

Constitucionalismo responsivo cuesta arriba: cargas de inercia y consensos

Uphill Responsive Constitutionalism: Burdens of Inertia and Consensus

Sergio Verdugo

IE University, España
sverdugo@faculty.ie.edu

Gonzalo López

Universidad del Desarrollo, Chile
gonzalolopez@udd.cl

Resumen: Este ensayo examina *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in the Modern Age*, el último libro de Rosalind Dixon y una de las obras más influyentes de los últimos años en la teoría constitucional. A partir del pensamiento de John Hart Ely, Dixon elabora una defensa normativa y comparada de la intervención judicial frente a tres tipos de disfunciones democráticas: la monopolización del poder político, los “puntos ciegos” del legislador y las “cargas de inercia” que obstaculizan la respuesta institucional a las demandas sociales. Incorpora criterios sobre la construcción de autoridad, así como sobre la selección y calibración de doctrinas y acciones judiciales para corregir dichas disfunciones. Su concepción permite justificar *democráticamente* la intervención judicial en la protección (calibrada y gradual) de derechos sociales en un sistema que Dixon califica como “débil-fuerte”. Los autores se concentran en el problema de las cargas de inercia, y argumentan que la ausencia de consensos políticos (frecuente en sociedades polarizadas) eleva los costos y riesgos de la acción judicial. El ensayo propone distinguir distintos niveles de consenso: (1) sobre la existencia del problema, (2) sobre el rechazo de la política vigente y (3) sobre la política futura a adoptar. Un consenso a nivel 1 no implica consenso a nivel 2, y así sucesivamente. Identificar el tipo de consenso puede ayudar a comprender el contexto decisional y la viabilidad de los remedios judiciales. Aunque Dixon está consciente de que las sentencias pueden, paradójicamente, reforzar la inercia existente y desencadenar otros problemas, los autores también argumentan que dichas consecuencias, a veces inevitables, podrían debilitar la defensa normativa de la judicialización en ámbitos de política pública menos vinculados al núcleo básico de la democracia.

Palabras clave: constitucionalismo responsivo, consensos políticos, control constitucional, revisión judicial, Rosalind Dixon, derechos sociales, cargas de inercia.

Abstract: This essay examines Rosalind Dixon's latest book, *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in the Modern Age*, one of the most influential works in constitutional theory in recent years. Building on John Hart Ely's thought, Dixon develops a normative-comparative defense of judicial interventions in the face of three types of democratic dysfunctions: the monopolization of political power, the "blind spots" of the legislature, and the "burdens of inertia" that prevent the existence of responsive policies to social demands. Dixon's approach incorporates criteria on the construction of judicial authority, as well as on the selection and calibration of doctrines and judicial remedies to correct these dysfunctions. Her conception allows for the democratic justification of judicial intervention in the (calibrated and gradual) protection of social rights. The authors focus on the problem of burdens of inertia. The authors argue that the absence of political consensus (common in polarized societies) increases the costs and risks of judicial action. The essay proposes distinguishing between different levels of consensus: (1) on the existence of the problem, (2) on the rejection of current policy, and (3) on the precise future policy to be adopted. Consensus at level 1 does not imply consensus at level 2, and so on. Identifying the type of consensus can help clarify the decision-making context and assess the viability of judicial remedies. Although Dixon is aware that rulings can, paradoxically, reinforce existing inertia and trigger other problems, the authors also argue that such consequences, which are sometimes inevitable, could weaken the normative defense of judicialization in areas of public policy less closely linked to the democratic minimum core.

Keywords: responsive constitutionalism, political consensus, constitutional control, judicial review, Rosalind Dixon, social rights, burdens of inertia.

I. Constitucionalismo responsivo cuesta arriba

Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in the Modern Age (2023) es uno de los trabajos más importantes publicados en teoría constitucional de los últimos años. El mismo responde a un proyecto que la autora, Rosalind Dixon, ha desarrollado desde hace cerca de veinte años, con ideas relacionadas que pueden encontrarse en múltiples trabajos (Dixon, 2007, 2011; Dixon y Landau, 2016; Dixon, 2017, 2019, 2023, 2024b). Trabajando dentro de la tradición de pensamiento asociada a la defensa procedimental del control constitucional elaborada por John Hart Ely en su famosa obra, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980), Dixon realiza un argumento que, junto con superar (o reducir) algunos de los problemas presentes en la obra de Ely, ofrece una perspectiva normativa y comparada que permite expandir las posibilidades de la teoría, junto con distinguir los casos en que los jueces pueden, de manera justificada, intervenir para corregir o avanzar en la corrección de una disfuncionalidad del sistema democrático. Dixon explora las distintas disfunciones con ejemplos extraídos de jurisdicciones como EE.UU., Sudáfrica, Reino Unido, Colombia, Canadá e India, y agrega elementos estratégicos relacionados con la necesidad de construir la autoridad social y política de los tribunales. Los casos elegidos no son

representativos de sus regiones (Daly, 2022, p. 30), pero ello no le quita aplicabilidad a las partes prescriptivas del libro, ni tampoco le resta valor a la variedad de contextos que la autora distingue.

La autora está consciente de los límites que los jueces poseen (Dixon, 2023, pp. 175-178) y su teoría es sensible a la mayoría de ellos. Se trata de un trabajo cuidadoso que invita a la prudencia y al pragmatismo estratégico, y está comprometido con principios liberales que toda democracia debería esforzarse por defender de manera consistente. En ocasiones, como ocurre con las citas que Dixon hace al trabajo de Rawls, los supuestos normativos no aparecen muy detallados (ver, por ejemplo, la crítica de Hickey 2024 al respecto), pero ello no le quita mérito a los alcances que la teoría puede tener.

En efecto, las ideas de Dixon podrían ser aplicables a cualquier sistema democrático relativamente competitivo, aunque sus instituciones sean frágiles y esté expuesto a amenazas asociadas al populismo o al surgimiento de liderazgos autoritarios (King, 2024, p. 157). En este sentido, su teoría resulta más práctica que otras que suelen asumir condiciones ideales difíciles de conseguir, como la famosa teoría de la democracia y de la revisión judicial de Jeremy Waldron (1999, 2006), que asume sociedades relativamente comprometidas con los derechos fundamentales y con instituciones suficientemente robustas (Waldron, 2006, pp. 1359-1366). La teoría de Waldron arriesga funcionar únicamente en un terreno ideal (González Bertomeu, 2011; Roux, 2018; Roa, 2019), y podría ser compatible, por esa misma razón, con una posición como la de Ely, que asume la existencia de disfuncionalidades que desafían la idealización waldroniana (el propio Waldron se preguntaba si la teoría de Ely era compatible con su pensamiento, en 2006, p. 1395), pero la teoría de Dixon no corre ese riesgo. Si bien para Dixon la fortaleza de las instituciones y la independencia judicial es un factor relevante a considerar, su teoría puede situarse dentro de un grupo amplio de jurisdicciones (Dixon, 2022, p. 106).

Hasta el momento, una parte de la literatura que explora la relación entre las cortes y la democracia se ha centrado en el análisis teórico de la legitimidad de la revisión judicial de las leyes. Aunque pueden desarrollar análisis más aplicados, autores como Aileen Kavanagh (2023) y Dimitrios Kyritsis (2017) han explicado cómo el actuar de las cortes puede caber dentro de una concepción moderna y cooperativa del sistema de separación de poderes, mientras que otros han identificado formas en que un control judicial débil podría reducir la importancia de la objeción democrática (Gardbaum, 2001; Tushnet, 2008; Gardbaum, 2011). Otra parte de la literatura ha incorporado elementos comparativos y prácticos, intentando identificar los límites del actuar de las cortes. Algunos han utilizado los casos de Sudáfrica y Colombia para mostrar cómo las

cortes pueden defender y consolidar democracias frágiles en tiempos adversos para una construcción institucional robusta (Issacharoff, 2015), mientras que otros han sugerido que las cortes son esencialmente limitadas y que sus posibilidades de contribuir a la democracia en contextos de transición son sumamente escasas (Daly, 2017).

Lo anterior ha dado lugar a una literatura más específica que se pregunta, ya de manera más estratégica, cómo las cortes pueden defender la democracia en tanto que operan en un sistema político complejo, con actores que a veces tienen intereses específicos en tensión. Estos autores van más allá de las primeras teorías de juegos asociadas a las cortes (Ferejohn y Weingast, 1992; Chávez *et al.*, 2011; Weingast, 1997; Ferejohn, 1999), y ofrecen ejemplos y casos de estudio para preguntarse cuáles son los poderes que las cortes pueden ejercer de manera efectiva, cuándo conviene esperar que pase la tormenta antes de intervenir (Delaney, 2016; Dixon e Issacharoff, 2016; Roznai, 2020), cuáles son las condiciones que aconsejan el uso de un sistema de control judicial fuerte (Gardbaum, 2015; Verdugo, 2021a), y el modo a través del cual las cortes pueden construir su propia autoridad (Tew, 2020), particularmente en contextos adversos para la democracia y la independencia judicial (Yam, 2021; Abeyratne, 2025). Ya existen algunos trabajos que cuestionan la factibilidad de las prescripciones de Dixon en distintos contextos (Gruev, 2023; Lin, 2023; Samararatne, 2023), pero aún quedan muchas preguntas por explorar. Además, en cierto sentido, la pregunta por la factibilidad de la teoría no es inconsistente con la normatividad de la tesis de Dixon, que aborda una amplia gama de posibilidades y estrategias para desarrollar un constitucionalismo responsivo que busca construir autoridad judicial en el tiempo.

La obra de Dixon aborda todas (o casi todas) las preguntas que los autores citados más arriba desarrollan y va más allá. No solamente ofrece una identificación ampliada de las disfunciones que las democracias pueden tener, como otras teorías basadas en el trabajo de Ely (Gardbaum, 2020; Cepeda Espinosa y Landau, 2021; Gargarella, 2020; Verdugo, 2021b), sino que también contribuye a avanzar el debate normativo-filosófico mientras dialoga con teorías empíricamente informadas sobre la acción judicial, además de ofrecer argumentos prescriptivos que aspiran a situarse en un amplio menú de posibilidades. En ese sentido, su obra puede ser especialmente útil para jueces y académicos con intereses puramente locales, que buscan en el derecho comparado un instrumento que les permita orientar sus acciones de manera sensible a las diversas posibilidades existentes.

En este ensayo, nos centraremos en una de las contribuciones más originales del pensamiento de Dixon: las cargas de inercia. Si bien esta noción se encuentra en

trabajos previos de Dixon (Dixon, 2007, 2008, 2017), esta vez recibe un tratamiento más sistemático. Las cargas de inercia obedecen a procesos democráticos bloqueados o demorados, que generan insatisfacción ante demandas sociales justificadas y mayoritarias. Para que exista una carga de inercia, se requiere de un apoyo generalizado en la sociedad (Dixon, 2023, pp. 84-87) o, aunque pueda aparecer en tensión, una posición más rawlsiana sobre lo que ciudadanos razonables podrían acordar (Dixon, 2023, p. 98). Aunque exista un consenso suficiente en torno a la necesidad de abordar un problema social específico, el proceso político no responde a esta necesidad por diversas razones, entre ellas los costos políticos, la falta de voluntad o intereses creados. En este escenario, los jueces deben enfrentar el problema con prudencia, buscando soluciones que se hacen más fuertes en el tiempo, comenzando por ejercer sus poderes de manera más débil. Deben intentar justificar sus decisiones en el derecho positivo de manera significativa, pero no necesitan ser formalistas y, eventualmente, si existen principios imperiosos en juego, como la dignidad, y riesgos irreversibles para los derechos humanos o problemas de inercia sistémicos, los jueces pueden (y tal vez deben) apartarse de las doctrinas jurídicas más asentadas (Dixon, 2023, p. 100). Deben interpretar las sensibilidades presentes en la sociedad, razón por la cual, sentencias como *Casey* pueden apartarse de un estándar legal y aparecer como políticamente legítimas al acercarse a las posiciones mayoritarias respecto de demandas como la del aborto (Dixon, 2023, p. 189).

La idea de las cargas de inercia es útil, en tanto que permite ilustrar un punto frecuentemente ausente en la teoría constitucional. Ella no se encuentra presente ni en Ely ni en otros trabajos contemporáneos que toman como punto de partida la obra de Ely (Cepeda Espinosa y Landau, 2021; Gardbaum, 2020) y su análisis exhaustivo parece todavía reducido incluso entre los comentaristas del libro de Dixon. La idea parece persuasiva e, incluso, intuitiva. La objeción democrática a la justicia constitucional no solamente se puede superar (al menos parcialmente) o volverse menos importante cuando existen intervenciones judiciales que protegen los canales participativos y procedimentales que hacen posible la regla de mayoría y fortalecen o preservan la competencia política, sino que también cuando la acción judicial persigue identificar procesos políticos que han dejado de ser sensibles a demandas sociales relevantes o, siendo sensible a ellas, no han sido capaces de procesarlas y de darles una debida solución.

Los jueces, lejos de quedarse con los brazos cruzados, pueden desempeñar un rol relevante en la identificación del problema y en soluciones de tipo dialógicas y sustantivas, que operan de manera gradual y matizada mediante una combinación de acciones que comienzan con deferencia y pueden finalizar con respuestas más robustas

e intrusivas. Para Dixon, las cargas de inercia son un problema democrático que está en el corazón de cualquier teoría que enfatice un tipo de constitucionalismo *responsivo* (Dixon, 2024b, p. 831). Y tiene razón. ¿Cuál es el sentido de contar con un sistema de representación política basado en elecciones periódicas, libres y competitivas si los procesos representativos no son capaces de satisfacer las demandas ciudadanas? Sabemos, como parte de la literatura lo ha advertido, que los problemas de capacidad estatal e institucional pueden invitar el surgimiento de populismos que tensionan el sistema democrático (Issacharoff, 2023), y no sería útil ignorar el problema. Para Dixon, los jueces pueden tener algo que decir al respecto.

Aunque la literatura ha parecido asumir, al menos implícitamente, que romper las cargas de inercia responde a conductas de los actores políticos y a incentivos institucionales que podrían generarse con la ayuda de las reformas políticas adecuadas, cuestión que Dixon no niega (Dixon y Verdugo, 2021), donde los jueces juegan un rol secundario o inexistente, la autora también sostiene que ellos pueden adoptar un rol relevante para poner término a las mismas, o más precisamente, para contribuir a generar las condiciones o a impulsar un diálogo que pueda terminar con ellas (Dixon, 2017; 2023, p. 3). Dixon es consciente de algunos riesgos asociados a la intervención judicial en esta materia (Dixon, 2023, pp. 231-232) y ofrece un análisis que puede orientar al juez para decidir en qué condiciones intervenir, qué herramientas utilizar y qué acciones desplegar.¹ Ella no argumenta que sus soluciones serán siempre exitosas (Dixon, 2023, p. 181), y reconoce que el contexto y las ideologías legales y políticas importan (Dixon, 2023, p. 90). Por ello, su propuesta debe verse más como una puerta de entrada que como una conclusión. Un menú de opciones y un análisis que debe complementarse con la comprensión del contexto en el que sus recetas serán implementadas.

El proyecto de Dixon es atractivo, persuasivo y cuidadoso. Se trata de un puzzle difícil de armar y varias piezas ya están debidamente identificadas y desplegadas. En este ensayo quisiéramos agregar una nueva pieza a dicho puzzle, cuya ausencia, creemos, puede generar problemas importantes: la idea de los consensos políticos. Tom Hickey (2024) ya ha argumentado, al comentar el libro de Dixon, que los niveles de consenso exigidos por la teoría del constitucionalismo responsivo contrastan con la realidad de los desacuerdos sociales en cuestiones fundamentales. Nuestro argumento opera en un nivel menos abstracto que el de Hickey. Argumentaremos que existen distintos tipos de consenso y que un consenso político sobre la necesidad de resolver un problema no necesariamente se traducirá en un acuerdo amplio sobre las políticas adecuadas para adoptar. Como veremos, estas distinciones resultan relevantes para comprender el

problema de las cargas de inercia.

En Chile, por ejemplo, ha existido un fuerte consenso sobre los problemas asociados al sistema de seguridad social, tanto respecto de las pensiones de retiro por vejez como de las enormes desigualdades del sistema de protección de la salud. No obstante, dicho consenso no se ha traducido en políticas públicas capaces de corregir dichos problemas, en parte debido a la falta de acuerdo sobre si estas materias son prioritarias, ni sobre las políticas públicas adecuadas para solucionarlos. Las reformas legislativas del sistema de seguridad social llegaron recién en el año 2025 (ver Ley 21.735), tras décadas de debate y múltiples batallas judiciales y propuestas legislativas fallidas. Y los chilenos siguen esperando reformas que se dirijan a corregir los problemas del sistema de salud, luego de muchos años de propuestas legislativas fallidas, tres procesos constituyentes que intentaron responder al problema mediante una narrativa asociada a los derechos sociales (Chilton *et al.*, 2023) y una jurisprudencia muy activa en el sector de la salud (García y Verdugo, 2013; Bravo, 2025).

Como ilustra el caso chileno, la existencia de un consenso sobre la presencia de estos problemas no necesariamente implicó un consenso respecto de si dicho problema es prioritario ni sobre la forma de corregirlo. En materia de seguridad social, las posiciones ideológicas estuvieron entre soluciones de mercado y propuestas que enfatizan la solidaridad (Verdugo, 2019) y, aunque finalmente se llegó a un consenso, los legisladores carecieron de incentivos electorales para que dicho consenso prosperara antes. La fragmentación del sistema de partidos y los incentivos electorales asimétricos, en un contexto presidencialista, facilitan la generación de cargas de inercia (Dixon y Verdugo, 2021). En un contexto polarizado, donde los legisladores no logran acuerdos, es difícil que estos problemas se resuelvan con ayuda del sistema de justicia y de un Tribunal Constitucional en el que los ministros duran períodos limitados y carecen de estímulos para fortalecer la autoridad institucional de dicho tribunal. En efecto, el nuevo consenso alcanzado no se logró gracias a la actividad judicial, sino más bien a pesar de ella. En este debate, las intervenciones judiciales solo incrementaron la polarización existente (Poehls y Verdugo, 2022).

¿Por qué los jueces fracasaron en sus intentos por resolver las cargas de inercia en Chile? La distinción entre los tipos de consenso puede ser importante para responder a esta pregunta. Los jueces habían identificado un consenso respecto de la existencia del problema (la judicialización en materia de salud contribuyó a darle visibilidad), pero no respecto de si eran prioritarios ni de las políticas públicas adecuadas. En el ámbito de la salud, los jueces desarrollaron una jurisprudencia hostil a las propuestas

promercado, que los alinearon con ideas más estatistas, pero dichas ideas no podían prosperar sin acuerdos entre partidos que adscribían a soluciones mixtas. Ellas eran lejanas de las opiniones mayoritarias. En el ámbito de la seguridad social, los jueces habían desarrollado una jurisprudencia confusa y contradictoria que solo contribuyó a agravar el conflicto político.

Comprender el contexto en el que los jueces trabajan es esencial para que puedan desempeñar un rol relevante al promover la resolución de las cargas de inercia. Un análisis que permita profundizar en la idea de consenso puede ser un buen punto de partida para examinar las posibilidades de corregir las cargas de inercia. Argumentaremos que, en ocasiones, los jueces se verán enfrentados a dilemas que no les permitirán actuar de manera favorable y, en esos casos, deberían limitarse a identificar los problemas y contribuir a hacerlos más visibles. Ello podría exigir un actuar más débil-débil y menos débil-fuerte, a diferencia de la orientación que sugiere la obra de Dixon. Tal vez, en ocasiones, ni siquiera un actuar débil-débil puede estar justificado. Estas ideas nos invitan a reflexionar sobre cómo la actividad judicial puede estar condicionada según el tipo de disfunción que se trate. Las consecuencias para la defensa de una revisión judicial basada en los derechos sociales y en ideas como el constitucionalismo transformador son relevantes.

La sección II situará el argumento de Dixon dentro de la literatura más específica, y explorará la idea de cargas de inercia. La sección III abordará la idea de consenso y hará las distinciones pertinentes. La sección IV volverá al tema de las cargas de inercia en relación con los problemas asociados al consenso. La sección V concluye.

II. Constitucionalismo responsivo y cargas de inercia

Como ya adelantamos, el problema de las cargas de inercia es una de las ideas más sugerentes de la obra de Dixon. Ella sirve para ampliar el tipo de fallas del mercado político que otros han identificado y también para esclarecer la naturaleza sustantiva que el argumento y la teoría inevitablemente poseen. Una de las principales críticas que la teoría original de Ely (1980) recibió, se debió a que ella era presentada como una tesis que no buscaba dar respuestas sustantivas, sino únicamente procedimentales (Ely, 1980, p. 87), evitando los problemas de una interpretación moralmente cargada y, al mismo tiempo, los defectos de una teoría excesivamente formalista del Derecho (Tribe, 1980; Ackerman, 1984; Dworkin, 1985). Ely planteaba su teoría como un punto medio entre el activismo y el formalismo, pero sus recetas inevitablemente daban lugar a debates acerca del contenido de los derechos fundamentales, como la

igual protección de la ley, y la identificación de grupos específicos que operan como minorías no debidamente representadas, entre otros. A diferencia de Ely, la teoría de Dixon es abiertamente sustantiva. Esta no solamente es útil para comprender derechos específicos de grupos concretos —como los derechos reproductivos de la mujer (Dixon, 2023, pp. 97-103) y de la comunidad LGBTQ+ (Dixon, 2023, pp. 102-109)—, sino que sirve para entender a la democracia y al control constitucional como mecanismos que deben desarrollarse bajo procesos institucionales que incluyan dichas perspectivas sustantivas y que ofrezcan una respuesta adecuada que sea sensible a demandas sociales relevantes. Si el proceso político no es capaz de dar una respuesta, entonces el problema no solamente es procedimental, sino que, sobre todo, es sustantivo. La idea de las cargas de inercia hace este problema más visible.

De este modo, y sin caer en una lectura moral más abierta de la Constitución como la que podrían haber promovido las teorías dworkinianas que animaron la famosa respuesta de Waldron (Dworkin, 1996; Waldron, 1999), y sin perjuicio del mérito para discutir interpretaciones expansivas de la tesis de Dixon que buscan mostrarla como moralmente comprometida e, incluso, extrañamente dworkiniana (Hickey, 2024), la teoría de Dixon busca un equilibrio entre moderación, democracia y actividad judicial que es mucho menos evidente en las posiciones dworkinianas. Por el contrario, dicha teoría tal vez debería aceptar una vaguedad normativa capaz de darles más espacio de maniobra a los jueces (Michelman, 2025). Si bien esta puede dejar abierta la puerta para una intervención judicial más agresiva que pueda robustecer la objeción contramayoritaria a la justicia constitucional, esta también ofrece soluciones pragmáticas y estratégicas que están conscientes de los riesgos asociados y, por ello, a nuestro juicio, logra evadir exitosamente la crítica que algunos autores le formularon a Dworkin (Waldron, 1999; Sunstein, 2018).

Al mismo tiempo, la teoría de Dixon amplía la teoría de Ely en dos sentidos. Primero, no se limita a las minorías “discretas e insulares”, un concepto insuficiente para capturar las disfunciones democráticas (Ackerman, 1984). Segundo, logra describir un proyecto aplicable, como mencionamos en la sección precedente, a muchas jurisdicciones fuera de EE.UU. Dixon pretende expandir su propia conceptualización del núcleo mínimo de la democracia (Dixon y Landau, 2016) para sostener una versión que, al mismo tiempo, es angosta (*thin*) y gruesa (*thick*). Y ello es efectivo, en parte, porque la idea de las cargas de inercia le permite exigir la operacionalización de derechos fundamentales asociados a las demandas sociales relevantes, lo que incluye la protección de derechos sociales como el derecho a la vivienda y el derecho a la salud. Ambos derechos aparecen

con frecuencia mencionados en el libro (2023, pp. 38, 111-115, 155-157, entre otras), aunque los remedios y estrategias que su protección requiera pueda diferir, por ejemplo, de los que deban emplearse para impedir acciones que atacan directamente a las instituciones electorales. En este sentido, Dixon no se presenta como una luchadora por los derechos sociales en su versión más fuerte, ni tampoco como una defensora de las versiones más robustas del constitucionalismo transformador. Existen espacios para comprender su teoría dentro de los procesos políticos, tal vez presentando a los tribunales como participantes en un diálogo que requiere buena fe, pero no ingenuidad, y colaboración genuina, aunque sea difícil de lograr (Dixon, 2023, p. 6). A diferencia de otros autores que han promovido un sistema de separación de poderes basado en la reciprocidad y el respeto institucional recíproco (Kyritsis, 2017; Kavanagh, 2023), la colaboración y comprensión de la democracia como un proyecto común donde existen diferencias cualitativas que permiten y defienden la especialización institucional (Waldron, 2013), la versión de Dixon parece consciente de la excesiva idealización que dichas teorías podrían tener en el proyecto político y la intervención de los jueces, y ofrece en cambio un menú de opciones que valoran la colaboración genuina y de buena fe sin descuidar la necesidad de avanzar de manera pragmática cuando las mismas no existen (Dixon, 2023, p. 196). Por ello, la teoría de Dixon difícilmente puede ser objeto de ataque por parte de quienes critican la judicialización de los derechos sociales en su sentido más fuerte (Cross, 2001).

Uno de los puntos que vale la pena explorar ya lo anunciaba brevemente Jeff King en su comentario al libro de Dixon. Para Dixon, la intervención judicial cuando existen cargas de inercia debe ser especialmente matizada y hasta gradual, cuestión que puede resultar más urgente tratándose de políticas asociadas a derechos sociales. En síntesis, los grados de deferencia que el juez debe mostrar en estas materias deben ser elevados, aunque pueden reducirse si las instituciones políticas no reaccionan al diálogo iniciado por las cortes (Dixon, 2023, pp. 224-225). De esta forma, el estándar de la democracia opera como criterio para reducir o incrementar la autorrestricción judicial (King, 2024, p. 160). No obstante, tratándose de materias donde las ventajas epistémicas de los expertos en políticas públicas especializadas son valiosas, dicho estándar se vuelve insuficiente para evaluar el nivel de deferencia que los jueces deben entregar a los *policy makers* (King, 2024, p. 160), arriesgando reducir el debate sobre la pertinencia del sujeto apropiado para tomar la decisión a una cuestión meramente asociada a las credenciales electorales (Hickey, 2024, p. 358), en circunstancias que la legitimidad es, y debe ser, una idea más compleja con otras dimensiones a analizar. Como veremos en la siguiente sección, identificar los distintos niveles de consenso puede ayudar a definir

dicho estándar. El punto es que es más fácil justificar la existencia de consensos negativos en contra de políticas fallidas, y para ello el rol de los expertos es menos relevante que para identificar las políticas que deben adoptarse activamente, aspecto en el que el rol de los expertos (y de la democracia) debería ser imprescindible.

III. Los niveles de consenso político

Aun en sociedades divididas y polarizadas, es posible encontrar algunos acuerdos básicos sobre aspectos centrales del núcleo mínimo de la democracia. Aunque haya espacio para interpretaciones, existe bastante claridad respecto de la necesidad de contar con elecciones libres y periódicas, procesos electorales suficientemente imparciales, supervisados por órganos que den suficiente confianza a los partidos políticos rivales, cuyos resultados sean verificables y transparentes, y en los que las nóminas de las candidaturas estén suficientemente abiertas, por nombrar algunos ejemplos. Nadie sensato, por ejemplo, podría argumentar que las elecciones venezolanas de 2024 cumplieron dichos requerimientos mínimos (Issacharoff y Verdugo, 2025). También existen acuerdos pertinentes sobre cómo ciertos derechos fundamentales deben protegerse para robustecer la democracia. Existen muchas dudas y discusiones respecto al contenido de la libertad de expresión, por ejemplo. No obstante, pocos argumentarían a favor de censurar explícita o implícitamente la crítica directa al gobierno, de arrestar a opositores por protestar de manera no violenta o de impedir la inscripción de candidaturas de oposición que cumplen con requisitos legales razonables. Este tipo de acuerdos no ha sido fácil de construir históricamente. Por ejemplo, hubo un tiempo en que los parlamentos escrutaban y tenían la última palabra sobre los resultados electorales, lo que favorecía a los incumbentes.² El nacimiento de instituciones electorales y de cortes especializadas en materia electoral ha sido, junto con el surgimiento de la revisión judicial, uno de los avances más importantes en la consolidación y mantención de la competitividad del sistema democrático. No obstante, si bien algunos de estos acuerdos han avanzado rápidamente, hay muchas materias importantes que todavía permanecen abiertas y se relacionan directamente con el núcleo mínimo de la democracia. Los ejemplos abundan.

En Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que el derecho a las elecciones libres carece de protección supranacional cuando se trata de la elección de un jefe de Estado, incluso en casos donde dicho jefe de Estado alcance poderes relevantes que pongan en jaque la política occidental frente a Rusia, como ocurrió con el caso *Georgescu contra Rumania* (37327/24). En EE.UU., el financiamiento de las

campanías electorales y las críticas a doctrinas de la Corte Suprema, como la del caso *Citizens United contra Federal Election Commission* (558 U.S. 310, 2010), que parecen ignorar el verdadero rol desestabilizador del dinero en la política y los daños a la igualdad electoral (Dworkin, 2011), se sustentan en concepciones aparentemente robustas — aunque controvertidas— sobre la libertad de expresión. En Brasil, la jurisprudencia que ha permitido a partidos pequeños poseer un nivel de representación en el Congreso en virtud del principio del pluralismo político, ha dado pie a un debate sobre los efectos de la fragmentación del sistema de partidos en la gobernabilidad de un sistema presidencial (Daly, 2022, p. 33) que, desde una perspectiva diferente al pluralismo, podría defender el ideal de un proceso político más responsivo. En el Consejo de Europa, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras *Fedotova y otros contra Rusia* (40792/10, 30538/14 y 43439/14), todavía no termina de consolidar un acuerdo en Occidente respecto de la necesidad de reconocer el matrimonio para personas del mismo sexo, pese a los avances existentes, sobre todo si se la compara con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-24/17). Otro ejemplo, tal vez más básico, consiste en el modo en que el propio Tribunal Europeo comenzó con una jurisprudencia robusta en materia de derechos políticos en el caso *Hirst contra el Reino Unido* (74025/01) para terminar con sentencias ambiguas que dejan dudas respecto a si todavía es posible que algunas sociedades occidentales puedan considerar a grupos de personas privadas de libertad como miembros desiguales de la comunidad política al privarles del derecho de sufragio, como ocurrió con *Anchugov y Gladkov contra Rusia* (11157/04, 15162/05).

No hay consenso en estas importantes materias, aunque tal vez debería haberlo. Es posible, con todo, que las teorías normativas sigan avanzando. Cada vez hay menos voces que defienden sentencias como las de *Citizens United* y la reacción temprana británica contra *Hirst*, aunque todavía estamos muy lejos de superar sentencias como la de *Georgescu*. Asimismo, la ausencia de consenso sobre las mejores reglas para el sistema de partidos en contextos presidencialistas, como el de Brasil, continuará. Dixon está consciente de la importancia de este tipo de desacuerdos y de los espacios interpretables que el núcleo mínimo democrático posee (Dixon, 2023, pp. 41, 60-61; 2024b, p. 804), aunque, como algunos comentaristas han observado, la idea de democracia puede conectarse con tradiciones políticas en tensión (Hickey, 2024; Gargarella, 2025). La propia Dixon reconoce que varias tradiciones democráticas han influido en su propia teoría. Esto es relevante para las posibilidades que tiene su teoría de fortalecer tanto las justificaciones procedimentales como las sustantivas de la revisión judicial, aunque la convivencia de ambas justificaciones pueda resultar en una tensión permanente.

La necesidad de mantener el proceso democrático en contra de mayorías coyunturales se hace persuasiva, y, como diría Fallon en su respuesta al ataque de Waldron a la revisión judicial, la posibilidad de falsos positivos parece menos costosa que la posibilidad de falsos negativos (Fallon, 2008, p. 1696). Dixon (2023, p. 178) distingue entre los errores en los cuales la respuesta judicial protege y promueve la democracia en un menor grado que el debido (errores tipo 1), y la situación contraria, en la cual la respuesta judicial orientada a proteger y promover la democracia resulta excesiva (errores tipo 2). Mientras los errores tipo 1 se originan en las diferentes deficiencias democráticas —poder monopólico antidemocrático, puntos ciegos y cargas de inercia—, los errores tipo 2 conllevan riesgos como las cargas de inercia reversas y el *backlash*. El disvalor causado por estos tipos de errores varía, ya que el costo negativo para la democracia que produce el desacierto de los jueces (errores tipo 2) suele ser menor que el costo que la democracia debe asumir una vez que los jueces permiten errores de legisladores o presidentes (errores tipo 1).

No obstante, a medida que nos alejamos del núcleo mínimo y nos acercamos a las disfunciones democráticas asociadas al problema de las cargas de inercia, la ausencia de consensos parece todavía más frecuente e importante. Para comprender lo anterior, proponemos distintos niveles de consenso y, como ya lo adelantamos con el ejemplo de Chile, algunos de los cuales pueden alcanzarse más fácilmente que otros: (1) consenso sobre la existencia de un problema, (2) consenso negativo sobre una política vigente y (3) consenso positivo sobre la política adecuada.

Para que exista una genuina carga de inercia, es imprescindible que un sector importante de la población tenga una demanda intensa y permanente que el proceso político no haya satisfecho. Ello puede conducir a que exista (1) un acuerdo sobre la existencia del problema y un reconocimiento social de que una demanda es legítima. Imaginemos, por ejemplo, una sociedad con una alta tasa de indigencia, una población migrante que vive en campamentos de emergencia, y un sector social y económicamente desaventajado que habita en condiciones de hacinamiento, que solamente tiene acceso a viviendas que carecen de servicios básicos o que están obligados a desplazarse a tierras donde los dueños les permitan instalar un campamento provisorio que, al final del día, puede volverse permanente. En este caso, es probable que exista un nivel de consenso importante respecto de la existencia del problema y, en ocasiones, de un derecho a la vivienda que permanece insatisfecho.

Es posible, no obstante, que, en lugar de reconocer un derecho fundamental, se reconozca una necesidad que podría ser igualmente cubierta por la política pública.

También es posible que, a partir del reconocimiento del derecho o de la necesidad, no se logre identificar con suficiente claridad un orden de prioridades acordado. Tal vez estamos de acuerdo en que hay un problema, pero no en la urgencia de solucionarlo en un contexto en el que existen muchas demandas sociales que compiten por atraer recursos limitados. Es posible, en otras palabras, que la opinión pública reconozca que existe un problema, pero, al mismo tiempo, considere que hay otras prioridades que deben atenderse antes de que la clase política destine tiempo, capital político y recursos al problema identificado. La discusión sobre el financiamiento y la gratuidad de la educación superior también sirve de ejemplo para ilustrar este punto. El financiamiento de la educación superior es una demanda intensa y permanente, y la gratuidad en este ámbito puede ser ampliamente reconocida como una política valiosa, aunque resulte onerosa, lo que plantea una objeción relevante frente al reconocimiento de otros problemas sociales más urgentes, como la satisfacción de la educación primaria y básica.

De este modo, es posible que la voluntad mayoritaria se vea reflejada en candidatos que prometan priorizar áreas como la salud, la migración o la seguridad por encima de la vivienda. En otras palabras, la existencia de un consenso sobre un problema no necesariamente implicará una demanda intensa por resolverlo. Si ello ocurre, entonces el problema de grupos marginados o desaventajados cuya influencia es menor en el proceso político (en el ejemplo, aquellos que carecen de una vivienda digna, o los niños que no protestan versus los estudiantes universitarios que exigen gratuidad) no se verá necesariamente resuelto con mayor participación y representación (como sugeriría Ely) ni tampoco mediante procesos más participativos, dando lugar a buenas razones para que los grupos marginados puedan demandar una solución judicial. Ello ocurrió en Brasil con el problema de los medicamentos huérfanos (Cardoso, 2021). El problema era electoralmente irrelevante, ya que el sector afectado era muy pequeño como para atraer a dirigentes políticos motivados a captar votos. Aunque probablemente una mayoría de ciudadanos era capaz de identificar un problema, este no tendría respuesta por parte del proceso político, lo que forzaría la intervención judicial de emergencia. La clase política carecía de incentivos para resolver un problema urgente, y la política democrática había fallado.

De este modo, la existencia de un consenso en el nivel (1) no implica automáticamente que exista un acuerdo en los niveles (2) y (3). En efecto, del hecho de que, en el caso hipotético, exista acuerdo sobre la existencia de un problema de vivienda o de educación, o, en el caso de Brasil, respecto de la existencia de un grupo afectado por una situación urgente y apremiante, no se sigue que exista un consenso de nivel (2) sobre si la política

vigente es la correcta o no. La opinión pública y la mayoría de los electores podrían estar priorizando la satisfacción de otras demandas; los políticos electos podrían priorizarlas en sus programas electorales, y la demanda por vivienda, la gratuidad en la educación superior o la cobertura de medicamentos para huérfanos podría quedar insatisfecha. En estos casos, existe una motivación popular y mayoritaria, aunque sea transitoria, respecto de que, mientras no se cubran las demandas prioritarias de la mayoría, las políticas que solucionan los problemas de vivienda o de acceso a medicamentos podrían ser postergadas. También es posible que un sector importante de la población esté de acuerdo en que es necesario avanzar en materias que no son prioritarias para la mayoría, aunque dichas mayorías no sean suficientes para generar incentivos electorales que movilicen a los políticos a ofrecer e implementar soluciones, lo que alimenta la carga de inercia.

Una posible objeción consiste en sostener que las demandas intensas y permanentes no deben ser resueltas por la opinión pública ni por una mayoría de ciudadanos. Una posición rawlsiana que sugiera realizar el ejercicio de pensar en el tipo de consenso que un grupo de personas razonables puede adoptar mediante el uso de la razón pública podría guiar la forma de llevar a cabo el debate (Rawls, 1999, pp. 171-73). No obstante, este tipo de posición no es capaz, *ex ante*, de resolver los desacuerdos existentes porque, al interior de estas metodologías, existe un amplio margen para desacuerdos fundamentales (Rawls, 1993, pp. 55-56), que difícilmente puedan ser resueltos por un grupo de jueces (ver también Rawls, 1993, pp. 236-238).

Volviendo al análisis de los tipos de consenso, es importante destacar que la existencia de un acuerdo en un nivel (2) no es por sí solo suficiente para garantizar un acuerdo en un nivel (3), ya que desde un acuerdo general es posible derivar múltiples políticas específicas divergentes e incompatibles entre sí (Turner, 2003, p. 195). En este sentido, puede existir un acuerdo mayoritario para movilizar una política pública que aborda un problema social, sin que exista una mayoría que respalde una política pública específica para dicho problema. O bien, es posible contar con suficientes mayorías (negativas) para movilizar soluciones (por ejemplo, rechazar la política habitacional o la de medicamentos vigentes), aunque no existan suficientes mayorías (positivas) para impulsar una política pública específica. El nivel de abstracción que requiere un consenso rawlsiano bajo el velo de la ignorancia es difícilmente útil para definir concretamente las políticas públicas —como las de salud o de acceso a medicamentos— que es necesario adoptar (Lema, 2021, p. 329). Y tal vez no sería prudente hacerlo (Sunstein, 2018, p. 54). En este nivel de desacuerdos, es mejor que los expertos y los representantes puedan

discutir libremente, y las intervenciones judiciales en este nivel de concreción (para estimular un consenso tipo 3), aunque débiles, pueden arriesgar polarizar todavía más la discusión, mostrar una corte dividida (los jueces frecuentemente estarán en desacuerdo al respecto), y elevar los costos de transacción del proceso político democrático.

Lo anterior puede vincularse con diferencias ideológicas genuinas y con la fragmentación de las ofertas políticas disponibles. Por ejemplo, para enfrentar el problema habitacional, un primer grupo puede pensar que el déficit habitacional puede ser resuelto sin intervención estatal directa, mediante el establecimiento de reglas claras que brinden seguridad a los actores privados y permitan el funcionamiento de la “mano invisible” del mercado. Un segundo grupo puede considerar prioritario flexibilizar regulaciones (como los usos de suelo y la altura máxima de edificación) y eliminar trabas burocráticas, lo que permitiría reducir costos y tiempos de construcción. Un tercer grupo puede creer que la solución requiere una intervención estatal indirecta, basada en la entrega de subsidios a empresas privadas para la construcción de viviendas mediante licitaciones públicas, o bien en subsidios otorgados a particulares para la compra o el arriendo de viviendas. Un cuarto grupo puede sostener que es necesaria una intervención estatal profunda, que incluya fijar precios máximos para el arriendo de viviendas, junto con la construcción y entrega de viviendas por el Estado a sectores socialmente desfavorecidos.

La solución a la política habitacional pasará por adoptar alguna de las indicadas, una combinación de ellas u otra. En cualquier caso, se requerirán políticas con financiamiento suficiente y sostenibles en el tiempo. La pregunta que debiéramos hacernos es la siguiente: ¿cómo reducir los costos de transacción de la política para poder responder a estos problemas? La respuesta, si se conecta con la necesidad de realizar reformas políticas (en el proceso legislativo, en el sistema de partidos, en el aparato administrativo o en el sistema electoral), estará lejos de lo que los jueces pueden hacer de manera eficaz y sensible a las diferentes dimensiones del problema.

Por el contrario, es posible que la carencia de consenso a nivel (1) o (2) sea compatible con la existencia de consenso a nivel (3). En el caso de la política habitacional promercado, por ejemplo, es posible que quienes la impulsen no vean una necesidad urgente de resolverla, o no la prioricen, pero que promuevan una política promercado como consecuencia de objetivos diversos, siendo el impacto en la disponibilidad de viviendas una externalidad. Ello podría ocurrir, por ejemplo, si se busca agilizar y dinamizar el mercado de los bienes raíces para incentivar el crecimiento económico y producir más y mejores empleos. Del hecho de que se pueda avanzar con una política,

tampoco se sigue que existan consensos sostenibles en el tiempo. Si la política está muy polarizada y el gobierno cambia con frecuencia (así como sus programas), es posible que una política adoptada en un tiempo (i) sea reemplazada en un tiempo (ii), y no exista oportunidad para que estas cumplan sus objetivos.

Los jueces, al intervenir en este tipo de casos, podrían ayudar a hacer más visible un problema, generando incentivos para que exista consenso a nivel (1) y, tal vez, a nivel (2). No obstante, es muy difícil que puedan intervenir de modo que contribuyan a incentivar un consenso a nivel (3), y tampoco parece deseable que lo hagan. Si ellos se muestran divididos (cosa que Dixon promueve de manera excepcional en 2022, pp. 239-240), entonces las diferencias políticas también serán evidentes al interior del tribunal. Si orientan al legislador a adoptar políticas que sigan una dirección específica, pueden menoscabar su reputación de imparcialidad, reforzando la percepción de que los tribunales operan como una suerte de “seguro” ideológico unilateral que solo beneficia a un sector político a expensas de otro, lo que podría dañar su autoridad (Dixon y Ginsburg, 2018). Si los jueces deciden una solución sustantiva, aunque sea débil, entonces la sospecha del seguro unilateral puede crecer, sobre todo si la solución débil se puede proyectar como fuerte en el tiempo, cuestión que puede verse incrementada si no existen suficientes razones puramente legales que puedan justificar las decisiones. Recordemos que Dixon argumenta que, en ciertas circunstancias urgentes, apelar al Derecho positivo específico es menos relevante que la legitimidad política de las decisiones judiciales, pese a que dicha legitimidad pueda quedar en entredicho por las razones que hemos identificado (Dixon, 2023, p. 93). Aunque es posible que la clase política esté muy dividida y que, como consecuencia de ello, los partidos que se opongan a las sentencias judiciales no puedan atacar a los tribunales (la fragmentación puede contribuir a proteger su independencia judicial), la autoridad de la corte se verá afectada porque su imparcialidad, un factor esencial de la legitimidad judicial (Shapiro, 1981), estará dañada.

Y si la corte deja de ser percibida como un árbitro imparcial del conflicto político, entonces habrá mayores argumentos para que los derrotados en los conflictos judiciales busquen salidas diferentes, lo que elevará las posibilidades de que se materialice lo que algunos norteamericanos han denominado “hardball” constitucional (Tushnet, 2004). Dixon ha sugerido que los tribunales deben intentar hablarles a los perdedores de un modo que aumente las probabilidades de que acepten el resultado que les resulta adverso (Dixon, 2023, p. 242). No obstante, es poco probable que las razones expuestas en la sentencia, e incluso la identidad del propio juez, puedan reducir la polarización

existente en casos como estos, en los que los intereses políticos en juego son intensos. Ellos incluso podrían terminar alimentando, aunque de manera no deliberada, y como uno de nosotros lo ha advertido, una demanda por reformar o cambiar una constitución (Verdugo, 2025).

IV. Soluciones judiciales y constitucionalismo responsivo cuesta arriba

Una comprensión de las causas de los desacuerdos puede ayudar a entender mejor cómo se han generado cargas de inercia en los ejemplos citados en las secciones precedentes, relacionados con materias como la habitacional, la educacional o los medicamentos huérfanos. El problema para los jueces es triple. En primer lugar, es posible que los desacuerdos perduren en el tiempo sin tendencias definidas, especialmente en el nivel 3. Como ya lo advertimos, si bien puede aparecer un acuerdo en el nivel 1, ello no implica que existan acuerdos en los demás niveles. La evolución de los consensos dependerá, en gran medida, del clima político y de las prioridades sociales cambiantes. Si hoy la agenda política prioriza la vivienda, mañana puede priorizar la seguridad.

En segundo lugar, es posible que los propios jueces estén divididos respecto de las políticas que deben adoptarse y que lo anterior se vea agravado por la ausencia de interés por parte de los magistrados en fortalecer el tribunal como institución.³ En este escenario, no es evidente que los jueces busquen consensos en el interior del tribunal. Esto puede generar un problema de acción colectiva esperable cuando los jueces duran pocos años en sus cargos, sin posibilidad de ser renovados, algo común en tribunales constitucionales centralizados. En estos tribunales, es común que los magistrados duren entre siete y doce años en sus funciones, con incentivos distintos de los magistrados de otros tribunales que permanecen en sus cargos de por vida o hasta cumplir un límite de edad. ¿Qué interés tienen los jueces en fortalecer la autoridad del tribunal? Para que el problema se manifieste, no es necesario que *todos* los jueces carezcan de interés en fortalecer la institución judicial. Basta con que unos pocos operen como disidentes visibles para que el problema se manifieste, algo cada vez más común en varias cortes constitucionales de la tradición continental europea (Kelemen, 2018). Lo anterior es esperable cuando los nombramientos son de naturaleza política y los jueces consideran el destino de sus carreras al finalizar sus funciones.

En tercer lugar, es posible que los tribunales no posean un diseño que favorezca mecanismos responsivos, como ocurre, tal vez, con las reglas de acceso a los tribunales y con sus compromisos con el formalismo jurídico en el caso de los tribunales de tipo kelseniano (Gruev, 2023).

Estos problemas no solo podrían dañar las posibilidades de la Corte de construir su propia autoridad y legitimidad (Dixon, 2023, pp. 239-240), sino que también podrían indicar, siguiendo a Waldron (1999), que los desacuerdos de política pública coinciden con los desacuerdos jurídicos, de modo que ambos no puedan ser fácilmente distinguibles. Esto sería menos grave si se tratara de un caso asociado al núcleo mínimo democrático vinculado a un consenso amplio (Dixon, 2023, p. 93), en tanto existirán mejores razones en dicho nivel donde se espera que toda ideología presente en el mundo político se una con un principio democrático común (aunque a veces sea recomendable calibrar y calcular). No obstante, el problema sería altamente difícil de resolver si se tratara de desacuerdos asociados a las cargas de inercia, donde la naturaleza de las diferencias es ideológica y no depende de un compromiso básico con la democracia, sino de la aplicación de principios ideológicamente comprometidos al diseño de políticas públicas concretas en circunstancias específicas. Conservadores, liberales y socialistas podrían estar ideológicamente de acuerdo en la necesidad de respetar el principio de rotación del poder y la independencia de los tribunales, porque todos, al menos en democracias occidentales, se declaran partidarios de principios democráticos. Pero no ocurriría lo mismo respecto de la satisfacción de demandas sociales afectadas por las cargas de inercia, donde las diferencias respecto de las políticas habitacionales, de educación, salud o de medicamentos huérfanos, pueden tener lugar dentro de los límites de la democracia. No sería democráticamente legítimo argumentar que una solución es demostrablemente superior a otra y, por lo tanto, debe ser impuesta por la vía judicial, o bien hacer que los jueces ofrezcan soluciones inicialmente débiles bajo principios ideológicamente comprometidos.

Dixon ofrece un argumento persuasivo al sostener que la democracia exige que estas demandas insatisfechas tengan respuesta por parte del proceso político. De lo contrario, podríamos estar ante un sistema en el que las mayorías y sus derechos no gobiernan. No obstante, cuando existen diferencias ideológicas como las anotadas, por las que hay consenso a nivel (1) y tal vez a nivel (2), pero no a nivel (3), por ejemplo, entonces se hace difícil conciliar la necesidad de dar respuesta a un problema con la necesidad de que dicha respuesta obedezca a una política pública sostenible democráticamente. Y si los jueces intervienen, aunque sea calibrando sus decisiones, con modos débiles-fuertes, ellos podrían estar renunciando a su deber de imparcialidad más allá de la democracia para abrazar o estimular posiciones ideológicamente polarizantes. Como ya lo advertimos, ello no le haría bien a la legitimidad del sistema judicial como un sistema capaz de operar como “doble seguro” (que es capaz de adjudicar casos a favor de un sector político hoy y del sector opuesto mañana) para señalar su intervención en la

arena partisana a favor de posiciones comprometidas.

Es por esto, por ejemplo, que parece mejor, si se van a aceptar posiciones asociadas al constitucionalismo transformador, que se utilice una perspectiva procedimental que no dé punto final a estos debates desde la perspectiva judicial. Es posible sostener una posición transformadora desde el proceso político (Fowkes, 2025), aunque no resulta tan claro que este tipo de posiciones pueda alinearse bien con las recetas débiles-fuertes de Dixon para enfrentar cargas de inercia. Parece difícil imaginar que el argumento de Dixon sea algo diferente a un mensaje para que los jueces intervengan, si bien con precaución y prudencia, con salidas sustantivas necesariamente alineadas con una posición que haga que los resultados electorales asociados a las políticas públicas sean indiferentes para los requerimientos de los jueces, de modo que el derecho (lo que es jurídicamente requerido) pase a operar como un “seguro” ideológico a favor de un sector específico. Todas las metodologías alternativas que Dixon identifica implican, tarde o temprano, seguir un camino como el sugerido más arriba, lo que podría hacer inevitable que la carga de inercia incluso se fortalezca.

En dichos contextos, además, sería más difícil que las instituciones operaran con reciprocidad e interacciones respetuosas, como ha sugerido Dixon (2023, p. 241) al discutir estrategias para construir la autoridad de las cortes, o Kavanagh (2023) al proponer una comprensión de la separación de poderes menos competitiva y más colaborativa. La idea de la reciprocidad institucional respetuosa (*comity*) debería operar no sobre los resultados finales, sino sobre las reglas del juego, los plazos, el reparto de cargas de justificación y los modos de interacción. La idea debería incluir remedios que incentiven respuestas legislativas, no suplantaciones. El problema es que un modelo débil-fuerte, atendidas ciertas condiciones, puede conducir necesariamente a suplantaciones.

El escenario plausible en sociedades polarizadas consistirá en que ciertos jueces estarán alineados con un sector político y otros con el sector opuesto, lo que hará más visibles las diferencias no entre poderes, sino entre la élite política-judicial. Así, promover formas de incentivar la colaboración es razonable, pero es poco probable que los jueces estén en condiciones institucionales para hacerlo. Inevitablemente, en ciertos casos más polarizados, las soluciones debieran pasar por la aprobación de reformas políticas que busquen alinear los diversos incentivos electorales. Una opción es generar incentivos electorales para que el votante medio pueda ser el protagonista de este tipo de decisiones. Para ello, reformas electorales como el voto obligatorio y el *ranked choice voting system*, podrían ser útiles. Lamentablemente, el enfoque judicialista

del constitucionalismo responsivo no ofrece suficientes elementos para enriquecer la discusión sobre las reformas políticas, aunque no se opone a ellas. De ello no se sigue, por supuesto, que Dixon no pueda promover este tipo de soluciones. En efecto, si bien las posibilidades del constitucionalismo responsivo respecto de las cargas de inercia son limitadas y exigen considerar factores adicionales a los explorados por Dixon, como los niveles de consenso, la teoría de Dixon es perfectamente compatible con la discusión sobre las reformas institucionales que se requieren adoptar.

V. Conclusiones

El análisis del rol de los jueces frente a las cargas de inercia es abordado distinguiendo diferentes niveles de consenso político: (1) consenso sobre la existencia de un problema, (2) consenso negativo sobre una política vigente, y (3) consenso positivo sobre la política adecuada a adoptar. Que exista consenso en un nivel (1) sobre la existencia de un problema no implica que exista consenso en un nivel (2) sobre la política vigente, y un consenso sobre una política vigente no garantiza consenso en un nivel (3) sobre la política pública específica a seguir.

Distinguir entre niveles de consenso es relevante ya que el rol de los jueces varía frente a cada uno de ellos. Los jueces pueden contribuir a generar consensos de nivel (1) —sobre la existencia de un problema— y, en menor medida, consensos de nivel (2) —sobre la política vigente—. Sin embargo, los jueces podrían operar bajo la falsa idea de que la existencia de consensos en los niveles (1) y (2) es suficiente para habilitar su acción. La principal dificultad radica en que no existe un consenso de nivel (3) sobre la política positiva que guíe a los legisladores en la dirección adecuada. En este escenario, los riesgos de la intervención judicial aumentan, y disminuye la probabilidad de que su acción contribuya a generar dicho consenso. Además, tampoco parece deseable que lo hagan. Incluso mediante intervenciones débiles, los jueces pueden provocar una mayor polarización tanto en el escenario político como en la propia corte, elevando los costos de transacción del proceso político democrático.

A ello se suman varias dificultades. En primer lugar, la falta de consenso a nivel (3) puede prolongarse indefinidamente. En segundo lugar, la misma corte puede reproducir la división existente en la sociedad respecto a las políticas que deben adoptarse, lo cual se agrava cuando no existe interés por parte de los magistrados en fortalecer el tribunal. Si los jueces se muestran divididos, las diferencias políticas serán evidentes y, si orientan al legislador a adoptar políticas que sigan una dirección específica, pueden menoscabar su reputación de imparcialidad. Ello puede reforzar la idea de que los tribunales actúan

como un “seguro” ideológico unilateral que solo beneficia a un sector político a expensas de otro, lo que podría afectar su autoridad, especialmente cuando no existen suficientes razones legales que justifiquen las decisiones. Al dejar de ser percibida como un árbitro imparcial del conflicto político, la corte pierde su autoridad, lo que promueve que los derrotados en los conflictos judiciales busquen salidas diferentes. Ello podría incentivar la desobediencia a sentencias adversas, estimular esfuerzos para capturar o incapacitar a los tribunales e incluso favorecer cambios constitucionales contrarios a la autoridad de la corte. En tercer lugar, una cultura judicial comprometida con el formalismo jurídico podría desincentivar que la corte adopte mecanismos responsivos.

En este contexto, los jueces deben contrastar la inercia existente en ausencia de intervención judicial con la inercia “en reversa” que la propia decisión puede generar. Este equilibrio se ve afectado por la relación entre los derechos protegidos y el núcleo mínimo democrático. Si los derechos protegidos forman parte del núcleo mínimo democrático, una intervención judicial más robusta está justificada. En contraste, cuando recae sobre políticas sociales disputadas, la intervención debe ser responsiva, de manera iterativa y procedimental.

Referencias bibliográficas

- Abeyratne, R., 2025: *Courts and LGBTQ+ Rights in an Age of Judicial Retrenchment*, Oxford University Press.
- Ackerman, B., 1984: “Beyond Carolene Products”. *Harvard Law Review*, vol. 98, núm. 4, pp. 713-746.
- Bravo, F., 2025: “La creación de derechos prestacionales por los jueces en materia de salud”, en: R. Poyanco (ed.), *El derecho a la salud en Chile: un nuevo paradigma*, Tirant lo Blanch.
- Cardoso, J. V., 2021: “Judicialización de medicamentos huérfanos en Brasil: la justiciabilidad de un objeto políticamente ‘no palatable’”. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, núm. 4, pp. 1322-1350.
- Cepeda Espinosa, M. J. y Landau, D., 2021: “A Broad Read of Ely: Political Process Theory for Fragile Democracies”. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, núm. 2, pp. 548-568.
- Chávez, R. B., Ferejohn, J. A. y Weingast, B. R., 2011: “A Theory of the Politically Independent Judiciary: A Comparative Study of the United States and Argentina”, en: G. Helmke y

- J. Ríos-Figueroa (eds.), *Courts in Latin America*, Cambridge University Press, pp. 219-247.
- Chilton, A., Eyzaguirre, C. y Versteeg, M., 2023: "Social Rights Scapegoating". *Global Constitutionalism*, vol. 13, núm. 1, pp. 220-227.
- Cross, F., 2001: "The Error of Positive Rights". *UCLA Law Review*, vol. 48, núm. 4, pp. 857-924.
- Daly, T. G., 2022: "Courts and the Global Search for Democratic Resilience". *National Law School of India Review*, vol. 34, núm. 2, pp. 26-34.
- _____, 2017: *The Alchemists. Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders*, Cambridge University Press.
- Delaney, E. F., 2016: "Analyzing Avoidance: Judicial Strategy in Comparative Perspective". *Duke Law Journal*, vol. 66, núm. 1, pp. 1-67.
- Dixon, R., 2024a: "Dynamic, Regressive, or Obstructionist Courts? What Kinds of Hopes for Judicial Review". *Law & Social Inquiry*, vol. 49, núm. 4, pp. 2565-2580.
- _____, 2024b: "The New Responsive Constitutionalism". *The Modern Law Review*, vol. 87, núm. 4, pp. 799-832.
- _____, 2023: *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in the Modern Age*, Oxford University Press.
- _____, 2022: "In Defense of Responsive Judicial Review". *National Law School of India Review*, vol. 34, núm. 2, pp. 104-115.
- _____, 2019: "The Forms, Functions, and Varieties of Weak(ened) Judicial Review". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17, núm. 3, pp. 904-930.
- _____, 2017: "The Core Case for Weak-Form Judicial Review". *Cardozo Law Review*, vol. 38, núm. 6, pp. 2193-2232.
- _____, 2011: "Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism". *University of Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper*, núm. 348.
- _____, 2008: "A Democratic Theory of Constitutional Comparison". *American Journal of Comparative Law*, vol. 56, núm. 4, pp. 947-998.

- _____, 2007: "Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, núm. 3, pp. 391-418.
- _____, y Ginsburg, T., 2018: "The Forms and Limits of Constitutions as Political Insurance". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 4, pp. 988-1012.
- _____, e Issacharoff, S., 2016: "Living to Fight Another Day: Judicial Deferral in Defense of Democracy". *Wisconsin Law Review*, vol. 2016, núm. 4, pp. 683-731.
- _____, y Landau, D., 2016: "Competitive Democracy and the Constitutional Minimum Core", en: T. Ginsburg y A. Z. Huq (eds.), *Assessing Constitutional Performance*, Cambridge University Press, pp. 268-292.
- _____, y Verdugo, S., 2021: "Los derechos sociales y la reforma constitucional en Chile: hacia una implementación híbrida, legislativa y judicial". *Estudios Públicos*, vol. 162, pp. 31-73.
- Dworkin, R., 2011: "La decisión que amenaza la democracia". *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, vol. 35, pp. 7-23.
- _____, 1996: *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press.
- _____, 1985: *A Matter of Principle*, Oxford University Press.
- Eggers, A. C. y Spirling, A., 2014: "Guarding the Guardians: Legislative Self-Policing and Electoral Corruption in Victorian Britain". *Quarterly Journal of Political Science*, vol. 9, núm. 3, pp. 337-370.
- Ely, J. H., 1980: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press.
- Fallon, R. H., 2008: "The Core of an Uneasy Case for Judicial Review". *Harvard Law Review*, vol. 121, núm. 7, pp. 1693-1736.
- Ferejohn, J., 1999: "Independent Judges, Dependent Judiciary. Explaining Judicial Independence". *Southern California Law Review*, vol. 72, pp. 353-384.
- _____, y Weingast, B. R., 1992: "A Positive Theory of Statutory Interpretation". *International Review of Law and Economics*, vol. 12, núm. 2, pp. 263-279.

- Fowkes, J., 2025: "Transformative Process Theory". *Global Constitutionalism*, vol. 14, núm. 2, pp. 289-309.
- García, J. F. y Verdugo, S., 2013: *Activismo judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?*, Ediciones Libertad y Desarrollo.
- Gardbaum, S., 2020: "Comparative Political Process Theory". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 18, núm. 4, pp. 1429-1457.
- _____, 2015: "Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies?". *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 53, núm. 2, pp. 285-320.
- _____, 2011: "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, núm. 2, pp. 167-206.
- _____, 2001: "The New Commonwealth Model of Constitutionalism". *The American Journal of Comparative Law*, vol. 49, núm. 4, pp. 707-760.
- Gargarella, R., 2025: "Responsive Judicial Review and Democracy: Examining Rosalind Dixon's Theory of Judicial Review". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 23, núm. 2, pp. 653-663.
- _____, 2020: "From 'Democracy and Distrust' to a Contextually Situated Dialogic Theory". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 18, núm. 4, pp. 1466-1473.
- González Bertomeu, J. F., 2011: "Against the Core of the Case". *Legal Theory*, vol. 17, núm. 2, pp. 81-118.
- Gruev, I., 2023: "Responsive Judicial Review in Kelsenian Constitutional Courts: The Impeding Effects of Limited Standing and Formalism". *Review of Central and East European Law*, vol. 48, núms. 3-4, pp. 426-444.
- Hickey, T., 2024: "Beware These Dworkinian Wolves (in 'Neo-Elyian' Clothing)". *European Constitutional Law Review*, vol. 20, núm. 2, pp. 329-359.
- Issacharoff, S., 2023: *Democracy Unmoored: Populism and the Corruption of Popular Sovereignty*, Oxford University Press.
- _____, 2015: *Fragile Democracies. Contested Power in the Era of Constitutional Courts*, Cambridge University Press.

- _____, y Verdugo, S., 2025: “Standing in the Face of Illiberal Elections: Lessons from Venezuela”. *VerfBlog*, 18 de junio de 2025. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/standing-in-the-face-of-illiberal-elections/> (consultado en febrero de 2026).
- Kavanagh, A., 2023: *The Collaborative Constitution*, Cambridge University Press.
- Kelemen, K., 2018: *Judicial Dissent in European Constitutional Courts. A Comparative and Legal Perspective*, Routledge.
- King, J., 2024: “Fixing Democracy: A Review of Rosalind Dixon’s Responsive Judicial Review (OUP 2023)”. *Journal of Legal Philosophy*, vol. 49, núm. 2, pp. 155-164.
- Kyritsis, D., 2017: *Where Our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review*, Oxford University Press.
- Lema, C., 2021: “El lugar de la teoría de la justicia de Rawls en el debate sobre la equidad en la salud”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 55, pp. 307-331.
- Michelman, F. I., 2025: “Responsive Judicial Review. Democracy and Dysfunction in the Modern Age”. *Constellations*, vol. 32, núm. 3, pp. 540-542.
- Poehls, M. y Verdugo, S., 2022: “Auge y caída de las reformas constitucionales inconstitucionales en Chile. Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional roles 9797-2020 y 10.774-2021”. *Anuario de Derecho Público UDP*, pp. 263-288.
- Ponce de León Atria, M. y Fonck Larraín, A., 2017: “Election Through Complaint and Controversy for Political Power in Chile, 1874-1925”. *Parliaments, Estates and Representation*, vol. 37, núm. 2, pp. 176-192.
- Rawls, J., 1999: *A Theory of Justice*, rev. ed., Harvard University Press.
- _____, 1993: *Political Liberalism*, Columbia University Press.
- Roa, J., 2019: “Justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá”. *Revista Derecho del Estado*, vol. 44, pp. 57-98.
- Roux, T., 2018: “In Defense of Empirical Entanglement: The Methodological Flaw in Waldron’s Case against Judicial Review”, en: R. Levy, H. Kong, G. Orr y J. King (eds.), *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*, Cambridge University Press, pp. 203-219.

- Roznai, Y., 2020: "Who Will Save the Redheads? Towards an Anti-Bully Theory of Judicial Review and Protection of Democracy". *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 29, núm. 2, pp. 327-366.
- Shapiro, M., 1981: *Courts. A Comparative and Political Analysis*, The University of Chicago Press.
- Sunstein, C., 2018: *Legal Reasoning and Political Conflict*, 2a ed., Oxford University Press.
- Tew, Y., 2020: *Constitutional Statecraft in Asian Courts*, Oxford University Press.
- Tribe, L. H., 1980: "The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories". *The Yale Law Journal*, vol. 89, núm. 6, pp. 1063-1080.
- Turner, L., 2003: "Zones of Consensus and Zones of Conflict: Questioning the 'Common Morality' Presumption in Bioethics". *Kennedy Institute of Ethics Journal*, vol. 13, núm. 3, pp. 193-218.
- Tushnet, M., 2008: *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press.
- _____, 2004: "Constitutional Hardball". *The John Marshall Law Review*, vol. 37, núm. 2, pp. 523-553.
- Verdugo, S., 2025: "How Can Courts Encourage Constitutional Replacement?". *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 19, núm. 1, pp. 117-141.
- _____, 2021a: "How Judges Can Challenge Dictators and Get Away with It". *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 59, núm. 3, pp. 554-607.
- _____, 2021b: "Limited Democracy and Great Distrust. John Hart Ely in Chile and Bolivia". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, núm. 2, pp. 515-532.
- _____, 2019: "On the Protests and Riots in Chile: Why Chile Should Modify Its Presidential System". *I-CONnect. Blog of the International Journal of Constitutional Law*. Disponible en: <https://www.iconnectblog.com/on-the-protests-and-riots-in-chile-why-chile-should-modify-its-presidential-system/> (consultado en febrero de 2026).
- Waldron, J., 2013: "Separation of Powers in Thought and Practice". *Boston College Law Review*, vol. 54, núm. 2, pp. 433-468.

_____, 2006: “The Core of the Case Against Judicial Review”. *The Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 6, pp. 1346-1406.

_____, 1999: *Law and Disagreement*, Oxford University Press.

Weingast, B. R., 1997: “The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law”. *American Political Science Review*, vol. 91, núm. 2, pp. 245-263.

Yam, J., 2021: “Approaching the Legitimacy Paradox in Hong Kong: Lessons for Hybrid Regime Courts”. *Law and Social Inquiry*, vol. 41, núm. 1, pp. 153-191.

Notas

- 1 Ver una reflexión sobre la relación entre el rol de las cortes y las condiciones que posibilitan su intervención en (Dixon, 2024a)
- 2 Ejemplos abundan. Sobre el caso del Reino Unido, en que los propios legisladores revisaban los reclamos de corrupción, ver Eggers y Spirling (2014). Sobre el caso chileno, en que el propio Congreso Nacional calificaba las elecciones parlamentarias, ver Ponce de León Atria y Fonck Larraín (2017).
- 3 Los riesgos a los que los jueces se ven expuestos aumentan cuando las cortes están internamente divididas y la sociedad está polarizada. También aumentan cuando los consensos del nivel (3) no existen, lo cual es más común de lo que puede parecer al leer el libro de Dixon. Si bien los jueces pueden presentar dificultades para identificar la existencia de un problema y de una mayoría negativa que quiere cambiar la política vigente, el principal obstáculo está en la carencia de consenso en torno a una política positiva que guíe a los legisladores en la dirección adecuada. Es posible que un diseño constitucional adecuado pueda reducir los costos de transacción de la política y estimular a los legisladores en una dirección relativamente aceptada, pero la mayoría de los sistemas constitucionales carecerán de un sistema como ese y, en esa hipótesis, los jueces podrían operar bajo la falsa idea de que la existencia de consensos a nivel 1 y 2 es suficiente. No lo es y los riesgos se magnifican en estas condiciones.

Recepción: 25 noviembre 2025

Revisión: 30 enero 2026

Aceptación: 02 febrero 2026