

con las críticas que se han podido hacer sobre él, es un libro que consolida esta idea a través de una propuesta realizable y de gran interés para los debates actuales sobre el poder de reforma.

Brandon Camilo Archila Jaimes[✉]

Universitat de València, España

E-mail: bramar@alumni.uv.es

<https://doi.org/10.1093/icon/moac100>

Rosalind Dixon. *Responsive Judicial Review. Democracy and Dysfunction in the Modern Age*. Oxford University Press, 2022. Pp. 256. US \$105.00. ISBN-10: 0192865773.

En *Democracy and Distrust*, John Hart Ely argumentó que el control judicial de las leyes no debe tener por objeto reemplazar el proceso democrático que llevan adelante los poderes políticos; por el contrario, las cortes que ejercen este tipo de control deben reforzar el principio de representación y participación al dar respuesta a efectos disfuncionales que surgen en el mismo proceso. A partir de esta idea, Ely justificaba la existencia del *judicial review*.¹

Reconociendo la trascendencia histórica que ha tenido la obra de Ely, Dixon se propone ampliarla desde tres perspectivas. Primero, identificando las condiciones políticas y sociales necesarias para que el control judicial de las leyes pueda cumplir eficazmente la función de reforzar el principio de representación democrática; segundo, expandiendo la mirada más allá de la Suprema Corte de Estados Unidos, e incorporando la experiencia comparada de otras cortes que buscan proteger y promover la democracia; y, por último, extendiendo el rango a nuevas amenazas a la democracia y que no fueron consideradas por Ely en su momento.²

La teoría del *responsive judicial review* que propone Dixon, pretende ofrecer una guía general para que las cortes ejerzan su función de control de constitucionalidad de la ley en un sentido que fortalezca la democracia. De esta manera, la autora identifica, justifica y desarrolla una serie de pasos que, en su conjunto, conforman una metodología, la cual tiene por objeto permitir a una determinada corte decidir con qué alcance y fuerza debe ejercer el control de un asunto traído a su conocimiento.

El primer paso de esta guía consiste en que las cortes deben identificar si el asunto a resolver constituye o no un riesgo para la democracia. Para Dixon, los riesgos que habilitan el control de una corte son: (1) el monopolio antidemocrático del poder (*anti-democratic monopoly power*); (2) la existencia de puntos ciegos en la aprobación de la ley (*democratic blind spots*); y (3) la inercia para responder a demandas democráticas que promueven cambios constitucionales (*democratic burdens of inertia*).³ De esta manera, la teoría del *responsive judicial review* propone asegurar, desde las cortes, una respuesta

¹ JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (Revised ed. 1980).

² Estos puntos también han sido desarrollados por Stephen Gardbaum. *Comparative Political Process Theory*, 18(4) INT'L. J. CONST. LAW, 1429 (2020).

³ Los conceptos de *democratic blind spots* y *democratic burdens of inertia* han sido previamente desarrollados por la autora. Ver, por ejemplo, Rosalind Dixon, *The Core Case for Weak-Form Judicial Review*, 38 CARDOZO L. REV., 2193 (2016).

democrática a: (i) la existencia de elecciones regulares, libres y con un sistema multipartidista; (ii) a la protección de los derechos y libertades; y (iii) a los frenos y contrapesos que constituyen el núcleo mínimo de la democracia.

Un segundo paso para que las cortes puedan asumir su rol protector de la democracia, consiste en que estas examinen los límites de su propia competencia y legitimidad para ejercer el control judicial. Según Dixon, esto incluye verificar la existencia de condiciones previas que resultan necesarias para hacer posible una respuesta judicial democrática. Estas precondiciones son: (i) la independencia de las cortes; (ii) el apoyo de la sociedad política y la sociedad civil; y (iii) la existencia de competencias jurídicas que permitan corregir aquellos aspectos disfuncionales de la democracia.

Lo anterior supone que los jueces presten la debida atención al contexto político y jurídico que rodea una determinada decisión, y evitar que ellos mismos terminen generando un peligro para la democracia. Así, las cortes deben evitar: (i) decisiones judiciales que generen un cambio que las mayorías democráticas no están dispuestas a aprobar o apoyar, y que tampoco han podido resolver las legislaturas (*reverse burdens of inertia*); (ii) producir reacciones negativas a su labor que afecten su capacidad de respuesta en favor de la democracia (*democratic backlash*); y (iii) crear dinámicas en las que los parlamentos tienen poco incentivo para abordar cuestiones constitucionales (*democratic debilitation*).

El tercer y último paso consiste en que las cortes deben buscar y lograr que la misma decisión con la que resuelven el asunto, sea percibida como legítima desde el punto de vista del reforzamiento del principio de representación democrática. Esto implica decidir adecuadamente acerca de quién será el redactor del fallo; el tono que usará; y la narrativa que guiará el razonamiento judicial.

Dixon reconoce que el cumplimiento de esta guía general depende no sólo del contexto político y social de cada corte, sino también de las habilidades técnicas y políticas de los jueces que las integran. En ellos recae la responsabilidad de identificar la respuesta judicial más adecuada, y no siempre estarán en condiciones de saber calibrarla. Sin embargo, el objetivo perseguido por la autora es aumentar el número de jueces que logren conducir el control judicial de una manera que genere una respuesta cuyo efecto sea el reforzamiento de la democracia. Y ello supone desarrollar una capacidad de discernimiento que permita justificar el ejercicio de un control débil o un control fuerte de constitucionalidad. Este es el centro de la teoría del *responsive judicial review*.

El libro de Dixon presenta así un enjundioso estudio que parte desde el concepto mismo de democracia. Es a partir de él que construye la teoría del *responsive judicial review*. La originalidad de su investigación está en demostrar que los fundamentos de esta teoría pueden ser defendidos y alcanzados en la práctica, lo cual prueba con una presentación exhaustiva de experiencias comparadas. Esto constituye un avance importante para las doctrinas que justifican el *judicial review*, en contraposición a aquellas que lo niegan.⁴ También, como se dijo al principio, expande a nuevos horizontes los postulados teóricos de Ely.⁵

⁴ JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT (1999); JEREMY WALDRON, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L.J., 1346 (2006).

⁵ Un ejemplo de los límites de la teoría de Ely para aplicarla fuera del contexto estadounidense puede leerse en Sergio Verdugo, *Limited Democracy and Great Distrust: John Hart Ely in Bolivia and Chile*, 19(2) INT'L J. CONST. LAW, 515 (2021).

Sin embargo, Dixon es consciente de los límites de su propia teoría.⁶ En mi opinión, esas fronteras que no alcanza a cubrir dejan abierta todavía una cuestión importante a resolver: la actitud deferente de los jueces hacia el sistema democrático sigue recayendo en una concepción virtuosa de quienes ejercen el cargo.⁷ Desde la teoría de Dixon, ese ejercicio virtuoso consistirá en que el juez sea capaz de seguir el método que exige el *responsive judicial review*.

Pero ¿existen factores institucionales que favorezcan la designación de jueces capaces de comprometerse con una teoría como el *responsive judicial review*? La relevancia de esta pregunta tiene una estrecha relación con la posibilidad de que un modelo normativo como el que propone Dixon, pueda convertirse en un control efectivo a los jueces.⁸ Así, el perfil del juez constitucional resulta central en la viabilidad de esta teoría.

A lo anterior se suma una variable muy difícil de normativizar. Esta consiste en la pluralidad de visiones sobre el funcionamiento del sistema democrático que los mismos jueces representan. En otras palabras, aun cuando los jueces de una determinada corte sigan paso a paso a Dixon, es muy probable que varios de ellos lleguen a conclusiones disímiles sobre el tipo de control que deben ejercer. Esto, porque podrán interpretar de distinta manera qué es un riesgo para la democracia y qué no lo es. Por ejemplo, si una corte examina una ley que regula un derecho fundamental de una determinada manera, pueden existir jueces que estimen que esa regulación vulnera el contenido mínimo del derecho, mientras que otros argumenten que la regulación de ese contenido está dentro de los márgenes que la misma Constitución habilita al legislador. Ambas posiciones entienden que están defendiendo un elemento clave de la democracia. ¿Cuál de las dos se extralimitó o restringió en exceso su control?

En cualquier caso, estas prevenciones no le restan méritos a la propuesta de Dixon. Los parámetros normativos que propone deberían permitir evaluar la oportunidad, la forma y los fundamentos de una determinada decisión judicial. Aun cuando sea probable que inicialmente el análisis de cumplimiento de esos parámetros provenga de otros actores del sistema (litigantes, académicos, etc.), será cuestión de tiempo que las cortes comiencen a justificar su actividad de control dentro de los parámetros que Dixon propone.

Catalina Salem Gesell[®]

Profesora Investigadora, Centro de Justicia Constitucional,

Universidad del Desarrollo, Chile

E-mail: c.salem@udd.cl

<https://doi.org/10.1093/icon/moac077>

⁶ Rosalind Dixon, *In Defense of Responsive Judicial Review*, (UNSW LAW RESEARCH 22-11, 2022), en <https://ssrn.com/abstract=4100843> (último acceso: 16 de agosto de 2022). En este artículo la autora reconoce la pregunta de si los jueces serán capaces de deliberar sobre los requerimientos del método que propone. Dixon asegura que la respuesta a esta interrogante es en parte conceptual, pero mayormente empírica: va a depender del análisis de varias experiencias constitucionales en distintos países, y del grado en que cada juez demuestra capacidad para razonar con éxito dentro del modelo del *responsive review*.

⁷ ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH. THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* (1962). En Chile: Tania Busch, *La confianza en las virtudes del juez constitucional y la aporía de los principios de autorrestricción judicial*, 94 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO, 17 (2021).

⁸ Busch, *supra* nota 7, en p. 19.