

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO PARÁMETRO DE CONTROL DE LA LEGISLACIÓN DE INTERÉS ESPECIAL

José Francisco García^{1 2}

I. Introducción

Hay ciertas preguntas que no encuentran respuesta en la dogmática jurídica nacional. ¿Cómo entender la *historia de la ley* en materia de financiamiento del Transantiago, sin entender la negociación entre el Ejecutivo y parlamentarios que intercambiaron sus votos a cambio de recursos o el anuncio de infraestructura para ciertas zonas geográficas precisas? ¿Cómo entender los esfuerzos permanentes de ciertas industrias, sectores productivos, colegios profesionales, gremiales o sindicatos para la obtención de subsidios, franquicias tributarias o la imposición de barreras de entrada a los competidores? o ¿Cómo se explica el hecho de que buena parte de los recursos de una reforma educacional (manteniendo el IVA, cuando debía bajar un punto) hayan terminado en aumentos de sueldos para profesores?

¿Cuáles son las razones de bien común que permiten justificar las reglas en materia de financiamiento de la política (v.g. límites al gasto electoral) que favorecen a quienes actualmente ejercen la titularidad de un cargo parlamentario, disminuyendo las posibilidades de los candidatos desafiantes? ¿Cómo distinguir entonces las posibles razones de bien común (v.g. garantizar la igualdad de oportunidades en la competencia política) de las razones de mero

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster (LL.M) y Doctor en Derecho (JSD), Universidad de Chicago. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: jfgarcia@moralesybesa.cl

2 Quisiera agradecer los comentarios recibidos al borrador de este artículo en el Coloquio de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales en sesión de 15 de julio de 2009. En particular, agradezco los comentarios y sugerencias de los profesores Sergio Verdugo y José Manuel Díaz de Valdés (UDD), Javier Couso y Rodolfo Figueroa (UDP), y Santiago Montt (U. Chile). Asimismo, a los editores de esta publicación por sus valiosas correcciones.

interés particular de un grupo de individuos (v.g., establecimiento de barreras de entrada para los desafiantes de parte de los incumbentes)?

Si creemos que las leyes promulgadas por el Congreso son fiel reflejo de un proceso de deliberación democrática profunda, informada, coherente y que tiene por finalidad el bien común, me parece que nace un espacio interesante para introducir alguna cuota de escepticismo.

Ahora bien, si nuestras leyes no son puro *bien común* o *interés general*, como el análisis económico del derecho constitucional³ pretende mostrar bajo la idea del “*proceso legislativo sin romance*” que hemos presentado en trabajos anteriores⁴, ¿puede haber un espacio “nuevo” de legitimidad en el rol que cumple el control de constitucionalidad de la ley o *judicial review*⁵ que efectúa el TC al interior de nuestro ordenamiento jurídico? Si es plausible que determinadas leyes tengan por objeto principal entregar beneficios privados a grupos de interés bien organizados, fruto de la captura de los legisladores por parte de una determinada industria y en perjuicio de la sociedad, generándose normas pareto inferiores, ¿puede ser replanteado el argumento acerca del carácter contramayoritario del TC⁶? En otras palabras, ¿es posible una

3 Para ser rigurosos, existen diversas sub-disciplinas que convergen en el análisis económico de la constitución y el proceso político: análisis económico del derecho, teoría de la elección pública, teoría económica de la regulación y economía política constitucional, entre otras. También escuelas diferentes, entre ellas, *Chicago*, *Virginia* o *New Haven*. Lo anterior es importante porque el objeto del análisis económico del derecho es la búsqueda de la eficiencia de las normas legales. Con ello se busca maximizar el bienestar social, esto es, la suma del bienestar de todos los individuos miembros de una sociedad (o utilidades y preferencias). Ello tiene gran impacto en el estudio normativo y positivo del derecho privado. En el derecho público esto es más complejo por los problemas propios de la acción colectiva. De ello se encarga de la Teoría de la Elección Social: los problemas de coherencia al realizar la agregación individual. El enfoque de este trabajo se ha centrado con fuerza en la literatura sobre grupos de interés. Por supuesto, igual que todos los enfoques anteriores, descansa sobre la base de actores racionales, sea privados (v.g. grupos de interés) o autoridades públicas.

4 García, José Francisco, “El proceso legislativo sin romance: Implicancias para el diseño constitucional chileno”, en 2 *Ius et Praxis*, Año 14, 489-522 y García, José Francisco y Soto, Sebastián, “Una mirada económica al diseño constitucional chileno: impacto sobre el proceso legislativo y la acción de los grupos de interés” en 1 *Ius et Praxis*, Año 15, 353-372.

5 *Stricto sensu*, la idea de revisión judicial en el derecho constitucional se asocia a la de *judicial review* americano, que nace con *Marbury v. Madison*, (Corte Suprema de Estados Unidos: 5 U.S. 1 cranch 137, 1803). Para profundizar en la evolución de este concepto y la importancia de la obra *El Federalista* en esta materia ver García, José Francisco, “El control de constitucionalidad en *El Federalista* y los fundamentos de una sociedad libre”, en 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, 491-514.

A su vez, el diccionario legal Black la define como “el poder de un tribunal de revisar las acciones de otras ramas o niveles del Estado (*government*); especialmente, el poder de los tribunales de invalidar por inconstitucionales actos legislativos y ejecutivos”. *Black's Law Dictionary*, 382.

6 Entre nosotros, quien ha formulado una defensa interesante es Zapata, Patricio, *Justicia Constitucional: teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, (Editorial Jurídica de Chile) 2009. El autor

defensa democrática-mayoritaria de la revisión judicial del TC? Si lo anterior es plausible, ¿bajo qué condiciones es aceptable pasar desde una posición de deferencia razonada y presunción de constitucionalidad⁷ hacia un control de constitucionalidad más exigente en ciertos casos?

En este contexto, intentaremos proponer en este artículo el por qué, para el caso del TC, el principio de proporcionalidad puede ser extremadamente útil a la hora de controlar la constitucionalidad de legislación de interés especial. La intuición básica es que el principio de proporcionalidad, en cuanto *test*, es uno de evaluación costo-beneficio cuyos componentes básicos (idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente tal), permiten detectar con facilidad el juego entre costos y beneficios implícitos en una regulación.

En el desarrollo del artículo, se podrá observar el siguiente orden: en la sección II se analizará muy sintéticamente las bases del modelo transaccional del proceso legislativo que hemos desarrollado en un trabajo anterior⁸. En la sección III, se analizará, en primer lugar, las diferentes prescripciones que ofrecen tres escuelas legales americanas (Chicago, Virginia y Yale) a la hora de evaluar el *judicial review* de la legislación de interés especial. En segundo lugar, explicaré por qué el principio de proporcionalidad puede ser un parámetro de control interesante para ser utilizado en el caso chileno por el TC. En tercer lugar, se analizará cómo operaría este control por parte del TC vía proporcionalidad a través del análisis de la regla de límite de gasto electoral contenida en la Ley 19.884 de agosto de 2003, sobre transparencia, límite y control del gasto electoral. Finalmente, en la sección IV, encontraremos las conclusiones.

II. El proceso legislativo sin romance

La idea de *proceso legislativo sin romance* es parte de una idea más general desa-

establece 4 condiciones de legitimidad de la justicia constitucional: (i) Que la sociedad distinga entre las funciones de dictar y decir el derecho; (ii) Las normas de la Constitución son justiciables; (iii) La justicia constitucional debe entenderse como el *precio democrático* que se debe pagar para la tutela de otros bienes; y (iv) La decisión de contar con este tipo de jurisdicción debe ser tomada por el pueblo.

7 Ver por ejemplo Tribunal Constitucional, Rol 681-06, de 26 de marzo de 2007; Tribunal Constitucional, Rol 1001-07, 29 de enero de 2008; y, Tribunal Constitucional Rol 1254-08, 29 de julio de 2009. Ver también voto disidente en Tribunal Constitucional Rol 1377-09 de 23 de junio de 2009.

8 Ver García, op. cit., 489-522.

rollada por la literatura del *Public Choice* o análisis económico de la política: la *política sin romance*, que consiste en el análisis de ésta desde la teoría económica –bajo los supuestos de maximización de bienestar e individualismo metodológico– y no desde la lupa del altruismo y el bien común.

Así, bajo una mirada económica, el proceso legislativo se asemeja a un mercado en donde todos los actores participantes en la arena legislativa se consideran maximizadores racionales de su propio bienestar. A partir de esta idea simple, Wilson⁹ y Hayes¹⁰ desarrollaron el modelo transaccional de la legislación, que no es otra cosa que la interacción entre oferentes¹¹ y demandantes¹² de legislación.

Wilson y Hayes ilustran su modelo a través de una matriz que muestra las cuatro categorías de legislación que se puede obtener a partir de los beneficios y costos que *entregan* o *gravan* a distintos sectores dentro de la sociedad. Así, los beneficios pueden ser distribuidos para el público en general (v.g. defensa o leyes anti delincuencia) o concentrados o de interés particular (v.g. subsidio industrial o una franquicia tributaria). De manera similar, los costos pueden ser distribuidos entre el público en general (v.g. pago de I.V.A.) o concentrados en un grupo específico que debe soportarlos (v.g. turno de abogados o un

9 Ver Wilson, James, *Political Organizations*, (Princeton University Press) 1973.

10 Ver Hayes, Michael, *Lobbyists and Legislators: A Theory of Political Markets*, (Rutgers University Press) 1981.

11 Desde la perspectiva de la oferta, los parlamentarios (y el Ejecutivo para el caso chileno) tienen como objetivo principal la reelección. Ello por cierto no implica que no persigan fines más nobles. Simplemente significa que si no obtienen un escaño parlamentario (o el control del Palacio de Gobierno) serán incapaces de perseguir dichos fines. Nótese la importancia de los sistemas electorales, por ejemplo, los incentivos que se generan bajo el sistema binominal. En éste, la maximización de votos no consiste en alcanzar la mayoría, sino la mayoría de posibilidades de reelección. Por supuesto ello dependerá del diseño institucional en materia transparencia en las votaciones en el Congreso, transparencia en el gasto electoral, calidad de la prensa, etc. Todo ello para que tenga sentido el *accountability* político en un mundo donde electores racionales invierten muy poco en información política.

12 Desde la perspectiva de la demanda por legislación, encontramos, por un lado, los grupos de interés y, por otro, los electores. Pero los demandantes tienen intereses diversos. Por ello, frente a una misma legislación (v.g. gratuidad del turno de abogados) existirán grupos de interés a favor (personas que no cuentan con los recursos para procurarse representación judicial) y grupos en contra (los abogados). Por otro lado, los electores operaran como peso y contrapeso frente a las decisiones del legislador. Un legislador percibido como proveedor exclusivo de legislación de interés especial podría ver amagadas sus posibilidades de reelección. Por supuesto ello dependerá del diseño institucional en materia de transparencia en las votaciones en el Congreso, transparencia en el gasto electoral, calidad de la prensa, etc. Todo ello para que tenga sentido el *accountability* político en un mundo donde electores racionales invierten muy poco en información política.

precio máximo de arriendos)¹³.

Sin entrar en el detalle del análisis de la matriz Wilson-Hayes que, como hemos señalado, han sido desarrollado en extenso en un trabajo anterior, la principal conclusión que podemos obtener dice relación con un cierto pesimismo respecto de los productos del proceso legislativo.

Así, mientras la sociedad espera que los legisladores provean exclusivamente leyes de interés general, que beneficien a todos los ciudadanos y sean asimismo financiados por todos ellos (bienes públicos en el sentido económico), Wilson y Hayes sugieren, al analizar la categoría *costos y beneficios distribuidos*, que este tipo de legislación será producida en menor cantidad a la óptima. Lo paradójico es que este resultado se obtiene precisamente por la falta de interés de los ciudadanos y de los grupos de presión en este tipo de leyes. Como no existe esa presión, los parlamentarios que buscan los votos de los ciudadanos y los grupos de interés no tendrán incentivos para proveer dicha legislación.

Por el contrario, Wilson y Hayes sugieren que los parlamentarios dedican más tiempo a la provisión de legislación de interés especial, esto es, aquella que beneficia a un grupo de interés determinado (*beneficios concentrados y costos distribuidos*). Para ello deberá negociar con otros parlamentarios o con el Ejecutivo un apoyo recíproco en la aprobación de los proyectos de interés de cada cual. Ello se conoce como intercambio de votos o *logrolling*. Además, ello se puede conseguir a bajo costo electoral: no hay un grupo claramente identificado que sea perjudicado sino categorías muy grandes (v.g. contribuyentes o consumidores) para quienes monitorear esto resulta muy costoso dados los problemas de acción colectiva que enfrentan.

La sobreproducción de este tipo de legislación es ineficiente desde la perspectiva social dado que existirá un desbalance entre costos y beneficios sociales, en perjuicio de estos últimos. Desde la perspectiva de la eficiencia, se busca que las normas sean pareto superiores, esto es, cada nueva norma (o modificación desde el estado inicial

¹³ La dificultad de categorizar los bienes públicos entre, por un lado, conferir beneficios concentrados o distribuidos y/o imponer costos concentrados o distribuidos, se ve aumentada por el hecho de que es estratégicamente beneficioso para los grupos de interés caracterizar a bienes públicos que confieren beneficios especiales como de interés general, como por ejemplo un determinado contrato de defensa en que se justifica como en beneficio de la defensa nacional dentro de la lista. Ello tiene impacto en el discurso político de los candidatos al Congreso chileno y explica perfectamente discursos “extremos”. Diferente es el caso de las elecciones presidenciales donde necesariamente se debe buscar la mayoría. Ello implica moderación.

o pacto social) debe mejorar el bienestar de al menos un individuo y no perjudicar el de ningún otro.¹⁴ Por ello se habla que la sobre producción de legislación de interés especial puede ser vista como sobre-producción de normas pareto inferiores, al violar la regla anterior.

En el Cuadro 1 se analiza y resume las cuatro categorías de legislación del modelo Wilson-Hayes.

<p>CUADRO 1 MATRIZ WILSON-HAYES: MODELO TRANSACCIONAL DEL PROCESO LEGISLATIVO</p>	<p>BENEFICIOS DISTRIBUIDOS</p>	<p>BENEFICIOS CONCENTRADOS</p>
<p>COSTOS DISTRIBUIDOS</p>	<p>Dado que no hay gran interés ni por oferta (legisladores) ni demanda (grupos de interés-ciudadanos), y salvo que exista gran consenso, el Congreso no aprobará muchas leyes o sólo actuará de manera simbólica.</p>	<p>Fuerte acción de los grupos de interés para conseguir legislación especial. Dado que existirá una débil oposición (grupos grandes no organizados), se espera exista sobre-oferta de este tipo de legislación.</p>
<p>COSTOS CONCENTRADOS</p>	<p>Grupos pequeños afectados generarán gran presión, y tenderán a imponerse sobre una mayoría no organizada de ciudadanos. Lo anterior porque, en un sistema con distintos actores con poder legislativo, basta capturar o conquistar uno para tener poder de veto. En este caso, no existirá ley, ley será ambigua o habrá delegación al Ejecutivo.</p>	<p>Grupos de interés activos en ambos lados (grupos beneficiarios y afectados). Dado el fuerte conflicto, los legisladores no legislaran o delegaran al Ejecutivo, esperando culpar la mala regulación u obtener los créditos de una buena.</p>

¹⁴ Por supuesto, este criterio de eficiencia está hermanado con el criterio de la unanimidad para las decisiones colectivas: es fácil conseguir normas pareto superiores dado que para la aprobación de cualquier norma se requiere del concurso de todos, ergo, un potencial afectado puede vetar la aprobación de dicha norma. Pero el criterio de unanimidad es uno de difícil implementación; es por ello que se acude a los quorums y, en general, al criterio de mayoría. Por la misma razón, se ha desarrollado un criterio de eficiencia menos restrictivo, el *Kaldor-Hicks*, según el cual, una nueva norma (o situación creada post norma) es eficiente siempre y cuando lo que ganen los ganadores sea mayor que lo que pierden los perdedores, pudiendo los primeros compensar *potencialmente* a estos últimos (no es necesaria una compensación efectiva). Este último es el criterio tradicional de evaluación costo-beneficio de las políticas públicas.

III. Revisión judicial de legislación de interés especial

3.1. Tres enfoques desde el debate norteamericano

En el debate norteamericano encontramos tres respuestas interesantes, y en algunos casos incompatibles, respecto de qué deben hacer los jueces a la hora de controlar la legislación de interés especial. Así, en primer lugar, encontramos la denominada *Escuela de Chicago*; en segundo lugar, la *Escuela de Virginia*; y, en tercer lugar, una mirada que podríamos denominar *progresista*, que incluye, pero no se agota, en el trabajo de autores de la denominada *Escuela de New Haven* o de *Yale*.

3.1.1. Escuela de Chicago

En primer lugar, Landes y Posner¹⁵, sugirieron que la Constitución fue diseñada para promover la libre influencia de los grupos de interés en los procesos legislativos y que, en este diseño, el rol de la Judicatura (y en particular de la Corte Suprema) no es otro que hacer exigibles los acuerdos a los que llegan dichos grupos. Más aun, su propósito fue demostrar cómo la independencia del Poder Judicial puede defenderse como un componente esencial en un sistema de política de grupos de interés¹⁶.

Es así como, para estos autores, si las partes presentes en un acuerdo estiman que el pacto al cual están llegando no podrá ser exigido en forma posterior, disminuirá significativamente el valor de dicho acuerdo. Para los autores, la independencia del Poder Judicial facilita la actividad de los grupos de interés al proporcionar la “*estabilidad o continuidad necesaria para permitir que las polí-*

15 Landes, William y Posner, Richard, “The Independent Judiciary in an Interest Group Perspective”, en 18 *Journal of Law and Economics*, 875-914.

El trabajo de estos autores descansa sobre la teoría económica de la legislación (modelo transaccional): “En la versión de los economistas de la teoría de los grupos de interés, la legislación se proporciona a los grupos o coaliciones que superan a rivales que buscan una legislación favorable. El precio que el grupo ganador ofrece está determinado tanto por el valor de la protección legislativa a los miembros del grupo como por la habilidad del grupo para sobreponerse a los problemas de free-rider que infectan las coaliciones. Los pagos toman la forma de contribuciones de campaña, votos, promesas implícitas de favores futuros, y algunas veces, directamente sobornos”. En resumen, para Landes y Posner, “la legislación ‘se vende’ por la legislatura y ‘se compra’ por los beneficiarios de la legislación”. Landes y Posner, op. cit., 877.

16 Landes y Posner, op. cit., 894. En efecto, “la legislatura tiene poderosos incentivos para diseñar métodos que incrementen la estabilidad de la legislación (...) El primero, incluye el establecer procedimientos para promulgar una legislación que aumente el costo de revocación de la misma; el segundo, la creación de un Poder Judicial independiente para hacer cumplir la legislación de acuerdo con las intenciones de la legislatura promulgada”. Landes y Posner, op. cit., 882.

*ticas de los grupos de interés operen en la arena legislativa*¹⁷.

Easterbrook, por su parte, sostuvo un enfoque textualista más bien restrictivo¹⁸. Para el autor, si bien los jueces deben dar deferencia y “estabilidad” a las negociaciones entre legisladores y grupos de interés, solo deben respetar los acuerdos que han quedado explícitamente redactados como normas, esto es, expresamente estipulados en el texto de la ley.

Más allá de esto, el juez puede utilizar ampliamente sus facultades de interpretación. Esto último es relevante tanto para no hacer justiciables acuerdos no explícitos como para interpretar aquellos casos en que, si bien no existe norma explícita, existen antecedentes suficientes para sostener que lo es, hipótesis en que, para el autor, el juez debe actuar con deferencia.

La propuesta de Easterbrook implica que los legisladores (y grupos de interés) deban destinar más tiempo (y recursos) para redactar normas que textualmente reflejen todos los acuerdos a los que han llegado.

3.1.2. *Escuela de Virginia*

Esta respuesta es desarrollada a partir del trabajo de Buchanan y Tullock, *El Cálculo del Consenso* (1962), obra decisiva desde la perspectiva de la vinculación de la Teoría de la Elección Pública (*Public Choice*) con el derecho (constitucional). Esta respuesta es además interesante porque critica los planteamientos anteriores de la *Escuela de Chicago*, por ser conducentes al activismo judicial.

El punto de partida de los autores radica en que las decisiones colectivas deben ser separadas en dos momentos o etapas. La primera, la etapa constitucional, tiene por objeto la formación del contrato social (Constitución). En ésta, toda regla que acuerde el pacto social es eficiente debido a que es acordada en forma unánime y establece los derechos individuales y su garantía (estableciendo un esquema de administración automática de sanciones por infringirlos). Debemos notar que la legitimidad del criterio de eficiencia deriva de la unanimidad y no de un criterio abstracto de maximización del bienestar so-

¹⁷ Landes y Posner, op. cit., 878.

¹⁸ Ver Easterbrook, Frank, “Statutes Domain”, en 50 *University of Chicago Law Review*, 553-602.

cial, diferencia decisiva respecto de la *Escuela de Chicago*. En la segunda etapa, post constitucional o de política ordinaria, las decisiones colectivas deben ser tomadas de acuerdo a las reglas establecidas en la Constitución.

Para Buchanan, una vez que las reglas del juego han sido establecidas por la Constitución, necesitan ser justiciables o exigibles ante los jueces (sanción automática preestablecida frente a la infracción de las reglas constitucionales). Ello deriva de la necesidad de contar con un Estado *protector* o *judicial*. En este Estado, el rol de la Judicatura consiste en ser un aplicador neutral de las reglas que han sido establecidas en la Constitución¹⁹. Así, los jueces deben aplicar mecánicamente dichas reglas y evitar transformarse en activistas a través de su labor interpretativa. Por lo tanto, si el juez debe aplicar el derecho, ello implica que, al respetar el sentido estricto de “derecho”, no cuenta con alternativas en la interpretación²⁰.

3.1.3. *Escuela Progresista, de New Haven o Yale*

Este enfoque, consistente con la literatura constitucional progresista, propone que es imperativo un *judicial review* más estricto de la legislación de interés especial²¹.

Detengámonos brevemente en este punto. En el derecho estadounidense se han establecido tres niveles en la valoración jurídico-constitucional de las normas que pueden vulnerar la *equal protection clause*, de modo que, cuando el criterio de diferenciación empleado por el legislador resulte particularmente delicado, se abandona el test de mera racionalidad y se incrementa el nivel de exigencia que la Corte requiere para admitir la constitucionalidad de la norma.

El test más exigente es el *strict scrutiny*. Este parámetro de control se utiliza cuando el criterio empleado por el legislador para fundamentar la diferencia de tratamiento es la raza o cuando puede verse afectado un derecho o interés

19 Nótese la familiaridad del argumento con aquel presentado por la Exégesis y con el más tradicional de Montesquieu.

20 Mercurio, Nicholas y Medema, Steven, *Economics and the Law*, (Princeton University Press,) 2 ed., 2006, 205.

21 Ver, por ejemplo, Sunstein, Cass, “Naked Preferences and the Constitution”, en 84 *Columbia Law Review*, 1689-1714, y Eskridge Jr. William, “Politics Without Romance: Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation”, en 74 *Virginia Law Review*, 275-310.

considerado fundamental y el igual acceso a la justicia. Como explica Martín:

En estos casos el legislador ha de probar la existencia de un interés extraordinario o apremiante (compelling interest) para legitimar la diferencia normativa introducida y la consiguiente limitación de valores constitucionales fundamentales y además tal diferencia de trato ha de estar estrechamente conectada (narrowly tailored) con la satisfacción de dicho interés, de modo que no exista ningún medio menos discriminatorio para su consecución²².

Si la Corte Suprema decide aplicar este parámetro de control más exigente, las posibilidades de que la norma impugnada no acabe siendo declarada inconstitucional son muy escasas.

Para Macey, los jueces debieran utilizar estándares de control particularmente restrictivos (*strict scrutiny*) para neutralizar la legislación de interés especial, optando los jueces por controlar la justificación de *bien general* entregada para la aprobación de dicha legislación²³.

En efecto, para el autor, existe un mandato constitucional implícito, que deriva tanto de la estructura general como de artículos específicos de la Constitución, de que todas las leyes sean de interés general. Ello implica que los jueces están obligados a interpretar y hacer exigibles las razones de interés público invocadas por el legislador y no aquellas privadas²⁴.

Para Sunstein, el sistema basal de racionalidad que entrega gran deferencia al legislador debe ser llevado a niveles de mayor estrictez²⁵. Ello implica, primero, que los jueces deban indagar y requerir del legislador alguna razón de peso para creer que un propósito legítimo (de interés general) jugó un rol relevante en el análisis del legislador. Segundo, los jueces deben buscar una conexión estrecha entre los medios utilizados por la ley y los fines legítimos persegui-

22 Martín, María de los Ángeles, “Evolución del principio de Igualdad en Estados Unidos”, en 68 *Revista Española de Derecho Constitucional*, 155 y 156.

23 Ver Macey, Jonathan, “Promoting Public Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model”, en 86 *Columbia Law Review*, 223-256.

24 Mashaw ha caracterizado la propuesta de Macey como *monitoreo judicial vía interpretación* calificándola de *activista*. Mashaw, Jerry, *Greed, Chaos and Governance* (Yale University Press,) 1997, 92.

25 Susteian, Cass, “Interest Groups in American Public Law”, en 38 *Stanford Law Review*, 29-87

dos: “Una conexión meramente plausible, es insuficiente”²⁶.

3.2. Revisión judicial, TC y proporcionalidad

Como hemos sostenido en un trabajo anterior²⁷, desde la perspectiva de nuestro diseño constitucional, se hace bastante costosa la captura del proceso legislativo chileno por parte de los grupos de interés, en virtud de una serie de cortapisas o puntos de veto: sistema bicameral, iniciativa legislativa exclusiva presidencial, reglas de quórum, respeto a las ideas matrices, veto presidencial, sistema de urgencias y control preventivo del TC, entre otros. En este sentido, nuestra Constitución puede considerarse una Constitución *modelo* desde la perspectiva de las recetas de la Escuela de Virginia.

En efecto, en la actualidad, el TC juega, de facto, un rol fundamental en el proceso de formación de la ley, al menos respecto de aquellas leyes en que la Constitución exige el control preventivo de constitucionalidad²⁸. Si a ello se suma el control a posteriori vía inaplicabilidad o inconstitucionalidad²⁹, aumentan los costos que deben enfrentar legisladores y grupos de interés en la obtención de leyes de interés especial.

Es en este contexto, el de la revisión judicial que puede realizar el TC respecto de legislación de interés especial, en el que aparece el principio de proporcionalidad como una herramienta útil para detectar normas pareto inferiores, pudiendo ponderar los costos y beneficios privados y sociales que están en juego.

Como sostiene Barnes, se entiende por “proporcionalidad” en sentido amplio –también denominada “prohibición de exceso” –

... el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser “susceptible” de alcanzar la finalidad perseguida, “necesaria” o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más

26 Sustain, op. cit., 69.

27 Ver García y Soto, op. cit., 353-372.

28 Ver artículo 93 N° 1 CPR. Eventualmente también el 93 N° 3 CPR.

29 Ver artículos 93 N°s 6 y 7 CPR.

suave y moderado de entre todos los posibles –ley del mínimo intervencionismo-) y “proporcional” en sentido estricto, es decir, “ponderada” o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades³⁰.

Este principio, que surge del derecho alemán de entre guerras, ha sido caracterizado por Alexy como un *mandato de optimización* porque impone al resolutor de un conflicto la obligación de buscar una alternativa óptima y lícita.³¹ Una modalidad interesante es el *test* o *Juicio de Igualdad* que ha propuesto Fernandois entre nosotros en materia de juicio de discriminación no arbitraria³².

Desde la perspectiva de su implementación para efectos de control de constitucionalidad, destaca la labor efectuada por el TC alemán. Para éste se debe

30 Barnes, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, en 135 *Revista de Administración Pública*, 500. Para Fernández, por su parte, es posible definir cada uno de los elementos integrantes de la proporcionalidad de la manera siguiente: “Desde el principio de utilidad (idoneidad), lo que importa es que el medio elegido no sea desde todo punto de vista y a priori absolutamente incapaz o inidóneo. Por pequeña que sea la restricción de la libertad, si ésta resulta manifiestamente inútil, deviene absurda y carente de sentido en un Estado de Derecho. Desde el punto de vista de la necesidad de la intervención no sólo se acepta el fin en un sentido neutro (v.g.: la protección de la flora y la fauna), sino también el concreto grado de efectividad (intensidad, extensión, etc.) con el que el poder público aspira a satisfacerlo (una protección máxima o preferente de la flora y la fauna, por ejemplo frente a otros eventuales usos, con la consiguiente minoración de los potenciales beneficios empresariales o dominicales de los titulares de los predios afectados). El juez de los derechos y libertades ha de aceptar, como término fijo de la comparación el fin en toda su integridad y dimensión, sin que le corresponda, al menos desde este principio cuestionar el grado o ambición con la que un determinado objetivo sea pretendido por el poder público. El test de proporcionalidad en sentido estricto, en cambio, introduce el resultado perseguido en su análisis y cuando da positivo –porque el balance sea abiertamente deficitario– impide o bloquea la persecución del fin a través de ese medio. El juicio de proporcionalidad actúa, una vez que ha sido descartada la ilicitud de las dos magnitudes que integran el término de comparación. Sólo entonces, procederá a examinar, acto seguido, si ello, no obstante, la medida es inútil, innecesaria o desproporcionada en sentido propio, esto es, si dada su repercusión sobre otros derechos, surte efectos exorbitantes a los que la consecución de tal objetivo requeriría y, en consecuencia, lo justificaría”. Fernández, Josefa, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, (Universidad Rey Juan Carlos) 2008, 375.

31 Alexy, Robert, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, en 66 *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, 13.

32 El autor ha propuesto en Chile el concurso de tres elementos para sistematizar el contenido de la garantía de la igualdad ante la ley y en la ley, por la vía de identificar cuál es el contenido del juicio discriminatorio no arbitrario. Tal juicio: (1) No distingue, al imponer regulaciones, restricciones o al conceder beneficios, entre quienes se encuentran vinculados por un elemento esencial común y que por tanto pertenecen a la misma categoría de sujetos; (2) Es proporcional en el medio propuesto por la norma en relación al fin que persigue la norma (razonable en sí); y (3) Es proporcional en la entidad o intensidad de la regulación en relación a la sofisticación del agrupamiento de sujetos destinatarios de la norma (razonable en relación a la categorización efectiva). Fernandois, Arturo, *Derecho Constitucional Económico, Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia* (Editorial Universidad Católica de Chile) 2^{ff} ed., 2006, 263.

cumplir con un test copulativo de 4 pasos³³:

- a. La interferencia con una libertad o la propiedad debe servir a un fin legítimo.
- b. La interferencia debe ser idónea para alcanzar dicho fin.
- c. Debe ser la intervención menos restrictiva de entre las alternativas disponibles.
- d. La intervención no puede ser excesivamente gravosa.

El principio de proporcionalidad ha sido utilizado por el TC, aunque a nuestro juicio, aún no lo ha sido de manera consistente y propiamente como un *test*. En efecto, fue reconocido por primera vez explícitamente por la jurisprudencia del TC en diciembre de 2007 en la STC 790-07. En el considerando 22° de dicha sentencia, y citando a la Suprema Corte de Justicia de México, sostuvo el Tribunal:

... que sostiene que al cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella...". (Sentencia 988/2004, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, diciembre de 2004, p. 362).

Por otra parte, en marzo de 2008, en STC Rol N° 755-2007, pronunciándose en sede de inaplicabilidad respecto de la gratuidad del turno de abogados, el TC sostuvo sobre la base del artículo 19 N°3 de la Constitución Política que “el derecho de acceso a la justicia que toda persona tiene, debe ser atendida por el legislador, quien debe prever los mecanismos que den cumplimiento efectivo a dicho derecho esencial”³⁴, agregando que

... la imposición de la obligación de defender a determinadas personas de escasos recursos constituye un fin razonable, pero el medio utilizado por el legislador –la gratuidad– puede transformarse en gravoso

33 Engel, Christoph, “The Constitutional Court – Applying the Proportionality Principle – as a Subsidiary Authority for the Assessment of Political Outcomes”, Max Planck working paper N° 2001/10. Disponible en línea en <http://papers.ssrn.com/abstract=296367>. 3.

34 Tribunal Constitucional, Rol 755-2008, 31 de marzo de 2008, Considerando 37.

*si se piensa que el abogado deberá dedicarse sin contraprestación pecuniaria alguna a atender asuntos en desmedro de aquellos que ha asumido libremente, lo que puede tornarse en una situación imposible de sostener, y aún de ejecutar satisfactoriamente*³⁵.

Asimismo, el TC sostuvo que el turno establecido como carga es idóneo para cumplir los fines antes descritos, sin embargo

*si se impone gratuitamente, se transforma en medio desproporcionadamente gravoso, desde el momento que el fin perseguido no exige ni impone que el abogado deba desempeñarse sin retribución alguna. Y ello porque la obligación se radica en el Estado y no en los abogados. El Estado, entonces, puede satisfacerla transfiriéndola a los abogados (bajo el sistema de defensorías e incluso de turno, como en la especie), pero no es necesario ni lícito desde un punto de vista constitucional que se les imponga sin retribución, tal como lo señala el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales*³⁶.

Para algunos, y con razón, el problema de la proporcionalidad como estándar de control regulatorio podría implicar que el Tribunal se transformara en un decisor de política pública, lo cual plantea problemas tanto desde una perspectiva técnica como de legitimidad democrática. En otras palabras, un mal uso de la proporcionalidad conlleva riesgos: el TC no ha sido llamado por la Constitución a transformarse en reformador social sino a velar por la supremacía constitucional.

Para Aldunate, el problema de la proporcionalidad desde la perspectiva del TC es que este parámetro de control podría llevarlo a realizar un control de mérito del precepto legal sometido a su conocimiento, control que el TC rechaza,³⁷

35 Tribunal Constitucional, Rol 755-2008, 31 de marzo de 2008, Considerando 41.

36 Tribunal Constitucional, Rol 755-2008, 31 de marzo de 2008, Considerando 46.

37 En Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 325, 26 de junio de 2001, considerando 38, sostuvo el Tribunal: "Que, como se advierte, estas alegaciones (...) miran al mérito de la norma, lo que claramente excede la órbita de competencia de este Tribunal. Como reiteradamente se ha declarado en esta sede, dichos juicios de mérito, oportunidad o conveniencia, se encuentran radicados en los órganos de los cuales emana la respectiva regulación. No es en consecuencia procedente que un requerimiento enderezado a este Tribunal se aboque a analizar y decidir más allá de su esfera de atribuciones, que en esta materia importa sólo un examen jurídico de constitucionalidad del impugnado decreto, debiendo prescindir de cualquier consideración o racio-cinio factual".

pero que ha utilizado. Aldunate critica dicha incoherencia³⁸.

Sin embargo, ¿por qué en la aplicación del principio de proporcionalidad el TC puede jugar un rol distinto al que puede jugar un evaluador de política pública (legislador o Dirección de Presupuestos)?

Una posible respuesta podríamos encontrarla en su carácter de actor desinteresado de los resultados del proceso político, lo que le entrega mayores grados de imparcialidad: los jueces tienen naturalmente una posición privilegiada en la preservación de la integridad estructural del proceso democrático —las reglas y condiciones bajo las cuales se busca el poder político y se desarrolla la conversación acerca de los asuntos públicos—. En otras palabras, los jueces como agentes externos, independientes, ingratos al poder político, deben estar atentos a la capacidad infinita de los actores políticos de establecer trabas y límites a la libre competencia política. Un enfoque como éste no es novedoso: lo desarrolló *El Federalista*³⁹ y, en época más contemporánea, John Hart Ely⁴⁰.

El hecho que se afecte la libre competencia política y que los productos proveídos por el proceso legislativo apunten a beneficiar a grupos de interés específicos —ya no tan solo sin consideración al interés general sino en perjuicio de éste (normas pareto inferiores)—, abre un espacio de legitimidad democrática, mayoritaria al rol del TC como garante de la Constitución. Bajo esta mirada, el TC no defiende los derechos y libertades de las minorías frente a los ataques de la mayoría de turno, sino que, también, y con igual firmeza, debe vigilar la captura del proceso político por parte de grupos minoritarios.

En concreto, la proporcionalidad operaría como un detector de “irregularidades” estructurales, disminuyendo los espacios de deferencia al legislador cuando se prendieran ciertas “luces amarillas” en el proceso de revisión judicial.

38 Ver Aldunate, Eduardo, *Derechos Fundamentales* (Editorial Legal Publishing) 2008, 264-267.

39 Ver García, José Francisco, “El control de constitucionalidad en *El Federalista* y los fundamentos de una sociedad libre”, en 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, 491-514, y García, José Francisco, “Tres aportes fundamentales de *El Federalista* a la teoría constitucional moderna”, en 1 *Revista de Derecho*, Vol. XX, 39-59.

40 Ver Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, (Harvard University Press) 1980.

Todavía veo un argumento adicional. Como sostiene Engel analizando la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del TC alemán, se podría encontrar igual o mayor legitimidad en el hecho de que no sea el Tribunal quien comience dicha evaluación y solo reaccione ante el impulso externo de quienes alegan la infracción de la supremacía constitucional o vulneración de derechos constitucionales⁴¹. Ello, por cierto, no refleja completamente la situación chilena (v.g. existencia del control preventivo obligatorio o controles de oficio), pero muestra luces de reforma del diseño de nuestro sistema de control de constitucionalidad⁴².

Por supuesto, de la particular idoneidad del principio de proporcionalidad (como expresión de evaluación costo-beneficio) para detectar el juego entre beneficios y costos privados y sociales (aquello que es bien común versus bien privado), no se deriva necesariamente un buen uso de este instrumento, y al igual que en el uso de cualquier *test* o instrumento de evaluación de los fines y medios utilizados por el legislador, se corre el riesgo de interpretaciones extensivas o derechamente de *activismo judicial*.

3.3. El principio en acción

Un ejemplo que me parece particularmente pertinente a la hora de analizar cómo podría el TC utilizar el test de proporcionalidad frente a un caso de legislación de interés especial lo constituyen ciertas reglas que establece la ley sobre transparencia, límite y control del gasto electoral⁴³. Para Posner, estas reglas son un claro ejemplo de este tipo de legislación⁴⁴.

Entre las reglas más destacadas en materia de financiamiento de la política encontramos los límites al gasto electoral.⁴⁵ A través de esta regla, se establecen *techos* o *máximos* en dinero que puede gastar un candidato que aspira a obtener un cargo de

41 Engel, op. cit., 13.

42 Para ver críticas respecto del control preventivo obligatorio ver Bordalí, Andrés, “Análisis crítico del control preventivo y represivo de constitucionalidad de las normas jurídicas por los tribunales constitucionales”, en Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador), *Jurisdicción Constitucional en Chile y América Latina: presente y prospectiva* (Lexis Nexis) 2005, 213-254, y Aldunate, op. cit.

43 Ley N° 19.884, de agosto de 2003.

44 Posner, Richard, *Economics Analysis of Law*, (Aspen Publishers) 2003, 537.

45 Otras reglas *estándar* son límites a las donaciones particulares; normas de contabilidad y transparencia; y normas sobre financiamiento público.

representación popular o aquel incumbente⁴⁶ que busca la reelección.

Me parece interesante este ejemplo dado que, por un lado, podemos observar las dos historias que compiten por explicar esta regla: la del interés público (evitar la corrupción o la excesiva ingerencia del dinero en la política) versus la del interés privado (incumbentes estableciendo barreras a la entrada a los desafiantes). Por otro lado, porque es en las regulaciones *políticas* (a diferencia de las económicas o sociales), donde se podría esperar con mayor fuerza al argumento de legitimidad y conveniencia de ser deferente con el legislador.

Bajo el *test* de proporcionalidad, debemos preguntarnos si acaso el medio (límite al gasto electoral) es idóneo en relación con el fin perseguido. Ahora bien, ¿cuál es este fin? ¿Prevenir la corrupción o la apariencia de corrupción como sostuvo la Corte Suprema americana en *Buckley v. Valeo* (1976)? ¿Evitar las distorsiones que produce el dinero o la riqueza en la libre competencia política, lo que parece ser el objetivo principal de la Ley N° 19.884? o ¿establecer barreras a la entrada a los desafiantes como sostiene el análisis económico del derecho?

Como vimos en el apartado anterior, Sunstein propone que los jueces deben indagar y requerir del legislador alguna razón de peso para creer que un propósito de interés general jugó un rol relevante en su análisis. Es posible apreciar esto al analizar la evidencia disponible (v.g. el mensaje del proyecto, la historia de la ley, los debates tanto en la sala como en las comisiones en el Congreso, declaraciones en la prensa, etc.). Asimismo, los jueces deben buscar una conexión estrecha entre los medios utilizados por la ley y el o los específicos fines de interés general invocados.

En segundo lugar, y asumiendo que el parámetro de la idoneidad ha sido salvado con éxito (el legislador chileno ha sido persuasivo en cuanto a demostrar que el dinero o la riqueza alteran el libre juego democrático), debemos preguntarnos si acaso esta regla necesaria del límite al gasto es, del conjunto de alternativas disponibles por el legislador, la menos restrictiva desde la óptica de las libertades individuales.

46 Para efectos de la industria o mercado político, los incumbentes son los parlamentarios en ejercicio. Nótese que esta lógica opera en cualquier otro mercado donde los incumbentes (aquellos que tienen una posición consolidada en un determinado mercado) buscan capturar el proceso regulatorio para que se les favorezca o lo que es lo mismo, se perjudique a nuevos competidores interesados en ingresar y desafiar al incumbente.

A nuestro juicio ello no sucede frente a la regla en comento. Carlos Peña ha desarrollado este punto desde la perspectiva constitucional, pero basándose fuertemente en el análisis económico del derecho⁴⁷.

Para el autor esta búsqueda de *igualdad* en la competencia política a través del límite al gasto electoral puede producir precisamente el efecto contrario, aquello que Sunstein ha denominado las *consecuencias no deseadas* de este tipo de reglas⁴⁸. Para Peña:

El efecto previsible de los límites es el de moderar la fuerza expresiva de quienes compiten –donde A se expresaba en el rango 3 y B en el rango 1, ahora A se expresará en el rango 2 y B en el rango 1– en vez de mejorar la calidad del debate. El resultado es un óptimo de Pareto al revés: usted perjudicó a uno y el otro quedó igual. Usted, sin embargo, podría argumentar que el candidato B del ejemplo no quedó igual

porque acortó su distancia en recursos con A. Eso es verdad; pero eso se hizo a costa del electorado cuya capacidad de autogobierno debemos (...) mejorar⁴⁹.

Para el autor, la mejora de la capacidad de autogobierno mediante la mejor regulación de las campañas electorales exige, en vez de poner límites al gasto, “otorgar subsidios variables para remover las barreras de entrada a la competencia en interés del electorado (en el ejemplo, si usted subsidia al candidato B y deja igual al candidato A, habrá un rango mayor de igualdad y de información para el electorado que si usted traza, simplemente, límites al gasto”⁵⁰.

En otras palabras, la regla de subsidios es más adecuada que una que establezca límites al gasto porque mejora los niveles de igualdad (fin perseguido), lesionando menos otros derechos que otras reglas alternativas. Se genera así un mandato al legislador de ponderación:

47 Ver Peña, Carlos, “El sonido del dinero. El gasto electoral y la libertad de expresión”, en 87 *Centro de Estudios Públicos*, 131-174.

48 Ver Sunstein, Cass, “Political Equality and Unintended Consequences”, en 4 *Columbia Law Review*, Vol. 94, 1390-1414.

49 Ver Peña, op. cit., 166.

50 Ver Peña, op. cit., 166.

El legislador entonces, entre dos reglas de intervención, debe escoger la que resulte más adecuada: entre la norma N que la maximiza la participación igual y lesiona el principio P y la norma N que maximiza la participación igual y no lesiona el principio P, ha de preferirse esta última; entre la norma N que lesiona el principio P y no maximiza la participación igual, y la norma N* que no lesiona P y maximiza la participación igual, ha de preferirse (...) a N*⁵¹.*

Así, para el autor, la regla que impone límites al gasto se encuentra en el caso de la norma N, puesto que hay otra regla —la regla de subsidios— que aumenta la participación igual y deja incólume el poder expresivo y global del dinero al no establecer límites al gasto.

Bajo un análisis cómo el propuesto, el TC —tal como lo hizo la Corte Suprema americana en *Buckley v. Valeo* (1976) ante una regla similar— debió haber declarado la inconstitucionalidad de la regla en análisis⁵².

Finalmente, y en caso de que para algunos la regla del límite al gasto pasara el segundo requisito, deberíamos preguntarnos si esta regla aprueba o no el tercer y último requisito, esto es, el de proporcionalidad propiamente tal. Ello nos obliga a formular la siguiente pregunta: ¿su adopción acarrea más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto? Sin entrar en el detalle de este análisis, a nuestro juicio, los costos que soportan la libertad de expresión y la de asociación son superiores a los beneficios que, en términos de igualdad de participación, se ganarían. En particular porque, como vimos, hay reglas (v.g. subsidios) que logran de mejor manera el fin perseguido.

IV. Conclusión

El presente documento ha tenido por objeto proponer la utilidad del principio de proporcionalidad a la hora que el Tribunal Constitucional chileno efectúe el control de constitucionalidad de leyes de interés especial. En otras palabras, el TC, en su rol de fiel guardián de la Constitución y

⁵¹ Ver Peña, op. cit., 169.

⁵² *Buckley vs. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976). Ver párrafo II del Título I.

defensor de la supremacía constitucional, al confrontar un precepto legal con la Carta Fundamental, debe ser al menos capaz de detectar normas pareto inferiores.

Las implicancias y conclusiones de este trabajo, eminentemente exploratorias, pueden resultar interesantes para el *ius publicismo* en la medida en que se busca, desde el análisis económico del derecho, entregar argumentos adicionales para justificar la legitimidad de la revisión judicial del TC sobre la base de la lógica mayoritaria y no, como suele hacerse, desde la contramayoritaria.

Finalmente, debemos insistir en que se trata de ideas exploratorias en un ámbito lejano a nuestra dogmática. Asimismo, no desconocemos las críticas a las que ha sido sometido este enfoque⁵³. En particular, se aduce la falta de evidencia empírica en nuestro país que permita cuantificar el nivel de *captura* existente sobre el proceso político. Además, no es claro que diseños institucionales alternativos (v.g. el TC) sean más difíciles de capturar⁵⁴. En efecto, parece mucho menos costoso capturar al Ejecutivo, una agencia administrativa, Municipalidad, Judicatura o TC, que al legislador. Los diseños institucionales, procedimentales, normas de transparencia, entre otros, son bastante asimétricos.

Con todo, reconociendo las limitaciones del análisis económico del derecho y estando de acuerdo en general en que entrega una visión limitada del proceso legislativo (y la interacción con los otros poderes del Estado), me parece posee atractivo analítico para entender el proceso de formación de la ley y sus implicancias respecto del rol de los jueces como, asimismo, en las prescripciones que nos entrega respecto de cómo mejorar los diseños institucionales⁵⁵. Desconocer lo anterior me parece tan grave como su enaltecimiento.

53 Ver este debate y literatura en García, José Francisco, “El proceso legislativo sin romance: Implicancias para el diseño constitucional chileno”, op. cit., 489-522.

54 Por ejemplo, Elhauge, Einer, “Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?”, en 101 *Yale Law Journal*, 31-75, quien argumenta que los grupos de interés podrían no ser tan influyentes en el proceso político y que las propuestas para expandir el control judicial sufren de la *falacia de nirvana*, ya que el proceso de adjudicación, como el de regulación, son imperfectos y susceptibles a la influencia de los grupos de interés.

55 Argumento esgrimido por Mashaw, un crítico de este enfoque. Ver Mashaw, op. cit.