

---

**JULIO CÉSAR MUÑOZ MENDIOLA**  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, MÉXICO  
[julioderecho@comunidad.unam.mx](mailto:julioderecho@comunidad.unam.mx)

---

# EL ARGUMENTO DEMOCRÁTICO DE WALDRON BAJO LA RACIONALIDAD JURÍDICA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL<sup>1</sup>

## WALDRON'S DEMOCRATIC ARGUMENT UNDER LEGAL RATIONALITY OF CONSTITUTIONAL STATE

---

Cómo citar el artículo:

Muñoz J, (2024). Los Valores Constitucionales en la jurisprudencia mexicana. Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia, IX (26) <https://10.32870/dgedj.v9i26.442> pp. 107-131

Recibido: 01/03/21 Aceptado 01/07/22

---

<sup>1</sup> Este estudio nace en el marco del proyecto de investigación «Legitimidad democrática del juez constitucional a través de su función. Análisis de casos paradigmáticos» (Proyecto de investigación 896044, 2018-2020) de la Universidad Nacional Autónoma de México, financiado por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt).

## RESUMEN

El presente trabajo pretende contrastar el llamado argumento democrático de Waldron con la racionalidad jurídica intrínseca del Estado constitucional, pues como objetivos principales se plantean: 1) señalar las tesis principales de este argumento; 2) desarrollar qué se entiende por la racionalidad jurídica del modelo constitucional; y 3) mostrar algunas debilidades del argumento *waldroniano* frente al modelo constitucional. La ruta metodológica empleada parte del marco de la teoría mayoritaria de Waldrón, así como del constitucionalismo jurídico de la posguerra, para realizar un estudio argumentativo y cualitativo principalmente. El trabajo concluye que tanto instituciones y procesos políticos, como instituciones y procesos jurídicos, en ambos casos, al final estarán determinados por la Constitución como expresión y fuente máxima del derecho o, si se prefiere, como la manifestación de la racionalidad jurídica del modelo constitucional en la actualidad, por tanto, el argumento de Waldrón más que divergente sería complementario de este modelo.

## PALABRAS CLAVE

Argumento democrático de Waldron, Estado constitucional, revisión constitucional, racionalidad jurídica.

## ABSTRACT

This paper aims to contrast Waldron's so-called democratic argument with the intrinsic legal rationality of the constitutional State, since the main objectives are: 1) to point out the main theses of this argument; 2) to develop what is understood by the legal rationality of the constitutional model; and 3) to show some weaknesses of the Waldronian argument vis-à-vis the constitutional model. The methodological approach used is based on the framework of Waldron's majoritarian theory, as well as on post-war legal constitutionalism, in order to carry out a mainly argumentative and qualitative study. The paper concludes that both political institutions and processes, as well as legal institutions and processes, in both cases, will ultimately be determined by the Constitution as the maximum expression and source of law or, if preferred, as the manifestation of the legal rationality of the constitutional model at present, therefore, Waldron's argument rather than diverging would be complementary to this model.

## KEYWORDS

Waldron's democratic argument, constitutional State, constitutional review, legal rationality.

**Sumario:** I. Introducción explicativa. II. El argumento democrático de Waldron. III. La racionalidad jurídica intrínseca del Estado constitucional. IV. El argumento democrático *waldroniano* bajo la racionalidad jurídica del Estado constitucional. V. Conclusiones. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN EXPLICATIVA

La mayoría de los sistemas jurídicos se han conformado bajo el esquema de un Estado constitucional, lo que responde a una creación de los juristas que comenzó a elaborarse en los años sesenta del siglo pasado, la cual se mantiene como elaboración teórica dominante en los sistemas anglosajones, continental europeo y latinoamericano (Cárdenas, 2017, p. 105). Esta elaboración, en gran medida, entrañaría la convergencia de un Estado constitucional en un sentido formal y sustantivo.<sup>2</sup> En este sentido, los sistemas jurídicos tuvieron diferentes procesos de constitucionalización con distintas características y condiciones;<sup>3</sup> no obstante, estos procesos se darían sobre la base de tres factores principales: 1) considerar a la Constitución como verdadera norma jurídica que vinculara *jurídicamente* todas las esferas del Estado;<sup>4</sup> 2) colocar a las personas como el

---

<sup>2</sup> Un sentido débil o formal se refiere a que los poderes públicos están conferidos por la ley y los procesos determinados por esta, significado que en gran medida coincide con el *Rechtsstaat* alemán y, en un sentido fuerte o sustantivo, donde los poderes públicos no solo están limitados por la ley en su conformación, sino también se encuentran limitados en el contenido de sus decisiones (Ferrajoli, 2007, p. 323).

<sup>3</sup> En ese sentido, el profesor Guastini refiere las siguientes condiciones de constitucionalización de un sistema jurídico: 1) los derechos fundamentales incorporados a una Constitución rígida; 2) la garantía jurisdiccional de la Constitución; 3) la fuerza vinculante de la Constitución; 4) la sobre interpretación del texto constitucional; 5) la aplicación directa de las normas constitucionales; 6) la interpretación adecuadora de las leyes; y 7) la influencia constitucional en las relaciones políticas (Guastini, 2011, pp. 153-164). Por su parte, el profesor Favoreu se referirá a una constitucionalización del Derecho tomando en consideración, primero, la acumulación de normas constitucionales a través del desarrollo de la justicia constitucional y, segundo, el mecanismo de difusión de estas normas en el orden jurídico (Favoreu, 2001, pp. 31-43).

<sup>4</sup> Una concepción de la Constitución como verdadera norma jurídica se puede encontrar en la sentencia del Tribunal Constitucional español STC-80/1982 de 20 de diciembre de 1982, en donde desarrolló un entendimiento del texto constitucional como una norma suprema y no como una declaración programática, pues era algo que se afirmaba de modo inequívoco y general en el artículo 9.1 de la Constitución española, ya que se afirma que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos por la norma suprema, porque esa sujeción normativa entro en vigor desde su promulgación al tener un indubitable valor como norma jurídica. Esta sentencia puede ser consultada en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/en-US/Resolucion/Show/122>. Por otra parte, el importante planteamiento que desarrolló el profesor Eduardo García (2006), como consecuencia de la promulgación de la Constitución española de 1978, el cual se encaminó a una visión del texto constitucional como norma jurídica y el importante papel del Tribunal Constitucional español en desarrollar y mantener esta fuerza normativa al texto constitucional.

verdadero fundamento del Estado, ello, a través de la positivización y garantía judicial de sus derechos fundamentales; y 3) vincular jurídicamente el funcionamiento y límite de la democracia mediante una Constitución.

Esos tres factores supondrían una nueva idea de limitación del poder mediante el Derecho, sustentándose en un cambio estructural tanto en la manera de entender la Constitución, como en la forma de comprender al Derecho, la sociedad y el poder público. Bajo este contexto, la Constitución tendría un sentido dual, donde se resguardan tanto los derechos de futuras generaciones, como las instituciones de gobierno, las normas y principios que deben controlar tales instituciones a manera de carta de buen gobierno (Fiss, 2003, p. 108). Aunado a lo anterior, la revisión constitucional se presentaría como una opción válida de diseño institucional, pues varias constituciones contemporáneas preverían explícitamente o implícitamente esta revisión (Barak, 2008, p. 31).

Por tanto, la premisa de la cual parte este trabajo es la de considerar que el modelo constitucional funciona bajo una racionalidad jurídica, lo cual no implica desconocer la importancia de la dimensión política de este modelo, sino solo considerar la conveniencia de que, en última instancia, lo jurídico determine, mediante la Constitución, a la fluctuación de la política. Precisamente, el argumento democrático *waldroniano* se presenta no como incompatible con el modelo constitucional, si no, más bien, como incompleto y disfuncional con la racionalidad jurídica de este modelo. En este punto, podrían añadirse las objeciones a la revisión constitucional, pues la carencia de representatividad política del operador constitucional que ejerce esta revisión;<sup>5</sup> parecieran, desde la perspectiva de Waldron, lo suficientemente robustas para desestimar a algunos de los presupuestos del Estado constitucional.

Cabría matizar que la postura *waldroniana* no refuta de manera absoluta la existencia de la revisión constitucional, sino la supremacía de la magistratura constitucional como órgano de cierre para la revisión de decisiones colectivas fundamentales en un sistema jurídico; no obstante, el considerar que el órgano de cierre del sistema

---

<sup>5</sup> En adelante se tratará como una categoría *univoca* a la revisión constitucional, la magistratura constitucional y el juez constitucional, por tanto, cuando se hable de alguno de estos tres conceptos por separado, deberá de entenderse que se refiere a los tres en su conjunto. Esta cuestión atiende a que, por congruencia sistémica, la revisión constitucional de última instancia implica el órgano y el operador que ejercen esta revisión en el sistema jurídico.

debe de estar depositado en una asamblea representativa (*de naturaleza política*), al final, repercute en la racionalidad jurídica del modelo constitucional.

Por tanto, este trabajo describe las tesis que conforman el argumento democrático de Waldron, para luego analizarlos bajo la tesis de que el modelo constitucional atiende a una racionalidad jurídica. Lo cual tendría una repercusión sustancial en el argumento *waldroniano*, sobre todo, para desvelar sus limitaciones funcionales al fundarse en presupuestos idealistas en torno a la fluctuación de la política. En este sentido, la ruta metodológica a seguir será la de una investigación descriptiva y normativa, que se guiará, principalmente, por razonamientos hermenéuticos y analíticos.

Ahora bien, el desarrollo del trabajo abordará, primero, una descripción de las tesis que conforman el argumento democrático de Waldron. Segundo, se propondrá la tesis de que el Estado constitucional se basa en una racionalidad jurídica. Tercero, se hará un análisis crítico del argumento democrático *waldroniano* bajo la racionalidad jurídica del modelo constitucional. Finalmente, se darán algunas conclusiones de este trabajo.

## II. EL ARGUMENTO DEMOCRÁTICO DE WALDRON

El argumento democrático *waldroniano* no es novedoso del todo, pues se basa en objeciones que ya se habían discutido tanto en la teoría como el derecho constitucionales. Estas objeciones se plantearon desde los célebres debates en *The Federalist Papers*,<sup>6</sup> las cuales se retomarían años más tarde en la posición de Jefferson en torno a lo decidido en el paradigmático caso *Marbury v. Madison*:<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> En realidad, más que un documento, *El Federalista* se compone de ochenta y cinco artículos escritos y publicados en varios periódicos del Estado de Nueva York entre 1787 y 1788, precisamente en el número 78, Hamilton referiría que el Poder judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, representaba una de las ramas de poder menos peligrosa para los derechos políticos de las personas, pues este poder no poseía fuerza ni voluntad, sino solo *discernimiento*, por tanto, para que sus decisiones tuvieran eficacia debería de apoyarse en la rama ejecutiva (Hamilton, 1987, pp. 466-ss).

<sup>7</sup> En ese punto, las críticas de Jefferson a lo decidido en el caso se centrarían en señalar un *exceso* de facultades de Marshall a partir de los siguientes puntos: 1) que la *judicial review* violaba el mandato constitucional de separación de poderes; 2) que esa revisión era una negación abiertamente de la voluntad general expresada a través de los representantes populares; y 3) que la Constitución no establecía un único tribunal, pero sí establecía una igualdad de todas las ramas, por lo tanto, los jueces no podían exceder sus facultades para revisar actos y leyes de los otros poderes (Warren, 1941).

“tema profundizado por varios autores desde diferentes perspectivas” (véase Amaya, 2017; Manili, 2011; Schotten, 2004, pp. 134-141).

No obstante, no sería hasta mediados del Siglo XX que Alexander Bickel (1986) y John Hart Ely (1997) colocarían esta tensión dentro de las problemáticas del derecho constitucional contemporáneo,<sup>8</sup> pues también se empezaría a trazar una línea paralela en torno a la actuación de la Corte Suprema americana durante aquellos años;<sup>9</sup> es decir, se empezaría a discutir no solo la función de un juez constitucional, sino también el activismo judicial que esa función podía implicar, “cuestiones que siguen abordándose en la actualidad por algunos autores” (véase Muñoz, 2021, pp. 75-96; García, 2016, pp. 94-ss).

Todas esas cuestiones se trasladarían con mayor intensidad a gran parte de los Estados que a partir de la posguerra optaron por un régimen constitucional, pues se comenzaría a hablar de que la revisión constitucional representaba un *argumento contramayoritario* eminentemente antidemocrático; esto es, una crítica planteada en términos de principios mayoritarios, democracia, legitimidad y carencia de representatividad (Rivera, 2010, pp. 229-234). Precisamente, este punto de inflexión empezaría a configurar el argumento democrático de Waldron sobre una objeción muy clara: el grado considerable de autoridad directa que se le ha otorgado a las magistraturas constitucionales sobre el legislador y sobre las normas escritas (Waldron, 2018, p. 12).

En ese sentido, habría que señalara una dualidad en el entendimiento del modelo constitucional para el profesor Waldron. Por una parte, un constitucionalismo político según el cual aunque exista un claro respaldo popular a una carta de derechos básicos (*una Constitución*), garantizada mediante una revisión judicial, dicha medida seguiría siendo contraria al principio democrático de la mayoría (Waldron, 1998, p. 272). Por su parte, un constitucionalismo jurídico en donde

---

<sup>8</sup> Para el caso, ambos autores sostuvieron una visión dudosa en torno al funcionamiento de la revisión constitucional frente a la democracia, lo cual no implicó refutarla, sino proponer la limitación de su funcionamiento y evitar excesos en su uso por parte de los jueces constitucionales; no obstante, lo más valioso fue colocar el tema en el centro del debate académico.

<sup>9</sup> En ese sentido, el funcionamiento de la *Corte Warren* con su férreo papel en la conquista de derechos y libertades de gran importancia para la sociedad norteamericana, dotaría de una ambivalencia positiva y negativa a la actuación de la Corte Suprema americana (Driver, 2012, pp. 1101-ss), (McCloskey, 1965, pp. 1229-ss) y (Muñoz, 2020, pp. 837-ss.).

existe un grado de judicialización de los asuntos políticos, mediante un proceso de transferencia de decisiones tomadas en instituciones representativas a instituciones judiciales, pero, sobre todo, una aceptación de que esta transferencia entrañará una diferente base de legitimidad de estas decisiones (Waldron, 2018, pp. 15-16).

En paralelo, antes de señalar las tesis del argumento democrático *waldroniano*, es necesario reconocer que las posiciones del profesor neozelandés no se presentan como absolutamente incompatibles con el modelo constitucional y la legitimidad de la revisión constitucional, sino se presentan, desde el punto de vista de este trabajo, como *divergentes* o *separatistas* de la racionalidad jurídica del modelo constitucional. Cuestión que se observa cuando Waldron reconoce otras fuentes de legitimación de la función de un juez constitucional como: 1) el respeto por la Constitución y la idea de Estado de derecho; 2) la legitimidad institucional, que se entiende como el lugar que ocupa una magistratura constitucional en un sistema constitucional; y 3) la imagen de solemnidad y tranquilidad que acompañan a un juez constitucional en oposición al estridente populismo de los entes políticos (Waldron, 2018, p. 18).

El argumento democrático del profesor Waldron parte de un enfoque crítico de la revisión constitucional, como método inapropiado o modo final de toma de decisiones en una sociedad libre y democrática (Waldron, 2015, p. 152). Principalmente, porque desde su punto de vista las asambleas representativas deberían de estar a cargo de la única instancia final de decisión en el sistema, ya que estas asambleas cuentan con una autoridad superior: al representar una amplia asamblea popular y plural que simboliza la idea de que las personas estarán gobernadas por las personas o, al menos, por un gran número de ellas (Waldron, 2005, p. 62).

Por tanto, gran parte de ese argumento se sustenta en la legitimidad que proporciona la representatividad a los *representantes populares* mediante las siguientes tesis: 1) la autoridad de las asambleas representativas es legítima al ser el resultado de un proceso democrático, cuestión que también se extiende al proceso legislativo y las leyes, al representar, en conjunto, un valor político que se asocia con la legitimidad democrática (Waldron, 2005, p. 66); 2) el fin que persigue el diseño institucional de estas asambleas gira en torno a la representatividad del pluralismo social, es decir, las asambleas incorporan los desacuerdos en sus procedimientos y toman

sus decisiones dentro de este marco (Waldron, 2005, p. 33); 3) las asambleas representativas son un órgano capaz de poner en común las perspectivas y las experiencias diversas en un contexto de desacuerdos, porque existe una concepción *deliberativa-legislativa*, en donde se discuten diversas y contrarias posiciones o puntos de vista en torno a las políticas, la justicia social y los derechos (Waldron, 2005, p. 88); 4) el derecho más importante de los derechos es el de la participación en la elaboración de las leyes (Waldron, 2005, p. 337); y 5) si bien una decisión mayoritaria puede considerarse como un procedimiento técnico que se ha creado artificialmente, también puede ser considerada como un método *moralmente* respetable, de la misma forma que otras técnicas o convenciones lo son, ya que una decisión mayoritaria respeta el voto agregado de las personas, al concentrar sus diferencias de opinión sinceras sobre la justicia y el bien común a través de un consenso abstracto (Waldron, 2005, pp. 131-132).

Como corolario, el profesor Waldron objeta las fuertes críticas que desde la teoría constitucional contemporánea se han hecho a la *regla de la mayoría*, por considerarla como un método superfluo, procedimental y arbitrario en la toma de decisiones de una asamblea representativa, ya que el profesor neozelandés refiere que los jueces constitucionales también toman sus decisiones en medio de desacuerdos, mediante voto y aplicando la regla de la mayoría (Waldron, 2005, p. 110).

En sumario, el argumento democrático se presenta como una forma de maximizar el valor del autogobierno, pues pone en el centro de las decisiones colectivas fundamentales a las personas que forman parte de una comunidad política; no obstante, desde una perspectiva realista-crítica, también se puede ver lo idealista de algunas consideraciones sobre las asambleas representativas. Consecuentemente, antes de señalar algunas debilidades de este argumento, conviene establecer que es la racionalidad jurídica del modelo constitucional.

### **III. LA RACIONALIDAD JURÍDICA INTRÍNSECA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL**

El Estado de derecho es un concepto denso, porque su significado se presenta como teórico y práctico a la vez, lo cual dificulta definirlo objetivamente y de forma concluyente, ya que permanece abierto al flujo cambiante de las concepciones



teóricas del Estado y la Constitución (Böckenförde, 2000, p. 18). Por esta razón, desde las ciencias jurídica y política se han dado distintas interpretaciones para el significado del Estado de derecho, en este sentido, una definición que pueda recoger, al mismo tiempo, aspectos generales de los conceptos de *Rechtsstaat*, *État de droit*, *Stato di diritto* y *Rule of law*: habrá de partir de una idea central que se gestó en los movimientos liberales del Siglo XVIII (Zolo, 2007, pp. 3-ss).

Esa idea central se orientó en la premisa de controlar el poder de los gobernantes,<sup>10</sup> la cual encuentra sus raíces primigenias en la historia política y constitucional inglesa, que más tarde permearía a las estructuras constitucionales norteamericanas y occidentales (Zolo, 2007, p. 3). Desde aquella época, el Estado de derecho se identificaría como señal de una sociedad civilizada, bajo la idea de la existencia de un *gobierno de leyes* para asegurar la independencia y la dignidad de las personas (MacCormic, 1999, pp. 5-21).

Ya en los movimientos liberales de finales del Siglo XVIII, el problema nuclear de la teoría y la praxis del entendimiento del Estado de derecho se sintetizaría en una sumisión de la actividad administrativa del Estado a la disciplina jurídica (García, 1991, p. 36); bajo la premisa de que la actividad de los órganos de poder debería de estar sujeta a las normas aprobadas de acuerdo con lo determinado por una Constitución (Valadés, 2004, p. 131). En este punto, se puede observar un claro presupuesto liberal de racionalizar la actividad estatal a un orden jurídico.

No obstante, en aquel tiempo también se establecería una bifurcación entre la teoría y la realidad, a causa de que *teóricamente* la vinculación estaría supuestamente en la Constitución, pero realmente estaría en la legislación. En ambos casos, lo importante a destacar es que se iniciaría una vinculación del poder al Derecho, así como una idea de protección de las personas frente a la arbitrariedad de la administración pública (Zagrebelky, 2009, pp. 21-23).

Bajo ese contexto, existirían dos visiones de racionalizar la arbitrariedad de la actividad estatal. La primera, característica del constitucionalismo europeo liberal, en donde la

---

<sup>10</sup> La idea de controlar a los gobernantes podría tener implicaciones jurídicas, filosóficas y políticas, las cuales son más notorias en estudios *iusfilosóficos* donde se desarrollan análisis integrales a partir de la filosofía y la práctica constitucional (Nino, 2005).

ley representaba el estrato más alto del sistema, pues el pensamiento liberal centró la razón de ser de la ley en la garantía de la libertad y la propiedad de las personas (Böckenförde, 2000, pp. 21-22). La segunda, distintiva del constitucionalismo norteamericano, en donde la Constitución y los derechos representaban, como normas superiores e inderogables por el legislador, la posición más alta posible del sistema jurídico (Prieto, 2013, p. 155).

Ambas visiones, sin embargo, se edificaron bajo la lógica primigenia del Estado de derecho, es decir, *límites a la actividad estatal mediante el Derecho*. En este punto, se puede señalar una fisura en la idea de estos límites, pues la idea de la omnipotencia del legislador se empezó a sustentar en la representatividad que lo precedía. De esta forma, la representatividad tuvo una conexión con la idea de la soberanía popular, configurándose bajo dos grandes ficciones: 1) la que se expresaba mediante la reconducción de cualquier manifestación de fuerza política a la persona soberana del Estado, configurándolo como un sujeto unitario y abstracto, pero capaz de manifestar su voluntad y realizar acciones concretas a través de sus órganos (Zagrebelsky, 2009, p. 11); y 2) la que giraba en torno a la expresión de la voluntad general, entendida y materializada en la ley que se caracterizaba como voluntad libre del Estado, en donde se mezclaban la voluntad general y la autodeterminación de las personas (Böckenförde, 2000, p. 24).

Esas dos ficciones se conformaron como una unidad, en donde la cuestión de la soberanía y del titular del poder del Estado se presentaron superadas en la unidad de Estado y Derecho (Böckenförde, 2000, p. 29). Bajo este contexto, el legislador representaba y expresaba la voluntad general mediante la creación de las leyes que definían, al mismo tiempo, el ámbito de libertad de las personas y los límites a las autoridades estatales.<sup>11</sup> Por consiguiente, todas las fuentes del derecho provenían y se condicionaban a la ley como expresión de la soberanía popular (Marcilla, 2014, p. 180).

Por tanto, ese paradigma *legislativo* funcionaría durante varios años bajo un concepto de Estado de derecho carente de contenidos, pues omitía cuestiones

---

<sup>11</sup> Ambas cuestiones se encuentran plasmadas, por una parte, en el principio de libertad que permite a las personas cualquier conducta que no esté prohibida por la ley, por otra parte, en el principio de legalidad que solo permite a las autoridades hacer lo expresamente señalado por la ley.

fundamentales como las funciones del Estado, los fines estatales y la naturaleza de la ley (Zagrebelsky, 2009, p. 22); ya que la simple declaración del sometimiento del Estado a un orden legal no era central, pues lo fundamental era bajo qué condiciones se creaban las leyes y cuáles eran los límites de las mismas. En otras palabras, se comenzaría a cuestionar la estructura basada en la legislación y la ficción de la voluntad general para legitimar la actuación estatal.<sup>12</sup>

Todo lo anterior podría resumirse en una pregunta central: ¿la democracia podía funcionar sin ningún límite racional al grado de condicionar al propio Estado y sus fundamentos? La respuesta bajo la lógica del paradigma legislativo sería que sí. Ya que el modelo se reiteró a lo largo de los años bajo la tesis de que una mayoría democrática tenía la capacidad para decidir sobre la vida y los derechos de las personas que integraban una comunidad política:<sup>13</sup> cuestión que se desmentiría en la práctica con los regímenes totalitarios instaurados durante la primera mitad del Siglo XX, sobre todo, porque se pondrían en evidencia los déficits de este paradigma y el funcionamiento de la forma de gobierno democrática.<sup>14</sup>

Así, el colapso del paradigma legalista enmarcado, entre otras cuestiones, por la crisis del principio de legalidad y la acentuada pérdida del sentido e incoherencia de la ley

---

<sup>12</sup> En ese sentido, comenzaría a darse la tendencia a una vinculación entre el Derecho y la democracia, por consiguiente, la discusión sobre la limitación al poder político en la creación de las leyes (Böckenförde, 2000, p. 34)

<sup>13</sup> Por comunidad política me refiero a todas las personas que no sólo participan en la *cosa pública* activamente, sino que también son destinatarias y recipientes de las decisiones colectivas fundamentales de manera positiva o negativa. Para recrear esta cuestión se pueden poner dos ejemplos: 1) durante el régimen nazi las personas de raza judía fueron afectadas negativamente con las decisiones tomadas por el gobierno alemán, no importando si tenían o no una participación activa en los asuntos públicos; y 2) en la actualidad las personas migrantes son destinatarias de este tipo de decisiones sin tener una participación activa de los asuntos públicos, en este sentido, estas decisiones podrían beneficiarlos o afectarlos dependiendo de la política migratoria que se adopte en cada sistema jurídico.

<sup>14</sup> Esa etapa histórica sin lugar a duda representó una ruptura no solo jurídica, sino social y política; sin embargo, cuando me refiero a los déficits del modelo legislativo y la democracia, no pretendo *trivializar* los aportes y los fundamentos de ambos, por el contrario, me interesa resaltar que cualquier modelo de esa envergadura es una construcción teórica siempre perfectible. Asimismo, tendría que tomarse en cuenta que los regímenes totalitarios no son un mero producto del modelo legalista y los fundamentos democráticos, sino una suma de factores políticos, sociales, culturales y económicos muy complejos, para el caso, me interesa llamar la atención sobre cómo el poder político se colocó por encima de un orden normativo; cuestión que en la actualidad sucede aunque no se llegue a los extremos totalitarios de aquella época.

(Zagrebelsky, 2009, p. 39); tendría como resultado también un proceso de cambio de paradigma. Este cambio se centraría, principalmente, en *racionalizar constitucionalmente* a las instituciones políticas, sociales y jurídicas, lo que se percibió como un auténtico cambio genético que incluso afectó la concepción misma del Derecho (Zagrebelsky, 2009, pp. 33-34). De esta manera, también las fuentes del derecho serían constitucionalizadas, pues el texto constitucional desplazaría a la ley en la jerarquía normativa y sometería a la legislación a una relación de adecuación y subordinación a un estrato más alto de derecho establecido en la Constitución (Zagrebelsky, 2009, p. 34).

Lo mencionado plasma tres ideas centrales para este trabajo: 1) que si bien el concepto de Estado de derecho se ha construido desde las teorías jurídica y política, al final, fue pensado como una categoría jurídica; 2) que la tesis central del concepto de Estado de derecho representa, en algún sentido, un escepticismo o desconfianza hacia la *fluctuación de la política y los gobiernos en turno*, principalmente en el modelo constitucional; y 3) que la limitación al poder público mediante el Derecho debe de estar plasmada en una Constitución con un sentido sustancial y no sólo formal, esto es, considerar al texto constitucional como una norma jurídica.

Ahora bien, determinar una racionalidad jurídica del Estado constitucional es problemática por al menos dos razones: 1) su inevitable aspecto político, ya que tanto el sistema político como sus procesos son fundamentales en una comunidad política para justificar, en parte, la legitimidad del poder público y sus detentadores; y 2) por la tensión persistente y oscilante entre lo político y lo jurídico, es decir, habrá ocasiones que los procesos políticos determinarán los procesos jurídicos y, otras ocasiones, estos últimos procesos determinarán los procesos políticos.

En ese sentido, al hablar de una racionalidad jurídica del modelo constitucional se hace referencia, en algún sentido, a una justificación del propio modelo de Estado, la cual podría satisfacerse si se tiene en cuenta que en la actualidad este modelo goza de una aceptación relativa en la mayoría de los sistemas jurídicos. No obstante, resulta más conveniente partir de la siguiente pregunta: ¿el Estado constitucional representa realmente una aceptación a su racionalidad jurídica intrínseca en la actualidad?

La respuesta a esa interrogante es que no. En primer lugar, porque tendrían que advertirse las posibilidades fácticas del modelo constitucional, sobre todo, no perder de vista que los

presupuestos y el funcionamiento de este modelo se construyen, refuerzan e integran en el tiempo, pues no dependen de un gobierno determinado y de su diseño institucional, sino de la estabilidad y el funcionamiento institucional a cargo de actores públicos, políticos y sociales. En segundo lugar, centrándose en lo concerniente a este trabajo, porque al refutarse un constitucionalismo jurídico se está cuestionando, al mismo tiempo, el modelo constitucional y su funcionamiento como un sistema coherente.

En otras palabras, un buen funcionamiento del modelo constitucional estará determinado por su reflejo en la realidad social, cuestión que no puede determinarse *a priori* o de forma definitiva, sino atiende a grados de eficacia y, de forma lógica, también a sus déficits funcionales. Esto se puede observar en sistemas donde existen serios déficits en cuanto a las posibilidades fácticas del modelo constitucional, pero, al mismo tiempo, resulta innegable que su conformación y su estructura institucional son bajo este modelo.<sup>15</sup>

Por tanto, esos déficits de funcionamiento fluctuarán entre una efectividad plausible y una inoperancia absoluta. Para el caso, este trabajo se apoya en la plausibilidad de efectividad que, al final, ve al modelo constitucional como la evolución de la idea de racionalizar al poder y organizar a las sociedades bajo el imperio del Derecho; es decir, la continuidad del pensamiento que pugnó por un gobierno de leyes para asegurar *mínimamente* derechos, principios y valores fundamentales que trascienden generacionalmente.<sup>16</sup> De esta forma, se pueden establecer tres argumentos importantes sobre la racionalidad jurídica del modelo constitucional.

Primero, *un argumento histórico*, que describe la idea primigenia del Estado de derecho sobre la base de que la actuación estatal debería de estar limitada y reglada

---

<sup>15</sup> Por ejemplo, en Latinoamérica se pueden mencionar los casos de Cuba y Venezuela, en donde sus constituciones contemplan mecanismos democráticos y un control judicial aparentemente fuerte, es decir, un diseño institucional constitucional que supondría una limitación del poder político; sin embargo, en ambos casos, sus posibilidades fácticas no serían consistentes su propio diseño.

<sup>16</sup> En la práctica judicial, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español en su sentencia STC 235/2000 de 5 de octubre del 2000, refirió que no hay ningún legislador capaz de producir leyes de las que un gobernante no pueda hacer mal uso, sentencia consultable en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4219>. Por su parte, la Corte Constitucional colombiana, en su sentencia SU-747/1998 del 2 de diciembre de 1998 desarrolló un concepto sustantivo de Estado de derecho constitucional, en donde la actividad del Estado está regida por normas jurídicas que, a su vez, están determinadas por la Constitución, lo cual implica que toda la actividad estatal debe de realizarse dentro de este marco jurídico; ya que solo así se puede hablar de un verdadero Estado de derecho, sentencia consultable en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU747-98.htm>.

bajo el Derecho, la cual evolucionaría a partir de la Posguerra para determinar que una Constitución, como máxima expresión del Derecho, contendría los límites y las reglas para el ejercicio del poder en un Estado. Segundo, *un argumento realista*, que se refiere a considerar que la fluctuación y la desestabilidad de la política y los gobiernos es latente en cualquier momento y bajo cualquier diseño institucional, por tanto, una Constitución entendida como una norma jurídica es la mejor garantía para hacer frente a esta desestabilidad y fluctuación. Tercero, *un argumento sistemático*, que se relaciona con considerar al modelo constitucional como un sistema complejo que engloba, principalmente, al sistema jurídico, político y social, en donde si bien su funcionamiento depende de la dinámica de estos subsistemas, también resulta cierto que se puede hablar de una unidad central caracterizada en el carácter jurídico de una Constitución.

Así, considerar que el modelo constitucional tiene una racionalidad jurídica intrínseca, es determinarlo bajo una institucionalidad emanada de normas constitucionales, lo cual se presenta coherente con la idea de que una Constitución representa *un gran parámetro objetivo* que se encuentra blindado de la fluctuación y la desestabilidad política.<sup>17</sup> En paralelo, es conveniente señalar que no se está proponiendo que solo exista una racionalidad jurídica en el modelo constitucional, porque sería desconocer, nuevamente, la importancia de su dimensión política, sino proponer que en última instancia la racionalidad jurídica determine esta dimensión política.

Consecuentemente, un modelo constitucional bajo una racionalidad jurídica concibe una estructura institucional configurada y limitada por normas constitucionales para dar, por lo menos, orden y posibilidades de realización al proyecto de una comunidad política. En este sentido, el Estado constitucional concibe a una democracia en concordancia con un Estado de derecho.<sup>18</sup> Esta convergencia, por

---

<sup>17</sup> En ese sentido, no se alude a que la Constitución represente un sentido absoluto de objetividad, pues bastaría reconocer que su reforma, en estricto sentido, podría ser la excepción a la regla de esa objetividad; sin embargo, aun reconociendo que las constituciones que se reforma con frecuencia representan posiciones tanto políticas como de los gobiernos en turno, al final, siempre se apela a que el núcleo esencial de las mismas permanecerá para futuras generaciones.

<sup>18</sup> Por ejemplo, en el caso *Texas v. White de 1869*, la Corte Suprema norteamericana determinó que la separación de Texas no era consistente con el marco constitucional, por consiguiente, para que una separación fuera legítima debería de reformarse la Constitución, sentencia consultable en: <https://www.loc.gov/item/usrep074700/>.

ejemplo, se observa cuando se reclama que un gobierno elegido democráticamente no se encausa a la Constitución, en este caso, al final, realmente se está defendiendo al modelo constitucional y su racionalidad jurídica.

Por tanto, el Estado constitucional recrea un proyecto *ciego* frente a las ideologías o posiciones de gobiernos en turno, ya que enarbola la idea de que el Derecho sigue siendo un presupuesto de toda civilización que se erige sobre un orden, así como un proyecto de justicia posible a través de los derechos de las personas en sociedad. Cuestión que establece una base jurídica del modelo, pero, al mismo tiempo, introduce una base moral y política al buscar un modelo justo desde la perspectiva de la igualdad y la libertad de las personas dentro de una comunidad política.

#### **IV. EL ARGUMENTO DEMOCRÁTICO WALDRONIANO BAJO LA RACIONALIDAD JURÍDICA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL**

Antes de señalar algunas debilidades del argumento democrático *waldroniano*, es preciso señalar que se intentará no *trivializar* este argumento, por el contrario, se tratará de exponer sus tesis en su sentido más fuerte, aún cuando se contrasten dentro del modelo constitucional. De esta forma, como se había mencionado, este argumento también involucra las objeciones a la legitimidad de la revisión constitucional como modo final de decisión. Por tanto, una cuestión preliminar a establecer es que la concepción *waldroniana* sobre la legitimidad democrática se presenta como ampliamente compatible con el modelo constitucional. Para el caso, Waldron reconoce distintos tipos y niveles de legitimidad democrática, pero defiende una concepción bastante específica y exigente de la misma: al referir que *es la capacidad de un sistema político y jurídico de generar respaldo para*

---

Asimismo, en el Case 25506 Secession of Quebec de 1998, la Corte Suprema canadiense resolvió en el mismo sentido, enfatizando que, tanto la democracia como los derechos democráticos, respectivamente, no pueden ser separados o desentendidos del Estado de derecho y de las obligaciones constitucionales, sentencia consultable en: <https://www.scc-csc.ca/case-dossier/info/dock-regi-eng.aspx?cas=25506>. Finalmente, el Tribunal Constitucional español en la sentencia STC 259/2015 de 2 de diciembre de 2015, resolvió que la secesión de Cataluña determinada por un referéndum democrático era inconstitucional, entre otras cuestiones, por no acatar las reglas del juego político determinadas, en última instancia, por el orden jurídico; pues esta separación podría realizarse solo si se reformara la Constitución primero, paradójicamente, por las vías que la misma prevé. Sentencia consultable en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24722>.

*la implementación de las leyes y políticas, incluso por parte de aquellos que se opusieron a estas por razones sustanciales* (Waldron, 2018, p. 16).

Esa definición, comienza a evidenciar las convergencias ineludibles entre el sistema político y jurídico, es decir, entrañará la vinculación entre los postulados constitucionalistas y democráticos del Estado constitucional (*democracia constitucional*). Asimismo, presenta a la representatividad solo como un proceso *parcial* para lograr la legitimidad democrática. Finalmente, incluye las posiciones *minoritarias* para generar también la legitimidad democrática, cuestión que, de alguna manera, indica lo disfuncional de considerar que una mayoría democrática decida sin tomar en cuenta a las minorías derrotadas en el proceso democrático.

Siguiendo con esa idea, la concepción *waldroniana* de la legitimidad democrática se refiere, cuando menciona la capacidad de generar respaldo en la implementación de leyes y políticas: a una legitimidad constante del ejercicio del poder público. Cuestión que se presenta compatible con la racionalidad jurídica del Estado constitucional, porque sus presupuestos, esto es, la limitación del poder y la realización de los derechos fundamentales y la sociedad democrática; estarán determinadas en un diseño institucional que contemple tanto instituciones y procesos políticos, como instituciones y procesos jurídicos. No obstante, en ambos casos, la Constitución como expresión y fuente máxima del derecho vinculará de manera general a estas instituciones y procesos.

En paralelo, tampoco puede dejarse de lado que el argumento democrático de Waldron representa una posición *intermedia* sobre la legitimidad de la revisión constitucional, ya que no refuta su existencia de forma absoluta, sino su supremacía frente a los órganos de representación política, al tener la última palabra en la toma de decisiones colectivas fundamentales.

Ahora bien, una cuestión de índole metodológico sobre las tesis *waldronianas* cuando se introducen dentro del modelo constitucional: es que se basan en reducir, en gran medida, la función y la importancia que tiene una Constitución dentro de un sistema jurídico. En este sentido, una carta de derechos (*Constitución*), no tendría porque ser inconsistente con la idea de igualdad política y representatividad, porque esta carta se puede entender como una *acción conjunta* entre operadores jurídicos, sociedad y Derecho, esto último como fenómeno o convención vigente;



así como una *justificación* de quiénes participaron, participan y participarán en la preservación de esta carta.<sup>19</sup>

En primer lugar, la postura *waldroniana* concibe a las asambleas representativas con una autoridad superior al estar legitimadas democráticamente, ya que sus miembros han sido elegidos mediante elección popular. Por ende, reflejan un valor político intrínseco que ningún otro ente estatal podría expresar, esto es, la recreación institucional del pluralismo social. En este punto, la tesis de Waldron es correcta bajo el modelo constitucional, lo cual no deja de ser una visión parcial de la forma de concebir tanto a la legitimidad democrática como al pluralismo social. Para el caso, tendría que tomarse en cuenta que reducir a la legitimidad democrática solo a la representatividad, es dejar de lado otras formas de legitimación en el Estado constitucional, como la legitimidad institucional que se da mediante los procesos de conformación y designación constitucionales de otros entes estatales o, aún más importante, la legitimidad del ejercicio del poder público, la cual se logra mediante los distintos mecanismos de control, vigilancia y calificación que prevé el modelo constitucional, por ejemplo, la transparencia gubernamental, la fiscalización, las audiencias públicas, entre otros.

En segundo lugar, si bien una asamblea representativa se caracteriza tanto por reflejar los acuerdos y desacuerdos sociales, como también por llegar a consensos políticos en donde los diversos y contrapuestos intereses se aceptan y compaginan, también es cierto que esta concepción no toma en cuenta que, en la mayoría de las ocasiones, los consensos políticos se refieren a *consensos mayoritarios* que representan la propia fuente del desacuerdo.<sup>20</sup> Piénsese en el controvertido tema del aborto, una ley que lo prohíbe se ha discutido sobre la base de acuerdos y desacuerdos, lo cual no quiere decir que esa decisión fundamental (*la ley*) se aceptará e interiorizará en el seno de una comunidad política de forma absoluta; cuestión que se comprueba con la protesta social a favor o en contra de esta ley.

---

<sup>19</sup> En ese sentido, la justificación de la Constitución sería desde el punto de vista interno y externo, pero, sobre todo, permitiría darle una relevancia *moral* como convención, sin caer en el convencionalismo o en el comunitarismo, es decir, una posición intermedia (Nino, 2013, pp. 41-51).

<sup>20</sup> Los *consensos mayoritarios* no deben de entenderse de forma negativa, pues solo significa que una decisión colectiva fundamental se ha tomado mediante la regla de la mayoría en oposición a un *consenso absoluto*.

En ese sentido, la postura *waldroniana* se basaría en el presupuesto de *la voluntad general de una comunidad política*, lo cual sería extremadamente abstracto y ambiguo, ya que una asamblea representativa intenta personificar al mayor número de posiciones o ideologías que subyacen en un pluralismo social; no obstante, este pluralismo aunado a las pretensiones estratégicas de los integrantes de esta asamblea causarían, como el propio Waldron reconoce, una distorsión de la igualdad formal de sus miembros (Waldron, 2005, p. 63). Aquí, la defensa de Waldron se refiere al valor político que se asocia de forma más natural con las asambleas representativas contemporáneas y con la autoridad de su producto, es decir, la legislación como derecho positivo que está respaldado por la legitimidad democrática (Waldron, 2005, p. 66).

Esa posición es correcta, en la medida que la legitimidad democrática que acompaña la representatividad política de esas asambleas es fundamental en el modelo constitucional, para la *creación-producción* de derecho positivo; sin embargo, cabría señalar que, al final, este derecho positivo estará determinado y condicionado por la Constitución. Esta vinculación al texto constitucional no solo se puede entender desde la visión de un constitucionalismo jurídico, sino también desde la perspectiva de una jerarquía-lógica que presupone un sistema jurídico.

En tercer lugar, la visión de Waldron sobre que una asamblea puede poner en común las perspectivas y experiencias diversas en un contexto de desacuerdos, porque existe una concepción deliberativa-legislativa. Para el caso, esta visión no toma en cuenta la fluctuación de la política y la posibilidad de que una asamblea representativa pueda limitar derechos fundamentales o, inclusive, exceder los límites de un sistema democrático mediante una mayoría democrática que ha pasado por procesos de discusión, acuerdos y desacuerdos.

Esa cuestión no sólo ha sucedido históricamente en regímenes totalitarios, sino también en la actualidad sucede con frecuencia tanto en democracias no consolidadas, como en democracias consolidadas o desarrolladas.<sup>21</sup> Precisamente, el modelo constitucional se presenta como una opción para hacer frente a estos problemas, pues uno de sus presupuestos es la limitación del poder político bajo un

---

<sup>21</sup> Desde una visión de teoría o filosofía políticas, bastaría señalar al fenómeno del surgimiento o resurgimiento de los *Gobiernos populistas*, o, en su caso, desde una visión pragmática, señalar la presidencia de Trump en Estados Unidos. En todo caso, ambas visiones ejemplificarían también al concepto de fluctuación política.

orden constitucional, y si bien no representa un modelo infalible o única opción, por lo menos considera el problema de la fluctuación política de manera realista al prever la revisión constitucional; pues, al final, esta revisión podría considerarse subsidiaria o complementaria cuando la deliberación legislativa ha fracasado.

En cuarto lugar, como se había mencionado, para Waldron la representatividad es fundamental para la igualdad política, al grado de ser más fundamental que una carta de derechos (*Constitución*), pues una carta de derechos será fundamental solo en la medida en que no se oponga a la voluntad de la mayoría: ya que el derecho de participación en la elaboración de las leyes es el derecho más importante en una comunidad política. Aquí, la visión *waldroniana* solo podría entenderse desde un *modelo políticamente ideal*, en donde las circunstancias fácticas, sociales, económicas y políticas no jueguen un papel relevante, entre otras cuestiones, porque el derecho de participación no podría ser funcional sin la concretización de otros derechos fundamentales o la limitación del poder.

En paralelo, el profesor neozelandés refiere que una ley merece respeto por el logro que representa haberla producido en las circunstancias de la política, como una acción conjunta frente a los desacuerdos (Waldron, 2005, p. 131). Este argumento estaría sustentado en un falso dilema, pues pareciera que un constitucionalismo jurídico se sustenta en un desprecio por los representantes populares y la ley, cuestión que, incluso, analizada dentro de la lógica de la revisión constitucional, se desmentiría. Por ejemplo, este argumento no toma en cuenta que un juez constitucional analiza la constitucionalidad de una ley solo cuando una persona o grupo de personas, un partido político o, inclusive, un grupo de representantes populares se lo solicitan como parte de una comunidad política; asimismo, el juzgador constitucional en su análisis de constitucionalidad toma en cuenta, en la mayoría de las ocasiones, la exposición de motivos de la asamblea representativa (*la deferencia al legislador*).

Por lo anterior, la igualdad política no solo se recrea mediante la representatividad, pues también podría darse en la participación de las personas en distintos ámbitos del poder público, ya que, en este caso, también tendría sentido práctico el valor del autogobierno. En este sentido, la racionalidad jurídica del modelo constitucional representada en la revisión constitucional, podría ser vista como una forma más en que las personas participan en el control del poder público: porque se da un cauce de demandas y posiciones provenientes de la comunidad política.

En quinto lugar, respecto del planteamiento *waldroniano* sobre el método de decisión mayoritaria, en específico, su justificación como razonable en las circunstancias de la política y como expresivo de la concepción de respeto para las personas más robusta que se tiene (Waldron, 2005, p. 140). Este planteamiento sería correcto desde una visión solo política, pero incompatible bajo la racionalidad jurídica del modelo constitucional, en donde las minorías también forman parte del proyecto constitucional, lo cual sería consecuente con un respeto para todas las personas de una comunidad política; porque la Constitución resguarda una igualdad formal y material de todas las personas.

En todo caso, Waldron tendría que reconocer también la legitimidad de la revisión constitucional, al representar un método de decisión que implica una deliberación y una decisión mayoritaria (*por los jueces constitucionales*), es decir, como un método razonable dentro de las circunstancias institucionales que lo respaldan y, sobre todo, como expresión de la racionalidad jurídica del modelo constitucional.

En este punto, la legitimidad de la revisión constitucional podría verse como *subsidiaria de la legislación*, porque esta revisión opera sólo en situaciones ocasionales, al tener que esperar a que la presunción de inconstitucionalidad se presente a manera de caso o controversia: ya sea por la sociedad; ya sea por un órgano o poder estatal; ya sea desde la oposición política. Esto puede observarse en la práctica judicial constitucional, ya que ni todas las leyes son revisadas judicialmente, ni todas las leyes revisadas se declaran inconstitucionales. Precisamente, la objeción en torno a la supremacía de la revisión constitucional, deja de lado que los jueces constitucionales tienen la última palabra del sistema, lo que no excluye de forma automática o absoluta a los otros poderes y órganos estatales, pues la lógica de esta última instancia funcionaría como *subsidiaria y colaborativa* para la realización del proyecto constitucional.

Para el caso, las asambleas representativas, como fuente de legitimidad democrática en un sentido político, representarían *la primera instancia* en la toma de decisiones colectivas fundamentales, porque la función de la magistratura constitucional es *reaccionaria* en oposición a *creadora* de estas decisiones. Por ende, el considerar ambas instancias por separado, atiende más que a una cuestión de *supremacía institucional*, a una cuestión de *primacía funcional*.

Bajo esa premisa y considerando la racionalidad jurídica del modelo constitucional, la revisión constitucional pasaría por una dimensión dual de legitimidad, pues en la conformación de la magistratura constitucional se legitimaría institucionalmente bajo las normas constitucionales, y en la operación de la revisión constitucional se legitimaría en la orientación y limitación de su ejercicio del poder público también por normas constitucionales. Por tanto, esta revisión como expresión funcional de la racionalidad jurídica del modelo, no solo representa un argumento contramayoritario, ni tampoco busca socavar la voluntad de una sociedad política, por el contrario, representa un órgano constitucional que resguarda, mediante el ejercicio del poder público a su cargo, el presupuesto lógico del modelo constitucional, es decir, que todo el poder público esté limitado constitucionalmente, a la vez que este poder realice fines constitucionales concretos.

Bajo ese contexto, una magistratura constitucional *contribuye* a que otros poderes y órganos estatales se involucren en la concretización de derechos fundamentales.<sup>22</sup> Así, la revisión constitucional no priva a una comunidad política de participar en las cuestiones constitucionales fundamentales, pues de algún modo esta participación ya ha pasado por un *estadio político-deliberativo*, por ejemplo, en los acuerdos y desacuerdos que se han plasmado y discutido en una asamblea representativa. Al final, bajo el modelo constitucional sería más objetivo y realista considerar a la revisión constitucional como una forma de potencializar a *la minoría* de una comunidad política en la toma de decisiones o, en su caso, como equilibradora de las minorías y las mayorías democráticas mediante un cauce institucional.

## V. CONCLUSIONES

El argumento democrático de Waldron se presenta como una forma de maximizar el valor del autogobierno, pues pone en el centro de las decisiones colectivas fundamentales a las personas que forman parte de una comunidad política, pues la representatividad política de las asambleas representativas las legitima democráticamente, para ser un *estadio* democrático-deliberativo donde los

---

<sup>22</sup> En ese sentido, el juez constitucional se habilita como máximo interprete y defensor de los derechos establecidos constitucionalmente, para definir cómo deben actuar las autoridades con miras a garantizar y concretizar estos derechos, sobre todo, expidiendo ordenes que exceden las coordenadas *inter partes* de los casos, para así resolver problemas generalizados que se han detectado (Osuna, 2015, pp. 89-125).

acuerdos y desacuerdos sobre cuestiones fundamentales pueden llegar a consensos que representen a gran parte de esta comunidad.

El Estado constitucional representa un proyecto *neutral* frente a las ideologías o posiciones políticas de un gobierno, porque se basa en una racionalidad jurídica intrínseca que materializa la idea de que el Derecho es un presupuesto de toda civilización que se erige sobre un orden, al mismo tiempo que representa un proyecto de justicia posible a través de los derechos fundamentales y su protección mediante la revisión constitucional.

El argumento democrático *waldroniano* resta importancia a la Constitución de un sistema jurídico, ya que apuesta a que las personas de una comunidad política sean quienes determinen y decidan las decisiones colectivas fundamentales, lo cual trivializa la idea de que un texto constitucional puede entenderse como un proyecto conjunto en donde divergen acuerdos y desacuerdos de estas personas, pero, al final, convergen por los presupuestos y objetivos plasmados, precisamente, en este texto que representa un parámetro objetivo para ordenar y realizar mediante el derecho el proyecto de esa comunidad política. Asimismo, el argumento democrático de Waldron idealiza o resta importancia a la fluctuación de la política y el gobierno, porque no considera que esta fluctuación la mayoría de las ocasiones genera los desacuerdos o, en su caso, no representa posiciones sinceras como el profesor neozelandés presupone.

Considerar que el modelo constitucional se ha erigido sobre una racionalidad jurídica, no significa desconocer la importancia de la representatividad política y la legitimidad democrática, tampoco significa proponer una supremacía de las magistraturas constitucionales sobre las asambleas representativas para la toma de decisiones colectivas fundamentales: *lo que se propuso en este trabajo es considerar que tanto instituciones y procesos políticos, como instituciones y procesos jurídicos, en ambos casos, al final estarán determinados por la Constitución como expresión y fuente máxima del derecho o, si se prefiere, como la manifestación de la racionalidad jurídica del modelo constitucional en la actualidad.*

## BIBLIOGRAFÍA

- AMAYA, Jorge (2017): *Marbury v. Madison: origen, argumentos y contraargumentos del control judicial de constitucionalidad*. (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica).
- BARAK, Aharon (2008): *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, (trad. de castellana de E. Vela Barba) (México: SCJN).
- BICKEL, Alexander (1986): *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*. (EE UU: Yale University Press).
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (2000): *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. (trad. de Rafael de Agapito Serrano) (Madrid: Trotta).
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime (2017): *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*, (México: UNAM-IIJ).
- DEL HIERRO, José Luis (2013): “Legitimidad y legalidad”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, pp. 180-184.
- DRIVER, Justin (2012): “The constitutional conservatism of Warren Court”, *California Law Review*. núm. 5, pp.1101-ss.
- ELY, John Hart (1997): *Democracy and distrust*, traducción castellana de Magdalena Holguín, (Bogotá: Universidad de los Andes-Siglo del Hombre).
- FERRAJOLI, Luigi (2007): “The past and the future of the rule of law”, en Costa, Prieto y Zolo, Danilo (eds.) *The rule of law history, theory and criticism*, (Netherlands: Springer).
- FISS, Owen (2003): “¿Por qué el Estado?”, en Carbonell, Miguel (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo*, (España-México: Trotta-IIJ UNAM).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006) *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. (Madrid: Civitas).
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (2016): *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: una discusión en clave constitucional*. (México: IEC del Estado de Querétaro).

- GARCÍA PELAYO, Manuel (1991): “Estado legal y estado constitucional”. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 82.
- GUASTINI, Riccardo (2011): *Estudios de teoría constitucional*. (México: IJ-UNAM-Fontamara).
- HAMILTON, Alexander (1987): *The Federalist Papers*. (Nueva York: Penguin).
- JOSEPH FAVOREU, Louis (2001): “La constitucionalización del Derecho”, *Revista de Derecho de Chile*, vol. 1, núm. 12, pp. 31-43.
- MANILI, Pablo (2011): *Marbury v. Madison: reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*. (México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional).
- MARCILLA CÓRDOBA, Gema (2014): “Imperio de la ley”. *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, núm. 5.
- MCCLOSKEY, Robert, 1965: “Reflections on the Warren Court”, *Virginia Law Review*, núm. 7, pp. 1229-ss.
- MACCORMICK, Neil (1999): “Retórica y Estado de Derecho”, *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 21.
- MUÑOZ MENDIOLA, Julio (2021): “Un replanteamiento al significado del activismo judicial”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política de la UC3M*, núm. 34, pp. 75-96.
- MUÑOZ MENDIOLA, Julio (2020): “La contingencia del derecho y su uso alternativo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 277, pp. 823-846.
- NINO, Carlos (2013): *Una teoría de la justicia para la democracia, hacer justicia, pensar la igualdad y defender las libertades*. (Argentina: Editorial Siglo Veintiuno).
- NINO, Carlos (2005): *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. (Buenos Aires: Astrea).
- OSUNA, Nestor (2015): “Las sentencias estructurales”, en Bazán, Víctor, (ed.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales N° 5. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*. (Colombia: Konrad Adenauer Stiftung).
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2013): *El constitucionalismo de los derechos, ensayos de*



- filosofía jurídica*, (Madrid: Trotta).
- RIVERA LEÓN, Mauro (2010): “Jurisdicción constitucional: ecos del argumento contramayoritario”, *Revista Cuestiones Constitucionales*, núm. 22, pp. 229-234.
- SCHOTTEN, Peter (2004): “Marbury v. Madison, Rightly Understood”, *Perspectives on Political Science*, núm. 3, pp. 134-141.
- VALADÉS, Diego (2004): *Problemas constitucionales del Estado de Derecho*. (Buenos Aires: Astrea).
- WALDRON, Jeremy (2018): «Control de constitucionalidad y legitimidad política», *Revista Dikaion*, núm. 1, vol. 27.
- WALDRON, Jeremy (2015): “El centro de la argumentación contra el control judicial de la legislación” (trad. de castellana de Jorge Luis Fabra Zamora y Piero Mattei-Gentili), en Fabra Zamora, Jorge Luis y García Jaramillo, Leonardo (coords.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, (México: IIJ-UNAM).
- WALDRON, Jeremy (2005): *Derecho y desacuerdos*. (trad. de José Luís Martí y Águeda Quiroga) (Madrid: Marcial Pons).
- WALDRON, Jeremy (1998): “Precommitment and disagreement”, en Alexander, Larry (ed.), *Constitutionalism: philosophical foundations*. (Cambridge: Cambridge University Press).
- WARREN, Charles (1941): “The Story Marshall Correspondence (1819-1831)”, *The William and Mary Quarterly Historical Magazine*, núm. 1, pp. 1-ss.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2009): *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. (trad. de Marina Gascón) (Madrid: Trotta).
- ZOLO, Danilo (2007): “The rule of law a critical reappraisal”, en Costa, Prieto y Zolo, Danilo (eds.) *The rule of law history, theory and criticism*, (Netherlands: Springer).