

“EL CONTROL JUDICIAL LE CUESTA DEMASIADO A LA DEMOCRACIA”. ENTREVISTA A JEREMY WALDRON

“Judicial Review is Too Costly for Democracy”:
Interview to Jeremy Waldron

Leonardo García Jaramillo y Vicente F. Benítez-R.*

A propósito de su reciente visita a Colombia, invitado por la Corte Constitucional y la Universidad de La Sabana, los profesores Leonardo García Jaramillo y Vicente F. Benítez-R. entrevistaron al profesor Jeremy Waldron. Waldron fue Chichele Professor en la Universidad de Oxford, discípulo y contradictor de Dworkin, y es uno de los autores más influyentes del debate teórico político y constitucional contemporáneo. Actualmente es *University Professor* de la Universidad de New York (NYU). La traducción al español de la entrevista es también de Leonardo García Jaramillo y Vicente F. Benítez-R.

On the occasion of his recent visit to Colombia, invited by the Constitutional Court and Universidad de La Sabana, Professors Leonardo García Jaramillo and Vicente F. Benítez-R. interviewed Professor Jeremy Waldron. Waldron was Chichele Professor at Oxford University, disciple and arguer of Ronald Dworkin, and one of the most influential scholars in contemporary debates in political theory and constitutional law. Currently, Jeremy Waldron is University Professor of New York University (NYU). The translation of the interview into Spanish was also made by Leonardo García Jaramillo and Vicente F. Benítez-R.

Leonardo García Jaramillo, Universidad EAFIT. Correspondencia: Carrera 49 No. 7 Sur - 50, Bloque 38 - oficina 322, Medellín, Colombia. lgarciaj@eafit.edu.co

Vicente F. Benítez-R., Universidad de La Sabana. Correspondencia: Autopista Norte de Bogotá, km. 7. Chía, Cundinamarca, Colombia. vicente.benitez@unisabana.edu.co

* Agradecemos al profesor Waldron su amable disposición para realizar esta entrevista y a Javier Gallego Saade (Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago de Chile) por su participación. Una primera versión de esta entrevista, mucho más breve, apareció en el periódico especializado *Ámbito Jurídico* de la casa editorial Legis.

ISONOMÍA No. 48, abril 2018, pp. 171-182

1. Además de Locke y Dworkin, ¿qué autores han influenciado su obra?

Probablemente tendríamos que incluir en esa lista a John Rawls y a Karl Popper. Fui educado en Nueva Zelanda en un departamento de filosofía dominado por filósofos de la ciencia, cuyo director fue discípulo de Popper. Tienen razón cuando señalan que Locke ha sido una influencia fundamental, igual que Immanuel Kant cada vez más con los años, así como Hannah Arendt.

2. Usted es usualmente catalogado como un liberal y un positivista normativo. ¿Se siente cómodo con esta descripción?

Sin duda. Un positivista normativo es quien dice, como Hobbes, que sería bueno que el Derecho pudiera identificarse sin referencia a su calidad moral porque ello le permite cumplir su objetivo en medio del desacuerdo sobre asuntos morales. El positivismo normativo no solo es una tesis analítica, sino que también persigue una agenda positivista. Bentham es otro protagonista. Señala que es importante, por razones de predictibilidad y utilidad pública, que el Derecho pueda ser identificado fácilmente, simplemente en términos de sus criterios positivos. Este positivismo es también una tesis con alto contenido de filosofía política dado que supone que no necesariamente se destierran en su totalidad los valores morales que los anglosajones han incluido dentro de lo que denominan *jurisprudence*.

La democracia no sería entonces un elemento necesario para justificar el positivismo. Podría cumplir una función especialmente como método para producir derecho positivo. Probablemente la democracia requiere un orden positivo, pero el derecho positivo no supone la democracia.

3. Cuando sustenta que el control constitucional está en tensión con principios democráticos, podría decirse que lo está con algunos de ellos. En su opinión, ¿con cuáles?

La gente usualmente recurre a la expresión “principios democráticos” para designar algo que les gusta, que prefieren. Así, por ejemplo, se afirma

que los derechos humanos constituyen un principio democrático. Y quizá lo es. Pero creo que sería mejor llamar a los derechos humanos, simplemente “derechos humanos”. La democracia es una forma de gobierno que trata de resolver desacuerdos y que empodera a cada persona por igual, dado que reconoce que cada uno tiene una dignidad para expresar su opinión sobre una decisión política. Y el control judicial es una forma de bloquear ese empoderamiento: es una forma de delegar la toma de decisiones a ciertas personas con fundamento en criterios pretendidamente objetivos, como los de ser más listos o los mejores, en lugar de confiarlo a gente del común. Ahora, si ustedes quieren, pueden decir que en todo caso la respuesta dependería de qué principios democráticos prefieren. De hecho, la gente usa la expresión “principios democráticos” para incluir muchos principios antidemocráticos.

4. En su teoría de la democracia, el punto medular estaría entonces en los derechos de participación política.

Sí, es correcto. Y no solo derechos de participación como tal, sino el principio de respeto y consideración para todas las personas. No otorgamos derechos de participación porque se trata de un juego interesante y atractivo del que todos deberíamos participar, sino que lo hacemos porque lo exige la dignidad humana y es un asunto de respeto. Y si le decimos a un grupo considerable de personas: “ustedes no pueden votar, porque sus opiniones no son lo suficientemente buenas”, creo que sería una tremenda falta de respeto. Así que los valores de participación representan tan solo una concepción de las varias que existen acerca de la democracia. Pero esta es una concepción que implica algo tan directo como “votar”. Y el voto es un mecanismo notable que establecimos para otorgar respeto a millones de personas. A los filósofos no les gusta esto... los filósofos solo respetan a otros filósofos.

5. En su conferencia en la Corte Constitucional Colombiana “Judicial Review and Political Legitimacy”, mencionó que su concepción del control de constitucionalidad ha tenido una especie de evolución ¿Podría decirnos algo sobre ello?

Esta evolución involucra no solo mi libro *Derecho y desacuerdos*, publicado originalmente en 1999,¹ sino que también comprende otros artículos como “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”.² La evolución tiene que ver principalmente con tres elementos. Primero, entender que existen diferentes formas de control de constitucionalidad. En segundo lugar, también con entender —como sostengo en “The Core of the Case Against Judicial Review”³— que existen diferentes tipos de comunidades políticas, algunas de las cuales tienen un poder legislativo fuerte y exitoso, mientras que otras no lo tienen. Tercero, los principios democráticos no se reducen necesariamente al valor de la legitimidad política. En ciertos casos, las características intrínsecas de los tribunales constitucionales como su carácter reflexivo y su decoro, o el rol de la constitución y el respeto por el Derecho, ayudan a generar otra suerte de legitimidad. La evolución de mi pensamiento sobre el control constitucional trata de hacer mucho más evidentes o explícitos esos tres elementos o condiciones.

A pesar de esto, creo que el argumento se mantiene: en un Estado con un legislativo que funciona adecuadamente, me parece que se inflige un daño considerable a la legitimidad del sistema político cuando se permite que las decisiones definitivas sean tomadas por los tribunales constitucionales en vez del legislativo. Aunque no es un daño fatal, es un daño serio a la legitimidad del sistema político. Este tipo de decisiones donde se toma la última palabra y se clausura bruscamente el debate político, también supone un insulto en contra de la gente. Y creo que también representa un elemento de incivilidad, pues implica decirle a su contradictor que vamos a tratar de constitucionalizar el asunto para ponerlo por fuera de la discusión de tal modo que su argumento quede por fuera de los límites de esfera pública de debate. Esto es más o menos lo que ha sucedido en Estados Unidos con el caso del aborto y del matrimonio entre personas del mismo

¹ Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, New York, Oxford University Press, 1999. Versión en castellano de Martí, José Luis y Águeda Quiroga, *Derecho y desacuerdos*. Madrid, Marcial Pons, 2005.

² Jeremy Waldron, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 1993.

³ Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, incluido con modificaciones menores en *Political Political Theory. Essays on Institutions*, Cambridge, Harvard University Press, 2016, cap. 9. Versión en castellano de Leonardo García Jaramillo a publicarse en una antología de artículos de Waldron sobre control de constitucionalidad (Buenos Aires, Siglo XXI).

sexo: hemos tratado de demonizar a la oposición catalogando a sus integrantes como enemigos de los derechos, en lugar de considerarlos como personas que simplemente difieren de opinión. Así que la modulación en mi teoría de la objeción democrática al control judicial no significa que yo crea que este tipo de control está bien en todos los contextos. Se trata de un poder circunstancial, con lo cual la objeción es más fuerte en algunos casos que en otros.

6. En ese sentido, señala en “The Core of the Case” que en algunos casos el control judicial puede ser “apropiado” como una “institución anómala” para enfrentar ciertas “patologías”...

Estas patologías particulares tienen que ver sobre todo con aquellos casos donde minorías han sido bloqueadas respecto de poder ejercer alguna influencia en el proceso político o con situaciones donde los cauces normales de la política han sido interrumpidos. En Colombia durante muchos años el sistema electoral estuvo estructurado a partir de la fórmula “el ganador lo toma todo”. Muchas veces, incluso, los líderes de la oposición tenían que ocultarse. Además de ello, no existían señales palpables de que hubiera posibilidad de que pudieran realizarse compromisos políticos serios.

Así que estas son patologías de un sistema político. Intento plantear, por el contrario, una crítica contra un control judicial fuerte en estados con un sistema político fuerte como el Reino Unido, los Estados Unidos, Nueva Zelanda, Alemania, Suráfrica e incluso India, donde existen ritmos legislativos normales de representación electoral, así como ritmos normales de rotación en el poder y de oposición leal. Así que en los casos en los cuales hay una patología en esos procesos de representación, o donde hay un odio extremo contra una minoría, la intervención judicial podría justificarse... Podría ser incluso un caso para que la Reina interviniera, no sé, o para que interviniera una segunda cámara no elegida popularmente, como sucede en Gran Bretaña, es decir, hay toda suerte de remedios.

Pero no estoy tan interesado en presentar argumentos contra intervenciones judiciales en ese tipo de escenarios con serias patologías democráticas; en países como aquellos que denomino, en “The Core of the Case”,

“non-core-case societies” donde, además, el compromiso con los derechos es tenue y frágil. Como lo interpreto, los defensores del control de constitucionalidad presentan sus tesis en democracias ya consolidadas. Por ejemplo, defienden la intervención judicial como el mecanismo más apropiado para Canadá y, si pudieran instituirlo, lo harían en Nueva Zelanda. En otras palabras, los defensores del control judicial toman como caso de estudio las mejores y más robustas democracias y dicen: “¿no sería maravilloso tener control judicial, de tal modo que personas como nosotros tengamos más poder?”.

7. En los casos donde, se argumenta, el legislador omite su deber de reconocer el derecho al aborto ante embarazos producto de violación ¿cómo evalúa el control de constitucionalidad?

Es un asunto extremadamente difícil. Por un lado nadie tolera que bajo ninguna circunstancia se asesine a un niño no nacido que es concebido como consecuencia de violación o incesto. Los oponentes del aborto consideran en estos casos al feto como un ser igualmente digno. Esta es una posición honorable y respetable, y no iría por el mundo tratando de silenciar esta postura, buscando que no fuera oída o impidiendo la posibilidad de que obtuviera una victoria electoral. Es un asunto complicado. Y quienes defienden el control judicial tratan de hacer parecer que no lo es.

8. Pero usted no piensa lo mismo de, digamos, derechos de minorías sexuales. En el caso Obergefell v. Hodges (2015), donde la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo que el matrimonio entre personas del mismo sexo es un derecho fundamental, usted hubiese estado en la minoría que no lo considera así.

La opinión que escribí, como un ejercicio intelectual,⁴ señalaba que la decisión de la Corte era buena y presentaba un resultado muy bueno, pero que debió efectuarse por medio del Congreso. Esta decisión judicial fue

⁴ Jeremy Waldron, “What a Dissenting Opinion Should Have Said in Obergefell v. Hodges”, *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, núm. 16-44, 2016.

promovida, en buena parte, por razones de impaciencia. En los estados que han tomado determinaciones similares por medio de plebiscitos (como Irlanda) o mediante el Congreso (como en todos los países que han aprobado el matrimonio entre personas del mismo sexo, con excepción de Estados Unidos), se vivieron momentos de alegría democrática.

Si busca en YouTube el video de la aprobación de la reforma a la ley del matrimonio en la Cámara de Representantes de Nueva Zelanda, podrá ver que se trata de un episodio glorioso, a pesar de que la decisión estuvo dividida: 74 a 35. Pero los cantos y la emoción de lo que sucedió se explican porque la gente del país, a través de sus representantes, tenía el control de *su* institución del matrimonio y la cambiaron. Y lo hicieron después de varios debates donde escucharon respetuosamente lo que tenía que decir el contradictor y que condujeron a un voto libre de sus representantes.

Lo mismo sucede con el aborto y lo planteé en “The Core of the Case”: si se revisa la transcripción del segundo debate parlamentario en el Reino Unido sobre la terminación médica del embarazo, realizado en 1967, la discusión se desarrolla a lo largo de 200 páginas. Es un debate bellissimo y se va volviendo claro que las personas pro-elección están ganando el debate, mientras que las personas pro-vida dicen algo así como “bueno, gracias al menos por escucharnos”. Nunca he visto algo similar en Estados Unidos donde el control judicial cercena estos espacios de debate y en donde uno de los lados dice: “creo que estoy en lo correcto y lo vamos a hacer de manera irrespetuosa”. Se demoniza al oponente también cuando se saca un asunto de la política ordinaria y se permite que lo decida una Corte, porque es, más o menos, una forma de decirle a su contradictor: “su opinión es muy peligrosa para ser respetada en los escenarios ordinarios, como las votaciones que ocurren en contextos democráticos”.

9. En uno de sus últimos trabajos trata de ofrecer una perspectiva nueva y no kantiana de la dignidad humana. ¿Cuáles serían los elementos diferenciadores de una postura waldroniana sobre la dignidad?

Creo que algunos conceptos sobre la dignidad son seculares y otros no tanto. Y creo que una de las cosas que están ocurriendo bajo el rotulo de

“dignidad” es tratar de identificar si puede existir un concepto secular. No estoy totalmente comprometido con esta perspectiva. Lo importante es observar si Kant nos lo ha dicho todo sobre la dignidad humana y creo que no es así. A pesar de esto, es bueno decir que Kant nos ha enseñado muchísimo sobre este concepto. Así que no estoy totalmente comprometido con una visión no kantiana, pero tampoco estoy comprometido con una teoría absolutamente secular.

Ahora bien, la perspectiva que defiende, por ejemplo, en *Dignity, Rank and Rights*,⁵ tiene que ver con una igualdad horizontal de un alto rango que antes se ostentaba por razones de clase o ascendencia, es decir, con la democratización de dicho rango. La noción de alto rango se supone que expresa que existe algo de trascendental importancia en los seres humanos. Así que quien habla de dignidad humana está haciendo una promesa, y es que se puede explicar algo de trascendental importancia sobre los seres humanos como tal. En gran parte de mi trabajo reciente he tratado de trabajar sobre este punto, es decir, tratar de responder a esa pregunta. En mi último libro *One Another's Equals*,⁶ hablo bastante sobre la lógica de que existen aspectos valiosos de las personas que no necesariamente provienen del mérito o de la virtud, sino que se explican en las capacidades y vulnerabilidades de las personas. Indudablemente el trabajo de Kant es muy importante en relación con este punto. También creo que hay muchos trabajos que provienen de la religión que también son muy importantes. Como dije, respeto las teorías seculares de la dignidad humana pero creo que todos tenemos que aceptar que hablar de “dignidad” suena un poco religioso.

Los académicos han tratado de determinar si es posible ofrecer una teoría de lo que es importante para los seres humanos sin la necesidad de recurrir a una perspectiva religiosa. Algunos consideran que esto no es posible y por ello se oponen a la idea de dignidad, como ocurre con Sangiovanni o Steven Pinker. Considero que la dignidad es un concepto que tiene unas connotaciones necesariamente religiosas y, por lo tanto, a algunos de estos autores les gustaría extirpar estas ideas trascendentes, así como otras

⁵ Jeremy Waldron *et al.*, *Dignity, Rank and Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

⁶ Jeremy Waldron, *One Another's Equals. The Basis of Human Equality*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2017.

ideas asociadas con religión como deber, deontología o igualdad, entre otras. Pero todos los que escriben sobre dignidad están comprometidos con esta suerte de “trabajo en progreso” para explicar el sentido de lo que es trascendentalmente importante en todos los seres humanos, incluyendo a Hitler o a un bebé.

Y, como dije, este trabajo en progreso debe tener cierta lógica porque no está destinado a menospreciar distinciones de virtud o de mérito, sino que simplemente nos pide que tengamos dos ideas en nuestra cabeza al mismo tiempo: los humanos pueden ser tremendamente diferentes en méritos y virtudes, y a pesar de esto, tremendamente iguales en el respeto que demanda su humanidad básica. Hablo de esto en el capítulo “Power and Scintillation” de *One Another’s Equals*.

10. Usted es una persona religiosa [JW: así es] y mucha gente que lo lee no lo sabe y lo interpretan como un liberal a secas. Pero usted también señala que es un liberal a secas. ¿Cómo ha logrado reconciliar esas dos facetas?

No creo que sea un problema. La primera forma de reconciliarlas sería tolerando una creencia religiosa específica en un marco liberal, así como todas las demás creencias deben ser toleradas. Ya muchos han resuelto este problema hace cientos de años, como es el caso de John Locke o cualquiera de los grandes filósofos de la tolerancia. Creo que para ellos era obvio que es compatible suscribir una religión y tolerar las perspectivas religiosas.

Más recientemente ha habido una cierta tendencia que señala que las religiones están asociadas con ciertas posturas iliberales, como ocurre con su postura sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Pero esto ocurre con algunas perspectivas religiosas y no con otras. Creo que esto depende de la religión. Por ahora la Iglesia Católica se opone profundamente al matrimonio entre personas del mismo sexo, pero una gran cantidad de otras iglesias no lo hacen. Así que no hay ninguna dificultad en el caso de las religiones que no se oponen. Y, de cualquier forma, usted puede sostener válidamente la perspectiva —que yo sostengo— de acuerdo con la cual incluso si yo estuviera en contra del matrimonio entre personas del

mismo sexo, esto no obstaría para considerar que esta cuestión debería ser dirimida por medio de una votación parlamentaria.

Creo que la oposición religiosa en asuntos como el aborto es una oposición creada por el feminismo ferozmente inconforme con la emancipación de las mujeres. Dejo estos asuntos a ciertos colegas como Kristin Luker quien escribió el libro maravilloso: *Abortion and the Politics of Motherhood*. Lo que estoy intentando decir es que no hay nada en las escrituras sobre el aborto. No hay una sola palabra o una prohibición en las escrituras o en los evangelios sobre divorcio. No hay ningún evangélico norteamericano denunciando el divorcio. Las iglesias evangélicas en tiempos relativamente recientes, en los últimos 30 años, han transformado sus posturas políticas y han hecho que el aborto sea un asunto central. Hace cuarenta años no era así. De hecho, varias grandes iglesias evangélicas aún no consideran el aborto como un asunto primordial. Eso depende de la religión, de sus fundamentos y, a veces, de los votantes.

Me opongo al liberalismo político rawlsiano que señala que las perspectivas religiosas no deberían ser citadas en el reino de la política. Creo que fue muy importante cuando el Magistrado Aharon Barak, de la Corte Suprema de Israel, en la famosa decisión relativa a la permisión de los asesinatos selectivos (*targeted killings*) dijo que una de las premisas de la decisión era que el terrorista es una persona creada a la imagen de Dios. Si bien esta afirmación no cerró el debate, sí permitió concluir que la decisión que debían tomar no se trataba de una cuestión trivial. En la misma línea, John McLean, que fue el gran magistrado en la década de los años 50 del siglo XIX en los Estados Unidos, sostuvo en el famoso caso “Dred Scott”, donde se resolvía el problema de si antiguos esclavos podrían ser ciudadanos: “un esclavo no es una propiedad. Un esclavo tiene la impresión de su Creador y está destinado a una existencia trascendente”. Creo que Rawls no debería estar preocupado por prohibir este tipo de declaraciones al interior del discurso político y tampoco debería afanarse por catalogarlas como una violación del segundo principio o de la autonomía.

11. En este sentido, el concepto de concepto de “razón pública” en Rawls...

¡Es ridículo!

12. Y en el contexto de esta discusión usted propone el concepto de “traducción de doble vía” (two-way translation)⁷. ¿Podría decirnos algo sobre ello?

Este concepto está basado en Habermas y, sobre todo, en su respuesta a Rawls, quien propuso un problema en su liberalismo político de la mano de su héroe, Abraham Lincoln. No se puede leer el discurso de la segunda posesión presidencial de Lincoln y estar cómodo con el liberalismo político rawlsiano, por lo que Rawls se vio obligado a precisar que: “bueno, usted puede, en todo caso, traducir el discurso de Lincoln que incorporaba elementos religiosos, al inglés ordinario”. Así que Habermas responde que si hay un deber de traducir las creencias de una particular cosmovisión del mundo, como la religiosa, hacia un lenguaje político secular, debe haber también un deber a ambos lados del discurso. No solo Lincoln debe estar preparado para traducir su discurso a un lenguaje secular, sino que las personas del lado secular deberían esforzarse tanto como puedan por entender y ver si hay algo nuevo que pueda aprenderse desde la formulación religiosa de ciertas ideas.

Di un paso adicional en relación con Habermas en un artículo donde se analizó el manifiesto evangélico contra la tortura. Muchas personas seculares estarían en shock al pensar que también deben tratar de entender los postulados religiosos o incluso podrían alegar que no tienen la forma de lograr dicho entendimiento. Pero usualmente esto último es una mentira. Muchas de estas personas fueron educadas y criadas en un ambiente religioso. Adicionalmente, las bibliotecas, las galerías de arte o los museos de las democracias occidentales están atiborrados de materiales religiosos. Si quiere saber qué significa “la imagen de Dios”, ello puede tomarle solo una tarde.

Pero quienes adoptan una postura secular usualmente afirman que no harán dicho esfuerzo, y aunque creo que es algo razonable para ellos decirlo, no constituye un argumento razonable para prohibir las razones religiosas en la política. Creo que no va en contra de la civilidad esgrimir razones religiosas en la esfera de la política, en parte debido a que varios

⁷ Jeremy Waldron, “Two-way Translation: The Ethics of Engaging with Religious Contributions in Public Deliberation”, 63 *Mercer Law Review* 845, 2012.

asuntos que se debaten en la política son muy importantes —como la idea de dignidad— y debemos aceptar la posibilidad de que una persona que no profesa religión alguna tenga la capacidad de apreciar la importancia de la religión en este tipo de temas.

13. ¿Qué consejo les daría a los jóvenes que quieren incursionar en la filosofía política?

Las nuevas generaciones interesadas en la filosofía política deberían aprender a debatir cómo la política incide en asuntos que se encuentran fuera de su zona de confort. Deberían también comprometerse a debatir con aquellas posturas con las que difieren. Deberían estar dispuestos a prestar atención a lo que realmente se dice en el debate político, que no es únicamente aquello que Scanlon le dijo a Rawls, y viceversa. Deberían leer tanto y tan ampliamente como puedan historia y literatura. También creo que deben leer seriamente cómo se han desarrollado los debates legislativos sobre ciertos temas esenciales y, además, deben tratar de saber qué está pasando alrededor del mundo. Asimismo, deberían prestar atención al deber de civilidad que deben a sus contradictores. Un buen ejemplo de este deber se ilustra en la relación que tuvieron Rawls y Nozick: ellos practicaban la civilidad entre ellos. Todo esto creo que es importante. Pero más importante que cualquier otra cosa es que lean todo lo que puedan. Que abran sus horizontes de tal modo que no solo se lean temas de filosofía y de asuntos públicos... Deberían leer a Max Weber, todo lo de Weber.

Recepción: 12/10/2017

Aceptación: 23/11/2017