

DELIBERACIÓN, LEGITIMIDAD Y ORGANIZACIÓN INTERNA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. UNA MIRADA DESDE LATINOAMÉRICA

[Deliberation, Legitimacy, and Internal Organization of Constitutional
Courts. Perspectives from Latin America]

Tania BUSCH VENTHUR*
Esteban SZMULEWICZ RAMÍREZ**

RESUMEN

El objetivo principal de este trabajo es sostener que el diseño orgánico de los tribunales constitucionales impacta en la legitimidad de la justicia constitucional. El método empleado ha sido analizar las innovaciones orgánicas y procedimentales que se han originado en los sistemas de control de constitucionalidad de América Latina, relativas al sistema de integración de cortes constitucionales, *amicus curiae*, audiencias públicas dentro del proceso de control de constitucionalidad

ABSTRACT

The main objective of this paper is to argue that the organic design of constitutional courts impacts the legitimacy of constitutional justice. The method used has been to analyze the organic and procedural innovations that have originated in the constitutionality control systems of Latin America, related to the integration system of constitutional courts, *amicus curiae*, public hearings within the constitutionality control process and publicity of the particular votes

*Universidad Andrés Bello. Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción. Magíster en Ciencias Jurídicas y Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Académica Área de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Andrés Bello, Chile. Dirección postal: Autopista Concepción- Talcahuano, Talcahuano, Concepción, Chile. Correo electrónico: tania.busch@unab.cl.

**Universidad Católica del Norte. Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Austral de Chile. Master en Ciencia Política por la Universidad Autónoma de Barcelona. Master of Science en Política Comparada por The London School of Economics and Political Science. Académico Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica del Norte, Chile. Dirección postal: Larrondo 1281, Coquimbo, Chile. Correo electrónico: esteban.szmulewicz@ucn.cl.

y publicidad de los votos particulares y prevenciones en la sentencia de constitucionalidad desde una perspectiva deliberativa. La conclusión y resultado principal del artículo es que la incorporación de formas institucionales deliberativas de organización ofrece elementos nuevos para enfrentar la objeción contramayoritaria a la jurisdicción constitucional, fortaleciendo su legitimidad y la adhesión al sistema constitucional en su conjunto.

and preventions in the constitutionality sentence from a deliberative perspective. The conclusion and main result of the article is that the incorporation of deliberative institutional forms of organization offers new elements to face the countermajoritarian objection to constitutional jurisdiction, strengthening its legitimacy and adherence to the constitutional system as a whole.

PALABRAS CLAVE

Derecho constitucional – jurisdicción constitucional – legitimidad – democracia deliberativa – control de constitucionalidad.

KEYWORDS

Constitutional Law – constitutional jurisdiction – legitimacy – deliberative democracy – control of constitutionality.

RECIBIDO el 21 de enero de 2020 y APROBADO el 2 de junio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los asuntos más importantes en el debate constitucional contemporáneo dice relación con el ajuste entre el diseño del sistema de justicia constitucional que cada Constitución configure y la teoría de la democracia. En este contexto, este artículo explora la relación entre una forma particular de entender la democracia, denominada democracia deliberativa, y el diseño del sistema de justicia constitucional. A partir de la premisa de la teoría de la democracia deliberativa, se desarrollan las siguientes ideas: primero, sin que la legitimidad de un sistema de control de constitucionalidad depende de su específica configuración institucional y, segundo, que la legitimidad de un sistema de control constitucional se fortalece cuando el diseño institucional permite morigerar la frustración de los participantes del sistema político democrático. A partir de lo anterior sostendremos: (I) el mayor o menor potencial deliberativo de la organización de la justicia constitucional determina su grado de legitimidad y (II); además de las características del diálogo con el Poder Legislativo, este mayor o menor potencial deliberativo depende de su diseño institucional interno u orgánico. Con estas hipótesis en mente, buscaremos (III) identificar las instituciones concretas que aumentan el potencial deliberativo al interior de la jurisdicción constitucional. Todo esto se hará (IV) considerando en todo momento cómo estas ideas se aplican al contexto de la jurisdicción constitucional en Latinoamérica, que en las últimas décadas ha incorporado significativas innovaciones procedimentales y del estatuto

de los jueces constitucionales que pudieran impactar significativamente en su legitimación y apertura hacia la ciudadanía y la opinión pública, en clave de la teoría de la democracia deliberativa.

La idea que se propone en este artículo es tejer la red institucional en que se inserta la jurisdicción constitucional conforme a un diseño que, al permitir la deliberación, obtenga mayor legitimidad y, con esto, fortalezca la adhesión al sistema constitucional. El diseño institucional debe procurar adhesión no sólo de quien resulta vencedor en un proceso de control de constitucionalidad sino también de aquel que ve frustrada su interpretación de la Constitución, puesto que la adhesión no sólo debe ser a los valores sino al *fairness* del diseño. De este modo, la justificación que se propone es tanto intrínseca (el respeto a la igualdad política e igual dignidad propio de lo deliberativo) como instrumental (el aseguramiento de la estabilidad del sistema al propender a su adhesión y lealtad por parte de todos los integrantes de la comunidad política).

II. PREMISA TEÓRICA: LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Antes de analizar cada uno de los elementos de la organización interna de la justicia constitucional que maximizan su legitimidad, entendida en clave de democracia deliberativa, se debe precisar el concepto de democracia deliberativa en el contexto del presente artículo y su vínculo con la justicia constitucional. La identificación de un diseño institucional definido como mejor o peor para alcanzar la legitimidad y la estabilidad, sólo puede alcanzarse con una previa concepción acerca de la democracia que explique y justifique el valor de la legitimidad y estabilidad. De esta forma, la evaluación de las instituciones requiere partir desde una cierta teoría de la democracia con la que se contraste el diseño constitucional. Lo anterior, por cuanto los arreglos institucionales reflejan ciertos ideales acerca de los objetivos a conseguir en el sistema político, al tiempo que producen efectos que se aproximan a dichos ideales.

Un buen punto de partida para el análisis del concepto de democracia deliberativa resulta ser el concepto de deliberación. Chambers sostiene que la deliberación es un debate y discusión que tiene por objeto producir opiniones razonables y bien informadas, en que los participantes se encuentran en disposición de revisar sus preferencias a partir de nueva información y juicios emitidos por otros participantes¹. A su vez, Gutmann y Thompson conceptualizan la democracia deliberativa como

¹ CHAMBERS, Simone, *Deliberative Democratic Theory*, en *Annual Review of Political Science* 6 (2003), pp. 307-326, p. 309.

“una forma de gobierno en que ciudadanos (y sus representantes) libres e iguales, justifican las decisiones en un proceso en que éstos se dan recíprocamente razones que son mutuamente aceptables y accesibles, con el objetivo de alcanzar conclusiones que son vinculantes en el presente para todos los ciudadanos, pero abiertas a desafío en el futuro”². A su vez, la democracia deliberativa persigue responder a la pregunta acerca de la fuente de legitimidad del poder y del derecho, buscando superar la tesis de la racionalidad inscrita en la ley y de la sujeción al procedimiento legalmente establecido (que se supone plenamente racional) por parte de los gobernantes³. Al contrario, la deliberación supone que la mejor forma de tender hacia la adopción de políticas justas e igualitarias es garantizando la adecuada representación y participación de los diferentes sectores sociales a la hora de formar la voluntad general⁴. Se trata de una teoría centrada en la discusión o diálogo⁵, a diferencia de la mera agregación de preferencias preestablecidas. Ello lleva a un principio de argumentación: la justificación y la razonabilidad en la argumentación son los elementos que debieran guiar el debate público⁶, entregándose en el intercambio razones que pueden ser aceptadas por personas libres e iguales, buscando términos justos de cooperación⁷. Teniendo en consideración esta premisa, y siguiendo a Worley, cuatro principios emergen: el principio del bien común, el principio de la razón pública, el principio de la preferencia por la transformación y el principio de igualdad⁸. De estos cuatro principios, hay dos que se relacionan en mayor medida con el diseño de la justicia constitucional: el principio del bien común y el principio de preferencia por la transformación.

El principio del bien común requiere que los agentes decisionales actúen de acuerdo con juicios imparciales que conducen al bien común de todos

² GUTMAN, Amy – THOMPSON, Dennis, *Why Deliberative Democracy?* (Princeton, Princeton University Press, 2004), p. 7.

³ WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, en *Fondo de Cultura Económica* 2 (1964), p. 706.

⁴ SZMULEWICZ, Esteban, *El sistema binominal y la crisis de legitimidad de la política en Chile*, ahora, en TÓRTORA, Hugo – JORDÁN, Tomás (coords.), *Estudios para una nueva Constitución* (Santiago, Editorial Metropolitana, 2014), p. 511.

⁵ CHAMBERS, cit. (n. 1), p. 308.

⁶ ELSTER, Jon, *Introduction* (1998), ahora, en ELSTER, Jon (ed.), *Deliberative Democracy* (Cambridge, Cambridge University Press, 1998), p. 8.

⁷ GUTMAN – THOMPSON, cit. (n. 2), p. 3.

⁸ WORLEY, John, *Deliberative Constitutionalism*, en *Brigham Young University Law Review* 2 (2009), pp. 431-480, p. 441. En el mismo sentido, COHEN, Joshua, *Money, Politics, and Political Equality*, ahora, en BYRNE, Alex – STALNAKER, Robert – WEDGEWOOD, Ralph, *Fact and Value* (Boston, MIT Press, 2001).

los ciudadanos⁹. El proceso deliberativo está diseñado para empoderar a ciudadanos, legisladores y otros agentes democráticos decisoriales para apartar sus intereses individuales o grupales en aras del bien común. En contraste, la democracia constitucional contempla que los ciudadanos puedan reflejar sus intereses individuales o grupales, promoviendo su propio interés o intereses grupales. El constitucionalismo deliberativo puede retener el principio del bien común, desde que la democracia constitucional es más compatible con actores políticos que son obligados a promover el bien común que actores políticos que persiguen las metas que responden a su propio interés personal o grupal.

Luego, de acuerdo al principio de preferencia por la transformación¹⁰, los demócratas deliberativos sostienen que las preferencias de los ciudadanos deben estar abiertas a la transformación. Cuando los ciudadanos entran en el proceso democrático deliberativo, deben estar preparados para cuestionar y cambiar sus propias preferencias. Pero la democracia constitucional presupone que los ciudadanos entran en el proceso democrático de formación de decisiones con preferencias determinadas que permanecen durante el desarrollo de las interacciones políticas. Este principio de la democracia deliberativa es coherente con el constitucionalismo, debido a que cualquier teoría democrática debe ser totalmente indiferente a las preferencias personales de los ciudadanos, a que permanezcan o que puedan estar abiertas durante las interacciones políticas¹¹.

III. DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Dicho lo anterior, cabe explorar la relación entre la teoría de la democracia deliberativa y la justicia constitucional. En este sentido, la existencia de una Constitución rígida, que limita el poder de la mayoría y la protección de ésta a través del control jurisdiccional de constitucionalidad, enfrenta la llamada objeción democrática o dificultad contramayoritaria. Ésta refiere a lo problemático que resulta el justificar que leyes aprobadas por asambleas elegidas por el pueblo y, por tanto, expresión de la soberanía popular, puedan ser invalidadas por un tribunal no electo. La filosofía y

⁹ WORLEY, cit. (n. 8), pp. 447-448.

¹⁰ WORLEY, cit. (n. 8), pp. 448; 479.

¹¹ Para una perspectiva distinta de la democracia deliberativa, a partir de una relación entre republicanismo y democracia deliberativa, con implicancias para el control constitucional de las leyes, proponiendo los principios de igualdad de acceso e igualdad de deliberación como ejes para el diseño institucional de la democracia deliberativa, véase BELLO HUTT, Donald, *Republicanism, Deliberative Democracy, and Equality of Access and Deliberation*, en *Theoria* 84 (2018), pp. 83-111, pp. 96-104.

los constitucionalistas abordan el déficit democrático del control judicial de constitucionalidad sosteniendo posturas diversas. Algunos niegan la objeción democrática, sosteniendo un concepto de democracia “sustantiva” o “enriquecida”, que no ofrece razones para criticar el control de constitucionalidad de la ley, puesto que cuando los jueces anulan leyes que son lesivas de los derechos fundamentales están, en realidad, preservando la democracia.¹² Otros afirman el déficit democrático del control judicial de constitucionalidad y sostienen que éste no se justifica¹³. Finalmente, otros reconocen la dificultad contramayoritaria, pero sostienen que el control jurisdiccional de constitucionalidad se justifica dado que mejora la calidad del proceso democrático¹⁴. Este artículo se enmarca, con matices, dentro de esta tercera corriente.

¹² En la tradición norteamericana en este sentido encontramos a Dworkin y en la europea, a Ferrajoli. También en este grupo encontramos a quienes conciben a la Constitución como expresión de la voluntad popular, como las teorías de los originalistas norteamericanos y el dualismo democrático de Ackerman. ACKERMAN, Bruce – ROSENKRANTZ, Carlos. *Tres concepciones de la democracia constitucional, Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, en *Centro de Estudios Constitucionales (Cuadernos y Debates)* 29 (1991), pp.15-26.

¹³ El teórico más influyente en esta materia es Waldron quien considera que, en una sociedad marcada por el hecho del desacuerdo, no se justifica entregar la resolución de estos desacuerdos a los jueces, pues no estima que estén en mejor posición que los parlamentos para resolver los asuntos relevantes para los miembros de la comunidad política WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos* (trad.: José Luis Martí y Agueda Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005). No obstante, en escritos posteriores ha matizado su argumento WALDRON, Jeremy, *The Core of the Case against Judicial Review*, en *The Yale Law Journal* 115 (2006) , pp. 1346-1406. Para una visión que propone situar la deliberación democrática sobre la interpretación de la Constitución más allá de los órganos jurisdiccionales, proponiendo incorporar mecanismos de democracia deliberativa al sistema democrático que involucren interpretación constitucional, véase BELLO HUTT, Donald, *Contra la supremacía judicial en la interpretación de la Constitución*, ahora, en *Revis Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* 33 (2017), pp. 100-102, disponible [en línea]: <http://journals.openedition.org/revus/3826?lang=sl>.

¹⁴ Esta línea se inaugura por Ely quien propone que la justicia constitucional se justifica en cuanto garantice la apertura del proceso democrático a las minorías. ELY, John, *Democracy and Distrust* (Cambridge, Harvard University Press, 1980). En el medio hispanoamericano BAYÓN, Juan Carlos, *Derechos, democracia y Constitución*, ahora, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid, Trotta, 2003), pp. 211-238; BAYÓN, Juan Carlos, *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*, ahora, en GARCÍA, Leonardo – CARBONELL, Miguel (eds.), *El canon neoconstitucional* (Madrid, Trotta; Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Autónoma de México, México, 2010), pp. 285-355; RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Constitucionalismo y democracia*, en *Isonomía* 21 (2004), pp. 51-84 que se inspiran en sistemas como el canadiense, pronunciándose por un “constitucionalis-

Como argumentos a favor del control de constitucionalidad, e intentando compensar la objeción democrática, se ha destacado la calidad de la deliberación en los tribunales que ejercen el control constitucional, la protección de los derechos fundamentales de las minorías y la aceptación general (dada por la sociedad) de estos tribunales especializados¹⁵. De todas maneras, el asumir que un tribunal constitucional tendrá una legitimidad por su superioridad judicial envuelve un elitismo epistémico¹⁶. La deliberación judicial no puede reemplazar aquella que se realiza en el proceso político, ni aún en el sentido de que garantice buenos resultados en materia de derechos fundamentales o una mejor interpretación de la Constitución, no obstante los jueces puedan favorecer el enriquecimiento del proceso deliberativo y que la comunidad política se tome los derechos en serio¹⁷. En la realidad, los tribunales constitucionales no son meros custodios del proceso deliberativo democrático. Su rol en el sistema constitucional puede tener un carácter más intrusivo, sea como razonadores públicos, interlocutores¹⁸ e –incluso–, como verdaderos deliberadores –en sí mismos– en el contexto de la democracia deliberativa.

mo débil”. Por otro lado, a los deliberativos como NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica* (Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, 1989); NINO, Carlos Santiago, *Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad*, en *Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales* 29 (1991), pp. 97-135; GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. (Buenos Aires, Ariel, 1996); FERRERES, Víctor, *Justicia constitucional y democracia* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997); FERRERES, Víctor, *Una defensa del modelo europeo del control de constitucionalidad*. (Madrid, Marcial Pons, 2011); LINARES, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes* (Madrid, Marcial Pons, 2008); BELLO HUTT, cit. (n. 13), entre otros.

¹⁵DA SILVA, Virgílio, *Deciding without deliberating*, en *I CON* 11 (2013), 3, pp. 557-584, p. 557-558. Es por ello que algunos autores llamarían a los tribunales constitucionales foros deliberativos de un tipo distintivo”, MENDES, Conrado Hübner, *Political deliberation and constitutional review*, en FLORES, Imer – HIMMA, Kenneth (eds.) *Law, Liberty, and the Rule of Law. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 18 (2013), pp. 121-134, p. 121.

¹⁶MENDES, cit. (n. 15), p. 123.

17 NIEMBRO, Roberto, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. (Tesis Doctoral, inédita, Madrid, 2017), p. 279, disponible [en línea]: <https://eprints.ucm.es/43557/1/T39001.pdf>. La sede jurisdiccional no es el lugar natural del debate político, debiendo ésta retrotraerse para fortalecer la dinamización de los procesos deliberativos en la ciudadanía. Al respecto, CASTILLO, María Liliana, *El rol de la democracia deliberativa y su ejercicio legítimo*, en *El Ágora USB*. 14 (2014), 2, p. 484. Esto sin perjuicio de otras contribuciones que la justicia constitucional pueda dar a la democracia deliberativa: NIEMBRO, cit. (n. 17), pp. 283-319.

¹⁸Las nociones de razonador público y de interlocutor se diferencian en que los

IV. JUSTICIA CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y DISEÑO INSTITUCIONAL EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO

En Latinoamérica nos encontramos frente a nuevas formas de organización de la jurisdicción constitucional, que hacen complejo encuadrarlas en los modelos y categorías tradicionales (de revisión judicial o norteamericano y kelseniano o europeo continental)¹⁹. Además, las cortes constitucionales en Latinoamérica han mostrado un especial interés en demostrar apertura hacia la sociedad, generando instituciones que apuntan hacia ese sentido.

De esta forma, resulta interesante incorporar las características del control de constitucionalidad en Latinoamérica a la discusión sobre el robustecimiento de la legitimidad de la justicia constitucional, a través de instituciones con potencial deliberativo, teniendo en cuenta el activismo que las ha caracterizado y su rol dentro de democracias que surgen con posterioridad a regímenes autoritarios, en contextos con instituciones representativas de legitimidad débil en comparación con las democracias europeas o el sistema norteamericano. En contraposición, autores recientes que sostienen la defensa de la legitimidad del control de constitucionalidad, asumen que el rol de los tribunales es siempre limitado. Una afirmación que se queda atrás, frente a la realidad de la justicia constitucional latinoamericana²⁰. Pensemos por ejemplo en la doctrina del estado de cosas inconstitucional, o las sentencias estructurales, u otros casos de activismo judicial bastante evidentes. Probablemente, ha sido este rol activo dentro del sistema político lo que ha llevado a las cortes constitucionales de la región a generar innovaciones institucionales de participación²¹, buscando

interlocutores prestan atención a los argumentos expresados y responden dialógicamente a ellos.

¹⁹ RÍOS-FIGUEROA, Julio, *Institutions for Constitutional Justice in Latin America*, ahora, en HELMKE, Gretchen – RÍOS-FIGUEROA, Julio, *Courts in Latin America* (New York, Cambridge University Press, 2011), pp. 27-54; FROSINI, Justin – PEGORARO, Lucio, *Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification?*, en *Journal of Comparative Law* 3 (2013), 2, pp. 39-63.

²⁰ Ver HELMKE, Gretchen – RÍOS-FIGUEROA, Julio, *Courts in Latin America* (New York, Cambridge University Press, 2011).

²¹ POU, Francisca, *Supreme and Constitutional Courts: Directions in Constitutional Justice*, ahora, en SIEDER, Rachel – ANSOLABEHRE, Karina (cords.), *Routledge Handbook of Law and Society in Latin America* (Londres, Routledge, 2017), p. 10; en este sentido ABRAMOVICH, Víctor, *La apertura del debate constitucional. Nuevas vías de participación ante la Corte Suprema*, en *Pensar en Derecho* 3 (2013), pp. 17-23; GARGARELLA, Roberto, *El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos*, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 14 (2013), pp. 1-32.; SANCARI, Sebastián, *El rol de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina en el impulso de la participación política en la jurisdicción*, en *Ecuador Debate* 96 (2015), pp. 39-49;

legitimarse, no ya en su relación frente al legislador democrático, sino directamente frente a la sociedad.

Tanto a nivel doctrinario como a nivel institucional, en la última década ha existido un creciente reconocimiento a la importancia de una justicia constitucional abierta a la ciudadanía y la opinión pública. Se ha entendido que la legitimidad del derecho constitucional se vincula, entre otros factores, al modo de creación interactiva de éste, que permita a los diversos sectores de la sociedad contar con instancias en que sus interpretaciones de la Constitución tengan la posibilidad de expresarse. De ahí la tendencia a implementar instituciones diseñadas para generar vínculos entre la judicatura constitucional y la sociedad civil en sistemas de justicia constitucional de Latinoamérica²². Luego, es relevante que existan mecanismos para canalizar institucionalmente los planteamientos de la ciudadanía frente a una controversia constitucional, de modo que no se produzca insularidad y aislamiento de la jurisdicción constitucional respecto de las fuerzas sociales de la comunidad política en que ésta se inserta. Sin ánimo de exhaustividad, consideramos que las instituciones del sistema de nombramiento de las cortes constitucionales, la posibilidad de presentar *amicus curiae* y de que el tribunal convoque a audiencias públicas dentro del proceso de control de constitucionalidad, así como la posibilidad de formular votos particulares, constituyen opciones de diseño institucional orgánico o interno de la jurisdicción constitucional que tendrán un impacto relevante en el potencial deliberativo de la jurisdicción constitucional, y por lo tanto, en su mayor o menor legitimidad. Pese a su interés, hemos dejado conscientemente fuera del análisis el modelo de máxima publicidad de la deliberación judicial adoptado por el Supremo Tribunal Federal de Brasil y la Suprema Corte de Justicia de México, en consideración a que su escaso desarrollo teórico no permite aún evaluar adecuadamente cómo afectan el proceso deliberativo²³.

TUSHNET, Mark, *New institutional mechanisms for making Constitutional Law*, en *Harvard Public Law* 15 (2015), 8.

²² POU, Francisca, *Changing the Channel: Broadcasting Deliberations in the Mexican Supreme Court*, ahora, en DAVIS, Richard – TARAS, David (eds.), *Justices and Journalism. The Global Perspective*. (Cambridge, Cambridge University Press, 2017), pp. 209-234.

²³ Sobre esto ver RUFINO DO VALE, André, *La Deliberación en los Tribunales Constitucionales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017); MARÍN, Gustavo, *¿Protagonismo ante las cámaras de TV? Deliberación pública y disenso judicial en la Suprema Corte mexicana, 1998-2012* (México, Tesina de Maestría en Ciencia Política, inédita, 2018), disponible [en línea]: <http://repositorio-digital.cide.edu/bitstream/handle/11651/2421/161196.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

1. Sistema de nombramiento de los jueces constitucionales

El estudio de las instituciones de integración y selección de los jueces constitucionales responde diversas preguntas: quiénes pueden llegar a ejercer la magistratura constitucional, cuántos jueces constitucionales existirán y cuál es el procedimiento para llegar a dicha magistratura²⁴. Los mecanismos de integración y selección importan el estudio de un conjunto de instituciones que, coordinadas, definen la integración del Tribunal Constitucional: requisitos de acceso al cargo, número de jueces que integran el tribunal y el mecanismo de selección y nombramiento propiamente tal. El modo en que se diseñe este sistema impactará también en el potencial deliberativo del control de constitucionalidad. Dependiendo de cómo se organice, se puede generar una jurisdicción constitucional elitista e insular o, por el contrario, puede diseñarse un sistema que permita el debate público previo a los nombramientos, la apertura de éste hacia la ciudadanía, y la expresión en la integración del tribunal de la pluralidad de visiones dentro de la comunidad política en que se inserta. Esta segunda, nos parece, amplía el potencial deliberativo de la jurisdicción constitucional.

La revisión de los requisitos de acceso al cargo de los jueces constitucionales de Latinoamérica permite afirmar que éstos buscan asegurar que quienes lleguen a la magistratura constitucional cuenten con formación jurídica, un número de años de experiencia mínima, además ser ciudadanos y nacionales del Estado de que se trate. Otros requisitos exigidos se refieren al público reconocimiento de la honorabilidad o probidad del candidato, edad mínima, ausencia de antecedentes penales, y el cumplimiento de deberes militares.

En esta línea, los requisitos de acceso al cargo se encuentran íntimamente relacionados con el modelo de juez constitucional ideal que se busque concretar, determinando de entrada qué exigencias normativas se privilegiarán, y cuáles son más relevantes para un determinado sistema.

²⁴ Hay consenso en que este es un elemento central del diseño de un sistema de justicia constitucional. KELEMEN, Katalin, *Appointment of Constitutional Judges in a Comparative Perspective – what a Proposal for a New Model for Hungary*, en *Acta Juridica Hungarica* 54 (2013), 1, pp.5-23; LARA-BORGES, Oswald – CASTAGNOLA, Andrea – PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal, *Diseño constitucional y estabilidad judicial en América Latina, 1900-200*, en *Política y Gobierno* 19 (2012), 1; MONTOYA, Ana María, *Si no vas al Senado no te eligen magistrado. Instituciones informales y criterios de selección de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana en el Senado (1992-2009)*, en *Colombia Internacional* 79 (2013), pp. 155-190; PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal – CASTAGNOLA, Andrea, *Institutional Design and External Independence: Assessing Judicial Appointments in Latin America*, en *APSA 2011 Annual Meeting Paper* (2011); RÍOS-FIGUEROA, cit. (n.º19); THEA, Federico, *La elección de jueces constitucionales en las democracias actuales*, en *Pensar en Derecho* 4 (2014), pp. 315-351.

Así, requisitos relativos a la formación jurídica o la estipulación de un tiempo mínimo de experiencia en el desempeño de cargos o profesiones vinculadas al Derecho o la política, apuntan a concretar la exigencia de competencia técnica. Requisitos como la nacionalidad y ciudadanía determinan las bases para la concreción de la idoneidad democrática²⁵. En los sistemas en que se exige que parte de la integración del tribunal provenga de la judicatura, esto tiene por objeto afirmar o garantizar independencia y competencia técnica.

En cuanto al procedimiento de selección y nombramiento, una revisión de los mecanismos permite hacer una categorización de los sistemas: (i) sistema de selección con participación exclusiva del Congreso; (ii) sistema de nombramiento con participación combinada de diversos órganos, sean o no de elección popular, los que pueden subdividirse en sistemas colaborativos o de reparto, según si los órganos deben colaborar para llegar a la designación, o si a cada órgano le corresponde designar cierto número de magistrados sin intervención de otros órganos; (iii) sistema de nombramiento por algún órgano de carácter técnico como Consejo de la Magistratura u otro similar; y (iv) sistema de nombramiento por elección popular. Estos sistemas pueden conjugarse con (v) el sistema de concurso. En los sistemas en que hay participación del Congreso, la regla general es que se exija una mayoría calificada para los nombramientos.

Optar por un sistema u otro importará distintos equilibrios entre el compromiso con los ideales de la democracia constitucional (requisito especialmente relevante en democracias que vienen de un pasado reciente autoritario, como las latinoamericanas), la competencia técnica, independencia y legitimidad democrática, todos elementos necesarios en la magistratura constitucional. Un sistema de nombramiento por un órgano técnico aumentará la independencia, pero puede ser deficiente en cuanto a legitimidad democrática; por otro lado, los sistemas de nombramiento por elección popular o en que participa sólo el Congreso conseguirán una fuerte legitimidad democrática, pero pueden ser cuestionados en cuanto a garantizar la independencia.

El sistema que combina de forma más equilibrada estos elementos, y que nos parece aporta de mejor manera al ideal deliberativo, es el que contempla la intervención de diferentes poderes del Estado. De la intervención de distintos actores, se sigue el conciliar equilibradamente legitimidad democrática e independencia. Además, la pluralidad de actores importará,

²⁵ Por idoneidad democrática hacemos referencia a la profunda adhesión a los valores de respeto a la democracia y los derechos humanos que ha de caracterizar al juez constitucional, que desafortunadamente en el contexto latinoamericano no es posible dar por descontado.

en la práctica, una valoración distinta de los requisitos y el perfil adecuados para integrar las cortes constitucionales. De esta forma, se favorece una integración más plural y conectada con las diversas visiones existentes dentro de la comunidad política en que se inserta el tribunal. Otra ventaja de este sistema es que, aunque contraintuitivo, estudios empíricos provenientes de la ciencia política han demostrado que los procedimientos de nombramiento que se concentran en instituciones electas (legislativo y ejecutivo) no sólo no afectan la independencia judicial, sino que pueden fortalecerla²⁶. Carroll y Tiede sostienen que la multiplicidad de intereses involucrados preserva la independencia, sin convertirse por ello en una selección tecnocrática o apolítica. Se robustece la independencia sin mermar la legitimidad democrática, dado que se mantiene una influencia democrática sustantiva en el proceso, toda vez que los actores que realizan los nombramientos son sujetos que deben rendir cuentas²⁷.

Otro elemento relevante a considerar dentro del estudio de los procedimientos de selección y nombramiento son los quórum exigidos para las designaciones en que interviene el Congreso. De acuerdo con la teoría, la incorporación de mayorías calificadas, como en el caso chileno, presentaría la ventaja de favorecer el nombramiento de jueces con altas credenciales académicas y de compromisos ideológicos o partidarios débiles, ya que requiere de mayores niveles de consenso sobre el mérito de los candidatos. Conforme lo anterior, teóricamente los quórum supramayoritarios favorecen la deliberación. Otra ventaja que se predica de éstos es que, consecuencia de lo anterior, se evitaría la sobre-politización. No obstante, la experiencia no confirma esta hipótesis. En cuanto al requisito de mayoría calificada para los nombramientos que corresponden al Congreso, lo que ha sucedido en la práctica es un acuerdo de “reparto de los cupos” entre las fuerzas políticas. Esto se ha traducido en nombramientos de jueces constitucionales con compromisos y lealtades políticas claras, pero procurando un equilibrio que tienda al empate. Este problema no es exclusivo de Chile ni de Latinoamérica²⁸.

²⁶ MONTOYA, cit. (n. 24); PÉREZ-LIÑÁN – CASTAGNOLA, cit. (n. 24). Carroll y Tiede sostienen que la multiplicidad de intereses involucrados preserva la independencia, sin convertirse por ello en una selección tecnocrática o apolítica. Se robustece la independencia sin mermar la legitimidad democrática, dado que se mantiene una influencia democrática sustantiva en el proceso toda vez que los actores que realizan los nombramientos son sujetos que deben rendir cuentas. CARROLL, Royce – TIEDE, Lydia, *Judicial Behavior on the Chilean Constitutional Tribunal*, en *Journal of Empirical Legal Studies* 8 (2011), 4, pp. 856-877, p. 864.

²⁷ CARROLL – TIEDE, cit. (n. 26), pp. 856-877, p. 864.

²⁸ Además de ser la realidad chilena, así se ha sostenido también para el caso LANDA, César, *El estatuto del juez constitucional en el Perú*, ahora, en FIX-ZAMUDIO,

En orden a maximizar el potencial deliberativo de los sistemas de selección de jueces constitucionales, cualquier sistema de nombramiento puede complementarse el sistema que otorguen transparencia y apertura, como las audiencias públicas de nominación o *hearings* y mecanismos de participación de la ciudadanía en la selección de los magistrados. Abrir el proceso de selección a través de procedimientos que permitan a otros actores públicos o de la sociedad civil presentar observaciones u objeciones a los candidatos, para la consideración de estos antecedentes por los órganos encargados de los nombramientos, promovería la discusión pública previa a la designación. Esta posibilidad existe ya en el sistema peruano y ecuatoriano. La incorporación de instituciones de esta naturaleza a nivel constitucional favorecería la deliberación pública respecto de los méritos que los candidatos deben reunir.

Finalmente, nos referiremos al potencial deliberativo radicado en la colegialidad de las cortes constitucionales. La colegialidad tiene un contenido normativo, además de descriptivo, al ser considerada por algunos una virtud que se traducirá en el carácter razonado y deliberado de las actuaciones del tribunal, las que se tomarán considerando las posiciones de todos los jueces. Así, se llega a la decisión final a través de un proceso de discusión y razonamiento colectivo, y no a través de una mera suma de votos²⁹, con lo que la colegialidad involucra deliberación. En Latinoamérica, los tribunales constitucionales se integran por un número de jueces que fluctúa entre cinco y diez magistrados. Por regla general y para

Héctor – ASTUDILLO, César (coords.), *Estatuto jurídico del juez constitucional en América latina y Europa. Libro homenaje al doctor Jorge Carpizo* (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2012), pp. 573-612, p. 57; para el caso español GARCÍA, María Asunción, *¿Quis custodiet custodes? El Tribunal Constitucional y la garantía del orden constitucional*, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho* 4 (2008); ALZAGA, Óscar, *La composición del Tribunal Constitucional español*, ahora, en CORZO SOSA, Edgar - VEGA GÓMEZ, Juan (coords.), *Tribunales y Justicia Constitucional. Memoria del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2002), pp. 3-315; HERNANDO, Javier, *La selección de magistrados del Tribunal Constitucional* (Madrid, Tesis Doctoral, inédita, 2013), disponible [en línea]: <http://eprints.ucm.es/22829/>; FERNÁNDEZ, Germán, *Sobre la designación de los magistrados constitucionales: Una propuesta de reforma constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 35 (2015), 105, pp. 13-49; para Hungría KELEMEN, cit. (n. 24); y Portugal SERVICIO DE ESTUDIOS, BIBLIOTECA Y DOCUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, *Modelos de renovación personal de los tribunales constitucionales*, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 21 (2001), 61, pp. 209-237, p.221.

²⁹ RUFINO DO VALE, cit. (n. 23).

evitar bloqueos en las decisiones, el número de integrantes del Tribunal Constitucional debe ser impar.

2. Posibilidad de que la sociedad civil presente *amicus curiae* o se convoque a audiencias públicas

A través de los *amicus curiae* y de las audiencias públicas, se amplía el abanico de participantes del intercambio de razones dentro del proceso de control de constitucionalidad. Terceros, que no son parte en el conflicto, pueden hacer llegar al tribunal su interpretación del correcto significado de la Constitución, para que la jurisdicción constitucional pueda considerarlos a la hora de dictar sentencia. Se trata de instituciones particularmente relevantes para efectos del argumento de este trabajo, ya que constituyen vehículos procesales para que la jurisdicción constitucional se pueda abrir a la consideración de los argumentos que puedan hacer valer los integrantes de la comunidad política frente a una controversia sobre el sentido de la Constitución. No obstante, debe advertirse que su potencial deliberativo depende, a su vez, del modo en que éstas estén diseñadas, pues su sola aceptación, sin la correspondiente incorporación de los argumentos en la deliberación de los jueces constitucionales, puede ser contraproducente y hacerlas parecer una puesta en escena que termine debilitando la legitimidad.

a) *Amicus curiae*. Los *amicus curiae* son una institución procesal que permite que terceros no involucrados en una causa hagan una presentación en ésta, atendido el interés público que está comprometido en el asunto. Permitir la presentación de *amicus curiae* en el proceso de control de constitucionalidad transforma una controversia constitucional entre dos partes, en un debate amplio sobre la inconstitucionalidad de una norma, enriqueciendo la discusión al permitir conocer todos los argumentos posibles sobre el punto, y de este modo facilitar la acción de los jueces al tomar conocimiento de elementos que las partes no habrían incorporado. En Latinoamérica, la institución se ha recepcionado formalmente en los sistemas de control de constitucionalidad de países como Argentina, México, Perú y Brasil. La regla general es que su reglamentación se encuentre en autos acordados, y no por ley³⁰.

El *amicus* se presenta por un tercero que es ajeno al litigio y que cuenta con una reconocida competencia en la materia discutida en la causa. El

³⁰ En Chile los *amicus curiae* no encuentran un reconocimiento general en la legislación, y tampoco existe una regulación para su presentación ante el Tribunal Constitucional.

tercero que interviene en calidad de *amicus curiae* debe justificar que su interés en el resultado del pleito excede el de las partes, aunque su posición convenga a la pretensión de una u otra. Su intervención se justifica en la defensa de un interés público que está comprometido en la resolución del caso, cuya dilucidación judicial ostente una fuerte proyección o trascendencia colectivas, que excede el interés particular de los litigantes³¹. Este interés público comprometido se ajusta al principio de la persecución del bien común propio de la democracia deliberativa.

La institución se ha justificado en el aporte que significa a la deliberación pública dentro del proceso judicial, especialmente en el ámbito de la jurisdicción constitucional. Desde una perspectiva de democracia deliberativa, se señala que el *amicus curiae* otorga transparencia a las decisiones jurisdiccionales, democratiza la discusión jurisdiccional y, por extensión, fortalece la garantía del debido proceso, que involucra —inter alia— la emisión de sentencias razonadas, justas y jurídicamente sustentables, misión eminente en cabeza de los jueces constitucionales, cuya legitimidad en buena medida se asienta en la razonabilidad de sus pronunciamientos³². Se entiende que abrir los procesos en que se involucra un interés público permite una mayor deliberación y participación en una decisión que tiene impacto más allá de las partes de la controversia judicial. García sostiene que favorecen un debate informado, y amplían la transparencia y la legitimidad democrática de los tribunales. Señala que se trata de una herramienta de la democracia participativa y un modo de expresión de los movimientos sociales³³. Resulta relevante determinar quién tiene “derecho a voz” para opinar sobre la constitucionalidad de una ley que está siendo impugnada: a través del *amicus curiae*, el ámbito constitucional se constituye en un espacio de actuación para los ciudadanos, otorgando a la sociedad una voz dentro del proceso judicial³⁴. La institución abre este derecho a voz a la sociedad civil, amplía la participación y concede un mayor valor epistémico al proceso judicial, aumentando por tanto su valor democrático y

³¹ BAZÁN, Víctor, *Amicus curiae, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional* en *Revista Derecho del Estado* 33 (2014), pp. 3-34, p. 26.

³² BAZÁN, cit. (n. 31), p. 4.

³³ GARCÍA, Rubén, *A democratic theory of amicus advocacy*, en *Florida State University Law Review* 35 (2008), pp. 315-358, p. 320. En un sentido similar, MENA, Jorge, *El amicus curiae como herramienta de la democracia deliberativa*, en *Revista Justicia Electoral* 1 (2010), 6, pp. 173-196, p. 174.

³⁴ HENNIG, Mônia, *La noción de Constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del amicus curiae en el derecho brasileño*, en *Estudios Constitucionales* 8 (2010), 1, pp. 283-304, p. 286.

deliberativo³⁵. Otra virtud de la institución es que mejora la calidad de la argumentación de las sentencias, aumentando su razonabilidad. Mientras mayor sea el número de expertos o interesados que den argumentos, el tribunal recibirá más insumos para resolver de la mejor manera posible.

La institución puede favorecer la legitimidad de los tribunales constitucionales. Señala Hennig que el *amicus curiae*, en tanto que mecanismo procesal sea apto para viabilizar institucionalmente la participación de la ciudadanía, amplía el debate constitucional y, en consecuencia, la legitimidad de las decisiones y sentencias proferidas en el ámbito de la jurisdicción democrática³⁶. En el mismo sentido se pronuncia Bazán, quien llega tan lejos en su apreciación que afirma que los *amicus curiae* permiten “incluso a licuar los elementos contramayoritarios que algunos autores visualizan en el control judicial de constitucionalidad.” Finalmente, se ha dicho, incluso, que aportan a la protección de los derechos humanos y el Estado democrático de derecho, ya que su uso es frecuente precisamente en casos en que estos están involucrados³⁷. Pese a que la institución no se encuentra contemplada en el ordenamiento jurídico chileno, es cada vez más frecuente que organizaciones de la sociedad civil presenten *amicus curiae* ante el Tribunal Constitucional, particularmente cuando se tratan materias de alto interés y controversia social. Estas presentaciones han sido aceptadas por el tribunal fundado en el derecho constitucional de petición y en el deber constitucional de reconocimiento y amparo de los grupos intermedios por parte del Estado.

b) Audiencias públicas dentro del proceso constitucional. Entenderemos por audiencias públicas aquellas que se realizan dentro de un proceso en que se resolverá una controversia sobre el significado de la Constitución través del ejercicio de la jurisdicción constitucional. Así se convoca a personas y/o instituciones que no son parte en el proceso, a exponer oralmente ante el tribunal sobre la controversia que se está conociendo.

Las audiencias públicas dentro del control de constitucionalidad son una institución de reciente aparición, lo que explica su escaso tratamiento teórico que impide perfilar claramente la institución. Estas audiencias se convocan en juicios de alta connotación pública o de notorias consecuencias políticas, en los que sus efectos para el interés general se vuelven paten-

³⁵ HENNIG, cit. (n. 34), p. 283.

³⁶ HENNIG, cit. (n. 34), p. 284. En el mismo sentido se pronuncia Bazán, quien llega tan lejos en su apreciación que afirma que los *amicus curiae* permiten “incluso a licuar los elementos contramayoritarios que algunos autores visualizan en el control judicial de constitucionalidad”; BAZÁN, cit. (n. 31), p. 30.

³⁷ MENA, cit. (n. 33), p. 184.

tes. Se llama a que la sociedad civil intervenga manifestando al tribunal su posición y los argumentos o antecedentes que informarán a la jurisdicción constitucional sobre las consecuencias de la sentencia. A diferencia de los *amicus curiae*, las audiencias públicas se orientan principalmente a escuchar consideraciones o argumentos extrajurídicos.

Los argumentos a favor de la institución son similares a las ventajas de la recepción de los *amicus curiae*. Se les ha considerado un esfuerzo de los tribunales por aumentar su legitimidad, transparencia y apertura a la ciudadanía³⁸. También se afirma que fortalecen la democracia y realizan el ideal deliberativo, al ofrecer un canal institucional en que se le otorga voz dentro del proceso de control de constitucionalidad³⁹. La institución constituye una forma de participación política⁴⁰ de la ciudadanía ante la jurisdicción constitucional y una manifestación del derecho de acceso a la información⁴¹. Se ha sostenido que permiten visibilizar problemas y sujetos de grupos vulnerables, que tradicionalmente son excluidos⁴². Finalmente, la realización de audiencias públicas refuerza la legitimidad del tribunal, ya que al ampliar el público ante el cual el tribunal debe justificar su sentencia garantiza la aceptabilidad racional de las decisiones judiciales⁴³, al permitir un encuentro directo entre la comunidad política y la jurisdicción constitucional. Al convocar a una audiencia pública, no sólo se entregará información desde la ciudadanía al tribunal. También somete a un escrutinio social mayor a la jurisdicción constitucional, ya que la ciudadanía podrá tomar conocimiento de la actuación de la jurisdicción constitucional y, consecuentemente, ejercer un mayor control sobre ésta.

Las primeras experiencias de audiencias públicas se encuentran en la

³⁸ GARGARELLA, Roberto, *El poder judicial ante los demás poderes*, ahora, en GONZÁLEZ, Felipe – DAMIANI, Gerson – FERNÁNDEZ-ALBERTOS, José (coords.), *¿Quién manda aquí? La crisis global de la democracia representativa* (Madrid, Editorial Debate, 2017), pp. 33-57; BENEDETTI, Miguel Ángel – SÁENZ, María Jimena, *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia* (Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016), p. 12; LORENZETTI, Ricardo, Las audiencias públicas y la Corte Suprema, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 14 (2014), p. 3.

³⁹ GARCÍA, Leonardo, *Subreglas jurisprudenciales de contención a las mayorías parlamentarias* (2014), ahora, en GARCÍA, Leonardo (ed.), *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo* (Lima, Grijley, 2014), pp. 42-76, p. 43.

⁴⁰ SANCARI, cit. (n. 21).

⁴¹ ABRAMOVICH, cit. (n. 21), p. 21.

⁴² BENEDETTI – SÁENZ, cit. (n. 38), p. 12.

⁴³ GIUFFRÉ, Carlos Ignacio, *Democracia deliberativa: institucionalización de instrumentos jurídico-dialogicos*, en *Sistema Argentino de Información Jurídica* (2016), p. 7.

Corte Constitucional colombiana, que comenzó la práctica de las audiencias públicas en la segunda parte de la década de los noventa. Su expansión por América Latina se produce a partir de la segunda mitad de la década del 2000. La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, y el Tribunal Constitucional chileno introducirán la práctica de convocar a audiencias públicas en la segunda mitad de la década⁴⁴.

3. *Votos de minoría y prevenciones*

Una institución importante para la exposición argumentada de razones y la transparencia es la posibilidad de hacer público el desacuerdo que se produce dentro de un tribunal colegiado. En el medio latinoamericano la publicación del disenso en los tribunales colegiados es la regla, y no suscita mayor discusión. Sin embargo, la institución constituye un rasgo relevante dentro de un sistema. Como afirma Tiede, “la decisión de un juez de disentir públicamente, y así la aparición de un conflicto en una corte, es un fenómeno político importante, tanto para el tribunal como sus miembros, otros actores políticos y el público”⁴⁵. Esto es relevante tratándose del control de constitucionalidad. Cappelletti ha afirmado que el Tribunal Constitucional debería ser especialmente sensible al hecho de que, si los razonamientos que fundan sus fallos son completos, analíticos y dotados de sistematicidad, pueden representar un medio para que el tribunal refuerce su legitimidad democrática al abrir al control crítico de la opinión pública sus propias *rationes decidendi*. Y en este sentido, considera los votos particulares como una contribución de especial importancia en esta dirección⁴⁶.

⁴⁴ Ver SOLA, Juan Vicente, *Audiencias públicas, amicus curiae y el caso Grupo Clarín*, en *Pensar en Derecho* 3 (2013), p. p. 12; HENNIG, Mônia – MAAS, Rossana, *Audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a lei de biossegurança como forma de ocorrência da figura do amicus curiae*, en *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD.)* 2 (2010), 1, p. 40; SOTELO, Arturo, *Dejad que los ciudadanos se acerquen a mí: entre la legitimidad y la representación: las audiencias públicas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso de la despenalización del aborto en el Distrito Federal* (México, FLACSO, 2010), p. 18; BUSCH, Tania, *El control del juez constitucional* (Santiago, Tesis Doctoral, inédita, 2018), disponible [en línea]: <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/22156>.

⁴⁵ TIEDE, Lydia, *The political determinants of judicial dissent: evidence from the Chilean Constitutional Tribunal*, en *European Political Science Review* (2015), pp. 1-27.

⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro, *El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: Sus relaciones con el orden comunitario europeo*, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 4 (1982) 2, pp. 9-24, p. 20.

La literatura señala diversas ventajas de la apertura del desacuerdo judicial y sus razones. Los votos particulares favorecen la deliberación sobre el significado de la Constitución, que se construye por una diversidad de actores, no siendo algo dado. Luego, la transparencia en el ejercicio de la adjudicación constitucional fortalece el debate e intercambio de ideas⁴⁷. También favorece que la jurisprudencia se adapte a los cambios sociales⁴⁸. La publicidad de las opiniones disidentes aporta a la transparencia⁴⁹, abriendo las razones objeto de debate dentro del tribunal al público en general y, de este modo, sometiénolas a la crítica de la opinión pública. Se ha sostenido también que mejora la calidad de la argumentación del fallo de mayoría, ya que el tribunal resulta obligado a considerar las opiniones minoritarias⁵⁰. Otro argumento, a favor de la institución, es que permite legitimar el rol del Tribunal Constitucional. En un contexto de desconfianza en las instituciones públicas, la publicación de los votos disidentes puede ser un modo de asegurar transparencia en la toma de decisiones que fortalezca su credibilidad y legitimidad.⁵¹ Especialmente, en el contexto de este trabajo, habría que destacar que permite fortalecer la legitimidad del tribunal y del sistema de control de constitucionalidad, en la medida que los votos disidentes constituyen una prueba concreta para la parte que ha visto frustradas sus expectativas, de que sus argumentos fueron seriamente considerados en la deliberación interna del tribunal.

Con la creciente necesidad de aumentar la transparencia en el ejercicio de la jurisdicción constitucional y el intenso debate sobre la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales, los votos particulares hacen posible seguir a los jueces en sus opiniones y el desarrollo de su filosofía judicial y los eventuales cambios o inconsistencias. De este modo, esta institución puede jugar un rol relevante en el enriquecimiento del debate deliberativo sobre el significado de la Constitución y ayudar a la evolución del derecho constitucional.

V. Conclusiones

En este trabajo hemos planteado la idea de que un diseño orgánico y procedimental interno de la jurisdicción constitucional, pensado en perspectiva deliberativa, ofrece razones sustantivas e instrumentales para

⁴⁷ VERDUGO, Sergio, *Aportes del modelo de disidencias judiciales al sistema político. Pluralismo judicial y debate democrático*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 18 (2011), p. 220.

⁴⁸ RUFINO, cit. (n. 23), p. 76.

⁴⁹ VERDUGO, cit. (n. 47), p. 220.

⁵⁰ KELEMEN, Katalin, *Dissenting Opinions in Constitutional Courts*, en *German Law Journal* 14 (2013), 8, p. 1364. Asimismo, VERDUGO, cit. (n. 47), p. 220.

⁵¹ KELEMEN, cit. (n. 50), p. 1356. Asimismo, VERDUGO, cit. (n. 47), p. 220.

fortalecer la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la adhesión al sistema constitucional en su conjunto. La democracia deliberativa ofrece un modelo interesante frente al control de constitucionalidad, desde que releva no sólo el aspecto de la regla de la mayoría en la democracia, sino que pone el acento en el intercambio de razones y la reflexividad, lo que se corresponde con el rol que en un sistema constitucional corresponde a las cortes constitucionales. Las premisas teóricas que inspiran las instituciones que revisamos permiten fortalecer la legitimidad de un sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad y, de esta forma, hacer frente a las objeciones contramayoritarias a la jurisdicción constitucional.

Dirigir la mirada hacia las innovaciones de la organización de las cortes constitucionales que se han generado desde América Latina ofrece una perspectiva original respecto de cómo la jurisdicción constitucional puede contemplar instituciones para la apertura a la sociedad y el intercambio de razones, no sólo dentro del proceso y entre las partes, sino en diversos momentos de la conformación de las cortes, dentro del proceso mismo del control de constitucionalidad o a través del modo en que se expresan las razones de la decisión constitucional en las sentencias, razonamientos destinados a las partes, los terceros e incluso la opinión pública. Estas novedades institucionales se han originado por la necesidad de legitimación frente a la sociedad que han tenido las cortes latinoamericanas y el rol que han jugado dentro del sistema democrático.

En este trabajo hemos destacado cómo se han generado innovaciones en el sistema de nombramiento de los magistrados constitucionales, maximizando el potencial deliberativo de su diseño institucional al incorporar audiencias públicas de nominación y canales de participación para la sociedad civil en la evaluación de los méritos de los candidatos. También hemos destacado la incorporación creciente de la institución de los *amicus curiae* y de las audiencias públicas dentro del proceso de control de constitucionalidad como una forma de abrir la interpretación constitucional a la sociedad civil. Y, finalmente, hemos insistido en la relevancia de la transparencia del disenso interno del tribunal a la hora de fallar, en la figura los votos de minoría y las prevenciones. El potencial deliberativo y, por tanto, legitimador de la jurisdicción constitucional va a depender, por cierto, del modo específico en que cada sistema contemple estas instituciones.

Para finalizar, dejamos abierta a la reflexión la siguiente idea: las nuevas formas institucionales de organización de la jurisdicción constitucional que vinieron desde el Sur pueden ofrecer nuevos elementos para repensar el problema de la relación entre democracia y jurisdicción constitucional, tensiones y objeciones que miradas desde los sistemas de control de constitucionalidad en sus modelos tradicionales no han logrado resolver del todo.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor, *La apertura del debate constitucional. Nuevas vías de participación ante la Corte Suprema*, en *Pensar en Derecho* 3 (2013).
- ACKERMAN, Bruce – ROSENKRANTZ, Carlos, *Tres concepciones de la democracia constitucional, Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, en *Centro de Estudios Constitucionales (Cuadernos y Debates)* 29 (1991).
- ALZAGA, Óscar, *La composición del Tribunal Constitucional español*, ahora, en CORZO SOSA, Edgar – VEGA GÓMEZ, Juan (coords.), *Tribunales y Justicia Constitucional. Memoria del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2002).
- BAZÁN, Víctor, *Amicus curiae, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional*, en *Revista Derecho del Estado* 33 (2014).
- BAYÓN, Juan Carlos, *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*, ahora, en GARCÍA, Leonardo – CARBONELL, Miguel (editores), *El canon neoconstitucional*. (Madrid, Trotta; México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Autónoma de México, 2010).
- BAYÓN, Juan Carlos, *Derechos, democracia y Constitución*, ahora, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid, Trotta, 2003).
- BELLO HUTT, Donald, *Contra la supremacía judicial en la interpretación de la Constitución*, ahora, en *Revus Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* 33 (2017).
- BELLO HUTT, Donald, *Republicanism, Deliberative Democracy, and Equality of Access and Deliberation*, en *Theoria* 84 (2018).
- BENEDETTI, Miguel Ángel – SAENZS, María Jimena, *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia* (Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016)
- BUSCH, Tania, *El control del juez constitucional* (Santiago, Tesis Doctoral, inédita, 2018).
- CAPPELLETTI, Mauro, *El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: Sus relaciones con el orden comunitario europeo*, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 4 (1982), 2.
- CASTILLO, María Liliana, *El rol de la democracia deliberativa y su ejercicio legítimo*, en *El Ágora USB* 14, (2014), 2.
- CARROLL, Royce – TIEDE, Lydia, *Judicial Behavior on the Chilean Constitutional Tribunal*, en *Journal of Empirical Legal Studies* 8 (2011), 4.
- CHAMBERS, Simone, *Deliberative Democratic Theory*, en *Annual Review of Political Science* 6 (2003).
- COHEN, Joshua, *Money, Politics, and Political Equality*, ahora, en BYRNE, Alex – STALNAKER, Robert – WEDGEWOOD, Ralph, *Fact and Value* (Boston, MIT Press, 2001).
- DA SILVA, Virgílio, *Deciding without deliberating*, en *I CON.* 11 (2013), 3.
- ELSTER, Jon, *Introduction* (1998), ahora, en ELSTER, Jon (ed.), *Deliberative Democracy* (Cambridge, Cambridge University Press, 1998).
- ELY, John, *Democracy and Distrust* (Cambridge, Harvard University Press, 1980).
- FERNÁNDEZ, Germán, *Sobre la designación de los magistrados constitucionales: Una propuesta de reforma constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 35 (2015), 105.

- FERRERES, Víctor, *Justicia constitucional y democracia* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997).
- FERRERES, Víctor, *Una defensa del modelo europeo del control de constitucionalidad* (Madrid, Marcial Pons, 2011).
- FROSINI, Justin – PEGORARO, Lucio, *Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification?*, en *Journal of Comparative Law* 3 (2013), 2.
- GARCÍA, Leonardo, *Subreglas jurisprudenciales de contención a las mayorías parlamentarias* (2014), ahora, en GARCÍA, Leonardo (ed.), *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo* (Lima, Grijley, 2014).
- GARCÍA, María Asunción, *¿Quis custodiet custodes? El Tribunal Constitucional y la garantía del orden constitucional*, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho* 4 (2008).
- GARCÍA, Rubén, *A democratic theory of amicus advocacy*, en *Florida State University Law Review* 35 (2008).
- GARGARELLA, Roberto, *El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos*, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 14 (2013).
- GARGARELLA, Roberto, *El poder judicial ante los demás poderes*, ahora, en GONZÁLEZ, Felipe – DAMIANI, Gerson – FERNÁNDEZ-ALBERTOS, José (coords.), *¿Quién manda aquí? La crisis global de la democracia representativa* (Madrid, Editorial Debate, 2017).
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. (Buenos Aires, Ariel, 1996).
- GIUFFRÉ, Carlos Ignacio, *Democracia deliberativa: institucionalización de instrumentos jurídico-dialógicos*, en *Sistema Argentino de Información Jurídica* (2016).]
- GUTMAN, Amy – THOMPSON, Dennis, *Why Deliberative Democracy?* (Princeton, Princeton University Press, 2004).
- HENNIG, Mônia – MAAS, Rossana, *Audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a lei de biossegurança como forma de ocorrência da figura do amicus curiae*, en *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD.)* 2 (2010), 1.
- HENNIG, Mônia, *La noción de Constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del amicus curiae en el derecho brasileño*, en *Estudios Constitucionales* 8 (2010), 1.
- HERNANDO, Javier *La selección de magistrados del Tribunal Constitucional* (Madrid, Tesis Doctoral, inédita, 2013).
- KELEMEN, Katalin, *Appointment of Constitutional Judges in a Comparative Perspective – whit a Proposal for a New Model for Hungary*, en *Acta Juridica Hungarica* 54 (2013), 1.
- KELEMEN, Katalin, *Dissenting Opinions in Constitutional Courts*, en *German Law Journal* 14 (2013), 8.
- LANDA, César, *El estatuto del juez constitucional en el Perú*, ahora, en FIX-ZAMUDIO, Héctor – ASTUDILLO, César (coords.), *Estatuto jurídico del juez constitucional en América latina y Europa. Libro homenaje al doctor Jorge Carpizo* (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2012).
- LARA-BORGES, Oswald – CASTAGNOLA, Andrea – PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal, *Diseño constitucional y estabilidad judicial en América Latina, 1900-200*, en *Política y Gobierno* 19 (2012), 1.

- LINARES, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes* (Madrid, Marcial Pons, 2008).
- LORENZETTI, Ricardo, *Las audiencias públicas y la Corte Suprema*, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 14 (2014).
- MARÍN, Gustavo, *¿Protagonismo ante las cámaras de TV? Deliberación pública y disenso judicial en la Suprema Corte mexicana, 1998-2012* (México, Tesina de Maestría en Ciencia Política, inédita, 2018).
- MENA, Jorge, *El amicus curiae como herramienta de la democracia deliberativa*, en *Revista Justicia Electoral* 1 (2010), 6.
- MENDES, Conrado Hübner, *Political deliberation and constitutional review*, en FLORES, Imer – HIMMA, Kenneth (eds.) *Law, Liberty, and the Rule of Law. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 18 (2013).
- MONTOYA, Ana María, *Si no vas al Senado no te eligen magistrado. Instituciones informales y criterios de selección de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana en el Senado (1992-2009)*, en *Colombia Internacional* 79 (2013).
- NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica* (Ciudad Universitaria, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 1989).
- NINO, Carlos Santiago, *Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad*, en *Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales* 29 (1991).
- NIEMBRO, Roberto, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa* (Madrid, Tesis Doctoral, inédita, 2017).
- PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal – CASTAGNOLA, Andrea, *Institutional Design and External Independence: Assessing Judicial Appointments in Latin America*, en *APSA 2011 Annual Meeting Paper* (2011).
- POU, Francisca, *Changing the Channel: Broadcasting Deliberations in the Mexican Supreme Court*, ahora, en: DAVIS, Richard – TARAS, David (eds.), *Justices and Journalism. The Global Perspective*. (Cambridge, Cambridge University Press, 2017).
- POU, Francisca, *Supreme and Constitutional Courts: Directions in Constitutional Justice*, ahora, en: SIEDER, Rachel – ANSOABEHHERE, Karina (cords.), *Routledge Handbook of Law and Society in Latin America* (Londres, Routledge, 2017).
- RÍOS-FIGUEROA, Julio, *Institutions for Constitutional Justice in Latin America*, ahora, en HELMKE, Gretchen – RÍOS-FIGUEROA, Julio, *Courts in Latin America* (New York, Cambridge University Press, 2011).
- RUFINO DO VALE, André, *La Deliberación en los Tribunales Constitucionales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017).
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Constitucionalismo y democracia*, en *Isonomía* 21 (2004).
- SANCARI, Sebastián, *El rol de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina en el impulso de la participación política en la jurisdicción*, en *Ecuador Debate* 96 (2015).
- SERVICIO DE ESTUDIOS, BIBLIOTECA Y DOCUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, *Modelos de renovación personal de los tribunales constitucionales*, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 21 (2001), 61.
- SOLA, Juan Vicente, *Audiencias públicas, amicus curiae y el caso Grupo Clarín*, en *Pensar en Derecho* 3 (2013).
- SOTELO, Arturo, *Dejad que los ciudadanos se acerquen a mí: entre la legitimidad y la representación: las audiencias públicas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso de la despenalización del aborto en el Distrito Federal* (México, FLACSO, 2010).

- SZMULEWICZ, Esteban, *El sistema binominal y la crisis de legitimidad de la política en Chile*, ahora, en TÓRTORA, Hugo – JORDÁN, Tomás (coords.), *Estudios para una nueva Constitución* (Santiago, Editorial Metropolitana, 2014).
- THEA, Federico, *La elección de jueces constitucionales en las democracias actuales*, en *Pensar en Derecho* 4 (2014).
- TIEDE, Lydia, *The political determinants of judicial dissent: evidence from the Chilean Constitutional Tribunal*, en *European Political Science Review* (2015).
- TUSHNET, Mark, *New institutional mechanisms for making Constitutional Law*, en *Harvard Public Law*, Working 15 (2015), 8.
- VERDUGO, Sergio, *Aportes del modelo de disidencias judiciales al sistema político. Pluralismo judicial y debate democrático*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 18 (2011), 2.
- WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos* (trads.: José Martí y Agueda Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005).
- WALDRON, Jeremy, *The Core of the Case against Judicial Review*, en *The Yale Law Journal* 115 (2006).
- WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, en *Fondo de Cultura Económica* 2 (1964).
- WORLEY, John, *Deliberative Constitutionalism*, en *Brigham Young University Law Review* 2 (2009).