

Control de constitucionalidad y tiranía de la mayoría: un análisis crítico de la protección judicial de las minorías en los Estados democráticos**

Judicial Review of Legislation and Tyranny of the Majority: A Critical Analysis of the Judicial Protection of Minorities in Democratic States

RESUMEN

Un sector influyente de la teoría constitucional ha sostenido tradicionalmente que el control judicial de la ley es legítimo porque protege los derechos de las minorías y grupos marginados contra las decisiones defectuosas o malintencionadas de las mayorías. En este artículo sostengo que en realidad la capacidad de los jueces para proteger a las minorías solo puede justificar el control judicial de la ley cuando se cumplen supuestos normativos y fácticos específicos. Esos supuestos incluyen la existencia de factores que incrementan el compromiso de los jueces con los derechos de las minorías, el peso relativamente bajo de la objeción democrática, y la poca o nula incidencia del control judicial en la capacidad del legislativo para proteger derechos. Como estas condiciones pueden cumplirse solo de manera contingente y su verificación es a menudo compleja, concluyo que el argumento de la protección de las minorías proporciona una justificación limitada y contextual al control judicial de la ley.

* Profesor de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Medellín, Colombia. Máster en Derecho Constitucional (CEPC). Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy (Universidad de Génova). Doctorando en Filosofía (Universidad de Antioquia). Contacto: esteban.buriticaa@gmail.com. ORCID ID: 0000-0003-3399-6361.

** Recibido el 24 de noviembre de 2021, aprobado el 21 de septiembre de 2023.

Para citar el artículo: Buriticá-Arango, E. “Control de constitucionalidad y tiranía de la mayoría: un análisis crítico de la protección judicial de las minorías en los Estados democráticos”, en *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 58, enero-abril de 2024, 183-211.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n58.07>

PALABRAS CLAVE

Minorías, control judicial de la ley, interpretación constitucional, legitimidad política, democracia.

ABSTRACT

Some theorists have traditionally argued that judicial review of legislation is legitimate because it protects the rights of minorities and marginalized groups against the faulty or malicious decisions of majorities. In this article, I argue that the ability of judges to protect minorities can only justify judicial review when specific normative and factual assumptions are met. Those assumptions include the existence of factors that increase the commitment of judges to minority rights, the malfunction of the majority decision-making process, and the little or no impact of judicial review on the capacity of the legislature to protect rights. As these conditions can be met only contingently and their empirical verification is often difficult, I conclude that the minority protection argument provides a limited and contextual justification for judicial review of legislation.

KEYWORDS

Minorities, judicial review of legislation, constitutional interpretation, political legitimacy, democracy.

SUMARIO

Introducción. 1. Legitimidad del control de constitucionalidad: un marco teórico. 1.1. Control judicial de la ley y teorías no instrumentales de la legitimidad política. 1.2. Control judicial de la ley y teorías instrumentales de la legitimidad política. 2. Democracia y protección de las minorías. 2.1. La inclusión de las minorías en el proceso legislativo. 2.2. La protección de las minorías mediante el control judicial de la ley. 3. Control judicial como instrumento de protección de los derechos de las minorías. 3.1. ¿Protege el control judicial los derechos de las minorías? 3.2. ¿Afecta el control judicial la capacidad de las mayorías para proteger derechos? 3.3. ¿El valor instrumental del control judicial es lo suficientemente alto? Conclusiones. Referencias

INTRODUCCIÓN

Algunos teóricos de la constitución han sostenido tradicionalmente que el control judicial de la ley es legítimo porque protege los derechos de las minorías

y grupos marginados contra las decisiones defectuosas o malintencionadas de las mayorías¹. Por lo general, conciben al legislativo como una autoridad proclive al egoísmo, el abuso del poder o la tiranía, que con frecuencia interpreta equivocadamente las cláusulas constitucionales. En contraste, sostienen que los jueces son proclives a producir buenas decisiones, más acordes con la constitución, sea por su independencia de los procesos políticos o por su especial capacidad para razonar sobre derechos. Siguiendo esta línea, a menudo concluyen que la denominada objeción democrática o contramayoritaria no desdibuja la legitimidad del control judicial de la ley². Después de todo, el control judicial, cuestionable o no, contribuye a materializar bienes valiosos sin los cuales una sociedad no puede considerarse justa o democrática.

Sin embargo, este “argumento de las minorías”, como lo llamaré en adelante, debe apoyarse en supuestos controvertidos. En primer lugar, el argumento asume que el proceso judicial es *de hecho* más útil que el proceso legislativo para tomar decisiones acordes con los derechos de las minorías. Más específicamente, asume que la legitimidad del control judicial depende, al menos en parte, del carácter protector que como dato empírico desempeñan o han desempeñado los jueces constitucionales en los sistemas democráticos. Por otra parte, asume que el valor instrumental del control judicial en la protección de las minorías es lo suficientemente alto para compensar su eventual naturaleza antidemocrática. En otras palabras, la restricción que el control judicial hace de la libertad e igualdad democráticas podría ser compensada con su mayor capacidad para proteger los derechos de las minorías y grupos marginados. Finalmente, el argumento asume que la “escasa” capacidad de las mayorías para proteger los derechos de las minorías perdura aún en ausencia de un sistema de control judicial de la ley. En otras palabras, si el control judicial no existiese o fuese suprimido, las mayorías no podrían desempeñar con el mismo (presunto) éxito la función protectora que desempeñan actualmente los jueces.

1 Por ejemplo, Hamilton, A. *The Federalist 78: A view of the constitution of the judicial department in relation to the tenure of good behaviour*. En Hamilton, A.; Madison, J. y Jay, J. *The Federalist Papers* (374-377). Oxford: Oxford University Press, 1788, 388; Dworkin, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, 32; Chemerinski, E. *Interpreting the Constitution*. New York: Praeger, 1987, 87; Tribe, L. (2000). *American Constitutional Law* (3rd ed.). Mineola: Foundation Press, 2000, 896.

2 La objeción democrática, tal como la abordaré aquí, sostiene que el control judicial desdibuja las instituciones (voto y regla mayorías) y los valores (igual respeto y autonomía política) del gobierno mayoritario, atribuyendo a los jueces la facultad de invalidar o inaplicar las decisiones tomadas por una mayoría de ciudadanos libres e iguales. Así formulada, la objeción asume un concepto formal o procedimental de democracia, según el cual las decisiones políticas son valiosas o legítimas, al menos en parte, cuando han sido adoptadas por la mayoría de los representantes elegidos por el pueblo a través de un proceso libre e igualitario. Véase Bickel, A. *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press, 1986, 17; Van Parijs, P. *Justice and Democracy: Are they Incompatible?* *The Journal of Political Philosophy*, 4(2), 1996, 101-117, 102.

En este artículo sostengo que los supuestos sobre los cuales se apoya el argumento de las minorías se cumplen solo en contextos sociales y políticos muy específicos, marcados por la existencia de minorías discretas e insulares, o mayorías hostiles y apáticas. Inicialmente, analizo el lugar que ocupa el argumento de las minorías entre las teorías instrumentales que pretenden fundamentar el control judicial de la ley ante la objeción democrática. Luego, describo los problemas morales asociados a la existencia de minorías políticas en democracias liberales, así como los diseños institucionales –incluido el control judicial– que pretenden proteger sus derechos e intereses. Finalmente, señalo los supuestos sobre los cuales se apoya el argumento de las minorías y analizo su alcance y limitaciones. Para ejemplificar la complejidad de algunos supuestos, recorro ocasionalmente a los pocos estudios empíricos que los han abordado directa o indirectamente en el sistema estadounidense. Concluyo que el argumento basado en la protección de las minorías proporciona una justificación limitada, no general, al control judicial de la ley, cuando se cumplen una serie de condiciones políticas, sociales e institucionales en contextos específicos, pero que son necesarias mayores evidencias empíricas para apreciar el valor instrumental del control judicial.

1. LEGITIMIDAD DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: UN MARCO TEÓRICO

Pocos temas han concentrado tanto la atención de la teoría constitucional durante las últimas décadas como la legitimidad del control judicial de la ley. Las críticas formuladas por Waldron³, Tushnet⁴, Bayón⁵ y Whittington⁶ han desafiado la defensa tradicional del control judicial propuesta, entre otros, por Hamilton⁷, Dworkin⁸, Alexander, Schauer⁹ y Fallon¹⁰, en un debate

3 Waldron, J. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999; Waldron, J. The Core of the Case against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115, 2006, 1346-1406; Waldron, J. *Political Political Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

4 Tushnet, M. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton University Press, 1999.

5 Bayón, J. C. Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En J. Betegón, F. Laporta, J. R. de Páramo, L. Prieto Sanchís (eds.), *Constitución y derechos fundamentales* (67-138). Madrid: CEPC, 2004.

6 Whittington. *Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

7 Hamilton, A. The Federalist 78: A view of the constitution of the judicial department in relation to the tenure of good behaviour. En A. Hamilton, J. Madison y J. Jay. *The Federalist Papers* (374-377). Oxford: Oxford University Press, 1788.

8 Dworkin, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, 32.

9 Alexander y Schauer, F. (1997). On Extrajudicial Constitutional Interpretation. *Harvard Law Review*, 110(7), 1359-1387.

10 Fallon, R. (2008). The Core of an Uneasy Case for Judicial Review. *Harvard Law Review*, (121), 1693-1723.

que se ha tornado largo y espinoso. Sin embargo, la discusión ha adquirido contornos más o menos bien definidos durante las últimas décadas. Por lo general, los críticos asumen teorías no instrumentales de la legitimidad política que denuncian el profundo desvalor moral (o intrínseco) del control judicial. Consideran que su naturaleza anti-mayoritaria es incompatible con el sistema democrático y los principios de igual respeto y autonomía. Por su parte, los defensores asumen teorías instrumentales de la legitimidad que destacan la especial capacidad del control judicial para obtener resultados valiosos. Sostienen, en particular, que una democracia constitucional con un sistema de control judicial fuerte puede contribuir mejor que una democracia meramente mayoritaria a la protección del sistema democrático, el amparo de los derechos de las minorías y el establecimiento y la estabilidad de la organización política. De esta manera, buena parte de las críticas al control judicial se fundan en valores no-instrumentales (*i. e.*, intrínsecos o morales) del proceso democrático, mientras que los argumentos a favor destacan primordialmente el valor instrumental del control judicial¹¹.

1.1. CONTROL JUDICIAL DE LA LEY Y TEORÍAS NO INSTRUMENTALES DE LA LEGITIMIDAD POLÍTICA

Las teorías no instrumentales sostienen a menudo que el control judicial es ilegítimo porque transgrede los fundamentos morales del sistema democrático¹². Específicamente, el control judicial atribuye a jueces no elegidos democráticamente una enorme autoridad sobre los ciudadanos o sus representantes para tomar decisiones políticas relacionadas con el bien o la justicia. Waldron ha sostenido, por ejemplo, que el control judicial desdibuja los principios de igual dignidad y autonomía sobre los cuales debe apoyarse la legitimidad política en sociedades plurales, marcadas por profundos desacuerdos sobre lo moralmente correcto¹³. En sociedades plurales, según Waldron, los ciudadanos “necesitan adoptar procedimientos para la resolución de sus desacuerdos que respeten las voces y opiniones de las personas cuyos derechos están en juego y los traten como iguales en el proceso”¹⁴. Todos los ciudadanos, incluidos los jueces, deben ser capaces de expresar sus creencias y convicciones en un procedimiento que atribuye a cada opinión, entre muchas, una igual dignidad.

11 Harel, A. y Kahana, T. The Easy Core Case for Judicial Review. *Journal of Legal Analysis*, (2)1, 2010, 227-256.

12 Por supuesto, existen algunas excepciones. Harel y Kahana sostienen que el control judicial posee un valor intrínseco porque protege el “derecho de audiencia” (*right to a hearing*), necesario para la legitimidad de cualquier democracia constitucional. *Ídem*.

13 Véase Waldron, J. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, 209; Waldron, J. The Core of the Case against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115, 2006, 1346-1406, 1369; Waldron, J. *Political Political Theory*. Harvard University Press, 2016, 158.

14 Waldron, J. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, 1406.

Por tanto, el control judicial no puede justificarse asumiendo que los jueces toman decisiones más justas o correctas. De forma similar, Whittington ha sostenido que la supremacía de los jueces, implícita en muchos sistemas de control judicial, margina injustificadamente a los ciudadanos y sus representantes de la toma de decisiones colectivas. En su opinión, cuando hay desacuerdos razonables, “parece apropiado permitir una amplia participación en la decisión sobre el contenido de nuestros principios en lugar de trasladar esa decisión a una institución de élite que luego buscará imponer su decisión sobre o en contra de la gente en general”¹⁵.

Otros críticos, como Tushnet, han sostenido –desde una posición no estrictamente anti-instrumentalista– que el control judicial es a menudo una herramienta utilizada por sectores políticos y órganos del poder público para tomar decisiones sobre temas controvertidos sin asumir un costo político. Como señala Tushnet, “pedirle a la Corte que haga lo que tú quieras, con el pretexto de interpretar la Constitución... es abiertamente antidemocrático”¹⁶. Por eso, en su opinión, el control judicial y la supremacía de los jueces deberían ser sustituidos por un constitucionalismo popular, que “trata el derecho constitucional no como algo que esté en manos de abogados y jueces, sino en manos del propio pueblo”¹⁷. De forma similar, Kramer ha sostenido que debe ser el pueblo, no los jueces, “la máxima autoridad del país en derecho constitucional” y que “los partidarios de la supremacía judicial son los aristócratas de hoy”¹⁸. En el ámbito latino, Bayón ha sostenido que el control judicial como mecanismo contramayoritario posee un profundo desvalor moral o intrínseco que afecta, en principio, su legitimidad. En su opinión, el control judicial fuerte, como lo conocemos actualmente en muchos países, no satisface en ciertos contextos las condiciones de legitimidad, y debería ser remplazado por un constitucionalismo débil¹⁹.

En resumen, estos autores coinciden en que el control judicial de la ley es por naturaleza antidemocrático, por lo que debería, en principio, rechazarse. Algunos reconocen, sin embargo, que el control judicial puede ser legítimo en ciertos contextos si se toma en cuenta tanto su (escaso) valor intrínseco

15 Whittington. *Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*. Princeton: Princeton University Press, 2007, 294.

16 Tushnet, M. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton University Press, 1999, 182.

17 *Ibíd.*, 182.

18 Kramer, L. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford: Oxford University Press, 2004, 247 y 248.

19 Para Bayón, sin embargo, la (i)legitimidad del control judicial de la ley depende no solo del valor intrínseco, sino del balance entre el valor intrínseco y el valor instrumental. Bayón, J. C. *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*. En J. Betegón, F. Laporta, J. R. de Páramo, L. Prieto Sanchís (eds.), *Constitución y derechos fundamentales* (67-138). Madrid: CEPC, 2004.

como su valor instrumental²⁰. Como veremos más adelante, esta parece ser la posición más razonable y plantea importantes desafíos al argumento de las minorías.

1.2. CONTROL JUDICIAL DE LA LEY Y TEORÍAS INSTRUMENTALES DE LA LEGITIMIDAD POLÍTICA

Las teorías instrumentalistas sostienen que el control judicial de la ley conduce de manera más probable que cualquier otro procedimiento, en especial el legislativo, al logro de una serie de objetivos contingentes, pero deseables, relacionados con la interpretación de la constitución. Aunque las teorías instrumentalistas pueden variar bastante, todas comparten una misma estructura²¹. Inicialmente, estipulan un conjunto de objetivos deseables a los que debe aspirar la interpretación constitucional, en particular, o la organización política, en general. Luego, sostienen que el control judicial es, entre todos los procedimientos, el que permite alcanzar con mayor probabilidad los objetivos identificados previamente. Estos objetivos pueden variar bastante según la teoría, pero destacan principalmente cuatro: (a) la mejora del proceso democrático, (b) el establecimiento y la conservación de la comunidad política, (c) el logro de múltiples bienes sociales, y (d) la protección de los derechos, en especial de las minorías.

La primera teoría sostiene que el control judicial es útil para garantizar el buen funcionamiento del proceso democrático. Ely, por ejemplo, sostuvo que la Constitución de Estados Unidos, particularmente, fue concebida como un instrumento para proteger la naturaleza representativa del gobierno²². El control judicial debe despejar los canales del cambio político, garantizando el reconocimiento y la defensa de la libertad de expresión, el derecho al voto y la transparencia del proceso legislativo²³. También debe facilitar la representación de las minorías, no solo eliminando categorías sospechosas que limitan legalmente el goce de derechos a las minorías, sino también validando mecanismos de acción afirmativa²⁴. En otras palabras, la función básica del control judicial es facilitar el acceso libre e igualitario de los individuos y grupos al proceso democrático, garantizando que las decisiones acerca de los derechos y valores sustantivos tomen en cuenta todos los puntos de vista. Por tanto, la interpretación constitucional y el control judicial de la ley no son mecanismos para tomar decisiones sustantivas sobre derechos, sino para asegurar el carácter inclusivo, libre e igualitario del proceso democrático.

20 *Ídem*.

21 Harel, A. y Kahana, T. The Easy Core Case for Judicial Review. *Journal of Legal Analysis*, (2)1, 2010, 227-256, 8.

22 Ely, J.H. *Democracy and Distrust*. Harvard University Press, 1980, 90.

23 *Ibíd.*, 105.

24 *Ibíd.*, 135.

En palabras de Ely, el control judicial “puede ocuparse apropiadamente solo de cuestiones de participación, y no de los méritos sustantivos de la opción política atacada”²⁵.

La segunda teoría, desarrollada por Alexander y Schauer, sostiene que el control judicial es legítimo porque permite resolver de manera estable y coherente los desacuerdos morales acerca del contenido de la constitución. Ambos autores sostienen que el derecho tiene una función coordinadora que solo puede cumplirse si existen autoridades, como los jueces, cuyos mandatos son considerados “razones independientes del contenido” que desplazan las razones morales de primer orden de los ciudadanos y las demás autoridades²⁶. La resolución de desacuerdos y la coordinación permiten a su vez alcanzar objetivos valiosos que legitiman la autoridad del derecho²⁷. Lo mismo sucede, por tanto, con la constitución y los precedentes judiciales sobre la interpretación de la constitución. En opinión de Alexander y Schauer, la constitución es necesaria para “lograr un grado de acuerdo y estabilidad” y “eliminar una serie de cuestiones trascendentes del control mayoritario a corto plazo”²⁸, que a su vez son razones “para establecer la interpretación de un intérprete como autorizada” y “apoyar la supremacía judicial”²⁹. De esta manera, la legitimidad de los jueces para ejercer el control de constitucionalidad de la ley no depende de su (supuesta) mayor capacidad para producir mejores decisiones que otras autoridades, sino de su capacidad para garantizar la coordinación y resolución de desacuerdos (aun cuando lo hagan de una manera subóptima).

La tercera teoría, de corte institucionalista, sostiene que el control judicial es un instrumento que puede contribuir al logro de diferentes bienes sociales en contextos institucionales distintos. Más que centrar su defensa del control judicial en suposiciones sobre la protección de derechos o la necesidad del establecimiento del sistema político, como lo hacen las teorías anteriores, la teoría institucionalista sostiene que el diseño institucional del control judicial puede alcanzar distintas finalidades si se toman en cuenta las variables correctas. Vermeule, por ejemplo, ha sostenido que los buenos resultados de la interpretación judicial o legislativa de la constitución depende de factores como los costos de agencia, los costos de error, las capacidades institucionales, los costos de decisión, la incertidumbre creada por múltiples intérpretes de la constitución, la interdependencia entre el legislativo y la judicatura y los costos de transición de un sistema a otro³⁰. Así, mediante investigaciones

25 *Ibíd.*, 181.

26 Alexander, L. y Schauer, F. On Extrajudicial Constitutional Interpretation. *Harvard Law Review*, 110(7), 1997, 1359-1387, 1387.

27 *Ibíd.*, 1359.

28 *Ibíd.*, 1380.

29 *Ibíd.*, 1377.

30 Vermeule, A. *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, 255.

empíricas y modelos de análisis, sería posible diseñar sistemas institucionales que contribuyan al logro de bienes deseables que incrementen la legitimidad del sistema político en general y del control judicial en particular.

Estas tres teorías no son necesariamente excluyentes. Con frecuencia hacen parte del arsenal de argumentos utilizados por los partidarios del control judicial para hacer frente a la objeción democrática. Sin embargo, no las analizaré con detalle aquí. En adelante solo discutiré la cuarta teoría, que concibe el control judicial de la ley como una institución legítima porque contribuye mejor que el proceso legislativo a la protección de los derechos de las minorías. En cualquier caso, las objeciones que se hagan al argumento de la protección de las minorías no necesariamente implican que las teorías instrumentales no sean adecuadas para justificar el control judicial de la ley. Aun cuando el control judicial no fuese un instrumento adecuado para proteger a las minorías, sí podría serlo para alcanzar otros bienes sociales deseables.

2. DEMOCRACIA Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS

La existencia de minorías y grupos marginalizados ha planteado importantes desafíos morales a la filosofía política³¹. En sociedades profundamente divididas por intereses e idearios diversos, con grupos minoritarios sujetos al aislamiento, el prejuicio o la hostilidad, la regla de mayorías y el voto igualitario no parecen materializar el ideal democrático. Paradójicamente, para garantizar igual respeto a las minorías, es necesario implementar, a costa de cierta porción de igualdad formal, sistemas institucionales que les garanticen un procedimiento incluyente o, incluso, un resultado favorable. Durante los últimos dos siglos, varios diseños institucionales han ofrecido alternativas diferentes³². Algunos países han adoptado sistemas políticos que conceden a las minorías porciones significativas de representación para vetar u oponerse a las decisiones mayoritarias. De esta manera, concediendo algunas “ventajas” a las minorías, el sistema busca corregir los problemas que distorsionan la igualdad en los procesos electorales y de representación. Sin embargo, los sistemas constitucionales contemporáneos han optado por atrincherar los derechos de las minorías en constituciones rígidas, cuya interpretación y aplicación, en cabeza de los jueces, puede oponerse a las decisiones mayoritarias. En este caso, más que garantizar un *procedimiento* justo, el sistema pretende asegurar que *los resultados* del proceso político siempre sean, al menos en ciertos asuntos, favorables a la minoría.

31 Ceva, E., & Zuolo, F. A Matter of Respect: On Majority-Minority Relations in a Liberal Democracy. *Journal of Applied Philosophy*, 30(3), 2013, 239-253.

32 Pildes, R. Democracia y representación de intereses minoritarios. *Fundamentos*, 3, 2004, 1-28.

2.1. LA INCLUSIÓN DE LAS MINORÍAS EN EL PROCESO LEGISLATIVO

La inclusión de las minorías en el proceso legislativo ha sido abordada desde dos enfoques distintos (Pildes, 2004, p. 13). En primer lugar, el denominado “enfoque específico” (*targeted approach*) atribuye solo a *ciertas* minorías, previamente seleccionadas, una representación política especial. En este enfoque, como señala Pildes³³, “una autoridad centralizada, ya sea a través de una legislación constitucional o nacional, identifica ciertos grupos minoritarios específicos para la representación y construye esa identificación en el proceso democrático”. Así sucede, por ejemplo, cuando son creados distritos electorales especiales para minorías raciales³⁴, étnicas³⁵ o lingüísticas³⁶ en sistemas mayoritarios; cupos fijos en los gabinetes ejecutivos de alcance nacional para los representantes de ciertos grupos³⁷; y sistemas federales que atribuyen representación a minorías geográficamente localizadas³⁸. En segundo lugar, los enfoques universales (*universal approaches*) permiten a todos los grupos minoritarios (y no exclusivamente a los que lo merecen) la posibilidad de tener una representación política especial. Así sucede, por lo general, en los sistemas de representación proporcional y semiproporcional de muchos países europeos y latinoamericanos. En estos enfoques, el sistema concede a cualquier grupo, y no solo a los previamente seleccionados, la oportunidad de actuar políticamente, si lo desean, como una minoría cohesionada, para lograr representación política.

A su vez, los sistemas con enfoque específico o universal pueden incentivar dos formas de representación con implicaciones morales e instrumentales aún más importantes. En primer lugar, pueden fomentar la representación descriptiva, que ocurre cuando los cargos públicos son ocupados por representantes que comparten las mismas características que destacan a la minoría: raza, etnia, tribu, religión, lengua, etc.³⁹. La representación descriptiva toma como asunto

33 *Ibíd.*, 14.

34 En Estados Unidos, la Ley de Derechos Electorales (1965) permite conformar distritos electorales que reflejen la diversidad étnica y racial del país y prevengan el denominado *gerrymandering racial*.

35 En Colombia, la Constitución establece circunscripciones especiales para comunidades indígenas y afrodescendientes en el Senado y la Cámara de Representantes (Constitución Política, art. 171).

36 En Bélgica, la Constitución garantiza la representación de las dos principales minorías lingüísticas (francesa y neerlandesa) en diferentes instituciones y procesos políticos, como la modificación de límites entre las comunidades lingüísticas (art. 4) y la composición del senado (art. 67).

37 En Suiza, la estructura del Consejo Federal, cabeza del poder ejecutivo, está conformada por representantes de las tres comunidades lingüísticas: alemana, francesa e italiana.

38 En Sudáfrica, el modelo fuertemente federalizado adoptado en la Constitución de 1996 quiso atribuir a las minorías, en especial al pueblo zulu, una representación especial. Véase Pildes, R. Democracia y representación de intereses minoritarios. *Fundamentos*, 3, 2004.

39 Pitkin, H. *The Concept of Representation*. Berkley: University of California Press, 1967, 60.

relevante que los representantes “se vean como” los miembros del grupo. En segundo lugar, también pueden fomentar la representación *sustantiva*, haciendo que las demandas de las minorías sean efectivamente incorporadas en la agenda política, luego debatidas y finalmente transformadas en políticas públicas. Por lo general, las razones para adoptar formas de representación descriptiva o sustantiva son instrumentales⁴⁰. Suele creerse que la representación descriptiva fortalece el sentimiento de inclusión de los miembros de las minorías y facilita la inclusión de sus intereses en la agenda política. Por eso, la representación descriptiva -suele admitirse- se traduce directamente en mayor representación sustantiva⁴¹. La evidencia ha mostrado incluso que los miembros de minorías étnicas o raciales, cuando son o aspiran a ser elegidos representantes, tienen un mayor compromiso con la representación de los intereses y necesidades de sus comunidades. Ese compromiso proviene de experiencias de discriminación o exclusión compartidas por el representante y su comunidad, un mayor sentido de responsabilidad hacia el grupo y el cálculo electoral que aprovecha algunas ventajas de los distritos electorales⁴². De igual manera, algunos estudios han mostrado que la presencia de minorías en los órganos de representación, con acceso a la agenda legislativa, incrementa significativamente la probabilidad de que los asuntos relacionados con los derechos de las minorías sean debatidos y, eventualmente, convertidos en políticas públicas⁴³.

2.2. LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS MEDIANTE EL CONTROL JUDICIAL DE LA LEY

Algunos sistemas políticos, sin embargo, no solo han otorgado porciones especiales de representación política a las minorías, a costa de la proporcionalidad del sistema, sino que han decidido proteger sus derechos *frente a los*

40 A menudo, sin embargo, la representación descriptiva de las minorías es vista como un fin en sí mismo, pese a que en ocasiones pueda convertirse en una barrera, más que una vía, para materializar los intereses de las minorías. Véase Pildes, R. Democracia y representación de intereses minoritarios. *Fundamentos*, 3, 2004, 1-28.

41 Mansbridge, J. (1999). Should Blacks Represent Blacks and Women Represent Women? A Contingent “Yes”. *The Journal of Politics*, (61)3, 628-657.

42 Sobolewska, McKee y Campbell mostraron que en el Reino Unido los candidatos y representantes étnicos de minorías étnicas tenían actitudes que incrementaban la probabilidad de mejorar la representación sustantiva. Sobolewska, M., McKee, R. y Campbell, R. Explaining motivation to represent: how does descriptive representation lead to substantive representation of racial and ethnic minorities? *West European Politics*, (41)6, 1237-1261, 2018, 20.

43 Por ejemplo, Ellis y Wilson demostraron que la probabilidad de que las preocupaciones de las minorías fueran discutidas en los Comités del Congreso de los Estados Unidos era tres veces mayor cuando el presidente de la comisión era afroamericano, y tres veces y media mayor cuando era latino, en comparación con casos en los que la presidencia la ocupaba un hombre blanco. Ellis, W. C. y Wilson, W.C. Minority Chairs and Congressional Attention to Minority Issues: The Effect of Descriptive Representation in Positions of Institutional Power. *Social Science Quarterly*, 94(5), 1207-1221, 2013, 1208.

resultados del proceso mayoritario. En particular, han creado constituciones rígidas y sistemas fuertes de control judicial de la ley. La rigidez constitucional garantiza a las minorías un poder de veto sobre las decisiones que suprimen o limitan desproporcionadamente sus derechos. Por su parte, el control judicial de la ley hace efectivo dicho poder de veto, permitiendo a los jueces invalidar las leyes ordinarias incompatibles con los derechos. De esta manera, el sistema no solo busca proteger a las minorías contra la marginación o atropello en el proceso mayoritario, mediante porciones especiales de representación, sino también garantizar sus derechos e intereses básicos, al menos hasta cierto punto, contra las decisiones de la mayoría. Las minorías no solo tendrían un proceso político justo, sino también la garantía de que el resultado será justo (o al menos no extremadamente injusto).

Existe una larga tradición en la teoría constitucional que considera el control judicial de la ley una institución necesaria para proteger los derechos de las minorías frente a los eventuales abusos de las mayorías. Hamilton, por ejemplo, sostuvo en *El Federalista* n.º 78 que la estructura institucional de la judicatura en Estados Unidos, en especial su independencia del proceso político permite que el control judicial proteja las minorías contra las decisiones defectuosas o malintencionadas de las mayorías. Según Hamilton,

Esta independencia de los jueces es igualmente necesaria para proteger la Constitución y los derechos de las personas de los efectos de esos malos humores que el arte de diseñar a los hombres, o la influencia de coyunturas particulares, a veces difunden entre el pueblo mismo, y que, si bien dan lugar rápidamente a una mejor información y una reflexión más deliberada, tienden, entre tanto, a ocasionar peligrosas innovaciones en el gobierno y serias opresiones de la parte menor en la comunidad⁴⁴.

De forma similar, Dworkin consideró que la constitución y los derechos están diseñados “para proteger a ciudadanos individuales y grupos contra ciertas decisiones que la mayoría de los ciudadanos podrían querer tomar”, y que la interferencia con el proceso democrático puede justificarse “apelando a los derechos morales que poseen los individuos contra la mayoría”⁴⁵. Además, según Dworkin, los jueces están especialmente capacitados para interpretar la constitución por su relativa independencia, la naturaleza deliberativa de su razonamiento y su experticia en derechos⁴⁶. Chemerinsky, por su parte, sostuvo que “el propósito de la Constitución de proteger a la minoría de la

44 Hamilton, A. *The Federalist 78: A view of the constitution of the judicial department in relation to the tenure of good behaviour*. En A. Hamilton, J. Madison y J. Jay. *The Federalist Papers* (374-377). Oxford: Oxford University Press, 1788, 388.

45 Dworkin, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, 133.

46 Según Dworkin, “los legisladores están sujetos a presiones que los jueces no lo están, y esto debe contar como una razón para suponer que... los jueces tienen más probabilidades de

tiranía de la mayoría se cumple mejor con una institución obligada a escuchar a la minoría ... como el poder judicial que debe atender sus quejas”⁴⁷. En el ámbito latino, un argumento similar ha sido defendido por Ferrajoli, para quien los derechos fundamentales “son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar... como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquellos se ejercen”⁴⁸.

De esta manera, la protección de las minorías ha sido uno de los argumentos más utilizados en la teoría constitucional durante los últimos dos siglos para justificar el control judicial de la ley. El argumento asume que las mayorías están especialmente inclinadas a quebrantar los derechos de las minorías, sea por motivaciones egoístas o incapacidad, mientras que los jueces son más propensos a proteger los derechos por su relativa independencia de los intereses políticos o por su mayor capacidad para razonar sobre derechos. Por tanto, aunque la naturaleza contramayoritaria del control judicial pueda plantear objeciones democráticas, su utilidad para proteger derechos termina prevaleciendo. Sin embargo, como veremos a continuación, el argumento de la protección de las minorías está sujeto a importantes limitaciones.

3. CONTROL JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS

El argumento de las minorías debe apoyarse en supuestos normativos y fácticos bastante controvertidos. Específicamente, debe asumir que (1) el control judicial protege mejor que las mayorías legislativas los derechos de las minorías, (2) el control judicial no deteriora la capacidad del legislativo ni del sistema político para proteger los derechos de las minorías, y (3) el valor del control judicial como protector de las minorías es lo suficientemente alto como para compensar su desvalor intrínseco. Veamos en detalle cada una.

3.1. ¿PROTEGE EL CONTROL JUDICIAL LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS?

El argumento de las minorías asume que los jueces son *de hecho* mejores que las mayorías legislativas protegiendo los derechos de las minorías. Esta es una idea compleja que involucra a menudo suposiciones fácticas de amplio

llegar a conclusiones sólidas sobre los derechos”. Dworkin, R. *A Matter of Principle*. Cambridge-Ma., Harvard University Press, 1985, 32.

47 Chemerinski, E. *Interpreting the Constitution*. New York: Praeger, 1987, 87. En sus palabras, “los derechos fundamentales y la protección de las minorías se preservan a través de una constitución que no se modifica fácilmente y por un poder judicial federal que está relativamente aislado de las presiones políticas” (ibíd., xi).

48 Ferrajoli, L. El derecho como sistema de garantías. *Jueces para la democracia*, 16-17, 61-69, 1992, 125.

alcance, no siempre claras para todos autores. Sin embargo, podemos intuir que la mayor capacidad de los jueces para proteger a las minorías se manifiesta, al menos en parte, a través de dos hechos. Primero, los jueces deciden con mayor frecuencia en favor de las minorías en asuntos que involucran derechos. Segundo, existen mecanismos asociados al control judicial de la ley que lo hacen más propenso a producir decisiones en favor de las minorías.

La evidencia empírica sobre el primer hecho es bastante escasa y heterogénea. En Estados Unidos, por ejemplo, autores como Tushnet han sostenido que la Corte Suprema, cuando se desvía de la opinión de las mayorías políticas, “ofrece cambios esencialmente aleatorios, a veces buenos y a veces malos, a lo que produce el sistema político”⁴⁹. Aunque en ocasiones la Corte ha reconocido derechos importantes de las minorías⁵⁰, en otras ocasiones los ha desconocido incluso contra la voluntad mayoritaria⁵¹. En asuntos raciales, por ejemplo, Romero sostiene que la Corte Suprema no puede ser “descrita como defensora constante de las minorías raciales contra las violaciones de sus derechos constitucionales”⁵². Además, el compromiso de la Corte con los derechos de las minorías ha sido más fuerte en unas épocas que en otras, como lo sugieren los datos publicados en *Spaeth Supreme Court database*⁵³. En otros países, como Colombia, el balance puede ser más positivo. La Corte Constitucional colombiana ha reconocido en pocos años una importante cantidad de derechos a minorías sexuales, indígenas, raciales, religiosas y víctimas del conflicto armado⁵⁴ tradicionalmente desconocidos por las mayorías legislativas (aunque en algunos casos la Corte Constitucional también ha desconocido derechos⁵⁵). Los pocos estudios empíricos sugieren que la Corte ha estado fuertemente comprometida, por ejemplo, con los derechos de las minorías sexuales⁵⁶. Es posible que estudios más sistemáticos muestren que la Corte Constitucional u otros organismos judiciales fallan con cierta frecuencia en favor de las minorías. De esta manera, la tesis del mayor valor

49 Tushnet, M. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton University Press, 1999, 153.

50 Por ejemplo, *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483 1954), *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558 2003) y *Obergefell v. Hodges* (576 U.S. 644 2015).

51 Por ejemplo, *Dred Scott v. Sandford*, *Plessy v. Ferguson*, *Lum v. Rice*, *Korematsu v. United States*, *Prigg v. Pennsylvania* y *Lochner v. New York*.

52 Romero, F. The Supreme Court and the Protection of Minority Rights: An Empirical Examination of Racial Discrimination Cases. *Law & Society Review*, 34(2), 291-313, 2000, 308.

53 Disponible en: <http://scdb.wustl.edu/about.php#:~:text=The%20U.S.%20Supreme%20Court%20Database,mind%E2%80%94could%20draw%20on%20it>.

54 Por ejemplo, las sentencias C-075 de 2007, SU-214 de 2016, C-683 de 2015, SU-123 de 2018 y C-478 de 1999.

55 Por ejemplo, las sentencias C-098 de 1996, SU-577 de 2011, C-071 de 2015 y C-1043 de 2006.

56 Véase Buriticá-Arango, E. Control de constitucionalidad y desacuerdos razonables: los derechos de las parejas homosexuales en la jurisprudencia constitucional de España y Colombia. En C. Garzón. *Constitución, principios y derechos*. Editorial UCC, 2020.

instrumental del control judicial contará, al menos parcialmente, con un importante respaldo empírico.

Sin embargo, lo cierto es que no basta con probar que los jueces fallan con cierta frecuencia en favor de las minorías para demostrar que el control judicial tiene mayor valor instrumental. También debe probarse el segundo hecho: la existencia de mecanismos asociados al procedimiento judicial que harían más probable la adopción de decisiones correctas, o que habrían contribuido de hecho a adoptarlas. Brevemente, no basta con enumerar en abstracto las decisiones pro-minoritarias de los jueces y del legislativo para calcular la tasa de aciertos y equivocaciones de ambos; también es necesario identificar los mecanismos institucionales, políticos o actitudinales (variables independientes) que incrementan las probabilidades de adoptar decisiones correctas sobre los derechos de las minorías (variable dependiente). En la literatura existen al menos tres hipótesis sobre la naturaleza de esos factores. La primera hipótesis, propuesta originalmente por Halmilton, sostiene que los factores institucionales relacionados con la relativa insularidad de los jueces y su periodo vitalicio son los que contribuyen a tomar mejores decisiones. La segunda, sugerida por Dahl, sostiene que es en realidad la opinión pública mayoritaria la que influye decisivamente en el contenido de los fallos de los jueces⁵⁷. Finalmente, la tercera teoría, propuesta principalmente por Schubert, sostiene que el factor que determina el contenido pro-minoritario de las decisiones judiciales son las preferencias ideológicas (liberales o conservadoras) de los jueces⁵⁸.

Hipótesis institucionalista

La primera hipótesis sostiene que los buenos resultados en la interpretación judicial de la constitución son consecuencia de la estructura institucional y las reglas que gobiernan el control judicial de la ley. Hamilton sostuvo, por ejemplo, que el periodo vitalicio de los jueces de la Corte Suprema y la forma como son elegidos garantizan la independencia necesaria para que la Corte se convierta en el baluarte (*bulwark*) de los derechos de las minorías⁵⁹. Según Hamilton, la Constitución de Estados Unidos fue diseñada justamente para proteger a las minorías, por lo que la estructura institucional de la judicatura debe garantizar (y de hecho garantiza) una “adherencia inflexible y uniforme a los derechos de la Constitución y de las personas, que percibimos

57 Dahl, R. Decision making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-maker. *J. of Public Law*, 6, 279-95, 1957.

58 Schubert, G. *The Judicial Mind: The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices, 1946-1963*. Evanston: Northwestern University, 1965.

59 Hamilton, A. The Federalist 78: A view of the constitution of the judicial department in relation to the tenure of good behaviour. En A. Hamilton, J. Madison y J. Jay. *The Federalist Papers* (374-377). Oxford: Oxford University Press, 1788, 383.

como indispensables en los tribunales de justicia”⁶⁰. En otras palabras, para garantizar una correcta interpretación y aplicación los derechos, es necesario suprimir, mediante un diseño institucional adecuado, los incentivos políticos que pueden alterar el apego de los jueces al texto de la constitución. En este sentido, Hamilton no considera, a diferencia de otros autores, que la estructura institucional sea relevante porque garantiza el buen juicio o la buena voluntad política de los jueces, sino porque asegura una adecuada interpretación constitucional. Los derechos, en su opinión, están en la constitución y no en la voluntad política de las cortes. Hipótesis similares han sido defendidas por algunos de los principales defensores del control judicial, como Alexy⁶¹ y Dworkin⁶².

Probar la hipótesis institucionalista es una tarea bastante compleja. Es posible que los jueces decidan invalidar o inaplicar una decisión mayoritaria por razones muy distintas a la mera estructura institucional de la judicatura o la interpretación “correcta” de la constitución. Las convicciones políticas o religiosas de los jueces, o la presión de ciertos sectores sociales y políticos, pueden ser más determinantes. Por tanto, no puede interpretarse cualquier decisión contramayoritaria como una consecuencia de la independencia judicial. Tampoco es fácil, sin embargo, aislar los mecanismos puramente institucionales de otros mecanismos que pueden influir en las decisiones contramayoritarias. Algunos estudios, como el de Brace y Hall, han comparado las decisiones de los tribunales en diferentes estados de Estados Unidos y han concluido que el cargo vitalicio de los jueces puede predecir ciertos resultados⁶³. Sin embargo, otros autores coinciden en que la hipótesis institucional puede verificarse solo indirecta o negativamente a través de la segunda o tercera hipótesis⁶⁴. Así, la independencia judicial puede hacer que los jueces se sientan libres de tomar decisiones contramayoritarias acordes con su ideología, por lo que basta probar que existe un nexo entre la decisión judicial y la ideología de del juez (tercera hipótesis), o puede no tener ninguna influencia en absoluto, en cuyo caso basta probar que el control judicial no funciona en la práctica como una institución contramayoritaria (segunda hipótesis). Esta alternativa es más prometedora, tomando en cuenta que la segunda y la tercera hipótesis sí pueden ser verificadas directamente.

60 *Ibíd.*, 384.

61 Alexy considera que “[...] la independencia de los jueces de un tribunal constitucional requiere que el pueblo no tenga posibilidad de control votándolos fuera de su cargo o, de cualquier manera, negándoles la reelección”. Alexy, R. *Constitutional Rights, Democracy, and Representation. Ricerche Giuridiche*, (3)2, 197-209, 2014, 207.

62 Dworkin, R. *A Matter of Principle*. Cambridge-Ma.: Harvard University Press, 1985, 32.

63 Brace, P. y Gann Hall, M. *Studying Courts Comparatively: The View from the American States. Political Research Quarterly*, 48(1), 5-30, 1995.

64 Romero, F. *The Supreme Court and the Protection of Minority Rights: An Empirical Examination of Racial Discrimination Cases. Law & Society Review*, 34(2), 291-313, 2000.

Hipótesis actitudinal

La segunda hipótesis sostiene que las preferencias ideológicas o idiosincráticas de los jueces inciden de forma crucial en sus decisiones acerca del contenido de la constitución. Desde este punto de vista, el contenido de las decisiones no es determinado por la opinión pública o el contenido de las cláusulas constitucionales, sino por las preferencias ideológicas de los jueces. Así, las decisiones pro-minoritarias de las cortes en asuntos controvertidos estarían asociadas a la ideología liberal que, en ciertas épocas y contextos políticos e institucionales, pueden tener la mayoría de los miembros de la corte. Por el contrario, las decisiones anti-minoritarias serían consecuencia de una mayoría conservadora.

La hipótesis actitudinal cuenta con amplio respaldo empírico. Varios estudios han demostrado que las tendencias ideológicas de los jueces, asociadas a su filiación partidaria, su identidad sociocultural o incluso sus relaciones personales inciden significativamente en la orientación liberal o conservadora de sus fallos. Sunstein *et al.*, por ejemplo, demostraron que la ideología de los jueces federales en Estados Unidos, definida en función de su afiliación partidaria (demócrata o republicana), afecta su voto de diferentes maneras⁶⁵. Por una parte, el sentido de los votos coincide estadísticamente con la ideología liberal o conservadora de los jueces en asuntos políticamente controvertidos. Por otra parte, la diversidad ideológica de los miembros del tribunal tiende a moderar las posiciones políticas y el contenido de los fallos (*dampening*), mientras que la homogeneidad ideológica tiende a radicalizarlos (*amplification*). En asuntos relacionados con acciones afirmativas, derechos de los homosexuales o segregación racial, los resultados son bastante contundentes. De la muestra recolectada por Sunstein *et al.*, los jueces afiliados al partido demócrata validaron acciones afirmativas en favor de grupos marginados en el 71% de los casos, mientras que los republicanos lo hicieron solo en el 47%⁶⁶. De forma similar, en asuntos de segregación racial, el 74% de los jueces afiliados al partido demócrata contrastó con el 65% de los afiliados al partido republicano que votaron contra políticas segregacionistas⁶⁷. Y en asuntos relacionados con los derechos de los homosexuales, entre 1980 y 2005, los jueces demócratas reconocieron el derecho el 57% de las veces, mientras que los republicanos tan solo el 16%⁶⁸.

Otros estudios, también en Estados Unidos, han concluido que la presencia de jueces afroamericanos en los tribunales colegiados incide estadísticamente

65 Sunstein, C., Schkade, D., Ellman, L. M., y Sawicki, A. *Are Judges Political?* Bookings Institution Press, 2006.

66 *Ibíd.*, 24.

67 *Ibíd.*, 36.

68 *Ibíd.*, 57.

en las decisiones que involucran derechos de la minoría afroamericana. A diferencia de la investigación de Sunstein *et al*, estos estudios no asocian el factor ideológico o idiosincrático a la filiación partidaria de los jueces, sino al grupo racial al que pertenecen. De esta manera, asumen que el contexto social y cultural en el que crecen y se forman tanto los jueces afroamericanos como los no-afroamericanos los dota de una ideología que genera grandes diferencias en la forma como deciden ciertos casos. Como sostiene Kastlelec, estas diferencias “fluyen directamente del resultado bien conocido de que los jueces con diferentes antecedentes e ideologías tenderán a abordar al menos algunos casos de manera diferente”⁶⁹. En todo caso, los estudios arrojan resultados bastante similares a los alcanzados por Sunstein *et al*. Por ejemplo, Kastlelec mostró que los jueces afroamericanos tienden a votar en mayor medida que los no-afroamericanos (en particular los hombres blancos) por medidas que reconocen derechos en casos de discriminación racial o acción afirmativa⁷⁰. También mostró que la presencia de uno o dos jueces afroamericanos en los tribunales colegiados a nivel federal incrementa la probabilidad de que los jueces no-afroamericanos voten individualmente en favor los derechos disputados y, por tanto, de que la mayoría del tribunal (compuesto por tres jueces) decida conjuntamente en el mismo sentido. Más importante aún, Kastlelec sugiere que el mecanismo subyacente a la influencia de los jueces afroamericanos en los votos de sus colegas no-afroamericanos puede consistir en el aporte de “información o argumentos que sus colegas no negros no recibirían de otra manera”, e, incluso, en su mera “presencia en el panel”⁷¹.

Estas conclusiones son consistentes con muchos estudios que muestran la influencia de la ideología en las decisiones de los jueces y los tribunales en otros asuntos que no involucran, necesariamente, los derechos de las minorías (la discriminación de género, la economía, el abuso sexual, el aborto, la pena de muerte, entre otros). Por ejemplo, Peresie probó, a partir de una amplia muestra de decisiones adoptadas por tribunales federales en Estados Unidos⁷², que ser juez mujer incrementa la probabilidad de votar en favor de un demandante en casos de abuso sexual (86%) y discriminación de género (65%), así como la probabilidad de que los demás jueces hombres y el tribunal voten en el mismo sentido (2005, p. 1759). Conclusiones similares obtuvieron Boyd, Epstein y Martin, a partir de un análisis de las decisiones adoptadas por jueces federales en asuntos sobre discriminación de género:

69 Kastlelec, J. P. Racial Diversity and Judicial Influence on Appellate Courts. *American Journal of Political Science*, 57(1), 167-183, 2013, 5.

70 *Ibid.*, 9.

71 *Ibid.*, 13.

72 La muestra incluyó 556 casos fallados por tribunales federales en 1999, 200 y 2001. Peresie, J. Judges Matter: Gender and Collegial Decision-making in the Federal Appellate Courts. *The Yale Law Journal*, 114 (7), 1759-1790, 2005, 1761.

“[L]a presencia de una mujer en un panel en realidad hace que los jueces varones voten de una manera que de otra manera no lo harían: a favor de los demandantes”⁷³. Más recientemente, algunos estudios han demostrado que la probabilidad de votar en favor de la demandante en asuntos como la discriminación laboral basada en el género, los derechos reproductivos de la mujer o el aborto aumenta no solo cuando los jueces son mujeres, sino también cuando los jueces –en especial los hombres– tienen hijas. Por ejemplo, Glyn y Sen mostraron que, en los tribunales federales de Estados Unidos, existe una significativa relación estadística entre las decisiones que reconocen derechos de las mujeres y el número de hijas que tienen los jueces: “en todos los casos que involucran cuestiones de género, los jueces que engendran hijas en lugar de hijos tienen más probabilidades de tomar decisiones liberales, posiblemente porque tener hijas hace que los jueces aprendan sobre los problemas de las mujeres”⁷⁴.

Estas evidencias sugieren que el control judicial de la ley puede garantizar una mejor protección de los derechos de las minorías si el diseño institucional es lo suficientemente incluyente. La presencia de jueces con preferencias políticas afines con los derechos de las minorías incrementa la probabilidad de que las decisiones sean favorables. Además, el diseño institucional de la judicatura, que garantiza a los jueces independencia de los demás poderes (primera hipótesis), puede incentivar la toma de decisiones acordes con esas preferencias políticas. Sin embargo, la evidencia es aún muy débil. La mayoría de los estudios no abordan directamente casos en los que los jueces ejercen control de la legislación. Aunque sí versan, en su mayoría, sobre la interpretación de los derechos constitucionales, los resultados pueden no replicarse si existe una ley que regule directamente el caso. Además, como veremos a continuación, otros estudios sugieren que las decisiones judiciales en materia de derechos son influenciadas por mecanismos distintos, como la opinión pública mayoritaria.

Hipótesis mayoritaria

La tercera hipótesis sostiene que las decisiones judiciales pro-minoritarias son tan solo un reflejo de la opinión pública mayoritaria. El control judicial no actúa como un poder contramayoritario dispuesto a defender los derechos constitucionales, sino como un reflector de la opinión pública dominante. Desde este punto de vista, los jueces reconocen los derechos de las minorías solo cuando las mayorías legislativas o ciudadanas lo toleran. Por tanto,

73 Boyd, C., Epstein, L. y Martin, A. Untangling the Causal Effects of Sex on Judging. *American Journal of Political Science*, 54(2), 389-411, 2010, 406.

74 Glyn, A. y Sen, M. Identifying Judicial Empathy: Does Having Daughters Cause Judges to Rule for Women’s Issues? *American Journal of Political Science*, 59(1), 37-54, 2015, 52.

esta hipótesis se opone abiertamente al argumento de la protección de las minorías. Implica que el control judicial no es más efectivo que las mayorías legislativas para proteger derechos. Es posible, como ha sugerido Tushnet, que los jueces protejan derechos de las minorías cuando los poderes legislativo o ejecutivo no desean asumir directamente el costo político de una decisión impopular⁷⁵. Solo de manera excepcional actúan abiertamente contra las decisiones de la mayoría.

La hipótesis mayoritaria ha contado con importantes partidarios. Por ejemplo, Dahl sostuvo que hasta 1957 “los puntos de vista políticos dominantes en la Corte Suprema de Estados Unidos nunca están por mucho tiempo fuera de línea con los puntos de vista políticos dominantes entre las mayorías legislativas”⁷⁶. Según Dahl, la Corte no actúa, como a menudo se piensa, como un baluarte de los derechos de las minorías, sino como un replicador de las políticas legislativas. Años más tarde, sin embargo, las decisiones de la Corte mostraron un mayor compromiso con los derechos de las minorías. Casper señaló que el compromiso de la Corte Warren y la Corte Burger con los derechos de las minorías “es diferente de la imagen que Dahl dibuja de casos pasados”⁷⁷. A la misma conclusión llegó Romero (2002), quien luego de analizar las decisiones de la Corte en los años posteriores a Brown (1954) concluyó que “el estado de ánimo del público en general no influyó en los resultados [de la Corte]”. En resumen, la evidencia sugiere que en Estados Unidos los jueces han sido más o menos receptivos de la opinión pública mayoritaria, absteniéndose en algunas épocas de tomar decisiones contramayoritarias y haciéndolo abiertamente en otras.

¿Qué sugiere la evidencia?

La evidencia analizada es claramente escasa y equívoca. Sin embargo, sugiere importantes consecuencias para la teoría del control judicial de la ley. En particular, muestra que la capacidad de los jueces para proteger los derechos de las minorías es fuertemente dependiente de factores contingentes, asociados al contexto político e institucional. Los estudios en el contexto estadounidense muestran que los jueces han estado más comprometidos en unas épocas que en otras con la protección de los derechos de las minorías y que ese compromiso depende, al menos en parte, de factores políticos (opinión pública), institucionales (estructura de la judicatura) y actitudinales (partido

75 Tushnet, M. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton University Press, 1999, 182

76 Dahl, R. (1957). Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-maker. *J. of Public Law*, 6, 279-95, 1957, 282.

77 Casper, J. The Supreme Court and National Policy Making. *The American Political Science Review*, 70(1), 1976, 50-6.

político, raza, relaciones personales). Por tanto, no es posible asumir tesis generales sobre la mayor capacidad del control judicial para proteger derechos de las minorías y, por tanto, sobre su mayor valor instrumental. Todo depende de factores contingentes. Esta conclusión se opone abiertamente a la idea, bastante común en la teoría constitucional, de que el sistema de control judicial, tal como ha sido pensado por Kelsen⁷⁸ y Marshall⁷⁹, es por naturaleza contramayoritario y pro-minoritario. En todo caso, es cierto que la evidencia puede tener importantes implicaciones normativas para el diseño institucional. Si es deseable que las minorías sean protegidas a través de un sistema de control judicial, entonces es conveniente diseñar tribunales más independientes e inclusivos.

Por otra parte, es claro que la evidencia analizada no implica que los jueces tomen la decisión “correcta” cuando protegen los derechos de las minorías. Es posible que, en algunos casos, la decisión que reconoce los derechos de las minorías no sea producto de una interpretación correcta de la constitución. Como señala Kastellec, “los casos políticamente relevantes que llegan a los Tribunales de Apelaciones, como los casos de acción afirmativa, no se prestan a medidas de ‘corrección’”, por lo que “no podemos decir si los paneles que incluyen un juez negro tienen más probabilidades de llegar a la respuesta ‘correcta’”⁸⁰. En todo caso, la evidencia es útil para mostrar que, para bien o para mal, determinadas circunstancias incrementan la probabilidad de tomar decisiones pro-minoritarias.

3.2. ¿AFECTA EL CONTROL JUDICIAL LA CAPACIDAD DE LAS MAYORÍAS PARA PROTEGER DERECHOS?

Algunos estudios han sugerido que la existencia de un sistema de control judicial de la ley comprometido con la protección de los derechos de las minorías puede tener consecuencias importantes en el sesgo pro-minoritario o anti-minoritario de las mayorías⁸¹. Específicamente, el control judicial puede crear incentivos para que las minorías, confiando en el papel protector de los jueces, busquen el reconocimiento y la eficacia de sus derechos e intereses

78 Kelsen, H. ¿Quién debe ser el defensor de la constitución? En C. Schmitt y H. Kelsen. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*. Madrid: Tecnos, 2009 [1931].

79 Marbury v. Madison (5 U.S. 137 1803).

80 Kastellec, J.P. Racial Diversity and Judicial Influence on Appellate Courts. *American Journal of Political Science*, 57(1), 167-183, 2013, 15. También, Celis-Vela, D. (2021). La tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional. *International Journal of Constitutional Law*, 19(4), 1261-1290.

81 Fox, J. y Stephenson, M. (2015). The welfare effects of minority-protective judicial review. *Journal of Theoretical Politics*, 27(4), 2015, 499-521; Vermeule, A. *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006; Harel, A. y Kahana, T. The Easy Core Case for Judicial Review. *Journal of Legal Analysis*, (2)1, 2010, 227-256.

a través de procesos judiciales y no a través de los procesos ordinarios de representación política. De forma similar, el control judicial puede crear incentivos para que las mayorías limiten sus funciones al mero diseño de políticas públicas y dejen en manos de los jueces los asuntos constitucionales. Si estos fenómenos ocurren, entonces el alcance del argumento de las minorías sería bastante limitado. Después de todo, el bajo rendimiento de las mayorías en la protección de los derechos sería resultado natural de la existencia de una autoridad distinta, la judicial, a la que se ha encargado principalmente esa función. Por supuesto, no es posible obtener evidencia directa y concluyente acerca los efectos que la creación o eliminación del control judicial puede tener sobre la calidad y cantidad de decisiones pro-minoritarias de las mayorías. Estudiar la interdependencia entre ambas instituciones es sumamente difícil y requiere, por lo general, supuestos contrafácticos. Sin embargo, algunos autores han planteado hipótesis plausibles que resultan coherentes a la luz de la (escasa) evidencia disponible.

La capacidad de las mayorías legislativas para proteger derechos en sistemas políticos con control judicial de la ley puede debilitarse al menos de tres formas distintas. En primer lugar, el control judicial puede desmovilizar políticamente a las mayorías y minorías en el proceso político. En concreto, las minorías pueden hacerse más apáticas, fuera y dentro del órgano legislativo, porque sus demandas son atendidas por jueces que no requieren apoyo electoral. Para las minorías puede ser más fácil lograr el reconocimiento y la protección de sus derechos a través del litigio estratégico o la intervención en las cortes, de manera que el proceso político ordinario parezca innecesariamente costoso y desgastante. De forma similar, el control judicial puede reducir o eliminar los incentivos que tienen las mayorías para evitar la aprobación de políticas anti-minoritarias, o promover políticas pro-minoritarias, confiando en que el asunto es competencia de los jueces. Como señala Vermeule, “si la revisión judicial es un seguro constitucional contra determinaciones legislativas erróneas, puede diluir en lugar de fortalecer los incentivos de los legisladores para tomar precauciones contra la promulgación errónea de estatutos inconstitucionales”⁸². En la misma línea, el control judicial puede generar un incentivo para que los legisladores dejen en manos de los jueces asuntos que generan elevados costos políticos. Por ejemplo, el reconocimiento de un derecho puede ser postergado hasta que los jueces decidan reconocerlo. Como denuncia Tushnet⁸³, así ha sucedido en Estados Unidos, donde “los líderes políticos a menudo encuentran que el control judicial es una forma conveniente de traspasar decisiones difíciles a otra persona”.

82 Vermeule, A. *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, 261.

83 Tushnet, M. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton University Press, 1999, 173.

En segundo lugar, el control judicial de la ley puede proporcionar a los representantes de las minorías, dentro de los órganos legislativos, mayores incentivos electorales para no asumir abiertamente posiciones pro-minoritarias impopulares. En un sistema puramente mayoritario, sin control judicial, los líderes minoritarios tienen mayores incentivos para ser fieles a los intereses del grupo. Sin embargo, si el control judicial garantiza el reconocimiento y la protección de los derechos básicos de las minorías, el riesgo que asumen sus líderes al adoptar posiciones anti-minoritarias puede reducirse significativamente. En ese caso, los líderes de las minorías pueden verse incitados a apoyar políticas anti-minoritarias, pero populares, que les generen mayor rédito electoral. Fox y Stephenson sostienen, por ejemplo, que “el control judicial, al reducir el costo para el líder pro-minoría de imitar la elección de políticas del líder pro-mayoría, puede llevar a los líderes pro-minoría a ser agentes menos fieles del grupo minoritario”⁸⁴. Cuando esto ocurre, el sesgo anti-minoritario del órgano legislativo puede agudizarse, ocasionando políticas públicas más anti-minoritarias.

Desde este punto de vista, sería bastante obvio concluir que el control judicial contribuye mejor que el órgano legislativo a proteger los derechos de las minorías, pero no que el control judicial es, todas las cosas consideradas, más legítimo. Después de todo, sería el mismo control judicial el que desestimularía a las mayorías a desempeñar un rol protector. Por supuesto, es posible que el control judicial, pese a limitar la capacidad de las mayorías para proteger derechos, aumente la capacidad global del sistema político. En ese caso, el valor instrumental del control judicial debería ponderarse con su desvalor intrínseco para determinar si es legítimo. Sin embargo, como señalan Fox y Stephenson, es posible que en algunos casos el control judicial ni siquiera proporcione a las minorías el grado de protección que otorga el órgano legislativo en un sistema carente de control judicial, disminuyendo la capacidad del sistema político para proteger a las minorías. Algunas características típicas del control judicial y del comportamiento estratégico de los agentes políticos ayudan a explicar este fenómeno.

Debemos tener en cuenta que, por su naturaleza, el propósito del control judicial de la ley no es prohibir cualquier política anti-minoritaria, sino solo aquellas que transgreden límites máximos o externos. Mientras una política no sobrepase estos límites, los jueces pueden abstenerse de invalidarla. Además, muy frecuentemente, no existe certeza sobre la decisión que adoptará el juez de anular o confirmar las políticas anti-minoritarias (porque son temas moralmente controvertidos o las cláusulas constitucionales son vagas, etc.). Esto hace que se expanda el conjunto de políticas anti-minoritarias que el líder minoritario está dispuesto a aceptar a cambio de beneficios electorales.

84 Fox, J. y Stephenson, M. (2015). The welfare effects of minority-protective judicial review. *Journal of Theoretical Politics*, 27(4), 2015, 499-521, 501.

Como reacción, los líderes de las mayorías adoptarán muy probablemente posiciones anti-minoritarias más extremas que les permitan diferenciarse de los líderes minoritarios y disminuirá la probabilidad de anular políticas extremistas. En palabras de Fox y Stephenson:

Aunque el tribunal a veces invalidará la propuesta extrema del líder pro-mayoritario, haciendo que el grupo minoritario esté mejor de lo que hubiera estado sin control judicial, también habrá casos en los que el tribunal permita que el líder pro-mayoritario implemente esta política anti-minoritaria más extrema, haciendo que el grupo minoritario esté peor de lo que hubiera estado sin control judicial⁸⁵.

Finalmente, el control judicial también puede incentivar la radicalización de las políticas anti-minoritarias. Aunque las mayorías son conscientes de que los jueces invalidarán total o parcialmente las políticas que desconocen los derechos de las minorías, en algunos asuntos pueden extremar sus posiciones hostiles, buscando que los jueces las invaliden solo parcialmente. De esa manera, pueden maximizar sus posiciones anti-minoritarias, afectando la capacidad del sistema político para proteger los derechos de las minorías, en comparación con un sistema en el que no exista control judicial.

Por supuesto, también es posible que el control judicial contribuya a mejorar, en vez de deteriorar, la capacidad del legislativo para proteger los derechos. En particular, el control judicial suele optimizar el procedimiento legislativo, corrigiendo las distorsiones que afectan la representación de las minorías y promoviendo la inclusión de asuntos sensibles en la agenda política. En este caso, el control judicial podría ganar legitimidad no solo porque proporciona mayor protección a los derechos, sino también porque mejora el valor instrumental del legislativo. Como señala Harel, “incluso si se puede establecer que los tribunales han sido sistemáticamente peores que las legislaturas en la protección de los derechos, no se sigue que la eliminación de la revisión judicial conduzca a la protección de los derechos, ya que la revisión judicial puede haber contribuido a la calidad de la toma de decisiones de la legislatura”⁸⁶.

En conclusión, el argumento de las minorías tiene un alcance limitado. La mera existencia de un control judicial comprometido con los derechos de las minorías no permite concluir que sea legítimo. Peor aún, no permite concluir siquiera que tiene mayor valor instrumental que el legislativo (en un sistema desprovisto de control judicial). Como señala Tushnet, “los legisladores actúan a la sombra de la corte. Realmente no podemos saber cómo se desempeñaría el Congreso si los tribunales se retiraran, si el Congreso lo

85 *Ídem*.

86 Harel, A. y Kahana, T. The Easy Core Case for Judicial Review. *Journal of Legal Analysis*, (2)1, 2010, 227-256, 15.

hace mal porque los tribunales están en la escena”⁸⁷. Sin embargo, parece que, a la inversa, la apatía de los jueces hacia las minorías tampoco permite restarle concluyentemente legitimidad al control judicial. Es posible, como vimos, que el control judicial sea necesario para mejorar la calidad tanto del proceso como del resultado legislativo.

3.3. ¿EL VALOR INSTRUMENTAL DEL CONTROL JUDICIAL ES LO SUFICIENTEMENTE ALTO?

El argumento de la protección de las minorías, finalmente, asume no solo que el control judicial tiene mayor valor instrumental que el legislativo, sino también que ese valor es suficiente para compensar su desvalor intrínseco. Como señala Harel, para justificar el control judicial es necesario que “los errores judiciales [...] que invaden los legítimos poderes del gobierno no sean demasiado costosos[,] de manera que superen los beneficios derivados de una mejor y más eficaz protección de los derechos”⁸⁸. En este sentido, el control judicial solo puede estar justificado si el menoscabo que produce al proceso democrático, invadiendo los poderes de las mayorías legislativas, puede al menos equilibrarse con la generación de buenos resultados en la protección de derechos de las minorías. Solo de esta manera, metafóricamente hablando, el valor intrínseco e instrumental del control judicial puede superar, en la balanza, el valor intrínseco e instrumental del proceso democrático.

Por supuesto, el control judicial puede ser más legítimo que el proceso legislativo no solo cuando puede arrogarse mayor valor instrumental, sino también cuando se cumplen otras condiciones. Por una parte, el valor intrínseco del proceso legislativo puede ser gradualmente bajo en ciertos contextos. De hecho, la autonomía política y el igual respeto pueden verse seriamente afectados en procesos legislativos autoritarios y elitistas que tratan con apatía u hostilidad a algunos grupos. Así sucede, por ejemplo, cuando existen minorías discretas e insulares, es decir, grupos cuyas características e intereses no son compartidas por los demás sectores de la población⁸⁹. En estos casos, como señala Waldron, las minorías electorales no coinciden nunca con las minorías temáticas, de manera que la igualdad política (*i. e.*, valor intrínseco) del proceso democrático se debilita, mientras que la función

87 Tushnet, M. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton University Press, 1999, 55.

88 Harel, A. y Kahana, T. The Easy Core Case for Judicial Review. *Journal of Legal Analysis*, (2)1, 2010, 227-256, 13.

89 Una expresión popularizada por el juez Harlan Stone, quien en *United States v. Corleone Products* (304 U.S. 144 1938) señaló que el “escrutinio judicial” debe ser más minuciosa cuando exista “prejuicio contra minorías discretas” que “tiende a restringir seriamente el funcionamiento de aquellos procesos políticos en los que normalmente se confía para proteger a las minorías”.

protectora (*i. e.*, valor instrumental) del control judicial puede fortalecerse⁹⁰. Pero aun así el ideal democrático resulta de alguna manera desdibujado. Si el proceso democrático es defectuoso porque no garantiza la autonomía y la igualdad a todos los ciudadanos, lo correcto no es instituir un sistema de control judicial que tome decisiones no democráticas, sino corregir los defectos del proceso mayoritario. Cuando no es posible corregirlos, el control judicial solo podría considerarse un *second best*.

En segundo lugar, también es posible que el valor intrínseco del procedimiento judicial sea gradualmente más alto. El control judicial puede ser incluyente y deliberativo, permitiendo que amplios sectores políticos, especialmente los que han sido marginados del proceso legislativo, discutan equitativa y públicamente sobre sus derechos⁹¹. De esta manera, la deliberación ciudadana puede materializar los ideales de igualdad y autonomía. Por supuesto, la deliberación también es una virtud, quizá más acentuada en ciertos contextos⁹², de los procesos legislativos, por lo que el control judicial cobra especial relevancia cuando el proceso legislativo no funcione correctamente. Para hacerlo, sin embargo, es necesario que adopte un diseño institucional que no coincide precisamente con el que tradicionalmente han tenido los sistemas de control judicial de la ley.

CONCLUSIONES

A diferencia de lo que sostiene un sector importante de la teoría constitucional, la protección judicial de las minorías parece proporcionar una justificación limitada al control judicial de la ley. El análisis propuesto en este artículo sugiere que la existencia de un sistema de control judicial solo puede reforzar la protección a las minorías cuando se cumplen condiciones específicas y, en

90 Waldron, J. The Core of the Case against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115, 2006, 1346-1406, 1041. En la misma línea, van Parijs sostiene que algunas minorías (en especial los migrantes y clases sociales de ingresos bajos) pueden resultar sistemáticamente excluidas de las decisiones democráticas, dadas ciertas condiciones económicas, políticas e institucionales (Van Parijs, P. Justice and Democracy: Are they Incompatible? *The Journal of Political Philosophy*, 4(2), 1996, 101-117, 104).

91 Hübner-Mendes, C. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford University Press, 2013, 19.

92 Algunos autores han sostenido, incluso, que las instituciones deliberativas pueden ayudar a incluir a las minorías en el procedimiento mayoritario, sin deformarlo. Lafont, por ejemplo, sostiene que los minipúblicos, compuestos por ciudadanos seleccionados al azar y con poderes para deliberar (no para decidir), pueden empoderar a las minorías (Lafont, C. *Democracy without Shortcuts*. Oxford University Press, 135). Una perspectiva similar, aunque crítica del voto popular, es desarrollada por van Reybrouck (van Reybrouck, *Against Elections, The Case for Democracy*. Londres: Random House, 2016, 109). De esta manera, si los ajustes institucionales propuestos por los teóricos de la democracia deliberativa empoderan efectivamente a las minorías, sin deformar el ideal democrático, entonces pierde fuerza el argumento de las minorías en favor del control judicial.

todo caso, contingentes. En primer lugar, aunque la evidencia empírica es escasa y equívoca, la protección judicial de las minorías parece depender de factores actitudinales e institucionales que incrementan en ciertas épocas el compromiso de los jueces con sus derechos. Esos factores pueden estar asociados a la estructura institucional de la judicatura, así como a la filiación partidaria, la identidad personal o las relaciones interpersonales de los jueces. Como no todos los sistemas de control judicial satisfacen estas condiciones y existe escasa evidencia empírica sobre otros factores igualmente influyentes, no puede sostenerse, *como tesis general*, que el control judicial protege mejor el legislativo, en cualquier sistema, los derechos de las minorías.

En segundo lugar, el artículo sugiere que el control judicial puede justificarse solo cuando la escasa capacidad del proceso democrático para proteger los derechos de las minorías no sea consecuencia de la misma existencia del control judicial. Existen buenas razones para creer que, al menos en ciertos contextos, el control judicial puede desincentivar la función protectora de las mayorías. Por ejemplo, puede incentivar a los representantes de las minorías a apoyar las iniciativas de las mayorías, o motivar a los representantes de las mayorías a radicalizarse en sus posiciones anti-minoritarias. Además, puede reducir el interés de las mayorías legislativas por los asuntos constitucionales y relegar su función a la mera producción de políticas públicas.

Finalmente, el artículo sugiere que la legitimidad para tomar decisiones sobre los derechos de las minorías dependerá finalmente de un balance entre el valor instrumental y el valor intrínseco tanto del control judicial como del proceso legislativo. Para que el control judicial de la ley sea legítimo, su capacidad para proteger derechos debe ser tan elevado que ayude a compensar su desvalor moral o a corregir el desvalor moral que, en ciertos contextos, pueda tener el proceso legislativo.

REFERENCIAS

- Alexander y Schauer, F. (1997). On Extrajudicial Constitutional Interpretation. *Harvard Law Review*, 110(7), 1359-1387.
- Alexy, R. (2014). Constitutional Rights, Democracy, and Representation. *Ricerche Giuridiche*, (3)2, 197-209.
- Bayón, J. C. (2004). Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En J. Betegón, F. Laporta, J. R. de Páramo, L. Prieto Sanchís (eds.), *Constitución y derechos fundamentales* (67-138). CEPC.
- Boyd, C., Epstein, L. y Martin, A. (2010). Untangling the Causal Effects of Sex on Judging. *American Journal of Political Science*, 54 (2), 389-411.
- Brace, P. y Gann Hall, M. (1995). Studying Courts Comparatively: The View from the American States. *Political Research Quarterly*, 48(1), 5-30.

- Buriticá-Arango, E. (2020). Control de constitucionalidad y desacuerdos razonables: los derechos de las parejas homosexuales en la jurisprudencia constitucional de España y Colombia. En C. Garzón. *Constitución, principios y derechos*. Editorial ucc.
- Celis-Vela, D. (2021). La tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional. *International Journal of Constitutional Law*, 19(4), 1261-1290
- Ceva, E., y Zuolo, F. (2013). A Matter of Respect: On Majority-Minority Relations in a Liberal Democracy. *Journal of Applied Philosophy*, 30(3), 239-253.
- Casper, J. (1976.) The Supreme Court and National Policy Making. *The American Political Science Review*, 70(1), 50-6.
- Chemerinski, E. (1987). *Interpreting the Constitution*. Praeger Publishers.
- Dahl, R. (1957). Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-maker. *J. of Public Law*, 6, 279-95.
- Dworkin, R. (1985). *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- Ellis, W.C. y Wilson, W.C. (2013). Minority Chairs and Congressional Attention to Minority Issues: The Effect of Descriptive Representation in Positions of Institutional Power. *Social Science Quarterly*, 94(5), 1207-1221.
- Ely, J.H. (1980). *Democracy and Distrust*. Harvard University Press.
- Fallon, R. (2008). The Core of an Uneasy Case for Judicial Review. *Harvard Law Review*, (121), 1693-1723.
- Ferrajoli, L. (1992). El derecho como sistema de garantías. *Jueces para la Democracia*, 16-17, 61-69.
- Fox, J. y Stephenson, M. (2015). The welfare effects of minority-protective judicial review. *Journal of Theoretical Politics*, 27(4), 499-521.
- Glyn, A. y Sen, M. (2015). Identifying Judicial Empathy: Does Having Daughters Cause Judges to Rule for Women's Issues? *American Journal of Political Science*, 59(1), 37-54.
- Hamilton, A. (1788). The Federalist 78: A view of the constitution of the judicial department in relation to the tenure of good behaviour. En Hamilton, A.; Madison, J. y Jay, J. *The Federalist Papers* (374-377). Oxford: Oxford University Press.
- Harel, A. y Kahana, T. (2010). The Easy Core Case for Judicial Review. *Journal of Legal Analysis* (2)1, 227-256.
- Hübner-Mendes, C. (2013). *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford University Press.
- Kastellec, J.P. (2013). Racial Diversity and Judicial Influence on Appellate Courts. *American Journal of Political Science*, 57 (1), 167-183.

- Kelsen, H. (2009) [1931]: ¿Quién debe ser el defensor de la constitución? En Schmitt, C. y Kelsen, H. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*. Madrid, Tecnos.
- Kramer, L. (2004). *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford University Press.
- Lafont, C. (2020). *Democracy without Shortcuts*. Oxford: Oxford University Press.
- Mansbridge, J. (1999). Should Blacks Represent Blacks and Women Represent Women? A Contingent “Yes”. *The Journal of Politics*, (61)3, 628-657.
- Peresie, J. (2005). Judges Matter: Gender and Collegial Decision-making in the Federal Appellate Courts. *The Yale Law Journal*, 114 (7), 1759-1790.
- Pildes, R. (2004). Democracia y representación de intereses minoritarios. *Fundamentos*, 3, 1-28.
- Pitkin, H. (1967). *The Concept of Representation*. University of California Press.
- Romero, F. (2000). The Supreme Court and the Protection of Minority Rights: An Empirical Examination of Racial Discrimination Cases. *Law & Society Review*, 34(2), 291-313.
- Sobolewska, M., McKee, R. y Campbell, R. (2018). Explaining motivation to represent: how does descriptive representation lead to substantive representation of racial and ethnic minorities? *West European Politics*, (41)6, 1237-1261.
- Sunstein, C., Schkade, D., Ellman, L. M., y Sawicki, A. (2006). *Are Judges Political?* Bookings Institution Press.
- Schubert, G. (1965) *The Judicial Mind: The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices, 1946-1963*. Evanston: Northwestern Univ. Press.
- Tushnet, M. (1999). *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton University Press.
- Tribe, L. (2000). *American Constitutional Law*. (3rd ed.). Foundation Press, 2000.
- Van Parijs, P. Justice and Democracy: Are they Incompatible? *The Journal of Political Philosophy*, 4(2), 1996, 101-117
- Van Reybrouck, *Against Elections, The Case for Democracy*. Londres: Random House, 2016.
- Vermeule, A. (2006). *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Harvard University Press.
- Waldron, J. (1999). *Law and Disagreement*. Oxford University Press.
- Waldron, J. (2006). The Core of the Case against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115, 1346-1406.
- Waldron, J. (2016). *Political Political Theory*. Harvard University Press.
- Whittington, (2007). *Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*. Princeton University.