

alcanzar objetivos institucionales o, más bien, propicia que adopten estrategias individuales? Estas y otras preguntas más son las que trataremos de justificar y resolver a continuación, pero para ello es necesario detenernos justo en estos dos ingredientes clave que ya hemos apuntado: transparencia y deliberación en la justicia constitucional.

## II. TRANSPARENCIA Y DELIBERACIÓN: LA TENSIÓN DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES

En un sistema democrático el escenario ideal de cualquier proceso decisorio es aquel donde es posible obtener los mejores resultados con los mejores procedimientos institucionales. Mas el problema es definir cuáles son los mejores resultados. Sobre todo, si consideramos que esta tarea se debe realizar en sociedades plurales integradas por diversos grupos sociales con disímiles visiones del mundo, —varias de ellas excluyentes e irreconciliables— y donde en ocasiones es necesario el acuerdo entre un número significativo de personas que puede ascender a decenas de millones para adoptar una decisión. Esto exige entender que el mejor resultado es aquel que se obtiene de las mejores reglas. Es decir, en un régimen democrático es indispensable trazar, de la mejor manera posible,

los procedimientos en función de los resultados deseados. Como bien apunta el filósofo italiano, Norberto Bobbio:

...la enorme relevancia de las reglas en una sociedad democrática reside en que, contrario a lo que suele pensarse, no es el fin o resultado bueno lo que justifica el medio incluso malo; más bien, es el medio bueno, o considerado como tal, el que justifica el resultado.<sup>10</sup>

Por ello, una falla latente y obvia de cualquier proceso de adopción de decisiones es que no logre alcanzar los resultados deseados. Un procedimiento puede ser ideado y elaborado con la mayor precisión, satisfaciendo los más exigentes requerimientos institucionales y, no obstante, arrojar en determinadas circunstancias resultados indeseables en términos técnicos o morales.<sup>11</sup> Esto significa que no existe ningún diseño procedimental que garantice que no se elaborará una ley injusta desde el rasero que se quiera evaluar. De ahí que sea imposible alcanzar el ideal de una justicia procesal perfecta: el mejor esquema posible es el de

---

<sup>10</sup> Bobbio, Norberto, *¿Qué socialismo?*, Barcelona, Plaza y Janés, 1978, pp. 86 y 87.

<sup>11</sup> *Cfr.* Dahl, Robert, *La democracia y sus críticos*, trad. de Leandro Wolfson (primera edición en inglés 1989), Barcelona, Paidós, 1992, p. 196.

una justicia procesal imperfecta.<sup>12</sup> Esto, por supuesto, no implica relajar las exigencias de los procedimientos de decisión de una determinada institución. La inevitable falibilidad de la justicia procesal debe ser, más bien, el resorte para buscar de manera gradual su perfeccionamiento en los diferentes eslabones que la integran. El reto, por tanto, consiste en implementar una perenne tarea de ajustes de las pautas institucionales con el propósito de establecer las condiciones idóneas para obtener los mejores resultados.

Sobra mencionar, en este contexto, que la discusión sobre cómo alcanzar mejores resultados en la justicia constitucional es fecunda y abarca diversos filones académicos por demás interesantes. Está el caso, por ejemplo, del método interpretativo a través del

---

<sup>12</sup> Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González (primera edición en inglés 1971), México, FCE, 1979, p. 189. En este mismo sentido, Benjamín Constant señalaba: “Por muy imperfectas que sean, las formas tienen una facultad protectora que no se les puede quitar más que destruyéndolas. Son las enemigas natas, los adversarios inflexibles de la tiranía, popular o de otra clase”. Constant, Benjamín, “Principios de política”, *Escritos políticos*, trad. de María Luisa Sánchez Mejía (primera edición en francés 1815), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989, p. 199. Este, por supuesto, no es un tema pacífico en el mundo académico. Se trata, más bien, de uno de los debates perennes de la teoría política. Y que, entre otros temas, en el fondo está la discusión entre la concepción sustancialista de la democracia y la visión procedimental de ésta.

cual se debe leer a la Constitución; la relevancia de la doctrina y de las sentencias de otros tribunales; si deben existir puentes entre el derecho y otras áreas del conocimiento; así como la disyuntiva entre si las Cortes deben ser agresivas e impulsar cambios sociales con sus sentencias, o deben ser un dique conservador ante la efervescencia democrática. Pero más allá de estos temas, y sin demeritar su relevancia, existe un aspecto medular: el proceso de decisión de las cortes constitucionales. ¿Cuál es el diseño de los eslabones de la cadena de decisión que establece las condiciones idóneas para los mejores resultados constitucionales? ¿En qué contexto deben deliberar los jueces constitucionales para propiciar sentencias atinadas? ¿Cómo se debe estructurar el proceso de decisión de una corte constitucional para efectos de tener una idónea arena de decisión para óptimas decisiones judiciales?

En una dinámica democrática, las cortes constitucionales están sometidas, entre otras,<sup>13</sup> a dos exigen-

---

<sup>13</sup> Otra exigencia, por ejemplo, de enorme relevancia es que este tipo de tribunales sean capaces de articular una voz institucional que refleje un consenso en las razones de sus decisiones y, en este sentido, dé coherencia y fundamento al texto constitucional en cuestión. Al respecto, véase Pou, Francisca, “Constitutional Change and the Supreme Court Institutional Architecture: Decisional Indeterminacy as an Obstacle to Legitimacy”, en Castagnola, Andrea y López Noriega, Saúl (eds.), *Judicial Politics*

cias medulares: transparencia y calidad deliberativa. La transparencia es un aspecto indispensable para escudriñar la labor de este tipo de instituciones ante la sociedad. No hay que olvidar que los tribunales constitucionales, a diferencia de otros órganos, no están vinculados a la ciudadanía mediante la correa de responsabilidad por antonomasia en una democracia: el voto. Son instituciones cuya integración es resultado de un proceso de decisión entre la élite de los poderes ejecutivo y legislativo y que, salvo por algunos mecanismos excepcionales como el juicio político o los tribunales internacionales, carecen de un control institucional que de manera regular revise sus decisiones. ¿Cómo atar, entonces, su desempeño al ejercicio crítico de la sociedad civil? La respuesta es una política de transparencia del desempeño de las cortes constitucionales que permita a éstas fortalecer su legitimidad, pero también establecer condiciones para insertar a estos órganos en la lógica mínima de una democracia: controlar el poder. Someterlos, pues, a una constante revisión y crítica.

---

*in Mexico. The Supreme Court and the Transition to Democracy*, Nueva York, Routledge, 2017, pp. 117-146. Hay también versión en español: “Cambio constitucional y la arquitectura institucional de la Suprema Corte”, en Castagnola, Andrea y López Noriega, Saúl (eds.), *El rol de la Suprema Corte en la consolidación democrática de México*, México, Tirant lo Blanch-IJ-UNAM, 2016, pp. 61-103.

La otra exigencia de igual calibre de los tribunales constitucionales es un sólido ejercicio deliberativo que dé como resultado sentencias bien argumentadas. En una democracia, en general, no basta con que una institución tenga facultades para adoptar cierta decisión, es necesario que a su vez ofrezca de manera pública las razones de su actuar. Que presente una justificación de sus decisiones ante el resto de los poderes y la sociedad civil. Cada uno de los órganos estatales en una dinámica democrática debe, en diferente grado e intensidad, hacer públicas las razones de su desempeño. Pero, como bien señala John Rawls, "...la idea de una razón pública aplica de manera más estricta a los jueces que a cualquier de los otros poderes."<sup>14</sup> En efecto, no hay otra institución en las democracias contemporáneas cuya calidad de su labor dependa tanto de la esgrima argumentativa que aporte para fundamentar sus resoluciones. Es, precisamente, a través de dicha cadena de razones como un tribunal tiene la posibilidad de proyectar en cada asunto que resuelve un rico bagaje de argumentos, análisis y disecciones teóricas que le permite construir un discurso constitucional coherente y predecible.

---

<sup>14</sup> Véase Rawls, John, "The Idea of Public Reason Revisited", *The University of Chicago Law Review*, vol. 64, núm. 3, verano de 1997, p. 768.

Las Cortes constitucionales paulatinamente se pronuncian sobre un extenso abanico de temas y, por esa vía, tienen la oportunidad de ir trazando los matices de los derechos fundamentales, la división de poderes, el reparto federal de competencias, etcétera. El caso contrario: decisiones sin mayor trasfondo argumentativo propicia que el trabajo jurisdiccional se reduzca a una mera retahíla de síes y noes. El germen de un *decisionismo* judicial.<sup>15</sup> De ahí que la calidad deliberativa sea el sustrato para una sólida argumentación de los jueces constitucionales que apunte el sentido de sus sentencias. En efecto, si bien la cultura política moderna ofrece varias imágenes para entender las cortes constitucionales —sea como un mecanismo de veto, que modera las acciones del resto de los poderes estatales con miras a mantener un equilibrio entre pesos y contrapesos; un guardián de la Constitución, que de manera apolítica se encarga de verificar la validez constitucional de las normas jurídicas ordinarias; o como un moderador de las razones públicas de una sociedad, que guía la conversación entre diferentes visiones del mundo propias de una democracia liberal—, lo

---

<sup>15</sup> *Cfr.* Negretto, Gabriel, “El concepto de decisionismo en Carl Schmitt. El poder negativo de la excepción”, *Revista Sociedad*, Buenos Aires, núm. 4, mayo de 1996, y López Noriega, Saúl, *Democracia y control constitucional: la sospecha del desastre*, México, ITAM, tesis de Licenciatura en Derecho, 2003.

cierto es que en cada uno de estos roles es indispensable un alto nivel de discusión al interior de estos tribunales para sustentar de manera sólida sus decisiones.<sup>16</sup>

Pero si la transparencia y deliberación judicial son piezas claves del andamiaje de la justicia constitucional, la pregunta es si siempre embonan de manera armónica en la dinámica de una corte. Es decir, ¿acaso la transparencia coadyuva siempre a la calidad deliberativa y, a su vez, la publicidad de la discusión abona necesariamente a la transparencia? No se trata de preguntas fruto de la ociosidad académica, sino de interrogantes ineludibles para el diseño de una corte constitucional. Sobre todo, porque la naturaleza del secreto, la publicidad, la transparencia y la deliberación no es plana ni monocromática. Al contrario, son valores complejos y con matices. Y de ahí que no sea sencillo aquilatarlos en un arreglo institucional que defina el proceso de decisión de un tribunal.

Ahora bien, son dos los resortes que impulsan a las instituciones del Estado a adoptar sus razones de manera pública y transparente: el socrático y el democrático.<sup>17</sup> El primero parte de la premisa de que la publicidad

---

<sup>16</sup> Véase Mendes, Conrado H., *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, London, University Oxford Press, 2014, pp. 2-4.

<sup>17</sup> Aquí sigo básicamente los siguientes textos de Chambers, Simone: “Deliberative Democratic Theory”, *Annual Review of Political Science*, vol. 6, junio de 2003, pp. 307-326; “Behind Closed



es una condición necesaria para que los participantes de una discusión examinen sus propias creencias y argumentos. Al momento de que una deliberación se transparenta, los participantes de ésta deben estar preparados para sortear ataques a partir de contraargumentos inesperados, considerar puntos de vista opuestos a los suyos, explicar las razones que ha seguido para llegar a cierta postura, así como revelar los principios políticos o morales a los que apelan durante la discusión. La idea consiste en que un grupo de personas al participar en un debate público sus argumentos entran a una dinámica de escrutinio compleja e impredecible y, por ello, se ven obligados a articular de la mejor manera posible sus razones. Al final, esto da como resultado que la calidad deliberativa se eleve. Ofrecer una justificación de manera pública de una decisión o posición necesariamente fortalece los argumentos de éstas.

El mecanismo democrático, por su parte, considera que una deliberación pública dificulta que los participantes defiendan su posición a partir de motivos egoístas o sectarios. Esto es, se vuelve mucho más sencillo detectar cuando una postura es resultado de arre-

---

Doors: Publicity, Secrecy and the Quality of Deliberation”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 12, núm. 4, diciembre de 2004, pp. 389-410; y “Rhetoric and the Public Sphere: Has Deliberative Democracy Abandoned Mass Democracy?”, *Political Theory*, vol. 37, núm. 3, junio de 2009, pp. 323-350.

glos entre las élites, conveniencia personal o apoyo a cierto grupo político. Al momento de transparentar una discusión inevitablemente entra a escena el interés general. La publicidad en un debate orilla a que el resultado de éste —por ejemplo, una sentencia o legislación— se procese considerando lo que más conviene para la sociedad, con independencia de los intereses particulares de quienes participan en tal discusión. En caso contrario, y toda vez que las razones privadas difícilmente se pueden justificar ante el público, una deliberación guiada por este tipo de intereses tendrá que hacer un enorme esfuerzo para disimularlos, con el riesgo de mermar la legitimidad del ejercicio en caso de evidenciarse.

El mecanismo socrático, entonces, destaca la manera como se pulen los argumentos al momento de someterlos al escrutinio público; mientras que el democrático pone énfasis en el viraje de intereses privados a públicos que se presenta en una discusión abierta. Ambos mecanismos apuestan a favor de los efectos positivos de la transparencia en el ejercicio deliberativo; operan bajo la lógica de que en una democracia las decisiones de las instituciones públicas deben ser construidas precisamente en público. El problema, como apuntamos líneas arriba, es que la naturaleza de la publicidad es compleja. No se trata de una condición que siempre arroje saldos positivos en la calidad

de la discusión. Justo como tampoco el secreto inevitablemente impacta de manera negativa en un ejercicio deliberativo. Paradójicamente, la transparencia de un debate puede tener el resultado contrario a lo que plantean los mecanismos socrático y democrático: disminuir el nivel argumentativo de una discusión, así como diluir el interés general en un mero teatro demagógico cuyo único fin es maquillar los intereses privados.

Véamos: cuando una discusión se abre a la publicidad, se busca evitar la presencia de la razón privada, posiciones egoístas e intereses personales cuyo escenario idóneo para que surjan es en principio la secrecía. El efecto esperado entonces con la transparencia deliberativa es el viraje hacia la razón pública con sus correspondientes beneficios socráticos y democráticos. No obstante, un posible resultado pernicioso siempre latente al hacer pública una discusión es que se guíe, no por la razón privada ni la pública, sino por lo que algunos han llamado la razón plebiscitaria.<sup>18</sup> Esto es,

---

<sup>18</sup> Aquí sigo los siguientes textos: Chambers, Simone, “Behind Closed Doors: Publicity, Secrecy and the Quality of Deliberation”, *cit.*; Elster, Jon, “Strategic Uses of Argument”, en Kenneth Arrow *et al.* (ed.), *Barriers to Conflict resolution*, USA, Norton & Company, 1995, pp. 236-257; Elster, Jon, “La deliberación y los procesos de creación constitucional”, en Elster, Jon (ed.), *La democracia deliberativa*, trad. de José María Lebrón (primera edición en inglés 1998), Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 129-159. También sugiero Sunstein,

una discusión que justo por su carácter público ante una audiencia, resbale en recursos retóricos y demagógicos. La lógica de la razón plebiscitaria parte de que los participantes del debate presentan sus posiciones conforme el vocabulario del interés público o común. Pero con un giro medular: los miembros de una deliberación ante el reflector de la publicidad, ceden a la tentación de aprovechar esa apertura para congraciarse con el mayor número de personas de su audiencia, o de construir ante el ojo de la opinión pública cierta imagen para sus intereses de legislador, presidente o juez, por mencionar algunos ejemplos. Lo cual propicia que las posturas se vuelvan superficiales, pobremente razonadas, con un pie en lugares comunes, proclives a inflar propuestas u ofertas al grado de volverse irrealizables; incluso, pueden llegar a apelar a los peores valores que una audiencia puede tener soterradamente en común como pueden ser los prejuicios raciales.

Lo que sucede, como señala Jon Elster, es que los participantes de toda discusión se ven orillados a presentar sus posturas de manera imparcial para efectos de persuadir a sus colegas. Aunque esto no signifique, por supuesto, que realmente sean imparciales, sino que tienen que aparentarlo para evitar los costos de una cruda honestidad que haga apelaciones descarna-

---

Cass R., “Government Control of Information”, *California Law Review*, 1986, vol. 74, pp. 889-921.

das al interés o prejuicio de tipo: “quiero votar así porque así lo deseo, me conviene, afecto a mi enemigo, gano más dinero...”. Es lo que Elster llama la fuerza civilizadora de la hipocresía: ante la mirada de sus actos, los actores políticos tienen que fingir —y atemperar— sus intereses personales y egoístas. Este efecto se presenta inclusive en una deliberación secreta. Pero, sin duda, se exagera si la discusión es pública, con el riesgo de que el efecto positivo de la publicidad se diluya y, más bien, se vuelva dañina para la calidad deliberativa. Pues entre más amplia sea la audiencia de una discusión pública, el costo de evidenciar intereses personales o sectarios aumenta, con lo cual surge el incentivo de engañar el auditorio.

Esto fue lo que detectó este filósofo noruego al estudiar, entre otros, los procesos constituyentes de la Asamblea Constituyente de París de 1789 y la Asamblea de Frankfurt de 1848. Los paradigmáticos documentos políticos que resultaron de tales asambleas no fueron producto de la participación de individuos enteramente honestos, altruistas y comprometidos con el bien común. Cada uno, en realidad, buscaba más poder, proteger sus propiedades, aplastar al débil. Mas las etapas abiertas al público que tuvieron estos procesos, obligaron a los actores políticos a ocultar sus intenciones. Modularlas y mitigarlas. El derecho a saber lo que hacen nuestros representantes no busca

curarlos de su ambición y deshonestidad, sino cohibirlos: expresar hipócritamente los intereses regula de manera inevitable el comportamiento. Este es un efecto deseable de la publicidad. Pero, inevitablemente al momento de transparentar estas asambleas, y permitir la entrada de una numerosa audiencia, brotó la razón plebiscitaria. Dice Elster:

También del lado negativo de la balanza [de la publicidad] se sitúa el hecho de que los públicos numerosos sirven de caja resonancia para la retórica. En Frankfurt, los seiscientos miembros hubiesen resultado presumiblemente menos vulnerables ante la oratoria si hubiesen debatido sólo entre ellos, sin la presencia de dos mil personas en la galería.<sup>19</sup>

Ahora bien, la razón plebiscitaria se puede diseccionar, por lo menos, en tres gajos: manipulación, adulación y construcción de imagen.<sup>20</sup> La primera se refiere básicamente a un ejercicio demagógico que aprovecha una serie de recursos como desinformación y retórica inflamada para impulsar una determinada agenda de intereses. La idea es simple: disfrazar una razón privada de tal manera que sea justificable

---

<sup>19</sup> Elster, Jon, “La deliberación y los procesos de creación constitucional”, *cit.*, pp. 146 y 147.

<sup>20</sup> Chambers, Simone, “Behind Closed Doors: Publicity, Secrecy and the Quality of Deliberation”, *cit.*

ante la sociedad y pueda concretarse en alguna decisión institucional. La demagogia al servicio de un menú de ambiciones privadas. El segundo ingrediente tiene una diferencia no menor con la manipulación. No se trata de desahogar una agenda de ciertos objetivos sectarios, sino de apoyar institucional y discursivamente políticas públicas en función de lo que la audiencia quiere escuchar. El riesgo aquí consiste en que los participantes de un ejercicio deliberativo no impulsen alguna decisión debido a su impopularidad, aunque en el fondo consideren que es la más adecuada para enfrentar cierto problema social. Por último, está la construcción de imagen cuya preocupación reside en el rechazo o respaldo de una audiencia a cierta postura, no por sus méritos propios, sino por la estampa que proyecta ésta. Es decir, la posición de los participantes de una discusión deja de ser resultado de un intercambio argumentativo, para erigirse en un dardo comunicacional con el único objetivo de atinar a cierta imagen. Con el peligro de que las razones y decisiones de una deliberación se reduzcan a meros recursos para dibujar una estampa de los participantes: la imagen del gobernante eficaz, decidido, consistente o progresista por encima de la calidad concreta de la política pública que esté en juego.

Estos tres ingredientes son complementarios, se diferencian en matices que dependiendo del tipo de

razón plebiscitaria puede estar el acento en uno u otro. Lo importante aquí es entender que una discusión pública, sobre todo si su audiencia es relativamente amplia, corre el riesgo de ya no ser el escenario idóneo para elevar el nivel del debate y, más bien, convertirse en el caldo de cultivo para un paupérrimo ejercicio deliberativo.

El secreto, por su parte, tampoco goza de una naturaleza simple y plana pues si bien es un fermento idóneo para el surgimiento de la corrupción y abuso de poder, también en ciertas condiciones puede ser un óptimo fertilizante para una dinámica eficiente y democrática de la política. Conservar espacios de secrecía, permite que los actores políticos obtengan mejores resultados en los procesos de decisión institucional. Esto se debe a que un debate secreto amplía los márgenes de libertad de los participantes para cometer errores, cambiar de posición, ceder ante ciertos argumentos, aceptarles puntos a sus adversarios, así como para evaluar en términos pragmáticos cierta decisión sin los grilletes de la corrección política. En otras palabras, una discusión secreta reduce el costo que genera presentar argumentos ante una audiencia pública sin eufemismos, conceder ante las posturas del adversario, ponderar pragmáticamente la viabilidad de cierta decisión, así como desatar conflictos entre los participantes. Los actores políticos al realizar ne-



gociaciones y actividades en secreto se desprenden de las cadenas del compromiso público, se libran de la exigencia de mantener cierta coherencia en una postura determinada. Esta libertad permite que no tengan que sostener sus opiniones por más tiempo del que estuviesen convencidos de su corrección, veracidad o conveniencia. La secrecía crea las condiciones para que los miembros de un debate, ya sin el costo de la razón plebiscitaria, queden abiertos a la fuerza del argumento. Y este puede ser un efecto por demás positivo del secreto: elevar la calidad de cualquier deliberación.

Esto es justo lo que buscó probar, mediante un modelo de teoría de juegos, el académico de la Universidad de Nueva York, David Stasavage: los costos y beneficios que respectivamente pueden llegar a representar para un ejercicio deliberativo la transparencia y el secreto.<sup>21</sup> Su modelo teórico parte de un cuerpo de discusión integrado por tres representantes. En el cual, si la deliberación es pública, el electorado presta atención a la decisión del órgano, pero también a los votos

---

<sup>21</sup> Son dos textos donde este autor aborda esta temática: “Public Versus Private Deliberation in a Representative Democracy”, texto presentado en la reunión anual de 2004 de la American Political Science Association y “Polarization and Publicity: Rethinking the Benefits of Deliberative Democracy”, *Journal of Politics*, vol. 69, núm. 1, 2007, pp. 59-72.

de cada representante. Mientras que si la discusión es secreta, entonces, la audiencia sólo se preocupa por la política pública final. Los representantes pueden ser miembros electos de una legislatura o funcionarios no electos de un comité como un banco central, una corte constitucional o un organismo internacional.

Esto último es particularmente relevante, según Stasavage ambos tipos de representantes comparten dos preocupaciones clave: impulsar la postura de su preferencia —según su visión del mundo, ambiciones o influencia de grupos de interés—, y al mismo tiempo construir de sí mismos una reputación de imparcialidad comprometida con el interés general. En el caso de los representantes electos la preocupación por su reputación e imagen es, por obvias razones, muy fuerte: involucra el deseo de ser reelecto o de fortalecer la posición de su partido político. En el caso de los funcionarios no electos, aunque se libran de la lógica electoral, esto no significa que sean ajenos al deseo de mantener una buena reputación; la cual les permite una nueva designación en la misma institución u otra, una futura carrera fuera del gobierno o, de manera más general, el deseo de que ciertos grupos sociales lo mantengan en buena estima y respeto.

Si esto es correcto, entonces el punto clave es el incentivo para que los representantes (electos o no) voten a favor de la postura de su preferencia o, por el con-

trario, usen su voto como un mensaje para convencer al público de determinada reputación. Incentivo que, por supuesto, depende directamente de si el debate es secreto o público. De ahí, que siguiendo estas premisas, valga preguntar: ¿cuáles son las conclusiones que arrojó el modelo elaborado por este académico de la Universidad de Nueva York? Aquí las más relevantes.

En primer lugar, la cuestión no es quiénes deben sujetarse a políticas de transparencia: los representantes electos o los no electos. El punto consiste, más bien, en considerar qué tan atados a la opinión pública deben estar éstos, sea mediante elección directa, transparencia o a través de una combinación de ambos. Es decir, el diseño de la política pública de rendición de cuentas no debe oscilar entre quién debe estar sujeto a la transparencia —los representantes electos o los no electos—, sino en cómo atarlos de la mejor manera a la ciudadanía de acuerdo con las características de la institución y de su labor. Luego, en segundo término, si la deliberación es pública y los participantes de ésta tienen una preocupación significativa por su reputación, entonces, éstos tenderán a votar conforme la opinión pública. Con independencia de si la información que ellos tienen respecto la viabilidad y calidad de la política pública en juego, les indique que la posición de la sociedad es errónea o no es la más apropiada.

LA SUPREMA CORTE Y SU PROCESO DE DECISIÓN... 29

En tercer lugar, entre más técnica y especializada sea la deliberación de los representantes —que usualmente se ubican en instituciones como bancos centrales, Cortes constitucionales y comisiones reguladoras—, es preferible que el proceso de discusión sea secreto. Lo cual no significa que la decisión final que resulte de ese debate, no sea pública y abierta al escrutinio de la sociedad. Otra conclusión: las deliberaciones privadas, junto con otras condiciones, coadyuvan a dos aspectos clave: por un lado, a que el público esté mejor informado sobre las políticas públicas finales impulsadas por sus representantes y, por el otro, se reduce la polarización de opiniones y creencias en una sociedad. Esto se debe a que cuando las discusiones son secretas, el escrutinio no tiene otra opción que dirigirse hacia el resultado final de tales deliberaciones, sin distraerse en el cúmulo de argumentos que llevaron a adoptar esa decisión. Además de que, en ocasiones, por ser justo razones preliminares, éstas no están del todo pulidas y moderadas para utilizarse como un pegamento adecuado para unir a la mayoría que respalda la decisión final.

La transparencia, por otro lado, es preferible cuando existe una preocupación generalizada de que los representantes actúen siguiendo intereses particulares o sectarios. Esto significa que la tarea de evaluar, si es pertinente transparentar o no un ejercicio delibe-

rativo depende del contexto de cada sociedad. De tal manera que, si el público tiene una confianza sólida en sus representantes, para efectos de evitar la razón plebiscitaria, la discusión entre éstos debe ser secreta. Por el contrario, si por razones históricas la confianza de la sociedad en sus representantes es débil en cierto momento, entonces, es preferible hacer públicas sus deliberaciones aun con el riesgo de que el nivel de debate disminuya y los participantes voten en función de su reputación.

Ante este escenario, donde la naturaleza del secreto y la transparencia es ciertamente compleja, ¿por cuál tipo de discusión —pública o privada— se debe inclinar un proceso de decisión institucional que busca cumplir con las exigencias de control de poder, y justificación argumentativa sólida? El problema en primer término, es justo plantear la solución como una disyuntiva entre transparencia y secrecía. La ambivalencia de estos dos valores exige, más bien, hacer un esfuerzo por aquilatarlos en un proceso de decisión. Como bien señala el politólogo francés Bernard Manin: “...aunque se requiere cierta apertura a actos políticos para mantener informados a los ciudadanos, ésta no es precisa en cada una de las fases del proceso de toma de decisiones”.<sup>22</sup> Y también agrega Jon Elster:

---

<sup>22</sup> Manin, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, trad.

El proceso debería contar tanto con elementos de secreto... como de publicidad... Con el secreto total, los partidarios y las concesiones mutuas pasan a primer plano, en tanto que la plena publicidad favorece las actuaciones *pour la galerie* y la puja retórica. A la inversa, el secreto permite la discusión seria, mientras que la publicidad asegura que cualquier acuerdo al que se llegue estará en condiciones de afrontar la luz del día.<sup>23</sup>

Es cierto: el reto consiste en exprimir de acuerdo a las características de cada una de las etapas de un proceso de decisión institucional, lo mejor de la transparencia y secrecía con el objetivo de que los representantes (electos o no)<sup>24</sup> estén atados a la opinión pública, y tenga suficiente libertad para argumentar de manera sólida —sin olvidar que cualquier propuesta de deliberación secreta debe justificarse en concreto, pues se trata de una excepción a la regla de la transparencia de una democracia—. Para este propósito es necesario desmenuzar siguiendo nuevamente a Jon Elster, las variables que moldean el tipo de debate en

---

de Fernando Vallespín (primera edición en inglés 1997), Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 207.

<sup>23</sup> Elster, Jon, “La deliberación y los procesos de creación constitucional”, *cit.*, p. 153.

<sup>24</sup> Como argumento más adelante, con sus matices, esto aplica inclusive a los jueces.

cuestión. La cual puede ir desde un auténtico ejercicio deliberativo hasta una mera negociación, pasando por juegos retóricos y demagógicos. Así, en primer lugar, tenemos el “tamaño”: entre más pequeño es el número de los participantes en un proceso de discusión se reduce las posibilidades de demagogia y permite que sean escuchados todos los oradores. Dice Elster:

Es probable que la dinámica de las grandes asambleas, los pequeños *bureaux* y las pequeñas comisiones especializadas sea muy diferente. En una asamblea grande no es posible desarrollar un argumento de modo coherente y sistemático. Los debates suelen ser dominados por un pequeño número de oradores experimentados y carismáticos, un Mirabeau o un Lamartine, quienes se apoyan en la retórica más que en los argumentos. La forma externa de los debates es la deliberación, pero la fuerza que motiva las decisiones, más que la razón, es la pasión. Aunque los propios oradores no sean arrastrados por la emoción, esperan prevalecer apelando a las emociones del auditorio. En los *bureaux* es más probable que se respete la sustancia y no sólo la forma de deliberación.<sup>25</sup>

Otro aspecto de importancia, por supuesto, es la “ausencia o presencia de público” en la discusión. Va-

---

<sup>25</sup> Elster, Jon, “La deliberación y los procesos de creación constitucional”, *cit.*, p. 144.

rias líneas ya le hemos dedicado a este tema, así que no abundaré más al respecto. Basta con recordar que la publicidad oscila entre dos polos contradictorios. Por un lado, un debate ante un auditorio reemplaza el lenguaje del interés sectario por el de la razón pública, sustituyendo los motivos privados de los representantes por los intereses generales y, por el otro, que en presencia de público una discusión puede ceder a incentivos perversos —como la razón plebiscitaria— que disminuyen el nivel deliberativo. Elster, sin embargo, omite una variable clave al abordar el tema de la publicidad: cuando una discusión se vuelve mediática.

Se trata de un ingrediente que ubica en una dimensión totalmente distinta cualquier ejercicio deliberativo. Esto se debe a que los medios de comunicación modernos al transmitir un debate exacerbaban los principales rasgos de la demagogia, y no aseguran mayor transparencia. Es decir, el ojo mediático puede mantener espacios clave de un proceso de deliberación en la opacidad y, al mismo tiempo, hinchar sobremanera la vanidad y retórica de los participantes en demérito del nivel de discusión. Lo dijo, con enorme lucidez, Octavio Paz: “...detrás de la lente... hay un hombre: una sensibilidad y una fantasía. Un punto de



vista”.<sup>26</sup> En efecto, al respecto Susan Sontag abona lo siguiente:

La imagen fotográfica, incluso en la medida en que es un rastro (y no una construcción elaborada con rastros fotográficos diversos), no puede ser la mera transparencia de lo sucedido. Siempre es la imagen que eligió alguien; fotografiar es encuadrar, y encuadrar es excluir. Además, la manipulación de la foto antecede largamente a la era digital y los trucos de Photoshop: siempre ha sido posible que una fotografía tergiverse las cosas. Una pintura o un dibujo se consideran falsos cuando resulta que no son del artista a quien se le habían atribuido. Una fotografía —o un documento filmado disponible en la televisión o en Internet— se considera falsa cuando resulta que se ha engañado al espectador en relación con la escena que al parecer se representa.<sup>27</sup>

De ahí, que al diseñar el marco institucional de un ejercicio deliberativo, una vez que se haya decidido

---

<sup>26</sup> Paz, Octavio, “Instante y revelación: Manuel Álvarez Bravo”, *Los privilegios de la vista II, Arte de México. Obras completas*, México, FCE, 1994, t. 7, p. 312.

<sup>27</sup> Sontag, Susan, *Ante el dolor de los demás*, trad. de Aurelio Major (primera edición en inglés 2003), Madrid, Alfaguara, 2003, pp. 57 y 58. Véase también Sontag, Susan, *Sobre la fotografía*, trad. de Carlos Gardini (primera edición en inglés 1977), Barcelona, Edhasa, 1981.

incluir la presencia de una audiencia, el siguiente paso clave es definir si tal debate será mediático o no. Vale insistir en esta distinción entre público y mediático, pues que una discusión deje de ser secreta no significa que necesariamente esté abierta a los medios de comunicación electrónicos; se trata de diferentes mecanismos de publicidad para un debate y, de enorme relevancia, como veremos más adelante, con incentivos muy distintos en el comportamiento de los participantes de ésta y en la calidad deliberativa.

El tercer aspecto es el “empleo o la amenaza de empleo de la fuerza” en un proceso de discusión. El cual evidentemente distorsiona cualquier ejercicio de debate. La opinión y voto de los participantes en un órgano colegiado puede ser afectada de manera decisiva si existe una fundada preocupación, por ejemplo, de sufrir algún daño en su integridad física en caso de adoptar ciertas posturas. Mas este elemento no tiene que presentarse en escenarios tan dramáticos como éste u otro, donde esté en riesgo inclusive la vida de los miembros de un debate para ejercer presión en éstos. En ocasiones, basta con que se presenten manifestaciones o marchas por parte de grupos de interés para incidir en la decisión de instituciones deliberativas. Algunas de éstas, por supuesto, pueden ser fruto de un legítimo ejercicio de la libertad de manifestación y realizarse sin brotes de violencia o amenazas de ésta.

En este sentido, lo relevante es tener claro que desde este escenario hasta uno donde se emplee abiertamente la fuerza, existen diferentes supuestos que pueden influir en mayor o menor medida, de manera democrática o no, en el sentido de un ejercicio deliberativo para adoptar cierta decisión institucional.

El último elemento que apunta Elster es el “papel de interés” en la construcción de una decisión en una institución colegiada. El punto clave aquí, es tener presente que en un proceso de deliberación, además de los aspectos que hemos comentado líneas arriba, también influye el tipo de intereses que estén en juego. Esto es, intereses de clase que busca que la decisión final proteja o impulse ambiciones muy particulares de algunos grupos de apoyo de los participantes; intereses generales, que en su caso se traducen en políticas públicas que por lo menos impactan en un aspecto relevante de la dinámica social; intereses institucionales, cuya preocupación está centrada en la institución que está adoptando justamente la decisión en cuestión, de tal manera que con la decisión final pueda aprovechar para incrementar su poder, proteger su legitimidad o sortear un conflicto con otra institución.

El tipo de ejercicio deliberativo está definido, entonces, por este conjunto de intereses, sin olvidar que razones y pasiones también están presentes, así como el tamaño del cuerpo colegiado, la presencia de público

y, en su caso, de medios de comunicación y el empleo o amenaza de uso de la fuerza. Ahora bien, después de este recorrido por el secreto y la publicidad como instrumentos que influyen en que una institución deliberativa se ate a la opinión pública y eleve el nivel de discusión, vale plantear algunas preguntas respecto la Suprema Corte mexicana: ¿Es adecuado su proceso de decisión para efectos de asegurar un control de su desempeño vía transparencia y una sólida dinámica argumentativa? ¿De qué manera se busca mantener el equilibrio entre publicidad y secrecía? ¿El singular debate mediático de los ministros de la Corte abona a una mayor transparencia y calidad deliberativa? En las siguientes páginas vamos a evaluar el procedimiento de decisión de la Suprema Corte bajo el rasero de si establece condiciones idóneas, en sus diferentes etapas y eslabones, para esas dos exigencias a las que están sometidos los tribunales constitucionales y que se encuentran en una latente tensión: transparencia y calidad deliberativa.

### III. LA SUPREMA CORTE MEXICANA Y SU PROCESO DE DECISIÓN

El procedimiento de decisión de la Suprema Corte mexicana, más allá de ciertas particularidades procesales, se puede diseccionar en las siguientes cinco