

Responsive Judicial Review and Democracy: un análisis de la teoría de la revisión judicial de Rosalind Dixon

*Responsive Judicial Review and Democracy: An Analysis of Rosalind Dixon's Theory of Judicial Review**

Roberto Gargarella

Universidad de Buenos Aires, Argentina

roberto.gargarella@gmail.com

Resumen: Este ensayo crítico analiza la obra *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in the Modern Age*, de Rosalind Dixon, prestando especial atención a cómo el libro plantea los principales retos a los que se enfrentan nuestras democracias constitucionales. Cuestiona la definición y el uso que Dixon hace del concepto de democracia y plantea inquietudes sobre una superposición indebida entre los problemas propios del constitucionalismo y los de la democracia.

Palabras clave: control judicial de constitucionalidad responsivo, Rosalind Dixon, teoría democrática, constitucionalismo.

Abstract: This review essay critically examines Rosalind Dixon's *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in the Modern Age*, with particular attention to the book's framing of the main challenges facing our constitutional democracies. It questions Dixon's definition and use of the concept of democracy and raises concerns about an undue overlap between problems that are specific to constitutionalism and those specific to democracy.

Keywords: responsive judicial review, Rosalind Dixon, democracy, constitutionalism.

* Este artículo es una traducción de la Reseña publicada por Roberto Gargarella, "Responsive judicial review and democracy: Examining Rosalind Dixon's theory of judicial review", en el *International Journal of Constitutional Law*, Volume 23, Issue 2, April 2025, Pages 653-663, <https://doi.org/10.1093/icon/moaf036>. Agradecemos a la revista su permiso para publicarla en español.

I. Introducción

Uno de los desarrollos más interesantes dentro de la doctrina constitucional contemporánea tiene que ver con la recuperación de antiguos enfoques procesalistas del control judicial, en particular la teoría propuesta por John Ely en su libro *Democracia y desconfianza* (1980). La decisión de volver a un enfoque como el de Ely parece justificada no solo por el valor intrínseco de esa visión, que ha resistido el paso del tiempo, sino también por su potencial para abordar nuevos problemas —los nuevos “fallos democráticos”— que caracterizan a nuestras democracias constitucionales.¹ En este sentido, la doctrina actual ha tratado de adaptar el procedimentalismo a los nuevos retos a los que se enfrentan nuestros sistemas institucionales, entre los que se incluye —principalmente, aunque no de forma exclusiva— el llamado problema de la “erosión democrática”.

Las versiones contemporáneas de la teoría de Ely intentan respetar los principios de *Democracia y Desconfianza* de una manera que, inicialmente, podría calificarse de adecuada. Parten de compromisos fundamentalmente idénticos y persiguen objetivos similares: demostrar la compatibilidad entre la labor judicial y el respeto a la democracia; poner el control judicial al servicio de la democracia; concebir la función judicial de manera “contextual”; y así sucesivamente (Cepeda Espinosa y Landau, 2021; Dixon y Hailbronner, 2021; Fowkes, 2021; Gardbaum, 2020; Gargarella, 2020; Issacharoff y Pildes, 1998; Niembro Ortega, 2021; Verdugo, 2021). Si bien Ely desarrolló su teoría para un momento y un contexto concretos —básicamente, para explicar y justificar la jurisprudencia del Tribunal Warren en la década de 1960—, la nueva doctrina ha tratado de dotar al procedimentalismo de un perfil menos parroquial, más en sintonía con los requisitos que surgen de la teoría constitucional comparada. Por esta razón, los estudiosos han comenzado a hablar de una “escuela emergente de pensamiento neo-Elyiano”, comúnmente denominada “teoría comparativa del proceso político” (CPPT, por sus siglas en inglés).

Uno de los intentos más convincentes, interesantes y exitosos de adaptar la teoría de Ely a nuestra época es, sin duda, el de Rosalind Dixon (Dixon y Hailbronner, 2021; Dixon y Landau, 2021). Dixon ha publicado recientemente un libro en el que desarrolla la versión más completa de su enfoque sobre el tema, *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in the Modern Age* (traducida al español como *Control judicial responsivo: democracia y disfunción en la era moderna*²). En este libro, reelabora la teoría de Ely, configurando así su propia visión del papel que deben desempeñar los tribunales en una democracia, especialmente en momentos críticos como el actual. A continuación, se ofrece un comentario y un análisis de algunos de los temas prin-

cipales del libro. Sobre todo, me centraré en la teoría democrática que subyace a la importante contribución de Dixon.

II. La confusión entre los problemas del constitucionalismo y la democracia

Según sus propias palabras, el objetivo principal de su trabajo reciente es “contribuir a esta escuela emergente de pensamiento neo-Elyiano” ofreciendo una visión renovada del refuerzo judicial de la representación (Dixon, en prensa, p. 9). Ella reconoce que se trata de una tarea de “adaptación comparativa”, en la que gran parte de la doctrina constitucional actual parece seguir una línea similar (“varios especialistas en derecho constitucional comparado han comenzado a desarrollar precisamente este tipo de “teoría comparativa del proceso político” moderna”). Es evidente que la tarea de readaptar el enfoque de Ely a nuestros tiempos se ha vuelto más urgente en los últimos años, a la luz de la crisis actual.

Aquí daré por sentado —y esta será una suposición crucial para mi análisis crítico— que la crisis actual de nuestras democracias constitucionales tiene dos fuentes principales: una más específicamente “constitucional” y la otra más claramente “democrática”.

(i) Un proceso creciente de la denominada “erosión democrática”, que de hecho se refiere al debilitamiento o “erosión” del sistema de frenos y contrapesos, impulsado típicamente desde la cúspide del poder por el ejecutivo. A esto lo llamaré una crisis del *constitucionalismo*.

(ii) Una crisis irremediable de representación. A esto lo llamaré crisis democrática.

En cuanto a la crisis del constitucionalismo —es decir, el fenómeno denominado “erosión democrática”—, Tom Ginsburg y Aziz Huq, autores de la obra más influyente sobre el tema, sostienen que se refiere al “riesgo de un desmoronamiento lento, pero en última instancia sustancial, de los pilares del Estado de derecho, la democracia y los derechos liberales” (Ginsburg y Aziz Huq, 2018, p. 39). Para ellos, la “erosión democrática” implica “un proceso de deterioro gradual, pero en última instancia sustancial, de los tres pilares básicos de la democracia: las elecciones competitivas, los derechos liberales de expresión y asociación y el Estado de derecho” (Ginsburg y Aziz Huq, 2018, p. 43).

Por otra parte, considero que la crisis democrática está estrechamente ligada a la persistencia de un sistema institucional concebido hace más de dos siglos para sociedades y problemas que ya no existen, como un traje hecho para un niño que ahora es un adulto,

con un cuerpo y unas necesidades totalmente diferentes a las de antaño. Más concretamente, sugiero que, tras más de doscientos años, seguimos teniendo sistemas representativos diseñados para sociedades pequeñas compuestas por unos pocos grupos internamente homogéneos (por ejemplo, grandes terratenientes, artesanos, comerciantes), que son fundamentalmente inoperantes en el contexto actual de sociedades multiculturales, plurales y diversas (compuestas por un número infinito de grupos internamente heterogéneos). En este sentido, podría decirse que “el sueño de la plena representación” —es decir, la idea de que el sistema institucional pudiera dar cabida a la sociedad en su conjunto— ha llegado a su fin (véase Gargarella, 2022). En mi opinión, los graves conflictos democráticos que hemos presenciado en los últimos años —por ejemplo, el rechazo a toda la clase dirigente observado, de diferentes maneras, en países tan diversos como Chile, España, Perú, Grecia, Argentina y otros— demuestran la profundidad y el alcance de esta crisis democrática. Estos conflictos apuntan a la existencia de un grave problema democrático relacionado con la mencionada crisis de representación y sus causas, y revelan un hecho trágico característico de nuestra época: hoy en día, la ciudadanía se considera, con razón, políticamente “desempoderada”. En otras palabras, el “pueblo” al que muchas de nuestras constituciones invocan desde las primeras líneas (“Nosotros, el pueblo”) se ve incapaz de desempeñar un papel central en la toma de decisiones sobre sus propios asuntos.

Sin embargo, cuando muchos estudiosos contemporáneos —entre los que destaca Rosalind Dixon— se refieren a la crisis del constitucionalismo democrático, tienden a centrarse únicamente en una de las dos fuentes de disfunción descritas anteriormente: la crisis del constitucionalismo (es decir, la erosión del sistema de frenos y contrapesos, provocada habitualmente por gobernantes autoritarios o “populistas”). Al hacerlo, pasan por alto la segunda fuente de dificultad —que, en mi opinión, es más relevante—, a saber, la crisis de la democracia (la pérdida de poder de “Nosotros, el pueblo”).

Para Dixon, de hecho, los problemas a los que se enfrentan las democracias constitucionales contemporáneas —precisamente aquellos que su enfoque neo-elyiano pretende identificar y remediar— parecen ser únicamente los que afectan al constitucionalismo; una vez más, problemas asociados a la denominada “erosión democrática” (p. 59).³ Se trata, por supuesto, de preocupaciones reales e importantes. Pero representan solo una (pequeña) parte de la crisis actual a la que se enfrentan las democracias constitucionales.

Para respaldar mi argumento, basta con considerar lo que Dixon identifica como las graves “disfunciones” que afectan actualmente a nuestros sistemas institucionales —disfunciones que, según se afirma, el esquema original de Ely no lograría detectar—.⁴ Dixon resume las disfunciones de nuestro tiempo en tres categorías: “(1) Poder monopolístico antidemocrático: monopolio político, tanto en sentido electoral como institucional; (2) Puntos ciegos democráticos: puntos ciegos en la adopción de legislación democrática; y (3) Lastres democráticos de inercia: bloqueos adicionales en forma de retrasos injustificados a la hora de abordar las demandas democráticas de cambio constitucional”.⁵

Lo problemático de este punto de vista es que el enfoque de Dixon sobre los “fallos democráticos” tiende a confundir los problemas de la democracia con los del constitucionalismo.

Sin embargo, como hemos visto, las dificultades que afectan al constitucionalismo contemporáneo y las que afectan a la democracia hoy en día son de naturaleza muy diferente y requieren un análisis por separado. La teoría de Dixon acaba, por tanto, abordando únicamente aquellos problemas específicos del constitucionalismo. Permítanme repetir y subrayar este punto: los problemas democráticos decisivos a los que nos enfrentamos hoy en día —los relativos a la pérdida de poder de “Nosotros, el pueblo” — simplemente quedan fuera de la vista. Se ignoran. No se abordan. Como si fueran cuestiones secundarias, o pudieran subsumirse en los problemas más amplios de los frenos y contrapesos.

En consecuencia, a la hora de definir la función de los jueces en el ejercicio del control de constitucionalidad, las respuestas que ofrece Dixon son evidentemente limitadas, ya que se circunscriben a la resolución de problemas propios del constitucionalismo contemporáneo.

Dixon describe la misión de un poder judicial “responsivo” en los siguientes términos:

En el centro de una teoría de control judicial responsivo se encuentra un compromiso para asegurar la responsividad democrática por medio de: (i) elecciones periódicas, libres y justas con multiplicidad de partidos; (ii) libertades y derechos políticos; y (iii) una gama de frenos y contrapesos institucionales que constituyen el “núcleo mínimo” de la democracia. Cualquier acumulación de poder de monopolio electoral o institucional puede amenazar este compromiso con la responsividad democrática. Adicionalmente, una aproximación responsiva asume que se debe entender que la democracia implica compromisos más profundos con los derechos y la deliberación razonada, pero en formas que tomen en cuenta las actitudes y los entendimientos de la mayoría

democrática; tanto los puntos ciegos como los lastres por inercia pueden amenazar esta forma más profunda de responsividad democrática (p. 9).

Todas las funciones que la teoría de Dixon propone para el poder judicial son importantes. El problema, sin embargo, es que su teoría confirma así que resulta esencialmente inocua —o incapaz— a la hora de abordar los trágicos problemas democráticos de nuestro tiempo: la falta de representatividad entre las élites políticas; la ausencia de control ciudadano sobre los funcionarios públicos; la falta de mecanismos institucionales mediante los cuales los ciudadanos puedan transformar sus demandas en políticas públicas; y así sucesivamente. En este sentido, podría decirse que su teoría de la revisión judicial resulta fundamentalmente incapaz de ayudarnos a resolver la “angustia democrática” de nuestro tiempo. A pesar de su atractivo y su potencial, el enfoque de Dixon sobre la revisión judicial no está, en última instancia, preparado para captar el problema democrático central al que nos enfrentamos —un problema que Charles Taylor describió en su día como “parte de un fenómeno más amplio de desconexión entre las necesidades y aspiraciones de la gente común y nuestro sistema de democracia representativa” (Taylor et al., 2020, p. 12)—.

Permítanme ilustrar el tipo de situaciones a las que me refiero con algunos ejemplos reales que guardan relación con el proyecto intelectual de Dixon. Los levantamientos populares que tuvieron lugar en Chile y Colombia en la época en que Dixon escribía su libro no parecen haber sido provocados —al menos no principalmente— por el tipo de “disfunciones” que ella aborda. Estas protestas no fueron, por ejemplo, reacciones contra líderes autocráticos. Ni Iván Duque en Colombia ni Sebastián Piñera en Chile eran presidentes autoritarios. Tampoco fueron estos movimientos impulsados por sistemas constitucionales que carecieran de frenos y contrapesos que funcionaran; tanto Chile como Colombia contaban con tribunales relativamente independientes y bien establecidos. Tampoco pueden explicarse adecuadamente como respuestas a la inercia legislativa, a omisiones o a puntos ciegos —aunque sin duda existen tales problemas en ambos países. En resumen, las manifestaciones masivas, sostenidas y radicales y los levantamientos populares que estallaron en ambos países —y las causas profundas que los sustentan— quedan fuera del “radar” teórico que ofrece Dixon. Es decir, aunque el marco teórico que presenta puede detectar algunas cuestiones institucionales importantes (como la presencia de líderes populistas y los peligros que plantean sus inicia-

tivas), parece en gran medida insensible a los problemas democráticos más acuciantes de nuestro tiempo, a saber, la desempoderamiento político de los ciudadanos, que alimenta la ira pública hacia los representantes y el cansancio generalizado con la política institucional.

Decir esto no significa sugerir que el poder judicial deba asumir toda la responsabilidad de las reformas estructurales de gran alcance que nuestras sociedades puedan necesitar ante la crisis democrática. Es evidente que la tarea que nos espera va mucho más allá del poder judicial. No obstante, la magnitud, la urgencia y la importancia de los problemas que nos ocupan no disminuyen, sino que refuerzan la necesidad de que el poder judicial asuma su parte de responsabilidad. Al hacer frente a los retos democráticos a los que nos enfrentamos, los jueces deben actuar, conscientes de los límites que impone su legitimidad democrática restringida, y utilizando recursos cuidadosamente calibrados en función de esos límites institucionales.

III. ¿Una concepción “doble” de la democracia (“gruesa” y “delgada”)?

En Control judicial responsivo: democracia y disfunción en la era moderna, el concepto de democracia aparece en diversos momentos y desempeña funciones a distintos niveles, todos ellos cruciales para el argumento del libro. En consecuencia, Dixon debe aclarar de forma adecuada y cuidadosa qué entiende por democracia. Se trata de una tarea fundamental y necesaria para su teoría a fin de determinar cuáles son los problemas institucionales de nuestro tiempo (es decir, qué dificultades afectan al funcionamiento de nuestras democracias constitucionales); definir qué tipos de respuestas colectivas pueden ser adecuadas (por ejemplo, ¿deberíamos promover una mayor o menor participación ciudadana?); justificar qué arreglos institucionales pueden ser aconsejables (p. ej., ¿deberíamos favorecer la concentración de poder o un proceso de toma de decisiones más disperso o dialógico?); y especificar qué debe hacer el poder judicial en tales casos (p. ej., ¿deberían los tribunales adoptar una postura más activista o deferir a los actores políticos? ¿Debería el poder judicial ser más autoritario o más dialógico?).

Afortunadamente, en su libro Rosalind Dixon ofrece una descripción detallada de su concepción de la democracia. Sostiene que su enfoque combina las concepciones “delgada” y “gruesa” de la democracia. La primera se asocia con un modelo schumpeteriano de democracia competitiva; la segunda se basa en interpretaciones más deliberativas y participativas. Tal y como ella misma afirma, el “enfoque responsivo”

apunta a considerar en serio *tanto* las concepciones “delgadas” como las nociones “gruesas” y reconocer el hecho del desacuerdo razonable entre los ciudadanos sobre lo que estas diversas concepciones de la democracia implican. Esto, a su vez, significa entender que los compromisos con la democracia operan en dos niveles distintos, aunque complementarios: en primer lugar, abarcan un compromiso con un “núcleo mínimo democrático”, o un sistema de elecciones libres y justas entre múltiples partidos políticos, basado en la protección de los derechos y libertades políticas que la acompaña y un sistema de frenos y contrapesos —o un conjunto mínimo esencial de normas e instituciones necesarias para la rendición de cuentas *electoral e institucional*—; y, en segundo lugar, un compromiso con un conjunto más amplio de derechos, libertades e instituciones encaminadas a promover la buena gobernanza y la deliberación —pero de forma que reconozca un espacio para el desacuerdo razonable entre ciudadanos sobre el alcance de estos derechos y compromisos con la deliberación y, de esta manera, la necesidad de responsividad con los entendimientos de la *mayoría* democrática relacionados con estas cuestiones (p. 56).

Lo primero que señalaría sobre esta “concepción dual” de la democracia es que la propuesta de Dixon al respecto parece un tanto extraña. En mi opinión, su teoría se basa en una única concepción de la democracia —quizás más ambiciosa o compleja que otras, pero una única concepción al fin y al cabo—. En este sentido, su enfoque no difiere significativamente del de Ely. De hecho, la teoría procedimental de Ely se basa en un modelo bastante tradicional y conservador —a saber, una concepción pluralista de la democracia— que le lleva a proponer un papel marcadamente activista para los tribunales en algunos contextos (por ejemplo, en casos que afectan a “minorías discretas y aisladas”) y una postura deferente en otros (por ejemplo, al examinar cuestiones “sustantivas” como la política económica). Es evidente que el “papel dual” que Ely asigna a los tribunales (que exige activismo en algunas circunstancias y deferencia en otras) no depende de una “concepción dual” de la democracia, ni la requiere. Dixon, sin embargo, parece adoptar un punto de vista diferente. Ella propone una función judicial “dual” y parece deducir de ello la necesidad de una concepción “dual” de la democracia que la respalde.

De hecho, en su libro, Dixon propone una visión “selectiva” de la revisión judicial, que contrapone a lo que ella describe como visiones “absolutas” o “radicales” de la competencia judicial. Basándose en la terminología propuesta por Mark Tushnet, describe una doble función de los tribunales que incluye tanto formas “débiles” como “fuertes” de revisión judicial (Tushnet, 2009). Tal y como escribe: “Un enfoque responsivo sugiere que las cortes deberían combinar elementos de control fuerte y débil, sensibles tanto a la naturaleza del bloqueo que buscan contrarrestar como a las preocupaciones de los lastres inversos por inercia y/o la reacción adversa” (p. 15). Tal y como se preveía, Dixon parece derivar la necesidad de formas “débiles” y “fuertes” de intervención judicial de una concepción “dual” de la democracia. Afirma, por ejemplo:

Los riesgos de monopolio electoral e institucional [...] generalmente requerirán que las cortes emprendan formas de control fuerte o incluso súper fuerte. [...]. Los puntos ciegos o lastres por inercia, el cambio, a menudo exigirán [...] formas de control más débiles o provisionales: los bloques de este tipo están asociados con ideas de democracia que van más allá del núcleo mínimo democrático y, en esa medida, son más discutibles. En este contexto, las cortes no están buscando proteger las nociones más delgadas o mínimas de democracia, sino más bien nociones más gruesas y discutidas de democracia (p. 15).

Sin embargo, me parece evidente que el modelo dual de intervención judicial no depende ni requiere una concepción dual de la democracia como fundamento. Lo mismo ocurre, como ya se ha señalado, con el enfoque procedimentalista de Ely. Lo que nos ocupa aquí es una concepción única de la democracia que implica diferentes respuestas judiciales en circunstancias diferentes, nada inusual. En otras palabras, la “concepción dual” de la democracia de Dixon es innecesaria o redundante: no la necesitamos, y tampoco la necesita el interesante enfoque de Rosalind Dixon sobre la revisión judicial para respaldar su punto de vista. Lo que probablemente explica la “concepción dual” de la democracia de Dixon es otra cosa, a saber, su reconocimiento de que existen múltiples interpretaciones plausibles y razonables de la democracia, que van desde versiones minimalistas o schumpeterianas (como su énfasis y el de Landau en el “núcleo mínimo”) hasta otras más sólidas, participativas y deliberativas (modelos que muchos autores, incluido yo mismo, respaldamos). Dixon parece estar animada por un cierto impulso ecuménico que, por lo general —y de forma plausible, añadiría—, la motiva a tender puentes, en lugar de quemarlos, entre diversos autores y teorías. Sin embargo, si esa es su motivación subyacente, mi reacción inicial sería decir: “no se puede tener todo”. Por supuesto, se pueden apreciar los méritos tanto de las interpretaciones “gruesas” como de las “delgadas” de la democracia. Pero el hecho es —y lo repito— que la teoría de Dixon no puede ni debe apoyarse en ambas a la vez. Su enfoque del constitucionalismo no puede basarse simultáneamente en dos concepciones de la democracia que son, en esencia, conceptualmente distintas, no importa cómo ella las presente.

IV. Definiendo los conceptos de democracia “gruesa” y “delgada”

Aunque no estoy de acuerdo con el enfoque general de Dixon sobre la democracia, podemos dejar de lado esa cuestión fundamental por ahora. Centrémonos, en cambio, en la plausibilidad intrínseca de sus conceptos de democracia “delgada” y “gruesa”. Como le he comentado a Dixon en alguna ocasión, creo que, a pesar de su marco retórico y sus aspiraciones, las dos concepciones de la democracia que propone —“delgada” y “gruesa”— son, en última instancia, demasiado similares. Más concretamente, la con-

cepción “gruesa” que propone es demasiado “delgada”, hasta el punto de que casi se solapa con la “delgada”. En principio, Dixon presenta las dos visiones como marcadamente diferentes y relaciona las ideas de “delgada” y “gruesa” con dos modelos de democracia aparentemente opuestos: el competitivo y el deliberativo. Escribe, por ejemplo: “delgadas y gruesas, o competitivas y deliberativas” (p. 55). Para que una democracia pueda considerarse genuinamente competitiva, añade, “debe incluir un compromiso con: (i) elecciones multipartidistas libres y justas; (ii) derechos y libertades políticas; y (iii) una serie de frenos y contrapesos institucionales” (p. 56). Por el contrario, afirma, la segunda concepción de la democracia “tiene una naturaleza consistentemente más gruesa y sustantiva” que la primera (p. 58).⁶

Sin embargo, a pesar de estas afirmaciones, las dos perspectivas que presenta no parecen diferir de manera significativa en la práctica. Dixon afirma, por ejemplo, que “Las nociones más gruesas de la democracia enfatizan también la idea de que un sistema constitucional debe ser responsivo a los reclamos de derechos de las personas y, en algunos casos, a las opiniones ponderadas de las mayorías democráticas” (p. 58). En algunos casos, añade, “los compromisos con el gobierno de la mayoría pueden ceder el paso a otras normas y valores constitucionales en conflicto —como el Estado de derecho o la reparación de desventajas o injusticias históricas—. O pueden ceder el paso a una clara garantía textual de ciertos derechos de las minorías” (p. 59). Además, señala que, en otros casos, “las concepciones de la mayoría pueden apoyar o alinearse con los compromisos de deliberación o de protección de derechos de las minorías. Puede que las minorías reivindiquen ciertos derechos que encuentran un soporte limitado en el texto constitucional, la historia, la estructura o la jurisprudencia anterior, pero un mayor sustento en los entendimientos democráticos contemporáneos” (p. 59).⁷

Lo que observamos en estos pasajes es que Dixon ofrece dos concepciones de la democracia aparentemente distintas que, en última instancia, se confunden entre sí. En concreto, yo diría que presenta una visión bastante peculiar —y, en mi opinión, bastante limitada— de la democracia deliberativa. Por supuesto, existen múltiples enfoques de la democracia deliberativa, por lo que es comprensible que Dixon se base en una serie de consideraciones. Sin embargo, en sus repetidas referencias a esa tradición, queda claro que la concepción deliberativa que tiene en mente es excesivamente estrecha, especialmente en relación con lo que considero los dos componentes esenciales de esa visión: el elemento mayoritario (o inclusivo) y el elemento dialógico (o deliberativo).

Acaba presentando la versión más simplificada posible del modelo deliberativo, es decir, la versión menos atractiva y menos plausible del mismo.

En cuanto al elemento mayoritario, la concepción deliberativa defendida por teóricos como Jürgen Habermas hace especial hincapié en la idea de que las leyes democráticas deben ser el resultado de un debate abierto entre “todos aquellos que puedan verse afectados”, en consonancia con la formulación canónica habermasiana (Habermas, 1996). Desde esta perspectiva de compromiso mayoritario inclusivo, la exposición de Dixon parece desfasada. Cuando escribe que “las nociones más gruesas de la democracia enfatizan también la idea de que un sistema

constitucional debe ser responsivo a los reclamos de derechos de las personas y, en algunos casos, a las opiniones ponderadas de las mayorías democráticas” (p. 58), la formulación resulta llamativa. La concepción deliberativa que muchos de nosotros respaldamos es, por supuesto, sensible a los derechos de las minorías y busca demostrar que su mayoritarismo es compatible con los derechos individuales. (Gargarella, 2022). Sin embargo, la exposición de Dixon no refleja ese equilibrio. Según su interpretación (estrecha e inadecuada), una democracia deliberativa parece centrarse principalmente en la protección de los derechos individuales y se refiere solo “en algunos casos” —y casi de manera incidental— a “las opiniones ponderadas de las mayorías democráticas” (p. 59).

La misma estrechez de miras que detecto en su enfoque del componente mayoritario se hace evidente en su tratamiento del componente deliberativo. De hecho, el modelo deliberativo que yo (y otros) defendemos no se reduce a un mero “toma y daca” entre los poderes del Estado. Más bien, está fundamentalmente ligado al componente inclusivo y mayoritario mencionado anteriormente: la deliberación importa no (o no simplemente) como un “tira y afloja” entre actores institucionales (lo que equivale a una comprensión superficial del diálogo constitucional), sino porque ofrece un foro en el que pueden participar “todos aquellos potencialmente afectados”. Dicho de forma más contundente: despojada de su componente mayoritario, la deliberación pública corre el riesgo de convertirse en una deliberación entre élites —más o menos representativas, según el caso— y, por lo tanto, de relevancia limitada para una concepción democrática verdaderamente dialógica.

Personalmente, defiendo un enfoque “epistémico” de la democracia, (Gargarella, 2022) siguiendo la tradición de autores como Jürgen Habermas y Carlos Nino.⁸ Siguiendo el principio que célebremente articulara John Stuart Mill en *Sobre la libertad*, esta visión “epistémica” se basa en la idea de que cada adulto debe ser considerado el

mejor juez de sus propios intereses a efectos de la toma de decisiones colectivas (Mill, 1869). La idea fundamental que subyace a estos enfoques es que la presencia efectiva de todas las partes potencialmente afectadas aumenta la probabilidad de llegar a resultados imparciales y bien fundamentados o, por el contrario, reduce el riesgo de decisiones parciales y sesgadas. Como dijo Carlos Nino, “la participación en el debate de todos aquellos que puedan verse afectados es la mejor garantía de que, si se han aceptado las reglas del debate, el consenso real obtenido se acerque lo más posible al consenso ideal”, es decir, al acuerdo que habría surgido de una conversación ideal entre iguales. (Nino, 1997, p. 247). Desde esta perspectiva, el único “diálogo” que realmente importa es aquel que permite acceder a las demandas, críticas y propuestas de quienes están sujetos a la decisión en disputa. Menciono aquí mi propia posición para aclarar el horizonte teórico en el que me muevo. Pero nada en esta reseña depende de la adopción de una versión concreta de la democracia deliberativa —epistémica o de otro tipo—.

El problema sigue siendo que la concepción de Dixon sobre la democracia deliberativa es demasiado limitada —en última instancia, demasiado superficial—. Descuida la dimensión mayoritaria (o democrática) que suele ser fundamental en la teoría de la democracia deliberativa, y pasa por alto las razones por las que esas teorías hacen hincapié en la deliberación democrática en primer lugar. La deliberación no debe reducirse a intercambios entre instituciones o élites. Como resultado, la versión de Dixon de la concepción “gruesa” o deliberativa de la democracia resulta ser demasiado limitada —demasiado cercana, al fin y al cabo, a la concepción “delgada” que pretende trascender—.

V. Conceptos “delgado” y “grueso” en los tribunales

Supongamos ahora, a efectos del argumento, que estamos dispuestos a adoptar los conceptos de democracia “delgada” y “gruesa” de Dixon para ayudar a definir el papel de los tribunales en un sistema democrático. La pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿en qué casos deberían los tribunales basarse en una concepción concreta de la democracia y en qué casos deberían adoptar el punto de vista opuesto? Tengo la impresión de que el libro de Dixon no ofrece una respuesta clara a esta pregunta.

En mi opinión, esto se debe a que el punto de partida teórico del libro es, en este sentido, frágil y ambiguo. En mi opinión, la situación a la que nos enfrentamos es mucho más grave de lo que Dixon reconoce.⁹ No nos enfrentamos simplemente a una indeterminación teórica del tipo inherente a cualquier marco complejo (como ella sugiere cuando afirma que esto es “cierto en cualquier caso concreto”). Más bien, nos enfrenta-

mos a un problema generado en gran medida por un punto de partida innecesariamente ambiguo y contradictorio. Se trata de un marco que, repetidamente, nos invita a seguir una determinada línea de actuación y, al mismo tiempo, algo parecido a su contrario. Consideremos, por ejemplo, el caso de un río gravemente contaminado, como el Riachuelo en Argentina—que pone en peligro los derechos de miles de personas, ante la pasividad o la respuesta inadecuada del poder legislativo. ¿Cómo debería actuar un “tribunal responsivo” en tal situación? ¿Debería el tribunal limitarse a aceptar las acciones y omisiones del gobierno en el poder (como podría exigir una concepción minimalista de la democracia)? ¿O debería cuestionar las omisiones del poder legislativo, adoptar una concepción amplia y sustantiva de la democracia (como hizo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en ese caso) e iniciar audiencias públicas para definir medidas políticas activas (como podría requerir una concepción deliberativa de la democracia)?¹⁰

En tales circunstancias, sostener, como hace Dixon, que la experiencia o la práctica judicial suelen bastar para orientar la toma de decisiones es decir muy poco. Peor aún, se corre el riesgo de socavar la importancia de todo el proyecto teórico o, como mínimo, se admite que carecemos de la claridad teórica necesaria para respaldar una actuación judicial significativa. De este modo, la fragilidad teórica inicial se convierte en la fuente de dificultades prácticas persistentes. Parafraseando a Ronald Dworkin, una apelación a la práctica sin una orientación teórica adecuada es ciega (Dworkin, 2006, p. 69).

Antes de concluir este análisis crítico, quiero plantear una última cuestión —que aquí solo puedo mencionar brevemente—: la cuestión de la motivación judicial. La pregunta clave es la siguiente: ¿por qué deberíamos dar por sentado que los jueces —ya sea la mayoría o incluso uno solo— adoptarán la teoría de la revisión judicial que proponemos? Tengo la impresión de que estamos pasando por alto un problema que ni James Madison ni John Ely ignoraron: la cuestión de la motivación institucional. Lo que es aún más grave, Dixon parece pasar por alto el hecho de que los jueces no son inmunes a los “fallos” de nuestra época. Es decir, no se debe considerar a los tribunales como un *deus ex machina*. Los jueces no son meros observadores de nuestras disfunciones constitucionales; son, en aspectos importantes, cocreadores de esas disfunciones. Forman parte de las mismas élites que nos gobiernan y tienen sus propios intereses y necesidades. Se podría argumentar que los jueces actuarán a menudo, quizá de forma predominante, para preservar, reproducir o ampliar los considerables privilegios de los que ya disfrutaban. Esta realidad plantea serios retos para cualquier teoría de la revisión judicial —incluidas la de Dixon y la mía propia—. Sin embargo, estas son cuestiones que debemos dejar para otra ocasión.

VI. Conclusiones

En esta reseña, he examinado *Control judicial responsivo: democracia y disfunción en la era moderna*, el importante libro reciente de Rosalind Dixon. Destinado a ejercer una influencia duradera, el libro representa un avance significativo en el desarrollo de una teoría comparativa de los procesos políticos. En mi análisis, he manifestado lo que considero una descripción imperfecta de los retos a los que se enfrentan actualmente nuestras democracias constitucionales. En particular, he tratado de evaluar críticamente cómo Dixon define y emplea el concepto de democracia, un concepto que desempeña un papel central a lo largo de su libro.

Referencias bibliográficas

- 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.
- Dixon, R., en prensa: *Control judicial responsivo: democracia y disfunción en la era moderna* (R. Niembro Ortega y A. Sánchez Montiel, trans.), Marcial Pons.
- _____, y Landau, D., 2021: *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy*, Oxford University Press.
- _____, y Hailbronner, M., 2021: "Ely in the World: The Global Legacy of Democracy and Distrust Forty Years On". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, núm. 2, pp. 427-438.
- Dryzek, J. S., 2000: *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations*, Oxford University Press.
- Dworkin, R., 2006: *Justice in Robes*, Harvard University Press.
- Ely, J. H., 1980: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press.
- Elster, J. (ed.), 1998: *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press.
- Fowkes, J., 2021: "A Hole Where Ely Could Be: Democracy and Trust in South Africa". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, núm. 2, pp. 476-494.
- Gardbaum, S., 2020: "Comparative Political Process Theory". *International Journal of*

Constitutional Law, vol. 18, núm. 4, pp. 1429-1457.

Gargarella, R., 2020: "From 'Democracy and Distrust' to a Contextually Situated Dialogic Theory". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 18, núm. 4, pp. 1466-1473.

_____, 2022: *The Law as a Conversation Among Equals*, Cambridge University Press.

Ginsburg, T. y Huq, A. Z., 2018: *How to Save a Constitutional Democracy*, University of Chicago Press.

Habermas, J., 1996: *Between Facts and Norms* (W. Rehg, trad. ingl.), MIT Press.

Issacharoff, S. y Pildes, R. H., 1998: "Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process". *Stanford Law Review*, vol. 50, pp. 643-717.

Mill, J. S., 1869: *On Liberty*, Longmans, Green, Reader and Dyer.

Niembro Ortega, R., 2021: "John Hart Ely in the Mexican Supreme Court". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, núm. 2, pp. 533-547.

Nino, C. S., 1997: *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press.

Taylor, C., Nanz, P. y Beaubien Taylor, M., 2020: *Reconstructing Democracy: How Citizens Are Building from the Ground Up*, Harvard University Press.

Tushnet, M., 2009: *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press.

Verdugo, S., 2021: "Limited Democracy and Great Distrust. John Hart Ely in Chile and Bolivia". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, núm. 2, pp. 515-532.

Notas

- 1 En su obra pionera, John Ely defendió una versión concreta de la revisión judicial que exigía a los jueces adoptar una postura en gran medida "pasiva" (jueces moderados) al abordar cuestiones "sustantivas" (es decir, medidas políticas), que debían permanecer en manos de los órganos democráticos, pero también una actitud muy "activa" a la hora de corregir los fallos del sistema democrático: los "fallos democráticos". En cuanto a estos "fallos democráticos", Ely identificó dos tipos principales de situaciones. En sus propias palabras, le preocupaban los casos en los que "1) los que están dentro están obstruyendo los canales de cambio político para asegurarse de que ellos permanezcan dentro y los

que están fuera permanezcan fuera”, y también las situaciones en las que “2) aunque en realidad a nadie se le niega la voz o el voto, los representantes en deuda con una mayoría efectiva están perjudicando sistemáticamente a alguna minoría por simple hostilidad o por un rechazo prejuicioso a reconocer puntos de interés comunes, y negando así “la protección de las minorías que el sistema representativo ofrece a otros grupos” (1980, p. 103). Estas situaciones, para Ely, exigían que los tribunales protegieran la competencia política —garantizando que los “de dentro” no se atrincheraran a expensas de los “de fuera”— e intervinieran para salvaguardar los derechos de las “minorías discretas e insulares” (con lo que se refería a grupos incapaces de proteger sus derechos e intereses a través de un proceso normal de competencia política).

- 2 Ante la dificultad de traducir el término “responsive” al español, he utilizado el anglicismo “responsivo” pues es el que adoptaron los traductores Roberto Niembro Ortega y Alejandra Sánchez Montiel en la traducción del libro para la editorial Marcial Pons, que se encuentra en prensa y cuya referencia se utilizará para las citas.
- 3 En su libro, Rosalind Dixon cita numerosos ejemplos de “erosión democrática” y se refiere, entre otros, al caso de Donald Trump en Estados Unidos.
- 4 Para ilustrar lo extendida que está esta “visión limitada” —la que se centra en los problemas del constitucionalismo y descuida los de la democracia—, conviene examinar cómo Stephen Gardbaum reinterpreta el enfoque de Ely. En su influyente y pionero artículo sobre la “teoría comparativa del proceso político”, Gardbaum propone una ampliación significativa del concepto de “disfunciones”, argumentando que, si bien “la descripción de Ely sobre la erosión o degradación” sigue siendo poderosa, también es “demasiado limitada en diversos aspectos” (2020, p. 1430). Gardbaum sostiene que “la teoría del proceso político debe ampliarse, refinarse y actualizarse para alcanzar su pleno potencial de relevancia y aplicación”. Por lo tanto, incluye anomalías institucionales tales como: “(a) la incapacidad del poder legislativo para exigir responsabilidades al ejecutivo”; “(b) la captura gubernamental de instituciones independientes”; “(c) la captura del proceso político por parte de intereses especiales”; “(d) la disfunción absoluta del proceso político”; y “(e) la falta de deliberación de la legislatura” (2020, pp. 1435, 1438, 1442, 1444, 1446). Se trata, sin duda, de problemas cruciales de nuestro tiempo. Pero reflejan principalmente una crisis del constitucionalismo y dicen muy poco sobre la crisis de la democracia.

- 5 Según Dixon, los “puntos ciegos” y los “lastres por inercia” “a menudo [...] surgen simplemente debido a las limitaciones de tiempo y capacidad de los legisladores, y al funcionamiento habitual de un sistema de gobierno democrático basado en partidos que funciona correctamente” (Dixon, en prensa, p. 72). En otras situaciones, añade, “bloqueos de este tipo” surgen o se ven agravados “por la dinámica de la elección pública o por el papel de los grupos de interés especial en la política democrática”.
- 6 Dixon sostiene además que los orígenes de esta visión residen en el compromiso con una forma de autogobierno basada en normas de igualdad, libertad y dignidad —o normas de “igual respeto y consideración” entre los ciudadanos— y señala en repetidas ocasiones que existen profundos desacuerdos en cuanto al alcance y el contenido precisos de estas ideas en contextos concretos.
- 7 Dixon se refiere además a mecanismos como “el federalismo, el bicameralismo y las formas presidenciales de gobierno” como formas institucionales “diseñadas para “ralentizar” formas ordinarias de la política democrática mayoritaria” y para promover “los compromisos con los derechos de las minorías y la deliberación democrática” (p. 77).
- 8 Denomino a esta visión “una conversación entre iguales” (Gargarella, 2022). Véase también Habermas (1996); Carlos Santiago Nino (1997); Jon Elster, (1998); John S. Dryzek (2000).
- 9 Dixon afirma, por ejemplo: “Los “frenos y contrapesos” constitucionales pueden ser, en última instancia, tanto protecciones de las formas más gruesas de democracia como fuentes de disfunción. Lo que sea cierto en un caso determinado inevitablemente será una cuestión de debate y juicio valorativo, pero eso es inevitable en cualquier teoría de la democracia o del control judicial que se tome en serio la idea del desacuerdo democrático razonable” (Dixon, en prensa, p. 78).
- 10 Véase Mendoza Beatriz Silva y otros contra el Estado de Argentina y otros, M. 1569. XL (Tribunal Supremo, 8 de julio de 2008) (Argentina), sobre la responsabilidad del Estado por la contaminación ambiental del río Matanza-Riachuelo.

Recepción: 11 mayo 2026
Aceptación: 25 mayo 2026