

Control judicial y contención al atajo populista en América Latina***

Judicial Review and Containment to Latin American Populist Shortcut

RESUMEN

La muerte de la democracia y el fracaso del liberalismo se proclaman por el mundo. La preocupación de que se sigan tomando atajos, como el populismo y la tecnocracia, y la escasa cantidad de trabajos propositivos, explican la aparición de *Democracia sin atajos*. En contra de la versión puramente epistémica de la democracia deliberativa, Cristina Lafont defiende una versión participativa donde el ciudadano no queda desplazado de la deliberación por “los que saben”, y articula esta versión con la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad. Analizar dicho aporte es el objetivo del artículo: ¿qué perspectiva adopta y qué argumentos esgrime que nos ayudan a fundamentar mejor, y por tanto a defender, el control judicial en el contexto de países latinoamericanos que, en tanto Estados constitucionales, padecen profundas patologías democráticas? El control judicial constituye un canal adicional con una capacidad estimable para empoderar a movimientos sociales para señalar un problema y agendarlo políticamente, explicar dónde radica una injusticia o contribuir a desarrollar la interpretación de un derecho. Esta capacidad, se sustenta aquí, está condicionada, además del planteamiento de Lafont (los tribunales no escogen casos sino entre aquellos sometidos a su revisión y con argumentos de las partes y los jueces inferiores) a una filosofía judicial incrementalista y a prácticas judiciales deliberativas.

* Profesor de la Escuela de Economía, Finanzas y Gobierno de la Universidad EAFIT (Colombia). Doctorando en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra y *Visiting Scholar* en New York University. Contacto: lgarciaj@eafit.edu.co ORCID ID: 0000-0002-8721-2342.

** El autor agradece a José Juan Moreso, Jorge Ernesto Roa e Ignacio Giuffré por sus observaciones críticas, y a Andreas Føllesdal por su orientación en la presentación realizada en un *Workshop* en “PluriCourts”, Universidad de Oslo, junio de 2022.

*** Recibido el 9 de junio de 2022, aprobado el 29 de agosto de 2022.

Para citar el artículo: García Jaramillo, L. *Control judicial y contención al atajo populista en América Latina*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 55, abril de 2023, 207-239.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n55.12>

PALABRAS CLAVE

Democracia, auto-gobierno, participación, democracia deliberativa, control judicial de constitucionalidad.

ABSTRACT

The death of democracy and the failure of liberalism are proclaimed around the world. The concern that shortcuts such as populism and technocracy continue to be taken, and the comparably lesser number of proactive scholarly writings, explain the appearance of *Democracy without Shortcuts*. Contrary to the purely epistemic version of deliberative democracy, Cristina Lafont defends a participatory version in which “the experts” do not reject citizens from public deliberation. The participatory version is articulated with judicial review democratic legitimacy. Analyzing this contribution is the objective of the article: What perspective does Lafont present and what arguments does it put forward that help us to understand and justifies in our context this multifaceted problem? This institution is an additional channel with a significant capacity to empower social movements –especially those “discrete and insular”, worse placed in the representative process– to point out a problem, explain where an injustice lies or contribute to construct a basic right. This capacity is subject, in addition to Lafont’s approach (the courts do not choose cases but among those submitted for review and with arguments by the parties and lower judges), to an incremental judicial philosophy and to deliberative judicial practices.

KEYWORDS

Democracy, self-government, participation, deliberative democracy, judicial review.

SUMARIO

Introducción. 1. Dos desafíos: cómo responder apropiadamente a cuestiones complejas y cómo formar opinión y voluntad políticas a pesar del desacuerdo. 2. El argumento incrementalista: ¿admisible para criticar *Roe* pero no *Obergefell*? 3. *Obergefell* y su ascendencia: casos de éxito en la justificación participativa del control judicial. 4. Razón pública, restricciones interpretativas y recurso a doctrinas polémicas. 5. Control judicial y estándares de escrutinio. Cierre. Referencias.

INTRODUCCIÓN

La muerte de la democracia y el fracaso del liberalismo se proclaman por el mundo; han generado una avalancha bibliográfica que inunda desde hace

unos años las librerías en Europa y América. Informes mediáticos cuantifican y analizan también el creciente malestar con regímenes democráticos que pretenden contar con autoridad legítima para imponer coactivamente leyes y políticas. Esta avalancha es una reacción –que quizá también ha contribuido a desencadenar– a la indignación ciudadana suscitada por las promesas incumplidas de la democracia liberal de alcanzar grados mínimos de igualdad y libertad reales. Ello se ha traducido en un descrédito de los partidos políticos, nuevos y emergentes por igual, e incluso de la democracia misma como forma de gobierno¹. Hay una profunda crisis de representación que la pandemia contribuyó a acrecentar. Un factor que demuestra el descontento generalizado es que 12 elecciones presidenciales *democráticas*² realizadas en América Latina entre 2019 y 2022 dieron como resultado la derrota del partido de gobierno.

Los votantes occidentales dudan cada vez más de la imparcialidad del sistema y de que, en realidad, los beneficie. Los problemas estructurales no se resuelven, por lo que surgen líderes populistas que prometen la salvación e intentan lograrla tomando, precisamente, “atajos” políticos y económicos que circunvalan la democracia, sus principios e instituciones, para gobernar directamente al pueblo mediante el clientelismo. Encuestas de opinión realizadas en 2017 mostraron que solo una tercera parte de los estadounidenses menores de 35 años consideraba fundamental vivir bajo un régimen democrático. El porcentaje de ciudadanos que recibiría con beneplácito un gobierno militar creció del 7% en 1995 al 18% en 2017³. Ante la pregunta si “la democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno”, resulta preocupante el promedio regional (54%) de quienes respaldaban la democracia en 2016⁴. En México y Brasil estos porcentajes disminuyeron, en 2018, hasta el 38% y el 34%, respectivamente. En países que, como Argentina y Chile, atravesaron por cruentas dictaduras las cosas no son muy diferentes: el 59% y el 58%. En 2020 el 13% de la población de la región (el 22% en México) aún prefería incluso un gobierno autoritario.

1 En América Latina la iglesia católica registró en 2020 una favorabilidad del 61% mientras que los partidos políticos, una del 13%. Véase *Latinobarómetro 2020*, 64. Disponible en: <http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp> (9.12.21).

2 Descontando la elección presidencial de Nicaragua de 2021 –denunciada por la misión de observación electoral de la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Unión Europea y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)–. Uno de los dos árbitros ciegos de este artículo sugirió explicar cómo se consideró la elección presidencial de Bolivia en 2019, pues el oficialismo, con Evo Morales, ganó en primera vuelta. Toda vez que en las elecciones siguientes a esta primera vuelta, anulada por el Congreso, ganó Luis Arce, candidato del oficialista Movimiento al Socialismo liderado por Morales, esta elección de 2020 no se tuvo en cuenta.

3 *The Economist. A Manifesto for Renewing Liberalism*. Edición de aniversario n.º 175, 15 de septiembre de 2018. J. Giraldo y L. García Jaramillo (trad.). En *Democracia y libertad: una conversación contemporánea*. Medellín: Lecturas Comfama, 2020.

4 *Latinobarómetro 2020*, cit.

El promedio arroja que más de la mitad de los latinoamericanos estarían dispuestos a apoyar regímenes autoritarios a cambio de obtener algunas promesas incumplidas de la democracia. Son, de hecho, pocos los países donde más de la mitad de la población registra niveles de apoyo a la democracia: Uruguay (74%), Costa Rica (67%), Chile (60%), Argentina (55%) y Bolivia (54%). Entre 2010 y 2018 el apoyo a la democracia había caído del 63% al 48%, y en 2020 registraba el 49%⁵.

Estudios mediáticos y literatura especializada resultan sintomáticos de esta realidad. En 2018 parece haberse promulgado el acta de defunción de la democracia. *Foreign Affairs* publicó un informe sobre la decadencia de la democracia en todo el mundo, que fue seguido unos meses después por un número especial de *The Atlantic* titulado *Is Democracy Dying?* El libro *Why Liberalism Failed*⁶ agotó rápidamente sus primeras ediciones y se tradujo a varios idiomas. Obama lo recomendó como una de sus lecturas para ese verano⁷. Y el tema no pierde vigencia⁸.

Estos ejemplos reflejan una coincidencia entre ciudadanos y académicos en que los derechos y las oportunidades para la toma de decisiones en la esfera pública están perdiendo relevancia política. Las preferencias y opiniones políticas de la mayoría de los ciudadanos influyen muy poco las leyes y políticas. Un estudio reciente argumenta que Estados Unidos no es más una democracia sino una oligarquía⁹. A partir de un análisis de 1.779 cuestiones políticas, tomadas como variables centrales, se demuestra que las élites económicas y los grupos organizados que representan intereses empresariales tienen una enorme capacidad de influencia sobre la política gubernamental,

5 Cada país muestra la debilidad de su respectiva democracia en distintos aspectos. Véase Informe Latinobarómetro 2021. Disponible en: <https://www.latinobarometro.org/lat.jsp>

6 Para una relectura de este libro enfocada en los peligros de la nueva derecha reaccionaria para el devenir de la democracia constitucional, véase la serie de cinco partes *Revisiting "Why Liberalism Failed"*, de Laura Field (21 de diciembre de 2020). Disponible en: <https://www.niskanencenter.org/revisiting-why-liberalism-failed-a-five-part-series/> (2.4.22).

7 Ese año se publicaron una docena de trabajos, destacadamente: Levitsky, S. y Ziblatt, D. *How Democracies Die*. New York: Crown, 2018; Mounk, Y. *The People vs. Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2018; Graber, M.; Levinson, S. y Tushnet, M. (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford: Oxford University Press, 2018; Runciman, D. *How Democracy Ends*. London: Profile Books, 2018; Holmes, S. *How Democracies Perish*. En Sunstein, C. (ed.), *Can It Happen Here? Authoritarianism in America*. New York: Dey Street Books, 2018.

8 Badger, A. J. *Why White Liberals Fail. Race and Southern Politics from FDR to Trump*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2022. Badger se pregunta por qué, si desde Roosevelt los demócratas prometieron y trabajaron en pro de un modelo de igualdad social y mejoría de oportunidades económicas para el sur, esta región se convirtió en el bastión de la radicalización del republicanismo que condujo a Trump. A su juicio, el fracaso radica en haber concentrado todos los esfuerzos en soluciones estrictamente políticas, descuidando el factor de la explosiva política racial que dividía de forma progresiva a sus electores.

9 Page, B. y Gilens, M. *Testing Theories of American Politics*. En *Perspectives on Politics*. Vol. 12, n.º 3, 2014.

la cual ejercen efectivamente, respecto de la capacidad de influencia de la ciudadanía promedio y los grupos que representan sus intereses¹⁰.

La motivación de *Democracy without Shortcuts. A Participatory Conception of Deliberative Democracy* (2020), el último libro de Cristina Lafont, es la preocupación tanto por el número proporcionalmente menor de trabajos propositivos que contribuyan a reorientar el rumbo por los cauces democráticos¹¹ como por que este malestar siga llevando a la ciudadanía hacia un destino que parece cada vez más inexorable: desviarse por atajos, como el populismo y la tecnocracia. Contribuye así a revitalizar nuestro ideal de democracia, en lugar de unirse al coro de lamentaciones por la gravedad de los desafíos.

Esta tarea es hoy más necesaria que nunca debido a la erosión de la política no por la vía de dictaduras sangrientas sino desde la precarización interna de la institucionalidad. El populismo, en un primer momento, es democrático, no totalitario, pues se expresa, organiza y asciende al poder mediante mecanismos institucionales. En el populismo hay ideología pero no es en sí mismo una ideología sino, fundamentalmente, una actitud política donde sobresale el carisma del líder fuerte. Si bien no todo líder carismático es populista (Obama), todo populista sí es líder carismático. Ese carisma agota pronto sus posibilidades de gobernanza democrática, lo cual degenera en medidas autoritarias que van reconfigurando paulatinamente el régimen, otrora democrático. Los regímenes populistas suelen tener un primer período exitoso en términos económicos y de favorabilidad popular¹², pero con el tiempo se evidencia el desgaste, como sucedió con Uribe Vélez y con Trump.

La deriva populista no es, claro está, un fenómeno nuevo. Descontando experiencias previas, como las de Perón (Argentina) y Vargas (Brasil), el ascenso vertiginoso del populismo antiliberal lleva en América Latina al menos dos décadas. La singularidad es su aparente consolidación progresiva, pero sobre todo su metástasis hacia países, como Italia, Alemania, España y Estados Unidos, otrora inmunes a estas patologías. Colombia, en la elección presidencial de 2022, planteó como inexorable una opción populista anti-establecimiento –con matices en asuntos económicos y de libertades fundamentales–. Lafont estructura dos desafíos que debe enfrentar el ideal democrático para garantizar su supervivencia en este contexto populista que

10 Sobre la deriva autoritaria en Estados Unidos, sobre todo a partir de la elección de Trump, véase Sunstein, C. (ed.). *Can it Happen Here? Authoritarianism in America*. New York: Dey Street Books, 2018.

11 Entre las excepciones más destacadas, véase Ginsburg, T. y Huq, A. *How To Save a Constitutional Democracy*. The University of Chicago Press, 2018.

12 Sobre la pervivencia y la mutación de rasgos del régimen político colombiano, responsables del surgimiento de movimientos populistas, véase Giraldo Ramírez, J. *Populistas a la colombiana*. Bogotá: Debate, 2018; cfr. con mi reseña *El difícil concepto “populismo” y sus expresiones*. En *Revista de Estudios Sociales*, Universidad de los Andes. 2020. Disponible en: https://revistas.uniandes.edu.co/pb-assets/res/book-reviews/Rese%C3%B1a_Populistas_a_la_colombiana-1604960620357.pdf (20.8.22).

se perpetúa y extiende producto del desapego ciudadano hacia la democracia liberal y los partidos políticos, respecto de los cuales articula una justificación democrática de raíz participativa del control judicial de constitucionalidad sobre leyes, políticas y prácticas administrativas. En este marco, se analiza el planteamiento de Lafont y se proponen algunos argumentos para ajustarlo mejor a la institución del control judicial en América Latina, tanto en su precisión descriptiva como en su potencia normativa.

1. DOS DESAFÍOS: CÓMO RESPONDER APROPIADAMENTE A CUESTIONES COMPLEJAS Y CÓMO FORMAR OPINIÓN Y VOLUNTAD POLÍTICAS A PESAR DEL DESACUERDO

En contra de la *dimensión puramente epistémica* de la democracia deliberativa¹³, Lafont plantea como alternativa una *dimensión participativa*. La primera asimila el procedimiento de toma de decisiones al procedimiento científico y, por tanto, considera que el principal objetivo de la deliberación es la búsqueda de la verdad; y defiende que la importancia democrática de la deliberación política radica en las ventajas epistémicas de identificar “mejores” leyes o políticas. En la política, para Lafont, no se debe procurar encontrar una única respuesta correcta, como se pretende en la ciencia. Conforme a la dimensión participativa, la importancia de la deliberación política radica en que permite a los ciudadanos participar en un proyecto conjunto de auto-gobierno. En el contexto científico los pares son los especialistas que buscan la verdad mientras que en el contexto democrático los pares son los ciudadanos que buscan seguir el ideal republicano de sentirse coautores de la ley que restringe su libertad.

Tomarse en serio el ideal del auto-gobierno en el Estado constitucional supone, de acuerdo con el planteamiento de Lafont, un renovado enfoque sobre la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad. Sustenta su justificación articulándolo con la dimensión participativa de la democracia

13 Sus tesis centrales han sido destacadamente defendidas y discutidas por Cohen, J. *An Epistemic Conception of Democracy*. En *Ethics*. (97)1, 1986; Manin, B. *On Legitimacy and Political Deliberation*. En *Political Theory*. 15(3), 1987; Nino, C. S. *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996, cap. 5; Rehg, W. *Legitimacy and Deliberation in the Epistemic Conception of Democracy*. En *The Modern Schoolman*. N.º 74, 1997; Martí, J. L. *The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended*. En Martí, J. L. y Besson, S. (eds.), *Deliberative Democracy and its Discontents*. London: Routledge, 2006; Martí, J. L. *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006; Bohman, J. *Epistemic Value and Deliberative Democracy*. En *The Good Society*. 18(2), 2009; Estlund, D. y Landemore, H. *The Epistemic Value of Democratic Deliberation*. En Bächtiger, A.; Dryzek, J. S.; Mansbridge, J. y Warren, M. (eds.), *Oxford Handbook of Deliberative Democracy*. Oxford University Press, 2018; Estlund, D. *Democratic Authority: A Philosophical Framework*. Princeton University Press, 2008; cfr., de este último, el interesante trabajo de revisión de Anderson, E. *An Epistemic Defense of Democracy*. En *Episteme*. 5(1), 2008.

deliberativa. Dicho control constituye un canal adicional que empodera a la ciudadanía y a los movimientos sociales –sobre todo aquellos “excluidos e insulares” peor situados en el proceso representativo– para participar en la configuración de la agenda política, exponer sus agravios, contribuir a reinterpretar el contenido de los derechos fundamentales, explicar dónde existe un problema o radica una injusticia de formas que no habíamos visto antes.

Para refutar a los críticos del control judicial por antidemocrático hay que distinguir entre, por una parte, las metas de una institución y las razones por las cuales la tenemos, y, por otra, el hecho de que pueda ser manipulada, corrompida o cooptada por minorías poderosas con una agenda distinta de aquella por la cual fue creada la institución. Como cuestión fáctica es evidente que todo diseño institucional puede salir mal; respecto del poder judicial: jueces vitalicios o elegidos por voto popular, predecibles por su orientación política, partidistas, poco calificados, fácilmente cooptables por una lucrativa carrera después de su paso por el tribunal. Toda manera de institucionalizar un tribunal constitucional puede suponer un peligro. El tema no es que, puesto que ha habido casos de corrupción en altas cortes, se debe desmontar o eliminar su facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes. De la misma forma, cuando un parlamento está cooptado, padece un enorme desprestigio y la misma ciudadanía siente que no representa sus mínimos intereses, esta no se plantea desmontarlo ni restringirle facultades. Los problemas que puede presentar una institución no son motivo *per se* para extirparla del sistema.

Respecto del tribunal constitucional, y en particular del control judicial, debemos preguntarnos más bien para qué lo tenemos, para qué lo queremos y cuáles son las razones para conservarlo como parte de sistema político. Una respuesta es que lo tenemos porque creemos que existe un grupo de personas particularmente bien dotado de intelecto y capacidades que puede descifrar mejor que el promedio el significado de nuestra Constitución. Esta lectura elitista, más cercana a perspectivas tecnocráticas, termina disociando el sistema político de las creencias, aspiraciones y objetivos de la ciudadanía. “La ciudadanía en su conjunto es más inteligente que el conjunto de sus miembros más inteligentes”, sostiene Lafont citando a Landemore en defensa de la idea de la inteligencia colectiva, la cual, más que la agregación de inteligencias individuales, se origina en la diversidad cognitiva que, en las condiciones adecuadas, es una propiedad de grupo¹⁴. Reducir lo político a lo técnico, donde el ciudadano queda desplazado de la deliberación por “los que saben”, resulta antitético al ideal democrático deliberativo, concebido desde la más amplia participación.

14 Lafont, C. *Democracy without Shortcuts. A Participatory Conception of Deliberative Democracy*, Oxford University Press, 2020, 89 ss.; versión en español: *Democracia sin atajos*. L. García (trad.). Madrid: Trotta, 2021.

La respuesta, en cambio, es que al control judicial lo queremos y lo necesitamos porque es un instrumento que permite a una institución importante y poderosa como es el tribunal constitucional intervenir sobre problemas sensibles que afectan a miles o millones de personas. En muchos casos ha demostrado que empodera a grupos de ciudadanos para reclamar su derecho y hacer oír su voz. Por poner un ejemplo puntual pero elocuente: antes de que la Corte Constitucional colombiana se ocupara del desplazamiento forzado interno, a pesar de contar el país con la mayor cifra de desplazados internos del hemisferio occidental, y la segunda del mundo después de Sudán, este problema importaba poco a las instituciones del Estado. Al empoderar a minorías excluidas y otorgarles el poder de participar eficazmente en el debate público se les da una oportunidad, no solo de visibilizar su problema y denunciar la omisión o desidia de los organismos estatales, sino también de generar empatía entre sus conciudadanos, de, en palabras de Lafont, ganarse su corazón y sus mentes sobre la base de razones y no de números como los representados por los votos.

Esta representatividad que los tribunales constitucionales están en capacidad de generar entre la ciudadanía por su intervención sobre injusticias históricas que padece un determinado grupo, contribuye a generar el tipo de legitimidad social que es esencial para la construcción de autoridad pública. Al reconocer que las mujeres tienen el derecho a interrumpir un embarazo no deseado, que los homosexuales tienen el derecho a casarse o que los enfermos terminales tienen el derecho a tomar la trascendental decisión de poner fin a su existencia, se visibiliza un problema, se favorece su agendamiento político sobre materias omitidas por el parlamento por su costo electoral (presos, defensores de derechos humanos o inmigrantes, también), se otorga un marco diferente para su comprensión y discusión públicas. En otras palabras, cuando la Corte Suprema de Estados Unidos derogó *Roe v. Wade* en 2022, no solo erosionó el respaldo entre las mujeres *pro-choice*, sino también entre muchas otras personas que crecientemente no solo consideraban, de forma inédita, el aborto como moralmente correcto¹⁵, sino que valoraban la intervención de la Corte en su protección. “La legitimidad de un tribunal contemporáneo depende de su capacidad para proteger a los vulnerables al limitar la forma como la mayoría puede infringir los derechos básicos de todos a la libertad y la igualdad”¹⁶.

15 Brenan, M. *Record-High 47% in U.S. Think Abortion Is Morally Acceptable*. En *Gallup Politics*. 9 de junio de 2021. En el mismo artículo se reporta que el 48% respalda la legalidad del aborto con algunas restricciones, el 32% lo considera totalmente legal, y el 19%, ilegal.

16 “No es exagerado afirmar que el fallo *Dobbs* es un suicidio institucional para la Corte Suprema”. Feldman, N. *Ending Roe Is Institutional Suicide for Supreme Court*. En *Bloomberg Opinion*. 24 de junio de 2022 (2.7.22). En este sentido, en “America’s Abortion Ruling Should Worry Us All”, como tituló Clara Ferreira Marques su columna en *Bloomberg Opinion*, del 27 de junio de 2022, esta afirma que *Roe* fue un faro para quienes luchaban por los derechos de las

El ideal democrático es que no haya un desajuste entre el sistema político y las actitudes, creencias, aspiraciones y objetivos de la ciudadanía para que así los destinatarios de la coerción de la ley se sientan también sus coautores. Un desajuste permanente está en las antípodas del ideal político del autogobierno colectivo. En este punto, Lafont plantea dos desafíos al ideal regulativo y concepto normativo de la democracia deliberativa en su dimensión participativa: (a) cómo pueden los ciudadanos, en un ambiente pluralista y a pesar de sus razonables desacuerdos, llegar a compartir perspectivas determinadas que otorguen una respuesta sustantiva apropiada a cuestiones políticas; y (b) cuáles son las características de las instituciones y las prácticas democráticas que permiten estructurar procesos de formación de opinión y voluntad políticas, de forma que los desacuerdos puedan superarse razonablemente entre los ciudadanos con opiniones, intereses y valores diferentes.

Los ciudadanos pueden llegar a acuerdos de naturaleza sustantiva y no solo procedimental sobre cuestiones políticas, incluso, sobre aquellas profundamente divisivas. En este supuesto subyace el ideal de la deliberación política como proceso de justificación mutua. La razón de ser del ideal democrático, por su parte, es fundamentalmente responder a la cuestión por la legitimación de la coerción estatal. Los ciudadanos tienen la potestad de impugnar decisiones, expresadas en leyes, políticas o prácticas administrativas, de forma tal que autoridades como los tribunales constitucionales examinen los argumentos y las evidencias en las que se sustenta su validez. El ideal democrático exige que los ciudadanos participen en el proyecto colectivo del autogobierno.

La justificación democrática, y en particular participativa, del control judicial refuta a quienes consideran que el origen electoral o mayoritario de esta, u otra, institución dentro de un Estado constitucional es *condición necesaria* para contar con la legitimidad requerida para construir autoridad pública; y que, *a contrario sensu*, decisiones provenientes de instituciones cuyos miembros no son elegidos popularmente carecen por ello, necesariamente, de legitimidad. Para Waldron, el control judicial no está diseñado para producir legitimidad política¹⁷. Los habitantes de un Estado tendrían entonces que aceptar como plenamente legítimas sus normas, y cumplirlas, por la única razón de que fueron aprobadas por la mayoría representada en el parlamento.

Ninguna teoría que pretenda explicar y justificar institución alguna dentro de los organismos del Estado constitucional debe implicar que los ciudadanos reconocen ciegamente la legitimidad de las decisiones públicas simplemente por su origen y eventual respaldo mayoritario. Si una norma, proferida por

mujeres y de otras minorías, pero que ahora su final incentivaría a quienes trabajan en contra de dichas libertades fundamentales.

17 Waldron, J. *Control de constitucionalidad y legitimidad política*. V. F. Benítez y S. García (trad.). En *Dikaion*. 27(1), 2018.

el parlamento o por el ejecutivo, incide negativa y desproporcionadamente sobre la órbita de un derecho fundamental, el supuesto desde el que operan las instituciones del Estado constitucional es que no se puede reputar legítima por el mero hecho de su respaldo mayoritario. Normas que violan derechos fundamentales por acción, acción insuficiente o inacción exigen algo más que verificar su origen electoral o mayoritario para reclamar su legítimo cumplimiento por parte de la ciudadanía.

En una sociedad pluralista y ante el desacuerdo sobre cuestiones morales, naturalmente, las perspectivas de todos no pueden ser tenidas en cuenta por igual ni, mucho menos, triunfar en la discusión pública; muy a menudo dichas perspectivas son sencillamente antagónicas. Este no es el cometido del control judicial ni de ningún método o filosofía decisional. La preocupación de Waldron ilustra el problema general: cómo se va a sentir la parte derrotada en una decisión sobre algún asunto moral, como el aborto, si jueces no elegidos lo resuelven en contra de sus perspectivas. Ello implica, a juicio de Waldron, que el sistema no respeta su igualdad¹⁸.

Las democracias constitucionales deben contar con mecanismos que aseguren la prioridad de las razones públicas y, así, que fundamenten jurídicamente las limitaciones al tipo de deliberación pública y legislación de aquello que de otro modo serían meras aspiraciones morales. En caso de no contar con mecanismos como el control judicial, la protección igual de los derechos fundamentales, especialmente de las minorías “excluidas e insulares”, se podría erosionar por mayorías contingentes que legislan siguiendo intereses particulares o a partir de razones comprensivas que no se reflejan en la laicidad o en la moral de mínimos de la Constitución.

Las constituciones contemporáneas tienen naturaleza normativa, y sus derechos poseen fuerza vinculante, precisamente por las instituciones diseñadas para su protección real. El control judicial permite que los ciudadanos tengan un canal para asegurarse de que razones públicas están en la base de la justificación de las normas y, si no, para demandar su derogatoria. Este mecanismo opera como una esclusa (por utilizar un término de Habermas) que permite que el consenso constitucional no se petrifique y que ciudadanos puedan también iniciar o reiniciar procesos deliberativos en los cuales se sometan a revisión los argumentos y contraargumentos para impugnar o respaldar la constitucionalidad de una norma. Así, además, en la ciudadanía se pueden modificar estereotipos sobre discriminaciones determinadas, por ejemplo, que hasta ese entonces eran naturalizados y, por tanto, no se habían cuestionado ni impugnado.

18 Véase Waldron, J. *El control judicial le cuesta demasiado a la democracia*. Entrevista por L. García Jaramillo y V. F. Benítez. En *Isonomía*. N.º 48, 2018.

2. EL ARGUMENTO INCREMENTALISTA:

¿ADMISIBLE PARA CRITICAR *ROE* PERO NO *OBERGEFELL*?

Considero que defender el control judicial como un canal adicional con una capacidad estimable para empoderar a movimientos sociales exige incorporar un argumento de naturaleza incremental para explicar y justificar cómo evoluciona el derecho a partir de este canal en sociedades democráticas caracterizadas por el hecho del pluralismo. Lafont utiliza el caso *Obergefell* para defender la tesis del control judicial como empoderamiento. Al contrastarlo con *Roe* respecto de cómo la dogmática sobre la igualdad y no discriminación se fue construyendo paulatinamente en el caso del matrimonio igualitario, sobresale la relevancia del argumento incrementalista para el ejercicio de un control judicial eficaz, dogmáticamente sólido y que preste la debida deferencia a los órganos democráticos con representación electoral.

El control judicial no es un instrumento para realizar “revoluciones” institucionales. Un precedente puede catalizar –pero es usualmente catalizado por– un movimiento social. La magistrada Ruth Bader Ginsburg criticó famosamente la sentencia del caso *Roe*, no por derivar de la Constitución el derecho al aborto, al extender el amparo de la intimidad individual, sino por haber querido avanzar “demasiado lejos, demasiado rápido” (“*too far, too fast*”). La Corte no solo despenalizó la ley restrictiva de Texas –que prohibía el aborto a menos que fuera necesario para salvar la vida de la madre–, sino que además extendió sus efectos invalidando las prohibiciones al aborto existentes en todos los estados del país. En un fallo de 7 a 2, la Corte consideró que el aborto era un asunto íntimo entre la mujer y su médico y que el gobierno no debía entrometerse sino acaso para regularlo durante los últimos meses de gestación.

A juicio de Ginsburg, la Corte debió haber sido más modesta y limitarse a declarar inconstitucional la ley texana sin plantearse un problema jurídico más amplio en el sentido de si algún tipo de prohibición al aborto –incluyendo, pero no solo, el riesgo para la vida de la madre– es constitucionalmente admisible durante las primeras 24 semanas. La consecuencia de impedir que cada Estado fuera resolviendo la cuestión afectó, a su juicio, muchos procesos democráticos que se estaban gestando localmente y generó una férrea oposición que con el tiempo se cristalizó hasta desatar un *backlash* entre buena parte del electorado católico y evangélico que empezó a identificar a los políticos demócratas, y a los jueces que nominaban, como los enemigos por vencer, toda vez que estaban en contra de rezar en las escuelas, promovían la enseñanza de la teoría de la selección natural, defendían la enmienda por la igualdad de derechos (ERA) y las libertades sexuales, incluyendo la de adquirir pornografía.

Una línea de investigación respalda la tesis de Ginsburg. Antes de que la Corte Suprema se involucrara con el aborto, se materializaba cada vez

más la idea de que la cuestión se resolvería por vía política. Conforme a la Asociación Médica Estadounidense, en aproximadamente 20 estados se estaba considerando, con antelación a *Roe*, liberalizar las leyes vigentes que restringían, algunas severamente, el acceso al aborto¹⁹. Ya en 1967 se había aprobado una ley en California que lo liberalizaba (*California Therapeutic Abortion Act*, firmada por el gobernador Ronald Reagan, que derogaba una disposición de su Código Penal que tipificaba realizar un aborto a menos que fuera indispensable para preservar la vida de la mujer). Este Estado se convertía así en el tercero que, ese mismo año (luego de Colorado y Carolina del Norte), modificaba su legislación restrictiva en la materia²⁰.

El enfrentamiento social por el aborto se estaba incrementando antes de *Roe* pero esta decisión fue quizá un catalizador que generó un fuerte contragolpe político cuyos efectos se sienten hasta ahora²¹. El argumento crítico de Ginsburg sobre *Roe* fue citado luego como sustento de una misma posición restringida y auto-contenida que la Corte debía adoptar frente al matrimonio igualitario cuando estaba estudiando el caso que se conocería como *Obergefell v. Hodges*²². Se afirmó que la Corte debía limitarse a derogar la ley californiana que prohibía el matrimonio igualitario, sin derivar de la Constitución un derecho al matrimonio que se debiera garantizar luego en todos los estados, anulando en algunos casos las prohibiciones existentes.

El trabajo de un tribunal encargado de asuntos constitucionales no es sintonizarse con las demandas o aspiraciones de la opinión pública mayoritaria, sino proteger los derechos de todos, incluso frente a esa opinión. La naturaleza de los derechos fundamentales es que deben ser protegidos a pesar de que una particular mayoría no quiera hacerlo. Desde esta perspectiva,

19 Cfr. *The Wall Street Journal*. 19 de junio de 1967, 14, 2.^a col.

20 Para un análisis comparado de estas tres legislaciones, realizado al fragor de la discusión de entonces, véase Pendleton, B. *The California Therapeutic Abortion Act: An Analysis*. En *Hastings Law Journal*. 19(1), 1967. Véase, también, Sands, M. *The Therapeutic Abortion Act: An Answer to the Opposition*. En *UCLA Law Review*. 13(285), 1966, 310-312.

21 Académicos estadounidenses conocieron unos documentos del Departamento de Justicia redactados durante la administración Reagan, titulados “La Constitución en 2000”, que contenían los lineamientos de un proyecto para transformar el derecho constitucional. Con un éxito estimable, los conservadores formaron una “Nueva derecha” e instauraron en varios niveles una práctica jurídica conservadora orientada, básicamente, por formas particulares de litigio y designaciones al poder judicial. No ahorraron esfuerzos ni recursos para hacer que el constitucionalismo coincidiera con sus perspectivas sobre los derechos y sobre la organización del gobierno. El fallo *Dobbs v. Jackson*, que derogó *Roe*, representa el cumplimiento de uno de sus principales objetivos. Sobre este proyecto, y para una contrapropuesta, véase Balkin, J. M. y Siegel, R. B. (eds.), *The Constitution in 2020*. Oxford University Press, 2009. *Roe* también es, en parte, responsable de que asuntos sociales sobre la intimidad se incrustaran en la médula de la política estadounidense. Sobre las circunstancias del *backlash* que generó, véase Post, R. y Siegel, R. *La furia contra el fallo Roe: constitucionalismo democrático y contragolpe*. L. García Jaramillo (trad.). En Post, R. y Siegel, R. *Constitucionalismo democrático*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.

22 Por ejemplo: *The Economist*. *Too Far, Too Fast? The Supreme Court May Not Be Ready To Declare a Constitutional Right to Same-Sex Marriage*. 7 de septiembre de 2014.

incluso si la Corte hubiese podido prever la feroz reacción que generó *Roe* no hubiese debido actuar de forma distinta. “Si siempre se pudiera contar con las mayorías para proteger los derechos fundamentales no necesitaríamos una Carta de Derechos”²³. Lo mismo aplica tanto para *Roe* como para *Obergefell*.

Ahora bien, el problema no parece ser entonces *si* un tribunal debe proteger un derecho en contra de la acción o inactividad del parlamento, sino *cómo* debe hacerlo. De qué manera se contiene o se evita incluso el *backlash*. En este punto, algo que diferencia a *Roe* de *Obergefell* es que, en parte fundamental por la elaboración progresiva de una dogmática constitucional sobre aquello que ordenan la igualdad y la intimidad respecto del matrimonio —la cual fue irradiada e irradió igualmente tribunales inferiores así como legislaturas estatales, y el debate público general—, la Corte pudo tomar una decisión proactiva a favor de la extensión de la protección de las cláusulas del debido proceso y la protección igualitaria. Innumerables acciones judiciales presentadas por ciudadanos, reclamando la garantía de derechos subjetivos o la derogatoria de leyes y políticas, reconfiguraron el debate público y transformaron opiniones y actitudes de la mayoría.

Un tribunal puede contribuir más probablemente con la erradicación de tradiciones sociales y prácticas administrativas discriminatorias y, así, con la generación de nuevos consensos morales si adopta una perspectiva incremental. En virtud de esta perspectiva, a partir de amparos individuales y acciones de control normativo general, el tribunal va construyendo una sólida dogmática en virtud del desarrollo paulatino de la densidad normativa material de los derechos y con una perspectiva deliberativa con los poderes públicos de origen electoral y la sociedad civil organizada. Tanto por su razón de ser, por lo que consideramos valioso y necesario contar con el control judicial en una democracia constitucional, como por las prácticas deliberativas que se implementen en su ejecución ante casos complejos de naturaleza moral o de política pública, una institución como esta, que no está diseñada para incorporar una amplia participación respecto de otros organismos del Estado, tiene un enorme potencial para contribuir a alcanzar objetivos participativos.

Independientemente de que el control judicial hubiese sido diseñado o no para que la ciudadanía participe en la configuración del sistema jurídico (en Colombia lo fue mediante, por ejemplo, la acción pública de inconstitucionalidad), la intervención judicial en casos complejos como la eutanasia, el aborto o el matrimonio igualitario, o las políticas de vivienda, salud y saneamiento ambiental, verbigracia, también contribuye a mejorar la calidad de la deliberación en la esfera pública. Cientos o miles de amparos presentados por víctimas de algún tipo de discriminación o del déficit en la prestación de algún

23 Stone, G. R. *Justice Ginsburg, Roe v. Wade and Same-Sex Marriage*. En *HuffPost. The Blog*. 12 de mayo de 2013. Disponible en: https://www.huffpost.com/entry/justice-ginsburg-roe-v-wa_b_3264307 (3.3.22).

derecho, así como acciones políticas como en algunas democracias del proceso poltrimonio igualitario, o la poltras 30 años de jurisprudencia constitucional públicas demandando la inconstitucionalidad de una determinada norma, aumentan el poder comunicativo de minorías que, usualmente, salieron mal libradas en el proceso político.

3. OBERGEFELL Y SU ASCENDENCIA: CASOS DE ÉXITO EN LA JUSTIFICACIÓN PARTICIPATIVA DEL CONTROL JUDICIAL

Cuando se alude a casos de éxito en una determinada materia jurisprudencial es fácil incurrir en la falacia de tomar el todo por la parte al asumir que el buen ejemplo escogido explica el buen funcionamiento de un tribunal e incluso justifica sus prácticas y decisiones. Ahora bien, los casos de éxito son ejemplos válidos –con dicha salvedad– porque nos permiten comprender el potencial de una institución para satisfacer las expectativas institucionales que depositamos en ella. *Obergefell* y su ascendencia²⁴ argumentan a favor de la justificación democrática del control judicial en el marco de una concepción participativa de la democracia deliberativa. Durante décadas el debate público sobre el matrimonio se enmarcó alrededor de su definición como institución, con lo cual, debido a su amplia asociación con la formalización de la unión entre un hombre y una mujer, la reacción casi natural era oponerse a cualquier otro tipo de matrimonio.

Este consenso se formalizó en 1996 con la expedición de la ley de defensa del matrimonio (DOMA, por su sigla en inglés). Sin embargo, su aplicación se empezó a erosionar. El presidente Obama, en febrero de 2011, instruyó a su Secretario de Justicia para que se dejara de imponer la ley y varios tribunales inferiores –hasta totalizar ocho– derogaron una de sus secciones fundamentales, la tercera, que definía el matrimonio como la “unión jurídica entre un hombre y una mujer en tanto esposo y esposa”, y al cónyuge (*spouse*) como “la persona del sexo opuesto que es esposo o esposa”. En 2013 la Corte Suprema asestó el golpe definitivo, con *United States v. Windsor*, al derogar esta sección de la ley. El gobierno federal no puede discriminar ahora a parejas homosexuales casadas (la pareja de este caso, tras convivir durante 40 años en Nueva York, se había casado en Canadá) en términos de derechos y beneficios federales.

La juridificación del debate sobre el matrimonio igualitario, a partir del control judicial, cambió su encuadre y configuración, y otorgó también

24 La sentencia C-577 de 2011 de la Corte Colombiana y su ascendencia (matrimonio igualitario) permiten explicar igualmente bien la tesis de la justificación participativa del control judicial pero, para efectos de ejemplificar el punto, he decidido analizar el caso que plantea Lafont. Sobre el caso colombiano, véase Páez Ramírez, M. *La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia*. En *Revista Derecho del Estado*. N.º 13, 2013.

una fundamentación constitucional, propiciando y desencadenando este desenlace. Para Liptak, *Obergefell* representa “la culminación de décadas de litigio y activismo social”²⁵. La agenda política y la discusión pública se transformaron progresivamente desde que altas cortes estatales empezaron a resolver impugnaciones presentadas por parte de ciudadanos, colectivos y asociaciones de derechos civiles, a iniciativas jurídicas –algunas con amplio respaldo popular– para prohibir expresamente esta forma de matrimonio.

Del enfrentamiento entre una posición ética y de derecho civil, con profundas raíces religiosas, sobre la naturaleza y razón de ser del matrimonio como institución, y las razones del Estado para protegerlo, la discusión adquirió un nuevo encuadre constitucional y, por tanto, requirió una fundamentación diferente relacionada con la igual consideración y respeto, la dignidad, la autonomía y la no discriminación²⁶. El debate público y político se constitucionalizó.

Una evidente correlación emerge al observar el encuadre iusfundamental del matrimonio igualitario y el cambio favorable en su percepción ciudadana²⁷. Si bien la transformación de la discusión pública, las actitudes ciudadanas y las agendas política y mediática sobre el matrimonio igualitario es un fenómeno multicausal, este encuadre es sin duda uno de sus principales factores

25 Liptak, A. *Same-Sex Marriage Is a Right, Supreme Court Rules, 5-4*. En *The New York Times*. 26 de junio de 2015. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2015/06/27/us/supreme-court-same-sex-marriage.html> (3.6.22). El caso principal que resolvió la Corte empezó con una serie de casos en varias cortes estatales donde se esgrimieron distintos argumentos para demostrar que esta prohibición constituye una discriminación. En concreto, *Obergefell* se origina en tres casos, de Tennessee, Michigan y Kentucky, donde individuos y colectivos habían iniciado casos para que se reconociera el matrimonio igualitario.

26 Aunque con significativamente más traumatismo, no solo por la diferente naturaleza de ambos casos sino por el enfoque incremental de *Obergefell*, que fue permitiendo la sedimentación de la dogmática constitucional sobre la igualdad y la no discriminación y, así, la paulatina circulación de argumentos en el debate público, algo similar ha sucedido con el aborto. La última encuesta Gallup encontró que un 55% de estadounidenses se identifican como pro-elección. Se trata del porcentaje favorable más alto en 27 años. Véase Saad, L. *Pro-Choice Identification Rises to Near Record High in U.S.* En *Gallup. Politics*. 2 de junio de 2022. Disponible en: <https://news.gallup.com/poll/393104/pro-choice-identification-rises-near-record-high.aspx> (3.3.22). Este hallazgo es consistente con un estudio de *The Wall Street Journal* en virtud del cual se evidencia que, después de décadas de cambio de actitudes, cerca del 57% de los encuestados afirma que una mujer debe poder abortar libremente y, por primera vez, que el aborto es moralmente aceptable. Véase Lucey, C. *Upholding Roe v. Wade Is Supported by Most Americans*. En *The Wall Street Journal*. 2 de junio de 2022. Disponible en: www.wsj.com/articles/upholding-roe-v-wade-is-supported-by-most-americans-wsj-poll-finds-11654162200 (3.6.22).

27 Lafont cita la siguiente información proveniente de *Pew Research*: en amplias encuestas realizadas en 2001, el porcentaje de estadounidenses en contra del matrimonio igualitario bajó del 57% al 35%. Desde entonces su favorabilidad ha ido aumentando de manera constante y en la actualidad una mayoría del 54% lo respalda, frente al 39% que lo desaprueba. Véase: www.pewforum.org/2014/03/10/graphics-slideshow-changing-attitudes-on-gay-marriage (3.4.22).

explicativos²⁸. A partir de este encuadre, quienes objetaban el matrimonio igualitario con base en razones provenientes de cosmovisiones morales comprensivas particulares se encontraron en una posición difícil para sustentar su argumentación ante el desacuerdo con quienes lo respaldaban a partir de razones públicas.

La forma de abordar el problema cambió con su configuración judicial. Ya no se trata de establecer si este tipo de matrimonio es correcto, conveniente, deseable o meritorio, o si tiene un fin específico como la procreación, sino si hay suficientes razones de envergadura constitucional como para justificar su prohibición y, en este sentido, cómo eludir el cargo de discriminatorio en caso de hacerlo (toda vez que una amplia minoría argumenta que dicho trato distintivo le viola sus derechos fundamentales).

El encuadre constitucional y, en particular, iusfundamental del matrimonio y la adopción igualitarias derivó en que el debate no solo especializado sino también, en parte, público se estructurara en un contexto de razón pública a partir de los estándares de escrutinio propios del control judicial. Entre estos estándares se encuentran la evidencia científica, la necesidad de identificar y justificar la legitimidad de los intereses de las instituciones del Estado para regularlos, examinar la proporcionalidad de los medios para alcanzar los fines establecidos y determinar cuáles son las cargas probatorias necesarias y la evidencia empírica pertinente.

Este punto resulta relevante porque el debate sobre el matrimonio igualitario estuvo desde el principio ligado a la adopción, lo cual implica agregar una variable importante al debate. No se trata, como desde algún sector de la comunidad LGBTI se intentó reclamar, de un derecho de las personas a adoptar, sino del derecho del menor a tener una familia que proteja sus intereses. La Corte Constitucional de Colombia, por ejemplo, con base en evidencia científica coincidente, sostuvo que no es admisible excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de adoptar, toda vez que: (1) la adopción en este contexto no afecta el desarrollo, el bienestar, ni la salud física o mental de los menores; (2) afectaciones eventuales provendrían de otros factores como la situación económica, las relaciones familiares, el inadecuado rol parental, la violencia intrafamiliar, los estereotipos discriminatorios, los prejuicios sociales, las restricciones normativas; y, (3) el ajuste en el desarrollo de los menores criados en familias homoparentales, su comportamiento y adaptación social son similares a los de quienes crecen en familias heterosexuales²⁹.

28 El cambio generacional, que suele esgrimirse por los escépticos frente a esta correlación como el factor que mejor explica dicha transformación, otorga en realidad una explicación poco satisfactoria. Al observar la correlación queda claro que la temporalidad entre la judicialización como causa y dicha transformación de percepciones y actitudes como efecto no alcanza a abarcar ni una generación. Se trata de un cambio observable en poco más de tres lustros.

29 Sentencia C-683 de 2015. Resulta llamativo que en una sentencia de constitucionalidad se solicite la intervención de una iglesia, pero resulta quizá aún más llamativo que el concepto

Hay suficientes razones para asumir que sin el empoderamiento político que el control judicial ha brindado a ciudadanos, colectivos y asociaciones en distintos momentos y contextos en América Latina, sobre todo durante los últimos 30 años, para impugnar normas y prácticas administrativas discriminatorias, hubiera sido más difícil, cuando no imposible, o hubiese tardado mucho más tiempo, intervenir sobre el debate público para participar en su transformación a partir de criterios constitucionales y estándares de escrutinio. Conforme al ideal regulativo y la normatividad del concepto de democracia deliberativa, los jueces deben otorgar o negar la razón a quienes demandan sobre la base de los argumentos que puedan esgrimir en su sustento, los cuales, desde la idea de razón pública, deben poder ser compartidos por todos.

En Estados Unidos los creyentes siguen conservando sus ideas y actitudes sobre la homosexualidad. Desde un principio básico de laicidad, las cortes no obligaron a los sacerdotes católicos a casar homosexuales ni los creyentes siguieron muchas veces oponiéndose al reconocimiento civil de esta unión. Este cambio en la percepción ciudadana, y las transformaciones correlativas, sobre la no prohibición del matrimonio igualitario no necesariamente comportó un cambio en las cosmovisiones comprensivas más profundas de las personas. El 50% de los encuestados seguían considerando la homosexualidad “una abominación” (como dice la Biblia)³⁰.

4. RAZÓN PÚBLICA, RESTRICCIONES INTERPRETATIVAS Y RECURSO A DOCTRINAS POLÉMICAS

La razón pública es una doctrina que califica el tipo de argumentos que pueden esgrimirse para fundamentar una determinada posición en el debate público al interior de comunidades políticamente liberales. Es un ideal moral de corrección discursiva. No constituye en sí una razón sustantiva, no la proporciona, para respaldar alguna posición en el debate. Constituye un criterio para analizar y determinar la admisibilidad de las razones que involucran asuntos morales en cuyo sustento se suele acudir a concepciones comprensivas basadas en asunciones metafísicas polémicas. La razón pública limita el tipo de argumentos pero no garantiza el consenso sobre

de la Iglesia Evangélica Luterana de Colombia coincide con la postura científica: “cada ser humano es una criatura de Dios, con el atributo de la dignidad que otorga el mero hecho de la existencia humana. [por lo que la Corte debe] dar este paso histórico en la consolidación de los derechos, tanto de niños y niñas a tener una familia, como de las personas homoparentales a ser considerados como alternativa para proveer dichas familias” (énfasis añadido). Esta Iglesia incluso señala en su concepto que la Corte reconoció un tipo de familia amplio que incluye a las parejas del mismo sexo (sentencia C-577 de 2011).

30 Levítico 20:13. Quienes consideran la homosexualidad una abominación porque así lo establece la Biblia, ojalá no compartan la otra parte del versículo: “los dos hombres han cometido abominación; ciertamente han de morir”.

lo sustantivo objeto de debate. No es una razón de máximos ni de mínimos sino de argumentos posibles. En este sentido, la idea de razón pública debe ser objetiva y compartida.

La razón pública hace parte de una noción liberal de concebir lo político y lo público pero no es una concepción política en sí³¹. A partir del hecho del pluralismo razonable excluye la posibilidad de justificar alguna posición con base en doctrinas comprensivas particulares de naturaleza religiosa o filosófica. En el debate público se deben ofrecer justificaciones basadas en los valores y principios consagrados en la Constitución. Cuando discutimos como ciudadanía sobre asuntos constitucionales esenciales y de justicia básica, y sobre todo cuando se construye el contenido normativo definitivo de las disposiciones constitucionales iusfundamentales, vinculantes para todos, se debe respetar el hecho de no apelar a doctrinas comprensivas que, como individuos o miembros de agrupaciones, “concebimos como representaciones de toda la verdad”³². Por esta razón, en particular desde la versión de Rawls –que no se seguirá aquí sino en su idea más general–, la razón pública se debe aplicar con particular severidad, sobre todo, a los jueces³³.

Entre las críticas a la doctrina rawlsiana de la razón pública suscribo (para defender la tesis del control judicial como canal adicional con un gran potencial para empoderar a colectivos marginados) la que cuestiona su relevancia, como fue presentada por Dworkin³⁴. Nadie discrepa de que los jueces no pueden fundamentar una decisión, en el contexto del derecho vigente, exclusivamente en una doctrina comprensiva que defiende la iglesia a la que pertenece o en una tesis moral particular, por ejemplo. Sin embargo, “sería una exigencia imposible de cumplir” impedirles incorporar tesis morales, incluso polémicas, como encuadre y fundamentación del proceso de interpretar y construir los

31 Sin entrar en el debate, así puede interpretarse el problema de la completitud de la razón pública. El mismo Rawls afirma que uno de los rasgos esenciales de la razón pública es que *sus concepciones* políticas deben ser completas, es decir, que *cada concepción* debe expresar principios, estándares e ideales que se puedan ordenar o articular de forma que subsistan solo aquellos que proporcionen una respuesta razonable a todas, o a casi todas, las cuestiones que involucran asuntos constitucionales esenciales y de justicia básica (Rawls, 1999). Para una reconstrucción de este debate, véase Quong, J. *Public Reason*. En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Summer 2022 Edition. Edward N. Zalta (ed.). 2022. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2022/entries/public-reason> Así creo que lo interpreta también Moreso cuando sustenta que la razón pública no excluye contenido alguno sino la clase de razones que pueden ser introducidas en el debate público; aquellas razones que otros sujetos razonables no podrían aceptar. No excluye contenidos, excluye algunos respaldos que podrían ser aducidos a su favor. Véase Moreso, J. J. *Rawls, el derecho y el hecho del pluralismo*. En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. 55, 2021.

32 Rawls, J. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, 224 ss.

33 Rawls, J. *The Idea of Public Reason Revisited*. En *University of Chicago Law Review*. 64(3), 1997; incluido en *The Law of Peoples*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999.

34 Dworkin, R. *Rawls y el derecho*. L. García Jaramillo (trad.). En *Revista de Derecho*. N.º 55, 2021, parte iv.

derechos fundamentales porque supuestamente estarían entonces citando opiniones morales que consideran correctas, mientras que otros podrían rechazarlas por equivocadas³⁵. “En comunidades plurales y complejas los jueces no pueden, desde ninguna concepción del derecho –positivista o interpretativista–, cumplir sus responsabilidades institucionales sin depender de convicciones morales”³⁶.

No solo por el problema de la indeterminación del lenguaje que caracteriza las disposiciones iusfundamentales, el punto que enfatiza Lafont³⁷, sino sobre todo por su contenido moral, es inevitable acudir a teorías morales para respaldar la comprensión y dotar de efectos jurídicos a las disposiciones iusfundamentales. Pre-interpretativamente las nociones de “dignidad” o “autonomía” no significan nada³⁸ de cara a un nuevo problema jurídico que requiere una solución concreta. La doctrina rawlsiana de la razón pública se torna irrelevante porque, si aceptamos una concepción general interpretativista del derecho –que sugieren los argumentos generales de Rawls y ya contiene las restricciones necesarias al razonamiento judicial–, no necesitamos otra doctrina más para estructurar una concepción de la legalidad y la decisión judicial³⁹.

El problema de la restricción interpretativa no radica en que el juez utilice en sustento de su decisión un argumento proveniente de una doctrina moral o filosófica, incluso polémica (¿cuál no lo es?)⁴⁰, sino en la naturaleza comprensiva o particular de dicha doctrina. Los jueces, al decidir casos sobre reformas al código tributario, pueden apelar a la teoría de la justicia de Rawls, y no a la de Nozick, como fundamento para justificar una tesis que responda mejor al principio de equidad, como esencial para la justicia distributiva al interior de un Estado social de derecho. Pueden apelar también a la doctrina de la autonomía de Kant, J. S. Mill o Alexy, y no a la de Santo Tomás, para rechazar normas paternalistas que restringen la libertad al prohibir, y muchas veces sancionar, acciones que perjudican (dosis personal de droga o consumo de alcohol) o conciernen (actos sexuales homosexuales consentidos) exclusivamente a la propia persona.

Dos sentencias de la Corte Constitucional colombiana sobre el aborto ilustran bien la cuestión de los argumentos morales polémicos como sustento de la decisión judicial en el contexto de la razón pública, de Rawls, o del inter-

35 *Ibid.*

36 *Ibid.*

37 “La indeterminación inherente de muchas provisiones constitucionales hace a la revisión judicial de constitucionalidad *problemática e ineludible*”. Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., § 8.2.

38 Sobre las etapas pre-interpretativa, interpretativa y post-interpretativa véase Dworkin, R. *El imperio del derecho*. 2.^a ed. J. Iosa y T. Céspedes (trad.). Barcelona: Gedisa, 2022.

39 Dworkin. *Rawls y el derecho*, cit.

40 Véase Dworkin, R. *¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?* García Jaramillo (trad.). En *Isonomía*. N.º 32, 2010.

pretativismo, de Dworkin. La primera ocasión en la cual debió pronunciarse sobre el aborto declaró constitucional el tipo penal que lo sancionaba⁴¹. Aunque el embarazo sea consecuencia de una violación o de inseminación artificial no consentida, y se afecte así intensamente la autonomía reproductiva como dimensión del derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad, la Corte plantea una prelación *prima facie* que le impide incluso calificar la gravedad de dicha afectación. A su juicio, este derecho no puede anteceder al derecho a la vida del que está por nacer y, en este sentido, no encuentra nada que ponderar porque “nadie puede alegar un derecho cuando se comete un crimen”.

Entre las consideraciones acerca del aborto “como ataque repudiable contra la vida humana”, la Corte cita las encíclicas *Humanae Vitae* y “con miras a la futura consideración del legislador” – *Evangelium Vitae*. En el espíritu de las encíclicas se concibe que “[l]a mujer –considera esta Corte– no es dueña del fruto vivo de la concepción, que es, en sí mismo, un ser diferente, titular de una vida humana en formación pero autónoma. Por lo tanto, no le es lícito disponer de él [...] *[L]a mujer no sufre un detrimento en su dignidad por el hecho de ser obligada a llevar a término un embarazo no deseado, por el contrario, considera que la transmisión de la vida a un ser humano dignifica y enaltece a la madre*”⁴². Citar documentos oficiales de una iglesia, sin importar de que se trate, eventualmente, de la mayoritaria, es inadmisibles en decisiones judiciales adoptadas en Estados constitucionales. No es relevante si las referencias pertenecen a la *ratio* o *holding* de la decisión o meramente a su *obiter dictum*, toda vez que, como en este caso, se corresponden directamente con la decisión efectivamente adoptada.

En otra sentencia, que si bien confirmó la constitucionalidad del tipo penal del aborto reconoció las tres causales bien conocidas que lo admiten⁴³, sus dos magistrados ponentes suscriben a su vez una aclaración de voto. Acuden a las doctrinas morales y filosóficas polémicas de Kant, Alexy y Berlin para interpretar y desarrollar la densidad normativa material de los derechos a la libertad y a la dignidad. La idea, en pocas palabras, es que amparar la libertad sobre sí mismo es un presupuesto necesario para garantizar la dignidad.

41 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-013 de 1997. Con posterioridad, la Corte decidió estarse a lo resuelto en dicha sentencia en la C-213 de 1997. En el salvamento de voto a la primera sentencia se sostuvo una posición que representaría la defensa mayoritaria del aborto posteriormente, en la sentencia C-055 de 2022, la cual lo despenalizó cuando se realice antes de la semana 24. Los tres magistrados que suscribieron dicho salvamento sostuvieron que la autonomía reproductiva hace parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, puesto que la elección del embarazo comporta muchas consecuencias existenciales, y que el aborto no debería ser sancionado penalmente en la medida en que impone una carga desproporcionada contra la mujer, sobre todo, cuando el embarazo es consecuencia de un acto involuntario (violación o inseminación artificial).

42 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-013 de 1997, énfasis añadido.

43 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355 de 2006.

Ambos principios inseparables adquieren su inviolabilidad por ser inherentes e innatos a la persona humana.

5. CONTROL JUDICIAL Y ESTÁNDARES DE ESCRUTINIO

Para entender cómo la idea de la razón pública enmarca la justificación del control judicial hay que reconocer las críticas que ha recibido la noción rawlsiana. La discrepancia de Habermas sobre el significado y la naturaleza de la razón pública radica, entre otros aspectos, en que Rawls la restringe a la práctica, sobre todo, de los tribunales constitucionales. El uso público de la razón condiciona un tipo de argumentación intersubjetiva que determina la naturaleza del discurso racional sobre la validez de normas morales y políticas⁴⁴. Desde una idea más amplia de racionalidad comunicativa, Habermas involucra un rango más amplio de actores políticos y sociales, además de judiciales, en el escenario de la razón pública⁴⁵.

Waldron se sitúa en la crítica de Habermas a Rawls y propone el concepto de “traducción de doble vía”⁴⁶. En un artículo donde analiza un manifiesto evangélico contra la tortura plantea que no solo el creyente debe esforzarse por traducir sus argumentos religiosos a un lenguaje secular, para que puedan admitirse en la deliberación dentro de la esfera pública⁴⁷, sino que el deber de comprensión debe aplicarse también a los ciudadanos seculares frente a ciertos argumentos religiosos. “Las personas del lado secular deberían esforzarse tanto como puedan por entender y ver si hay algo nuevo que pueda aprenderse desde la formulación religiosa de ciertas ideas”⁴⁸. Los ciudadanos seculares también deben tratar de entender los postulados religiosos.

Si bien sería razonable que el ciudadano secular le exprese al religioso que no tiene por qué realizar dicha traducción para comprender el valor de lo religioso en el argumento político, esto no representa un argumento razonable para prohibir las razones religiosas en la política. “No va en contra de la civilidad esgrimir razones religiosas en la esfera de la política, en parte debido a

44 Habermas, J. *Reconciliation Through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism*. En *The Journal of Philosophy*. 92(3), 1995.

45 Véase Habermas, J. *Facticidad y validez*. 6.ª ed. Madrid: Trotta, 2010. Para una defensa del modelo de Habermas véase Ward, L. *Rekindling “Radical Democratic Embers”: Rawls and Habermas on Public Reason*. En *The European Legacy. Toward New Paradigms*. 24(7-8), 2019; Holst, C. y Molander, A. *Jürgen Habermas on Public Reason and Religion: Do Religious Citizens Suffer an Asymmetrical Cognitive Burden, and Should they Be Compensated?* En *Critical Review of International Social and Political Philosophy*. 18(5), 2015.

46 Waldron, J. *Two-Way Translation: The Ethics of Engaging with Religious Contributions in Public Deliberation*. En *Mercer Law Review*. 63(845), 2012.

47 Sacrificando en algún sentido sus aspiraciones de corrección sustantiva para satisfacer las aspiraciones de legitimidad democrática. Véase Vázquez, R. *No echar de menos a Dios*. Madrid: Trotta, 2021, cap. 7.

48 Waldron. *El control judicial le cuesta demasiado a la democracia*, cit., 181.

que varios asuntos que se debaten en la política son muy importantes –como la idea de dignidad– y debemos aceptar la posibilidad de que una persona que no profesa religión alguna tenga la capacidad de apreciar la importancia de la religión en este tipo de temas”⁴⁹. Waldron, en pocas palabras, considera “ridícula”⁵⁰ la idea de razón pública de Rawls.

Desde la perspectiva de Rawls, no solo a los religiosos se les impone la carga de justificar sus planteamientos políticos de forma independiente de sus creencias religiosas. El énfasis de Waldron en este punto no parece, en consecuencia, del todo correcto. En lo que llama la “estipulación” o el “proviso” sobre el uso de los argumentos de la razón pública, Rawls no solo impone a los religiosos el deber de traducción: “Cualquier doctrina comprensiva, religiosa o secular, puede ser introducida en cualquier discusión política en cualquier momento”, pero “las personas que lo hacen deben presentar también lo que creen que son razones públicas para su argumento. De este modo, su opinión no es ya únicamente la de una parte particular, sino una respecto de la cual todos los miembros de la sociedad *podrían* razonablemente acordar”⁵¹.

La idea de razón pública en Lafont, en lugar de expurgar de entrada del debate sobre cuestiones políticas argumentos provenientes de perspectivas comprensivas, religiosas o morales, o de tenerlos en cuenta sin restricción alguna, plantea un deber de “*mutual accountability*”. Este deber reconoce el derecho de los ciudadanos a defender sus propias perspectivas cognitivas sin renunciar a su obligación de justificar los argumentos que esgrimen para sustentar normas mediante razones ampliamente aceptables. Todos tenemos los mismos derechos y deberes deliberativos al momento de argumentar a favor de la inclusión o exclusión de argumentos.

Esta idea de justificación mutua de Lafont enfatiza en la importancia de estructurar los debates políticos conforme a la prioridad de razones públicas sobre la legitimidad de las leyes y políticas, sobre todo aquellas que, pese a su polemicidad, se deben aplicar mediante la coerción. La relevancia de este deber de “*mutual accountability*” radica en que explicita normas y principios ideales, implícitos en mecanismos institucionales propios de las democracias constitucionales, tales como el control judicial y el derecho a demandar una norma por discriminatoria, por ejemplo. La idea de razón pública así entendida enmarca la posibilidad de justificación democrática del control judicial, tanto desde la perspectiva participativa como desde los estándares de escrutinio.

Rawls, Habermas y Waldron coinciden en que los laicos deben tener disposición al diálogo, abrir sus mentes al posible contenido de verdad de tesis sustentadas por perspectivas religiosas y contribuir así a la traducción de las

49 Waldron. *Two-way Translation*, cit., 12 ss.

50 Véase, Waldron. *El control judicial le cuesta demasiado a la democracia*, cit., 180.

51 Rawls, J. *An Interview with John Rawls*. En *John Rawls. Collected Papers*. Freeman, S. (ed.). Harvard University Press, 1999.

razones religiosas en razones ampliamente aceptables. El deber ciudadano de “*mutual accountability*” no socava el criterio de legitimidad democrática al facultar la defensa de las creencias comprensivas particulares. Este criterio, a su juicio, no solo depende del deber moral de respetar la prioridad de la razón pública sino sobre todo del derecho a controvertir las decisiones políticas siempre que se considere que se ha violado dicha prioridad. El control judicial es un canal que permite a los ciudadanos reclamar, en casos concretos, que se otorguen justificaciones basadas en la razón pública desde una concepción como el interpretativismo que defiende Dworkin, que reconoce que ciertos casos inexorablemente deben resolverse apelando a doctrinas morales polémicas.

CIERRE

En períodos históricos convulsos obras académicas han sido fundamentales para el activismo político y la movilización social, toda vez que contribuyen con ideas, argumentos, miradas comparadas, análisis económico, perspectiva histórica, estrategias y manejo de expectativas normativas. Así, han sido relevantes para lograr transformaciones sociales y culturales significativas las cuales (como se demuestra con los movimientos por los derechos civiles, los derechos de los homosexuales y el feminismo en distintas sociedades democráticas) demandan la intervención de múltiples actores, como el trabajo académico, la voluntad política, la movilización social y el agendamiento mediático.

En la historia reciente hay buenos ejemplos de procesos donde estos actores intervinieron conjuntamente para desnaturalizar estereotipos sociales basados en la superioridad de una raza, una religión o un género. En este sentido, el principal mérito del libro de Lafont consiste en advertir, entre la avalancha de obituarios a la democracia y al liberalismo, que el camino entre sus senderos, si bien muchas veces largo y escabroso, es más prometedor que los atajos económicos y políticos que ofrecen los populistas y los tecnócratas.

Rawls insistió en que los tribunales constitucionales son un ejemplo del ejercicio de la razón pública para significar que constituyen “uno de los mecanismos institucionales” para proteger la Constitución y los derechos que consagra⁵². De ahí no se deriva, como han entendido algunos críticos, que esta necesidad institucional sea igual para todas las democracias constitucionales⁵³. Dworkin argumentó en este sentido⁵⁴, en particular sobre el

52 Rawls. *Political Liberalism*, cit., 233.

53 Freeman, S. *Public Reason and Political Justifications*. En *Fordham Law Review*. Vol. 72, n.º 5, 2004.

54 Plantea este argumento respecto de la “vieja y gastada” cuestión en Estados Unidos, pero de creciente importancia en otros países, acerca de si el control judicial es antidemocrático.

control judicial, que “bien puede ser menos necesario en naciones donde las mayorías estables tienen un sólido historial de protección de la legitimidad de su gobierno mediante la identificación y el respeto adecuados de los derechos de individuos y minorías. *Por desdicha la historia saca a la luz pocas naciones así, aun entre las democracias maduras*”⁵⁵.

En este punto resulta ineludible advertir que la “dificultad contramayoritaria” que enfrentan los jueces, lejos de ser la gran objeción a su facultad de creación y desarrollo del derecho, comporta sin embargo un argumento relevante por discutir al interior de sociedades que han erigido al autogobierno colectivo como principio rector de la política. Sin poder enfrentar aquí debidamente la cuestión, considero que dicha dificultad no tiene la fuerza que le otorgan muchas veces sus defensores en América Latina en contra de las expresiones fuertes del control judicial de constitucionalidad. Para Bickel, cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto del poder legislativo, boicotea (*thwarts*) la voluntad de los representantes del pueblo real, de aquí y ahora⁵⁶. Frente a esta objeción ya había planteado Lafont que la cuestión es determinar si el control judicial es o no necesario para proteger los derechos⁵⁷.

La dificultad contramayoritaria no constituye una objeción determinante, que derrota el planteamiento en favor del control judicial fuerte, allí donde subsisten problemas estructurales de representación política y el sistema democrático exhibe patologías como altas abstención y corrupción, y es percibido asimismo como una oligarquía porque representa más eficazmente intereses de grupos poderosos que los intereses de la ciudadanía. La literatura crítica sobre la posibilidad misma de un control judicial responde de manera contundente a sus propias tradiciones de producción. La literatura primaria, tan leída en América Latina (Rosenberg, Ely, Waldron, Posner, Tushnet, Bellamy, Sunstein⁵⁸) tiene unos supuestos y condiciones de posibilidad anclados

55 Dworkin, R. *Justicia para erizos*. H. Pons (trad.). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2014, 480 y 483, énfasis añadido (citado en la sentencia C-683 de 2015 que resolvió como inconstitucional excluir a las parejas homosexuales de los procesos de adopción).

56 Bickel, A. *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press, 1962; versión en español: *La rama menos peligrosa*. M. A. Zamudio (trad.). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2020.

57 Lafont, C. *Philosophical Foundations of Judicial Review*. En Dyzenhaus, D. y Thorburn, M. (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*. Oxford University Press, 2016.

58 Con matices, naturalmente, pero con un común denominador que se sintetiza, creo, en la falta de competencias funcionales y epistémicas o cognitivas de los jueces para resolver problemas sociales que requieren, o bien realizar apropiaciones presupuestales e intervenir en procesos de formulación de políticas públicas, o bien resolver conflictos arraigados en desacuerdos morales. El control judicial es, pues, ineficaz o ilegítimo. Uno de los árbitros ciegos de este artículo sugiere acertadamente matizar el argumento sobre la posición de Sunstein frente al control judicial. Si bien se ubica, con Dworkin, Rawls y Habermas, entre quienes defienden la legitimidad del control judicial, Sunstein parece circunscribirlo demasiado a cuestiones jurídicas técnicas o procedimentales, excluyéndolo de asuntos polémicos. Para que sea legítimo, el control judicial debe ser “minimalista”, es decir, debe operar caso a caso sin establecer principios generales a

en sus propios contextos institucionales y culturales de origen; sin exhibir particular sensibilidad por otros casos y otras realidades. El presupuesto para criticar el control judicial fuerte⁵⁹ en una sociedad determinada es que sus instituciones públicas funcionan razonablemente bien, sus partidos políticos detentan un grado apreciable de representatividad y su sistema democrático refleja, al menos aceptablemente, aspiraciones y reclamos de la sociedad. De ahí que los ejemplos de los críticos, invariablemente, provengan de sus propios contextos y, cuando se extrapolan, sea hacia otros similares (el debate sobre el matrimonio igualitario en Nueva Zelanda, sobre el aborto en Inglaterra o sobre otros temas similares en Irlanda o Canadá).

El argumento de Lafont del control judicial como un canal que permite empoderar a individuos y colectividades nos permite pensar mejor en las lecciones y experiencias en términos de procesos democratizadores y participativos para responder, desde nuestras propias realidades culturales y políticas, para qué tenemos, para qué queremos, qué potencial tiene esta institución para cumplir los objetivos por los que fue diseñada y qué razones tenemos para conservarla como parte de sistema político⁶⁰. En este sentido, si bien el argumento surge en el contexto de una obra con sus propias condiciones de producción y tradiciones culturales, considero que, en general, no responde exclusivamente a ellas. Su argumento ejemplifica y permite explicar bien –mejor que el escepticismo crítico al que se opone– numerosas experiencias activistas positivas acontecidas en las últimas décadas a lo largo y ancho del Sur Global⁶¹.

los cuales los jueces posteriores se verían atados por la obligación de acatar precedentes. Los tribunales, al revisar la legislación sobre asuntos que involucran derechos fundamentales, sobre todo donde la sociedad está profundamente dividida, deben “evitar decidir asuntos constitucionales y ejercer las virtudes pasivas relacionadas con mantener el silencio sobre las cuestiones más importantes de la actualidad”. Véase Sunstein, C. *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001, énfasis añadido. Para la posición de Sunstein sobre la tesis de Dworkin de los compromisos con la moral que impone a los jueces la aplicación de disposiciones jurídicas abstractas, véase su *Virtudes y veredictos*. L. García Jaramillo (trad.). En *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. 9(1), 2008.

59 Donde “un tribunal puede determinar que una pieza de legislación (ley o artículo) debe ser anulada o, aun si permanece incluida en los códigos no debe implementarse, por su incompatibilidad con las disposiciones de la Constitución. Este sistema fuerte puede ser contrastado con un sistema de control judicial de constitucionalidad débil, como la revisión por los tribunales británicos bajo el Ley de Derechos Humanos de 1998, en virtud de la cual un tribunal puede determinar que una pieza de legislación es incompatible con las disposiciones de dicha Ley (profiriendo una declaración de incompatibilidad), pero sin ningún efecto sobre su aplicación o ejecutoriedad”. Waldron, J. *Denouncing Dobbs and Opposing Judicial Review*. Manuscrito, 2022.

60 Para una crítica a la postura de Lafont, toda vez que no distingue la creación episódica de normas como parte de la política constitucional respecto de la creación ordinaria de normas propia de la política cotidiana, véase Chambers, S. *Citizens without Robes: On the Deliberative Potential of Everyday Politics*. En *Journal of Deliberative Democracy*. Vol. 16, n.º 2, 2020.

61 Bonilla, D. (ed.). *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*. Cambridge University Press, 2013.

En virtud de su poder decisional, un tribunal constitucional puede contribuir a lograr importantes objetivos de naturaleza participativa, los cuales justifican la legitimidad democrática del control judicial. Gracias a los cambios de mentalidades, favorecidos en parte por la acción judicial desencadenada por movimientos sociales y acciones individuales, se demuestra lo que puede conseguir una minoría sin poder en contra de la inercia centenaria de la cultura mayoritaria. El control judicial así entendido otorga un poder muy importante en una democracia, como indica Lafont: el poder de no tener que estar en la mayoría. Esta contribución constituye una razón para conservar y mejorar el control judicial, y no para erradicarlo o suprimirle sus facultades, como sustentan los críticos⁶².

El control judicial, sin ser naturalmente capaz por sí solo de contener el atajo populista en América Latina, puede apoyar sin duda en la tarea. En el marco de democracias constitucionales con constituciones normativas y garantizadas, dicho control representa un instrumento para institucionalizar el derecho de los ciudadanos a impugnar efectivamente leyes y políticas que están obligados a obedecer. La dimensión participativa de la democracia deliberativa se preocupa más que su rival puramente epistémica por la relevancia democrática del control judicial de constitucionalidad y por el grado de justificación que llegue a alcanzar en sociedades pluralistas.

La articulación entre el control judicial de constitucionalidad y la naturaleza participativa de una democracia deliberativa sin atajos populistas encuadra el problema y otorga buenos argumentos para contribuir a distender la relación entre el constitucionalismo y la democracia. Esta articulación brinda mejores frutos que otras propuestas que ven como un insulto a la democracia el ejercicio del control judicial y defienden concepciones demasiado escépticas con su poder transformador social y cultural, así como su potencial de adquirir legitimidad democrática. La legitimidad del control judicial no radica en su sintonía con el consenso de los gobernados sino en el respeto a los derechos fundamentales (a todos, no solo a los de participación política), incluso sobre ese consenso, pues representan las precondiciones para la existencia de un sistema genuinamente democrático.

El problema del control judicial, desde una perspectiva participativa de la democracia deliberativa, no es de “última” sino de “única palabra”. En el sentido de Rawls, si bien la existencia misma y la naturaleza que adquiera un

62 Entre los más destacados, Alterio, M. *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2021; Linares, S. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008; Linares, S. *Democracia deliberativa y control judicial de las leyes*. En *Democracia participativa epistémica*, Madrid, Marcial Pons, 2017; Gargarella, R. *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996; Gargarella, R. *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. En *Isonomía* n.º 6, abril, 1997; Gargarella, R. *Control judicial: “Parece un insulto”*. En *El derecho como una conversación entre iguales*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2021.

tribunal encargado de garantizar los derechos fundamentales en una sociedad democrática dependen de razones contextuales, allí donde se determine que es, en realidad, necesario tendrá la autoridad institucional definitiva para interpretar la Constitución⁶³. Justificar la legitimidad democrática del control judicial desde una perspectiva participativa no implica negar la “última” palabra al poder judicial en materia de interpretación constitucional. Ello se corresponde incluso con un elemento autoritativo e institucional del Estado constitucional. Defender que la última palabra la debe tener, necesariamente, el parlamento, por una cuestión de votos y mayorías, desconoce la concepción de legitimidad en la que se basan las instituciones de la democracia constitucional.

Ahora bien, debemos atemperar y a su vez contextualizar este planteamiento con base en los desarrollos doctrinarios e incluso jurisprudenciales del constitucionalismo deliberativo. La legitimidad política que pueda llegar a construir un tribunal está directamente relacionada, no solo con el tipo de casos que escoja para revisión, o siquiera con las órdenes que imparta, sino con las prácticas deliberativas que implemente para mantener abiertas las esclusas necesarias en el proceso de construcción de un caso difícil.

En un punto central el planteamiento de Lafont sí resulta particularmente circunscrito al contexto estadounidense, específicamente, a la forma como opera su sistema judicial, donde, a niveles estatales y distritales, se van resolviendo casos, desafiando leyes, realizando referendos constitucionales y legislativos, hasta que con el tiempo ciertos asuntos se destilan y llegan a la Corte Suprema para su decisión definitiva. La experiencia del activismo deliberativo en el Sur Global otorga incluso más potencia y torna más relevante el planteamiento de Lafont. No solo mediante los argumentos que las partes y los jueces esgrimen a favor de una determinada tesis a lo largo y ancho del país, en distintos niveles jurisdiccionales, el control judicial se constituye en un canal adicional que empodera a ciertos grupos cuyos derechos se violentan de forma generalizada, sistemática y sin perspectiva razonable dentro del mediano plazo de un cambio legislativo que lo remedie⁶⁴. Instrumentos

63 Rawls. *Political Liberalism*, cit.

64 La faceta *positiva* que adquiere el control judicial de constitucionalidad en sociedades “no bien ordenadas” (además de la histórica faceta *negativa* en virtud de la cual se derogan leyes proferidas por el parlamento o decretos del ejecutivo por infringir normas constitucionales) debe operar, en *decisiones de política pública*, ante omisiones legislativas relativas, es decir, allí donde hay materia legislativa sobre la cual realizar un control constitucional; y, en *decisiones que involucran asuntos morales*, cuando, a partir de múltiples decisiones individuales de amparo y demandas de control abstracto, se ha exhortado progresivamente al legislativo y al gobierno, sin éxito, para que se regule una determinada materia (los derechos para personas del mismo sexo, por ejemplo). Estas dos condiciones configuran una forma de activismo judicial respetuoso de la naturaleza institucional y autoritativa del derecho. Véase García Jaramillo, L. *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.

como las audiencias públicas, previas al fallo para el debate entre los jueces y especialistas, las partes y organismos del Estado, o posteriores al fallo, de cumplimiento a las órdenes impartidas; así como la presentación de *amici curiae* a expertos e involucrados en el asunto (además de los argumentos que se debatieron en instancias judiciales previas), son mecanismos con los cuales el control judicial puede, al fortalecer su dimensión participativa, contribuir a un sistema democrático deliberativo⁶⁵.

Las disposiciones iusfundamentales no deben adquirir su contenido normativo definitivo exclusivamente dentro de las cuatro paredes de la sala plena de un tribunal, ni a partir del razonamiento solipsista de un juez que equilibra la razón que fundamenta su posición con un principio general y luego lo informa en la esfera pública. Es decir, el equilibrio reflexivo, como método para la toma de decisiones judiciales, no se corresponde con la complejidad de la formación del razonamiento judicial que ha adquirido el derecho jurisprudencial en las últimas décadas, sobre todo en países de tradición romano-germánica, donde la naturaleza de precedente de la jurisprudencia se ha adquirido paulatina y no pacíficamente.

Lafont defiende una concepción luterana de la interpretación constitucional, con lo que quiero decir: allí donde los jueces no son intermediarios, con la verdad revelada, entre los redactores de la Constitución y los ciudadanos. El contenido normativo de las disposiciones iusfundamentales se adquiere también a partir de las interpretaciones paganas de los sujetos y colectivos sociales que intervienen ante el sistema jurídico con sus situaciones muchas veces dramáticas, sus argumentos y sus perspectivas de vida para obtener una respuesta, toda vez que han sido ignorados de manera sistemática por otros organismos del Estado.

Intentar desprestigiar y cooptar a las altas cortes hace parte del breviario populista, con indiferencia de su orientación ideológica (los ejemplos son bien conocidos), así como arremeter contra la prensa libre, atacar e intentar circunvalar al congreso y a la burocracia institucionalizada, mediante el soborno y la intimidación, y muchas veces desde el clientelismo como modo de gobernanza directa. Para que un poder judicial pueda ser verdaderamente operativo y hacer cumplir sus decisiones requiere la autoridad pública que construye a partir de la legitimidad que obtiene, también, por el respaldo ciudadano. El control judicial, como un canal adicional que sirve a la ciuda-

65 Alexy enfatiza, por ejemplo, en los medios argumentativos a partir de los cuales los tribunales deben justificar sus decisiones para lograr que el resultado del proceso de toma de decisiones se corresponda mejor con los estándares de la deliberación democrática en términos de su razonabilidad. Véase R. Alexy. *Revisión judicial de constitucionalidad como representación argumentativa*. L. García Jaramillo (trad.). En Henao, J. C. (ed.), *Diálogos constitucionales con el mundo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia - Corte Constitucional, 2013; incluido en Alexy, R. *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Lima: Palestra, 2019.

danía para empoderarse políticamente, sirve a su vez a las altas cortes para ganar legitimidad.

Al derogar legislación inconstitucional y ejercer una labor proactiva de legislación positiva en casos de omisiones legislativas relativas, las cortes constitucionales están en capacidad de mejorar las condiciones materiales de vida de las personas y también de intervenir en consensos morales arraigados. Las cortes contribuyen así a lograr una “*more perfect union*”, por expresarlo con la utopía realista del preámbulo de la Constitución estadounidense. Si un tribunal es tradicionalmente reactivo y no responde más que a las leyes que requieren control abstracto de constitucionalidad, difícilmente construirá el tipo de legitimidad que requiere para ejercer real autoridad pública institucional. Hacia este desafío teórico y práctico se orienta la urgente propuesta de Lafont.

REFERENCIAS

- Anderson, E. *An Epistemic Defense of Democracy*. En *Episteme*. 5(1), 2008.
- Alexy, R. *Revisión judicial de constitucionalidad como representación argumentativa*. L. García Jaramillo (trad.). En Henao, J. C. (ed.), *Diálogos constitucionales con el mundo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia - Corte Constitucional, 2013; incluido en Alexy, R. *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Lima: Palestra, 2019.
- Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- Alterio, M. *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2021.
- Badger, A. J. *Why White Liberals Fail. Race and Southern Politics from FDR to Trump*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2022.
- Balkin, J. M. y Siegl, R. B. (eds.), *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Bickel, A. *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press, 1962; versión en español: *La rama menos peligrosa*. M. A. Zamudio (trad.). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2020.
- Bohman, J. *Epistemic Value and Deliberative Democracy*. En *The Good Society*. 18(2), 2009.
- Bohman, J. y Rehg, W. (eds.). *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1997.
- Bonilla, D. (ed.). *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*. Cambridge University Press, 2013.
- Brenan, M. *Record-High 47% in U.S. Think Abortion Is Morally Acceptable*. En *Gallup Politics*. 9 de junio de 2021.

- Chambers, S. *Citizens without Robes: On the Deliberative Potential of Everyday Politics*. En *Journal of Deliberative Democracy*. 16(2), 2020.
- Cohen, J. *An Epistemic Conception of Democracy*. En *Ethics*. 97(1), 1986.
- Dworkin, R. *¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?* L. García Jaramillo (trad.). En *Isonomía*. N.º 32, 2010.
- Dworkin, R. *El imperio del derecho*. 2.^a ed. J. Iosa y T. Céspedes (trad.). Barcelona: Gedisa, 2022.
- Dworkin, R. *Justicia para erizos*. H. Pons (trad.). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2014.
- Dworkin, R. *Rawls y el derecho*. L. García Jaramillo (trad.). En *Revista de Derecho*. N.º 55, 2021.
- Estlund, D. *Democratic Authority: A Philosophical Framework*. Princeton University Press, 2008.
- Estlund, D. y Landemore, H. *The Epistemic Value of Democratic Deliberation*. En Bächtiger, A.; Dryzek, J. S.; Mansbridge, J. y Warren, M. (eds.), *Oxford Handbook of Deliberative Democracy*. Oxford University Press, 2018.
- Feldman, N. *Ending Roe Is Institutional Suicide for Supreme Court*. En *Bloomberg Opinion*. 24 de junio de 2022.
- Ferreira Marques, C. *America's Abortion Ruling Should Worry Us All*. En *Bloomberg Opinion*. 27 de junio de 2022.
- Freeman, S. *Public Reason and Political Justifications*. En *Fordham Law Review*. 72(5), 2004.
- García Jaramillo, L. *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.
- García Jaramillo, L. *Constitucionalismo deliberativo*. Ciudad de México: UNAM-III, 2015.
- García Jaramillo, L. *El difícil concepto "populismo" y sus expresiones*. En *Revista de Estudios Sociales*, Universidad de los Andes. 2020. Disponible en: https://revistas.uniandes.edu.co/pb-assets/res/book-reviews/Rese%C3%B1a_Populistas_a_la_colombiana-1604960620357.pdf (20.8.22).
- Gargarella, R. *Control judicial: "Parece un insulto"*. En *El derecho como una conversación entre iguales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2021.
- Gargarella, R. *El derecho como una conversación entre iguales*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2021.
- Gargarella, R. *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. En *Isonomía*. N.º 6, 1997.
- Gargarella, R. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Ariel, 1996

- Ginsburg, T. y Huq, A. *How to save a Constitutional Democracy*. The University of Chicago Press, 2018.
- Giraldo Ramírez, J. *Populistas a la colombiana*. Bogotá: Debate, 2018.
- Graber, M.; Levinson, S. y Tushnet, M. (eds.). *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford University Press, 2018.
- Habermas, J. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 2010.
- Habermas, J. *Reconciliation Through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism*. En *The Journal of Philosophy*. 92(3), 1995.
- Holmes, S. *How Democracies Perish*. En Sunstein, C. (ed.), *Can It Happen Here? Authoritarianism in America*. New York: Dey Street Books, 2018.
- Holst, C. y Molander, A. *Jürgen Habermas on Public Reason and Religion: Do Religious Citizens Suffer an Asymmetrical Cognitive Burden, and Should They Be Compensated?* En *Critical Review of International Social and Political Philosophy*. 18(5), 2015.
- Lafont, C. *Against Anti-Democratic Shortcuts: A Few Replies to Critics*. En *Journal of Deliberative Democracy*. 16(2), 2020.
- Lafont, C. *Democracy without Shortcuts. A Participatory Conception of Deliberative Democracy*. Oxford University Press, 2020; versión en español: *Democracia sin atajos*. L. García (trad.). Madrid: Trotta, 2021.
- Lafont, C. *Philosophical Foundations of Judicial Review*. En Dyzenhaus, D. y Thorburn, M. (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*. Oxford University Press, 2016.
- Levitsky, S. y Ziblatt, D. *How Democracies Die*. New York: Crown, 2018.
- Linares, S. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- Linares, S. *Democracia deliberativa y control judicial de las leyes*. En *Democracia participativa epistémica*. Madrid: Marcial Pons, 2017.
- Liptak, A. *Same-Sex Marriage Is a Right, Supreme Court Rules, 5-4*. En *The New York Times*. 26 de junio de 2015. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2015/06/27/us/supreme-court-same-sex-marriage.html> (3.6.22).
- Lucey, C. *Upholding Roe v. Wade Is Supported by Most Americans*. En *The Wall Street Journal*. 2 de junio de 2022. Disponible en: www.wsj.com/articles/upholding-roe-v-wade-is-supported-by-most-americans-wsj-poll-finds-11654162200 (3.6.22).
- Manin, B. *On Legitimacy and Political Deliberation*. En *Political Theory*. 15(3), 1987.
- Martí, J. L. *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- Martí, J. L. *The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended*. En Martí, J. L. y Besson, S. (eds.), *Deliberative Democracy and its Discontents*. London: Routledge, 2006.

- Moreso, J. J. *Rawls, El derecho y el hecho del pluralismo*. En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. 55, 2021.
- Mounk, Y. *The People vs. Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2018.
- Niembro, R. *Del control judicial a la supremacía judicial*. En Niembro, R. *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- Nino, C. S. *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996; versión en español: *La Constitución de la democracia deliberativa*. R. Saba (trad.). Barcelona: Gedisa, 1997.
- Páez Ramírez, M. *La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia*. En *Revista Derecho del Estado*. N.º 13, 2013.
- Page, B. y Gilens, M. *Testing Theories of American Politics*. En *Perspectives on Politics*. 12(3), 2014.
- Pendleton, B. *The California Therapeutic Abortion Act: An Analysis*. En *Hastings Law Journal*. 19(1), 1967.
- Post, R. y Siegel, R. *La furia contra el fallo Roe: constitucionalismo democrático y contragolpe*. L. García Jaramillo (trad.). En Post, R. y Siegel, R. *Constitucionalismo democrático*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.
- Quong, J. *Public Reason*. En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Summer 2022 Edition. Zalta, E. N. (ed.). 2022. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2022/entries/public-reason>
- Rawls, J. *An Interview with John Rawls*. En *John Rawls. Collected Papers*. Freeman, S. (ed.). Harvard University Press, 1999.
- Rawls, J. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.
- Rawls, J. *The Idea of Public Reason Revisited*. En *University of Chicago Law Review*. 64(3), 1997; incluido en *The Law of Peoples*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- Rehg, W. *Legitimacy and Deliberation in the Epistemic Conception of Democracy*. En *The Modern Schoolman*. N.º 74, 1997.
- Runciman, D. *How Democracy Ends*. London: Profile Books, 2018.
- Saad, L. *Pro-Choice Identification Rises to Near Record High in U.S.* En *Gallup. Politics*. 2 de junio de 2022. Disponible en: <https://news.gallup.com/poll/393104/pro-choice-identification-rises-near-record-high.aspx> (3.3.22).
- Sands, M. *The Therapeutic Abortion Act: An Answer to the Opposition*. En *UCLA Law Review*. 13(285), 1966, 310-312.
- Stone, G. R. *Justice Ginsburg, Roe v. Wade and Same-Sex Marriage*. En *HuffPost. The Blog*. 12 de mayo 12 de 2013. Disponible en: https://www.huffpost.com/entry/justice-ginsburg-roe-v-wa_b_3264307 (3.3.22).

- Sunstein, C. (ed.). *Can it Happen Here? Authoritarianism in America*. New York: Dey Street Books, 2018.
- Sunstein, C. *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- Sunstein, C. *Virtudes y veredictos*. L. García Jaramillo (trad.). En *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. 9(1), 2008.
- The Economist. *A Manifesto for Renewing Liberalism*. Edición de aniversario n.º 175, 15 de septiembre de 2018; versión en español en *Democracia y libertad: una conversación contemporánea*. J. Giraldo y L. García Jaramillo (trad.). Medellín: Lecturas Comfama, 2020.
- The Economist. *Too Far, Too Fast? The Supreme Court May not Be Ready to Declare a Constitutional Right to Same-Sex Marriage*. En *The Economist*. 7 de septiembre de 2014.
- Vázquez, R. *No echar de menos a Dios*. Madrid: Trotta, 2021.
- Waldron, J. *Control de constitucionalidad y legitimidad política*. V. F. Benítez y S. García (trad.). En *Díkaion*. 27(1), 2018.
- Waldron, J. *Denouncing Dobbs and Opposing Judicial Review*. Manuscrito, 2022.
- Waldron, J. *El control judicial le cuesta demasiado a la democracia*. Entrevista por L. García Jaramillo y V. F. Benítez. En *Isonomía*. N.º 48, 2018.
- Waldron, J. *La esencia del argumento contra el control judicial de constitucionalidad*. L. García Jaramillo (trad.). En Waldron, J. *Contra el gobierno de los jueces*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2018.
- Waldron, J. *Two-Way Translation: The Ethics of Engaging with Religious Contributions in Public Deliberation*. En *Mercer Law Review*. 63(845), 2012.
- Ward, L. *Rekindling “Radical Democratic Embers”: Rawls and Habermas on Public Reason*. En *The European Legacy. Toward New Paradigms*. 24(7-8), 2019.

JURISPRUDENCIA

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-013 de 1997.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-213 de 1997.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355 de 2006.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 de 2011.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-683 de 2015.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-055 de 2022.