

LEGISLACIÓN, DESACUERDOS Y CONTROL JUDICIAL: UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA OBRA DE JEREMY WALDRON

ARTÍCULO

JUAN PABLO CARRILLO RAMOS*

Introducción.....	805
I. A propósito de la legislación: El rol de los parlamentos desde el positivismo jurídico.....	807
II. Legislar en medio de desacuerdos.....	810
III. La idea de los derechos y los límites a la legislación. ¿Control judicial de constitucionalidad?	813
IV. Consideraciones críticas	819
Conclusión.....	827

INTRODUCCIÓN

En los tiempos que corren, la función legislativa y —sus exponentes por excelencia en un sistema democrático representativo— los parlamentos, no gozan de buena fama. Al calor de los vaivenes de la política, los parlamentos han ido adquiriendo progresivamente una mala reputación. La realidad pareciera mostrarnos que estos han sido cooptados por intereses particulares, que el cabildeo o *lobby* se ha apoderado de ellos, y que lentamente se ha ido pulverizando el debate público para el cual —según se dice— fueron originalmente contruidos. Pareciera ser que en el sentido común existiera una convicción de que “hay algo malo en un sistema en que una legislatura electa, dominada por partidos políticos y que toma sus decisiones basadas en la regla de la mayoría, tenga la última palabra en materia de derechos y principios”.¹

La perplejidad llega a ser mayor cuando constatamos que esta sensación no solo está presente en la opinión pública, sino también, explícita o implícitamente, en parte considerable de la filosofía del derecho contemporánea —en particular, aquella vinculada a la tradición liberal—. Se podría sostener que ella, de forma predominante, se ha centrado más bien en el rol que cumplen los tribunales de justicia por sobre los procesos de creación legislativa que tienen lugar en los parlamentos. Al respecto, cabe preguntarse, ¿por qué en nuestra reflexión filosófica es tan central la función judicial, mientras que

* Egresado de Derecho, Universidad de Chile. Ayudante de las cátedras de Introducción al Derecho y Derecho Constitucional, Universidad de Chile (2008-2014). Estudiante de intercambio, Escuela de Derecho, Universidad de Puerto Rico (2010). El autor agradece al equipo editorial de la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico por sus opiniones y sugerencias que, a su juicio, enriquecieron considerablemente el presente trabajo.

1 JEREMY WALDRON, THE DIGNITY OF LEGISLATION 4 (1999) (traducción suplida).

la función legislativa pareciera ser embarazosa, problemática y condenada a la periferia de nuestras consideraciones? ¿No hay acaso un vacío teórico que es necesario llenar, una problemática a la cual urge dar respuesta?

A partir de interrogantes como éstas, el filósofo y jurista Jeremy Waldron² ha emprendido un camino que, desde la filosofía del derecho,³ pretende hacerse cargo de la real importancia que tiene la función legislativa en las democracias representativas contemporáneas. Teniendo en consideración lo que el filósofo, político, y jurista Roberto M. Unger ha denominado como uno los *secretos más oscuros* de la teoría del derecho contemporánea, esto es, su incomodidad con las formas democráticas de producción del derecho;⁴ es que Waldron señala la existencia de una verdadera *intoxicación* en la teoría del derecho, producida por la preocupación excesiva y sostenida que se ha tenido por temas tales como el rol de los jueces, el razonamiento judicial, la justicia constitucional, entre otros.⁵ A contracorriente de la marcada tendencia ya señalada, y situándose desde la tradición liberal, el autor se compromete firmemente con la tarea de “tratar de recuperar y destacar maneras de pensar acerca de la legislación que la presenten como un modo digno de gobernanza y una fuente respetable del derecho”.⁶

El presente artículo tiene por objetivo examinar críticamente algunos aspectos de la obra de Waldron que se encuentran en correspondencia con la línea de investigación y reflexión recién aludida. En primer lugar, se aborda su defensa de la legislación como una forma digna de producir el derecho, destacando la importancia que el autor le entrega a

2 Jeremy Waldron (1953) es un jurista y filósofo neozelandés; actualmente es una de las voces más importantes en materias de teoría del derecho en la academia anglosajona. Su formación universitaria la inició en la Universidad de Otago, Nueva Zelanda, en donde obtuvo grados en filosofía (BA) y derecho (LLB), en 1974 y 1978 respectivamente. En 1986 se doctoró en filosofía jurídica (DPhil) en el Lincoln College de la Universidad de Oxford, Reino Unido, con una tesis guiada por Ronald Dworkin y Alan Ryan, sobre la justificación de la propiedad privada. La carrera académica de Waldron ha sido realmente itinerante, puesto que ha ocupado posiciones en diversas instituciones universitarias, entre las que podemos destacar la Universidad de Edimburgo (1983 a 1987), la Universidad de California, en Berkeley, específicamente en su programa *Jurisprudence and Social Policy* (1987 a 1996), la Universidad de Princeton (1996 a 1997) y la Universidad de Columbia (1997 a 2006). En la actualidad ostenta el rango de *University Professor* en la Universidad de Nueva York (en donde ejerce la docencia desde el año 2006). Además, y en conjunto con su trabajo en la Universidad de Nueva York, fue entre 2010 y 2014 *Chichele Professor* de Teoría Social y Política en el All Souls College de la Universidad de Oxford. En su trayectoria —situándose desde la tradición liberal— además de estudiar la propiedad privada, ha abordado asuntos tales como el Estado de derecho (*Rule of Law*), historia de las ideas políticas, la falta de vivienda, la problemática de la tortura y el control judicial de constitucionalidad de la legislación (*judicial review*). Su visión crítica sobre este último ha sido, sin duda, la parte de su obra que más se ha difundido, y por la cual ha obtenido mayor notoriedad internacional —especialmente a partir de su libro *Law and Disagreement* de 1999, el que fue publicado en español bajo el título de *Derecho y Desacuerdos* en el año 2005. Este artículo se restringe a la exposición y análisis crítico de la postura de Waldron sobre el control judicial de constitucionalidad, y a otras temáticas que en su trabajo se encuentran estrechamente relacionadas con la misma, tales como el rescate filosófico de la función legislativa para el positivismo jurídico, la importancia de los desacuerdos en el proceso legislativo, la idea —o lenguaje— de los derechos y la noción de límites a la legislación.

3 Para evitar equívocos, cabe señalar que Waldron en su obra no distingue entre teoría y filosofía del derecho, por lo mismo en este trabajo se utilizan indistintamente ambas expresiones.

4 ROBERTO M. UNGER, *WHAT SHOULD LEGAL ANALYSIS BECOME?* 72-73 (1993).

5 JEREMY WALDRON, *DERECHO Y DESACUERDOS* 17 (José Luis Martí & Águeda Quiroga, trads., Editorial Marcial Pons 2005) (1999).

6 WALDRON, *THE DIGNITY OF LEGISLATION*, *supra* nota 1, en la pág. 2 (traducción suplida).

que ésta sea resultado de procesos que ocurren en parlamentos o asambleas legislativas. En segundo lugar, se hace referencia al sitio que han de ocupar los desacuerdos en un modelo de democracia no utilitarista propuesto por el académico neozelandés, el que tiene como premisa la existencia de una motivación genuina en los ciudadanos y sus representantes de estar persiguiendo el interés general, pese a las profundas diferencias que pueda haber en la sociedad. En tercer lugar, se explican las razones otorgadas por el autor —en su debate con Ronald Dworkin— para rechazar el denominado control judicial de constitucionalidad, poniendo un especial acento en su particular interpretación de la idea —o discurso— de los derechos y de límites a la legislación. Por último, se expone una serie de consideraciones a partir de la comparación de los planteamientos de Waldron con elementos de propuestas teóricas perteneciente a diversas corrientes del pensamiento crítico y el contraste con algunas experiencias contemporáneas; concluyéndose que, en torno a las temáticas ya mencionadas, si bien la obra de Waldron resulta valorable, ésta se encuentra condicionada por la posición filosófica desde donde se produce, aportando finalmente elementos para la elaboración de una alternativa que dé cuenta de las profundas causas de los desacuerdos y el lugar que en torno a los mismos le toca a la judicatura.

I. A PROPÓSITO DE LA LEGISLACIÓN: EL ROL DE LOS PARLAMENTOS DESDE EL POSITIVISMO JURÍDICO

¿Cómo pensar el rol de los parlamentos desde la teoría del derecho? ¿Qué claves conceptuales han de ser usadas? La discusión abierta por Waldron ciertamente es provocadora, como lo es también el lugar desde donde se sitúa para intentar responder estas interrogantes. Haciéndose cargo de la recurrente omisión cometida por el positivismo jurídico, acude a dicha tradición en el afán de encontrar elementos que le permitan reflexionar sobre la función legislativa. Si bien mantiene la idea de la artificialidad del derecho positivo, problematiza ciertos supuestos teóricos básicos que, explícita o implícitamente, han marcado la explicación respecto a cómo se produce el derecho.

Una de sus principales problematizaciones surge a partir de una constatación que nos puede parecer evidente y obvia, pero que curiosamente ha sido resistida sistemáticamente por la filosofía del derecho, incluyendo la tradición positivista. Esto es, que la legislación no es fruto de la acción de una persona en su individualidad, sino de una amplia y numerosa asamblea de personas. En este sentido, la teoría ha tendido a desconectarse de la realidad, alejándose de ciertas intuiciones elementales que fundamentan nuestras prácticas políticas. Una de dichas intuiciones, a juicio de Waldron, sería que actuamos bajo un “instinto constitucional a favor de la *creación de derecho por parte de una asamblea*. . .”⁷

Uno de los fundamentos de dicha resistencia teórica al mencionado *instinto constitucional* radica en una concepción elitista de la política, la cual desconfía de las capacidades de la ciudadanía para ejercer el autogobierno. A juicio de quienes miran con recelo que sean las asambleas legislativas las que tengan la última palabra a la hora de definir lo que vale como derecho, dichas asambleas —debido a su amplitud— pueden transformarse en un obstáculo para un proceso racional de deliberación que culmine en la creación de una

7 WALDRON, DERECHO Y DESACUERDOS, *supra* nota 5, en la pág. 73.

ley.⁸ Bajo esta óptica, una asamblea numerosa podría ser *infectada* por personas que no estén capacitadas para el arte de legislar, como también podría ser el espacio idóneo para que se desaten las pasiones y el espíritu de facción.⁹

En el afán de responder a estos ataques a los cuerpos legislativos, Waldron acude a las ideas de uno de los precursores de la tradición liberal, el filósofo inglés John Locke. Además de defender la labor de lo que llama *poder legislativo*, Locke ensalza el ejercicio que realiza una asamblea o parlamento. Así, nos dice que los hombres “no podrían sentirse seguros, tranquilos y formando parte de una sociedad civil hasta que la facultad de dictar leyes fuese depositada en manos de un cuerpo colectivo, ya recibiera éste la denominación de ‘senado’, ‘parlamento’, o cualquier otra”.¹⁰

En dirección opuesta a Locke, la filosofía del derecho ha reflexionado mayoritariamente sin hacer referencia a las características estructurales de los parlamentos.¹¹ A partir de este olvido, se ha privilegiado en el análisis el uso irreflexivo de un modelo unitario de legislador, por medio del cual este sería asimilado a la voluntad de una sola persona o individuo, dejando de lado la complejidad que presenta el proceso legislativo cuando se lleva a cabo en una asamblea. Dicha situación, asumida con una evidente naturalidad, ha permeado hasta los más recónditos lugares de la teoría del derecho, lo que incluye, por cierto, el positivismo jurídico. Al respecto, Waldron señala:

Ciertamente tanto en la obra de Jeremy Bentham como en la de John Austin encontramos una inclinación hacia la idea, que por supuesto coincidía con la realidad política de la Inglaterra de su tiempo, de que el [p]arlamento podía ser un órgano amplio y numeroso. En todo caso, la forma de presentar la idea de la soberanía legislativa en dichas teorías siguió siendo firmemente individualista.¹²

A juicio del autor, se presenta un problema mayor, en lo que a teoría general del derecho se refiere, puesto que desde un punto de vista filosófico parecería irrelevante si un órgano legislativo estuviese compuesto por una o por muchas personas. Quienes parten de esta visión consideran que la tarea de la teoría del derecho sería mostrar “aquello que tienen en común la legislación aprobada por un príncipe en un emirato en el Golfo Pérsico y la del Congreso estadounidense o la del *Bundestag* alemán”.¹³ Esta obsesión teórica por

8 *Id.* en las págs. 63-66.

9 Este resquemor de la participación democrática, podemos hallarlo en los albores del constitucionalismo liberal; lo queda en evidencia en *El Federalista N°10* de James Madison, en donde dicho autor contrapone el principio representativo (identificado con la república) a la democracia directa, a fin de defender los derechos de una élite (los propietarios). Véase James Madison, *El Federalista, X*, en *EL FEDERALISTA 37-38* (Fondo de Cultura Económica 1982). En cambio, Waldron, si bien defiende el principio representativo, ello lo hace en el afán de valorar y abogar por la democracia representativa por sobre la democracia directa. A su juicio, la primera ha de reflejar la diversidad de opiniones, experiencias e intereses de la sociedad. Véase JEREMY WALDRON, *POLITICAL THEORY* 125-44 (2016).

10 JOHN LOCKE, *SEGUNDO TRATADO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL: UN ENSAYO ACERCA DEL VERDADERO ORIGEN, ALCANCE Y FIN DEL GOBIERNO CIVIL* 95 (Tecnos 2006).

11 WALDRON, *THE DIGNITY OF LEGISLATION*, *supra* nota 1, en la pág. 37.

12 WALDRON, *DERECHO Y DESACUERDOS*, *supra* nota 5, en la pág. 55.

13 *Id.* en la pág. 58.

intentar que todo sea explicable en un modelo único y aparentemente neutral es puesta en duda por Waldron, en la medida que la misma podría significar un nivel demasiado alto —y hasta absurdo— de abstracción, en el cual no tengamos más opción que ignorar los rasgos que diferencian a las mismas fuentes del derecho entre sí.¹⁴ Así por ejemplo, nos señala el autor, que si tomamos los supuestos que fundamentan esta pretensión teórica del modelo único podemos llegar al extremo de diluir la diferenciación, hoy ampliamente aceptada, entre legislación y costumbre, ello en función de encontrar una explicación en la que calce toda fuente del derecho. De esta forma se erosionaría la creación artificial del derecho positivo, uno de los fundamentos elementales del positivismo jurídico.¹⁵

El modelo de legislador unitario es también criticado por Waldron en sus manifestaciones particulares, siendo una de las más comunes la marcada tendencia a realizar interpretaciones de la ley en función de la supuesta intencionalidad que tuvo el legislador al momento de su aprobación. En este ejercicio, se utiliza de manera evidente el presupuesto teórico de un legislador individual, y como bien señala Waldron, el mismo no considera que las leyes “[s]on producidas por deliberaciones de grandes asambleas . . . cuya pretensión de autoridad . . . consiste en su capacidad para integrar una diversidad de propósitos, intereses y objetivos entre sus miembros en el texto de un único resultado legislativo”.¹⁶ Constatar esto, a juicio del autor, tiende a socavar todo aquel discurso sobre las intenciones del legislador, ya que sólo podemos referirnos a la especificación formal de que un acto ha sido realizado —entiéndase la aprobación de una ley. De esta forma, si deseamos apelar a una supuesta intencionalidad —o algo similar— de un acto de legislación, solo podremos ceñirnos a las palabras que fueron utilizadas en su sentido convencional, en el idioma en que se han proferido.¹⁷ Esto constituye una situación radicalmente diferente a lo que ocurre en el caso de una persona natural que expresa su voluntad individual, ya que bajo este supuesto nos encontraríamos ante una situación que va más allá del mero acto de habla, pues existiría la posibilidad de indagar en los profundos motivos mentales que lo llevaron a decir o hacer algo.¹⁸

La defensa de la legislación hecha por Waldron no es algo aislado en su producción teórica, sino que, por el contrario, se encuentra estrechamente unida a sus concepciones acerca de lo que el derecho efectivamente es, y cuáles han de ser los límites que se han de imponer a la actividad judicial. En este sentido, la postura de Waldron se enmarca en lo que se ha denominado positivismo normativo —o ético—, corriente que tiene como uno de sus supuestos básicos la necesaria separación entre derecho y moral. Para esta posi-

14 *Id.*

15 Siguiendo las categorías formuladas por Hart, es posible plantear que la utilización extrema del *modelo unitario* tiende a diluir la distinción entre sociedades pre-jurídicas y jurídicas. Las primeras se caracterizan por la existencia tan sólo de reglas primarias (que imponen obligaciones cuyo incumplimiento trae aparejado una sanción), mientras que en las segundas hay una unión de reglas primarias y secundarias (éstas últimas son aquellas que confieren facultades para la creación, modificación o extinción de obligaciones). Las reglas secundarias se dividen a su vez en reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación. Cf. H. L. A. HART, *EL CONCEPTO DE DERECHO* 99-153 (Genaro Carrió, trad., 1968) (1961).

16 WALDRON, *DERECHO Y DESACUERDOS*, *supra* nota 5, en la pág. 145.

17 *Id.* en la pág. 170.

18 *Id.*

ción, minoritaria dentro del positivismo jurídico, introducir consideraciones morales en el proceso de adjudicación de la ley implicaría socavar el valor de la legislación democrática, es decir, la autoridad de los parlamentos. A juicio del autor, los múltiples desacuerdos morales presentes en la sociedad no deben resolverse en la esfera judicial, pues no le ha de corresponder al juez solucionar dichos desacuerdos. Esta labor ha de ser única y exclusivamente de las asambleas legislativas electas democráticamente. En otras palabras, el positivismo normativo sostiene que el ejercicio realizado por los jueces, de determinar lo que se considera como derecho y de qué manera éste ha de aplicarse, no debe depender de criterios ni razones morales.¹⁹

Bajo este prisma, el parlamento constituye el lugar institucional en donde los conflictos sociales han de internalizarse, el espacio idóneo en que han de resolverse los profundos desacuerdos morales y políticos en medio de los cuales vivimos. Por esto es que urge, para Waldron, rescatar la *dignidad de la legislación*.

De lo anterior se puede apreciar con claridad que los esfuerzos de Waldron van mucho más allá de meramente constatar el rol de las asambleas o parlamentos en el proceso de creación de la ley. No es una simple descripción de los procedimientos, o de cómo operan las dinámicas y relaciones políticas —de negociación, por ejemplo, entre los congresistas— tal como lo podría hacer la ciencia política; sino, más bien, constituye una labor que considera las consecuencias teóricas que implica partir de la base de reconocer que, en los estados organizados bajo el modelo de la democracia representativa, se legisla primordialmente a través de asambleas cuyos miembros han sido electos por la ciudadanía. Ello significaría desarrollar un modelo alternativo al predominante que, entre otras cosas, sirva como base para enfrentar el sinnúmero de críticas que la función y órganos legislativos han recibido tanto desde adentro como afuera de la filosofía del derecho.²⁰

II. LEGISLAR EN MEDIO DE DESACUERDOS

¿Bajo qué supuestos básicos se ha de construir este modelo alternativo? ¿Qué fundamentos teóricos le habrán de servir de soporte?

En su reflexión, Waldron parte de la base de que la política se desarrolla en condiciones muy particulares, las cuales tiene presentes a la hora de plantear un modelo que persiga comprender el funcionamiento de la legislación. Dichas condiciones son identificadas por el autor a través de lo que él denomina —parafraseando a Rawls— como *circunstancias de la política*;²¹ las que, a su juicio, son dos: (1) la existencia de desacuerdos; y (2) la necesidad

19 Véase también Jeremy Waldron, *El positivismo normativo (o ético)*, en CAUSAS PÉRDIDAS: ENSAYOS DE FILOSOFÍA JURÍDICA, POLÍTICA Y MORAL 125-44 (Miguel E. Orellana ed., 2010). Cf. Fernando Atria, *La ironía del positivismo jurídico*, 27 DOXA 81 (2004); FERNANDO ATRIA, *LA FORMA DEL DERECHO* 77-94 (2016). Para una crítica nacida al interior de la familia positivista véase José Juan Moreso, *El positivismo jurídico, la aplicación del derecho y la interpretación de la Constitución*, 14 DERECHO Y HUMANIDADES 37 (2008) (en la que se defiende una versión inclusiva la cual no rechaza una *lectura moral de la Constitución*).

20 WALDRON, *THE DIGNITY OF LEGISLATION*, *supra* nota 1, en la pág. 1 (traducción suplida).

21 Rawls habla de las *circunstancias de la justicia* para referirse a “las condiciones normales en las cuales la cooperación humana es tanto posible como necesaria”. Véase JOHN RAWLS, *TEORÍA DE LA JUSTICIA* 122-25 (María Dolores González, trad., Fondo de Cultura Económica 1971). (No es el objetivo de este trabajo adentrarse en la clasificación propuesta por Rawls; lo que no obsta a señalar que, en uno de sus núcleos argumentativos, Waldron toma prestada una expresión *rawlsiana*, modificándola parcialmente y dándole un nuevo contenido).

que tenemos, pese a la existencia de éstos, de seguir un curso de acción común.²² Como es de esperarse, el autor sostiene que son los parlamentos las instituciones llamadas a hacerse cargo de las circunstancias recién mencionadas y no la judicatura.

Al respecto, bien sabemos que en el mundo contemporáneo las asambleas legislativas “[s]e estructuran de un modo tal que representan (o pretenden representar) los desacuerdos más serios y sustantivos que existen en la sociedad. . .”.²³ A diferencia de los tribunales, las asambleas legislativas tienen una imagen de sí mismas de ser órganos en los cuales sus miembros son partes implicadas en el asunto que discute y pretende resolver; o, en otras palabras, podemos decir que “los [p]arlamentos incorporan los desacuerdos en sus propios procedimientos, y toman decisiones en este marco”.²⁴ ¿Cómo se habrá de abordar estos desacuerdos de modo tal que se rescate la *dignidad de la legislación*?

En el ejercicio de promover este rescate, Waldron discute con aquellas visiones según las cuales la deliberación democrática tendrá éxito cuando ésta se incline hacia el consenso de los participantes, y no en los casos en que ante la carencia del mismo haya que decidir los desacuerdos mediante una votación mayoritaria. Para el autor, un modelo de democracia deliberativa que se erija sobre esta premisa es abiertamente cuestionable. En este sentido, plantea que este modelo se sostiene en la idea de que el consenso —en el que se dice se ha de expresar el interés general— ha de ser el fruto de la interacción de múltiples intereses particulares luego de que estos sean procesados a la luz de los procedimientos institucionales correspondientes.²⁵ Sin embargo, ¿qué ocurre en el caso de que existan profundos desacuerdos en torno a asuntos que se estiman en sí mismos como de interés general? ¿Resultaría tan pacífico hablar de consenso en esos escenarios?

Waldron decide tomarse estas interrogantes en serio y para ello recurre a lo que llama el *modelo rousseauniano de democracia*. En contraposición a un enfoque utilitarista de la política, invoca la noción de voluntad general para elaborar una propuesta teórica alternativa que dé cuenta de estos problemas. La apropiación que el autor hace del concepto de Rousseau es peculiar, puesto que la realiza a partir de la posición inicial de un ciudadano individual que lleva a cabo algún tipo de acción política. Así, desde el acto mismo de elección de representantes hasta la votación de un proyecto de ley en el parlamento, el ciudadano debe expresar una opinión que no nazca de su propio autointerés, sino más bien de lo que él cree que el interés general necesita, opinión que, por cierto, puede ser acertada o no.²⁶

En definitiva, lo relevante del modelo que propone Waldron pasa a ser la actitud que hemos de atribuirle a los sujetos que participan en la toma de decisiones políticas y legislativas, siendo elemental que ésta sea movida por intereses de tipo general para que podamos desarrollar una teoría que rescate y le dé dignidad a la tan atacada y criticada función legislativa. Por tanto, las materias a las que los desacuerdos hacen referencia,

22 WALDRON, DERECHO Y DESACUERDOS, *supra* nota 5, en la pág. 124.

23 *Id.* en la pág. 32.

24 *Id.* en la pág. 33.

25 Jeremy Waldron, *Deliberación, desacuerdo y votación*, en DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y DERECHOS HUMANOS 249-67 (H. Hongju Koh & R. C. Slye, eds., 2004).

26 JEREMY WALDRON, LIBERAL RIGHTS: COLLECTED PAPERS 1981-1991, 397-400 (1993) (traducción suplida).

no pueden ser meras manifestaciones de caprichos individuales, sino que, más bien, habrán de versar sobre cuestiones de principios, tales como el bien común, la justicia, y los derechos. Dichos desacuerdos pueden ser profundos, y explicarse por la diversidad de posiciones morales y políticas existentes en la sociedad, las cuales pueden incluso llegar a ser antagónicas e irreconciliables, subsistiendo aún después de que hayan sido resueltos por la legislatura.

Uno de los ejemplos de desacuerdos de mayor actualidad, cuya profundidad no puede explicarse sino por estar fundada en discrepancias respecto de lo que se considera mejor para el interés general de la sociedad, lo es la discusión relativa a la legalización del aborto. Así, por un lado, podemos mencionar diversas agrupaciones feministas que defienden dicha idea en el marco de una agenda que persigue consagrar y asegurar para las mujeres los denominados derechos sexuales y reproductivos. En la vereda contraria se ubican los grupos conservadores que se oponen persistentemente a la legalización del aborto bajo el argumento de defender la vida del que está por nacer, de ahí que se autodenominen como *pro-vida*. Resulta difícil —por no decir imposible— explicar diferencias tan abismales bajo el supuesto de que ambas posturas están motivadas por un autointerés en sentido utilitarista. Lo más plausible y razonable sería plantear que en este caso estamos en presencia de un conflicto acerca de los principios básicos de la vida social.²⁷ A raíz de ello, ¿puede una decisión legislativa zanjar definitivamente un desacuerdo de tales características? ¿Acaso el sector que no ve reflejada su postura en la legislación dejará de luchar por los cambios que estima como necesarios? El caso del aborto es, ciertamente, una expresión paradigmática de un debate cuya posibilidad de clausura resulta sumamente difícil y compleja.

A la luz de lo anterior, si entendemos los desacuerdos en clave rousseauiana, entonces las asambleas legislativas habrán de ser espacios de deliberación en donde se tratan temas de principios, de interés público, y en las cuales sus miembros adoptarán una postura de búsqueda del bien común, aun cuando sabemos que las visiones que se tienen respecto del mismo pueden ser radicalmente opuestas. En este sentido, si retomamos el cuestionamiento inicial a cierta versión de la democracia deliberativa, vale la pena que nos preguntemos si es o no artificioso intentar forzar el consenso sobre materias en las cuales sabemos que seguiremos discrepando aun después de ser resueltas por la legislación. No obstante, y pese a que el consenso se vuelve imposible, lo que se decida habrá de ser respetado por todos y todas.

Necesitamos, por tanto, dotarnos de mecanismos que sean capaces de hacer compatibles la deliberación, los desacuerdos y la necesidad imperiosa de seguir un curso de acción común. En otras palabras, una institucionalidad que se haga cargo de las *circunstancias de la política*. La propuesta de Waldron nace de la convicción de que la creación legislativa ha de partir del pleno reconocimiento de nuestros desacuerdos, evitando a toda costa esquivarlos.²⁸ A su parecer, y en la dirección opuesta de los apologistas del consenso, la solución que logra dar cuenta de mejor manera estas cuestiones es simplemente el voto mayoritario, el que a su juicio debe entenderse como

27 *Id.* en la pág. 410 (traducción suplida).

28 WALDRON, DERECHO Y DESACUERDOS, *supra* nota 5, en la pág. 36.

la culminación natural del proceso deliberativo.²⁹ ¿Si nuestros desacuerdos persisten y el afán de buscar consensos no es una idea satisfactoria, qué hacer sino someter nuestras diferencias a una votación? ¿Hay otro modo de resolverlas? ¿Y si asumimos que existe la posibilidad de que tales desacuerdos, debido a su profundidad, se mantengan en el tiempo, acaso la minoría no puede transformarse en mayoría y así revertir una decisión a la cual se han opuesto?

La respuesta pareciera ser elemental, no obstante, y como Waldron pone en evidencia, pareciera ser que lo que nos resulta problemático no es el mecanismo de votación mayoritaria en sí mismo, sino que sean los parlamentos los que lo practiquen. ¿Acaso los tribunales colegiados no someten a votación las diversas posturas surgidas en su interior? ¿Se cuestiona, si quiera mínimamente, el principio mayoritario ejercido en el seno de la judicatura? Claramente, no. Esto cobra mayor importancia si consideramos que, en buena parte del mundo, existen tribunales que tienen la última palabra en materia de determinar que leyes son válidas en conformidad a lo dispuesto por la Constitución. Situación que pareciera ser reflejo de la existencia de una extendida incomodidad con el ideal democrático mayoritario.

III. LA IDEA DE LOS DERECHOS Y LOS LÍMITES A LA LEGISLACIÓN. ¿CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD?

Como se dijo anteriormente, los desacuerdos pueden referirse a asuntos cuyas discusiones tienen en su centro la idea de los derechos, cuestión que guarda una estrecha relación con el debate en torno a que sean o no las asambleas legislativas las que definan el sentido y alcance de éstos. Esta situación puede generar la tentación de creer que, si se confía la protección de tales derechos a un grupo de hombres y mujeres, los cuales discrepan sobre su contenido, esto equivaldría a dejar a las personas de una comunidad política desprotegidas. Ello, porque se dejaría una decisión tan fundamental como esta al arbitrio y discrecionalidad de las mayorías que en un determinado momento pueden llegar a controlar el parlamento. Se estaría así ante el riesgo de lo que se ha denominado como la *tiranía de la mayoría*, un peligro potencial debido al cual pareciera hacerse urgente la imposición de límites a la legislación.

La respuesta de las posturas predominantes dentro del constitucionalismo liberal ha sido establecer cierto diseño institucional, en el cual juega un rol fundamental lo que se conoce como el *control judicial de constitucionalidad* o *judicial review*. Dicho control, para el enfoque en cuestión, ha de ser realizado por un órgano jurisdiccional ajeno y externo a las asambleas legislativas. Este órgano jurisdiccional podría declarar si una ley es o no constitucional; y en el caso de que llegase a no serlo, esta ley carecería de toda eficacia y desaparecería del mundo jurídico. En esta corriente teórica se inscribe el pensamiento de Ronald Dworkin.

Para Dworkin, el control judicial de constitucionalidad juega un rol favorable en un sistema democrático, ello en razón de que permite proteger los derechos de las personas, al quitarles la decisión final sobre estos a las asambleas legislativas y entregárselo a un

29 Waldron, *Deliberación, desacuerdo y votación*, supra nota 25.

órgano jurisdiccional, como, por ejemplo, la Corte Suprema de Estados Unidos. Según sostiene, dicho control de las mayorías legislativas es una condición necesaria para la democracia.³⁰ Así, esta sería entendida, en palabras simples, como el gobierno de las mayorías, que a su vez respeta los derechos de las minorías, correspondiéndole a la judicatura la protección y garantía de estos últimos; ello constituye el esquema o modelo que comúnmente se ha denominado bajo el rótulo de *democracia constitucional*. Frente a tales presupuestos, aparentemente incuestionados, Waldron reacciona poniéndolos en entredicho —labor que constituye uno de los aspectos más importantes y conocidos de su obra.

Respecto del cuestionamiento hecho por Waldron al control judicial cabe destacar el lugar desde donde proviene la crítica y los fundamentos que la sostienen. Como ya se ha dicho, el autor habla desde el liberalismo político y, por ende, las premisas de su razonamiento responden a las claves conceptuales de dicha tradición. Por lo mismo, no es de extrañar que su argumentación —al igual que en Dworkin— tenga como base una concepción de la democracia que considera la idea de los derechos como uno de sus requisitos. Al respecto, Waldron hace alusión a dos categorías principales de derechos: a) los que son constitutivos del proceso democrático, en este caso, el derecho de participación, considerado como el derecho de los derechos; y b) los que sin ser constitutivos son una condición necesaria para la legitimidad de la toma de decisiones democráticas, como la libertad de expresión y la libertad de asociación.³¹

Pese a coincidir en lo básico, Waldron le refuta a Dworkin su defensa del control judicial de constitucionalidad. Uno de los tópicos en torno a los cuales gira esta refutación es la cuestión de la legitimidad. ¿Es legítimo que la última palabra en materia de legislación la tenga un grupo de personas que no han sido electas por la ciudadanía? ¿Si estimamos que es ilegítimo, qué razones habremos de dar para sostenerlo?

Al respecto, las críticas de Waldron suelen ir a la médula de lo defendido por su contradictor. Dworkin pone en entredicho la posibilidad de apelar a la legitimidad de la decisión mayoritaria para zanjar los desacuerdos en torno a las condiciones de la democracia, puesto que al hacerlo se puede incurrir en una petición de principio. Waldron, por otro lado, responde que, si esto es así, nada impide que, a *contrario sensu*, uno pueda plantear que una apelación a la legitimidad del control judicial pueda implicar también una petición de principio.³² Siguiendo esta lógica, el autor también se enfrenta al argumento fundado en el temor ante la posibilidad de la instauración de una *tiranía de la mayoría*. Plantea el hecho de que verla como una amenaza nos lleva a olvidar que hay otras formas de tiranía y que ésta no ha de afectar potencialmente solo al mayoritarismo, sino a todo tipo de autoridad, inclusive la judicial.³³

No obstante, este aparente *empate*, Waldron sostiene que la legitimidad no es solo un asunto referido a la obtención de un resultado democrático —en términos sustantivos— sin importar la institución por medio del cual se obtuvo el resultado, tal como lo planteaba

30 Ronald Dworkin, *La lectura moral y la premisa mayoritarista*, en *DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y DERECHOS HUMANOS* 117 (H. Hongju Koh & R. C. Slye eds., 2004).

31 WALDRON, *DERECHO Y DESACUERDOS*, *supra* nota 5, en la pág. 338-40.

32 *Id.* en las págs. 355-60.

33 *Id.* en la pág. 357.

Dworkin. Existe una dimensión en que el mecanismo empleado ha de ser relevante, de modo que si éste no es democrático siempre habrá un menoscabo. Tal afirmación no solo puede explicarse por el carácter no electo de los jueces, sino fundamentalmente por la idea misma de los derechos. La defensa de estos derechos, nos dice Waldron, parte de la base que existe un portador, o *rights bearer*, el cual ha de ser una persona que actúa razonadamente y que debe ser respetado como un agente moral guiado por su propio sentido de justicia.³⁴ Por tanto, entregarle a los jueces la última palabra sobre la legislación, arrancándole a cada uno de los ciudadanos la posibilidad de participar en igualdad de condiciones en el proceso de toma de decisiones, no es sino la negación de la autonomía moral que se les ha reconocido. En este sentido, nos señala que “[t]omar los derechos en serio, entonces, es responder respetuosamente a este aspecto de la otredad, y estar deseoso entonces de participar dinámicamente, pero como un igual, en la determinación de cómo debemos vivir conjuntamente en las circunstancias y en la sociedad que compartimos”.³⁵

Además de lo mencionado, Waldron le rebate a Dworkin ciertas posturas incidentales, fundadas en argumentos de carácter aparentemente fáctico. El primero de ellos es la idea de que el control judicial haría más justa una sociedad. Obviamente, Dworkin está pensando en el rol progresista que en determinados periodos ha jugado la Corte Suprema de Estados Unidos, como ocurrió durante la lucha contra la segregación racial. El segundo de los argumentos está relacionado a un supuesto mejoramiento del debate público generado por la práctica del control judicial, debido a una mejora en la calidad de la argumentación pública. Un ejemplo de esto último es el debate que se abrió en torno al emblemático caso *Roe v. Wade*, en el cual la Corte Suprema norteamericana consagró el derecho al aborto³⁶ y que permitió, según Dworkin, entre otras cosas, que los norteamericanos comprendieran la idea de que “los individuos tienen derechos que pueden estar en contra de la voluntad de la mayoría o incluso del bien común”.³⁷

Sobre lo primero, Waldron hace notar que existen países, como el Reino Unido o Nueva Zelanda, los cuales carecen de un mecanismo de control de constitucionalidad por el que un tribunal tenga la última palabra sobre la legislación, y no por eso se puede decir que son más injustos o menos democráticos. Además, ante el caso concreto de Estados Unidos pone de relieve que el supuesto rol democrático que ha jugado la Corte Suprema es históricamente cuestionable, dando como ejemplo un periodo conocido como la era

34 *Id.* en la pág. 362.

35 *Id.* en la pág. 372.

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

37 RONALD DWORKIN, *FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION* 345 (1996) (traducción suplida).

Lochner,³⁸ en el cual el máximo tribunal norteamericano —como así también los demás tribunales federales y estatales— mostró una sistemática tendencia jurisprudencial orientada a no reconocer los derechos de los trabajadores.³⁹ A raíz de esto, y del hecho que la valoración de la tesis de la justicia dependa de un contrafáctico inexistente —un hipotético Estados Unidos en el que no hubiese existido control judicial—, es que dicha tesis resulta imposible de verificar.⁴⁰

Respecto de lo segundo, Waldron es contundente; utilizando el mismo ejemplo dado por Dworkin, nos dice:

Mi experiencia es que los debates nacionales sobre el aborto son tan robustos y bien informados en países como el Reino Unido o Nueva Zelanda, donde no están constitucionalizados, como en los Estados Unidos, y quizás lo sean más, porque *dichos debates no están contaminados por subterfugios sobre cómo interpretar el texto de un documento del siglo XVIII*. En ocasiones es *liberador* ser capaz de discutir directamente cuestiones como el aborto, sobre los principios que deberían estar en juego, más que tener que dar varios rodeos para construir dichos principios a partir del fragmento de un texto sagrado, en un ejercicio tendencioso de caligrafía constitucional.⁴¹

Se ha de señalar que el debate con Dworkin se desarrolló principalmente a lo largo de la década de 1990; no obstante, con el paso de los años, Waldron ha ido matizando y puliendo sus posturas, manteniendo su hilo argumentativo central, introduciendo pequeñas modificaciones que mantienen inalterable su núcleo. Así, por ejemplo, ha propuesto algunas clasificaciones del control judicial de constitucionalidad, siendo quizás la más novedosa aquella que distingue entre un *control judicial fuerte* y uno débil.⁴² En el primero, el órgano jurisdiccional correspondiente tiene *la última palabra*, siendo capaz de declarar inconstitucional o dejar sin efecto una ley aprobada por el legislativo. En el segundo, por

38 Esta denominación proviene del célebre caso resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Al respecto, Michael Sandel, explica brevemente la decisión:

En *Lochner*, la Corte Suprema echó por tierra una ley de Nueva York que establecía un máximo de horas de trabajo de los panaderos por tratarse de una *interferencia ilegal con los derechos del individuo*, empleadores o empleados, *de establecer contratos de trabajo en los términos que les parezcan mejores*, limitando así las horas en que personas *adultas e inteligentes* pueden trabajar para ganarse la vida.

Citado en Carlos Ruiz Schneider, *La idea de República y la constitución de los sujetos populares en Chile*, en REPÚBLICA, LIBERALISMO Y DEMOCRACIA 59 (C. Ruiz Schneider & M. García de la Huerta eds., 2011) (énfasis suplido).

39 WALDRON, DERECHO Y DESACUERDOS, *supra* nota 5, en la pág. 344.

40 *Id.* en las págs. 344-45.

41 *Id.* en la pág. 346 (énfasis suplido).

42 Otros criterios clasificadores que señala son: a) la importancia de los derechos en el control judicial; b) Si el mismo se realiza de manera preventiva o *a posteriori* de entrar en vigencia una ley; y c) si hay, o no, un órgano especializado para realizar el control judicial. Véase WALDRON, POLITICAL POLITICAL THEORY, *supra* nota 9, en las págs. 201-202. Como puede verse, en las últimas dos clasificaciones, el autor no aporta mayor novedad, pues son criterios ampliamente tratados en la tradición jurídica continental.

otro lado, los tribunales si bien pueden realizar algún tipo de revisión o escrutinio de la legislación, no pueden rechazar aplicarla —en todo o en parte— ni menos derogarla. El caso de Estados Unidos es ilustrativo del primero; y los de Reino Unido,⁴³ y Nueva Zelanda, ejemplos del segundo. Para Waldron, el control judicial en su sentido fuerte sería el cuestionable y no su versión débil.⁴⁴

Posiblemente lo más interesante de la evolución de las ideas de Waldron en torno al control judicial de constitucionalidad no dice relación con nuevas tipologías, sino más bien, con una valorable pero insuficiente dosis de realismo. Ello se manifiesta, por ejemplo, en la apertura a la existencia del control judicial en contextos en que el sistema político presenta ciertas *patologías*, en que la democracia es débil y el proceso de representación bloquea permanentemente a las minorías para que éstas puedan ejercer algún tipo de influencia. El caso de Colombia es un ejemplo de lo anterior. No obstante, estima que la centralidad de su argumentación se sitúa en sociedades que, a su entender, presentan una mayor consolidación democrática, y en las que estas *patologías* no existen, o bien se manifiestan de manera marginal o atenuada, lo que lo lleva a mantener lo fundamental de sus posturas hasta aquí expuestas.⁴⁵

¿Y qué ocurre con la idea de los límites a la legislación una vez que ha sido cuestionado el control judicial de constitucionalidad entendido como *la última palabra*? ¿Se vuelve innecesaria la misma?

Waldron estima que hay que reivindicarla, pues es constitutiva del pensamiento liberal. No obstante, urge una conceptualización que no atente contra la autodeterminación de la comunidad política. Para dicha tarea vuelve a recurrir al pensamiento de John Locke, a quién curiosamente se le ha considerado el precursor de la noción de límites a la legislación como algo externo a ésta, y que debe ser plasmado institucionalmente.⁴⁶ ¿No es acaso éste un fundamento para defender el control judicial? ¿Pero no es el mismo Locke quién propugnaba la idea de que el poder legislativo es supremo y no sujeto a ningún otro cuerpo? ¿No es acaso esto una contravención a la idea del control judicial? ¿Entonces cómo explicar las siguientes palabras referidas a la ley natural? Locke expone lo siguiente:

El poder de los legisladores, aún en su máximo grado, está limitado a procurar el bien público de la sociedad. . . Así, la ley de la naturaleza

43 A través de la llamada *Declaración de Incompatibilidad*, los tribunales británicos pueden dar cuenta que cierta legislación o disposición legal no es compatible con un derecho incorporado por la Convención Europea de Derechos Humanos; lo que eventualmente podría motivar a un ministro a impulsar un cambio legislativo.

44 Como se puede apreciar, esta es una distinción menor que, si bien intenta complejizar un poco el asunto, en términos sustantivos reproduce los mismos supuestos de argumentación anteriores, solo que ahora en los casos en que se decía no existiría control judicial alguno, nos encontraríamos ante un control judicial débil. Además, es importante destacar que Waldron ha seguido utilizando la expresión *control judicial* a secas para referirse a lo que aquí se ha denominado *control judicial en su versión fuerte*, dejando en un segundo plano la clasificación recién señalada. Véase e.g., Leonardo García Jaramillo & Vicente F. Benítez-R., “El control judicial le cuesta demasiado a la democracia”: Entrevista a Jeremy Waldron, 48 *ISONOMÍA* 171-82 (2018). Por lo mismo, en adelante, se entenderá que, salvo que se haga expresa alusión a su sentido débil, cuando se hable de *control judicial* se hará refiriéndose a su acepción fuerte.

45 Véase WALDRON, *POLITICAL POLITICAL THEORY*, *supra* nota 9, en las págs. 195-245; García Jaramillo & Benítez-R., *supra* nota 44, en las págs. 175-76.

46 WALDRON, *THE DIGNITY OF LEGISLATION*, *supra* nota 1, en la pág. 63.

permanece como regla eterna a la que han de someterse todos los hombres, tanto los que son legisladores como los que no lo son.⁴⁷

La respuesta de Waldron consiste en plantear que los límites a la legislación entendidos en clave *lockeana* no significan establecer determinado diseño o forma institucional, como, por ejemplo, una que incluya el control judicial. Tiene que ver, más bien, con la existencia de una cultura política en que las ideas de derechos y límites están presentes tanto en los ciudadanos como en los legisladores. Esto es, en definitiva, una cuestión de autocomprensión política, puesto que “[a] Locke le pareció importante que los legisladores debieran afrontar sus tareas imbuidos con un sentido moral y filosófico sobre los límites de lo que podían hacer. . . [l]e pareció también importante que los ciudadanos tuvieran deferencia hacia la autoridad del [p]arlamento impregnados de un sentido similar”.⁴⁸

En este sentido, los ciudadanos tienen que desarrollar una noción respecto de cuáles son los límites de los actos de la legislatura, puesto que no pueden estar obligados a *cualquier cosa*, encontrándose legitimados para desobedecer o incluso rebelarse cuando estos límites sean sobrepasados.⁴⁹ En síntesis, para Waldron la función de control o limitación de la legislación no puede ser obra de un órgano jurisdiccional, sino que del mismo pueblo, ya sea a través del órgano que en un sistema representativo ha de expresar sus deseos y anhelos —el parlamento— o bien mediante el ejercicio directo de su soberanía en casos extremadamente excepcionales.⁵⁰ Para esto se requiere que los individuos que forman parte de una comunidad política ejerzan una ciudadanía activa, estando conscientes de lo que implica comprometerse con las nociones de límites y derechos, todo ello inserto en una *cultura política de libertad*.⁵¹ A juicio del autor, dicho *compromiso ciudadano* constituye uno de los presupuestos de sociedades democráticas bien consolidadas en las que el control judicial no es aconsejable, puesto que mermaría la propia democracia.⁵² Al respecto, nos señala:

Asumo que este compromiso [con la idea de derechos de los individuos y las minorías] es un consenso viviente, que se desarrolla e incentiva a los defensores de los derechos a hablar entre sí acerca de los derechos que tienen y qué es lo que implican dichos derechos. Asumo que dicho compromiso con los derechos no son palabras carentes de sinceridad y que los miembros de la sociedad se toman los derechos en serio: se preocupan de ellos, mantienen sus visiones propias y ajenas bajo una constante consideración,

47 LOCKE, *supra* nota 10, en las págs. 133-34.

48 WALDRON, DERECHO Y DESACUERDOS, *supra* nota 5, en la pág. 367.

49 *Id.*

50 Hay que recordar que Waldron es defensor de la democracia representativa. Véase WALDRON, POLITICAL POLITICAL THEORY, *supra* nota 9.

51 WALDRON, DERECHO Y DESACUERDOS, *supra* nota 5, en la pág. 367.

52 Los otros presupuestos son: a) la existencia de instituciones democráticas, como parlamentos fuertes; b) la existencia de instituciones judiciales que resuelvan conflictos particulares, fundamentando sus sentencias, con una estructura jerárquica, que garanticen el estado de derecho, entre otras características; y c) la existencia de desacuerdos en torno al contenido y el valor de los derechos, algo que ya se abordó en el punto II. Véase WALDRON, POLITICAL POLITICAL THEORY, *supra* nota 9, en las págs. 203-12.

y se encuentran alertas a asuntos o debates en torno a los derechos en lo referente a todas las decisiones sociales que son sondeadas o discutidas en el entretanto.⁵³

En la defensa de su posición, Waldron da un paso más allá del mero *compromiso ciudadano* recién señalado, al asumir que “el respeto general por los derechos individuales y de las minorías es una parte importante de un amplio consenso en la sociedad, parte de las corrientes de opinión política predominantes, y *ciertamente parte de la ideología oficial*”.⁵⁴

Al transitar por el pedregoso camino de la ideología y la cultura, el autor comienza a pisar un terreno incómodo, teniendo particularmente en consideración el lugar desde donde se sitúa su obra. El escaso tratamiento que, desde el liberalismo y el positivismo jurídico, se le ha dado a la relación entre ideología, cultura, y derecho abre paso a nuevos horizontes y a claves teóricas alternativas, ubicadas más allá de los bordes conceptuales que delimitan el lugar desde donde escribe Waldron. De modo que, si se quiere tomar en serio sus ideas, y las problemáticas que abordan, resulta ineludible confrontarlas a otros enfoques, pertenecientes al pensamiento crítico y radical, evitando toda discusión estéril, en un diálogo sincero que dé cuenta de sus defectos y virtudes.

IV. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Los esfuerzos teóricos de Waldron por abordar temáticas poco exploradas por la filosofía del derecho parecieran dar cuenta de un análisis novedoso. No obstante, el mismo se queda corto al momento de explicar fenómenos complejos. Así, por ejemplo, su visión sobre las recién mencionadas nociones de límites y derechos, más que indagar respecto al cómo opera en la realidad un lenguaje determinado —el de los derechos— busca prescribir una *receta* de los elementos que ha de tener una sociedad para no necesitar del control judicial. Tal presupuesto llega al punto de no considerar problemático que el denominado *compromiso con los derechos* alcance inclusive a formar parte de una *ideología oficial*.

¿Hasta qué punto llegan los desacuerdos en torno a los derechos? Pareciera ser que Waldron no alcanza a vislumbrar que las discrepancias no ocurren sólo en el campo delimitado de la democracia representativa liberal. Condicionado, posiblemente, por el *locus enunciativo* desde donde habla, no dimensiona que a nivel global la idea de los derechos ha devenido en parte constitutiva del *universo discursivo* en torno al cual tiene lugar la acción política. Las diferencias pueden ser de tal magnitud que se puede llegar al extremo paradójico de que el discurso de los derechos como *ideología oficial* pueda servir para legitimar intervenciones militares —realizadas por los mismos estados que Waldron califica de democráticos—; mientras que, cuando es parte de un lenguaje de resistencia, él mismo es capaz de inspirar a movimientos que luchan contra diversas formas de opresión y explotación.⁵⁵

53 *Id.* en la pág. 207 (traducción suplida).

54 *Id.* en la pág. 208 (traducción suplida) (énfasis suplido).

55 Véase *e.g.*, COSTAS DOUZINAS, HUMAN RIGHTS AND EMPIRE: THE POLITICAL PHILOSOPHY OF COSMOPOLITISM 12-33 (2007).

Asumir lo anterior trae como consecuencia concebir la idea de derechos como una *ideología* nacida en el seno de múltiples luchas sociales, constituyendo un campo en disputa, el que trasciende cualquier modelo de democracia liberal; lo que termina por restarle importancia al debate *en abstracto* respecto de la pertinencia o no del control judicial, ya que éste cobrará mayor o menor relevancia en la *materialización* de la *ideología* en sistemas institucionales particulares, en su funcionamiento y prácticas habituales. Ello en razón a las distintas coyunturas históricas en las que las correlaciones de fuerzas sociales realmente existentes vayan moldeando los espacios de toma de decisiones en la esfera estatal.⁵⁶

Con respecto a la noción de límites a los actos de la legislatura, cabe la pregunta, ¿es el liberalismo la tradición de pensamiento que mejor puede dar cuenta de una postura *cultural* como la que quiere defender Waldron? Ciertamente, en las corrientes críticas de la teoría social contemporánea podemos encontrar elementos insoslayables para profundizar en este aspecto. De este modo, si es tomado en serio, y llevado hasta sus últimas consecuencias, el cuestionamiento al liberalismo —en su sentido amplio— puede volverse casi inevitable. Ello en la medida que la idea de límites forme parte de una ideología que sea capaz de constituir y moldear la subjetividad individual y colectiva, generando prácticas materiales que, más que poner en entredicho, terminen por legitimar el orden establecido.⁵⁷

No obstante, lo recién expuesto, se debe destacar que el trabajo de Waldron apunta no solo hacia la dirección de rescatar la función legislativa y su importancia, sino que también persigue defender el ideal del autogobierno democrático. Ello en la medida que toda la reflexión del autor gira en torno a cómo el pueblo o sus representantes debaten y deliberan, partiendo de la base de profundos desacuerdos, en asambleas establecidas especialmente para ello. La defensa del *poder supremo* de dichas asambleas respecto del control de un tribunal externo se lleva a cabo en atención a que él mismo lleva aparejada la imposición de un órgano superior en donde radicaría efectivamente la soberanía. Esto implicaría la transformación del *demos* en algo secundario y supeditado a un cuerpo de características oligárquicas que vigila la acción política ciudadana, bajo la excusa de que él mismo ha de ser el guardián de la democracia y los derechos de las personas y grupos minoritarios.

En relación a lo anterior, en su rescate de la dignidad de la legislación, merece especial atención el cuestionamiento al permanente uso del modelo del legislador individual en las reflexiones teóricas dominantes, dado que —como ha señalado— dicha función tiene lugar a través de asambleas u órganos conformados por representantes del pueblo. No obstante, al realizar dicha problematización, pareciera ser que Waldron no logra darse cuenta de las consecuencias que la misma podría llegar a implicar. Esta postura novedosa en el terreno del positivismo jurídico es una preocupación que puede rastrearse en los

56 Cf. Louis Althusser, *Ideología y aparatos ideológicos del estado*, en *LA FILOSOFÍA COMO ARMA DE LA REVOLUCIÓN* 97-141 (1976); JUDITH BUTLER, *MECANISMOS PSÍQUICOS DEL PODER: TEORÍAS SOBRE LA SUJECIÓN* 133-36 (Jacqueline Cruz, trad., Ediciones Cátedra 2001) (1997) (ambos autores han abordado la cuestión de la existencia material de las ideologías particulares a través de prácticas rituales).

57 Cf. DUNCAN KENNEDY, *A CRITIQUE OF ADJUDICATION (FIN DE SIÈCLE)* 290-94 (1997).

estudios jurídicos críticos, y en cuyo tratamiento éstos no ha carecido de profundidad. Al respecto, podemos sostener que develar una cuestión poco tratada —por no decir negada— en su tradición filosófica, si bien puede tener el efecto de robustecerla, podría por otro lado significar abrir la puerta hacia otras corrientes para que éstas minen los pilares fundamentales sobre los cuales se erige su pensamiento —mediante un diálogo o contrastación de ideas. Esto se vuelve evidente si tenemos en consideración el prolijo trabajo que al respecto se ha llevado a cabo a partir de enfoques críticos tales como la teoría psicoanalítica o la teoría poscolonial. Ambas apuntan, en última instancia, a poner en jaque la legitimidad del derecho moderno *hegemónico*,⁵⁸ el que es defendido por Waldron. En el caso de la crítica psicoanalítica se problematiza la imagen simbólica del legislador unitario en la medida que éste constituye un gran Otro que cumple una función ideológica la cual ha de ser destruida para así abrir paso hacia una intersubjetividad radical.⁵⁹ Por su parte, el enfoque poscolonial centra su crítica en el carácter mítico que la idea de legislador posee como fundamento de los ordenamientos jurídicos. Mito que, por cierto, es constitutivo de la condición colonial del derecho moderno, y por tanto de las relaciones de poder.⁶⁰

Como ya vimos, frente al modelo de legislador unitario Waldron postula la importancia de situar el estudio en el carácter estructural de los parlamentos, teniendo presente que son una amplia y numerosa asamblea de personas, la cual constituiría el órgano más idóneo para tomar decisiones de carácter legislativo. Buena parte de la argumentación a favor de los parlamentos radica en su legitimidad democrática. Ella, a su vez, vendría a ser una de las ideas más fuertes para negar el control judicial de constitucionalidad. No obstante, Waldron en este ejercicio de reconocer la pluralidad y el fundamento democrático de las asambleas, realiza una omisión de proporciones: ¿Qué ocurre con el rol del presidente en regímenes en los que éste actúa como colegislador? ¿Acaso tiene el mismo déficit democrático que se le atribuye a los tribunales?⁶¹ Estas interrogantes cobran importancia si consideramos el gran y cada vez mayor poder que en diversos países posee el ejecutivo. En este hemisferio podemos mencionar prácticamente a todos los Estados latinoamericanos como así también a Estados Unidos.⁶²

58 Cabe señalar que se utiliza el adjetivo *hegemónico* para evitar hacer alusión a lo moderno o la modernidad como algo unívoco. Pues, si bien diversas corrientes contemporáneas del pensamiento crítico suelen apuntar hacia la superación de la modernidad *a secas*, omiten que ella en sí misma es un concepto en disputa, negando la posibilidad de *otra* modernidad, que utilice categorías o claves conceptuales consideradas *modernas*, resignificándolas en pos de un proyecto alternativo. Véase e.g., ROBERTO FERNÁNDEZ RETAMAR, TODO CALIBAN 122-36 (ILSA 2005) (el autor ha propuesto la idea de *otra* modernidad, fundamentalmente a partir de la lectura de la obra de José Martí).

59 Véase e.g., COSTAS DOUZINAS, EL FIN DE LOS DERECHOS HUMANOS 371-75 (Ricardo Sanín Restrepo, Oscar Guardiola-Rivera & Omar Alonso Medina, trads., Editorial Legis 2008) (2000).

60 PETER FITZPATRICK, LA MITOLOGÍA DEL DERECHO MODERNO 113-18 (Nuria Parés, trad., Siglo XXI eds. 1998) (1992).

61 Waldron ha evitado abordar la legitimidad o no del control judicial de los decretos ejecutivos o de las decisiones administrativas, aunque al parecer no muestra mayor incomodidad con éste. Véase e.g., WALDRON, POLITICAL POLITICAL THEORY, *supra* nota 9, en las págs. 199, 205.

62 Véase BRUCE ACKERMAN, THE DECLINE AND FALL OF THE AMERICAN REPUBLIC 15-116 (2010); RENATO CRISTI Y PABLO RUIZ-TAGLE, EL CONSTITUCIONALISMO DEL MIEDO: PROPIEDAD, BIEN COMÚN Y PODER CONSTITUYENTE 153-61 (2014).

Al respecto, ¿no será necesario hacerse cargo de la estructura institucional de lo que se conoce como sistema de frenos y contrapesos (*checks and balances*) y la separación de funciones del poder — dos de las temáticas medulares del pensamiento liberal? ¿Cuál habrá de ser el nivel de profundidad con que se ha de enfrentar este desafío? Un intento de respuesta es esbozado por Waldron:

Pero no hay ninguna necesidad de considerar la estructura constitucional bajo esa luz [de límites al legislativo]: la existencia de un proceso articulado puede verse como una manera de estructurar la deliberación y de permitir que se escuchen múltiples voces, así como de asegurar múltiples vías de acceso para la participación ciudadana. . . y la separación de poderes puede verse —tal como lo apreció Dicey— como una manera de tomar en serio la integridad de lo que resulta de un genuino ejercicio legislativo.⁶³

Pese a su esfuerzo, el autor no abunda respecto a las razones de fondo de porqué en la práctica a veces prima una lógica de articulación y, en otras ocasiones, la de bloqueo entre ramas del poder. Asimismo, y con mayor razón, es incapaz de explicar la yuxtaposición de ambos fenómenos y su relación con procesos de movilización popular. Por el contrario, más que un intento explicativo, lo que Waldron plantea es una propuesta prescriptiva, un enfoque de cómo la separación de funciones del poder ha de entenderse. Sin embargo, nada dice de las tensiones institucionales inherentes que convierten su discurso solo en el atisbo de un tipo ideal. Para el caso norteamericano, ¿en qué se diferencian, por ejemplo, *Lochner v. New York*,⁶⁴ y *Brown v. Board of Education*,⁶⁵ más allá de la posición de la Corte Suprema? ¿En qué se asemejan, más allá del ejercicio del control judicial? ¿Qué causas subyacentes pueden dar cuenta de lo anterior? ¿Legislaturas estatales con una vocación democratizadora en un caso, mientras que en el otro éstas manifestarían un nulo compromiso con la idea de derechos y el principio de igualdad? ¿Cuáles son las fuerzas sociales que emergen en cada momento y cómo se relacionan con los espacios institucionales?

Para complejizar aún más estas interrogantes, ¿qué decir cuando se evidencia una coordinación entre las ramas del poder para tomar decisiones abiertamente antidemocráticas? ¿Qué sentido tiene discutir sobre la pertinencia o no del control o de la supremacía judicial en, por ejemplo, los *Casos Insulares*, en los que la Corte Suprema norteamericana constitucionaliza una relación colonial, estableciendo que el Congreso tiene *poderes plenarios* sobre los *territorios no incorporados* —eufemismo para referirse a las posesiones coloniales? ¿Se podría decir que por decisión judicial la soberanía sobre dichos territorios pasaría a radicar en el Congreso de la metrópoli, mermando considerablemente la posibilidad del autogobierno democrático de sus pueblos?⁶⁶ ¿No hay aquí una lógica articuladora que nada tiene que ver con la alternativa de Waldron frente al bloqueo o restricciones entre el legislativo y el judicial?

63 JEREMY WALDRON, CONTRA EL GOBIERNO DE LOS JUECES: VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE TOMAR DECISIONES POR MAYORÍA EN EL CONGRESO Y EN LOS TRIBUNALES 39 (2018).

64 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

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

66 Cf. EFRÉN RIVERA RAMOS, THE LEGAL CONSTRUCTION OF IDENTITY: THE JUDICIAL AND SOCIAL LEGACY OF AMERICAN COLONIALISM IN PUERTO RICO 73-142 (2001).

Preguntas que, por ejemplo, para la situación de Puerto Rico no son una mera digresión carente de sentido, sino que son más bien un llamamiento urgente a una reflexión académica anclada en una realidad marcada por una crisis multidimensional y la reciente irrupción de un movimiento de protesta de un amplio sector de la población. Lo anterior, considerando especialmente lo dispuesto en los casos *Puerto Rico v. Sánchez Valle* y *Puerto Rico v. Franklin California Tax-Free Trust*,⁶⁷ en los cuales la Corte Suprema estadounidense reafirmó la *doctrina de incorporación territorial* y de los *poderes plenarios*, puso en evidencia la carencia de soberanía propia y develó las limitaciones de la función legislativa local; todo esto en plena consonancia con el proceso de discusión y aprobación de la Ley PROMESA por parte del Congreso federal, la que ha venido a ser una expresión indubitada del carácter de subordinación colonial de Puerto Rico respecto de Estados Unidos.⁶⁸

Lo expuesto puede llevar a que nos preguntemos, ¿hay en la obra de Waldron una preocupación seria por la complejidad del fenómeno estatal? En el caso de que no la haya, ¿qué implicaciones teóricas esto traería consigo? Teniendo en consideración estas dudas, indagar en las ideas de Waldron expuestas hasta ahora puede ser verdaderamente revelador. Si bien resulta extremadamente valorable la incorporación de los desacuerdos como uno de los ejes centrales en la reflexión filosófica jurídica, hay que examinar con ojo crítico su apuesta porque estos sean internalizados en el parlamento; algo que nace obviamente a raíz de sus convicciones liberales. Aunque, como se señaló, Waldron se ha abierto a la posibilidad de aceptar el control judicial en sistemas políticos con *patologías* que dificultan la consolidación democrática. A pesar de esto, en el caso al que hace referencia expresa (Colombia) más que presentar un análisis razonado, el argumento de Waldron tiene un carácter evidentemente *ad hoc*, expuesto a propósito de un escenario que altera abruptamente las premisas de su tipo ideal. Más aún, el argumento no atiende al porqué, en un caso concreto, una Corte Constitucional termina siendo el refugio de los valores democráticos ni a la historia del proceso constituyente que posibilita lo anterior.

Incluso, se podría sostener que el uso de la expresión *patologías* es caprichoso y que al utilizarlo minimiza los serios problemas de lo que se considera como *modelos de democracia*. ¿Qué tiene que decir de problemas como la consolidación de verdaderas plutocracias con ropajes democrático-formales, como lo que ocurre en los mismos Estados Unidos?⁶⁹ ¿No existiría aquí un bloqueo *de facto* de la participación ciudadana, pese a haber ritmos legislativos normales de representación? ¿Estaríamos ante un escenario de

67 *Puerto Rico v. Sánchez Valle*, 136 S. Ct. 1863 (2016); *Puerto Rico v. Franklin California Tax-Free Trust*, 136 S. Ct. 1938 (2016).

68 Véase Carlos E. Díaz Olivo & Edwin J. Vélez Borrero, *PROMESA incumplida, Sánchez Valle, Franklin Trust: El rol de la Rama Judicial federal en la relación entre Puerto Rico y los Estados Unidos*, 86 REV. JUR. UPR 1 (2017) (en el artículo se aprecia la lógica articuladora entre las tres ramas del poder). Además, estimamos pertinente señalar que cualquier intento por salir de esta crisis multidimensional, desde cambios y reformas en el marco del *Estado Libre Asociado* hasta un proceso constituyente y de autodeterminación, tendrá que enfrentarse a todo el andamiaje constitucional-colonial creado por la articulación de las ramas del poder.

69 Cf. Ana I. Segovia & Fernando Quirós, *Plutocracia y corporaciones de medios en los Estados Unidos*, 11 CUADERNOS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN 179 (2006).

manipulación grosera, descontrolada y sin limitación de la información para obtener mayorías electorales como ha sido, por ejemplo, el caso del *Brexit*? ¿Cuál es la utilidad práctica en estos casos de la pretensión de privilegiar los mecanismos *democráticos formales* por sobre los resultados? ¿Acaso la reflexión teórica no debe girar en torno a la realidad?

En una comunidad política los desacuerdos toman lugar en diversos espacios que van más allá de las asambleas legislativas, y esto es algo que debemos reconocer y no esquivar mediante implícitos tipos ideales. Quizás, lo que no logra dimensionar Waldron es que urge hacerse cargo de lo que el Estado efectivamente es, como así también de su funcionamiento. Éste ha de ser concebido como una entidad compleja, que va más allá de las instituciones políticas establecidas en torno a las llamadas funciones del poder. Hay que entender el Estado como un campo estratégico que expresa determinada hegemonía y condensa materialmente un cúmulo de relaciones sociales contradictorias entre sí pero que a la vez lo sobredetermina.⁷⁰ En otras palabras, ¿qué sucede si nos situamos más allá de los límites teóricos del liberalismo? ¿No resultaría problemático, por no decir cándido, desear que los desacuerdos políticos y morales sean resueltos solo por órganos que cuentan con legitimidad democrática, considerando que todos los espacios estatales se encuentran constituidos por múltiples contradicciones?

Condicionado por su positivismo normativo, Waldron está a un paso de disociar lo jurídico de lo político —si es que ya no lo hace—, puesto que, en su idílica pretensión de convertir al juez en un apéndice no deliberante de las decisiones de la legislatura, asume que los desacuerdos provienen solamente de la autonomía moral de los individuos y no también de las profundas contradicciones sociales que estructuran el Estado. De modo que, bajo su razonamiento, sería posible reconducir lo político hacia ciertos espacios institucionales: los parlamentos. Así, el derecho se transforma en un instrumento aséptico creado desde la política, entendiendo a ésta como una esfera independiente. Dicho planteamiento desconoce el hecho que tanto la judicatura como el derecho forman parte del complejo entramado estatal y, por ende, la cabal comprensión de los mismos debe reconocer las contradicciones y relaciones sociales en medio de las cuales emerge lo jurídico. Asumir esto implica afirmar que el derecho no es pacífico, sino que nace en medio de la lucha, y como tal es intrínsecamente político —aunque sin olvidar su especificidad axiológica-normativa. En este sentido, las palabras de Jhering resultan sumamente ilustrativas: “Todo derecho en el mundo debió ser adquirido mediante la lucha; todos los principios de derecho que están hoy en vigor han tenido que ser impuestos mediante la lucha frente a quienes no los aceptaban. . .”⁷¹

Un claro ejemplo de la vigencia de las palabras de Jhering lo constituye la disputa en torno al derecho a la educación que ha tenido lugar en Chile al menos desde el año 2006, y que pone seriamente en entredicho el modelo pretendidamente *rousseauuniano* elaborado por Waldron. El caso chileno muestra de manera muy precisa la existencia de grupos sociales en conflicto, en cuyos desacuerdos se puede observar nítidamente la ausencia o presencia de una preocupación genuina por el interés general. En un contexto en que la

70 Cf. NICOS POULANTZAS, ESTADO, PODER Y SOCIALISMO 152-68 (Fernando Claudín, trad., Siglo XXI eds. 1979) (1978).

71 RUDOLF VON JHERING, LA LUCHA POR EL DERECHO 49 (Editorial Dykinson 2018).

privatización radical de la educación ha significado un verdadero despojo económico —principalmente a través del endeudamiento de estudiantes y sus familias—, el incremento de la precariedad en el trabajo académico, el aumento de la segregación social, y otros; la irrupción de un masivo movimiento social por la educación, conformado fundamentalmente por estudiantes secundarios, universitarios y el gremio de los profesores —de amplio apoyo en la población—, ha permitido cuestionar los cimientos de un modelo educacional neoliberal en el que la educación es concebida como una mercancía y el acceso a ella como una mera libertad negativa.⁷² Así, los sectores que se han visto beneficiados económicamente por este modelo han terminado defendiendo sus intereses particulares frente a los cambios impulsados por el movimiento social, encaminados a lograr un nuevo sistema en el que la educación sea verdaderamente un derecho social universal protegido institucionalmente; generándose de esta manera una situación todavía irresuelta.⁷³ Ello ha provocado diversas reacciones y decisiones en el entramado estatal, lo que no ha excluido a la judicatura, con disímiles resultados.⁷⁴

Al emerger lo jurídico en medio de complejas tensiones, ¿qué rol juegan los tribunales? En numerosas ocasiones, en diversos países, ellos se han transformado en un espacio de lucha por el derecho, un lugar en el cual se plantean los desacuerdos más serios que nacen de profundas contradicciones sociales —tal como ocurre actualmente en Chile en

72 Cf. Mauricio Rifo, *Derechos sociales y educación en el neoliberalismo avanzado chileno*, 1 DERECHO Y CRÍTICA SOCIAL 269, 293-311 (2015) (en este artículo se defiende una visión de los derechos sociales alternativa al enfoque tradicional de progresividad o *generacional*, sosteniendo la unicidad de los mismos con los llamados derechos civiles y políticos, ello en atención a su carácter histórico no lineal, de conquista democrática de los movimientos plebeyos o subalternos, que crea condiciones de ampliación de libertades como no dominación).

73 Es de suma importancia señalar que la disputa por el derecho a la educación en Chile tiene lugar en un escenario abierto y cuya resolución se encuentra pendiente. Ello en el marco de una coyuntura con características constituyentes, generada a partir de una masiva movilización popular nacional —expresión del descontento con el impacto social de las políticas neoliberales—, gatillada el 18 de octubre de 2019 por la protesta de estudiantes secundarios ante el alza del pasaje del tren subterráneo en la ciudad de Santiago. Dicha coyuntura presenta hoy un grado de incerteza no menor y se le ha intentado encausar a través de un itinerario de cambio constitucional ideado por la mayoría de los partidos políticos con representación parlamentaria, no exento de críticas, entre las cuales se puede señalar el escaso margen de maniobra que, debido a los límites impuestos, habría para impulsar la agenda propia del constitucionalismo social. En este sentido, véase Eric Palma, *Transformando en conservador un proceso emancipador* (21 de noviembre de 2019), <https://radio.uchile.cl/2019/11/21/transformando-en-conservador-un-proceso-emancipador/> (columna escrita en un tono crítico respecto del acuerdo político que dio origen al itinerario constitucional ya señalado).

74 En el ámbito de la judicatura podemos destacar el fenómeno ocurrido en las Cortes de Apelaciones —y en algunos casos Corte Suprema—, donde estudiantes se han enfrentado judicialmente a sus establecimientos educacionales luego de que estos los expulsaran a raíz de su participación en algún tipo de movilización social. Ello se ha realizado a partir del ejercicio de una acción constitucional denominada *recurso de protección*, esgrimiendo el resguardo de derechos tal como la igualdad ante la ley, el debido proceso, la libertad de expresión y el derecho de propiedad sobre la calidad de alumna o alumno regular. Los resultados no han sido uniformes, existiendo una multiplicidad casos favorables y desfavorables para los estudiantes.

En otra arista del conflicto, se puede mencionar la postura asumida por el Tribunal Constitucional, el cual en una sentencia del año 2018 favoreció los intereses privados en educación superior al declarar inconstitucional el precepto de un proyecto de ley que impedía que personas jurídicas con fines de lucro fueran controladoras de instituciones de educación superior (control de constitucionalidad preventivo). En buena medida, este órgano constitucional autónomo —y sin decirlo explícitamente— hizo eco de lo sostenido por la Corporación de Universidades Privadas a través de su presidenta, quien expuso sus argumentos en el procedimiento. Véase Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, rol 4317-18, de 26 de abril de 2018.

torno a la educación. Asimismo, la existencia de tendencias jurisprudenciales marcadas,⁷⁵ en determinados contextos institucionales, las cuales puedan ser radicalmente diferentes, no es sino expresión de lo recién señalado. Dos ejemplos contemporáneos, que apuntan en direcciones opuestas, son el precedente derivado de la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Citizens United v. Federal Election Commission*,⁷⁶ y el giro abrupto a partir de 2014 de los criterios de la sala laboral de la Corte Suprema chilena a través del recurso de unificación de jurisprudencia. En el primero se evidencia un potenciamiento del carácter cada vez más plutocrático del sistema político, siendo expresión además de cómo el derecho y el razonamiento judicial pueden servir a la diseminación de la racionalidad neoliberal.⁷⁷ En el segundo, los fallos judiciales han significado una especie de límite a un proyecto antidemocrático y neoliberal de regulación de las relaciones laborales; realizando, al menos parcialmente, aquello que los órganos representativos no han hecho, ya sea por trabas institucionales, o por falta de voluntad política de sus integrantes.⁷⁸

Posiblemente Waldron contestaría que *hay algo que se pierde* al no usar mecanismos democráticos, apelando a la autonomía moral individual y la igualdad de los ciudadanos en la toma de decisiones. Así también, nos diría que, si bien en ciertos periodos puede haber tendencias jurisprudenciales progresistas, pueden existir otros de signo contrario. Además, muy probablemente, plantearía que llevar la discusión política fuera de la judicatura es liberador en cuanto a la calidad del debate, evitando la utilización de subterfugios que pretenden hacer calzar una postura con un anquilosado texto constitucional. Ante estas afirmaciones, cabe decir que las mismas no tocan ni un ápice la crítica hasta aquí planteada. Si bien tales argumentos pueden ser eficaces para debatir dentro del liberalismo —por ejemplo, con Dworkin— resultan sumamente débiles si el interlocutor se sitúa desde una perspectiva como la que se ha venido esbozando.

75 Por jurisprudencia no se hace alusión a Teoría General del Derecho como suele utilizarse con el mundo anglosajón, sino más bien al conjunto de decisiones judiciales de los Tribunales Superiores de Justicia o de órganos jurisdiccionales autónomos, es decir, un concepto más bien propio de la tradición continental.

76 *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

77 Cf. WENDY BROWN, *EL PUEBLO SIN ATRIBUTOS: LA SECRETA REVOLUCIÓN DEL NEOLIBERALISMO* 203-34 (Victor Altamirano, trad., Malpaso Ediciones 2016) (2015).

78 En el ordenamiento jurídico chileno, específicamente en material de derecho del trabajo, se incorporó en 2008 el denominado recurso de unificación de jurisprudencia laboral, mediante el cual se busca uniformar los criterios jurisprudenciales en la mencionada área, introduciendo en un sistema de la tradición del *Civil Law* el seguimiento del precedente *prima facie* para casos futuros. Dicho recurso tiene por requisito la existencia de interpretaciones jurídicas discrepantes en uno o más fallos de los Tribunales Superiores de Justicia (Cortes de Apelaciones y Corte Suprema) en torno a casos similares al de la sentencia impugnada, y debe ser interpuesto ante la Corte de Apelaciones correspondiente para que la Corte Suprema decida que interpretación prevalecerá en el caso en cuestión y en los ulteriores (el mismo tribunal ha establecido condiciones para la revocación de un determinado precedente). Véase L. Iván Díaz García, *Objetivo del recurso de unificación de jurisprudencia laboral*, 21 REVISTA IUS ET PRAXIS 423 (2015).

A partir del año 2014, debido a un cambio en la composición de la sala laboral de la Corte Suprema, y mediante el recurso de unificación de la jurisprudencia, se dio un vuelco en los criterios interpretativos favoreciendo los intereses de los trabajadores por sobre sus patronos o empleadores. Cf. Ricardo Esteban Pfaff Nash, *Análisis de jurisprudencia de sala especializada de la Corte Suprema, años 2008-2015*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile (2015), <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/136282/Análisis-de-jurisprudencia-de-sala-especializada-de-la-Corte-Suprema-años-2008-2015.pdf?sequence=1> (este trabajo no tiene como fin principal analizar el giro jurisprudencial descrito; no obstante, de su estudio el mismo se advierte con claridad).

CONCLUSIÓN

Para finalizar, cabe señalar lo valioso del esfuerzo realizado por Waldron al cuestionar el control judicial de constitucionalidad. Su denuncia de lo que considera como una institución aristocrática es una cuestión que no podemos sino recoger, puesto que, al nacer de una motivación democrática evidente, expresa el deseo por alcanzar plenamente el ideal del autogobierno del pueblo. No obstante, el mundo real dista mucho de ser idílico, y no por denunciar el déficit democrático del control judicial, dejaremos de reconocer y tomarnos en serio el carácter político que tiene la judicatura —sea en Colombia, Chile, Estados Unidos, Reino Unido, etc.

Por ello tendremos que hacernos cargo de las múltiples relaciones sociales, de las contradicciones que constituyen lo estatal, de la lucha por el derecho, de modo que vayamos indagando en las profundas razones del carácter político de la judicatura. Aunque también, no se debe obviar —como ya se dijo— la especificidad propia del derecho, esto es, ser un sistema de normas jurídicas en las que se articulan determinados valores, los que predominan socialmente sobre otros. Para ello puede resultar provechoso recuperar la noción de *autonomía relativa* desarrollada por ciertos autores marxistas, tales como Louis Althusser y Nicos Poulantzas,⁷⁹ relacionándola con lo que hoy se denomina *teoría constitutiva del derecho*, en específico algunos aspectos de la propuesta sociológica de Pierre Bourdieu en torno al campo jurídico.⁸⁰ Además, sería de gran utilidad vincular lo recién señalado con los esfuerzos teóricos tendientes a develar cómo el componente ideológico atraviesa la función jurisdiccional y se encuentra presente en la actividad de los jueces —fenómeno que ha sido tratado dentro del movimiento *Critical Legal Studies*, en especial por uno de sus exponentes más conocidos, Duncan Kennedy.⁸¹

En síntesis, la tarea futura consiste en elaborar una *caja de herramientas teóricas* que nos permita situar la judicatura en cada sistema institucional en particular, de modo tal que, sea posible vislumbrar el cómo la misma responde a la correlación de fuerzas realmente existente en la sociedad y saber en qué medida en ella se cristalizan intereses o

79 Ella ha sido elaborada dentro del marxismo como una respuesta a la llamada *teoría del reflejo*, una particular versión de la metáfora arquitectónica *estructura-superestructura*, según la cual la estructura económica y social se “reflejaría” en la superestructura jurídica, de modo tal que, el derecho se aparece como algo no tiene vida propia, siendo solamente una representación distorsionada de las relaciones sociales de producción. Por su parte, la noción de *autonomía relativa* de la superestructura jurídica, sin negar que el derecho sea resultado de las relaciones sociales, postula que éste tiene cierta vida propia, debido a su especificidad, y que él mismo establece influencias recíprocas con otros aspectos de la superestructura —política, cultura, religión y otros—, como así también con la estructura, lo que le otorga al derecho una capacidad para modificar —aunque de manera limitada— la realidad política, económica y social. Véase Althusser, *supra* nota 56; Nicos Poulantzas, *El examen marxista del estado y del derecho actuales y la cuestión de la alternativa*, en MARX, EL DERECHO Y EL ESTADO 77-107 (Juan-Ramón Capella ed., 1969); Efrén Rivera Ramos, *Derecho y cambio social: Algunas reflexiones críticas*, 56 REV. JUR. UPR 251, 254-57 (1987).

80 Pierre Bourdieu, *La fuerza del Derecho: Elementos para una sociología del campo jurídico*, en PODER, DERECHO Y CLASES SOCIALES 165-223 (2000).

81 Véase e.g., KENNEDY, *supra* nota 57, en las págs. 133-212; DUNCAN KENNEDY, IZQUIERDA Y DERECHO: ENSAYOS DE TEORÍA JURÍDICA CRÍTICA 27-104 (2010) (se ha de señalar que el trabajo del autor está centrado en la experiencia y funcionamiento del sistema jurídico de Estados Unidos; no obstante, entrega elementos que pueden ser usados para examinar críticamente la función jurisdiccional en otros sistemas).

conquistas de diversos grupos sociales en conflicto. A la vez, se requiere tener presente que los tribunales —incluyendo los de primera instancia— al realizar el proceso de interpretación y aplicación de las normas, transmiten permanentemente un cúmulo de valores —incluso más allá del caso en concreto que se conoce— lo que explicaría, en parte, el rol que cumplen los jueces en la reproducción del orden social.

Por tanto, resulta clave entender de qué manera en la práctica judicial cotidiana opera la ideología. En este sentido, la obra de Kennedy es particularmente ilustrativa ya que muestra a los jueces y juezas como personas quienes muchas veces tienen posiciones políticas definidas (liberal o conservadora), las que condicionan sus fallos; pero que, debido a la necesidad de aparecer como neutrales, terminan a través del lenguaje realizando un ejercicio de negación de sus propios compromisos ideológicos. A lo anterior se le ha de agregar que los jueces pueden posicionarse a favor o en contra de determinados grupos sociales, y que al hacerlo posiblemente se vean compelidos a asumir la retórica de la neutralidad. Es en medio de esta tensión que la judicatura contribuye a la creación y reproducción de las relaciones subordinación y explotación realmente existentes, pero a la vez, es a partir de sus contradicciones inherentes que la judicatura puede formar parte, al menos parcialmente, de un proceso de transformación social (*autonomía relativa y fuerza performativa del derecho*).

En este sentido, resulta irrisorio cualquier intento de purgar lo político del proceso de adjudicación. Más bien, uno de los desafíos que nos convoca —además de desenredar la madeja de lo jurídico— consiste en repensar la función que les cabe a los jueces en cada sociedad en particular, prefigurando nuevos mecanismos de control democrático de la judicatura,⁸² sin que ello implique una renuncia de la misma a pronunciarse sobre cuestiones constitucionales. En este sentido, oponerse a que los tribunales tengan la última palabra en materia de legislación no significa negarles un rol en el proceso de toma de decisiones políticas. Lo anterior dista de afirmar una centralidad excesiva en los jueces, sino simplemente consiste en reconocer que ellos son un tipo de operador jurídico que realiza determinadas tareas, las que tienden hacia el mantenimiento y la reproducción del orden, pero que también guardan en su posición una posibilidad transformadora que se encuentra limitada, tanto por la *autonomía relativa* propia del derecho como por las relaciones de fuerzas existentes en el interior del campo jurídico. Una transformación que, por cierto, dependerá en última instancia de una ciudadanía plebeya, vigilante y activa.

A propósito de todas estas cuestiones, las provocativas ideas de Waldron sirven para abrir el debate; sin embargo, las mismas se encuentran condicionadas por tradiciones de pensamiento que no dan el ancho para responder las múltiples interrogantes que generan. Por lo mismo, hay que ir más allá de las claves teóricas del liberalismo, romper la camisa de fuerza del positivismo normativo, y elaborar una alternativa como la que se ha bosquejado, pensando el derecho desde una perspectiva crítica, a la vez que nos comprometemos en plenitud con la concreción del ideal democrático.

82 Así, por ejemplo, podemos señalar como posibilidades la incorporación meditada de jueces legos, la creación del jurado en países que carecen de dicha institución o bien su reformulación en donde ella existe, el establecimiento de mecanismos de control popular referido a responsabilidades judiciales, la participación democrática en la elección de los integrantes de la judicatura, entre otras.