

# Ciudadanía y justicia. El control de constitucionalidad desde la democracia deliberativa\*\*\*

## Citizenship and Justice. Judicial Review in Deliberative Democracy

### RESUMEN

Este artículo critica la defensa del control de constitucionalidad presentada por Cristina Lafont en su libro *Democracia sin atajos*. Por un lado, analiza el caso de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos para demostrar que no funciona como la tesis deliberativa de Lafont asume. Por otro lado, desarrolla dos críticas normativas y una metodológica. En relación con las críticas normativas, procede primero a problematizar la asociación de ideas de autogobierno y democracia con cuestiones de aquiescencia e identificación con el derecho, y después examina críticamente la idea de igualdad política que respalda la propuesta de Lafont. Finalmente, invita a la autora a explorar el potencial deliberativo que ofrecen las diferencias en el diseño institucional de distintos mecanismos de *judicial review*.

### PALABRAS CLAVE

Democracia deliberativa, control de constitucionalidad, obligaciones políticas, igualdad política, diseño institucional, Corte Suprema de Estados Unidos.

### ABSTRACT

In this article we criticise the defence of judicial review offered by Cristina Lafont in her book *Democracy without Shortcuts*. On one side, we analyse

\* Profesora de Derecho Público de la Universidad de Glasgow (Reino Unido). País de origen: España. Contacto: ana.cannilla@glasgow.ac.uk ORCID ID: 0000-0002-0608-8942.

\*\* Profesora de Derecho del University College of London (Reino Unido). País de origen: Rumania. Contacto: s.suteu@ucl.ac.uk ORCID ID: 0000-0002-7334-9858.

\*\*\* Recibido el 15 de agosto de 2022, aprobado el 20 de septiembre de 2022.

Para citar el artículo: Cannilla, A. y Suteu, S. *Ciudadanía y justicia. El control de constitucionalidad desde la democracia deliberativa*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 55, abril de 2023, 191-205.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n55.11>

the case law of the Supreme Court of the United States to show that it does not work as Lafont's thesis assumes. On another side, we develop two normative critics and one methodological. In regard to the normative, we first problematise the linkage of ideas of self-government and democracy with the issue of allegiance and agreement to the law and we then critically examine the idea of political equality that underpins Lafont's proposal. Finally, we suggest engaging in discussions on institutional design of judicial review to explore the deliberative potential of alternative mechanisms to strong judicial review of legislation.

#### KEYWORDS

Deliberative democracy, judicial review, political obligations, political equality, institutional design, SCOTUS.

#### SUMARIO

Introducción. 1. Obediencia y democracia. 2. Los dudosos beneficios del *judicial review*. 3. Del reparto de poder constitucional y la igualdad política. 4. La relevancia del diseño institucional. Conclusión. Referencias.

#### INTRODUCCIÓN

En su libro, *Democracia sin atajos*, Cristina Lafont se lanza al rescate del ideal democrático de autogobierno desde una concepción participativa y deliberativa de la democracia<sup>1</sup>. A lo largo de ocho iluminadores capítulos, la autora enfrenta las deficiencias de distintas concepciones de la democracia (pluralista, epistocrática y lotocrática) y se opone con sólidos argumentos al uso de atajos (*shortcuts*) cuando tratamos de poner a la ciudadanía en el centro de las decisiones democráticas. La de Lafont constituye una intervención profunda, sofisticada y refrescante en la literatura sobre teoría democrática. Las preguntas que presenta al lector son atinadas y relevantes para la actualidad política, y las soluciones propuestas ambiciosas, complejas y de principios.

En el último capítulo del libro, "Citizens in Robes" (Ciudadanos en toga), Lafont defiende el control de constitucionalidad de las leyes como método relevante y valioso de la ciudadanía para participar significativamente en la toma de decisiones constitucionales<sup>2</sup>. Al permitir a las minorías contestar

1 Lafont, C. *Democracy without Shortcuts. A Participatory Conception of Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

2 *Ibid.*, 219-242. Para otras defensas del control de constitucionalidad, y del rol de las cortes en general como foros de la democracia deliberativa, véase Mendes, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013; Cohn, M. *A Theory of the Executive Branch: Tension and Legality*. Oxford: Oxford University Press, 2021.

decisiones legislativas mayoritarias, el control de constitucionalidad facilita a los ciudadanos y ciudadanas el ejercicio de su derecho democrático a participar en la determinación del significado de las leyes que gobiernan su vida. Así, Lafont sostiene que el equilibrio resultante es mejor que un diseño institucional alternativo falto de mecanismos de control de constitucionalidad. Dicho mecanismo nos libra de lo que de otro modo sería un sistema de gobierno donde un número grande pero relativamente minoritario de ciudadanos y ciudadanas se encuentra sistemáticamente abocado a una aquiescencia ciega a las normas puesto que estas le son impuestas a través de la regla de la mayoría.

En este artículo nos detenemos en algunos de los argumentos esgrimidos por la autora en su defensa del control de constitucionalidad en términos de democracia deliberativa. En primer lugar, centramos la discusión en la cuestión de fondo por dirimir en el debate sobre el control de constitucionalidad: la de qué institución debe tener la última palabra sobre el significado de la constitución; y por qué la deferencia ciudadana a las decisiones legislativas o judiciales debe ser considerada “ciega” (*blindly defer*) en el caso del legislador pero no en el caso de las cortes, como la autora sostiene.

En segundo lugar, analizamos los problemas de utilizar el sistema de control de constitucionalidad estadounidense como referencia en el debate sobre la justificación democrática de dicho mecanismo en términos generales. A nuestro juicio, y como desarrollamos después, el sistema estadounidense por un lado no es universalizable y por otro, no funciona con el éxito que Lafont le otorga. Criticamos también aquí cómo la concepción del sistema de cortes y tribunales de la autora está orientada hacia la colectivización y politización de demandas individuales. Lo cierto, a nuestro juicio, es que la principal razón por la que un individuo se dirige a la justicia para resolver un problema de derechos fundamentales no es tanto para incidir en el discurso público sino para encontrar solución jurídica a un problema individual.

En tercer lugar, discutimos la relación entre el reparto de poder, el principio de igualdad política y la disputa de las ideas constitucionales, elementos sobre los que la autora basa su justificación normativa de la revisión constitucional. Ni el acceso a la justicia constitucional es, por motivos prácticos, la más igualitario de todas las vías de participación ciudadana disponibles en las democracias liberales, ni la impugnación y debate de las ideas constitucionales por la ciudadanía es siempre y necesariamente deseable. En última instancia, para defender la vía del *judicial review* como la conocemos, debemos poder defender la virtud, si es que la hay, de la dificultad contramayoritaria, algo que Lafont evita hacer en el libro.

En cuarto lugar y antes de concluir brevemente, apuntamos la dirección desde el punto de vista normativo que, en nuestra opinión, podrían tomar las decisiones sobre diseño institucional del control de constitucionalidad de las leyes.

## 1. OBEDIENCIA Y DEMOCRACIA

En su libro, Lafont critica el déficit democrático que aflige a las actuales democracias liberales<sup>3</sup>. Se suma, en este trabajo, a autores que desde perspectivas diferentes vienen diagnosticando que es este déficit lo que en gran parte explica el descontento ciudadano y los problemas de desafección política generalizados de los últimos tiempos<sup>4</sup>. En relación con nuestros actuales Estados liberales, la autora parte de la hipótesis de que los derechos han perdido su valor sustantivo en un contexto institucional en el que la ciudadanía no tiene garantías de influir en las políticas públicas y por tanto de sentir las propias<sup>5</sup>. La respuesta a la desafección que esto produce, Lafont propone, ha de estar orientada a aumentar las oportunidades de participación política de la ciudadanía y a evitar los atajos democráticos que en la toma de decisiones políticas y constitucionales dejan fuera la deliberación y participación ciudadana.

La denuncia de estos atajos en los procesos constitucionales a menudo viene de la mano de autores críticos con la judicialización de la política y, en particular, con el control fuerte de constitucionalidad de las leyes. Confinar cuestiones constitucionales a las salas de justicia, en lugar de mantenerlas en los marcos y procesos del debate político, constituye lo que muchos consideran un modo de sortear la necesaria democratización de las cuestiones constitucionales<sup>6</sup>. Sin embargo, para Lafont el control de constitucionalidad está lejos de constituir el “atajo expertocrático” que muchos denuncian<sup>7</sup>. Al contrario, Lafont desarrolla la idea del mecanismo de control judicial de las leyes como una vía para paliar los atajos mayoritarios que a menudo abocan a las minorías a desequilibrios de poder donde quedan mermados sus derechos e intereses y que, en opinión de la autora, dañan la calidad de nuestras democracias al imponer una obediencia ciega a las leyes por parte de dichas minorías. Según Lafont, el error de quienes critican el *judicial review* atendiendo al menor pedigrí democrático del poder judicial es que dejan fuera de su análisis el rol activo que la ciudadanía tiene en los procesos ante la justicia constitucional<sup>8</sup>. Si prestamos atención a la participación ciudadana durante los procesos de judicialización de cuestiones constitucionales, Lafont explica, vemos que la justicia constitucional y el constitucionalismo jurídico

3 Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 4.

4 Véase Mouffe, C. *The Democratic Paradox*. New York - Oxford: Verso, 2009.

5 Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 2.

6 Véase Gargarella, R. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Buenos Aires: Ariel, 1996; Tushnet, M. *Taking the Constitution Away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press; Bellamy, R. *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

7 Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 219.

8 *Ibid.*, 225.

brindan una oportunidad para la democratización de la toma de decisiones constitucionales de la que los modelos de constitucionalismo político carecen. Es este “constitucionalismo participativo” que Lafont propone lo que evitaría que las minorías queden fuera del debate democrático y se encuentren obligadas a obedecer unas normas que no sienten propias porque, sencillamente, a menudo no lo son<sup>9</sup>.

Pues bien, en nuestra opinión, Lafont se equivoca al entender la deferencia a las normas en las democracias liberales como ciega por definición cuando se trata de grupos electoralmente minoritarios. A nuestro juicio, la observancia de la ley en las democracias liberales por parte de quienes se encuentran en desacuerdo con la misma está lejos de ser ciega. Al contrario, se justifica en el compromiso político-moral con las reglas del juego democrático: unas veces se pierde, otras se gana. En las democracias liberales, cuando se pierde con arreglo al *fair play* nunca se pierde del todo. Se acepta el resultado desde la crítica y la contestación política, siempre necesarias para la salud democrática, pero las normas que emanan del parlamento son de todos y por eso a todos obligan. Las obligaciones políticas, esto es, las razones para la obediencia al derecho, no pueden depender de la concordancia de ciudadanos individuales con las propias normas jurídicas –cambiables y cambiantes como son– sino que han de basarse en razones de legitimidad y sostenibilidad del conjunto del sistema democrático.

Por ello, entender, como hace Lafont en este trabajo, la *observancia* a la ley por parte de los perdedores de un proceso legislativo como *ciega* obvia el valor democrático del proceso legislativo mismo. Las democracias liberales son mejorables por muchos motivos (con frecuencia reproducen clasismo, racismo, sexismo y todo tipo de injusticias sociales), pero no porque las normas que de ellas derivan no satisfagan todo el tiempo a todos los miembros y grupos de la comunidad política. A menudo, de hecho, es deseable que las normas no satisfagan a todos los colectivos políticos y sociales (por ejemplo, grupos de extrema derecha). La “deferencia ciega” que a Lafont preocupa podría justificar el control fuerte de constitucionalidad en democracias deficientes o en transición, donde la alternancia en el poder no está garantizada por motivos de inestabilidad política o donde es sistemáticamente imposible para las minorías políticas hacer valer su voz en la arena política<sup>10</sup>. Ese no es el caso de las democracias plenas, imperfectas como son, donde, entre otros requisitos, está el de la existencia entre las mayorías electorales de una

9 *Ibid.*, 228-233.

10 Aunque merece la pena apuntar que, paradójicamente, es exactamente en estos contextos donde, pese a ser necesario un mecanismo judicial de control, resulta poco probable que funcione como se espera, e incluso puede resultar contraproducente, por motivos de capacidad e independencia institucional. En este sentido, véase, por ejemplo, Gardbaum, S. *Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies?* En *Columbia Journal of Transnational Law*. 53(2), 2015, 285-320.

cultura general de respeto de los derechos humanos y donde la alternancia de poder no es la excepción sino la norma<sup>11</sup>. En estos casos, el desacuerdo con la norma (con razón o sin ella) no puede ser determinante de la virtud de su cumplimiento. Pero, además, y como desarrollaremos después, Lafont no explica por qué los grupos electoralmente minoritarios se ven abocados a la “obediencia ciega” de las normas del legislador sin que lo mismo se pueda decir de la “obediencia ciega” de las mayorías que ven sus decisiones revocadas por una minoría judicial no electa.

## 2. LOS DUDOSOS BENEFICIOS DEL *JUDICIAL REVIEW*

En este sentido, parece necesario afinar más cuando se invoca el argumento de los derechos de las minorías como razón para la defensa del control judicial fuerte de constitucionalidad de las leyes. A menudo, proponentes de este tipo de control tienen en mente las “minorías discretas e insulares” que la Corte Suprema de Estados Unidos se propuso proteger en la famosa sentencia de *Carolene Products*<sup>12</sup>. La idea es dar voz y protección a aquellos que no pueden vindicar sus derechos a través del proceso electoral ordinario. Sin embargo, este punto de vista entra en tensión tanto con la historia como con la realidad constitucional estadounidense. En cuanto a la primera, el análisis de Jennifer Nedelsky sobre los orígenes de la Constitución estadounidense ha demostrado que las minorías que pretendía proteger eran siempre las élites, y los derechos en cuestión los de propiedad<sup>13</sup>. En este paradigma, pues, el derecho constitucional y el control de constitucionalidad surgieron como herramientas para limitar la intervención redistributiva del gobierno central en nombre de la protección de la propiedad privada. Este enfoque se mantuvo a pesar de las esperanzas suscitadas durante la era Warren del Tribunal Supremo<sup>14</sup>.

La realidad de la efectiva aplicación judicial de los derechos, especialmente en el contexto de Estados Unidos, del que se ocupa principalmente Lafont, también ofrece un duro correctivo. Consideremos solo la eliminación de barreras en la financiación de campañas por parte del Tribunal Supremo presidido por Roberts en el caso *Citizens United v. FEC*<sup>15</sup> y el recorte del derecho al voto en el caso *Shelby County v. Holder*<sup>16</sup>. El primero se hizo en nombre de la libertad de expresión de la Primera Enmienda, mientras que en

11 Waldron, J. *The Core of the Case against Judicial Review*. En *Yale Law Journal*. 115, 2006, 1359-1369.

12 *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938).

13 Nedelsky, J. *Private Property and the Limits of American Constitutionalism: The Madisonian Framework and its Legacy*. Chicago - London, University of Chicago Press, 1990.

14 *Ibid.*, 235.

15 *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310 (2010).

16 *Shelby County v Holder*, 570 U.S. 529 (2013).

el segundo se invocó el cambio en las condiciones sociales que justificaban la eliminación del requisito federal de autorización previa para proteger contra las leyes electorales estatales discriminatorias. Estos son ejemplos de revisión judicial que actúan no solo contra los derechos de las minorías (eliminando las protecciones federales contra la discriminación racial en el voto y contra la influencia del gran capital en las elecciones), sino también contra características esenciales del proceso democrático. Debemos reconocer, pues, que la función de refuerzo de derechos de la revisión judicial que asume Lafont no se puede dar por sentada.

Todo esto no implica sostener que la justicia ni pueda ni deba contribuir a la actualización y refinamiento del derecho y, de paso y con suerte, a su democratización. Por ejemplo, a través del sistema de creación de doctrina judicial para paliar vacíos e inconsistencias jurídicas, la revocación de precedentes desfasados o el uso de normas de interpretación jurídica son, todas ellas, herramientas que el derecho pone por definición a disposición de la justicia. Los jueces y juezas, si quieren, a menudo pueden hacer interpretaciones de las normas legislativas favorables a los derechos fundamentales y, de hecho, en ocasiones tienen la obligación de hacerlo incluso cuando la norma no se presta fácilmente a ello<sup>17</sup>. El derecho es algo usualmente vivo y dinámico donde la creación judicial del derecho es a menudo inevitable, dada la generalidad de las leyes y la imposibilidad del legislador de prever todas las situaciones de conflicto de derechos que puedan producirse.

Un buen ejemplo, recurriendo de nuevo al contexto estadounidense, es el del Tribunal Supremo bajo el presidente Warren, que promovió las causas de la justicia racial y de género persiguiendo la eliminación de la segregación en la educación<sup>18</sup>, eliminando la prohibición de los matrimonios interraciales<sup>19</sup> y reconociendo el derecho a la intimidad, primero en lo que respecta al acceso de las parejas casadas a los anticonceptivos<sup>20</sup> y más tarde el derecho de las mujeres al aborto<sup>21</sup>. Ahora bien, los límites de la creación judicial de derecho en el ámbito constitucional son precisamente visibles también aquí. Sin la constitucionalización –en el sentido jurídico– del derecho al aborto, por ejemplo, el Tribunal Supremo no podría dar marcha atrás en 2022, anular

17 Véase, por ejemplo, el mandato jurídico que, en el Reino Unido, el *Human Rights Act* 1998, sección 3, otorga a la justicia de interpretar toda ley de modo que su contenido sea compatible con la Convención Europea de Derechos Humanos. En los casos en que esto no sea posible, la sección 4 establece un mecanismo débil de revisión judicial en el que el Tribunal Supremo puede emitir una declaración de incompatibilidad de una ley con la Convención, poniendo así presión institucional en el parlamento para que la modifique (la sección 10 establece un mecanismo de reforma jurídica rápido a este efecto), pero sin que ello afecte a la validez jurídica de la norma.

18 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

19 *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

20 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

21 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

su precedente de 1973 y devolver la cuestión a los estados de la Unión como ha hecho recientemente en *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*<sup>22</sup>. Muchos de ellos promulgaron automáticamente, o en poco tiempo, leyes que prácticamente prohíben el acceso al aborto. En el tenso ambiente político que siguió, los intentos del Congreso de establecer el derecho al aborto sobre una base legislativa fracasaron<sup>23</sup>. Por lo tanto, no puede decirse que la judicialización de la cuestión del aborto sirvió para fomentar la deliberación pública sobre el asunto, sino que dislocó la acción legislativa, polarizó la opinión pública e impuso un vocabulario legalista para el debate sobre el derecho al aborto. Nuestra postura no es que las lagunas de la Constitución de Estados Unidos en materia de justicia racial y de género debieran haber sido ignoradas por el tribunal. Más bien, se trata de mostrar que la intervención de los tribunales debe trabajar en conjunto con el proceso político si se quiere mantener sus logros.

Por eso, la cuestión no es si es o no legítimo que los jueces incurran más o menos en razonamientos morales cuando interpretan casos difíciles. Esto, como decimos, es a menudo inevitable e incluido deseable. La cuestión es si debemos o no encomendar a la justicia la tarea de determinar en última instancia el significado de las leyes y de la propia Constitución. Esta es, como venimos defendiendo, una cuestión de diseño institucional y de división del trabajo constitucional que no se resuelve fácilmente a favor del poder judicial. Mientras que Lafont reconoce que el debate sobre el *judicial review* es en esencia sobre diseño institucional<sup>24</sup>, no se detiene a desarrollarlo y por tanto parece obviar el hecho de que las decisiones sobre modelos y diseños institucionales son decisiones sobre reparto de poder: quién debe hacer qué, cómo, cuándo y por qué, en un sistema de gobierno constitucional. Si bien es cierto que, en algunos países, el control judicial de las leyes es iniciado por ciudadanos individuales<sup>25</sup> y por tanto un ciudadano puede, como apunta la autora, detonar e influenciar la conversación pública sobre un asunto constitucional, siendo esto en principio deseable desde una concepción deliberativa del constitucionalismo, a menudo el control de constitucionalidad solo puede ser formalmente iniciado por un grupo determinado de representantes políticos, que en ese momento normalmente no cuenta con la mayoría parlamentaria suficiente para modificar la norma a través del procedimiento legislativo<sup>26</sup>. El debate sobre diseño institucional y su impacto en el reparto

22 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, n.º 19-1392, 597 U.S. (2022).

23 Véase: <https://www.theguardian.com/us-news/2022/jul/15/house-abortion-vote-approved>

24 Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 226.

25 *Ibid.*, 227, donde utiliza el modelo de *judicial review* de Estados Unidos.

26 Es el caso, por ejemplo, de España, donde el artículo 162.1 de la Constitución de 1978 establece cuáles son los órganos legitimados para interponer un recurso de inconstitucionalidad.

de poder constitucional creemos que es relevante para la tesis de Lafont por diversos motivos que desarrollamos en las siguientes secciones.

### 3. DEL REPARTO DE PODER CONSTITUCIONAL Y LA IGUALDAD POLÍTICA

Por un lado, el propósito de un ciudadano o ciudadana individual al comenzar un proceso judicial no suele ser el de impulsar un debate público en torno a una ley. Ese derecho de “queja” que algunas constituciones le otorgan no constituye el poder o la tarea constitucional de iniciar una conversación constitucional a lo largo y ancho del país, sino una limitada acción para solicitar una solución a un problema jurídico que afecta directa o indirectamente al ejercicio pleno de sus derechos fundamentales. La naturaleza, pues, de este mecanismo individual de control no es en sí misma, ni está el mecanismo diseñado para, la colectivización del debate constitucional, por mucho que ello pudiera ser deseable y por mucho que en contadas ocasiones veamos casos ante la justicia constitucional que ocupan portadas de periódicos. El ciudadano individual no interpone una acción de *judicial review* porque se encuentre desapegado o en relación de desafección con las instituciones de gobierno, sino porque se encuentra en desacuerdo con el impacto real de una ley en aspectos jurídicos fundamentales de su vida. El ciudadano individual no busca generalmente paliar el déficit de representación política de las minorías a través de la justicia, sino la reparación concreta de una violación de un derecho fundamental. El desacuerdo que dirige la acción no es de naturaleza meramente político-ideológica (por ejemplo, “no siento la norma propia”, “no me siento representado/a con su contenido”), sino que ha de ser suficientemente fuerte como para que el coste individual de enfrentarse a las instituciones representativas en sede judicial merezca la pena al ciudadano o ciudadana de a pie. Lafont sostiene que, a diferencia del proceso político y las discusiones propias de la esfera pública, el proceso judicial garantiza una discusión de tipo deliberativo en las salas de justicia, con el beneficio añadido de que traslada a la opinión pública asuntos controvertidos de una manera razonada y razonable<sup>27</sup>. Aunque en nuestra opinión los desacuerdos razonables profundos sí pueden resolverse a través de la razón, o al menos esa debería ser la aspiración de la democracia, lo cierto es que esto es una visión romantizada del derecho. Con frecuencia, el lenguaje y los razonamientos jurídicos, por no hablar del proceso judicial, actúan como una “camisa de fuerza” de lo que de otro modo podría ser una discusión abierta sobre razones morales y políticas para la protección de derechos. Pero, además, como dijimos antes, la impugnación de las ideas constitucionales mayoritarias no siempre es deseable. Como vimos más arriba, a través de demandas indivi-

27 Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 230.

duales los tribunales a menudo revierten decisiones mayoritarias protectoras de derechos que tardaron mucho tiempo en conseguirse.

Por otro lado, en el debate sobre el control de constitucionalidad de las leyes se dirime el reparto del poder constitucional entre instituciones y entre instituciones y ciudadanos. ¿Quién debe hacer qué? Aquí, Lafont sostiene que la cuestión sobre el control de constitucionalidad no debe girar tanto en torno a su legitimidad sino en función de su *necesidad* para la protección de los derechos como forma de control democrático<sup>28</sup>. En concreto, la autora defiende que el *judicial review* es una institución necesaria en tanto que sirve la función de *estructurar* el discurso político en torno a la protección de derechos<sup>29</sup>. Esto es, cuando ciudadanos particulares inician y participan en un procedimiento de control de constitucionalidad, tienen una oportunidad de marcar y vencer en la agenda pública que no tendrían de otro modo al no contar con el consenso de la mayoría política en ese momento. Así, más allá del valor instrumental del derecho a la contestación jurídica de los ciudadanos, esto es, más allá de que a veces la contestación jurídica de las leyes traiga resultados deseables, Lafont subraya el valor intrínseco de este derecho en la forma de *judicial review*. Incluso cuando el ciudadano o ciudadana no tiene razón en su demanda, ese juicio de constitucionalidad tendría valor político y resultaría necesario por la oportunidad estructuradora-participativa que brinda a todos y cada uno de los ciudadanos y ciudadanas. Aquel o aquella que sienta que su voz no ha sido oída en el proceso político ordinario cuenta con una suerte de segunda oportunidad en la toma de decisiones jurídico-políticas, esta vez en un formato que asegura un tipo de deliberación razonada y accesible a la opinión pública<sup>30</sup>.

Esto es problemático en varios sentidos. Ya dijimos más arriba que el lenguaje y el proceso jurídico actúan, para bien y para mal, como una “camisa de fuerza”. Obligan a los participantes del proceso a canalizar sus demandas en un formato estrecho y técnico que ni facilita ni hace accesible el debate público sobre el asunto, y que además tiene costes de gestión para un poder judicial que a menudo sufre de falta de recursos materiales. Pero, además, Lafont no cuenta con que los jueces son de hecho tan falibles como los parlamentos. No son inmunes a las equivocaciones. Como explicamos arriba, los tribunales de justicia pueden errar y tumbar o impedir anticipadamente una decisión legislativa deseable. Al hacerlo, además, cierran la posibilidad de reabrir el debate jurídico y político –solo salvable a través de la más que difícil tarea de reforma constitucional<sup>31</sup>–, a menos que estemos dispuestos a

28 *Ibid.*, 226.

29 *Ibid.*, 228.

30 *Ibid.*, 230.

31 Lafont parte de la idea de que la autoridad final sobre las reformas constitucionales ha de quedar siempre en el pueblo y, por eso, los jueces no tendrían realmente la palabra final

ofrecer una tercera (¿o cuarta o quinta hasta que la solución satisfaga a todos?) oportunidad a otros ciudadanos que están en desacuerdo con la decisión judicial. Así, mientras que el valor político de una segunda oportunidad para la estructuración del debate sobre derechos del ciudadano individual parece a primera vista deseable e inocuo, debemos valorarlo en relación con posibles problemas que pueda traer aparejados.

En particular, queremos volver aquí a la cuestión sobre la legitimidad en el reparto del poder de toma de decisión constitucional entre instituciones y entre instituciones y ciudadanía. ¿Por qué tendrían que marcar y vencer en la agenda política quienes pierden en el proceso político ordinario? ¿Por qué la decisión judicial ha de ser normativamente superior a la legislativa? Lafont defiende que en el control de constitucionalidad un ciudadano o ciudadana individual puede tener un rol activo y sentirse empoderado democráticamente y participe de la toma de decisiones que afecta a aspectos fundamentales de su vida; pero, ¿es este un motivo suficiente para justificar el mecanismo fuerte de *judicial review*? Ciertamente, el proceso judicial es uno en que participan ciudadanos —no podría ser de otra manera—, pero también la ciudadanía participa de procesos electorales a distintos niveles administrativos, de referéndums (incluidos los no vinculantes), de protestas y debates públicos, del activismo tradicional y *on-line*, sin que de ello derive ningún poder final de toma de decisiones constitucionales. La cuestión por dirimir, pues, es si en ese proceso concreto en que consiste el *judicial review* debemos otorgar al ciudadano individual y a quien decide, un tribunal, el poder de imponer su interpretación de la Constitución sobre otra alternativa que ostenta mayor legitimidad.

Recordemos que Lafont aquí no está tan interesada en convencernos del valor del mecanismo de *judicial review* sino en convencernos, *contra* Waldron *et al.*, de que no es una institución tan antidemocrática como puede parecer. Aunque se trate de un mecanismo en que una reducida élite no electa tumba decisiones del legislador electo no es cierto, sostiene Lafont, que de ello se derive que con este mecanismo haya algo que la democracia por definición pierde<sup>32</sup>. A veces, cuando la ciudadanía aprovecha la oportunidad de partici-

sobre el contenido y significado de la Constitución; véase *ibid.*, 220. Sin embargo, este enfoque parece poco realista y desproblematiza la misma idea de *dificultad* contramayoritaria. El mecanismo de *judicial review*, que, recordemos, suele venir de la mano de constituciones rígidas, no haría correr ríos de tinta si no cumplierse su propósito, a saber, el de limitar efectivamente las posibilidades de hacer derecho a través de la política ordinaria, al ser ello fácilmente vencible a través de otras vías institucionales como la reforma constitucional flexible. Pero además, existe en la literatura y en la práctica constitucional global una nueva tendencia a ejercer controles de constitucionalidad de enmiendas constitucionales, por lo que la defensa del control judicial de constitucionalidad parece ya extenderse también a los procedimientos de reforma constitucional; véase, por ejemplo, Roznai, Y. *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

32 Waldron, J. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, 293.

pación que el control de constitucionalidad ofrece, ganamos en democracia a través de estas instancias de participación ciudadana. Como venimos desarrollando, esta conclusión no nos resulta convincente. Además de los problemas que hemos anotado, la refutación que hace Lafont del argumento de igualdad política de Waldron nos parece incompleta<sup>33</sup>.

De un lado, no responde a por qué cuando las mayorías acatan la decisión de una minoría no electa aquella no sufre los mismos problemas de deferencia ciega que se plantean en el caso inverso. Lafont explica que, en un proceso de revisión judicial, a diferencia de un proceso electoral, todos los ciudadanos (se encuentren en situación de mayoría o minoría) tienen igual oportunidad de participar individualmente de la vía judicial. A nuestro juicio, más allá de si las diferencias de acceso a las instituciones se reproducen por igual en todos los poderes del Estado<sup>34</sup>, la cuestión es por qué compensa, desde el punto de vista normativo, otorgar fuerza jurídica mayor al resultado del proceso iniciado a nivel individual que al resultado de un proceso a nivel colectivo. Sostener que en el caso del proceso judicial todos pueden contestarlo no nos parece realista: las sentencias, por motivos de legitimidad institucional pero también prácticos, tienen valor de cosa juzgada una vez resueltas por las últimas instancias judiciales del sistema jurídico. Por lo tanto, la idea de que todos los individuos pueden participar igualmente en el proceso de revisión judicial resulta poco realista. Para bien o para mal, cuando se trata de desacuerdos razonables profundos, ni en el proceso electoral ni en el proceso jurídico pueden ser o sentirse todos los ciudadanos realmente coautores de las leyes y de su interpretación. De otro lado, si Lafont parte del problema de desafección por la que los ciudadanos y ciudadanas no sienten las leyes como propias, esto es, no se sienten representados por las normas a las que están sujetos, es difícil explicar cómo van a estarlo más al observar que una minoría no electa puede tumbar decisiones del legislador a instancia de un demandante individual o de un grupo político minoritario<sup>35</sup>.

#### 4. LA RELEVANCIA DEL DISEÑO INSTITUCIONAL

Por todo ello resulta fundamental distinguir entre modelos de control de constitucionalidad, en particular entre los denominados mecanismos fuertes y débiles. Es importante subrayar que la mayor parte de los críticos del control

33 Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 229.

34 *Ibid.*, 230 nota 39.

35 Para ejemplos de instancias donde la acción judicial ha resultado contraproducente en sí misma o en términos de afección ciudadana, véase Pin, A. *The Transnational Drivers of Populist Backlash in Europe: The Role of Courts*. En *German Law Journal*. 20(2), 2019, 225-244. En relación a cortes internacionales, véase Candia, G. *Regional Human Rights Institutions Struggling against Populism: The Case of Venezuela*. En *German Law Journal*. 20(2), 2019, 141-160.

de constitucionalidad de las leyes se centran en el control judicial fuerte de las mismas, esto es, en los casos en que la justicia constitucional puede decidir sobre la validez jurídica de las normas y, a menudo, incluso defienden el control judicial débil<sup>36</sup>. Mientras Lafont no entra a distinguir un tipo de control del otro porque, a su juicio, el valor de un tipo de control u otro depende de cuestiones empíricas<sup>37</sup>, nos parece que si lo que se defiende es la posibilidad efectiva de que un ciudadano individual pueda resistir y revertir una decisión parlamentaria, entonces se está militando por la institución del control judicial de constitucionalidad fuerte. Si bien Lafont defiende que “el antídoto democrático contra la politización ilícita de las cuestiones constitucionales no es el *aislamiento del debate político* sino la *constitucionalización del debate político*”<sup>38</sup>, no sabemos en qué consiste esa constitucionalización si no es en la transferencia del debate político al jurídico, con los límites y carencias propios del segundo. Así, el *judicial review* fuerte no constituye un arreglo institucional dialéctico, donde la minoría a través de la justicia alza su voz y la mayoría escucha lo que antes no escuchó. Al contrario, a nosotras nos parece que lo que depende de cuestiones empíricas o contingentes es la defensa del mecanismo que conocemos como *judicial review*, sobre todo a efectos de estructurar el debate político en torno a derechos fundamentales y control democrático, como Lafont apunta. Si bien es cierto que a veces los debates judiciales saltan a la arena participativa, el caso de Irlanda que la autora utiliza para ilustrar esta posibilidad tiene limitaciones<sup>39</sup>. Recordemos que en Irlanda el referéndum es un paso obligatorio en el proceso de reforma constitucional; esto es, ninguna enmienda constitucional puede ser aprobada sin consultar primero al pueblo. Algunos autores han señalado que ello ha dado lugar a un tipo específico de cultura de la enmienda, en la que el referéndum desempeña un papel relativamente más predecible (en la medida en que la cuestión de ir a referéndum se saca de las manos de los políticos)<sup>40</sup>. Las recientes experiencias positivas con el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo (2016) y la legalización del aborto (2018) nos pueden hacer exagerar la propensión de los referéndums en general a promover los derechos de las minorías<sup>41</sup>. El caso del derecho al aborto en

36 Véase Bellamy, R. *Political Constitutionalism and the Human Rights Act*. En *International Journal of Constitutional Law*. 9(1), 2011, 86-111.

37 Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 224.

38 *Ibid.*, 228; cursiva original y traducción propia.

39 *Ibid.*, 220.

40 Sobre la cultura de enmiendas constitucionales en Irlanda véase Doyle, O. *Constraints on Constitutional Amendment Powers*. En Albert, R.; Xenophon Contiades, C. y Fotiadou, A. (eds.), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*. Oxford-Portland: Hart, 2017, 73-95.

41 Véase Stefanini, M. *Referendums, Minorities and Individual Freedoms*. En Morel, L. y Qvortrup, M. (eds.), *The Routledge Handbook to Referendums and Direct Democracy*. Oxford: Routledge, 2018, 371-387.

Irlanda, que fue primero prohibido y después legalizado en ambas ocasiones a través de referéndums, es ilustrativo de cómo no hay garantías de que un mecanismo en sí mismo sea más o menos propenso a proteger los derechos de las minorías o de grupos infrarrepresentados. El resultado de los procesos de toma de decisión constitucional a menudo depende de la escena institucional, de las condiciones del momento político concreto y de la disposición del sistema para permitir que las minorías convenzan y se hagan mayoría.

Si lo que Lafont busca es democratizar el control de constitucionalidad, infundiéndolo de potencial deliberativo, y no juridificar el debate político, sería interesante explorar mecanismos débiles o participativos de creación del derecho en lo que se refiere a cuestiones de derechos fundamentales y al posible diálogo institucional en el que pueden participar los tribunales de justicia. Pero sostener que el *judicial review*, tal y como lo conocemos en la mayoría de los casos, no padece de déficit de legitimidad democrática porque está iniciado y participado por ciudadanos individuales no es suficientemente convincente dada la complejidad normativa y empírica que el mecanismo viene demostrando<sup>42</sup>.

#### CONCLUSIÓN

La hipótesis de partida de Lafont en *Democracia sin atajos* es la necesidad de paliar los problemas actuales de desafección ciudadana con las instituciones liberales, y las respuestas ofrecidas en la obra a este reto parten de una sofisticada e innovadora concepción deliberativa de la democracia. En este artículo hemos sostenido que, aun estando de acuerdo en que en un momento de desafección política la respuesta ha de venir de soluciones de participación e inclusión ciudadanas, la revisión judicial de las leyes no es el método más apropiado para ello. El control de constitucionalidad, dice Lafont, “permite a los ciudadanos animar al resto de la ciudadanía a ponerse sus togas”<sup>43</sup>, pero nos parece que, a la hora de desarrollar las tareas de participación ciudadana en relación con los derechos y el control democrático que a la autora interesa, debemos buscar avenidas institucionales mejores que el *judicial review*, al menos como lo conocemos en la mayoría de los casos.

#### REFERENCIAS

Bellamy, R. *Political Constitutionalism and the Human Rights Act*. En *International Journal of Constitutional Law*. 9(1), 2011, 86-111.

42 Hemos escrito sobre la respuesta constitucional al desafío populista en Cannilla, A. *Political Constitutionalism in the Age of Populism*. En *REVUS*. 46, 2002, 163; Suteu, S. *The Populist Turn in Central and Eastern Europe: Is Deliberative Democracy Part of the Solution?* En *European Constitutional Law Review*. 15(3), 2019, 488.

43 Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 13; trad. libre.

- Bellamy, R. *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- Candia, G. *Regional Human Rights Institutions Struggling against Populism: The Case of Venezuela*. En *German Law Journal*. 20(2), 2019, 141-160.
- Cohn, M. *A Theory of the Executive Branch: Tension and Legality*. Oxford: Oxford University Press, 2021.
- Doyle, O. *Constraints on Constitutional Amendment Powers*. En Albert, R.; Xenophon Contiades, C. y Fotiadou, A. (eds.), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*. Oxford - Portland: Hart, 2017, 73-95.
- Gardbaum, S. *Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies?* En *Columbia Journal of Transnational Law*. 53(2), 2015, 285-320.
- Gargarella, R. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Buenos Aires: Ariel, 1996.
- Lafont, C. *Democracy without Shortcuts. A Participatory Conception of Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Levitsky, S. y Ziblatt, D. *How Democracies Die*. New York: Crown, 2018.
- Mendes, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Mouffe, C. *The Democratic Paradox*. New York - Oxford: Verso, 2009.
- Nedelsky, J. *Private Property and the Limits of American Constitutionalism: The Madisonian Framework and Its Legacy*. Chicago - London: University of Chicago Press, 1990.
- Pin, A. *The Transnational Drivers of Populist Backlash in Europe: The Role of Courts*. En *German Law Journal*. 20(2), 2019, 225-244.
- Roznai, Y. *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- Stefanini, M. *Referendums, Minorities and Individual Freedoms*. En Morel, L. y Qvortrup, M. (eds.), *The Routledge Handbook to Referendums and Direct Democracy*. Oxford: Routledge, 2018, 371-387.
- Tushnet, M. *Taking the Constitution Away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.
- Waldron, J. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- Waldron, J. *The Core of the Case against Judicial Review*. En *Yale Law Journal*. 115, 2006, 1346-1406.