

Reflexiones filosóficas en torno al control de constitucionalidad: una comparación entre la postura de Jeremy Waldron y Carlos Santiago Nino

Philosophical Reflections on Constitutional Review A Comparison between Waldron and Nino's Perspectives

Juan Bautista Líbano

Universidad de Flores, Argentina | Universidad de Buenos Aires, Argentina

juan.libano@uflouniversidad.edu.ar

 [0009-0000-2768-6530](https://orcid.org/0009-0000-2768-6530)

Resumen

El presente artículo analiza diversas posturas acerca del control de constitucionalidad, enfocándose principalmente sobre las posiciones de Jeremy Waldron y Carlos Nino. La postura de Waldron es categórica. Sus críticas a la idea de atrincherar derechos en una constitución rígida se centran en la necesidad de adaptación, debate público, flexibilidad y equilibrio en la protección y regulación de los derechos en una sociedad democrática. Considera que una constitución demasiado rígida puede socavar estos valores esenciales y limitar la capacidad de la sociedad para abordar de manera efectiva los desafíos cambiantes. Las críticas de Waldron a la idea de un control de constitucionalidad en manos de jueces que no han sido democráticamente elegidos se centran en la falta de legitimidad democrática, la falta de responsabilidad, la interpretación subjetiva, la desviación de la función judicial y la desconexión de los cambios sociales. Nino sostiene una postura más flexible al admitir tres excepciones a la negativa del control judicial de constitucionalidad en el contexto de una democracia deliberativa: las excepciones relativa a 1) los defectos en el proceso deliberativo, 2) a la protección de la autonomía personal y 3) a la que considera la constitución como una práctica social.

Palabras clave: control de constitucionalidad; Waldron; Nino; democracia

Abstract

This article analyzes the perspectives of Jeremy Waldron and Carlos Nino on the subject of constitutional review. Waldron's position is unambiguous. His critique of the notion of entrenching rights in a rigid constitution underscores the necessity for adaptability, public discourse, flexibility, and balance in the protection and regulation of rights within a democratic society. He posits that an excessively rigid constitution has the potential to subvert these fundamental values and impede society's capacity to adequately address evolving challenges. Waldron's critiques of the notion of constitutional review by judges who have not been democratically elected highlight several concerns. These include the absence of democratic legitimacy, the lack of accountability, subjective interpretation, deviation from the judicial function, and a disconnection from social change. Nino adopts a more flexible stance by establishing three exceptions to the rejection of judicial review of constitutionality in the context of deliberative democracy: 1) defects in the deliberative process, 2) the protection of personal autonomy, and 3) the constitution as a social practice.

Keywords: constitutional review, Waldron, Nino, democracy

Recibido: 16/06/2025

Aceptado: 03/12/2025

DOI: [10.63790/ad.v9i9.109](https://doi.org/10.63790/ad.v9i9.109)

Calidad de Vida y Salud se encuentra bajo la licencia de Creative Commons [Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).



I. Introducción

El control de constitucionalidad se ha convertido en una piedra angular en los sistemas jurídicos modernos. Es la herramienta que permite salvaguardar la supremacía de la Constitución y asegurar que las leyes y actos del Estado sean conformes con los principios y valores fundamentales que rigen una sociedad. Sin embargo, el ejercicio de este control no está exento de dificultades y retos.

Uno de los dilemas más significativos es la confrontación entre los sistemas difusos y los concentrados y la conformación de órganos especializados o la delegación de la tarea en las cortes supremas compuestas por jueces. En efecto, el control de constitucionalidad puede clasificarse en político o jurisdiccional según el tipo de órgano encargado de su ejercicio. En el control político, como el Consejo Constitucional de Francia (Constitución de 1958), la revisión de constitucionalidad recae en un órgano de naturaleza no judicial, integrado usualmente por miembros designados políticamente. Por otro lado, el control jurisdiccional se realiza dentro del Poder Judicial y puede ser difuso, donde todos los jueces tienen competencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma al resolver casos concretos (como en Estados Unidos y Argentina), o concentrado, que reserva esta facultad a un tribunal específico, como una Corte o Sala Constitucional, siguiendo el modelo austriaco o europeo. Este último modelo, predominante en América Latina, suele incluir la facultad de emitir decisiones con efectos *erga omnes*, asegurando uniformidad y centralización en la interpretación constitucional.

En el sistema difuso, cualquier juez puede revisar la constitucionalidad de las normas al resolver un caso concreto, como sucede en Estados Unidos y en la Argentina. En contraste, el sistema concentrado reserva esta función a un tribunal específico, como el Tribunal Constitucional en Alemania o España, que actúa de manera exclusiva en asuntos de constitucionalidad. La principal diferencia radica en la centralización y la especialización: los sistemas especializados y concentrados tienden a ser más uniformes, mientras que los difusos y no especializados permiten un control más amplio, pero menos uniforme.

Ahora bien, más allá de cómo se conforme el modelo de control de constitucionalidad, un problema relevante se relaciona con la legitimidad, es decir, con la justificación del control jurisdiccional, que se manifiesta en la tensión entre el ejercicio del poder judicial y la voluntad popular, lo que algunos críticos denominan “doctrina contramayoritaria”. Esta crítica sostiene que los jueces carecen de legitimidad democrática para anular leyes que reflejan la voluntad de la mayoría, lo que puede llevar a una percepción de tiranía judicial. Además, el control de constitucionalidad plantea interrogantes sobre los criterios de decisión utilizados por los tribunales, ya que éstos deben equilibrar la aplicación estricta de la Constitución con consideraciones políticas y sociales, evitando caer en el arbitraje discrecional. En este contexto, la función del juez se convierte en un ejercicio complejo de interpretación normativa, donde se enfrenta a la necesidad de justificar sus decisiones no solo desde una perspectiva legal, sino también moral y política,

dando lugar al debate sobre la legitimidad y legalidad del denominado “activismo judicial”.

En este sentido, el control de constitucionalidad no solo actúa como un mecanismo de salvaguarda de los derechos fundamentales, sino que también refleja las tensiones inherentes a cualquier sistema democrático que busca equilibrar el poder entre sus diversas instituciones.

En este ensayo haremos una contraposición de las posturas de Jeremy Waldron y Carlos Santiago Nino, dos destacados juristas que han contribuido de manera significativa al debate en torno al control judicial de constitucionalidad, abordando este tema desde perspectivas distintas pero igualmente influyentes.

Jeremy Waldron sostiene que el control judicial de constitucionalidad debería ser ejercido con prudencia, evitando que los tribunales se conviertan en árbitros finales de cuestiones políticas y morales. Desde su perspectiva, la decisión sobre cuestiones controvertidas debería residir en la esfera política y ser tomada por los representantes electos que reflejan la voluntad popular. Para Waldron, una excesiva intervención judicial podría socavar el proceso democrático al retirar el poder de decisión de las manos de los ciudadanos.

En contraste, Carlos Santiago Nino aboga por un papel más activo de los tribunales en la protección de los derechos fundamentales y la supervisión de la legalidad de las acciones del gobierno. Nino argumenta que en contextos donde las mayorías pueden ser opresivas y los derechos individuales están en riesgo, el Poder Judicial se convierte en un contrapeso esencial para prevenir abusos y garantizar que la voluntad de la mayoría no prevalezca sobre los derechos humanos fundamentales. Su enfoque impulsa la idea de que los tribunales deben desempeñar un papel vigilante y proactivo en la defensa de los valores democráticos y los derechos individuales.

En concreto, la postura de Jeremy Waldron se inclina hacia una interpretación más cautelosa y limitada del papel de los tribunales en la revisión de las leyes a la luz de la constitución, mientras que Carlos Santiago Nino adopta una visión más expansiva y activa de la función judicial en la protección de los derechos fundamentales y la defensa de la democracia. Analizar estos dos enfoques contrastantes es esencial para comprender las complejidades y desafíos del control judicial de constitucionalidad en contextos democráticos y plurales.

II. Fundamentos del control constitucional

En lo que respecta a la organización estatal, hace tiempo que se dio un viraje desde un Estado legal de derecho a un Estado constitucional de derecho, lo cual significó una apertura hacia otros horizontes de racionalidad. Como es sabido, en este modelo de organización política se coloca el foco de atención en los textos constitucionales en cuanto normas jurídicas fundamentales y estructurales. En este sentido, la expresión “democracia constitucional”, modelo al que aspiran la mayoría de los países occidentales, y cuya terminología ha sido acuñada por autores de la talla de Ronald

Dworkin o Luigi Ferrajoli, designa un sistema jurídico político completo y complejo que conjuga dos elementos: una forma de Estado, el Estado constitucional de derecho, y una forma de gobierno, la forma de gobierno democrática (Amaya, 2015).

Las constituciones modernas se han enriquecido significativamente con la incorporación de derechos esenciales que garantizan la dignidad humana y promueven una protección integral de las personas (Depetris, 2015). Este desarrollo ha estado profundamente influido por el derecho internacional de los derechos humanos, orientándose hacia un paradigma que reconoce la inviolabilidad de la persona como un principio rector. Así, se ha consolidado un marco jurídico que no solo resguarda libertades fundamentales, sino que también refuerza la responsabilidad de los Estados en la promoción y defensa de los derechos humanos en todas sus dimensiones. La práctica del derecho en el contexto de un Estado constitucional trasciende los valores meramente formales asociados con la previsibilidad y la seguridad jurídica. Este modelo también implica valores materiales, que se vinculan con las nociones de justicia y verdad, y valores políticos, que se relacionan con la aceptación y legitimidad de las normas por parte de la sociedad (Atienza, 1988). De esta manera, el derecho no se limita a ser un sistema normativo cerrado, sino que integra consideraciones éticas y políticas que refuerzan su capacidad de responder a las necesidades y aspiraciones de una comunidad democrática.

Por todo ello, la configuración del Estado constitucional de derecho ha transformado profundamente la labor judicial, estableciendo un escenario en el que la decisión del juez trasciende la mera literalidad de las normas legales. En este contexto, el derecho ya no se concibe como un sistema de formas vacías, sino como una estructura con un fuerte componente material que encarna la eticidad, es decir, los valores y principios que una sociedad considera justos o correctos. Este enfoque confiere al derecho y a la organización política una dimensión sustancial, en la que el juez, al resolver casos, debe interpretar y aplicar la ley no solo conforme a su texto, sino también a los principios que informan el orden constitucional.¹

Así, el control de constitucionalidad representa una manifestación concreta de una conciencia jurídica fundamentada en principios, desempeñando un rol crucial en la protección del orden constitucional. Esta función permite a los jueces evaluar la conformidad de una ley con los principios y derechos fundamentales establecidos en la Constitución, tarea que adquiere especial complejidad en los denominados “casos difíciles”, donde los derechos y valores en conflicto exigen un ejercicio riguroso de ponderación. De este modo, el control de constitucionalidad busca equilibrar la garantía de derechos individuales con la protección de valores colectivos, asegurando que las leyes no vulneran la carta magna mientras se atienden las necesidades de la sociedad.

¹ Junto con las clásicas directrices interpretativas propias del modelo positivista decimonónico, como por ejemplo la gramatical, la sistemática o topográfica, se amplían los criterios con otros argumentos tales como la directriz por principios, por las consecuencias y la teleológica, entre otras (Rabbi-Baldi, 2015).

Este proceso, además, refuerza el principio de separación de poderes al permitir que el Poder Judicial supervise y, en su caso, corrija las decisiones del Poder Legislativo, previniendo la concentración de poder y protegiendo los derechos fundamentales. De este modo, el control de constitucionalidad no solo salvaguarda el marco jurídico, sino que también asegura el funcionamiento armónico del sistema democrático a través de un equilibrio dinámico entre los poderes del Estado.

En su instrumentación, el control de constitucionalidad, como mecanismo fundamental para garantizar la supremacía de la Constitución en los sistemas jurídicos de los países, puede clasificarse en distintos modelos: difuso, concentrado y mixto. En el sistema difuso, característico de países como Estados Unidos, cualquier tribunal tiene la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una norma al resolver un caso concreto. Por otro lado, el modelo concentrado, predominante en países de tradición jurídica europea como Alemania, delega esta función en un tribunal constitucional único, encargado exclusivamente de resolver cuestiones de constitucionalidad.² Por último, el modelo mixto combina elementos de ambos sistemas, permitiendo a diferentes tribunales ejercer control, aunque también se designa a una corte especializada con competencias exclusivas en ciertos aspectos.

En Argentina, el sistema de control de constitucionalidad adoptado sigue mayoritariamente el modelo difuso, influenciado por la tradición del *common law* estadounidense. Según este esquema, cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de una norma si considera que vulnera la Constitución, siempre en el contexto de un caso concreto. Sin embargo, esta declaración no tiene efectos generales o *erga omnes*, sino que se aplica únicamente a las partes involucradas en el litigio. Además, en el caso de que una decisión sea apelada, corresponde a los tribunales superiores, incluido eventualmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, revisar y confirmar o revocar dicha declaración.

En la práctica, Argentina ha complementado este sistema difuso con ciertas características que lo acercan al modelo mixto. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia, como máximo intérprete de la Constitución, ha desarrollado una jurisprudencia robusta que orienta a los tribunales inferiores y, aunque sus fallos no tienen formalmente efectos vinculantes para terceros, sí tienen un peso significativo como precedente. Además, mecanismos como la acción declarativa de inconstitucionalidad en algunos casos específicos permiten que ciertos efectos sean más amplios. Este esquema híbrido busca equilibrar el respeto a los derechos individuales y la estabilidad del orden jurídico general.

Ahora bien, la contracara de la moneda se encuentra bellamente referida en la célebre locución latina "*Quis custodiet ipsos custodes?*". El problema es la cuestión de quién controla el poder de los jueces, o que el Poder Judicial no es extralímite, ya que en el modelo de control judicial los jueces, al

² En Alemania, el control de constitucionalidad de las leyes corresponde al Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht, BVG o BVerfG). Este órgano constitucional tiene su sede en Karlsruhe y se encarga de velar por que la Ley Fundamental, equivalente a la Constitución, no sea violada por ninguna ley, norma o reglamento

controlar sin ser controlados, se estarían erigiendo en soberanos supremos. En lo que sigue veremos algunas de las críticas que se formulan en torno al control judicial difuso amplio y las críticas que Jeremy Waldron formula contra la idea de atrincherar derechos en una constitución rígida y contra la idea de un control de constitucionalidad en manos de jueces que no han sido democráticamente elegidos, para contraponerlo con la postura de Carlos Nino, específicamente respecto de las tres excepciones que justifican dicho control.

III. Críticas de Jeremy Waldron al constitucionalismo

Para Jeremy Waldron, la posibilidad de que “constitucionalismo” degenera en un eslogan vacío se ve exacerbada por el hecho de que la palabra muchas veces se utiliza de una manera que no expresa ningún contenido teórico (Waldron, 2018, p. 25). Para el autor, las constituciones serían aquellos instrumentos que establecen derechos individuales y reglas que limitan al gobierno, y la “ideología” constitucionalista es aquel pensamiento que supone que el poder del Estado debe ser restringido, limitado o controlado para que no se salga de su cauce (Waldron, 2018, p. 34).

Ahora bien, *Derecho y desacuerdos* es una obra significativa, escrita por Jeremy Waldron, que aborda la compleja relación entre la democracia y los derechos individuales en sociedades pluralistas. En esta obra, Waldron explora cómo el sistema legal puede manejar las diferencias culturales y morales en una sociedad diversa. A través de una argumentación meticulosa, el autor defiende la idea de que los desacuerdos fundamentales en asuntos morales y culturales no deben llevar a la eliminación de los derechos individuales, sino que el sistema legal debe encontrar formas de acomodar y proteger tanto los derechos como los valores comunitarios. El libro se centra en la tensión entre las visiones democráticas liberales y las perspectivas comunitarias en relación con los derechos y las diferencias culturales.

Waldron analiza cómo las sociedades pueden manejar las contradicciones inherentes entre la protección de los derechos fundamentales y el reconocimiento de las creencias y valores arraigados en diversas comunidades. A través de ejemplos y casos concretos, el autor explora las implicaciones prácticas de estas cuestiones y ofrece perspectivas valiosas sobre cómo los sistemas legales pueden abordar los desafíos de la diversidad en una sociedad democrática.

Ahora bien, en la obra realiza críticas contra la idea de atrincherar derechos en una constitución rígida, que se centran en varios puntos clave. En primer lugar, se argumenta que esta práctica puede llevar a una falta de flexibilidad para adaptar los derechos a cambios sociales, culturales y tecnológicos en constante evolución. Al encajonar los derechos en una constitución inmutable, se dificulta su ajuste a situaciones cambiantes. Además, las críticas señalan que una constitución rígida puede limitar la capacidad de las mayorías democráticas para tomar decisiones en asuntos importantes. Esto puede resultar en una especie de “gobierno de los jueces”,

donde los tribunales tienen la última palabra sobre cuestiones morales y sociales en lugar de permitir que los representantes electos tomen decisiones que reflejen la voluntad del pueblo. Otra crítica es que la atrincheración de derechos en una constitución rígida puede llevar a una separación entre los principios abstractos y las realidades concretas de la vida cotidiana. Esta desconexión puede resultar en decisiones legales que no tienen en cuenta las circunstancias específicas y las necesidades cambiantes de la sociedad.

Waldron también enfatiza la importancia del debate y la deliberación públicos en una sociedad democrática. Sostiene que cuando los derechos están atrincherados de manera rígida en una constitución, es más difícil tener conversaciones significativas y abiertas sobre cómo equilibrar y aplicar esos derechos en situaciones concretas. La flexibilidad permite que la sociedad participe activamente en la definición y reinterpretación de los derechos a medida que surgen nuevos dilemas éticos y legales. Es en este sentido que Waldron argumenta que nuestras percepciones sobre los derechos y su alcance pueden evolucionar con el tiempo debido a cambios culturales y sociales. Una constitución rígida podría perpetuar interpretaciones estáticas de los derechos que no se ajusten a las cambiantes actitudes y valores de la sociedad. Esto podría llevar a que los derechos se conviertan en obstáculos para el progreso social en lugar de ser herramientas para el mismo.

Por todo ello Waldron cuestiona el papel de los tribunales en la interpretación de una constitución rígida. Argumenta que cuando los tribunales tienen la autoridad final para interpretar los derechos en lugar de los procesos democráticos, se corre el riesgo de que se impongan interpretaciones minoritarias o alejadas de las preferencias de la sociedad en su conjunto. Esto puede ser problemático en términos de legitimidad democrática. En este sentido, sostiene que en lugar de anclar los derechos en una constitución rígida es preferible permitir que los derechos sean objeto de regulación y ajuste por parte de los legisladores elegidos democráticamente. Considera que es esencial encontrar un equilibrio entre la protección de los derechos individuales y la capacidad de la sociedad para regular de manera efectiva las tensiones y los conflictos que puedan surgir.

En concreto, para Waldron, los jueces no deberían tener la facultad de derogar las leyes cuando están convencidos de que violan los derechos individuales. En este sentido, sostiene que el control judicial de la legislación es inapropiado como última instancia dentro del proceso de toma de decisiones en una sociedad libre y democrática (Waldron, 2018). A continuación, profundizaremos en este punto, que es la esencia del argumento de Waldron contra el control judicial de constitucionalidad.

IV. Críticas de Jeremy Waldron al control de constitucionalidad

Jeremy Waldron se opone a la idea de que jueces no electos tomen decisiones fundamentales sobre la constitución. Para él, ello socava la legitimidad democrática. Argumenta que, en una democracia, la autoridad para tomar decisiones políticas y legales de gran alcance debe descansar en

representantes elegidos por el pueblo. Delegar esta autoridad en jueces que no han sido sometidos al proceso democrático carece de la misma legitimidad y puede dar lugar a decisiones que no reflejan adecuadamente la voluntad del pueblo.

En este sentido, Waldron sostiene que los jueces que no son responsables ante el electorado no tienen incentivos para rendir cuentas por sus decisiones. A diferencia de los legisladores electos, los jueces no están sujetos a la posibilidad de ser reemplazados por los ciudadanos en elecciones futuras. Esto puede llevar a una falta de responsabilidad y a una toma de decisiones desvinculada de las preferencias y necesidades cambiantes de la sociedad.

Por otro lado, el autor se preocupa por la interpretación subjetiva de la constitución por parte de jueces no electos. Argumenta que los jueces pueden imponer sus propias opiniones personales y valores en sus decisiones, lo que socava la objetividad y la coherencia en la interpretación de los principios constitucionales. Además, la falta de mecanismos democráticos para controlar la interpretación judicial puede llevar a una deriva en la interpretación de la ley.

Waldron también plantea que cuando los jueces no elegidos asumen el papel de revisar y decidir cuestiones políticas y legislativas fundamentales, se alejan de su función original de interpretar y aplicar la ley. Considera que esta expansión de funciones puede erosionar la separación de poderes y debilitar la confianza en el sistema judicial como árbitro imparcial.

Por último, Waldron argumenta que las sociedades democráticas están en constante cambio y evolución en términos de valores y percepciones. Confiar en jueces no electos para tomar decisiones sobre derechos y políticas puede resultar en decisiones que no reflejen adecuadamente la evolución de la sociedad, ya que los jueces no están en sintonía directa con las cambiantes actitudes y valores de la población.

Por todo ello, Waldron sostiene que el control judicial basado en derechos es inapropiado para las sociedades razonablemente democráticas cuyo mayor problema no es la disfuncionalidad de sus instituciones legislativas, sino la discrepancia de sus miembros sobre los derechos (Waldron, 2018). El desacuerdo sobre los derechos no es irracional y la gente puede discrepar sobre los derechos tomándolos en serio. En estas circunstancias es necesario adoptar procedimientos para resolver los desacuerdos que respeten las voces y las opiniones de las personas, cuyos derechos se encuentran en juego y tratarlas como iguales en el proceso. Para Waldron son los procesos legislativos ordinarios los encargados de esta tarea (Waldron, 2018).

V. Carlos Nino y la defensa del constitucionalismo

Carlos Santiago Nino formuló un modelo de Estado constitucional que articula tres pilares fundamentales: una teoría de la democracia, una propuesta para la justificación de los derechos humanos y una teoría de la constitución. Este enfoque integral busca sostener un constitucionalismo

democrático capaz de atender las tensiones inherentes entre los principios participativos y los valores liberales, que coexisten en una interacción dialéctica y, a menudo, conflictiva.

La propuesta de Nino responde a la necesidad de equilibrar dos exigencias centrales en cualquier proyecto democrático: por un lado, la promoción del gobierno democrático basado en la participación ciudadana; por otro, la garantía de los derechos fundamentales como límite y contrapeso frente a posibles abusos del poder mayoritario. En este sentido, su teoría no solo reconoce las dificultades prácticas y teóricas que surgen de esta dualidad, sino que ofrece un marco normativo orientado a armonizar estos valores en tensión.

Para Nino, la constitución desempeña un papel crucial como instrumento normativo y político, capaz de integrar los derechos fundamentales con los procedimientos democráticos. Este planteamiento trasciende la dicotomía tradicional entre constitucionalismo y democracia, proponiendo en su lugar una visión interdependiente en la que ambos elementos se potencian mutuamente. En esta concepción, la legitimidad del poder democrático se encuentra condicionada por su capacidad para proteger y promover los derechos humanos, mientras que la vigencia de estos derechos se sustenta en el respaldo que encuentran en procedimientos democráticos inclusivos y deliberativos.

Así, en el marco de una crítica al mayoritarismo, la propuesta del autor es que el rol del juez en una democracia liberal es actuar como un intérprete de esos principios fundamentales, expresando aquello que cualquier ciudadano, con intuiciones democráticas mínimas, consideraría digno de respeto como derecho. Este juez, lejos de ser un actor enfrentado a las partes en conflicto, se presenta como un árbitro del desacuerdo. Su función consiste en evaluar las peticiones que se le formulan, contrastándolas con los principios constitucionales, en lugar de someterse a la dinámica de contrincantes en pugna, como ocurre en el control popular de constitucionalidad.

La concepción de Nino resalta la capacidad del juez para “hablar por todos” sin depender de una regla de mayoría que podría dar lugar a decisiones aberrantes. De este modo, se protege a los derechos fundamentales de quedar supeditados a negociaciones coyunturales entre mayorías circunstanciales. Este enfoque previene la instrumentalización de los derechos bajo criterios meramente políticos o utilitarios, salvaguardando su carácter inviolable e innegociable. Además, dado que el juez no afirma nada que cualquier ciudadano razonable y democrático no podría sostener, el proceso de judicialización del control constitucional no puede considerarse un procedimiento intrínsecamente ilegítimo. Por el contrario, se presenta como una garantía esencial para el resguardo de los derechos fundamentales en el marco de una democracia liberal.

VI. Defensa de Carlos Nino al control de constitucionalidad

En el ámbito del control judicial de constitucionalidad, un punto clave es demostrar la legitimidad de conferir al juez que ejerce este control el estatus de árbitro ideal e imparcial. Desde la perspectiva de Nino, los derechos fundamentales, consagrados en cartas de derechos o constituciones, poseen un carácter apriorístico y no dependen de los resultados de una deliberación colectiva. Esta visión responde a las críticas mayoritaristas que cuestionan la legitimidad de decisiones sobre derechos fundamentales que no se rigen por la regla de la mayoría. Para Nino, no es indispensable que la deliberación sea pública para que exista algún tipo de razonamiento deliberativo.

El juez que ejerce el control constitucional recurre a la reflexión individual como una forma de deliberación, la cual, si bien es monológica, no por ello carece de legitimidad. Lo que sería absolutamente ilegítimo en una democracia es que los derechos fundamentales quedaran fuera de un proceso de deliberación o que este proceso fuera conducido por un actor carente de autoridad dentro del marco legal del Estado. Al considerar la reflexión moral individual como un tipo válido de deliberación, Nino argumenta que la legitimidad del proceso judicial no puede ser negada en términos absolutos, sino que debe ser evaluada en función de grados.

En este contexto, la legitimidad del juez radica en su capacidad para justificar decisiones sobre derechos mediante una combinación de razonamiento jurídico y reflexión moral. Al controlar la constitucionalidad, el juez interpreta y delimita derechos que constituyen precondiciones esenciales para la democracia liberal, como la autonomía personal. Aunque su razonamiento es monológico, éste se fundamenta en principios públicos que cualquier ciudadano podría reconocer en su propio proceso de deliberación monológica, independientemente de si los comparte o no.

Es crucial señalar que el razonamiento judicial solo es legítimo si se basa en principios públicos, es decir, principios susceptibles de ser aceptados universalmente por los ciudadanos de una comunidad democrática. Sin esta característica, el razonamiento monológico del juez carece de validez. Sin embargo, dado que el juez apela a principios compartidos que subyacen a la justificación misma de la democracia liberal, su deliberación no solo es legítima, sino también indispensable para garantizar la coherencia y la estabilidad del sistema democrático.

VII. Carlos Nino y las excepciones para justificar el control judicial constitucional

La teoría de la democracia deliberativa de Carlos Nino representa un esfuerzo por superar las tensiones inherentes entre los extremos del formalismo procedimental y el contenido sustantivo en la teoría democrática. En su análisis crítico de las perspectivas de Habermas y Rawls, Nino busca reconciliar el respeto por los derechos fundamentales con la centralidad del debate público en la legitimación democrática. Desde su perspectiva, una

concepción puramente procedimental de la democracia, que asume que las decisiones mayoritarias son automáticamente correctas, incurre en el riesgo de un “populismo moral”, desprotegiendo a las minorías frente a mayorías tiránicas organizadas bajo visiones autoritarias o excluyentes. En este sentido, Nino comparte con Rawls la necesidad de resguardar ciertos derechos básicos, que no deberían estar sujetos a la deliberación democrática, para proteger los intereses vitales de las personas.

Sin embargo, el jurista también critica el “elitismo epistemológico” que atribuye a Rawls, caracterizado por su dependencia de la reflexión individual como medio principal para alcanzar la verdad moral, minimizando así el papel del debate público. En su intento de encontrar un punto intermedio, Nino desarrolla un “constructivismo epistemológico”, según el cual tanto la reflexión individual como la discusión pública son fundamentales para acceder al conocimiento del orden moral verdadero. Estas dos tesis centrales buscan resolver el dilema entre individualismo epistemológico y populismo moral: la primera postula que los individuos, mediante la introspección, pueden discernir principios morales universales, mientras que la segunda enfatiza que la deliberación colectiva es el método óptimo para descubrir y validar dichos principios.

En este contexto, Nino analiza el control judicial de constitucionalidad en una democracia deliberativa, negando que haya una imposibilidad lógica, o que se niegue la supremacía de la constitución, en un sistema que no utilice el control judicial de constitucionalidad, ya que, para él, la revisión es necesaria, pero no necesariamente tiene que ser judicial. En ese sentido, sostiene que el control judicial de constitucionalidad es contingente, incluso cuando el sistema tenga una constitución suprema (Nino, 2003).

Siguiendo estas ideas, Nino plantea una versión sofisticada del argumento a favor del control judicial de constitucionalidad basado en las condiciones de la democracia. Esta versión, indica Nino, señala precisamente que los prerequisites ideales del proceso democrático gozan de valor epistémico. La superioridad epistémica depende de ciertas condiciones positivas y negativas que el proceso debe cumplir. En este sentido, nuestra intuición en favor del control judicial de constitucionalidad, dice Nino, quizá esté asociada con situaciones en las cuales esas condiciones no son satisfechas, y, por lo tanto, lo político o democrático no es epistémicamente superior al proceso judicial (Nino, 2003).

Ahora bien, la teoría epistémica de la democracia, sostiene Nino, pone en cuestión el control judicial. Existen, sin embargo, tres excepciones a esta regla. Las tres excepciones a la negativa del control judicial de constitucionalidad que señala Nino son: el control del procedimiento democrático, la autonomía personal y la constitución como una práctica social. Las dos primeras excepciones están basadas en las condiciones que hacen que las decisiones democráticas sean epistémicamente confiables. La tercera está fundada en la condición que hace que esas decisiones democráticas, que son epistémicamente confiables, sean además eficaces (Nino, 2003).

Respecto de la primera excepción, es decir, del control del procedimiento democrático, Nino sostiene que un procedimiento democrático no es una actividad espontánea, sino que es un producto de reglas. Las reglas no son arbitrarias, existen para maximizar el valor epistémico de aquel proceso. Para que este valor sea garantizado, son necesarias ciertas condiciones.³ Las reglas del proceso democrático tratan de asegurar que estas condiciones sean alcanzadas en el máximo grado posible con el objetivo de que las leyes que se sancionen resulten ser guías confiables para conducir a principios morales (Nino, 2003).

Ahora bien, respecto de quiénes son los que deben asegurar que estas reglas del proceso democrático sean efectivamente cumplidas, Nino sostiene que la misión central de los jueces es velar porque las reglas de procedimiento es condicional discusión decisión sean satisfechas (Nino, 2003).

En resumen, Nino argumenta que el control judicial podría ser necesario si los procedimientos democráticos deliberativos que llevaron a la adopción de una ley o política fueron gravemente defectuosos. Esto podría incluir situaciones en las cuales la deliberación se vio afectada por una falta de acceso a información esencial, manipulación o coacción, lo que socavaría la legitimidad de la decisión democrática.

La segunda excepción a la negativa del control judicial de constitucionalidad es la protección de la autonomía personal. Nino sostiene que surge a partir de su relación con el valor epistémico de la democracia. Un juez o cualquier ciudadano con fundamentos para efectuar una objeción de conciencia debería poner a un lado cualquier ley perfeccionista de origen democrático. La característica más relevante que permite descalificar una ley sancionada democráticamente debido a su naturaleza perfeccionista está constituida por el fundamento por el cual ésta ha sido dictada. El valor de la autonomía personal no protege acciones particulares, sino que simplemente previene que esas acciones sean interferidas sobre la base de ciertas razones. El Estado puede interferir cuando un ideal personal o colectivo implica la adopción de un estándar moral intersubjetivo inaceptable. Por este motivo, para Nino es esencial considerar las razones genuinas de las normas jurídicas, dado que ellas determinan la razonabilidad de su aplicación y su constitucionalidad (Nino, 2003).

Por último, a la tercera excepción Nino la denomina “la constitución como una práctica social”. Los jueces a veces se ven obligados a defender la constitución histórica y reforzar la práctica social de la constitución real para alcanzar decisiones más efectivas (eficaces) y para proteger el valor epistémico del procedimiento democrático constitucional en general. Es decir, el propósito del control judicial de constitucionalidad es preservar la práctica social o convención dentro del cual esa decisión opera, es decir, específicamente, la constitución histórica (Nino, 2003).

³ Por ejemplo, que la participación sea lo más amplia posible entre aquellos potencialmente afectados por la decisión que se tome, que todos tengan libertad de poder expresarse, que haya igualdad de condiciones para la participación, que quienes participen tengan información suficiente sobre lo que se discute, etc.

Esta excepción sugiere que el control judicial de constitucionalidad tiene un propósito no solo de proteger los principios y valores constitucionales, sino también de preservar la continuidad y la coherencia de la “constitución histórica” como una práctica social en evolución. Los jueces, en este enfoque, estarían comprometidos en mantener la interpretación y aplicación de la constitución en línea con la práctica histórica y las convenciones que se han desarrollado a lo largo del tiempo. Al hacerlo, el control judicial de constitucionalidad busca reforzar la estabilidad y la previsibilidad del sistema legal y político, permitiendo que las decisiones democráticas se ajusten a la “constitución histórica” y a la práctica social vigente en un momento dado.

VIII. Aportes para una perspectiva moderada

A pesar de las críticas que se han señalado en el presente trabajo, el control de constitucionalidad realizado por los jueces es una parte esencial de la democracia, ya que la democracia no solo se trata de mayorías y decisiones legislativas, sino también de proteger los derechos fundamentales y evitar el abuso de poder. El Poder Judicial desempeña un papel importante al revisar y equilibrar las acciones del poder legislativo para garantizar que no se infrinjan los derechos de las minorías o se vulneren los principios constitucionales.

Pero de ahí también se desprende la importancia de que los jueces sean deferentes y muestren respeto por las decisiones legislativas. Aunque tienen el deber de ejercer el control de constitucionalidad, también deben reconocer que los legisladores son representantes electos y, en principio, actúan en nombre de la ciudadanía. Los jueces no deben reemplazar las decisiones políticas legítimas con sus propias preferencias, sino intervenir solo cuando existan claras violaciones constitucionales.

Por ello, el control de constitucionalidad debe basarse en argumentos públicos y razonamientos judiciales sólidos. Los jueces no deben simplemente imponer sus opiniones personales, sino explicar claramente cómo una ley o acto vulnera los principios constitucionales. Esta transparencia es crucial para mantener la legitimidad del Poder Judicial y asegurar que las decisiones se ajusten a los valores democráticos y constitucionales.

No obstante, el enfoque de Nino, si bien sigue estas ideas, no está exento de críticas. Su insistencia en la deliberación pública como mecanismo epistemológico podría interpretarse como una forma encubierta de elitismo, al asumir que las discusiones democráticas son intrínsecamente superiores en la búsqueda de la verdad moral. A su vez, esta postura enfrenta el desafío práctico de garantizar que los derechos fundamentales se respeten en contextos de deliberación pública, especialmente en sociedades con culturas intolerantes o desorganizadas. Así, su teoría oscila entre los riesgos del populismo moral y el elitismo epistemológico, planteando interrogantes sobre la capacidad de su modelo para reconciliar efectivamente sustancia y procedimiento en la democracia contemporánea.

Siguiendo estas ideas, una propuesta superadora podría consistir en que el control de constitucionalidad debe ser visto como un diálogo continuo y democrático entre los poderes del Estado y la sociedad en su conjunto. En este sentido, los jueces deben estar abiertos a escuchar los argumentos de todos los sectores de la sociedad y considerar cómo las leyes afectan los derechos y valores fundamentales. El objetivo es alcanzar una comprensión más profunda de los problemas y tomar decisiones informadas que reflejen la diversidad y complejidad de la sociedad, evitando el activismo judicial.

El excesivo activismo judicial es dañino para la democracia. Los jueces deben ser cautelosos al anular decisiones legislativas y, en la medida de lo posible, deben buscar interpretaciones que sean compatibles con la Constitución. El activismo judicial desmedido puede erosionar la legitimidad del Poder Judicial y dar lugar a acusaciones de que los jueces están excediendo sus funciones.

Estos lineamientos pretenden aportar una perspectiva equilibrada sobre el control de constitucionalidad reconociendo su importancia en el contexto democrático. El Poder Judicial tiene un papel vital en la protección de los derechos fundamentales y la revisión de las acciones del Poder Legislativo. Sin embargo, los jueces deben ser respetuosos, transparentes y evitar el activismo judicial. El control de constitucionalidad debe ser un diálogo abierto y reflexivo que garantice la protección de la Constitución y la preservación de los valores democráticos.

Por último, frente a “casos difíciles” (si es que los hay) los jueces deberían reunirse para establecer criterios de decisión que se hagan públicos y sean objeto de crítica y vigilancia, lo que reduciría la incertidumbre en la aplicación del derecho y permitiría una mayor previsibilidad en las decisiones judiciales.

IX. Conclusión

Como vimos, la postura de Jeremy Waldron respecto del control judicial constitucional es bastante rotunda. Sus críticas a la idea de atrincherar derechos en una constitución rígida se centran en la necesidad de adaptación, debate público, flexibilidad y equilibrio en la protección y regulación de los derechos en una sociedad democrática. Considera que una constitución demasiado rígida puede socavar estos valores esenciales y limitar la capacidad de la sociedad para abordar de manera efectiva los desafíos cambiantes.

En el mismo sentido, las críticas de Waldron a la idea de un control de constitucionalidad en manos de jueces que no han sido democráticamente elegidos se centran en la falta de legitimidad democrática, la falta de responsabilidad, la interpretación subjetiva, la desviación de la función judicial y la desconexión de los cambios sociales. Estas preocupaciones subrayan la importancia de equilibrar la autoridad judicial con los principios democráticos y la rendición de cuentas.

Sin embargo, Carlos Santiago Nino presenta una postura más flexible. En este sentido, como vimos, presenta tres excepciones a la negativa del control judicial de constitucionalidad en el contexto de una democracia

deliberativa. Estas excepciones reflejan la complejidad y los matices inherentes a la interacción entre la autoridad democrática y la protección de los derechos individuales, así como la preservación del sistema constitucional en sí mismo. En este sentido, en primer lugar, la excepción relativa a los defectos en el proceso deliberativo subraya la importancia de asegurar que las decisiones políticas se tomen de manera informada y razonada. Si los procedimientos democráticos adolecen de graves defectos, como la manipulación o la coacción, el control judicial puede intervenir para mantener la integridad del proceso y proteger la legitimidad de las decisiones. En segundo lugar, la excepción que gira en torno a la protección de la autonomía personal reconoce que, aunque la mayoría debe tener un papel destacado en la toma de decisiones, esta autoridad tiene límites cuando se trata de socavar la capacidad de los individuos para tomar decisiones autónomas y coherentes con sus valores y convicciones fundamentales. Finalmente, la excepción que considera “la constitución como una práctica social” enfatiza la importancia de preservar la continuidad y la coherencia del sistema constitucional y las convenciones históricas que lo respaldan. Los jueces pueden intervenir para mantener la práctica social de la constitución real, asegurando que las decisiones se alineen con la trayectoria histórica y las convenciones que han evolucionado con el tiempo.

En conjunto, estas tres excepciones demuestran que el control judicial de constitucionalidad en una democracia deliberativa no es una cuestión de blanco y negro, sino que implica una evaluación cuidadosa de cómo equilibrar la autoridad democrática con la protección de los derechos individuales y la estabilidad del sistema. Estas excepciones reconocen que hay momentos en los cuales el control judicial puede ser necesario para garantizar la legitimidad, la autonomía y la continuidad en el marco de una democracia basada en la deliberación y el respeto por los valores fundamentales.

El control de constitucionalidad de los jueces es un elemento clave en la protección de los principios y valores fundamentales de una sociedad. Su ejercicio no está exento de desafíos. Los jueces enfrentan la dificultad de resolver casos individuales basados en principios abstractos y de equilibrar la protección de derechos fundamentales con el bienestar colectivo. Además, la resistencia para adoptar avances teóricos y filosóficos que mejoren el razonamiento jurídico puede obstaculizar el avance y la mejora del sistema.

Para superar estos desafíos, es necesario que los jueces adopten una actitud más empírica y basada en la observación. Reunirse para establecer criterios de decisión y hacerlos públicos podría contribuir a reducir la incertidumbre y aumentar la previsibilidad en las decisiones judiciales. La revolución en el pensamiento jurídico propuesta por el Dr. Ricardo Guibourg podría ser una clave para mejorar el ejercicio del control de constitucionalidad y garantizar la protección efectiva de los derechos y principios fundamentales en la sociedad moderna. Solo a través de una combinación de principios, realidades y avances en el pensamiento jurídico, podremos asegurar un sistema de control de constitucionalidad más justo y efectivo.

X. Referencias

- Amaya, J. A. (2015). *Control de Constitucionalidad*. Astrea.
- Atienza, M. (1998). A propósito de la argumentación jurídica. *Doxa*, 21(2), 33-50. <https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.2.03>
- Atienza, M. (2019, 6 de junio). Siete tesis sobre el activismo judicial. *Ámbito jurídico*.
<https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial>
- Depetris, C. E. (2015). Hacia un cambio en la práctica jurídica: Notas sobre el Capítulo 1 del Título preliminar del Código Civil y Comercial. *SAIJ*.
<http://www.saij.gob.ar/carlos-emilio-depetris-hacia-cambio-practica-juridica-notas-sobre-capitulo-1-titulo-preliminar-codigo-civil-comercial-dacf150652-2015-06-01/123456789-0abc-defg2560-51fcanirtcod>.
- Duquelsky, D. (2018). La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial. *Doxa*, (41), 193-209.
<https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.10>
- Estlund, D. (2011). *La autoridad democrática. Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas*. Siglo Veintiuno.
- Ferrer-Beltrán, J. (2000). *Las normas de competencia: un aspecto de la dinámica jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Guibourg, R. (1987). El papel de la norma en la despersonalización del poder. *Doxa*, (4), 119-130. <https://doi.org/10.14198/DOXA1987.4.08>
- Guibourg, R. (1997). *Deber y saber*. Fontamara.
- Guibourg, R. (1988, 15 de abril). Presente y futuro de la administración de justicia. *La Ley*.
- Guibourg, R. (2012). Neutralidad judicial y derecho. *Foro de Práctica Profesional, edición especial de homenaje al Dr. Carlos S. Fayt* (p. 121). Asociación Civil Foro Práctica de Abogados.
- Nino, C. S. (2003). *La constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa.
- Rabbi-Baldi, R. (1999). La interpretación del derecho de acuerdo a “equidad” en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina. *Persona y Derecho*, 40, 445-486.
<https://dadun.unav.edu/entities/publication/0a4e74d6-99c9-4f34-882a-cc45b7ce0ec5>

Rabbi-Baldi, R. (2015). *Teoría del derecho*. Ábaco.

Waldron, J. (1999). *Derecho y Desacuerdos*. Marcial Pons.

Waldron, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Siglo Veintiuno.