

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y
DEMOCRACIA: PROBLEMAS EN LA ESENCIA DEL
ARGUMENTO CONTRA EL CONTROL JUDICIAL
DE LA LEGISLACIÓN SEGÚN JEREMY WALDRON*

CONSTITUTIONAL REVIEW AND DEMOCRACY:
PROBLEMS AT THE CORE OF THE CASE AGAINST JUDICIAL
REVIEW OF LEGISLATION ACCORDING TO JEREMY WALDRON

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA:
PROBLEMAS NA ESSÊNCIA DO ARGUMENTO CONTRA O
CONTROLE JUDICIAL DA LEGISLAÇÃO SEGUNDO JEREMY WALDRON

LEANDRO SÁNCHEZ-MARÍN**
JHOAN SEBASTIAN DAVID-GIRALDO***

Recibido: 26 de abril de 2024 - Aceptado: 22 de junio de 2024 -
Publicado: 30 de noviembre de 2024
DOI: 10.24142/raju.v19n39a5

* Este artículo es resultado parcial del proyecto de investigación “Epistemología Política” (2023-61997), desarrollado por el Grupo de Investigación de Filosofía Política de la Universidad de Antioquia.

** Docente del Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia. Doctorando en Filosofía, magíster y filósofo de la Universidad de Antioquia. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001637964, Google Scholar: https://scholar.google.com/citations?user=cZw_7DAAAAAJ&hl=es&authuser=3, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6837-1081>, correo electrónico: leandro.sanchez@udea.edu.co

*** Docente del Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid. Magíster y filósofo de la Universidad de Antioquia. Profesional en Negocios Internacionales de la Universidad de Medellín. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001692764, Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=vG4WepoAAAAAJ&hl=es&authuser=3>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0404-5364>, correo electrónico: jhoan.david@udea.edu.co

Resumen

En el marco de la discusión sobre si los jueces deberían tener la facultad de derogar leyes cuando están convencidos de que violan derechos individuales, Jeremy Waldron ofrece una serie de argumentos que dan cuenta de su oposición al modelo democrático que incluye el control jurídico de la legislación. Sin embargo, los argumentos ofrecidos son cuanto menos problemáticos. Por lo tanto, el presente texto tiene como objetivo mostrar que los planteamientos de Waldron en contra del control judicial de la legislación, al menos en la discusión sobre su esencia, son insuficientes para sustentar la eliminación de este en los sistemas democráticos. Para esto, en primer lugar, procedemos a mostrar los argumentos mediante los cuales el autor se opone al control judicial. En segundo lugar, nos referimos a las cuatro condiciones necesarias para considerar su argumentación teórica. En tercer lugar, abordamos una serie de críticas que se le pueden hacer a la argumentación de Waldron. Así, finalmente, pretendemos mostrar que los argumentos de Waldron son insuficientes para considerar una oposición categórica al control judicial.

Palabras clave: control judicial, democracia, Constitución, filosofía política.

Abstract

Within the framework of the discussion about whether judges should have the power to repeal laws when they are convinced that they violate individual rights, Jeremy Waldron offers a series of arguments that explain his opposition to the democratic model where there is judicial control of legislation. However, the arguments given are problematic to say the least. Therefore, the present text aims to show that the arguments offered by Waldron against judicial control of legislation, at least in the discussion of the essence of the argument, are insu-

fficient to prove its elimination in democratic systems. For this, first of all, we proceed to show the arguments by which the author opposes judicial control. Secondly, we refer to the four conditions necessary for his theoretical argument to be considered. Thirdly, we will address a series of criticisms that can be made to Waldron's opposition argument. Thus, finally, we intend to show that Waldron's arguments are insufficient to consider a categorical opposition to judicial control.

Keywords: judicial review, democracy, Constitution, political philosophy.

Resumo

No contexto da discussão sobre se os juízes deveriam ter a faculdade de anular leis quando estão convencidos de que violam direitos individuais, Jeremy Waldron oferece uma série de argumentos que expressam sua oposição ao modelo democrático onde há controle judicial da legislação. No entanto, os argumentos apresentados são, no mínimo, problemáticos. Portanto, o presente texto tem como objetivo mostrar que os argumentos oferecidos por Waldron contra o controle judicial da legislação, pelo menos na discussão da essência do argumento, são insuficientes para justificar a eliminação desse controle nos sistemas democráticos. Para isso, em primeiro lugar, apresentamos os argumentos pelos quais o autor se opõe ao controle judicial. Em segundo lugar, referimos as quatro condições necessárias para que sua argumentação teórica possa ser considerada. Em terceiro lugar, abordamos uma série de críticas que podem ser feitas à argumentação de Waldron. Assim, pretendemos mostrar que os argumentos de Waldron são insuficientes para considerar uma oposição categórica ao controle judicial.

Palavras-chave: controle judicial, democracia, Constituição, filosofia política.

INTRODUCCIÓN

Desde los orígenes de las sociedades, ha sido necesario establecer parámetros de convivencia que posibiliten su desarrollo adecuado. Estos parámetros dependen de una serie de requerimientos que va más allá del establecimiento de una normativa, que permite el accionar humano y a la vez lo limita. Por eso es importante la reflexión sobre estas cuestiones, y en ella tiene cabida la filosofía política. Uno de los grandes temas que debemos tratar cuando nos adentramos en cuestiones de la filosofía política tiene que ver con los criterios de fundamentación, justificación y validación de una teoría, especialmente porque del establecimiento de estos se desprenden consecuencias políticas, sociales y económicas. Por tanto, estas consideraciones no son meras maquinaciones filosóficas para dar sentido a una teoría, sino que son una práctica con implicaciones efectivas en la vida social.

Para construir las sociedades no se pueden perder de vista los principios sobre los cuales se fundan. Por lo tanto, tampoco se pueden perder de vista los criterios de legitimación para el establecimiento de una teoría política, pues son los que precisamente validan una posible normativa dentro de las sociedades. De acuerdo con Jeremy Waldron (2018a), cualquier teoría política normativa, además de implementar fundamentos para la justificación de algunas decisiones, requiere ser mucho más que una mera doctrina de la justicia respecto del bien común, pues debe abordar los aspectos normativos sobre la legitimidad de los procesos utilizados para tomar decisiones políticas frente a los desacuerdos.

En virtud de la discusión sobre la resolución de los conflictos, Waldron se cuestiona si los jueces deberían tener la facultad de derogar leyes cuando están convencidos de que violan derechos individuales. Este autor ofrece una serie de argumentos que dan cuenta de su oposición al modelo democrático que incluye el control judicial de la legislación. Waldron plantea cuatro presuposiciones fundamentales como argumento esencial para constituir una sociedad política, y así establece su teoría en contra del control judicial. Ahora bien, ¿su entramado argumentativo es suficiente para afirmar categóricamente el rechazo al control judicial de la legislación? Por lo menos es posible afirmar que los argumentos que propone resultan problemáticos.

El presente texto tiene como objetivo mostrar que los argumentos ofrecidos por Waldron en contra del control judicial de la legislación —al

menos en la discusión que plantea sobre su esencia— son insuficientes para sustentar la eliminación de este en los sistemas democráticos. Para esto, en primer lugar, procedemos a mostrar los argumentos mediante los cuales el autor se opone al control judicial. En segundo lugar, nos referimos a las cuatro condiciones necesarias para considerar su argumentación teórica. En tercer lugar, abordamos una serie de críticas que se le pueden hacer a la argumentación de Waldron. Así, finalmente, pretendemos mostrar que los argumentos de Waldron no son suficientes para plantear una oposición categórica.

OPOSICIÓN AL CONTROL JUDICIAL DEL LEGISLATIVO

En la práctica, según Waldron, la cuestión sobre la oposición o el apoyo al control judicial de la legislación tiende a estar más relacionada con decisiones esporádicas y particulares. En Norteamérica, las bases populares o sus miembros representantes en las legislaturas federales y también estatales pueden tratar diferentes cuestiones, pero sin la certeza de que su decisión prevalezca, puesto que en última instancia prevalecerá la decisión judicial, en caso de que se lleve a un tribunal. Waldron afirma que en una democracia solo los representantes electos del pueblo pueden resolver legítimamente los desacuerdos sobre la naturaleza y el alcance de los derechos individuales.

Para Waldron, la propuesta de una teoría política no se debe enfocar solo en la implementación de los fundamentos necesarios para justificar ciertas decisiones, pues debe ir más allá al tratar cuestiones normativas acerca de la legitimación política en los procesos de toma de decisiones respecto de los desacuerdos. Así pues, para resolver estos desacuerdos, Waldron se refiere al problema de si la resolución del legislativo sobre las cuestiones de los derechos debería ser final o si hay alguna razón para que el poder judicial las reconsidere e incluso las revoque. Por tanto, en su ensayo “La esencia del argumento contra el control judicial de constitucionalidad”, Waldron (2018a) se plantea la siguiente pregunta: “¿los jueces deberían tener la facultad de derogar leyes cuando están convencidos de que violan derechos individuales?” (p. 55). Con esta pregunta se cuestiona sobre lo apropiado o lo inapropiado que puede ser un sistema en el que haya un control judicial de la legislación como última instancia del proceso de toma de decisiones en una sociedad libre y democrática. En dicho ensayo, Waldron hace una indagación normativa y general, y se enfoca en encontrar un argumento central

que tenga cierta independencia tanto de las expresiones históricas como de efectos particulares.

Para prestar atención a la discusión, Waldron alude a la necesidad de un sistema que solucione los conflictos sobre los derechos en un modelo democrático, estableciendo, como en el *Leviatán* de Hobbes (2011), “un procedimiento de toma de decisiones cuyo funcionamiento solucione las controversias cuya existencia generó la necesidad de un procedimiento decisorio en primer lugar, no que las avive” (Waldron, 2018a, p. 81). En medio de la discrepancia resultante en las discusiones de fondo, los miembros de una sociedad necesitan compartir una teoría sobre la legitimidad del procedimiento de toma de decisiones que se debe emplear para resolver los desacuerdos, sopesando también las razones suscritas a ambos lados de cualquiera de los desacuerdos sustanciales. Es necesario, entonces, que existan procesos legítimos para tomar decisiones respondiendo al problema de los desacuerdos de tipo moral, con base en fundamentos relevantes. No obstante, muchas veces estos procesos pueden llevar a la vulneración de los derechos en lugar de defenderlos, además de que puede haber discordancia entre “la decisión correcta y la decisión que es producto del procedimiento que consideran legítimo” (Waldron, 2018a, p. 83), la cual es una paradoja general de la teoría política.¹ Las instituciones democráticas en ocasiones pueden tomar e imponer decisiones incorrectas acerca de los derechos, así que ocasionalmente actúan de forma tiránica. Sin embargo, esto mismo vale para cualquier proceso de toma de decisiones. No existe ningún proceso de toma de decisiones que cuente con absoluta perfección, más allá de que pueda tratarse de un proceso legislativo sujeto o no sujeto al control judicial. Tanto las instituciones legislativas como los tribunales actúan a veces de manera tiránica.

1 Waldron alude a esta paradoja general a partir de la idea de la “paradoja en la teoría de la democracia” de Richard Wollheim, según la cual un ciudadano afirma que una decisión A no debe ser promulgada, puesto que esta es precisamente contra la cual votó, pero A es la decisión promulgada, ya que esta es la elegida por la mayoría (Wollheim, 1969, p. 71). Según Waldron, Wollheim se equivoca al atribuir este problema únicamente a la democracia, cuando es un problema general de la teoría política: “es una paradoja general de la teoría política que afecta a toda teoría política que complemente su explicación de lo que debe hacerse con una explicación de cómo deben tomarse las decisiones cuando existe desacuerdo sobre lo que debe hacerse” (Waldron, 2018a, p. 83).

Para diseñar y evaluar un procedimiento político de toma de decisiones para solucionar desacuerdos sobre los derechos hay que tener en cuenta dos tipos de razones: las relacionadas con el resultado y las relacionadas con el proceso. Las primeras son las razones que “sirven para diseñar el procedimiento decisorio de modo de asegurar el resultado apropiado [...], es decir, una decisión buena, justa o correcta” (Waldron, 2018a, p. 83). Las segundas son las razones “para insistir en que una persona determinada decida o participe en la toma de una decisión, que son independientes de las consideraciones acerca de cuál es el resultado apropiado” (Waldron, 2018a, p. 83). Es necesario implementar procedimientos que puedan generar soluciones en las que ambas posturas en controversia puedan reconocerse como legítimas. Ahora bien, “¿qué método respeta de mejor manera la demanda igualitaria de que las voces de los afectados sean escuchadas, y al mismo tiempo es razonablemente proclive a llegar a la verdad acerca de los derechos?” (Waldron, 2018a, p. 86).

Para responder a esta pregunta, Waldron menciona que las razones relacionadas con los resultados no son concluyentes. Esto se debe a que no hay un método epistémicamente confiable para identificar los derechos, así que no es posible afirmar tajantemente que un tomador de decisiones tiene más probabilidades que otro de decidir de manera correcta; por consiguiente, que no puede haber ninguna razón relacionada con el resultado para apoyar el control judicial (Fallon, 2008). Más bien, según Waldron, las legislaturas pueden abordar tales cuestiones de moralidad política pura y, por lo tanto, son mejores y ciertamente no peores que los tribunales para responder y tomar decisiones (Roux, 2018). En vista de que hay desacuerdo sobre los resultados que en concreto son aceptables, solo es posible acercarse a ellos de forma indirecta, es decir, observando cómo se toman las decisiones y los factores que influyen sobre ellas.

Entonces, frente a lo mencionado anteriormente, ¿es preferible una constitución en la que haya una supremacía legislativa o una en la que haya un control judicial para esta? Según Waldron, la respuesta es clara, pues este autor desarrolla una serie de escritos donde de una u otra manera se refiere a una concepción de justicia y derecho con un modelo democrático que da primacía al legislativo. En la doctrina política del liberalismo se considera la supremacía legislativa, según Waldron, pues se suele asociar con la idea de un autogobierno popular, y los ideales democráticos se encuentran en constante tensión con cualquier consideración que establezca que el legislativo

opere bajo la tolerancia de los jueces que no han sido elegidos de manera democrática. Incluso se plantea la consideración de que el control judicial es una institución anormal en la democracia estadounidense.

Waldron claramente asume que el legislativo o parlamento debe ser, “a través de un procedimiento de carácter estrictamente mayoritario, el órgano encargado de discutir y resolver en última instancia los problemas de interpretación de las leyes en los casos controvertidos que involucran derechos humanos” (Sahuí, 2017, p. 164). Para ello también establece una serie de argumentos en oposición al control judicial. Waldron ofrece dos argumentos iniciales con los cuales empieza a tematizar su oposición al control judicial. Por una parte, menciona que el control judicial “no proporciona un medio para que la sociedad se enfoque claramente en los problemas reales en juego cuando los ciudadanos discrepan sobre cuestiones de derechos” (Waldron, 2018a, p. 60); de hecho, sucede lo contrario. Por otra parte, agrega que

es políticamente ilegítimo en lo que concierne a los valores democráticos: al privilegiar el voto mayoritario de un pequeño número de jueces no elegidos y que no rinden cuentas, el control judicial priva de sus derechos a los ciudadanos comunes y deja de ladopreciados principios de representación e igualdad política en la resolución final de cuestiones sobre derechos (Waldron, 2018a, p. 60).

Sin embargo, estos argumentos siguen siendo insuficientes si no se aclara qué se entiende por control judicial y en qué condiciones es posible esta cuestión. Además, cabe aclarar que, por muy radical que el autor parezca en su posición sobre la discusión planteada, la base del argumento de oposición al control judicial no se manifiesta como un argumento teórico universal, pues pone tres limitaciones a la esfera de aplicación de sus consideraciones críticas. Así pues, con respecto al control judicial, en primer lugar, Waldron se refiere al control ejercido sobre las decisiones promulgadas por los legisladores que han sido elegidos mediante la deliberación de una comunidad política, y no tanto sobre las acciones del ejecutivo.

En segundo lugar, se menciona que existen diversas prácticas en el mundo que pueden inscribirse dentro de la noción de control judicial de la legislación que se pueden distinguir de diferentes maneras. La principal distinción tiene que ver con el control judicial fuerte y el control judicial débil. Waldron (2018a) menciona que se enfoca en la idea de control judicial fuerte, según la cual

los tribunales tienen la facultad de rehusarse a aplicar una ley en un caso particular (aunque la ley aplique claramente al caso) o de modificar el efecto de una ley para que su aplicación se ajuste a derechos individuales (en formas que la propia ley no concibe) (p. 62).

Estos tribunales también tienen la facultad de establecer que no pueda aplicarse una ley o una disposición legislativa. Mientras que en un sistema con control judicial débil “los tribunales pueden examinar la legislación respecto de los derechos individuales, pero no pueden rechazar aplicarla (o moderar su aplicación) solo porque de otro modo los derechos serían violados” (Waldron, 2018a, p. 63).

También ofrece otras distinciones con respecto a la noción de control judicial, de acuerdo con el contexto. Por una parte, Waldron se refiere a la distinción relacionada con la posición que ocupan los derechos individuales en el sistema constitucional de una sociedad determinada. Por otra parte, encontramos la distinción entre el papel que cumple “el control *a posteriori* de un tipo estadounidense [...] y el control legislativo *ex ante* a cargo de un tribunal constitucional especial creado para realizar una evaluación abstracta de una propuesta legislativa en las etapas finales de su promulgación” (Waldron, 2018a, p. 66). Por último, se encuentra la distinción entre el control judicial ejercido por tribunales ordinarios o por tribunales especializados. El autor agrega que, en la jerarquía ordinaria de los tribunales, la capacidad de los jueces para razonar sobre los derechos resulta exagerada, ya que, en buena medida, la disciplina ordinaria del acto de juzgar distrae su atención de la evaluación directa de los argumentos morales.

Regresando a los puntos que limitan la conveniencia de sus consideraciones críticas, en tercer lugar, Waldron menciona que dichas consideraciones hacen parte de una discusión teórica abstracta sobre la afinidad entre el control judicial y la democracia. Bajo esta consideración, para el autor es irrelevante que haya resultados correctos o incorrectos en relación con una práctica específica y pragmática del control de constitucionalidad. Por tanto, su argumento no se centra en los

beneficios históricos o actuales de las decisiones judiciales que han protegido los derechos porque este es un aspecto contingente y controvertido que, como tal, dice poco sobre la compatibilidad del *judicial review* [control judicial] con el principio democrático y con la igualdad política (Roa, 2019, p. 63).

Según Waldron, parece que el apoyo al sistema del control judicial se presenta como respaldo a ciertas decisiones aceptadas por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en cuanto a temas muy concretos, pero este tipo de defensa es marginal y no se puede tomar en serio, pues la defensa se encuentra vinculada a ciertos resultados específicos (Roa, 2019). Es preferible entonces el debate en abstracto.

Entonces, habiendo acotado el campo de aplicabilidad de la argumentación, para Waldron los tribunales no son los espacios para la discusión sobre los derechos. El autor niega algún argumento en beneficio del control judicial a partir de cualquier consideración vinculada con los resultados, como que los casos judiciales permiten que los jueces y el conjunto de la sociedad perciban las implicaciones reales de las decisiones que involucran derechos. Sin embargo, según Waldron, cuando una controversia llega a los niveles más altos de apelación, como a las cortes supremas, sus aspectos principales ya son generales, “se ha desvanecido ya casi todo rastro de los titulares de derechos de *carne y hueso*, y la discusión gira en torno al tema abstracto del derecho en disputa” (Waldron, 2018a, p. 92). Además, los procesos legislativos usualmente se encuentran abiertos al examen de casos específicos a partir del cabildeo, en audiencias y debates. Por otra parte, los casos individuales notorios o difíciles crean un mal derecho; impiden ver el panorama general. Los jueces suelen quedar anclados en detalles formales del texto de la Constitución. Los tribunales se distraen con cuestiones confusas, como la de los métodos interpretativos. Esto impide que los jueces puedan ir directamente al meollo del asunto; se desvían de lleno del problema sustantivo de fondo, el contenido de los derechos, que no involucra solo una dimensión legal, sino también una moral. Los legisladores, según Waldron, no padecen ninguna de estas dificultades, y al menos en algunas ocasiones enfrentan las discusiones sobre los derechos de manera directa, pero también responsable.

Con respecto a las razones relacionadas con el proceso, cabe destacar las siguientes palabras de Richard Bellamy (2007): “es de esperar que algunos siempre tendrán motivos razonables para estar en desacuerdo con el resultado del proceso. El punto es que no están en desacuerdo en que la decisión fue tomada legítimamente” (p. 191). Los desacuerdos que se mantienen entre los individuos de una sociedad luego de una toma de decisiones con un procedimiento legítimo no se deben al procedimiento en sí, sino a los méritos sustantivos de los resultados. Así pues, Waldron considera que este

tipo de razones pesan en contra del control judicial de la legislación. Para esto, trae el argumento de la teoría de la legitimidad política, que plantea que “una concepción de la autoridad legítima debe otorgar un lugar privilegiado al respeto por los juicios de los ciudadanos al mismo tiempo que acomoda la realidad del desacuerdo generalizado en la política” (Christiano, 2000, p. 516). Por consiguiente, esta tiene que considerar preguntas acerca de la explicación sobre por qué es apropiado que ciertos individuos tomen decisiones y no otros, y acerca de cuáles son los motivos que no otorgaron un peso considerable a las posturas de los tomadores de decisiones que estaban de acuerdo con uno en relación con un tema en particular.

En cuanto al primer asunto, la respuesta que se ofrece viene del marco teórico de la teoría de las elecciones equitativas del poder legislativo, que trata a los ciudadanos “con igualdad respecto de sus conciudadanos para determinar quién tendrá el privilegio de encontrarse entre ese pequeño número de los que toman decisiones de este tipo” (Waldron, 2018a, p. 101). La respuesta a la segunda cuestión proviene de los argumentos sobre la imparcialidad que subyacen al principio de la decisión mayoritaria, que “trata a los participantes en pie de igualdad y otorga a cada opinión expresada el mayor peso posible compatible con el igual peso de todas las opiniones” (Waldron, 2018a, p. 101). En este punto, Waldron señala que la supremacía legislativa gana de lejos sobre la idea del control judicial. Sostiene que mientras que en la elección de representantes y luego en el procedimiento legislativo se trata más o menos a todos por igual, en el control judicial solo un grupo pequeño, los jueces, no elegido por el pueblo, toma decisiones que afectan profundamente. Agrega que sus miembros también tienden a estar en desacuerdo, por lo que los tribunales deben recurrir a la adopción de esas decisiones por mayoría.

Waldron también hace alusión al argumento sostenido por algunos defensores del control judicial, a saber, el del uso abusivo del poder por parte del legislativo, o bien, el temor a la tiranía legislativa o de la mayoría. Para esto, menciona la necesidad de implementar límites judiciales vigilados a las decisiones legislativas, pero “¿qué otra garantía pueden tener las minorías contra la tiranía de la mayoría?” (Waldron, 2018a, p. 111). Muchos tienden a pensar que cuando alguien sufre por la anulación y la negación de sus derechos corresponde a un modelo tiránico, y que podría haber tiranía casi en cualquier desacuerdo sobre los derechos. Además, se refiere al temor de que grupos minoritarios puedan sufrir formas de opresión o discrimina-

ción, y de que sus derechos sean bloqueados, violados o subordinados con respecto a los de las mayorías. No obstante, el hecho de que un grupo que se encuentra en minoría considere que una decisión es errónea no le da derecho a denunciarla como tiránica. Para esto, Waldron hace la distinción entre mayorías y minorías en términos de decisión y de temática —o bien, de los intereses en juego—. El componente necesario, mas no suficiente, para que la configuración de la tiranía legislativa sea de preocupación considerable es que quienes deciden sean quienes se benefician. Se debe temer especialmente a esos casos en los que las decisiones perjudican a las minorías que son o han sido tradicionalmente objeto de discriminación. Este es un punto importante para la consideración, ya que históricamente las mayorías han tenido la facultad de oprimir, y en muchos casos en efecto lo han hecho, a las minorías. Además, vale la pena preguntarse, bajo la legitimidad del procedimiento, “¿por qué debería la mayoría ganadora atender a las razones y opiniones disidentes de la minoría que ha perdido la votación?”² (Lafont, 2021, p. 68).

Según Waldron, la cuestión sobre la tiranía de la mayoría, si bien es algo a lo que se debe prestar atención, pertenece a los casos que no son centrales, es decir, cuando alguno de los cuatro supuestos falla o en aquellas sociedades en que no se sostienen. Si bien ello podría justificar el control judicial, pues puede ser una respuesta a los errores y desaciertos observados de las instituciones del sistema democrático, no implica, para Waldron, que el control judicial de la legislación se deba defender siempre que los supuestos fallen. La última palabra solo puede darla una evaluación de la distribución de apoyos en la sociedad. Si fueran tan extendidos en la legislatura como en la justicia, las perspectivas para la minoría serían desafortunadas. En caso de que las élites políticas en general mostraran menos respeto por las minorías que la ciudadanía, la supremacía legislativa triunfaría sobre el control judicial, porque sería más fácil remover a los legisladores prejuiciosos que a los jueces prejuiciosos.

2 Cristina Lafont (2021) sugiere que, asumiendo la posición pluralista —en la que se suscribe a Waldron—, dada la legitimidad del procedimiento, “cualquier disidencia, impugnación o contestación basada en consideraciones sustantivas simplemente convertiría a la minoría que ha perdido la votación en *malos perdedores* a los ojos de la mayoría ganadora” (p. 68); o, recurriendo a las palabras de la gente, “quiere que sus opiniones tengan más peso que el que podría otorgarles la política electoral” (Waldron, 2018a, p. 110).

Cuestiones como ¿es un feto una persona con derecho a la vida?, ¿es la quema de banderas una forma protegida de discurso político?, ¿tiene derecho un enfermo terminal a acabar con su vida?, según Waldron, son demasiado sustanciales y controvertidas como para eliminarlas de la jurisdicción de la política democrática (Kaufman y Runnels, 2006). Otorgar la autoridad a los tribunales para controlar la legislación promulgada por una legislatura representativa es incompatible con la idea democrática del gobierno del pueblo. Además, las democracias deberían asignar el poder de resolver cuestiones sobre la naturaleza y el alcance de los derechos individuales a la mayoría de los ciudadanos y sus representantes. Es ilegítimo que los jueces puedan establecer algún tipo de control al legislativo, como se ha intentado mostrar a lo largo del ensayo: “los asuntos asignados a los tribunales en nuestro sistema realmente deben ser decididos por las legislaturas, utilizando los procedimientos mayoritarios que caracterizan la elaboración democrática de leyes” (Waldron, 2022, p. 9).

PRESUPUESTOS CENTRALES DE LA ESENCIA DEL ARGUMENTO

Como vimos, Waldron ofrece una serie de razones para explicar su oposición con respecto al control judicial de la legislación como forma democrática en la resolución de conflictos. Aun con todo este andamiaje argumentativo, su oposición no reporta incondicionalidad ni fidelidad absoluta, pues más bien depende de algunos aspectos vinculados con lo institucional y con ciertas políticas que operan en el marco de la democracia liberal. Así entonces, para que su argumentación pueda funcionar, alude a la presuposición de cuatro condiciones fundamentales sobre una sociedad política para precisar un enfoque adecuado del argumento y que se puedan aplicar sus objeciones. Estas condiciones son propiamente la esencia del argumento o los casos centrales en los que se enfoca para su oposición al control judicial de las leyes. Entonces, Waldron recurre a la imaginación de una sociedad ideal democrática con las siguientes condiciones, como herramienta argumentativa:

- 1) instituciones democráticas cuyo funcionamiento sea razonablemente correcto, incluido un poder legislativo representativo electo por sufragio universal de la población adulta; 2) un conjunto de instituciones judiciales que, a su vez, también presenten un funcionamiento razonablemente correcto, establecidas sobre bases no

representativas y destinadas a escuchar demandas legales individuales, resolver disputas y mantener el Estado de derecho; 3) un compromiso 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, sustancial y de buena fe acerca de los derechos [...] entre los miembros de la sociedad comprometidos con la idea de los derechos (Waldron, 2018a, p. 68).

Los supuestos mencionados anteriormente también traen consigo otra serie de suposiciones que dan cuenta de algo parecido a un conjunto social imaginario bien ordenado mediante una teoría de la justicia ampliamente reconocida. De acuerdo con Waldron, en un sistema semejante, los desacuerdos sobre los derechos se resuelven mejor por la vía legislativa. Ahora nos referimos a cada una de las condiciones establecidas, aunque solo haciendo alusión a algunas de sus características.

El primer supuesto se relaciona con la idea de que hay un funcionamiento razonablemente adecuado de sus órganos políticos. La sociedad es presuntamente democrática, y algunas normas y políticas públicas se derivan de la interacción entre el pueblo y sus representantes, y se promulgan mediante instituciones e instrumentos electivos. Waldron (2018a) presupone que la sociedad en la que aplica su argumento es una con “un sistema político ampliamente democrático con sufragio universal de los adultos y un poder legislativo representativo, cuyas elecciones se realizan en condiciones equitativas y periódicas” (p. 69). Sin embargo, estas instituciones son ampliamente deliberativas, especialmente cuando se trata de temas complejos y profundos que competen a las cuestiones fundamentales sobre la justicia y la política social (Waldron, 2005). Posiblemente estas no funcionen siempre de manera perfecta; sin embargo, sí hay una presuposición de un funcionamiento razonablemente correcto de los procesos, apoyado sobre la base de una fuerte cultura democrática.

El segundo supuesto se refiere a una sociedad que “tiene un poder judicial bien establecido y políticamente independiente, que funciona bien y ha sido instaurado para escuchar demandas, arreglar disputas y mantener el Estado de derecho” (Waldron, 2018a, p. 71). En este punto, Waldron sí admite una forma de control judicial, pero aplicada a las acciones ejecutivas, fundamentadas en el marco legislativo y las leyes constitucionales, mas no a las acciones del legislativo. Además, este órgano no se caracteriza por la representatividad electoral. Estos miembros se consideran de antemano

personas de alto estatus y con buena educación, que gozan de especial respeto por parte de la sociedad y que además están preocupadas, como cualquier ciudadano, por los derechos, pero cuentan con la capacidad de tomar decisiones sobre ellos con procesos concretos. No obstante, estas decisiones no se toman por iniciativas abstractas, sino que sus miembros actúan respondiendo a demandas particulares iniciadas por litigantes particulares; tratan cuestiones en el marco del litigio binario y adversarial; y toman sus propias decisiones sobre casos concretos.

En el tercer supuesto, Waldron (2018a) menciona que “existe un fuerte compromiso con la idea de derechos individuales y de las minorías en la mayor parte de los miembros de la sociedad” (p. 73) y sus gobernantes. En este punto, se espera que los miembros de la sociedad puedan reconocer que, a pesar de sus intereses y concepciones políticas personales, hay diferentes individuos de la comunidad que también tienen propósitos personales y derecho a un conjunto de libertades que no se pueden negar. Se considera, entonces, que las minorías tienen cierto apoyo, reconocimiento y protección. Este compromiso con los derechos no ha de ser mera verbosidad, sino conciencia del consenso y de su historia, en la que hay un diálogo constante sobre estos y se aplican: “les importan los derechos, mantienen su perspectiva y las de otros en constante reflexión y encendido debate, y están alertas a la problemática de los derechos respecto de todas las decisiones sociales bajo examen o discusión en su medio” (Waldron, 2018a, p. 74). Así pues, habría una carta de derechos humanos ampliamente conocida y socializada, que dé pie a una correcta deliberación para su respeto y su garantía.

Finalmente, el cuarto supuesto clave trata sobre los desacuerdos dentro de la sociedad.³ Este se refiere a que “el consenso existente sobre los derechos no está exento de la incidencia del desacuerdo general sobre las cuestiones políticas más relevantes en las sociedades liberales modernas” (Waldron, 2018a, p. 76). Esto implica que hay un desacuerdo persistente, sustancial y de buena fe sobre el contenido y las implicaciones de esos derechos: “el concepto de derechos, el catálogo de derechos, el contenido de los derechos y la forma de protegerlos” (Roa, 2019, p. 65). El compromiso que se menciona en el tercer supuesto implica que los ciudadanos, con buena fe,

3 Esta tesis se aborda en la segunda parte de *Derechos y desacuerdos*, titulada “Los desacuerdos sobre los principios”. Para ampliar esta discusión, véase Waldron (2005, pp. 177-247).

discrepan sobre las cuestiones fundamentales de los derechos, mas no quiere decir que no se tomen en serio ni se tramiten de manera razonable. Por tanto, la discusión no lleva a un relativismo moral, pues la disputa no se refiere a una verdad sobre los criterios y los fundamentos del constitucionalismo, aunque sí hay dilemas serios y complejos sobre las cuestiones morales y políticas.

En una sociedad con los supuestos planteados, los miembros pertenecientes al conjunto social están de acuerdo y manifiestan su compromiso con los derechos, a pesar de que puedan discrepar al respecto. En teoría, las sociedades donde se cumplen las cuatro condiciones deberían poder dialogar y solventar todas sus diferencias en términos de derechos a través de las instituciones y los marcos legislativos y no legislativos en el espacio de los tribunales. Para Waldron es prácticamente un insulto que en un modelo de sociedad con control judicial de la legislación las discrepancias sobre los derechos no puedan resolverse “mediante procedimientos mayoritarios, sino que debe asignarse la determinación final de la misma a un pequeño grupo de jueces” (Waldron, 2005, p. 23). En un sistema democrático los desacuerdos sobre los derechos se deberían resolver mejor por la vía legislativa. Waldron usa “las cuatro condiciones para concretar su ataque y, al mismo tiempo, también las instrumentaliza para eludir algunos poderosos argumentos en su contra” (Roa, 2019, p. 66). Con estas cuatro condiciones, fundamentales en una sociedad imaginaria, más las limitaciones descritas anteriormente en relación con lo que se entiende por control judicial, se construye el marco de referencia del debate en el que se inscribe Waldron respecto de sus consideraciones sobre el control judicial de la legislación.

CRÍTICAS A LA ESENCIA DEL ARGUMENTO

Waldron se adelanta a algunos posibles ataques por parte de quienes defienden el control judicial e intenta dar respuesta en favor de la supremacía legislativa.⁴ Sin embargo, esta defensa teórica y la posible solidez de

4 En resumen, Waldron sostiene que quienes defienden el control judicial de constitucionalidad se basan en cinco tesis: 1) los jueces pueden invalidar una decisión legislativa, porque se defiende privilegiar la letra constitucional sobre las leyes ordinarias; 2) los jueces son los garantes de que se cumplan los compromisos previos de la sociedad con los derechos; 3) los legisladores pueden responder a las decisiones judiciales sobre los derechos y hacer campaña para anular dichas decisiones; 4) los jueces constitucionales tienen legitimidad democrática; y 5) el control judicial

sus argumentos no implican que estos no sean propensos a ciertas críticas. Como se mencionó antes, se requiere de los cuatro supuestos para que su argumentación pueda tener cabida. El incumplimiento de al menos uno de estos requerimientos en un conjunto social en concreto sugiere que sus consideraciones críticas no se pueden aplicar en ese mismo contexto. Waldron advierte que precisamente por estas condiciones puede haberse justificado el control judicial, pero su aceptación no se debe al valor intrínseco que el control judicial pueda tener, sino a una respuesta a los yerros del sistema democrático derivados de su propia estructura. A pesar de la advertencia del mismo Waldron de que su argumentación es teórica y no concreta, la aplicación de esta no se cumple efectiva y categóricamente en ninguna sociedad real (Fallon, 2008; Roux, 2018; Tushnet, 2010). Su cumplimiento ocurre solamente de manera parcial y por ello no es suficiente, incluso en los sistemas políticos con procesos democráticos más fuertes y consolidados, como Nueva Zelanda o Canadá.

Además, vale la pena recordar que Waldron piensa los cuatro requisitos enunciados para una sociedad imaginaria, reconociendo el carácter ideal de esa comunidad política perfecta. Sin embargo, sostiene igualmente que estos no son condiciones extremadamente alejadas de las sociedades concretas, por lo que la esencia del argumento puede aceptar algunos mínimos que se presentan como necesarios para que se dé un funcionamiento correcto del sistema democrático. Así entonces, no se establecen solo como un objetivo ideal, sino como un punto de medida mínimo para satisfacer a cualquier sociedad bien constituida. Debido a esto, cabe la pregunta ¿cuál sería el mínimo nivel de exigencia para saber que una sociedad específica responde con las condiciones requeridas como algo efectivamente realizable y no solo como un ideal? La descripción de cada uno de los supuestos tiene una tendencia que apunta hacia un nivel de exigencia superior en cuanto a sus elementos constitutivos. Si esto es así, mientras más alta sea dicha exigencia, será menor el grado de aplicabilidad de las consideraciones de Waldron que no están a favor del control judicial. Pero si se disminuye el nivel de exigencia, entonces dicha reducción podría incluir sociedades por debajo de los mínimos requeridos para la validez de su argumentación.

representa una vía adicional para la participación ciudadana en el sistema político. Para estudiar de manera más detallada la discusión sobre su defensa de los ataques de quienes están a favor del control judicial, véase Waldron (2018a, pp. 108-110).

Los cuatro supuestos establecidos por Waldron tienen una validez argumentativa que es intrínseca, pero su insistencia por esa sociedad ideal le quita peso a la posibilidad fáctica de la argumentación. Las sociedades no pueden prescindir del control judicial como remedio para la solución de conflictos por los derechos:

Las cuatro condiciones del *core of the case* [esencia del argumento], bien sea como mínimos necesarios o como tipos ideales, limitan el potencial de esa crítica para afectar a los sistemas de control de constitucionalidad de la mayor parte del mundo porque, desafortunadamente, estos operan en contextos que no satisfacen los requisitos establecidos por Waldron (Roa, 2019, p. 84).

Por otra parte, incluso asumiendo que se dan las condiciones establecidas, sus críticas al control judicial no son necesariamente correctas, pues resultan injustificadas. Además, de este modo se desconoce “que el control de constitucionalidad tiene unas ventajas institucionales que lo hacen valioso para el sistema democrático” (Roa, 2019, p. 78). Jorge Ernesto Roa (2019), por ejemplo, recurre a los argumentos de Richard Fallon y Rosalind Dixon para demostrar que incluso en los sistemas que cumplen con los cuatro supuestos también hay razones para rechazar las críticas al control judicial.

Para Fallon (2008), tanto las legislaturas como los tribunales deben estar listos para proteger los derechos fundamentales; por consiguiente, ambos sistemas deben tener poderes de veto sobre la legislación que razonablemente podría considerarse que viola tales derechos. Si los procedimientos del control judicial pueden diseñarse para evitar errores unilaterales que impliquen fallas en la protección de los derechos, este sistema puede ser compatible con los sistemas democráticos, incluso si los tribunales no son considerablemente mejores que las legislaturas para identificar los derechos correctamente.

El control judicial en realidad puede contribuir a la legitimidad política de un sistema democrático cuando las demandas de legitimidad política se entienden correctamente.⁵ Vale la pena sostener un sistema con control

5 Con respecto a este punto de la legitimidad política, Fallon manifiesta que Waldron al parecer confunde la legitimidad política con la legitimidad democrática, pues equipara ambos conceptos. Si bien la legitimidad democrática es importante para la legitimidad política, esta no es la única fuente. Para una discusión más amplia sobre el problema de la legitimidad, véase Fallon (2005, pp. 1789-1802; 2008, pp. 1715-1728).

judicial “si algunos derechos merecen ser protegidos por múltiples salvaguardas o poderes de veto” (Fallon, 2008, p. 1699). Podría ocurrir que en una sociedad con un buen orden y un correcto funcionamiento del sistema político el control judicial sirviera como una buena vía para fortalecer, proteger y velar por los derechos constitucionales. Esto se debe a que “es probable que los tribunales tengan una perspectiva que los haga más sensibles que las legislaturas a algunas posibles violaciones de derechos” (Fallon, 2008, p. 1709).

Por otra parte, Waldron (García y Benítez, 2018) explica que la sobreprotección de los derechos tiene un costo muy grande para las democracias, pues limita efectivamente el ejercicio político del legislador. Esta postura la sustenta el conocido argumento de James Bradley Thayer (1893) que indica que el control judicial previsiblemente limita la disposición de las legislaturas a deliberar con seriedad e independencia sobre los derechos. Sin embargo, Fallon (2008) argumenta que

si los errores de infraprotección, es decir, las violaciones de los derechos, son moralmente más graves que los errores de sobreprotección y si se cumplen algunas otras condiciones plausibles, entonces podría haber razones relacionadas con los resultados para preferir un sistema con revisión judicial a uno sin ella (p. 1699).

Así pues, una pregunta sobre si es mejor la legislatura o son mejores las cortes para la toma de decisiones sobre los derechos, o si es importante crear múltiples vetos para las acciones que vayan en contra de la defensa de estos es cuanto menos problemática. Para Fallon es factible y sólida la justificación del control judicial en sociedades democráticas bien ordenadas —moral y políticamente no patológicas—, partiendo de la pregunta sobre si se debe prohibir una acción que un tribunal o la legislatura consideren que violaría los derechos. Si el control judicial está razonablemente diseñado para mejorar las decisiones políticas mediante la protección de los derechos, entonces no es injusto ni necesariamente políticamente ilegítimo. A causa de lo anterior, es posible afirmar que para Fallon la conjunción entre el control judicial y los cuatro requisitos puede ser perfectamente compatible al generar una protección efectiva y deseable de los derechos. Esto permite ayudar a fortalecer la legitimidad política y democrática de todo el sistema político-judicial (Álvarez, 2003; Christiano, 2000; Fallon, 2008), ya que opera en virtud de la disminución de la posibilidad de la violación de los derechos, y llega a ser incluso sobreprotector.

Para Dixon (2007), por su parte, una sociedad que cumpla con los cuatro supuestos no debería tener en cuenta la exención de ninguna clase de fallo que le reste validez a su proceso de decisión. Ante esta perspectiva, el control judicial es importante como vía adecuada para la introducción de correctivos. Las democracias que presentan un funcionamiento adecuado también cuentan con el peligro de aceptar políticas públicas que vayan en contra de los principios constitutivos. Esto pasa porque podrían existir puntos ciegos en el interior del sistema democrático o del sistema deliberativo que justifiquen el control judicial para que intervenga, dando visibilidad y atención a aquellos aspectos que el proceso legislativo no alcanzó a percibir. Estos puntos ciegos pueden surgir por diferentes razones: 1) los puntos ciegos de aplicación surgen cuando “las legislaturas pueden no reconocer que una ley podría aplicarse de una manera que infrinja los derechos”; 2) los de perspectiva surgen cuando “es posible que los legisladores no anticipen el impacto de las leyes sobre los derechos porque no aprecian adecuadamente la perspectiva de los reclamantes de derechos con experiencias de vida y puntos de vista muy diferentes”; y 3) los de alojamiento se presentan cuando los legisladores se concentran en un objetivo legislativo en particular y tienen una experiencia legal limitada (Dixon, 2007, p. 402).

Además, Dixon hace énfasis en los problemas o las cargas de inercia del legislador, cuando prevalecen los propósitos de elección de las comunidades políticas por encima de la salvaguarda de los derechos, o se pretende la unidad del partido incluso cuando se presentan diversas consideraciones en el interior de este, sobre las particularidades y las implicaciones de un derecho. Ante esta situación, Dixon se refiere a la teoría del diálogo, según la cual se espera que los tribunales se involucren en el control judicial de alguna manera, teniendo “la responsabilidad directa de utilizar tanto sus poderes comunicativos como coercitivos en la mayor medida posible, para ayudar a contrarrestar los puntos ciegos y las cargas de inercia” (Dixon, 2007, p. 406). En consecuencia, los tribunales deben estar directamente implicados en el proceso de coacción estatal, en lugar de ser meros espectadores ante las fallas legislativas y los bloqueos institucionales. Incluso, bajo esta idea es posible pensarse en un sistema en el que los mismos ciudadanos puedan activar la intervención del poder judicial para remediar las fallas afincadas en las limitaciones epistémicas de todo aquel que funge como legislador; así “el control de constitucionalidad evita los retrocesos, remedia los retrocesos

parciales y estimula avances permanentes dentro del sistema democrático” (Roa, 2019, p. 94).

Ahora bien, de acuerdo con Kaufman y Runnels (2006), el caso de Waldron contra el control judicial de la legislación es en realidad un argumento contra la protección constitucional de los derechos, aunque Waldron constantemente anuncia que esta oposición no tiene sentido de renuncia a la constitucionalidad, a pesar de que sí denuncia al constitucionalismo como ideológico.⁶ Los argumentos más persuasivos para el control judicial tienen una visión constitucionalista, que sostiene que la democracia implica más que la mera satisfacción de las preferencias de la mayoría. Más bien,

la democracia es una forma de autogobierno de un pueblo que solo existe cuando el poder de la mayoría se limita a garantizar que el poder político se ejerza de manera que refleje igual preocupación y respeto por los intereses de cada miembro de la sociedad (Kaufman y Runnels, 2006, p. 168).

A esto se suma la preocupación por la relación entre el consentimiento, la legitimidad y la restricción del poder de la mayoría. Por lo tanto, la visión constitucionalista concluye que los tribunales desempeñan un papel esencial para el mantenimiento de una democracia saludable cuando implementan la protección de los derechos a través del control judicial. Esta protección constitucional no tendría tanto peso como una característica esencial de una institución política si se pudiera asumir que la mayoría de los participantes del conjunto social tienen un compromiso fuerte con el respeto de los derechos individuales y el reconocimiento de aquello que constituye a las minorías (Christiano, 2000; Kaufman y Runnels, 2006), que es uno de los supuestos de Waldron; sin embargo, esta suposición es sumamente optimista e inverosímil.

Cabe destacar que los anteriores no son los únicos puntos con los cuales se puede mostrar que la argumentación de la oposición de Waldron al control judicial no tiene fallos. Es posible demostrar que hay una relación vinculante a partir de la estructura del sistema de control judicial y sus deri-

6 Aunque Waldron (2018a) sí denuncia al constitucionalismo como ideológico. Véase el ensayo “Control judicial y supremacía judicial”, donde establece una serie de argumentos en contra de la supremacía judicial. En uno de estos manifiesta el carácter ideológico del constitucionalismo.

vaciones específicas. De esta forma, a diferencia de lo que cree Waldron, los resultados que brindan el control judicial resultan relevantes en tanto no son “una circunstancia meramente contingente relacionada con variables como la integración del tribunal” (Roa, 2019, p. 78). Cabe mencionar que podría demostrarse que abrir el control judicial hacia el conjunto de los ciudadanos es una de las posibilidades más relevantes de los resultados del proceso; por su puesto, en tanto la ciudadanía efectivamente cumpla con su papel activo. Asimismo, se puede destacar el papel de los tribunales para evitar el estancamiento social y político, mostrando actitudes y unas condiciones institucionales cualitativamente más razonables que las del legislativo frente a problemas que este debería discutir y resolver (Landau, 2011; Tushnet, 2003).

Además, a propósito de la limitante que establece Waldron para su argumentación en relación con el control judicial fuerte, se puede decir que la diferencia entre este modelo y el control judicial débil no es una dicotomía radical. Esta distinción más bien consta de una escisión por niveles en la cual se reconoce que cierto modelo está ligado a múltiples factores no conclusivos (Tushnet, 2003; 2010). Es posible que un sistema anexe algunos aspectos de los dos modelos mencionados, por lo que la clara distinción y la clasificación se convierten en procesos sumamente controvertidos. Por lo tanto, no deben aplicarse ni desecharse de forma automática ni de manera tajante las consideraciones críticas señaladas por Waldron en el esquema que establece como marco de referencia.

CONCLUSIÓN

En suma, es posible concluir que la argumentación de Jeremy Waldron en contra del control judicial no es suficiente para afirmar que es preferible categóricamente la supremacía legislativa. Por el contrario, se puede decir que el control judicial no es solo una opción legítima, sino que una democracia sin este sistema estaría incompleta y sería deficiente (Álvarez, 2003; Kumm, 2009). Hay argumentos suficientes para señalar que el control judicial puede contribuir a la construcción y el sostenimiento de una sociedad, tanto si cumple como si no cumple con las cuatro condiciones mencionadas.

Se ha mostrado que estas condiciones son demasiado exigentes incluso para sociedades en las que funciona adecuadamente el sistema democrático; en consecuencia, en buena medida no son aplicables ante sociedades concretas. Esto lleva a pensar o bien que la argumentación de Waldron se

queda en la mera abstracción teórica, o bien que se debe bajar el nivel de exigencia de esta para su aplicabilidad. Sin embargo, esto último desvirtúa la argumentación del autor, pues si falla alguna de las condiciones, aunque sea parcialmente, hasta el mismo Waldron admite la justificación del control judicial en dichos casos.

Aun en el caso de las sociedades que cumplen con los cuatro supuestos, la argumentación de Waldron no es suficiente para mostrar que es innecesario el control judicial. La eliminación de este en virtud de la supremacía legislativa puede causar también la infraprotección de los derechos constitucionales. Este es un costo superior para la democracia que el que podría traer la sobreprotección de los derechos constitucionales. Las violaciones de los derechos fundamentales suelen ser más perturbadoras moralmente que los errores resultantes de su aplicación errónea o el coste democrático del control judicial. Además, la sobreprotección de estos puede ser incluso un apoyo para la consolidación de la legitimidad política.

Por otra parte, Lafont está de acuerdo con Waldron en que la justificación de la legitimidad de manera epistocrática del control judicial carece de credenciales democráticas. No obstante, por encima de la legitimidad del control judicial o el rechazo a la supremacía legislativa, alude al carácter práctico que justifica como necesarias las instituciones de control judicial. Esto se debe a que estas instituciones pueden facilitar el proceso de revisión de los desacuerdos sobre cuestiones sustantivas, y en tanto lo hacen, “pueden ser defendidas como democráticas desde el punto de vista participativo” (Lafont, 2021, p. 89).

Finalmente, vale la pena mencionar el comentario de Hutchinson: “si bien no existe un argumento convincente de por qué las democracias deben confiar en el control judicial, no se sigue que todo el poder y la autoridad deban dejarse en manos de legislaturas omnipotentes” (2008, p. 62). Hutchinson explica que no hay garantía alguna para llevar el debate como una elección de suma cero entre las legislaturas y los tribunales, tal como están constituidos actualmente. Es importante enfatizar que los argumentos a favor de la revisión judicial también pueden calificarse como contingentes de varias maneras, como menciona Fallon sobre su exposición. Este es un debate que sigue abierto, pues la argumentación no parece ser definitiva a favor o en contra de alguna de las partes. Es importante mencionar que incluso las argumentaciones que cuentan con un alto nivel de divulgación no han podido impedir la reflexión ni la deliberación de esta problemática.

Parece que en trabajos más recientes Waldron se ha replanteado su oposición categórica al control judicial fuerte y se muestra más moderado. En una exposición que se llevó a cabo en la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia y que se denominó “Control de constitucionalidad y legitimidad política”, Waldron (2017) señaló: “si me hubiesen invitado hace veinte años, yo habría hecho una presentación mucho más categórica y les habría dicho: abajo el control judicial fuerte; pero me han invitado en un momento de reflexión y de duda”.⁷ El autor menciona que las cortes están abiertas a los ciudadanos y pueden proporcionar un punto de acceso al sistema político para el ciudadano de a pie. Agrega que a veces los procedimientos dentro de los tribunales pueden promover debates participativos en la comunidad que hasta pueden tener más fuerza que los promovidos por los procedimientos legislativos. En un sistema de control judicial fuerte es posible considerar las preocupaciones democráticas acerca de la autoridad judicial. Y en uno de sus escritos más recientes, “Denouncing Dobbs and Opposing Judicial Review”, explica que oponerse al control judicial fuerte no significa negar la existencia del control judicial o su legitimidad constitucional en el sistema político estadounidense,⁸ pues por su largo recorrido es algo que se debe tener en cuenta. Incluso “los tribunales deben respetar esa confianza y tener cuidado, en la toma de decisiones sobre los derechos, que se obtengan los derechos correctos” (Waldron, 2022, p. 5), y la gente confía razonablemente en este sistema. Vale la pena preguntarse, a modo de cierre, bajo un orden de ideas que se opone al control judicial expuesto por Waldron, si en su implementación en sociedades en las que este opera se debería prescindir de un sistema ya adoptado y que funciona más o menos razonablemente, o si se debería adoptar la transición de cambio de sistema, aun con los riesgos del cambio constitucional; o si definitivamente el planteamiento operaría solo en un plano teórico-ideal.

7 Esta cita aparece en la versión audiovisual de la conferencia, pero no en la transcripción publicada en español; véase Waldron (2018b).

8 Aunque el autor hace alusión al sistema político estadounidense, es claro que su comentario no se limita únicamente a este, sino que puede ser extrapolado a diferentes sistemas políticos democráticos con un sistema de control judicial que, a pesar de sus deficiencias, tiene un amplio recorrido, reconocimiento y legitimidad por parte de los ciudadanos, como en el caso de algunos sistemas europeos.

REFERENCIAS

Álvarez, F. D. (2003). Legitimidad democrática y control judicial de constitucionalidad. (Refutaciones al carácter contramayoritario del poder judicial). *Dikaion*, 17(12). <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1252>.

Bellamy, R. (2007). *Political constitutionalism: A republican defence of the constitutionality of democracy*. Cambridge University Press.

Christiano, T. (2000). Waldron on law and disagreement. *Law and Philosophy*, 19(4), 513-543. <https://www.jstor.org/stable/3505081>.

Dixon, R. (2007). Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, 5(3), 391-418. <https://doi.org/10.1093/icon/mom021>.

Fallon, R. H. (2005). Legitimacy and the Constitution. *Harvard Law Review*, 118(6), 1787-1853. <https://www.jstor.org/stable/4093285>.

Fallon, R. H. (2008). The core of an uneasy case for judicial review. *Harvard Law Review*, 121(7), 1693-1736. <https://harvardlawreview.org/print/vol-121/the-core-of-an-uneasy-case-for-judicial-review/>.

García, L. y Benítez, V. F. (2018). “El control judicial le cuesta demasiado a la democracia”. Entrevista a Jeremy Waldron. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (48), 171-182. <https://doi.org/10.5347/48.2018.41>.

Hobbes, T. (2011). *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Fondo de Cultura Económica.

Hutchinson, A. C. (2008). A “hard core” case against judicial review. *Harvard Law Review Forum*, 121(7), 57-64. <https://harvardlawreview.org/forum/vol-121/a-hard-core-case-against-judicial-review/>.

Kaufman, A. y Runnels, M. (2006). The core of an unqualified case for judicial review: A reply to Jeremy Waldron and contemporary critics. *Brooklyn Law Review*, 82(1), 162-216. <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol82/iss1/4>.

Kumm, M. (2009). Democracy is not enough: Rights, proportionality and the point of judicial review. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, Papers*, 118, 1-38. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1356793.

Lafont, C. (2021). *Democracia sin atajos: Una concepción participativa de la democracia deliberativa*. Trotta.

Landau, D. (2011). Instituciones políticas y función judicial en derecho constitucional comparado. *Revista de Economía Institucional*, 13(24), 13-83. <https://revistas.uexnado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/2841/2485>.

Roa, J. E. (2019). Justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá. *Revista Derecho del Estado*, 44, 57-98. <https://doi.org/10.18601/01229893.n44.04>.

Roux, T. (2018). In defence of empirical entanglement: The methodological flaw in Waldron's case against judicial review. En R. Levy, H. Kong, G. Orr y J. King (eds.), *The Cambridge handbook of deliberative constitutionalism* (pp. 203-219). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108289474.016>.

Sahuí, A. (2017). Desacuerdos sobre derechos: Waldron y Dworkin sobre parlamentos y tribunales. *Andamios. Revista de Investigación Social*, 14(35), 159-185. <https://doi.org/10.29092/uacm.v14i35.575>.

Thayer, J. B. (1893). The origin and scope of the American doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review*, 7(3), 129-156. <https://doi.org/10.2307/1322284>.

Tushnet, M. (2003). Alternative forms of judicial review. *Michigan Law Review*, 101(8), 2781-2802. <https://doi.org/10.2307/3595395>.

Tushnet, M. (2010). How different are Waldron's and Fallon's core cases for and against judicial review? *Oxford Journal of Legal Studies*, 30(1), 49-70. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqq003>.

Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Marcial Pons.

Waldron, J. (4 de agosto de 2017). *Control de constitucionalidad y legitimidad política*. [Conferencia impartida en la Corte Constitucional de Colombia]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=MojiUPGo7GU>.

Waldron, J. (2018a). *Contra el gobierno de los jueces: Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Siglo XXI.

Waldron, J. (2018b). Control de constitucionalidad y legitimidad política. *Dikaion*, 27(1), 7-28. <https://doi.org/10.5294/dika.2018.27.1.1>.

Waldron, J. (2022). Denouncing dobbs and opposing judicial review. *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, (22-39). <https://doi.org/10.2139/ssrn.4144889>.

Wollheim, R. (1969). A paradox in the theory of democracy. En P. Laslett y W. G. Runciman (eds.), *Philosophy, politics and society* (pp. 71-87). Yale University Press.