

EL DISENSO JUDICIAL: SOBRE LA IMPORTANCIA DEL PENSAMIENTO
CRÍTICO EN LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES
JUDICIAL DISSENT: ON WHY CRITICAL THINKING MATTERS IN
CONSTITUTIONAL COURTS

Angello Javier Peña Barrios¹

*“Una sociedad en la que el disenso no esté permitido
es una sociedad muerta o destinada a morir.”*

Norberto Bobbio - El Futuro de la Democracia.

Fecha de Recepción: 26 de diciembre de 2021

Fecha de Aprobación: 30 de marzo de 2022

RESUMEN

Este artículo tiene como objeto analizar la relevancia del pensamiento crítico en las democracias constitucionales, específicamente en los Tribunales Constitucionales que ejercen el control judicial de la constitucionalidad y toman decisiones relevantes para las sociedades. Varias decisiones de los Tribunales Constitucionales en el constitucionalismo comparado demuestran la necesidad de disentir, lo que es relevante para el debate sobre temas controvertidos. Por el contrario, un Tribunal Constitucional en el cual no haya disenso sus decisiones serán bastante objetables en determinados contextos y agrava las críticas del control judicial, como se puede interpretar de la Sala Constitucional en Venezuela. Disentir es una forma de constitucionalismo crítico necesario en los Tribunales Constitucionales.

Palabras clave: Disenso, Decisión Judicial, Justicia Constitucional, Democracia Crítica, Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

This paper aims to analyze why critical thinking matters in constitutional democracies, especially focused on Constitutional Courts that have the judicial review and make relevant decisions to societies. Some judicial decisions in comparative constitutionalism demonstrate the need for dissenting, which is relevant to the debate on controversial issues. Conversely, in a Constitutional Court where there is no dissent, their decisions will be objectionable in certain contexts and aggravate criticism of judicial review, as can be seen in the Constitutional Chamber of Venezuela. Dissent is a way to critical constitutionalism in Constitutional Courts.

Keywords: Dissent, Judicial Decision, Judicial Review, Critical Democracy, Constitutional Court.

¹ Abogado mención *Summa Cum Laude* y Magíster *Scientiae* en Ciencias Políticas egresado en ambos de la Universidad de Los Andes, Venezuela. Doctorando en Ciencias Organizacionales en el Grupo de Investigación de Legislación Organizacional y Gerencia Empresarial (GILOG). Abogado miembro del Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Los Andes. Miembro Investigador de pleno derecho del Grupo de Investigación Robert Von Möhl (GIROVOM). Correo electrónico: angellojavierpb@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2381-0324>.

INTRODUCCIÓN

Se suele pensar que los problemas de consenso y disenso se encuentran en espacios propiamente democráticos del poder, como puede ser el poder legislativo con el parlamento. Ciertamente, es así puesto que la deliberación con sus consensos y disensos mediante el debate se suscitan donde hay una pluralidad de individuos, publicidad de las decisiones y varios grupos de poder. Por excelencia, el lugar idóneo para el diálogo democrático se encuentra en el Parlamento de las democracias y, es allí, donde se sitúa normalmente el análisis sobre los consensos y disensos.

No obstante, otro lugar al cual se puede trasladar esa perspectiva de análisis es en el poder judicial, específicamente desde la perspectiva del derecho comparado, en aquellos sistemas de decisión judicial que acogen la regla de la transparencia. En estos sistemas, órganos colegiados como los tribunales constitucionales que, en gran parte de los sistemas jurídicos de América Latina tienen la última palabra en asuntos de índole constitucional, los votos disidentes se publican y tienen un valor que se debe apreciar. Así, se podría observar la relevancia que cobra opinar distinto de la mayoría como un ejercicio de democracia crítica y libre expresión y pensamiento en la sede judicial.

Los jueces toman decisiones trascendentales sobre cuestiones controvertidas como el aborto, la eutanasia o el matrimonio de personas del mismo sexo. Problemas estrictamente vinculados a derechos de las minorías que tanta relevancia tienen en el derecho constitucional comparado y las sociedades heterogéneas. Pero también, sobre aspectos como la regulación de la libertad de expresión que ha asumido un auge reciente con las nuevas tecnologías en las sociedades de la información y del conocimiento.

En el proceso de tomar decisiones los jueces razonan y debaten entre sí -regularmente, no de forma pública como un parlamento- para dar una respuesta sustentada en derecho a las exigencias de la sociedad. Las normas que rigen procedimentalmente la decisión de los tribunales colegiados suelen establecer el número de votos mínimos requeridos para que se pueda tomar una decisión judicial.

El presente trabajo pretende resaltar la importancia de los votos disidentes en las decisiones de los tribunales constitucionales². Buscará dar respuesta a la siguiente interrogante: ¿por qué es necesario disentir en los tribunales constitucionales? Se utilizará el método analítico de la doctrina y determinadas decisiones judiciales como documentación para sustentar la relevancia del disenso en casos difíciles.

DESARROLLO

1_. El Disenso en el Comportamiento Social.

Los seres humanos constituyen según la célebre percepción Kantiana “fines en sí mismos,” cuya individualidad los hace únicos unos de otros en las interacciones sociales. No obstante, es un hecho demostrado por las ciencias del comportamiento humano que las opiniones de unos influyen sobre otros. En efecto, para Sunstein (2002) “la mayor parte del tiempo, los seres humanos hacen lo que los demás hacen (...) por cuanto las acciones y declaraciones de otras personas transmiten información valiosa sobre lo que debería hacerse.” Pág. 1. Como punto de partida, desde esta perspectiva se puede pensar que disentir sería la excepción en las relaciones sociales, específicamente, cuando se toman decisiones que requieren la intervención de una pluralidad de personas.

Ahora bien, es importante indicar que esas acciones y declaraciones que se transmiten hacia las demás personas no siempre son correctas. Y a veces, disentir es positivo como un ejercicio de la libre expresión y pensamiento que pudiera conllevar a una decisión mejor que la de la mayoría, por ejemplo, desde el punto de vista de los derechos humanos. Más aún, esto se hace relevante en sociedades cada vez más heterogéneas que conforman la base social de las democracias constitucionales.

Es de interés el caso de los jueces que componen el sistema de justicia. Se ha afirmado que los abogados y jueces de la disciplina jurídica “conducen a un alto nivel de homogeneización de los saberes, valoraciones y destrezas relevantes para ejecutar una serie de tareas vinculadas al reconocimiento e interpretación de

² En este estudio podemos referiremos a Tribunal Constitucional como equivalente a Sala Constitucional, e incluso, a otras instituciones como la Corte Suprema de los Estados Unidos.

textos normativos” (Coloma: 2014, pp. 414-415). De plano, este tipo de afirmaciones interpretan una especie de conformidad en el ámbito judicial y, a continuación, se documentarán determinados casos en que se señala cómo el disenso es saludable para la institucionalidad del poder judicial.

1.1_. Las Sociedades Heterogéneas.

En la actualidad, las sociedades con fenómenos como la globalización y migraciones forzadas se han convertido en sociedades muy fragmentadas. Como señala Sunstein (2001) cada sociedad contiene “innumerables grupos.” Pág. 14. Tales grupos en nuestros días se hacen mayormente innumerables y, por ello, se habla en la teoría política y jurídica contemporánea también de sociedades “pluralistas” (Sartori: 2000, p. 5), “multiculturales” (Kymlicka: 1996, p. 19) o “marcadas por la presencia de una diversidad” (Zagrebelsky: 2011, p. 13).

Se hace imprescindible relacionar a las sociedades heterogéneas con el concepto de tolerancia. Tolerancia, para la Real Academia Española (2001) significa “respeto o consideración hacia las opiniones o prácticas de los demás, aunque sean diferentes a las nuestras.” Pág. 1075. Salta a la vista que ocupa un lugar vital, por cuanto tolerancia es una idea intrínsecamente vinculada a sociedades pluralistas, multiculturales y diversas como contrapartida a singulares, monoculturales y homogéneas.

Desde una perspectiva de derechos humanos, la sociedad debería ser tolerante ante lo distinto y la necesidad de los seres humanos, que huyen de la guerra y la hambruna de sus países originarios, para ser acogidos en países con democracias que garanticen sus condiciones mínimas de vida. Tolerancia en sí misma implica pluralidad y estar abierto a escuchar el disenso de las demás personas, aunque no se esté de acuerdo con determinada opinión.

Bajo esta idea, en las sociedades pluralistas Habermas (1999) señala que “vivimos con evidencias cotidianas que se alejan cada vez más del caso modélico de un Estado nacional con una población culturalmente homogénea. Aumenta la multiplicidad de formas de vida, grupos étnicos, confesiones religiosas e imágenes del mundo.” Pág. 95.

De hecho, por tal heterogeneidad que cada vez aumenta más en los cambios estructurales sociales se debe considerar la apreciación de Ferrajoli (2007), al señalar que las constituciones de la actualidad se han convertido en “pactos de convivencia tanto más necesarios y justificados cuanto más heterogéneas y conflictuales son las subjetividades políticas, culturales y sociales que están llamadas a garantizar.” Pág. 83. Las constituciones del presente son textos pensados para sociedades heterogéneas, en contraste de las viejas constituciones que se pensaron para sociedades preponderantemente homogéneas y sin tantos grupos como los que componen los estados constitucionales de la actualidad.

En efecto, el Estado Constitucional, por un lado, se encuentra con sociedades cada vez más heterogéneas y, por otro lado, con fenómenos como la Unión Europea, la Organización de Estados Americanos, Organización de las Naciones Unidas o, en general, tratados internacionales sobre derechos humanos, se ha ido perdiendo tanto externa como internamente, la vieja idea de *legibus solutus* como una caja de pandora bajo la cual el Estado de la soberanía clásica podía hacer y deshacer sin más límites que los impuestos por sí mismo. En la doctrina del derecho constitucional contemporáneo se encuentran posiciones sobre un “constitucionalismo global” que es cónsono con la idea de que el Estado ya no es lo que una vez fue (Peña: 2021, p. 428). La base social que componen las democracias constitucionales contiene una pluralidad de grupos que hacen difíciles respuestas únicas a los problemas que afrontan los seres humanos, lo cual, se agrava cuando se toman decisiones desde el poder judicial que no es “propiamente” un poder que deba su legitimidad a la democracia.

1.2. La Necesidad de Disentir.

En la literatura de lengua inglesa, uno de los pensadores más preocupado por la necesidad de disentir en el comportamiento social, es Cass Sunstein. Este autor trata el tema de la conformidad señalando algunos ejemplos en la historia que permiten cuestionar que se tomen decisiones de forma unánime de manera sistemática. Para Sunstein (2020: 17) el “Holocausto” fue un tributo a la conformidad, así como el “ascenso del comunismo”, el “terrorismo contemporáneo” y el “nacionalismo” se deben en gran medida a la conformidad y la ausencia de disenso en la toma de decisiones.

Tanto en contextos autoritarios como democráticos es relevante encontrarse con posiciones disidentes. Para Falk (2009) en estados autoritarios “la existencia de la disidencia y el activismo de los disidentes juntos sostienen una de las únicas esperanzas reales de cambio no violento y evolución política”. En las democracias -sigue la autora- “necesitamos la disidencia para salvaguardar y proteger nuestras libertades civiles más básicas, ya que queda una prueba de fuego de su subversión la medida en que cambiamos la libertad por una mayor seguridad.” Pág. 253.

Desde el funcionamiento de un gobierno, empresas privadas y la propia sociedad también es indispensable la disidencia. Langa (2007) refiere que en el gobierno “es vital que haya personas que estén dispuestas a decir lo que piensan contra lo que parece ser la opinión pública y a veces contra el partido línea”; en el mundo de los negocios “es importante tanto para la corporación como para la sociedad en general que la gente denuncia prácticas corporativas corruptas o injustas”; y en la sociedad civil “es vital que no se silencie ninguna voz porque parezca políticamente incorrecto.” Pág. 368.

Disentir se pone de manifiesto en discusiones sobre cualquier tipo de tema: político, jurídico, filosófico, económico, entre otros. En cada tópico en que exista diálogo se podrían encontrar interpretaciones distintas. Se van a documentar dos demostraciones históricas que permitan explicar de una mejor manera la idea planteada sobre la importancia de disentir.

1.2.1_. Federalistas vs Antifederalistas.

Ejemplos de la historia constitucional occidental pueden demostrar la relevancia que hay en que las sociedades disientan en los asuntos públicos que les atañen. En asuntos constitucionales que conciernen a todos porque obligan a todos, como lo es la creación de una Constitución democrática, las virtudes del disenso se ponen de manifiesto. El caso de la aprobación de la Constitución Federal de 1787 de los Estados Unidos es muy ilustrativo.

Cuando fue creada la Constitución de los Estados Unidos se pretendió aprobar una ley suprema escrita, pero cuyo contenido no preveía una carta de derechos fundamentales. En ese sentido, Pérez (2003) afirma que “[l]a

Constitución de 1787 no sólo no contenía originalmente un *bill of rights*, sino que ni siquiera incluía una referencia a los derechos.” Pág. 255. La no previsión de derechos fundamentales en el documento constitucional constituyó un obstáculo insuperable para los federalistas -quienes estaban a favor de la Constitución, así como estaba- en el momento constitucional norteamericano.

Por el contrario, los antifederalistas -quienes, entre otras cosas, se opusieron a la Constitución porque no contemplaba una carta de derechos- disintieron sobre la forma en que se diseñó y pensó tal norma fundamental. Estados como New York, Virginia y sobre todo Carolina del Norte, criticaron y disintieron sobre ese documento y no pensaron ratificarlo hasta tanto no tuviera una declaración de derechos fundamentales.

De esta manera, un aporte significativo de ese disenso es que se hizo obligatorio para la vida de dicha Constitución hacer modificaciones y tomar en consideración el pensamiento de los disidentes. En efecto, la Constitución fue enmendada introduciendo derechos fundamentales necesarios para garantizar condiciones de libertad de las personas y evitar arbitrariedades provenientes del poder. Como fruto de ese disenso entre federalistas y antifederalistas que, luego a la postre se transformó en consenso constitucional, se crearon las primeras 10 enmiendas de la Constitución, conocida como *Bill of Rights*. Entre los derechos constitucionalizados se encuentra la libertad de expresión que es esencial para disentir y se constitucionaliza, por su importancia, en la primera enmienda.

La necesidad de “*ampliar las bases de la confianza pública*” tanto en el gobierno, pero sobre todo en la Constitución, como refiere el preámbulo de la Carta de Derechos, fue posible por la consideración de las opiniones disidentes.

1.2.2_. La toma de Decisiones de los Aliados en la Segunda Guerra Mundial.

Un funcionario de alto nivel durante la Segunda Guerra Mundial atribuyó el éxito de los Aliados y el fracaso de Adolf Hitler y las otras potencias del Eje, a la más grande habilidad de los ciudadanos en las democracias para escudriñar y disentir, siendo esos elementos factores claves para mejorar los cursos de acción pasados y propuestos. Esta idea es tomada de Sunstein (2002) quien, sobre este caso de los aliados, refiere que “disentir y escudriñar fueron posibles porque los

disidentes no fueron castigados por la Ley y por castigos informales, en la forma de presiones sociales, las cuales fueron relativamente débiles.” Pág. 4.

Este es un caso muy nutritivo y trascendental porque los aliados tomaron mejores decisiones, en parte, porque tenían la posibilidad de disentir y corregir las propuestas efectuadas. Los disidentes no iban a ser penalizados por emitir una opinión diferente, lo cual, además constituye un incentivo para expresar libremente las ideas en un debate político y estratégico tan trascendental. Por el contrario, esta situación no se suscitó del lado del eje porque disentir estaba considerado como una traición y penalizado por el derecho injusto como fue el caso del régimen nazi o, en palabras de Radbruch (1962) la *arbitrariedad legal* proveniente de “órdenes son órdenes y la ley es la ley.” Pág. 21.

En estos estadios se denotan varias cosas: Primero, como señala Sunstein (2001) “es un simple hecho social que algunas veces las personas entran en discusiones con un punto de vista y salen con otro, incluso sobre cuestiones morales y políticas.” Pág. 14. Segundo, el disenso como afirma Bobbio (1986) “cuando sea mantenido dentro de ciertos límites que son establecidos por las llamadas reglas del juego, no es destructivo, sino necesario.” Pág. 48. Tercero, el disenso es fructífero para el conocimiento porque permite ver otros puntos de vista que podrían ser, incluso, mejores que los que ya se tienen previamente, justificando la necesidad de disentir en las instituciones para tomar decisiones públicas.

2_. Democracia Crítica.

La democracia, como sistema político, configura un concepto que se ha venido desarrollando desde tiempos inmemoriales. Su significado etimológico (*kratos* de poder y *demos* de pueblo) no basta para su real y racional significado en la actualidad del Estado Constitucional. Estudios sobre la democracia a su vez proponen una serie de requisitos que deben coexistir para hablar de una noción mínima de democracia.

Así, por un lado, Morlino (2005) haciendo una interpretación de la obra de Robert Dahl acerca de la “poliarquía” (Véase Dahl: 1971) señala que, para hablar de democracia, deben estar presente elementos mínimos como “sufragio universal adulto; elecciones regulares, libres, competitivas y justas; más de un

partido político y más de una fuente de información.” Pág. 37. Por otro lado, Bobbio (1986) parte de una “garantía de los principales derechos de libertad, existencia de varios partidos en competencia, elecciones periódicas y sufragio universal, decisiones colectivas o concertadas (...) o tomadas, en base al principio de la mayoría.” Págs. 46-47. Se hace alusión a ciertas libertades públicas como la libertad de expresión que permiten el disenso, partidos políticos, elecciones periódicas, derecho al sufragio y las reglas de las mayorías para la toma de decisiones.

Conforme a la regla de la mayoría para la toma de decisiones en las instituciones, Zagrebelsky (1996) advierte que “conceptos acríticos de la democracia hablan con ligereza de la soberanía popular,” -prosigue el autor- “queriendo con ello referirse no sólo a que el pueblo está por encima de cualquier autoridad (cosa que, en democracia, no se puede poner en tela de juicio), sino que posee también un poder ilimitado.” Pág. 110. Este sería el caso de la democracia acrítica, a la cual, el mismo autor responde con la democracia crítica, del siguiente modo: “democracia crítica, en cambio, rechaza la soberanía popular en este último sentido y afirma que el pueblo posee el poder supremo de orientar al gobierno de la cosa pública, pero que este poder aun siendo supremo, no es ilimitado.” Pág. 110.

Por un lado, uno de los rasgos más comunes de las minorías políticas, es, como señala Garzón (2000) “una actitud de disenso con respecto a las medidas adoptadas mayoritariamente.” Pág. 16. Por otro lado, en la democracia crítica, como invitación a repensar los planteamientos efectuados, la política puede encontrar límites de las decisiones mayoritarias en esferas como los derechos fundamentales. La democracia crítica, en primer lugar, se podría entender también relacionada con la percepción cada vez más compartida de Ferrajoli (1998), sobre que, en los estados constitucionales “no existen ya los poderes o sujetos absolutos y soberanos.” Pág. 174.

En segundo lugar, con la idea de la esfera de lo “indecidible”. Para Ferrajoli (2007) los derechos fundamentales “están sustraídos de hecho de la esfera de decisión política y pertenecen a lo que he [ha] llamado ‘esfera de lo no decidible (que sí o que no).’ ” Los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, según el mismo autor, son establecidos en la Constitución como “límites y vínculos a la mayoría justamente porque están siempre -de los derechos de

libertad a los derechos sociales- contra las contingentes mayorías. Es más: ésta es la forma más lógica que asegura su garantía.” Pág. 85.

En esta misma línea, el Juez Robert Jackson de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso del “saludo obligatorio a la bandera,” *West Virginia Board of Education vs Barnette* de 1943, señala que el derecho de cada uno a “la vida, la libertad, la propiedad, la libertad de expresión, la libertad de imprenta, la libertad de culto y de reunión y los demás derechos fundamentales no puede ser sometido al voto; no depende del éxito de alguna votación.” Esta idea puede interpretarse como la representación del discurso liberal sobre los derechos fundamentales.

Piénsese en el caso literario señalado por Zagrebelsky (1996). Para este autor, el proceso efectuado en contra de Jesús es un claro ejemplo de por qué es necesaria la democracia crítica y con ello, el disenso. La multitud consentía e incluso, manifestaba con fervor que crucificaran a Jesús, siendo una pena que lo privaba de la vida, en la forma más indigna. Enaltecido, el pueblo *democráticamente* acrítico lo crucificó y reafirmó el poder de Pilatos. Por eso, la democracia crítica “tiene que movilizarse contra quien rechaza el diálogo, niega la tolerancia, busca solamente el poder y cree tener siempre la razón.” Pág. 121.

La democracia crítica con sus posibles límites en los derechos fundamentales, abierta al diálogo y la deliberación entre seres racionales libres e iguales, es una forma de pensar la democracia y las instituciones públicas que, además, estimula el disenso necesario para sociedades cada vez más heterogéneas. Democracia crítica, en suma, es una idea afín con el disenso.

3_. Sistemas de Decisiones Judiciales en el Derecho Comparado

Conforme con los ordenamientos jurídicos que han sido creados para regular las relaciones sociales, se conciben al menos dos sistemas de decisión judicial en el derecho comparado según la documentación realizada por Verdugo (2011: 218-219). Para Verdugo existe un primer sistema, presente en la mayoría de los países del derecho europeo continental (los denominados sistemas de “derecho civil”) que adoptan un “régimen de secretismo” o de “unanimidad forzada” en que las sentencias se presentan siempre como unánimes y las opiniones disidentes no son publicadas. Un segundo sistema se presenta en

tribunales internacionales, países del derecho anglosajón y algunos del derecho civil (específicamente los de América Latina), que consiste en adoptar “una regla de transparencia” donde la unanimidad judicial se logra si todos los jueces que integran un tribunal tienen consenso. El sistema de la regla de transparencia tiene una muy relevante, pues los votos disidentes son publicados, permitiendo así la libre expresión y pensamiento de los jueces para decidir un caso concreto.

El sistema de la regla de transparencia está presente en países de América Latina como Venezuela, en el que el máximo tribunal de la República, el Tribunal Supremo de Justicia y sus distintas Salas que la componen, entre ellas la Sala Constitucional, permiten que los votos disidentes sean publicados cuando no existe unanimidad en el razonamiento de una sentencia.

4_. Los Tribunales Constitucionales también Deliberan y Deciden Mayoritariamente.

4.1_. La Deliberación en Determinados Órganos del Poder Judicial.

La cuestión deliberativa con sus consensos y disensos no es exclusiva de poderes propiamente políticos como el parlamento. También, se encuentra presente en el poder judicial, en concreto, tiene lugar en tribunales colegiados que toman decisiones y requieren decidir bajo el criterio de las mayorías, como es el caso de los tribunales constitucionales. En ese orden, regularmente, los jueces que conforman los altos tribunales constitucionales del poder judicial de cada país se encuentran constituidos según Peña (2020) “mediante un origen o legitimidad no democrática.” Pág. 33.

Tal percepción sobre el control judicial que ejercen los jueces suele ser una de las principales críticas de quienes disienten sobre que el poder judicial tenga la última palabra en lo que concierne a la interpretación de la Constitución. Ahora bien, es importante destacar que, cuando tales tribunales toman decisiones, también deliberan y deciden mayoritariamente como si fueran un parlamento desde la perspectiva de la decisión. En eso se asemejan los tribunales colegiados del poder judicial y el poder legislativo con el parlamento.

Las decisiones judiciales de los tribunales constitucionales también implican un grado de deliberación, ahora bien, la deliberación no es tan intensa, plural o pública como puede ser la del parlamento, pero cuando los jueces constitucionales se encuentran resolviendo un caso concreto, deliberan y toman decisiones mayoritariamente. Este es el elemento que se quiere resaltar.

En el proceso de tomar esas decisiones los jueces razonan y realizan un debate constitucional entre ellos, para dar una respuesta sustentada en derecho a las exigencias de las sociedades heterogéneas. Las normas que rigen procedimentalmente la decisión de los jueces constitucionales, regularmente, establecen el número de votos mínimos requeridos para que se pueda tomar una decisión judicial. Esto se demuestra especialmente en sistemas de decisión judicial que siguen la regla de la transparencia, por ejemplo: si son siete jueces, el mínimo requerido será cuatro; si son nueve jueces, el mínimo requerido será cinco y así sucesivamente; aunque, es de advertir que pueden existir casos en que se exigen mayorías calificadas, como lo señala Waldron (2018).

3.2_. Desde la Dificultad Contramayoritaria de Bickel hasta la Dificultad Contrademocrática de Waldron.

Si los tribunales también deliberan y deciden mayoritariamente, entonces, aquella apreciación bien conocida de Bickel (1986) sobre que los tribunales constituyen una “fuerza contramayoritaria.” Pág. 16, se podría cuestionar. Por un lado, es razonable pensar en los peligros que implica una ley que pudiera vulnerar los derechos las minorías. Pero, por otro lado, también es cierto que en determinados casos de la vida constitucional, las consecuencias del control judicial de la constitucionalidad pueden derivar, como señala Peña (2020) en “tensiones entre los poderes del Estado” Págs. 33-34.

En los casos de tensión constitucional, sobre cuestiones como el aborto, eutanasia, matrimonio igualitario o regulación de la libertad de expresión, la presión se hace aun mayor sobre los órganos del poder judicial. Ni que hablar de temas como el poder constituyente o las famosas cuestiones políticas no justiciables (*political questions*).

Si cinco de nueve jueces toman una decisión, cualquiera que sea la decisión sobre estas cuestiones, podría ser objetable o dudosa. Más lo es desde el punto

de vista de Waldron (2018), quien considera que el control judicial de la constitucionalidad implica más bien “una dificultad contrademocrática, no de una dificultad contramayoritaria”, porque el factor “que cambia es el universo de personas cuyos votos serán contados sobre la cuestión.” Pág. 189. De manera que, el mayoritarismo sigue existiendo tanto en sede parlamentaria como judicial. Entonces, la justificación sobre que el poder judicial tenga la última palabra en la interpretación perdería sentido y justificación en ciertos aspectos, recayendo sobre los defensores del control judicial una carga argumentativa.

Otra percepción sobre el problema del control judicial pareciera tenerla Ferreres (2012). Para este autor, el control judicial es “una institución para limitar las decisiones tomadas por los órganos políticos que representan la voluntad popular mayoritaria.” Pág. 42. Eso es, los jueces constitucionales limitan las decisiones tomadas por el parlamento que representa la “voluntad popular mayoritaria.” Los jueces limitan la democracia que se representa en las mayorías parlamentarias elegidas mediante una votación universal, directa y secreta que toman decisiones. De manera que Ferreres acepta su rasgo contrademocrático, aunque se decida en sede judicial, ciertamente, también contado cabezas como en un parlamento.

Consideramos que la crítica de Waldron es muy importante, por cuanto los jueces constitucionales también toman decisiones con base en el mayoritarismo. Y no es una cuestión que pueda responderse desde la “obiedad.” Si bien los Jueces no son elegidos democráticamente -y éste es el monstruo al que se enfrenta-, existen otros factores de legitimidad, como puede ser el compromiso que los jueces tengan con proteger la supremacía de la Constitución que, como señala Peña (2020) es “el texto fundamental del Estado, que rige su vida política y jurídica.” Pág. 79. En un texto constitucional con enfoque de derechos humanos, con su pluralidad, ninguna minoría debería desprotegerse de forma que se elimine la expectativa de convertirse en un grupo importante para la toma de decisiones públicas.

5_. Decisiones Judiciales en el Derecho Constitucional Comparado.

En el derecho constitucional constitucionalismo comparado se han suscitado desacuerdos razonables sobre casos controvertidos, que escapan del

entendimiento normal y requieren de un conocimiento profundo sobre cuestiones jurídicas, como es el caso de los jueces constitucionales para su resolución. Sin embargo, tal resolución, por ser casos muy complejos, pueden implicar interpretaciones distintas e incluso contradictorias entre sí, por la libertad de pensamiento, expresión y creencias de un Juez en un ambiente democrático.

5.1_. Roe vs Wade.

El caso Roe vs Wade decidido el 22 de enero de 1973 por la Corte Suprema de los Estados Unidos, se trata de un supuesto que llama poderosamente la atención en la historia constitucional de los Estados Unidos. Es de vital importancia ya que su temática sobre el aborto marcó un antes y después en la historia del derecho al aborto en los Estados Unidos y en otros países de América Latina, en que poco a poco han dado un paso adelante en este sentido.

Una mujer soltera embarazada (Roe), interpuso una demanda colectiva en contra de la constitucionalidad de las leyes penales sobre aborto en el Estado de Texas, que prohibieron procurar o intentar un aborto, excepto por recomendación médica con el fin de salvar la vida de la madre, como regla común en la mayoría de los Estados.

La decisión de la Corte se basó en el derecho de la mujer a interrumpir su embarazo, ampliando las causales del aborto en favor de la mujer, que estaría comprendido en la libertad de elección personal en asuntos familiares, derecho a la privacidad, protegida por la décima cuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Se trata de una adaptación de la Constitución a tiempos cambiantes, como una especie de interpretación evolutiva de la norma fundamental, contrario a la tesis del originalismo.

Ante un caso como el del aborto, en que chocan casi bienes “absolutos” como vida contra libertad, es razonable que muchas personas estén en desacuerdo, sobre todo, por cuestiones tradicionales. De hecho, para Tribe (1990) “ningún derecho es más básico que la vida y nada es más devastador que vida sin libertad.” Pág. 3. Disentir en casos como el aborto, es entendible y existen muchos fenómenos involucrados que agravan su complejidad, como es la religión.

En el caso en cuestión, el Juez Blackmun, fue el autor de la opinión mayoritaria de siete contra dos que dio cabida al aborto en los Estados Unidos, cuyos jueces disidentes fueron White y Rehnquist. Las opiniones disidentes, desde el punto de vista de la democracia crítica, deben ser cuanto menos respetadas. Inclusive, es nutritivo señalar lo que indica Rehnquist en el inicio de su voto disidente: “While the opinion thus commands my respect, I find myself nonetheless in fundamental disagreement with those parts of it that invalidate the Texas statute in question, and therefore dissent.”

El Juez Rehnquist respeta la opinión mayoritaria, sin embargo, por sus creencias como individuo y en ejercicio de la libre expresión y pensamiento, disiente. Disentir en estos temas es importante para aquellas personas que no se sientan identificadas con la opinión mayoritaria en la Corte y ante la expectativa sobre un cambio en el futuro de la percepción del órgano judicial.

5.2_. Ley 1354 de 2009.

Según la Ley 1354 de 2009 en Colombia, sobre la cual se convoca un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional, se pretendía modificar el artículo 197 de la Constitución Política, quebrando el límite de la reelección presidencial establecido en la norma fundamental por el poder constituyente originario.

El presente caso que se decidió bajo Sentencia C-141/19 de 27 de agosto de 2009 por el Tribunal Constitucional de Colombia, es uno en el que se enfrenta el constitucionalismo contra la democracia. Por tanto, tiene un vasto terreno para la argumentación de cada una de las posturas, cualquiera que sea la elegida. La discusión en este tipo de temática tiene múltiples *rounds* para desenvolverse, pues trastoca el fondo más íntimo de las instituciones públicas y sus fines llamados a alcanzar.

El control judicial efectuado por el Tribunal Constitucional colombiano sobre la reforma constitucional tuvo como respuesta declarar “*inexequible*” o en otras palabras, no conforme con la Constitución Política la Ley 1354 de 2009 en su totalidad. En cuanto a la deliberación judicial, siete de los nueve magistrados votaron a favor. Dos disintieron totalmente por no estar de acuerdo en el fondo

con la decisión y de los siete que la aprobaron, tres aclararon su voto por discrepancias parciales. El fallo señala -entre muchas otras cosas- que:

surge como conclusión inexorable (...) que la segunda reelección y el tercer periodo consiguiente implican un quebrantamiento de la Constitución y que esa rotura sustituye varios de los ejes definitorios de la Constitución de 1991 que tienen que ver con la estructura institucional acogida por el Constituyente y con los derechos, principios y valores que, según la concepción plasmada en la Carta, son el soporte de esa estructura que, siendo en sí misma valiosa, adquiere la plenitud de su sentido cuando los sirve de manera efectiva.

La tesis se basó en límites al poder constituyente derivado, por consiguiente, se intentó preservar la creación del poder constituyente originario, mediante la tesis de reformas constitucionales inconstitucionales (*unconstitutional constitutional amendments*). En contraste, tomando una de las aclaraciones de voto, por ejemplo, el Juez Sierra discrepa en ese aspecto, señalando en su voto que la “existencia de límites o condicionamientos para modificar la Carta Política solo se refiere al procedimiento para la toma de decisiones, no sobre el contenido de las mismas.”

Como consecuencia, ampliar el margen competencial del Tribunal, según el mismo voto, conlleva en primer lugar que “riñe con el tenor literal del artículo 241.3 de la Carta y permite un control material de las reformas constitucionales.” En segundo lugar, implica “un cambio radical y profundo en el concepto de constitución material.” Y finalmente “plantea una distinción artificial entre las distintas vías de reforma de la Constitución.”

Otra interpretación es la que señala el magistrado Pinilla en su aclaración de voto, sobre la excesiva rigidez constitucional. En el voto de Pinilla, se indica que los textos rígidos “generan en el mediano y largo plazo la creciente insatisfacción de la comunidad política, que (...) termina percibiendo dicha dificultad como un deliberado intento de quienes en cada momento detentan el poder político, o el del control constitucional.”

Ambos argumentos son respetables y señalan distintas interpretaciones que, pueden ser válidas en una deliberación judicial en la que se trastocan temas

como la democracia y sus límites, poco fáciles de teorizar y llegar a acuerdos que puedan satisfacer a la sociedad.

5.3_. Estatuto de Cataluña.

Un grupo considerable de diputados del Congreso español interpusieron un recurso de inconstitucionalidad en contra de preceptos de la Ley Orgánica 6/2006 de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. El Tribunal Constitucional de España decidió el caso en Sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010.

En este caso, se trata el tema acerca de hasta dónde llega la autonomía de Cataluña con respecto a España como Nación y su Constitución. El Tribunal terminó declarando varios aspectos importantes que pueden ser interesantes para el debate constitucional, la cual se dictaminó mediante una mayoría de diez jueces contra dos. Un aspecto relevante sobre el fallo se refiere a que carece de “eficacia jurídica interpretativa las referencias del preámbulo del Estatuto de Cataluña a ‘Cataluña como nación’ y a ‘la realidad nacional de Cataluña.’”

En contraste, es menester señalar el voto particular del Magistrado Conde Martín. Según Conde Martín, se debería apreciar lo siguiente:

Si la fijación del sentido del precepto y el enjuiciamiento de su validez constitucional se han llevado a cabo directamente sin la utilización de la clave hermenéutica que puede suponer el preámbulo, carece ya de justificación lógica que una clave de interpretación, que en realidad no se ha utilizado, sea sometida a análisis o a decisión jurídica.

Es un desacuerdo interesante desde la hermenéutica constitucional. Otra discrepancia similar es la del voto particular del Magistrado Gay Montalvo, quien señala que:

En mi opinión la Sentencia no podía más que concluir que el adjetivo ‘nacional’ aplicado a Cataluña no ha de entenderse como contrapuesto a la Nación española, de la misma forma que los conceptos de ciudadanía catalana y pueblo catalán no significan negación de la existencia de la ciudadanía española o pueblo

español por cuanto se refieren a una expresión de estos últimos, en los que se integran.

Este es otro punto de vista sobre cómo el Tribunal pudo haber interpretado las palabras del preámbulo del Estatuto acerca de “nacional” con referencia a Cataluña. Sin embargo, para la percepción de la mayoría de los jueces, esa referencia se entiende como contrapuesto a Nación española, lo que equivaldría a contrario de la Constitución.

Adicionalmente, otro voto particular es el del Juez Rodríguez Arribas, quien señala sobre el valor de los preámbulos lo siguiente:

Los preámbulos, aunque ciertamente no tengan fuerza jurídica normativa y sí solo interpretativa, tienen una importancia que no puede minimizarse, por cuanto reflejan los valores y principios que inspiran el texto legal y por eso discrepo del tratamiento que se ha hecho en la Sentencia de la mayoría.

Los preámbulos son relevantes, piénsese en el “*We the people*” de la Constitución de los Estados Unidos o en la reflexión de la Constitución de Sudáfrica, que se refiere a “reconocer las injusticias de nuestro pasado” y la “honra a quienes sufrieron por la justicia y la libertad en nuestra tierra.” Los preámbulos demuestran reflexión histórica y tienen una función importante para entender el texto que preceden. Por consiguiente, son razonables las opiniones discrepantes sobre la opinión mayoritaria en la decisión.

5.4_. Vacancia del Presidente de la República por Incapacidad Moral.

El Tribunal Constitucional de Perú mediante Sentencia 778/2020 de 18 de noviembre, resuelve el caso sobre la vacancia del presidente de la República por incapacidad moral. Se trata un supuesto muy relevante que toca las fronteras de las “cuestiones políticas” no justiciables.

En efecto, para la mayoría de cuatro jueces sobre siete se declara improcedente la demanda. Otro grupo de jueces, en primer lugar, de dos, votaron por declararla fundada en parte e improcedente en un extremo. En segundo

lugar, un magistrado votó por declarar fundada la demanda de conflicto competencial.

Para la mayoría de los jueces, el factor decisivo de su decisión fue que “no corresponde a este Tribunal emitir un pronunciamiento sobre la pretensión objeto del presente proceso, por cuanto a la fecha se ha producido la sustracción de la materia controvertida.” Esto conforme al artículo 321 del Código Procesal Civil en aplicación supletoria del Código Procesal Constitucional desde la perspectiva del derecho procesal.

No obstante, es necesario reflejar lo que señalan las opiniones disidentes. Para empezar, es un hecho público y notorio que en los últimos años el Congreso de la República del Perú ha utilizado en múltiples oportunidades la alternativa de la incapacidad moral, para justificar el ejercicio de la vacancia presidencial. Esta situación, como es razonable, ha generado un entorno de ingobernabilidad y tensiones políticas entre los grupos de poder que componen la política peruana.

Para los Magistrados Ledesma Narváez y Ramos Núñez en su voto singular, la demanda no debió declararse improcedente por sustracción de materia, sino más bien debió ingresarse al fondo del asunto y declararla fundada, porque “está acreditado el uso indebido de la vacancia presidencial por parte del Poder Legislativo, así como la afectación de las competencias de la Presidencia de la República para dirigir la política general de gobierno.”

En otras palabras, según el voto particular de la Magistrada Espinosa-Saldaña se argumenta lo siguiente:

El Tribunal Constitucional no solo estaba habilitado, sino que su deber era, con base en una adecuada comprensión del rol que le toca cumplir a este órgano en el marco de los Estados Constitucionales, pronunciarse sobre el contenido y alcances de la pretensión planteada (lo que habitualmente se denomina fondo de la demanda), determinando en primer lugar el contenido que le corresponde a la causal de vacancia presidencial intitulada “*permanente incapacidad moral*,” con el objeto de ayudar a pacificar y a racionalizar la cuestión sometida a litigio.

En esta oportunidad, el disenso se inclina por una posición activista del Tribunal Constitucional para resolver un caso complejo en el Estado Constitucional, una labor de los jueces que busca superar su visión clásica en el organigrama estatal. Por el contrario, la posición mayoritaria de los jueces fue evitar inmiscuirse en lo relacionado a la vacancia presidencial por incapacidad moral.

6_. Disenso e Independencia Judicial: Sobre el Caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela.

Un entorno favorable para el disenso requiere como condición previa a la democracia constitucional con sus *checks and balances*, soberanía popular y los derechos fundamentales. Es difícil imaginar que en un ambiente no democrático esté permitido el disenso. Por el contrario, si no hay democracia el disenso estará prohibido y hasta castigado mediante sanciones jurídicas que evitarán cualquier forma de crítica y protesta que pueda cambiar el *statu quo* político y jurídico.

El poder judicial tiende a ser ocupado rápidamente por regímenes no democráticos, cuando se desequilibra gravemente el poder público, se violan derechos humanos y existen altos niveles de corrupción. En ese desequilibrio, la independencia judicial se afecta y desmantela ferozmente a través de tácticas como la intervención en la selección de los jueces, ingreso sin concurso público y justo, remuneración insuficiente y persecución o amenazas hacia aquellos jueces que fallan en contra del partido político de gobierno.

En Venezuela, este proceso ha ocurrido según la documentación y denuncias que se han efectuado ante la Comisión y Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, así también el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Misión Independiente de Determinación de los Hechos sobre Venezuela, correspondientes al Sistema Interamericano y Universal de Protección de los Derechos Humanos. Las consecuencias de la ausencia de independencia del poder judicial son severas y amplias, pero el punto que interesa aquí es que, el disenso es sumamente escaso en un órgano importante del ordenamiento jurídico, como lo es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Así, en sentencias que trastocan puntos claves de las instituciones que componen el Estado, cuando la falta de disenso se convierte en sistemática, son un indicador que refleja el estado de salud institucional del poder judicial. Véanse las siguientes sentencias de dicha Sala sobre asuntos trascendentales del ordenamiento jurídico venezolano, que han reconfigurado la forma en que se observan varios aspectos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante un control judicial abusivo (*abusive judicial review*).

6.1_. Estado de Emergencia Económica.

En el año 2016, mediante Sentencia N° 7 de 11 de febrero se desconoce el control político de la Asamblea Nacional sobre los Estados de Excepción. La sentencia indica lo siguiente:

El control político de la Asamblea Nacional sobre los decretos que declaran estados de excepción no afecta la legitimidad, validez, vigencia y eficacia jurídica de los mismos; y el Texto fundamental prevé de forma expresa que la Asamblea Nacional puede revocar la prórroga del decreto de estado de excepción, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron, actuación que pudiera ser objeto de control de la constitucionalidad por parte de esta Sala, sea, por ejemplo, como acción en ejecución directa e inmediata de la Constitución o como controversia constitucional entre poderes públicos.

Esta es una sentencia controvertida para el ordenamiento jurídico, por cuanto se trata de una de las competencias más importantes del Parlamento, como contrapeso de los actos extraordinarios del Ejecutivo Nacional. Por ser controvertida, las probabilidades de disenso aumentan y debería existir como se observa en los casos del constitucionalismo comparado antes expuesto. Sin embargo, ninguno de los siete jueces que componen la Sala Constitucional disintió en este fallo que tuvo serias consecuencias políticas y jurídicas ya que, entre otras, redujo la autoridad de la Asamblea Nacional sobre los Estados de Excepción por carecer de efectos jurídicos su control.

6.2_. Competencias de la Asamblea Nacional.

En el año 2017, mediante Sentencias N° 155 y 156 de 28 y 29 de marzo respectivamente, se suscitaron casos con aun más relevancia que el anterior. La Sala Constitucional se atribuyó a sí misma competencias de la Asamblea Nacional. La Sentencia más grave fue la N° 156 que señala:

Se advierte que mientras persista la situación de desacato y de invalidez de las actuaciones de la Asamblea Nacional, esta Sala Constitucional garantizará que las competencias parlamentarias sean ejercidas directamente por esta Sala o por el órgano que ella disponga, para velar por el Estado de Derecho.

Esta es una línea muy polémica y proclive para generar bastante inestabilidad en las instituciones del Estado Constitucional. Querer atribuirse competencias de un poder, es obviamente, una situación considerablemente discutible desde una perspectiva democrática básica del poder. El actuar de los Jueces en este caso es una muestra clara de constitucionalismo judicial abusivo y de instrumentalización del poder judicial. La Sentencia N° 156 así como la N° 155 no tuvieron disenso por parte de los magistrados, igualmente, cabe mencionar que las posteriores “aclaratorias” de tales fallos, en Sentencias N° 157 y 158 tampoco hubo disenso por parte de los Jueces de la Sala Constitucional.

6.3_. Convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente.

En el año 2017, mediante sentencia N° 378 de 31 de mayo se procedió a interpretar los artículos 347 y 348 de la Constitución de 1999, convalidando la convocatoria por el partido político oficialista en el poder a una Asamblea Nacional Constituyente, sin un referéndum de convocatoria. Dicha sentencia señala:

En los términos antes expuestos, la Sala considera que no es necesario ni constitucionalmente obligante, un referéndum consultivo previo para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, porque ello no está expresamente contemplado en ninguna de las disposiciones del Capítulo III del Título IX.

Uno de los temas más polémicos y que más dudas genera en el derecho constitucional y la teoría política, es el del poder constituyente. Peor se vuelve la situación cuando se trata de poder constituyente originario, en lugar de poder constituyente derivado por las magnitudes del cambio constitucional a efectuar. Este caso, en su contexto, representó un momento político muy importante para la historia reciente de Venezuela. Sin embargo, a pesar de ser un tema sumamente controvertido en el cual se interpretó uno de los artículos más delicados de la Constitución, no hubo discrepancias por parte de los Magistrados.

6.4_ Juramentación del Presidente de la República en el Tribunal Supremo de Justicia.

En el año 2019, mediante Sentencia N° 1 de 8 de enero la Sala Constitucional interpretando los artículos 237 y 347 establece que el Presidente de la República se debe juramentar ante el Tribunal Supremo de Justicia y no ante la Asamblea Nacional. La sentencia indica:

En cuanto a la interpretación sobre ante cuál órgano del Poder Público debe juramentarse el ciudadano Nicolás Maduro Moros para el ejercicio del cargo de Presidente de la República para el cual fue electo en los comicios presidenciales el pasado 20 de Mayo de 2018, conforme a lo previsto en los artículo 231 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ante la imposibilidad de ser juramentado ante el órgano legislativo nacional, por encontrarse dicho órgano en flagrante desacato, y por ser este un motivo por el cual el Presidente de la República no puede tomar posesión ante la Asamblea Nacional, lo hará ante el Tribunal Supremo de Justicia.

La presente sentencia se trata igualmente de un asunto controvertido, porque la juramentación del Presidente según señala la Constitución vigente debe ser ante el Parlamento. En el caso decidido no sería de la forma señalada en la Ley Fundamental, sino en otro órgano diferente, que es el Tribunal Supremo de Justicia. En este particular, ninguno de los magistrados disintió de la decisión como demostración de una conducta sistemática de la Sala Constitucional de ser un instrumento del partido oficialista.

6.5_. Ausencia de Disenso en la Sala Constitucional: Un Problema Estructural.

En un estudio realizado por Cornielles (2020) se señala parte de los problemas que produce la ausencia de disenso en un órgano colegiado y poderoso como la Sala Constitucional. Uno de sus problemas es la pérdida de legitimidad. En números, esta situación se puede reflejar desde los años 2016 hasta 2018, que a nuestro juicio fueron periodos de tiempo importantes en Venezuela que pusieron a prueba la legitimidad de las grandes instituciones que componen el diseño institucional venezolano.

Por ejemplo, en los años 2016, 2017 y 2018 se puede observar el déficit de disenso en la Sala Constitucional:

Déficit de disenso en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en los años 2016, 2017 y 2018

Año	Cantidad de sentencias	Cantidad de disenso en las sentencias
2016	1205	48 sentencias contaron con al menos 1 voto disidente y 13 sentencias contaron con 2 votos disidentes.
2017	1107	48 sentencias contaron con 1 voto disidente y sólo 2 sentencias contaron con 2 votos disidentes.
2018	933	21 sentencias contaron con 1 voto disidente y ninguna con 2 votos disidentes.

Elaboración propia con información de Cornielles (2020: 482).

Las cifras documentadas son indicadores de una situación grave en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que se relaciona con la falta de independencia del poder judicial. Son cifras muy bajas de disenso que reflejan la intromisión de “manos sucias” en el actuar judicial, comprometiendo su entera independencia y la democracia constitucional.

Para que una democracia constitucional funcione no debe haber intromisión en el poder judicial, especialmente, en órganos como la Sala Constitucional que tienen la última palabra en lo concerniente a la interpretación de la Constitución. Tanto externa como interiormente los órganos judiciales

colegiados deben mantenerse libres de pensar y expresarse a través de sus decisiones, sólo sometidos a la Ley. Inclusive, si se toman decisiones que no gustan a las mayorías, la expectativa de poder disentir debe prevalecer porque interpretan (la Constitución) un factor importante para mantener la pluralidad en las sociedades.

Por el contrario, cuando hay intromisión y se socava la independencia judicial, fenómenos como la corrupción, predominio de los intereses gubernamentales y menoscabo de los derechos fundamentales por el mismo poder judicial, tienen mayor probabilidad para presentarse. Por ello, la independencia judicial es importante para proteger los derechos fundamentales, cobrando gran relevancia la afirmación de Ferrajoli (2013) “no hay garantía de los derechos sin jueces independientes.” Pág. 213. En suma, independencia judicial es una condición propia de la democracia constitucional.

CONCLUSIONES

Disentir es indispensable en todo órgano colegiado del poder judicial, especialmente, en los tribunales constitucionales que en su mayor parte componen la estructura judicial de mayor jerarquía del diseño institucional de las democracias constitucionales de América Latina. Más justificada se convierte la necesidad de disentir con las sociedades heterogéneas que son el contenido del Estado y requieren respuestas abiertas, plurales y críticas en las que las minorías también puedan sentirse identificadas.

La objeción antidemocrática que se atribuye al poder judicial, por tener la última palabra en lo concerniente a la interpretación de la Constitución, se agrava considerablemente ante un Tribunal Constitucional, en el cual, no haya disenso sobre decisiones relevantes para la sociedad.

Disentir atenúa la crítica contrademocrática sobre el control judicial de la constitucionalidad, porque los tribunales colegiados deciden también bajo el criterio de la mayoría y, si en la mayoría de decisiones judiciales relevantes para la sociedad, los jueces deciden sin crítica y con conformidad, es decir, sin disentir y con unanimidad, entonces el control judicial se enfrenta a un problema acrítico interno que hace que sus decisiones sean bastante cuestionables y agrava las

críticas del control judicial. Se hace indispensable que la estructura del sistema de justicia cuente con un modelo de transparencia para hacer públicas las disidencias en los órganos colegiados de la judicatura.

Las decisiones judiciales son deben siempre unánimes, por el contrario, debe haber espacio para la crítica y respetar la opinión de los disidentes. Con razón que cuando un Juez disiente del criterio de la mayoría comienza su declaración con aseveraciones hacia el “respeto”. Ese mismo respeto debe existir para el pensamiento de los jueces disidentes que, en esencia, es un ejercicio de constitucionalismo crítico saludable para la institucionalidad democrática.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bickel, A. (1986) *“The Least Dangerous Branch.”* Yale University Press. Second edition, New Haven, Estados Unidos.

Bobbio, N. (1986) *“El Futuro de la Democracia.”* Fondo de Cultura Económica. México.

Coloma, R. (2014) “Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la «duda razonable».” *Polít. crim.* Vol. 9, N° 18, pp. 400-427. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18A4.pdf.

Cornielles, J. (2020) “Estadísticas no publicadas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano: argumentos para discutir sobre la legitimidad de la Corte venezolana.” *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 16/2018.

Dahl, R. (1971) *“Polyarchy. Participation and Opposition.”* Yale University Press. New Haven, U.S.A.

Falk, B. (2009) “Learning from History: Why We Need Dissent and Dissidents.” *International Journal*, Vol. 64, No. 1, Electoral Politics and Policy: Annual John W. Holmes Issue on Canadian Foreign Policy, pp. 243-253. Disponible en: https://www.jstor.org/stable/40204467?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents.

Ferrajoli, L. (1998) “Más Allá de la Soberanía y Ciudadanía: un Constitucionalismo Global.” En: *ISONOMÍA*, N° 9.

Ferrajoli, L. (2007) “Sobre los Derechos Fundamentales,” En: *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta. Madrid, España.

Ferrajoli, L. (2013) “*Principia Iuris Teoría del Derecho y de la Democracia.*” Editorial Trotta, Madrid.

Ferreres, V. (2012) “*Justicia Constitucional y Democracia.*” Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Segunda Edición. Madrid, España.

Garzón, E. (2000) El Consenso Democrático: Fundamento y Límites del Papel de las Minorías. En, “Constitucionalismo y Diversidad Cultural.” *ISONOMÍA*, N° 12.

Habermas, J. (1999) “*La Inclusión del Otro.*” Editorial Paidós. Madrid, España.

Kymlicka, W. (1996) “*Ciudadanía multicultural. Una Teoría Liberal de los Derechos de las Minorías.*” Editorial Paidós. Madrid, España.

Langa, P. (2007) “The Fifth Bram Fischer Memorial Lecture the Emperor’s New Clothes: Bram Fischer and the Need for Dissent.” *South African Journal on Human Rights*, 23:2, 362-372, DOI: <https://doi.org/10.1080/19962126.2007.11864927>.

Morlino, L. (2005) “*Calidad Democrática. Notas para su Discusión.*” En: *MetaPolítica*, N° 39.

Peña Barrios, A, J. (2020) “*Consideraciones Sobre la Justicia Constitucional.*” Andara Editor. Mérida, Venezuela.

Peña Barrios, A, J. (2021) “Constitucionalismo global y derechos humanos.” *Anuario de Derechos Humanos*, 17(2), 427–447. DOI: <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2021.63596>.

Peña B., A, J. (2020) “La Supremacía Constitucional en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.” *Estado de Derecho: Rechtsstaat*, N° 1, 74-96.

Pérez, J. (2003) *“Curso de Derecho Constitucional.”* Editorial Marcial Pons. Novena Edición. Madrid, España.

Radbruch, G. (1962) *“Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal.”* Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Real Academia Española (2001) *“Diccionario Esencial.”* Editorial Espasa, Madrid.

Sartori, G. (2000) *“La Sociedad Multiétnica. Pluralismo, Multiculturalismo y Extranjeros.”* Editor digital Titivillus.

Sunstein, C. (2001) *“Designing Democracy. What Constitutions Do.”* Oxford University Press, Estados Unidos.

Sunstein, C. (2002) *“Conformity and dissent.”* Chicago University Press & Legal Theory Working Paper No. 34.

Sunstein, C. (2020) *“La conformidad. El poder de las influencias sociales sobre nuestras decisiones.”* Traducción de Laura Lecuona. Instituto Nacional Electoral, México.

Tribe, L. (1990) *“The Clash of Absolutes.”* W. W. Norton & Company, Estados Unidos.

Verdugo, S. (2011) *“Aportes del modelo de disidencias judiciales al sistema político. Pluralismo judicial y debate democrático.”* *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 18 - N° 2, pp. 217-272. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532011000200009>.

Waldron, J. (2018) *“Contra el Gobierno de los Jueces.”* Siglo Veintiuno Editores. Argentina.

Zagrebelsky, G. (1996) *“La Crucifixión y la Democracia.”* Editorial Ariel, España.

Zagrebelsky, G. (2011) *“Derecho dúctil”*. Editorial Trotta, novena edición, España.

Tribunal Constitucional de España. Estatuto de Cataluña. Sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010.

Tribunal Constitucional de Perú. Vacancia del Presidente de la República por incapacidad moral. Sentencia 778/2020 de 18 de noviembre de 2020.

Corte Constitucional de Colombia. Ley 1354 de 2009. Sentencia C-141/19 de 27 de agosto de 2009.

Corte Suprema de los Estados Unidos. Roe vs Wade. 410 U.S. 113. 22 de enero de 1973.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 156 de 29 de marzo de 2017.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 7 de 11 de febrero de 2016.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 378 de 31 de mayo de 2017.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 1 de 8 de enero de 2019.