechos–. Si se es afortunado de tener una Carta de Derechos buena y actualizada, entonces podría haber cierta congruencia entre la exposición judicial de razones y la exposición de razones que esperaríamos en una deliberación completamente racional,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

moral o política. Sin embargo, si se tiene una Constitución anticuada, de unos doscientos o trescientos años, entonces la aludida exposición de razones será proclive a ser artificial y distorsionado. En los Estados Unidos, lo que es llamado la "exposición de razones" es usualmente un intento de conectar la decisión que el tribunal enfrenta con alguna antigua pieza de razonamiento decimonónico prosado. (Por ejemplo, ¿un argumento acerca de si "el debido proceso sustantivo" es el mejor marco para pensar sobre el derecho laboral o, en el mismo sentido, sobre el derecho al aborto?).

La exposición de razones de los tribunales también busca construir analogías o desemejanzas desesperadas entre la decisión presente que afrontan y otras decisiones que tuvieron que decidir en el pasado (y las que se adentraron bajo contorsiones similares). Hay una laboriosa discusión sobre el precedente, aun cuando es sabido en los más altos niveles de la toma de decisiones judiciales que el precedente no resuelve el asunto[97]. (Así que también hay una laboriosa discusión sobre las circunstancias donde el precedente debería o no anularse[98]). Todo el tiempo se ponen al margen los verdaderos problemas en juego en el desacuerdo de buena fe acerca de los derechos. Los jueces usualmente toman uno o dos párrafos de las veinte páginas o más dedicadas un fallo, y aun entonces las cuestiones raramente son abordadas directamente. En el fallo de cincuenta páginas de la Corte Suprema en *Roe v. Wade*, por ejemplo, solamente hay unos cuántos párrafos que tratan sobre la importancia moral de los derechos reproductivos en relación a la intimidad, y los pocos párrafos que abordan los asuntos morales en cuestión –el estatus del feto respecto de los derechos–, se ocupan en gran parte en mostrar la diversidad de opiniones sobre el tema[99]. Lea esos párrafos: el resultado puede ser atractivo, pero el "razonamiento" está en harapos.

En realidad, pienso que existe una buena razón para esto. A los tribunales les preocupa la legitimidad de su toma de decisiones y por ende enfocan su "exposición de razones" en hechos que tienden a mostrar que se encuentran legalmente autorizados –por la Constitución, una ley o un precedente– a tomar la decisión que proponen tomar. Hace esto es también algo basado en el resultado sobre la preferencia del control judicial sobre la

97 Véase, *e.g.*, Henry Paul Morgan, "Stare Decisis and constitutional Adjudication", *Columbia Law Review*, vol. 88, 1988, p. 723.

98 Véase, *e.g.*, Planned Parenthood of se. Pa. v. Casey, 505 U.S. pp. 833, 854-869 (1992) (discutiendo las circunstancias en las que el precedente constitucional podría ser anulado).

99 Existe una gran cantidad de historia jurídica y social de la decisión, pero pocas páginas abordan los verdaderos problemas morales en cuestión. Roe v. Wade, 410 U.S. pp. 113, 153-155 (1973) (discutiendo la privacidad y la importancia de los derechos reproductivos); *Idem*, pp. 159-162 (discutiendo los supuestos derechos o personalidad del feto).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

legislación[100]. Distraídos por los temas de legitimidad, los tribunales se enfocan en lo que otros tribunales han hecho, o en cuál es el lenguaje de la Carta de Derechos, mientras que los legisladores –no obstante sus vicios– tienden al menos a tratar directamente el corazón del asunto[101].

Al respecto, es impactante cuán sustancioso es el razonamiento en los debates legislativos sobre cuestiones de derechos en países sin control judicial de la legislación[102]. Leí exhaustivamente los debates de la Cámara de los Comunes acerca de la Ley sobre la Terminación Médica del Embarazo de 1966[103]. Esta era una propuesta de ley que proponía liberalizar la ley sobre el aborto. El debate en segunda lectura sobre la propuesta es un ejemplo tan fino de una institución política abordando temas morales, como el que se pudiese esperar encontrar. Es un debate extenso –aproximadamente cien páginas en el *Hansard*[104]– e involucró a gente del partido Laborista, pro-vida y pro-elección, y Conservadores, tanto pro-vida como pro-elección, todos tratando y enfocándose en todas las cuestiones que deben abordarse cuando se debate sobre el aborto. Debatieron las cuestiones apasionadamente, pero también exhaustiva y honorablemente, con atención a los derechos, principios, y problemas pragmáticos de ambas posturas. Fue un debate que al final ganaron los partidarios de la propuesta de ley, prevaleció la facción pro-elección[105]. Una cuestión destacable fue que todos los que participaron en el debate, aun aquellos miembros pro-vida del Parlamento (cuando vieron cuál sería el resultado de la votación), rindieron tributo al respeto con el que sus posturas fueron atendidas y escuchadas en esa discusión[106].

---

[100] Eisgruber parece aceptar esto, diciendo que "[m]uy a menudo los jueces intentan justificar fallos controvertisiales al citar precedentes ambiguos, y… esconden sus verdaderas razones detrás de formulaciones poco claras y citas prestadas de casos previos." Eisgruber, *supra*, nota 13, p. 70; Véase también *Idem*, p. 135 ("[L]os jueces… a menudo… fingen que no están realizando juicios de carácter político y que detalles textuales o hechos históricos forzaron sus decisiones").

[101] Existe un punto importante al respecto que ha sido enfatizado por Mark Tushnet: no deberíamos criticar a los legisladores por no razonar como hacen los jueces, dado que esa podría no ser una forma inteligente de abordar las cuestiones en juego. Tushnet, *supra* nota 11, pp. 63-65.

[102] Adaptado de Waldron, *supra* nota 46.

[103] En el órgano legislativo británico, el segundo debate de lectura es la deliberación respecto de los principios primordiales de la propuesta de ley.

[104] 732 *Parl. Deb.*, H.C. (5º ser.)(1966) pp. 1067-1166.

[105] El segundo debate de lectura no fue el final, por supuesto. Hubo una larga comisión y posteriormente un tercer debate de lectura, y luego debates similares en la Cámara de los Lores. Pero eventualmente la legislación liberalizadora fue promulgada.

[106] Véase, *e.g.*, 732 *Parl. Deb.*, H.C. (5ª ser.)(1966) p. 1152. Norman St. John-Stevas, un miembro católico del parlamento, votó en contra de la propuesta, no obstante comenzó su argumento señalando, "[t]odos concordamos en que éste ha sido un debate vitalmente

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Pensemos en esto: ¿cuántas veces hemos escuchado a alguien de la postura pro-vida elogiar la atención y respeto con que se han discutido sus posturas, digamos, por la Corte Suprema en *Roe v. Wade*?[107].

En los Estados Unidos nos vanagloriamos por consignar temas de derechos individuales, tales como el aborto, a los tribunales para su adjudicación constitucional, sobre la base de que los tribunales deben considerarse foros de principios, para utilizar la famosa frase de Ronald Dworkin[108]. De hecho, a veces decimos que los británicos están atrasados por no hacer las cosas de este modo[109]. Pero la diferencia clave entre el debate legislativo británico y el razonamiento judicial estadounidense es que al último le preocupa en mayor parte la interpretación y la doctrina, mientras que en el primero quienes toman las decisiones pueden enfocarse fijamente en el problema del aborto en sí mismo y lo que supone –sobre el estatus ético del feto, sobre los dilemas de las mujeres embarazadas y la importancia de sus elecciones, su libertad y su intimidad, sobre los conflictos y dificultades morales que todo esto implica, y sobre los problemas pragmáticos acerca del papel que debería desempeñar el derecho respecto de temas morales privados–. Estos son los asuntos que, seguramente, se necesita que sean debatidos cuando una sociedad decide sobre los derechos del aborto, y estos son los asuntos que reciben mayor tiempo de atención en los debates legislativos y menos tiempo en las deliberaciones judiciales[110].

---

importante, conducido a un nivel digno de las más altas tradiciones de esta Cámara." *Idem*. Posteriormente, pasó a felicitar al promotor del proyecto de ley, "por el modo en que introdujo la Propuesta, lo que realizó con extraordinaria moderación y habilidad." *Ibidem*.

107 Cuando menciono este ejemplo, mis amigos estadounidenses me dicen que el legislativo británico se encuentra organizado para hacer posibles tipos de debate que serían imposibles en los Estados Unidos. Bueno, dejando de lado la cuestión de si los Estados Unidos deberían ser considerados como un caso patológico, esto es simplemente falso. El debate al que me he referido funcionó, porque la Cámara de los comunes suspendió una de sus características distintivas –fuerte disciplina partidista– con el fin de abordar este tema de derechos. Los miembros del parlamento, de hecho, debatieron el tema de un modo más similar al de sus contrapartes estadounidenses, no necesariamente marcando las posturas de sus partidos, sino las opiniones propias de manera clara y firme.

108 Dworkin, *supra* nota 3, pp. 33, 69-71.

109 Véase Editorial, "Half-Measures on British Freedoms", *New York Times*, Nov. 17, 1997, p. A22 (Criticando al *Human Rights Act* por no cambiar complemente del todo al Reino Unido hacía una control judicial fuerte).

110 Elena Kagan y otros me han sugerido que esta crítica sobre el modo en que los tribunales discuten los derechos es predicada bajo el supuesto de que lo que buscamos proteger son derechos morales. Si, por el otro lado, lo que valoramos es la protección de nuestros derechos jurídicos constitucionales, entonces, este modo de discusión no es inapropiado, como mi crítica sugiere. No estoy convencido de esto. Lo que buscamos proteger son derechos, y la cuestión es qué mecanismos disponibles en el Estado moderno son mejores para protegerlos

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Estoy seguro de que hay más que decir sobre la pregunta relacionada con el resultado. Ciertamente ocurre que al igual los tribunales abordan las cuestiones sobre los derechos de modos que distorsionan lo que realmente está en juego, también el razonamiento legislativo puede ser una desgracia, como cuando las mayorías legislativas actúan presas del pánico, imprudentemente, o simplemente repitan eslóganes populares o sectoriales en sus pseudo-debates. La cuestión es esta: ¿Cuáles defectos en la deliberación deberían ser considerados como normales y cuáles como aberraciones en la forma cómo las respectivas instituciones –tribunales y legislativos– se supone que deben comportarse? A pesar de la retórica de Dworkin sobre "foros de principio", pienso que se espera que los tribunales se comporten cómo he criticado, enfocándose en los precedentes, el texto, la doctrina y otros legalismos. Nuestro supuesto acerca de los tribunales –segundo supuesto– trata sobre instituciones que se comportan de ese modo, de hecho se comportan correctamente bajo esos estándares (legalistas). En el caso de los legislativos, sin embargo, legislar apresurada o sectariamente no es parte de la teoría normal sobre el para qué están hechos los legislativos. No es lo que debemos asumir para el caso central de la toma de decisiones legislativas en una sociedad cuya mayoría de miembros respetan los derechos. Puede que existan algunos países –posiblemente los Estados Unidos– donde se hayan desarrollado algunas patologías legislativas particulares. Si esto es así, entonces los estadounidenses deberían confinar sus argumentos no centrales sobre el control judicial para sus propias circunstancias excepcionales.

VI. Razones relacionadas con el proceso

Entre las razones que tenemos para establecer procedimientos de toma de decisiones de una forma u otra, algunas posiblemente tienen poco que ver con los resultados, ya sea resultados particulares o resultados en general. Ellas preocupan por la voz o la justicia u otros aspectos del proceso en sí mismo. Como sostuve antes, a menudo se asume que los argumentos relacionados con el proceso pesan inequívocamente contra el control judicial de la legislación. Esto no es necesariamente cierto. Algunos argumentos endebles relacionados con el proceso han sido confeccionados por los defensores de la

y facilitar una discusión inteligente acerca de ello. No asumo que el modo apropiado sea el utilizado en un seminario sobre filosofía moral. Lo que sugiero aquí es que es importante, de un modo u otro, es llegar a los verdaderos problemas sobre los intereses y libertades humanas que se encuentran en juego en nuestros desacuerdos. Un modo legalista de proceder podría, o no, ser la mejor forma de hacerlo, pero sería un grave error decir que debemos valorar al legalismo como un fin por sí mismo.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

práctica y he de revisarlos al final de este apartado. Es en gran parte cierto, sin embargo, que la preponderancia de las razones relacionadas con el proceso pesa a favor de los legislativos.

La cuestión de la legitimidad política de los procesos de decisión de frente a un desacuerdo sobre resultados puede ser planteada como sigue. (Me temo que esto será bastante abstracto).

Imaginemos una decisión tomada bajo un cierto proceso e imaginemos a un ciudadano C_n –que se encuentra vinculado por la decisión– que discrepa con la decisión y que pregunta por qué habría de aceptarla, acatarla o tolerarla. Algunos de los que apoyan la decisión podrían buscar persuadir a C_n de que ésta es correcta en lo esencial, pero podrían no lograrlo, no por torpeza de su parte, sino simplemente porque C_n continúa (no irracionalmente) sosteniendo una postura diferente en este asunto complejo e importante. Entonces, ¿qué habría que decirle a C_n? Una respuesta plausible que podría ofrecérsele se refiere al proceso por el cual se llegó a la decisión. Aunque discrepe con el resultado, podría aceptar que se llegó a ella de forma justa. La teoría de tal tipo de respuesta basada en el proceso es la teoría de la legitimidad política.

Los procedimientos para la toma de decisiones políticas usualmente toman siguiente forma. Dado que existe un desacuerdo sobre una discusión dada, la decisión debe realizarse por un conjunto designado de individuos $\{C_1, C_2,\ldots C_m\}$ utilizando algunos procedimientos para la toma de decisiones previamente designados. La carga de la teoría de la legitimidad es explicar por qué es apropiado que estos individuos, y no otros, tengan el privilegio de realizar esta decisión. Como podría decirlo C_n, "¿por qué ellos y por qué no yo?". La teoría de la legitimidad tendrá que proveer las bases de una respuesta a esa pregunta. Dado que el problema es general –no solo es asunto de la perversidad idiosincrática de C_n– tendrá que dar una respuesta similar a las preguntas de C_o y C_p, y todos los demás C no incluidos en el conjunto de los privilegiados que toman las decisiones. Pero aun si esta respuesta se acepta, el conflicto no ha terminado. La teoría de la legitimidad también tiene que proveer una respuesta a la pregunta adicional que C_n podría realizar: "en el procedimiento de toma de decisiones que hemos utilizado, ¿por qué no se dio mayor peso a las posturas de aquellas personas capaces de tomar las decisiones que coinciden conmigo respecto del asunto?" Debe haber una defensa del proceso de toma de decisiones utilizado por $\{C_1, C_2,\ldots C_m\}$, no solo una defensa de su afiliación al conjunto.

Hagamos ahora más concreta esta algebra abstracta. Supongamos que un ciudadano, que discrepa con una decisión legislativa sobre los derechos, plantea las dos preguntas que he imaginado. Pregunta: (1) ¿Por qué este

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

grupo de aproximadamente quinientos hombres y mujeres (los miembros del legislativo) deben tener el privilegio de tomar decisiones que me afectan a mí y doscientos millones de personas más? y (2) aun si acepto que los quinientos tengan este privilegio, ¿por qué no tuvo mayor peso la postura de los legisladores que concordaban conmigo?

En las democracias, los legislativos se establecen de maneras que proveen respuestas razonablemente convincentes a estas dos preguntas. La respuesta a la primera cuestión es provista por la teoría de elecciones equitativas al legislativo, elecciones en que la gente como C_n y sus conciudadanos fueron tratados con igualdad, para determinar quién debería tener el privilegio de encontrarse entre ese pequeño número de participantes en las decisiones de este género. La respuesta a la segunda pregunta es dada por los argumentos bien conocidos sobre la equidad que subrayan el principio de la decisión mayoritaria (DM). No es mi cometido defender esto aquí, la defensa de la justicia/equidad de la regla sobre la decisión de la mayoría es bien conocida[111]. Mejor que cualquier otra regla, DM es neutral entre los resultados disputados, trata a los participantes por igual, y otorga a cada opinión expresada el mayor peso posible compatible con el dar igual peso a todas las opiniones. Cuando discrepamos acerca del resultado deseado, cuando no queremos parcializar el asunto, y cuando cada uno de los participantes relevantes tiene una demanda moral a ser tratado como igual en el proceso, entonces la DM –o algo similar– es el principio a utilizar[112].

Pero, qué ocurre si alguien responde de la siguiente forma: Puedo ver por qué individuos como C_n tienen derecho a ser tratados como iguales en el proceso de toma de decisiones sobre un asunto que los afecta a todos, pero, ¿por qué los quinientos representantes en el legislativo tienen derecho a ser tratados como iguales en este proceso?, ¿qué justifica su uso de la DM?

---

[111] Para el teorema (en la teoría de la decisión social) de que DM por sí misma satisface las condiciones elementales de la justicia, equidad, y racionalidad, Véase Amartya K. Sen, *Collective Choice And Social Wellfare*, Holen-Day, 1970, pp. 71-74; y Kenneth O. May, "A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Decision", *Econometrica*, vol. 20, 1952. También hay discusiones interesantes en Charles R. Beitz, *Political Equality*, Princeton University Press, 1989, pp. 58-67; y Robert A. Dahl, *Democracy And Its Critics*, Yale University Press, 1989, pp.139-141.

[112] En conversaciones, Ronald Dworkin me ha convencido de que la DM no es un principio apropiado para ser utilizado respecto de cuestiones de justicia de primer orden. Si me encontrase en un bote salvavidas con más pasajeros que su capacidad permite y alguien tuviese que salir al agua, no sería apropiado utilizar la DM para decidir quién debería ser. DM *es* un principio apropiado, sin embargo, para elegir entre reglas generales. Si alguien en el bote salvavidas propone que se tome la decisión por sorteo y alguien más sugiere que la persona más longeva debería abandonar el bote, entonces parece que la DM es una base justa para elegir entre esas reglas.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

La respuesta se refiere a la continuidad entre las respuestas a la primera y la segunda pregunta en el caso de los legislativos. Para los legislativos, utilizamos una versión de la DM para elegir a los representantes y utilizamos una versión de la DM para la toma de decisiones entre los representantes. La teoría es que juntas proveen una aproximación razonable del uso de la DM como proceso de decisión entre la ciudadanía como un todo (y a una aproximación razonable de la aplicación de valores en los que se basa la DM a la ciudadanía como un todo).

Entonces, en general lo que le estamos diciendo a C_n es básicamente lo siguiente: tú no eres el único que desafía los procesos de toma de decisiones que utilizamos. De hecho, millones de individuos lo hacen. Y le respondemos a cada uno al concederles validez a su punto y darles participación en la decisión. De hecho, tratamos de darles tanta participación como sea posible, aunque por supuesto es limitada por el hecho de que tratamos de responder equitativamente al argumento que puede ser planteado, siguiendo el mismo criterio, para tomar en cuenta la participación de cada ciudadano en particular. Damos a cada persona la mayor participación posiblemente compatible con la igual participación de cada uno de los otros. Ese es nuestro principio. Y creemos que nuestros complicados arreglos electorales y representativos más o menos satisfacen la demanda de igualdad política –es decir, igual participación e igual autoridad para decidir.

Por supuesto, en el mundo real la realización de la igualdad política a través de elecciones, representación y procesos legislativos es imperfecta. Los sistemas electorales comúnmente son defectuosos (e.g., ya sea por acuerdos insatisfactorios para establecer límites a los distritos o falta de proporcionalidad entre los distritos) así como lo son los procedimientos legislativos (e.g., por un proceso de antigüedad [*seniority*] que compromete la equidad del legislativo). Todo esto puede ser reconocido. Recordemos, sin embargo, nuestro primer supuesto: un conjunto de instituciones legislativas –incluyendo un sistema de elecciones para el legislativo y un sistema de toma de decisiones al interior de éste– que se encuentran en razonablemente buena forma en lo que se refiere a los valores democráticos de equidad y justicia. Estamos asumiendo también que los legisladores y sus constituyentes tienen este sistema bajo revisión para que se mantenga de conformidad a estos principios. Por ejemplo, en varias democracias existen debates sobre sistemas rivales de representación proporcional, establecimiento de distritos, y procesos legislativos. C_n podría quejarse, porque estos sistemas no son perfectos y no han sido reformados al grado que deberían, pero una buena teoría de la legitimidad (para la política del mundo real) tendrá una cierto espacio para acomodar los defectos inevitables. Ella tratará de justicia razo-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

nable, no perfecta. Sin duda, algunos sistemas electorales y legislativos aún no cumplen de este criterio generoso, pero nuestra argumentación central no supone abordar situaciones en que los sistemas electorales y legislativos son patológica e incorregiblemente disfuncionales.

Regresemos a nuestro caso central y a la confrontación que imaginamos con nuestro ciudadano recalcitrante C_n. Que algo en los términos antes planteados pueda ser utilizado para responder la queja de C_n sobre la decisión de un legislativo razonablemente bien organizado es importante para la legitimidad, pero no es concluyente. C_n podría imaginar un procedimiento distinto que sea más legítimo de lo que es el procedimiento legislativo. La legitimidad es en parte comparativa[113]. Dado que distintas instituciones y procesos podrían generar distintos resultados, defender la legitimidad de una institución o proceso dado involucra mostrar que estos son o serían más justos que otras instituciones o procesos que se encontraban disponibles y que podrían haber alcanzado la decisión contraria[114].

De modo que ahora imaginamos –o, en un sistema como el de los Estados Unidos, observamos– decisiones tomadas no por un legislativo sino por un tribunal (digamos, la Corte Suprema) acerca de una cuestión compleja de derechos sobre la que los ciudadanos discrepan. Un ciudadano –de nuevo lo llamaremos C_n– que no está de acuerdo con la esencia de una de las decisiones del tribunal, se queja. Cuestiona: (1) ¿por qué estos nueve hombres y mujeres determinan el asunto?; y (2) aun si lo hacen, ¿por qué han de tomar una decisión utilizando el proceso que han utilizado, en vez de un proceso que otorgue mayor peso a los jueces con una postura que favorezca a C_n?

Estas son preguntas más arduas de responder para la Corte de lo que lo serían para los legisladores. Sabemos de buena mano que retos como este con frecuencia son expresados fuertemente fuera de la Corte y que a menudo angustian a los jueces. Algunos jueces, sin embargo, meditan sobre esa angustia. (Es tiempo de que descansen sus ojos ahora y no presten atención por unos minutos, dado que citaré al juez Antonin Scalia y lo citaré extensamente.)

> En verdad, me encuentro preocupado como lo está la Corte… acerca de la "presión política" dirigida a la Corte: las marchas, el correo, las protestas que buscan inducirnos a cambiar de opinión. Que molesto es que varios de nuestros ciudadanos (buenas personas, no criminales, de ambos lados de este

113 Véase Waldron, *supra* nota 47.

114 Véase Michelman, *supra* nota 76, pp. 57-59.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

> asunto del aborto y, también, de varios lados de otros temas) piensen que nosotros, los jueces, debamos tomar adecuadamente en cuenta sus posturas, como si nos encontrásemos comprometidos no en determinar un derecho objetivo, sino en determinar algún tipo de consenso social. La Corte se beneficiaría, pienso, de prestar menos atención al *hecho* de este fenómeno perturbante y prestar más atención a su *causa*. Esa causa permea el fallo de hoy: un nuevo modo de decisión judicial constitucional que descansa, no sobre el texto y la práctica tradicional para determinar el derecho, sino sobre lo que la Corte denomina "juicio razonado", que resulta ser nada sino predilección filosófica e intuición moral[115].

El juez Scalia continuó:

> Lo que hace todo esto relevante para la fastidiosa aplicación de "presión política" contra la Corte son los factores gemelos de que los estadounidenses aman la democracia y los estadounidenses no son tontos. Mientras esta Corte pensaba (y la gente pensaba) que los jueces estaban haciendo aquí un trabajo de abogados –el público, de algún modo, nos dejó solos–. Los textos y las tradiciones son hechos a ser estudiados, no convicciones a ser demostradas. No obstante, si en la realidad nuestro proceso de adjudicación constitucional consiste primariamente en hacer *juicios de valor*… entonces pude esperarse que la actitud de las personas libres e inteligentes respecto de nosotros sea (debería ser) bastante diferente. Las personas saben que sus juicios de valor son tan buenos como aquellos enseñados en cualquier escuela de derecho –posiblemente mejores–. Si, de hecho, las "libertades" protegidas por la Constitución son, como la Corte dice, indefinidas e ilimitadas, entonces las personas *deberían* manifestarse para protestar que no implementamos *sus* valores, sino los *nuestros*[116].

Así que, como dice Scalia, las cuestiones de legitimidad son del más alto relieve y los defensores del control judicial deben encontrar una respuesta.

Primero, ¿por qué deberían estos jueces y sólo estos jueces, decidir el asunto? Una respuesta podría ser que los jueces han sido designados y elegidos por tomadores de decisiones y cuerpos de tomadores de decisiones (el presidente y el Senado) que tienen ciertas credenciales electivas. El Presidente es elegido, y a menudo el pueblo sabe qué tipo de personas es probable que él nomine para la Corte Suprema, y los Senadores que han aprobado la designación son elegidos también. Es cierto que comúnmente no se

---

115 Planned Parenthood o Se. Pa. V. Casey, 505 U.S. pp. 833, 999-1000 (1992) (Scalia, J. Ponente) (cita omitida).

116 *Idem*. en pp. 1000-1001.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

considera que los jueces tengan que rendir cuentas del modo como sí tienen que hacerlo los legisladores, pero, como ya hemos señalado, no buscamos perfección.

Por tanto, el defensor del control judicial no carece de respuesta ante los desafíos de nuestros ciudadanos; hay algo que puede decir. Sin embargo, si la legitimidad es una cuestión comparada, entonces ésta es una respuesta asombrosamente inadecuada. El sistema de elecciones legislativas no es perfecto tampoco, pero es evidentemente superior como cuestión de democracia y de valores democráticos que las bases indirectas y limitadas de la legitimidad democrática del poder judicial. Los legisladores son regularmente susceptibles de que se les exija rendir cuentas a los votantes y se comportan como si sus credenciales electorales fueran importantes al *ethos* general de su participación en la toma de decisiones. Nada de esto es verdad para los jueces.

Segundo, aun si concedemos que los complejos temas de derechos deberían decidirse por estos nueve hombres y mujeres, ¿por qué habrían de ser decididos por votación de mayoría simple entre los jueces? Aquí, la situación empeora para los defensores del control judicial de la legislación. Siempre me ha intrigado el hecho de que los tribunales realicen sus decisiones mediante votación, aplicando el principio de DM a sus escasos números. Sé que producen razonamientos y todo lo que ya hemos discutido, pero al final todo se resume al conteo de cabezas: cinco votos vencen a cuatro en la Corte Suprema de los Estados Unidos, sin respetar los argumentos que han realizado los magistrados. Si la DM es desafiada en este contexto, ¿podemos responder a este desafío de un modo aproximadamente similar al que imaginamos a favor de los legislativos? De hecho, no podemos. La DM es adecuada para personas que tienen una exigencia moral de insistir en ser consideradas como iguales en algún proceso de toma de decisiones. Pero no puedo observar fundamentos morales para esta exigencia en el caso de los jueces de la Corte Suprema. Ellos no representan a nadie. Su demanda de participación es funcional, no una cuestión de estar autorizados por personas a las que representan.

Me encuentro en desventaja aquí por falta de atención teórica casi absoluta sobre el uso de la DM en los tribunales[117]. Los académicos han escrito algo respecto a nuestra experiencia empírica de la votación y las estrategias de votación en los tribunales, algunos han sugerido novedosas maneras de combinar los votos de los jueces sobre las cuestiones particulares involucra-

[117] Trato de decir un poco al respecto en Waldron, "Deliberation, Disagreement, and Voting", *supra* nota 14, pp. 215-224.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

das en cada caso, en vez de en el resultado general[118]. No estoy, sin embargo, al tanto de ninguna defensa elemental del mayoritarismo judicial[119]. La defensa usual, basada en igualdad y equidad, no está disponible. Sospecho que si el uso de la DM por los tribunales fuese defendido, lo sería ya sea como un simple instrumento técnico para decidir sin mayores ramificaciones teóricas[120], o sobre las bases del teorema judicial de Condorcet (el voto mayoritario realizado por un grupo de juzgadores aritméticamente aumenta la competencia del grupo más allá de la competencia promedio de sus miembros)[121]. Si fuese la última, entonces la defensa de la DM es parte del argumento relacionado con el resultado en favor de la competencia judicial, lo que significa que tendría que competir con un argumento similar que puede aducirse para grupos más grandes de votaciones en los legislativos[122]. Aunque este argumento se desarrollase, mi opinión es ésta: no existe un argumento adicional sobre la equidad para el uso de la DM por los tribunales, como sí existe para su uso por los legislativos.

Los últimos puntos deberían recordarnos que las respuestas que hemos imaginado para el desafío de C_n a los procesos legislativos y judiciales no se

---

118 Véase, *e.g.*, Lewis A. Kornhauser & Lawrence G. Sager, "The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts", *California Law Review*, vol. 81, 1993; Lewis A. Kornhauser & Lawrence G. Sager, "Unpacking the Court", *Yale Law Journal*, vol. 96, 1986; David Post & Steven C. Salop, "Rowing Against the Tidewater: A Theory of Voting by Multijudge Panels", *Georgetown Law Journal*, vol. 80, 1992.

119 Una razón para esto es que los defensores del control judicial prefieren no hablar acerca del uso del voto por mayoría simple ente los jueces respecto de cuestiones de derechos. Quieren poder condenar el voto mayoritario sobre derechos como si fuera característico de los legislativos. Si se les presiona, admitirán que, por supuesto, los jueces deciden asuntos por, digamos, mayoras de 5-4 o 6-3 en la Corte Suprema. Nunca he escuchado, sin embargo, a un defensor del control judicial introducir esto en una discusión por sí mismo, mucho menos se comprometen a explicar por qué es una buena idea.

120 Véase Hannah Arendt, *On Revolution*, foto. reimpresión de 1982 [1963], p. 163 (donde dice que "el principio de mayoría es inherente en el mismo proceso de la toma de decisiones" y es "proclive a ser adoptado casi automáticamente en todos los tipos de consejos o asambleas deliberativas").

121 Marquis De Condorcet, "Essay on the Application of Mathematics to the Theory of Decision-Making (1785)", reimpreso en Keith Michael Baker (ed. & trans.), *Condorcet: Selected Writings*, Macmillan, 1976, p. 33.

122 El teorema de Condorcet sostiene que mientras más grande sea el grupo votante, mayor es el aumento de la competencia del grupo por encima del promedio de la competencia del votante individual, en una votación por mayoría. Por supuesto, el resultado presupone que el promedio de competencia individual es más alto del cincuenta por ciento. Para una discusión de las dudas de Condorcet sobre la aplicación de esta última condición, Véase Jeremy Waldron, "Democratic Theory and the Public Interest: Condorcet and Rousseau Revisited", *American Political science Review*, vol. 83, 1989, pp. 1317, 1322.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

sostienen por sí solas. Posiblemente también deberíamos proponer un argumento relacionado con el resultado para responder a su desafío. Pienso, sin embargo, que he podido demostrar en esta parte y en la previa, que el argumento relacionado con el resultado no es conclusivo (o está a favor de los legislativos) mientras que el argumento relacionado con el proceso se encuentra totalmente del lado del legislativo. Recordemos también lo que hemos dicho en la sección IV. Las razones de ambos lados conciernen a los derechos. Si una institución o la otra fuera claramente superior en determinar cuáles derechos en realidad tienen las personas, entonces nos inclinaríamos fuertemente a favor de esa institución. Pero este no es el caso. Del lado del proceso, las instituciones que dan autoridad final sobre estos asuntos a los jueces no ofrecen ninguna respuesta adecuada a la reclamación de equidad de la ciudadanía ordinaria, basada en el principio –y no sólo el valor– de la igualdad política. Esa carencia podría ser tolerable, si existiese una argumentación basada en el resultado para esa toma de decisiones judiciales. Los defensores del control judicial pretenden que existe. Pero como hemos visto anteriormente, es una afirmación sin sustento.

Posiblemente, conscientes de esto, los defensores del control judicial han tratado una serie de intentos desesperados buscando reconciliar su institución favorecida con los valores democráticos. Consideraré éstos brevemente, porque no hay mucho de valor en ellos.

Primero, los defensores del control judicial afirman que los jueces no toman sus propias decisiones acerca de los derechos, sino que aplican simplemente las decisiones de la gente que se encuentran incorporadas en la Carta de Derechos, la cual, por sí misma tiene credenciales democráticas, ya sea como legislación o como parte de la Constitución. Esta afirmación no socava la argumentación central contra el control judicial de la legislación. Asumimos que la Carta de Derechos no resuelve los desacuerdos que existen en la sociedad acerca de los derechos individuales y minoritarios. Tiene influencia en ellos, pero no los resuelve. A lo mucho, los términos abstractos de la Carta de Derechos son sitios seleccionados popularmente para disputas acerca de estos asuntos. La cuestión que hemos estado considerando es quién debe resolver esos asuntos que se disputan en esos sitios.

Segundo, y en gran medida en la misma línea, los defensores del control judicial afirman que los jueces simplemente están aplicando los precompromisos de la sociedad para con los derechos. La sociedad se ha atado al mástil sobre ciertos principios de lo correcto y, como los compañeros de la nave de Ulises, los jueces simplemente se aseguran que las cuerdas continúen apretadas. Esta analogía común ha sido exhaustivamente desacreditada en la

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

literatura[123]. Brevemente, la respuesta es que la sociedad no se ha comprometido con ninguna visión particular sobre lo que implica un determinado derecho, de modo que cuando los ciudadanos discrepan acerca de esto, no es claro por qué dar a los jueces el poder de decidir debería ser entendido como un modo de sostener el precompromiso. Si alguien, no obstante, insiste en que la sociedad se ha comprometido con una visión particular acerca del derecho en cuestión (y los jueces, al votar entre ellos, de algún modo afirman ese compromiso), una vez que un entendimiento alternativo de ese derecho se encuentre en juego, no es claro por qué el precompromiso existente debería prevalecer. El modelo del Ulises funciona solamente cuando el precompromiso protege contra varias aberraciones, no cuando nos guarda contra cambios de opinión en relación a desacuerdos legítimos sobre cuál sería un resultado razonable[124].

Tercero, los defensores del control judicial afirman que si los legisladores discrepan con una decisión judicial acerca de derechos, ellos pueden hacer una campaña para enmendar la Carta de Derechos para explícitamente anularla. No hacer esto equivale a una aprobación tácita democrática. Este argumento es defectuoso, dado que no defiende el punto de partida que la toma de decisiones judiciales establece. Enmendar la Carta de Derechos característicamente involucra una súper-mayoría, o si es legislación constitucional del tipo británico –o neozelandés, tendrá credenciales en la cultura política que aumenta la apuesta e incrementa la carga asociada con el esfuerzo de enmendar. Si nuestro disgustado ciudadano C_n pregunta por qué la baraja ha de ser sorteada de este modo, la única respuesta que podemos darle se remite a la decisión judicial. Y ello se ha mostrado insuficiente.

Cuarto, los defensores del control judicial insisten en que los jueces sí tienen credenciales democráticas: son nominados y elegidos por funcionarios electos, y el tipo de nominación judicial que un candidato a un cargo político es proclive a hacer hoy en día juega un importante papel en la campaña electoral del candidato[125]. Esto es verdad, pero (como ya señalé) el

[123] Véase Jon Elster, *Ulysses Unbound*, Cambridge University Press, 2000, pp. 88-96, (generando dudas sobre algunos argumentos realizados en Jon Elster, *Ulysses And The Sirens: Studies In Rationality And Irrationality*, Cambridge University Press, 1984, p. 93); Véase *también* Waldron, *supra* nota 14, pp. 255-281.

[124] Véase Waldron, *supra* nota 14, pp. 266-270.

[125] Eisgruber, *supra* nota 13, p. 4 ("Aunque los Magistrados no son elegidos mediante elección directa, ellos, no obstante, son seleccionados a través de un proceso que es político y democrático… [E]llos son elegidos por funcionarios electos: son nominados por el presidente y confirmados por el Senado… los Magistrados tienen… un pedigrí democrático: ellos deben sus cargos a sus posturas políticas y sus conexiones políticas tanto como… a sus habilidades legales.").

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

asunto es comparativo, y esas credenciales no son remotamente competitivas con las credenciales democráticas de los legisladores electos. Además, en la medida en que aceptemos a los jueces por sus credenciales democráticas, socavamos el argumento que se aduce a favor del control judicial como una forma distintivamente valiosa de toma de decisiones políticas.

Quinto y último, los defensores del control judicial afirman que la práctica podría ser justificada como un modo adicional de acceso a la contribución del ciudadano en el sistema político. A veces los ciudadanos acceden al sistema como votantes, a veces como cabilderos, a veces como litigantes. Dicen que deberíamos evaluar la legitimidad del paquete completo de varios modos de acceso ciudadano, no sólo las credenciales democráticas de este particular componente. La tesis es válida, hasta este punto. Sin embargo, introducir el control judicial en un orden más amplio de modos de participación ciudadana no altera el hecho de que éste es un modo de intervención ciudadana que no es disciplinado por los principios de igualdad política que usualmente son considerados como cruciales en la democracia. Las personas tienden a recurrir al control judicial cuando quieren mayor peso en sus opiniones del que la política electoral les podría otorgar. Tal vez, este modo de acceso pueda parecer respetable cuando otros canales de cambio político se encuentran bloqueados[126]. Discutiremos esto en la sección VIII. Pero las actitudes hacia los conciudadanos que el control judicial transmite, no son respetables en la argumentación central que estamos considerando, donde los legislativos y los arreglos electorales se encuentran en razonablemente buena forma en lo que se refiere a los valores democráticos.

VII. La tiranía de la mayoría

Quiero darles a los defensores del control judicial –para los casos centrales– una última mordida a la manzana. La preocupación expresada más comúnmente acerca del trabajo de un legislativo democrático es que, dado que se encuentran organizados sobre la base mayoritaria, los procesos legislativos podrían dar paso a la "tiranía de la mayoría". Tan difundido es este miedo, tan conocido es este elemento en nuestra cultura política, tan fácil es decir "tiranía de la mayoría"[127], que la necesidad de límites judicialmente vigilados

[126] Véase John Hart Ely, *Democracy And Distrust: A Theory Of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980.

[127] Una crítica de Mill a *Democracy in America* de Tocqueville era que el probable efecto político de su popularización de la frase, "la tiranía de la mayoría", daría a las fuerzas conservadoras retórica adicional con la cual oponerse a la legislación progresista. Véase John

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

sobre las decisiones legislativas, se ha vuelto más o menos axiomática. ¿Qué otra seguridad tienen las minorías contra la tiranía de la mayoría?

Considero que este argumento común es gravemente confuso. Concedamos, por ahora, que la tiranía es lo que le sucede a alguien cuando le niegan sus derechos. La primera cuestión a reconocer es que, de acuerdo con esta definición, la tiranía se encontrará en juego en casi cualquier desacuerdo sobre derechos, la parte a favor de la comprensión más amplia de un determinado derecho (o la parte que afirma reconocer un derecho que el otro niega) pensará que la postura de la parte opuesta es potencialmente tiránica. Por ejemplo, los fumadores de peyote considerarán tiránico someter sus sacramentos a las leyes generalmente aplicables a los narcóticos. Quienes se oponen a las leyes sobre el financiamiento de las campañas pensarán que esas leyes son tiránicas. Es una pregunta abierta, sin embargo, si están en lo correcto. Algunas de estas afirmaciones sobre la tiranía son, sin duda, correctas. Pero no se vuelven correctas simplemente porque son afirmadas. De hecho, en algunos casos, habrá alegaciones de tiranía por parte de ambas partes de una cuestión de derechos. Los defensores del aborto consideran que la postura de los pro-vida sería tiránica para las mujeres, pero la gente pro-vida considera que la postura de los pro-elección es tiránica para otro tipo de personas (los fetos, que son personas para ellos). Algunos piensan que la acción afirmativa es tiránica, otros consideran que lo tiránico es fracasar en implementar programas de acción afirmativa, etc.

Concedamos lo que hemos reconocido en el apartado IV, en nuestra discusión sobre la paradoja de Wollheim. Las instituciones democráticas en ocasiones alcanzarán e impondrán decisiones incorrectas sobre los derechos. Esto significa que ocasionalmente actuarán tiránicamente. Lo mismo, sin embargo, es verdad en cualquier proceso de decisiones. Los tribunales esporádicamente actuarán también de manera tiránica[128]. La tiranía, bajo la definición que estamos utilizando, es más o menos inevitable. Es solo cuestión de cuánta tiranía es posible que exista, lo que fue el tema de nuestra discusión en la sección V.

Stuart Mill, "M. de Tocqueville on Democracy in America", *Edinburgh Review*, Oct. 1840, reimpreso en *Dissertations And Discussions: Political, Philosophical, And Historical*, foto. reimpresión 1973, [1859], vol. 2, pp. 79-81.

[128] No me refiero a sus pecados de omisión (no protegernos contra ciertos abusos legislativos contra los derechos). Para ejemplos de éstos, Véase *supra* nota 82. Aquí, refiero a sus pecados de comisión: a veces el poder de control judicial será ejercitado tiránicamente para evitar que los legislativos concedan a la gente (lo que son de hecho) sus derechos. Para referencia a algunos ejemplos, Véase *supra* nota 4 y el texto que la acompaña.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

¿Se agrava la tiranía de una decisión política por el hecho de ser impuesta por la mayoría? Dejo de lado el punto pedante de que un tribunal quizás tomé decisiones mediante votaciones por mayoría. ¿Es la tiranía de la mayoría popular (e.g., una mayoría de representantes electos, cada uno apoyado por una mayoría del electorado) una particularmente atroz forma de tiranía? No veo cómo podría serlo. O decimos que la tiranía es tiranía sin importar cómo (y entre quiénes) se ha realizado la decisión tiránica, o decimos –y esta es mi opinión– que la característica mayoritaria en realidad mitiga la tiranía, porque indica que hubo al menos una cosa no tiránica acerca de la decisión: no fue realizada de un modo que tiránicamente excluyera a ciertas personas de participar como iguales.

Esto puede parecer poco serio, así que déjeseme plantear la cuestión de modo menos provocador. El temor más comúnmente expresado acerca de una autoridad legislativa no restringida es que las minorías o los individuos puedan sufrir opresión en relación a la mayoría. Podrían ser oprimidos, o discriminados, o sus derechos pueden ser negados y violados en comparación con los de la mayoría, o sus intereses ser excesivamente subordinados a aquellos miembros de la mayoría (por ejemplo, lesionados o descuidados de una forma condenada por la justicia). Al describir estas formas de tiranía, opresión, o injusticia, utilizamos los términos "mayoría" y "minoría", pero en este particular contexto, no son necesariamente términos relacionados a procesos de toma de decisiones políticas. Permítanme explicar.

Injusticia es lo que sucede cuando los derechos o intereses de la minoría son erróneamente subordinados a aquéllos de la mayoría. Ahora, hemos concedido que esto puede suceder como resultado de la toma de decisiones políticas por la mayoría. Cuando sucede, sin embargo, necesitamos distinguir, al menos en primera instancia, entre la mayoría y la minoría "decisional" y lo que he llamado mayoría y minoría "temática"[129] [*topical*]–i.e., los grupos mayoritarios y minoritarios cuyos derechos se encuentran en juego en la decisión. En algunos casos, la membresía de la mayoría decisional podría ser la misma que la membresía de la mayoría temática, y la membrecía

[129] Utilizo "temática" dado que sus derechos e intereses son el tema de la decisión. El término "minoría temática" es laxo y existe siempre la posibilidad de una disputa acerca de que a quiénes comprende (y lo mismo es cierto para "mayoría temática"). Pero la laxitud no es problema. Aun laxamente definido, la distinción entre minorías temáticas y decisionales nos permite ver que no todo el que vota por la parte perdedora en un asunto de derechos debería ser considerado como un miembro del grupo cuyos derechos han sido adversamente afectados por la decisión. Véase Waldron, *supra* nota 14, pp. 13-14; Waldron, "Precommitment and Disagreement", *supra* nota 19; Waldron, "Rights and Majorities", *supra* nota 19, pp. 64-66.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

de la minoría decisional –aquellos que votaron contra la injusticia– podría ser la misma membresía de la minoría temática. Esto es a menudo verdad en el caso de la injusticia radical, por ejemplo: los legisladores blancos (mayoría decisional) votan por el privilegio de los blancos (mayoría temática); los legisladores negros pierden en la lucha por iguales derechos para los negros. Estos son los casos que presento sobre los que deberíamos estar especialmente preocupados bajo el título de "la tiranía de la mayoría".

Con esta distinción en mente regresemos a los casos de desacuerdo sobre derechos. Supongamos que existe un desacuerdo en la sociedad sobre cuáles son los derechos de una minoría temática. Asumiendo que este desacuerdo debe resolverse, la sociedad habrá de deliberar acerca del mismo y aplicar sus procesos de toma de decisiones al asunto. Supongamos que la sociedad utiliza la DM para resolver el asunto, yo tomo parte en esta toma de decisión utilizando mi voto y la parte por la que voto pierde. Soy, por ende, miembro de la minoría decisional en el asunto. Hasta el momento, sin embargo, no se ha mostrado que algo tiránico me haya sucedido. Para demostrarlo, deberíamos tener que mostrar otras dos cosas adicionales: (1) que la decisión realmente fue errónea y tiránica en sus implicaciones respecto de los derechos de los afectados; y (2) que yo fui parte de la minoría temática cuyos derechos fueron adversamente afectados por esta decisión errónea.

El punto a recordar aquí es que nada tiránico me sucede simplemente en virtud del hecho de que la comunidad a la que pertenezco no actúe de acuerdo a mi opinión. Siempre que la opinión sobre la que se actúe tome mis intereses apropiadamente en cuenta junto con los de los demás, el hecho de que mi opinión no prevalezca no es en sí una amenaza a mis derechos, o a mis libertades, o a mi bienestar. Nada de esto cambia necesariamente si soy también miembro de la minoría temática cuyos derechos son el tema a tratar. Las personas –incluyendo a los miembros de las minorías temáticas– no necesariamente tienen los derechos que creen tener. Podrían estar equivocadas acerca de los derechos que tienen, la mayoría podría estar en lo correcto. Un diálogo responsable acerca de la "tiranía de la mayoría" mantendrá estos puntos analíticos en mente.

En resumen, la tiranía de la mayoría es posible, pero el término no debería ser utilizado simplemente para marcar el desacuerdo de quien habla con los resultados de la decisión mayoritaria. La manera más fructífera de caracterizar a la tiranía de la mayoría es decir qué sucede cuando las minorías temáticas son alineadas con las minorías decisionales. En la parte VIII, consideraré la aplicación de esto a lo que son denominadas "minorías

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

discretas e insulares"[130]. Aunque, por ahora, notaremos que este tipo de alineación es exactamente lo que no esperaremos bajo los supuestos centrales que estamos considerando. El tercer supuesto fue que a la mayoría de las personas, y por ende a gran parte de los miembros de una mayoría decisional, les importan los derechos tanto como a los miembros de una determinada minoría decisional. Y el cuarto supuesto sobre el desacuerdo fue que el desacuerdo usualmente no es impulsado por intereses egoístas. El desacuerdo es suficientemente explicado por la complejidad y dificultad de los mismos temas. Lo que Rawls denominó "las cargas del juicio"[131] arguye precisamente contra el tipo de alineación entre opinión e intereses que, como hemos visto, un diálogo responsable sobre la tiranía de la mayoría debería suponer.

La conclusión no es, sin embargo, que la tiranía de la mayoría sea algo sobre lo que no debamos preocuparnos. Más bien, la conclusión es que la tiranía de la mayoría –si el término es utilizado responsablemente– es característica de los casos no centrales, en los que a las personas les preocupan poco los derechos individuales y de las minorías, sólo les importan los derechos propios. No quiero negar que esto suceda, pero creo que es importante enfatizar su incompatibilidad con mi tercer supuesto y no tratar de hablar *simultáneamente* acerca de una sociedad comprometida con los derechos en la cual la tiranía de la mayoría es, no obstante, una posibilidad endémica.

Las distinciones realizadas en este apartado pueden ayudarnos a lidiar con otros dos argumentos sobre el control judicial de la legislación. Primero, Ronald Dworkin sostiene en *Freedom's Law* que una toma democrática de decisiones es inherentemente tiránica si los derechos de las personas no son respetados. Esto no es así simplemente porque puede generar resultados tiránicos, sostiene Dworkin, sino porque el respeto a los derechos es una condición de trasfondo para la legitimidad de cualquier sistema político de toma de decisiones. Dworkin no sólo está insistiendo en el reconocido argumento de que la democracia depende (constitutivamente) de ciertos derechos, como el derecho a votar o, indirectamente, el derecho a la libertad de expresión o el de asociación. Su argumento es algo más sofisticado. Sostiene que procesos como el de la DM no tienen legitimidad en lo absoluto en un contexto democrático (o cualquier otro) a menos que a cada votante se le asegure que los demás ya lo consideran con igual preocupación y respeto. Un grupo de terroristas que decida mi destino por decisión mayoritaria (aun un proceso de DM donde se me otorgue voto) no tiene legitimidad

[130] Véase *infra* el texto que acompaña a las notas 137-141.
[131] Rawls, *Political Liberalism*, *supra* nota 53, pp. 54-58.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

en lo absoluto, dado que la condición de trasfondo no es cumplida. En general, Dworkin argumenta que difícilmente se puede esperar que una persona acepte las decisiones de una mayoría como legítimas, si sabe que otros miembros de la comunidad no toman sus intereses en serio o si las instituciones establecidas de la comunidad evidencian desprecio o indiferencia hacia su especie[132].

Dworkin considera que esto refuta la objeción democrática al control judicial de legislación[133]. Supongamos que una legislación es promulgada por una asamblea elegida y después desafiada por un grupo de ciudadanos con el argumento de que socava el derecho *D*, un derecho que es condición para la legitimidad democrática. Imaginamos que otros discreparán, algunos porque piensan que *D* no es una condición de la democracia, otros porque entienden a *D* de un modo muy distinto. Supongamos que el asunto es asignado a un tribunal para su decisión final y el tribunal deroga la legislación, aceptando la impugnación de los ciudadanos ¿Existe una pérdida de democracia? La respuesta, dice Dworkin, depende enteramente en si el tribunal toma la decisión correcta. Si lo hace –esto es, si la legislación realmente era incompatible con los derechos requeridos como condiciones para la legítima aplicación de la DM– entonces la democracia seguramente ha sido mejorada por lo que ha hecho el tribunal, porque la comunidad es ahora democráticamente más legítima de lo que hubiese sido si se hubiese permitido que la legislación permaneciera[134].

Hay muchas cosas que están mal en este argumento, algunas las he señalado en otro lugar[135]. En primer lugar, Dworkin parece sugerir que si una decisión política *es sobre* la democracia, entonces no existe una cuestión interesante a plantear sobre el proceso institucional por el que fue realizada. Esto me parece erróneo. Si una decisión sobre el proceso mayoritario (o sobre las condiciones de su legitimidad) fuese hecha utilizando un procedimiento que, por ejemplo, impidiera la participación de las mujeres, las objeciones al procedimiento basadas en la igualdad no serían descalificadas

132 Dworkin, *supra* nota 10, p. 25.

133 Dworkin es cuidadoso al decir que este no es un argumento a favor del control judicial de la legislación. *Idem*, p. 7 ("La democracia no insiste en que los jueces tengan la última palabra, pero no insiste en que no deban tenerla.").

134 *Idem*. en pp. 32-33 ("[S]i asumimos que la decisión del tribunal fue errónea, entonces nada de esto es cierto. Ciertamente perjudica a la democracia cuando un tribunal autoritativo realiza una decisión errónea acerca de lo que las condiciones democráticas requieren – pero no más de lo que lo afecta cuando un legislativo mayoritario toma una decisión constitucional errónea que se permite que permanezca. La posibilidad de error es simétrica.").

135 Para una respuesta completa, ver Waldron, *nota supra*, 282-312

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

simplemente porque la legitimidad del proceso mayoritario fuese el tema en cuestión. Nos interesan los valores del proceso, aun cuando es el proceso el que se encuentra en el centro de nuestro desacuerdo.

La objeción más elocuente, sin embargo, es ésta. Concedamos la premisa de Dworkin –que los procedimientos democráticos son legítimos sólo entre las personas que respetan los derechos de los demás–. Esto puede ser leído de dos maneras: (1) los procedimientos democráticos son legítimos sólo entre las personas que sostienen y actúan sobre una correcta visión de los derechos de los demás; o (2) los procedimientos democráticos son legítimos sólo entre las personas que toman los derechos de los demás en serio y que, de buena fe, tratan con todo esmero de descifrar cuáles son estos derechos. La primera lectura es demasiado fuerte, ningún sistema político imaginable la satisfaría. No puedo encontrar una objeción a la segunda lectura de la premisa de Dworkin, pero si la leemos de este modo, entonces la premisa de Dworkin es satisfecha por el tipo de sociedad que hemos imaginado en este ensayo. Aun si las personas discrepan sobre los derechos, podrán tomarse los derechos de uno y otro en serio. Las mayorías decisionales podrían prevalecer. Algunas veces estarán en lo correcto sobre los derechos, algunas otras en lo incorrecto. Esto es algo que tienen en común con todos los sistemas de toma de decisiones y que por sí sólo no puede socavar su legitimidad, siempre y cuando las minorías temáticas tengan una garantía de que la mayoría de sus conciudadanos se toman sus derechos en serio.

Segundo, también podemos utilizar las distinciones desarrolladas en este apartado para ayudarnos a lidiar con el alegato de que la toma de decisiones sobre derechos no revisables por parte del legislativo involucra a la mayoría, que se convierte en un juez en su propia causa. Aquellos que invocan la máxima *nemo iudex in sua causa* en este contexto, dicen que requiere que una decisión final sobre los derechos no debería ser dejada en las manos del pueblo. Más bien, ésta debería pasarse a una institución independiente e imparcial, tal como un tribunal.

Es difícil observar la fuerza de este argumento. Casi cualquier decisión-regla eventualmente involucrará a alguien decidiendo sobre su propio caso. A menos que vislumbremos una cadena de apelaciones literalmente interminable, siempre habrá una persona o institución cuya decisión sea final. Y de esa persona o institución, siempre podremos decir que dado que tiene la última palabra, sus miembros están *ipso facto* fallando sobre la aceptabilidad de su propia opinión. Las invocaciones superfluas de la máxima *nemo iudex in sua causa* no son excusa para olvidar la lógica elemental de la legitimidad: las personas discrepan y existe una necesidad de una decisión final y un procedimiento para alcanzar esa decisión final.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Lo que este argumento sobre la necesidad de un control judicial podría significar es que los miembros de la mayoría temática –i.e., la mayoría cuyos derechos e intereses se encuentran en juego– no deberían de ser aquellos cuyos votos sean decisivos para determinar si esos derechos e intereses deben mantenerse ascendientes. Y hay fundamentos legítimos para preocuparse cuando las mayorías temáticas se alinean con las mayorías decisionales. (Si esta alineación es endémica, entonces considero que estamos tratando con casos no centrales, por razones que explicaré en el apartado VIII). Es impactante, sin embargo, la poca frecuencia con que esto sucede, incluyendo lo poco frecuente que sucede en este tipo de casos que normalmente son lidiados con el control judicial en los Estados Unidos. Pensemos en los dos ejemplos que he mencionado antes: el aborto y la acción afirmativa. En ninguno de ambos casos existe el tipo de alineamiento que puede preocuparnos. Varias mujeres apoyan el derecho a abortar, pero también varios hombres y mujeres se les oponen. Varios afroamericanos apoyan la acción afirmativa, pero también varios miembros de la mayoría blanca, y varios afroamericanos se oponen a ésta. Esto es lo que debemos esperar en una sociedad en que nuestros supuestos tercero y cuarto, establecidos en el apartado III, sean satisfechos. Es de esperarse que personas que se toman los derechos en serio discrepen sobre ellos, pero es un signo de que se toman los derechos en serio que estos desacuerdos sean relativamente independientes de los intereses personales que los individuos tengan en el asunto.

VIII. Casos no centrales

Los argumentos que he propuesto hasta ahora se basan en cuatro supuestos bastante exigentes. ¿Qué sucede con estos argumentos cuando los supuestos fallan, o para las sociedades en que los supuestos no son sostenibles? Tengo en mente particularmente mi primer supuesto que una sociedad tenga instituciones democráticas y legislativas en buen estado, en cuanto respecta la igualdad política, y mi tercer supuesto que los miembros de la sociedad que estamos considerando están ampliamente comprometidos con la idea de los derechos individuales y de las minorías. Creo que para muchas personas la argumentación a favor del control judicial descansa en el rechazo a estos cuatro supuestos. El control judicial es en parte una respuesta a los percibidos fracasos de las instituciones democráticas, o es en parte respuesta al hecho de que muchas personas no toman los derechos suficientemente en serio (de modo que necesitan que un tribunal lo haga por ellos). En suma, los partida-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

rios de la práctica dirán que necesitamos control judicial de la legislación en el mundo real, no en el mundo ideal definido por mis cuatro supuestos.

Una serie de cosas deben decirse en respuesta a esto, antes de regresar a un par de asuntos específicos sobre los casos no centrales. Primero, los supuestos sobre los que he procedido no son irreales. El tercer supuesto, por ejemplo –un compromiso general con los derechos en la sociedad– es fácilmente satisfecho, dado que la argumentación a favor del control judicial casi siempre asume que de alguna forma la sociedad para la cual este control ha sido diseñado cuenta con una Carta de Derechos que tiene algún tipo de relación real con las visiones de los ciudadanos. El primer supuesto trató sobre que los arreglos electorales y legislativos se encontrasen en buen estado, manteniendo en mente que aun en nombre de la igualdad política no estamos en condición de exigir perfección. También, en el apartado VI, cuando hablé sobre la legitimidad de los tribunales y los legislativos, de nuevo he especificado que mis argumentos no dependían de que existiera una respuesta perfecta a la demanda de los individuos por voz y participación. La argumentación a favor de la legitimidad de la toma de decisiones legislativas no depende de ningún supuesto de perfección utópica de las instituciones legislativas, ni en que perfectamente encarnen el principio de igualdad política en sus aspectos electivos y procedimentales. Sólo ascienden a que estas instituciones estén explícitamente orientadas a este principio, organizadas de una forma diseñada para satisfacer el principio, y de que realicen un esfuerzo razonable para lograrlo. Finalmente, me he ocupado de citar las verdaderas deliberaciones de un legislativo verdadero –la Cámara de los Comunes respecto de la *Medical Termination of Pregnancy Bill* de 1966– como ejemplo de cómo los legislativos podrían funcionar, no alguna referencia a un a priori filosófico.

Habiendo dicho todo lo anterior, aun hemos de preguntar: ¿Qué sucede con el argumento contra el control judicial si los supuestos no se cumplen?

En los casos donde no se cumplen los supuestos, el argumento en contra el control judicial presentado en este ensayo no prevalece. Como he enfatizado en la sección III, mi argumento es de naturaleza condicional[136]. Sin embargo, no se sigue que el control judicial de la legislación sea defendible cuando los supuestos no se cumplen. Puede que haya otros buenos argumentos contra el control judicial que no estén condicionados a supuestos como los que he presentado. O puede que ocurra que el control judicial no ofrezca esperanza de aminorar una situación particular. Puede que no sea

[136] Véase *supra* el texto que acompaña a la nota 43. Para un ejemplo de la frascaso del argumento, Véase Waldron, *supra* nota 47.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

apropiado establecer el control judicial de la legislación si la toma de decisiones judiciales en una sociedad no es menos corrupta o no se encuentra menos parcializada que la toma de decisiones legislativas. Los argumentos que presentamos para los casos centrales son en gran parte comparativos, y esta lógica también es aplicable a los casos no centrales.

Supongamos que estamos tratando con un caso que no es central en virtud de que no se cumple el primer supuesto. En este caso, los legislativos son inadecuadamente representativos o deliberativos, el sistema de elecciones se encuentra comprometido y los procedimientos utilizados en el legislativo no tienen ninguna relación creíble con la legitimidad política. Dos preguntas surgen: (1) ¿Es posible mejorar la situación en lo relacionado con el legislativo? (2) ¿Debería establecerse un poder en los tribunales para tomar decisiones finales sobre asuntos de derechos, asumiendo que los tribunales manejarían estos asuntos de mejor manera? Las preguntas son independientes, dado que podríamos razonablemente pensar que algunos asuntos sobre derechos son demasiado urgentes para esperar el surgimiento de un legislativo más responsable y representativo. Pero ellas no son absolutamente independientes. Establecer el poder final de decisión en los tribunales podría hacer más difícil reformar el legislativo o más difícil desarrollar un *ethos* legislativo como el que presupone el primer supuesto y posiblemente el segundo. He escuchado especulaciones al respecto sobre los Estados Unidos: la idea es que los legislativos de los Estados Unidos, particularmente los estatales, operan irresponsablemente y de un modo no se toma los derechos en serio porque saben que los tribunales están como respaldo, lo que hace más difícil que se desarrolle una cultura responsable entre los legisladores. No se hasta dónde sea esto cierto. Es ciertamente digno de ser considerado.

Quiero finalizar discutiendo una forma bien conocida en la que se piensa que mi primer supuesto falla. Tengo en mente la sugerencia del juez Stone en el famoso caso *Carolene Products*, en la cuarta nota al pie: "[E]l prejuicio contra las minorías discretas e insulares podría ser una condición especial, la cual tiende seriamente a restringir la operación de aquellos procesos políticos que ordinariamente sería confiados a proteger a las minorías…"[137]. Esta me parece una excelente manera de caracterizar el tipo de casos no centrales en que tiene algo de plausibilidad el argumento a favor del control judicial de las decisiones legislativas. Las minorías en esta situación podrían

[137] United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. pp. 144, 153 n. 4 (1938); Véase *también* Keith E. Whittington, "An "Indispensable Feature"? Constitutionalism and Judicial Review", *N.Y.U Journal of Legislation and Public Policy*, vol. 6, 2002, pp. 21, 31 (afirmando que mi descuido respecto de esta idea en *Law and Disagreement* es "impactante desde la perspectiva de la teoría constitucional estadounidense").

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

necesitar un cuidado especial que sólo las instituciones no electivas pueden proveer –cuidado especial para proteger sus derechos, y cuidado especial (como señala John Hart Ely) para reparar el sistema político y facilitar su representación–[138].

Sin embargo, tenemos que ser precavidos sobre este argumento. Se desprende de lo que sostuve en la sección VII que no toda minoría amerita este tratamiento especial: ciertamente no toda minoría decisional, e incluso no toda minoría temática[139]. No existe razón para suponer que cada minoría permanente merece este tratamiento especial, ciertamente no las minorías decisionales permanentes –los bolcheviques en los Estados Unidos, por ejemplo–.

Muy a menudo, la frase "discreta e insular" es utilizada de forma desconsiderada. No toda minoría distinta e identificable es discreta e insular. No hay nada mágico en el lenguaje del Juez Stone. No obstante, si se han de tomar en serio, "discreto" e "insular" son adjetivos útiles, porque comunican no sólo la idea de una minoría que existe aparte de la toma de decisiones políticas –en otras palabras, una minoría temática– sino también una minoría cuyos miembros se encuentran aislados del resto de la comunidad en el sentido de que no comparten varios intereses con no-miembros que les permitirían construir una serie de coaliciones para promover sus intereses. El alineamiento de las minorías decisionales y temáticas que hemos advertido en sección VII es un buen ejemplo de "insularidad" en este sentido y es una causa de preocupación.

¿Qué hay del otro criterio que el juez Stone mencionó –que la minoría es víctima del prejuicio? El perjuicio penetrante es ciertamente incompatible con mis supuestos tres y cuatro; éste connota indiferencia u hostilidad hacía los derechos de los miembros del grupo y podría guiar a los miembros de la mayoría a diferir irracionalmente de la estimación que los miembros de la minoría tienen sobre sus derechos. El término "prejuicio", sin embargo, podría ser demasiado estrecho, y sus connotaciones no capturar la profundidad de la antipatía aferrada e inconsciente existente entre un grupo y otro[140]. El punto no es insistir sobre cualquier particular modo de antipatía,

138 Ely, *supra* nota 126, pp. 135-179.

139 Tushnet, *supra* nota 11, pp. 159 ("Cada ley derroca la postura de la minoría que pierde… Tenemos que distinguir entre *meros* perdedores y minorías que pierden dado que ellas no pueden protegerse a sí mismos en la política.").

140 Véase Charles R. Lawrence III, "The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism", *Stanford Law Review,* vol. 39, 1987, p. 317. Agradezco a Ian Haney-Lopez por enfatizar este punto.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

sino distinguir ente sus varios modos y el fenómeno del desacuerdo razonable sobre los derechos[141].

En tales casos, la argumentación central contra el control judicial que he delineado no puede ser sostenida. No obstante, de nuevo, esto no es lo mismo que decir que se ha argumentado a favor del control judicial de la legislación. Todo depende de si las mayorías judiciales se encuentran infectadas con el mismo prejuicio que las mayorías legislativas. Si lo están, entonces la argumentación podría no sólo no ser central, sino desesperanzadora. La práctica del control judicial no puede hacer nada por los derechos de las minorías si no existe en absoluto en la sociedad apoyo a éstos. La argumentación que usualmente se propone a favor del control judicial en estas circunstancias asume que existe algo de respeto por los derechos relevantes de la minoría fuera de los miembros de la misma, pero que éste se encuentra en gran medida confinado a las élites políticas. La idea es que la mayoría de los miembros ordinarios de la mayoría no comparten esta simpatía. Ahora, los miembros de la élite que comparten la simpatía por la minoría –los llamaré simpatizantes de la élite– podrían estar en el legislativo o en la judicatura. El argumento para dar autoridad final a los jueces es que los simpatizantes de la élite en la judicatura se encuentran en mejor condición que los simpatizantes de la élite en un legislativo electo para protegerse cuando están de acuerdo con los derechos de los miembros de una minoría impopular. Son menos vulnerables a la ira del público y no tienen por qué preocuparse de represalias. Por tanto, son más propensos a proteger a la minoría.

Notemos cómo este argumento a favor del control judicial depende de un supuesto particular sobre la distribución del apoyo a los derechos de la minoría. Se presume que la simpatía es más fuerte entre las élites políticas. Si esto es falso –si la simpatía es más fuerte entre las personas ordinarias– entonces no hay razón para aceptar el argumento del párrafo anterior. Al contrario, las instituciones electivas podrían ser más aptas para proteger los derechos de la minoría, dado que los arreglos electorales proveerán un modo de canalizar el apoyo popular de los derechos de la minoría hacía el legislativo, mientras que no hay tales canales hacía la judicatura. Sin duda, la distribución del apoyo a los derechos de la minoría varía de caso a caso, pero encuentro interesante que la mayoría de los defensores del control ju-

[141] Es importante también distinguir entre prejuicios y posturas sostenidas fuertemente en bases religiosas o éticas. No deberíamos considerar las posturas de los defensores pro-vida como prejuicios simplemente porque no compartimos las convicciones religiosas que las fundamentan. Casi todas las posturas sobre los derechos incluyendo las posturas pro-elección– son profundamente sentidas y encuentran su fundamento, en el análisis final sobre firmes y profundas convicciones de valor.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

dicial de la legislación, cuando asumen que habrá algo de apoyo a los derechos de la minoría en una sociedad, están convencidos de que en todos los casos se encontrará entre las élites, si es que ha de ser encontrado en algún lugar. Defenderán esto como una afirmación empírica, pero debo de decir que es completamente consonante con prejuicios antiguos sobre la toma de decisiones democráticas.

Otro factor para tomar en cuenta es si una práctica establecida de control judicial hará más fácil o difícil a largo plazo remediar las disfunciones electorales y legislativas que imaginamos aquí. En ciertas circunstancias, las minorías discretas e insulares podrían beneficiarse de la intervención judicial para proteger sus derechos, pero institucionalmente, la diligencia judicial podría empeorar las cosas, o al menos, fracasar en hacerlas mucho mejor. Como lo descubrieron los Estados Unidos en los cincuenta y sesenta, por toda la emoción de los ataques judiciales contra la segregación en *Brown* y otros casos, lo que al fin se necesitó fue una fuerte intervención legislativa (en la forma de la *Civil Rights Act*), y resultó que la principal divergencia no fue *per se* entre los tribunales contra los legislativos, sino entre las instituciones federales contras las estatales, con el legislativo federal jugando el papel decisivo al final.

Sobre todo, no deberíamos leer la nota al pie de página de *Carolene Products*, o cualquier doctrina similar, como un modo de "apalancar" la existencia de una práctica más general de control judicial de constitucionalidad[142]. El problema de las minorías discretas e insulares no debe concebirse como un tipo de caballo de Troya a favor del control judicial o como el fundamento para plantear argumentos en su contra. El objetivo de considerar tales casos no es defender el control judicial de la legislación; en cambio, sino hacer lo que mejor asegure los derechos de la minoría afectada. Deberíamos enfocarnos directamente en esto, conscientes del hecho de que no existe un argumento general convincente a favor del control judicial que pueda ser tratado como un tipo de vanguardia ideológica.

IX. Conclusión

No he buscado mostrar que la práctica del control judicial de la legislación sea inapropiada en todas las circunstancias. Procuré en cambio mostrar por qué el control judicial basado en derechos es inapropiado para las sociedades

142 Véase Tushnet, *supra* nota 11, pp. 158-163, para una buena discusión de los límites sobre la utilidad de esta línea argumentativa en apoyo del control judicial de la legislación.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

razonablemente democráticas, cuyo mayor problema no es que sus instituciones legislativas sean disfuncionales, sino que sus miembros discrepen sobre los derechos.

El desacuerdo sobre los derechos no es irracional y las personas pueden discrepar sobre los derechos tomándoselos en serio. En estas circunstancias, es necesario adoptar procedimientos para resolver sus desacuerdos que respeten las voces y opiniones de las personas –en ocasiones, millones– cuyos derechos se encuentran en juego en estos desacuerdos, y tratarlos como iguales en el proceso. Al mismo tiempo, deben asegurar que estos procedimientos traten, de un modo responsable y de modo deliberativo, los difíciles y complejos asuntos que generan los desacuerdos sobre derechos. He argüido que los procedimientos legislativos ordinarios pueden hacer esto y que una capa adicional de revisión final por los tribunales añade poco al proceso, excepto por una insultante forma de privación de derechos y ofuscación legalista de los asuntos morales en juego en nuestros desacuerdos sobre derechos.

Tal vez existen circunstancias –patologías particulares, instituciones legislativas disfuncionales, culturas políticas corruptas, legados de racismo y otras posibles formas de perjuicio endémico– en que valga la pena soportar por el momento estos costos de ofuscación y privación de derechos políticos. Los defensores del control judicial de la legislación, sin embargo, deben comenzar a hacer sus afirmaciones a favor de la práctica de forma franca sobre esas bases –y hacerlo con un grado de humildad y vergüenza respecto de las circunstancias en que se obtiene– en vez de predicarlas como si fuese la epítome del respeto de los derechos, y como un elemento normal y normativamente deseable de democracia constitucional moderna.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas