

EL SECRETO DE LAS DELIBERACIONES JUDICIALES A DEBATE

Francisco TORTOLERO CERVANTES^{*}

SUMARIO: I *Introducción*. II. *El estado de las deliberaciones judiciales en Europa*. A. *Criterios dominantes en los tribunales “herméticos”*. B. *Intentos institucionales para suavizar el hermetismo*. C. *La atención a objeciones que también se formulan en Estados Unidos*. 1. *La construcción de la transparencia judicial en Norteamérica*. 2. *La pérdida de unidad del órgano jurisdiccional*. 3. *El fomento al protagonismo de los jueces*. III. *Por un tratamiento casuístico del secreto*. A. *Respuestas institucionales a los contestatarios de la apertura*. 1. *Una reglamentación emanada de la práctica judicial*. 2. *La institucionalización de la práctica en dos países*. B. *Efectos no deseados del hermetismo*. 1. *Tensiones al interior de los tribunales*. 2. *Tensiones fuera de los pretorios*. C. *Otras consecuencias que podría acarrear la ruptura del secreto*. D. *¿Se pueden construir argumentos judiciales por consenso?*

I. INTRODUCCIÓN

La transparencia del trabajo cotidiano de los tribunales aparece actualmente como uno de los pilares de proceso de legitimación de las decisiones judiciales. Al lado de los criterios interpretativos adoptados en definitiva por los jueces, cada sentencia puede a veces contener opiniones individuales que no están (total o parcialmente) de acuerdo con la resolución tomada por la mayoría. La emisión de votos particulares ha sido a tal grado asimilada por la tradición judicial norteamericana que, son pocas las decisiones que, por causas de interés público (p.e., el no provocar una fragmentación de la lectura anti-segregacionista establecida en la decisión *Brown v. Board of Education* de 1954), son dictadas sin especificar los nombres de sus autores (dicho en términos más específicos, “en nombre del tribunal”, o *per curiam*).

^{*} Licenciado en derecho por la UNAM, maestría en Instituciones y doctorado en Ciencias Políticas por la Universidad de París I (panthéon – sorbonne). Actualmente es Profesor-investigador de la Facultad de Derecho y Administración Pública de la Universidad de Guanajuato.

Junto a la idea generalizada (aunque no totalmente cierta) sobre la posibilidad de tener acceso a todo tipo de argumentos esgrimidos por los jueces durante las deliberaciones, el público norteamericano cree conocer los pormenores que precedieron a cada criterio jurisprudencial gracias a que un conjunto de *outsiders* difunde las consideraciones que (a su real saber y entender) sirvieron antecedentes a los argumentos que finalmente aceptó la mayoría del tribunal¹. Sobra decir que estas informaciones son muy apreciadas por el electorado tratándose de las decisiones más controvertidas políticamente. En las páginas que siguen trataremos de entender las razones por las que esta transparencia paradigmática del modelo judicial norteamericano quedó lejos de ser re-apropiada por las jurisdicciones constitucionales que empezaron a funcionar en Europa Occidental después de la Segunda Guerra mundial.

Y es que en estos tribunales, la tendencia dominante hasta nuestros días es, contrariamente a la norteamericana, que las decisiones sean dictadas *per curiam*. Tratando de disipar algunas de las cuestiones que más sorprenderían desde la tradición del *judge made law*, daremos cuenta del debate que actualmente está presente dentro del contexto europeo en torno al secreto de las deliberaciones judiciales (I).

En la Segunda Parte (II) veremos que un aparente entusiasmo en torno a la apertura de las deliberaciones judiciales se encuentra acallado a cada vez que el funcionamiento de los tribunales que permiten dar a conocer las opiniones individuales de los jueces parece colocarse en contra de la naturaleza cooperativa del sistema parlamentario. Y aunque pueda parecer que la constante contra la que luchan los impulsores de la publicidad de las deliberaciones judiciales corresponde a la esencia deliberativa de la democracia contemporánea, también es posible afirmar que una parte del modelo continental que limita la expresión de opiniones judiciales individuales podría bien ser exportado a los Estados Unidos con el fin de aligerar la tradición competitiva que suele a veces comprometer el funcionamiento de aquél sistema judicial. Haciendo un llamado a la unidad, la presencia de una sola decisión válida hacia fuera del tribunal puede acarrear ventajas colaterales que incidan positivamente en el funcionamiento de la justicia constitucional de aquél país. De esta manera, no sería descabellado sugerir que dentro del contexto institucional norteamericano, la unanimidad aparente po-

¹ Se habla incluso de un número cercano a treinta periodistas acreditados a cubrir el funcionamiento de la Corte Suprema, GREENHOUSE, Linda, "Telling the Court's Story: Justice and Journalism at the Supreme Court", *Yale Law Journal*, no. 105, 1996, pp. 1537, 1540-1541.

dría favorecer a que las condiciones de excesiva competencia entre las posiciones de cada juez fuera capitalizable, a la manera de una paradójica herramienta de estabilización del tribunal.

Sin que sea nuestra intención asumir que esta propuesta iconoclasta provoque o no algún interés dentro del foro norteamericano (donde las opiniones disidentes son una parte fundamental de las sentencias de la Corte Suprema), limitaremos nuestro debate en las instituciones de justicia constitucional europeas, donde posiciones encontradas respecto del secreto de las deliberaciones judiciales han nutrido un debate que refleja el estado actual de la tarea interpretativa de estos jueces constitucionales.

II. EL ESTADO DE LAS DELIBERACIONES JUDICIALES EN EUROPA

Para introducir el tema, podríamos señalar con un tono simplista la presencia de dos tendencias que marcan las actitudes típicas respecto del secreto de las deliberaciones al interior de los órganos jurisdiccionales europeos. No hay cosa más fácil. Hay quienes están a favor de la publicidad de los debates; hay quienes están en contra.

Con un poco más de detenimiento, se puede advertir que en Europa, esta simplicidad aparente no es un asunto de blanco y de negro, sino que varias tonalidades de gris se encuentran en medio del espectro. Los tonos intermedios presentan, de manera indirecta, un balance sobre las particularidades institucionales de países en donde las opiniones judiciales (y sobre todo, las emitidas por los jueces constitucionales) han definido las tendencias más novedosas sobre la interpretación constitucional en aquél continente. Sin que nuestro análisis tenga por objeto el tomar partido, sea a favor o en contra del conocimiento de las opiniones (léase de las posturas personales) de cada juez, trataremos de ubicar los dos bandos mencionados, distinguiendo los países “abiertos” de los “herméticos”.

Dentro de los primeros, que en esta colaboración serán representados por Alemania y por España, el sistema normativo ha aceptado dar a conocer no sólo la identidad de los autores de las decisiones, pero también los argumentos que éstos exponen (siendo a veces contrarios a los criterios establecidos en la sentencia). Dentro de los segundos, como veremos en Francia y en Italia, la constante ha sido la de oponer reservas respecto de la identidad de los jueces, e incluso, de los argumentos

esgrimidos durante las deliberaciones que anteceden a la decisión definitiva.

Abordando la cuestión que más nos ha parecido recurrente a este respecto, centraremos nuestro análisis en el tratamiento de las opiniones disidentes.² Para justificar el empleo del método comparado, hemos restringido nuestro análisis dentro de los Tribunales Constitucionales que nos han parecido representar este debate con un grado de contraste más definido.

Con este fin, analizaremos en esta Primera Parte las consideraciones que han permeado en los países reticentes, pero cuya falta de peso entre los actores políticos ha justificando el mantenimiento del hermetismo en cuanto a las deliberaciones judiciales (A). En un segundo momento trataremos de dar respuesta a tales consideraciones a partir de experiencias presentadas en países favorables a la apertura de las deliberaciones judiciales (B). Este balance nos permitirá encontrar sentido a los intentos realizados por los países “herméticos” con el fin de suavizar sus postulados de origen (C).

A. Criterios dominantes en los tribunales “herméticos”

El secreto de los votos al interior de la Corte Constitucional italiana se identifica con una ceremonia que parece coincidir con la época en que fue construido el inmueble que la alberga. Nos referimos al Palacio de la Consulta (cuya edificación fue ordenada por el Papa Clemente XII en

² Es preciso distinguir este término de nociones vecinas. En primer lugar, encontramos el término genérico de “opiniones *separadas*” (que, propuesto por Louis Favoreu, aglutina a todas las decisiones que son diferentes, en todo o en parte, del criterio votado por la mayoría, y que podríamos asimilar al sentido gramatical que damos en varios países latinoamericanos a la noción de “votos particulares”). Dentro de las dos manifestaciones que se contienen en este calificativo genérico, tendríamos por un lado las opiniones “*concurrentes*” (a veces dichas *concordantes*), en las que el juez individual presenta objeciones a la ponencia y, al no ser éstas aceptadas por el ponente, le ofrecen al primero la posibilidad de explicar las razones de su dicho (en el entendido que éstas no son de tal magnitud como para votar en contra de la mayoría). Por su parte, el juez *disidente* es aquél que ha votado contra la mayoría en la medida en que sus razonamientos representan criterios interpretativos que rivalizan con ésta, y además, agrega razonamientos que consideró para votar contra el criterio admitido por el tribunal; para un análisis de la cuestión en Europa cf. MASTOR, Wanda, *Une contribution à l'étude des opinions séparées des juges constitutionnels*, Tesis en Derecho Público, en prensa por la Université d'Aix-Marseille III, París, Económica (previsto en 2006).

1732, para ser ubicado en la plaza del Quirinale, frente al edificio del mismo nombre que funciona actualmente como sede del Gobierno). La sala de plenos de este edificio cuenta con una gran chimenea, encendida durante las sesiones en las que serán sometidas las decisiones a votación.

Los jueces apuntan el sentido de sus votos en una boleta que, una a una, va siendo registrada por el presidente de la Corte (aunque tratándose de la elección de un nuevo presidente, tal registro lo efectúa el decano de los jueces presentes). El primero en votar es el juez proyectista, y los restantes van entregando su boleta por orden de edad (del más joven al más viejo). Al final de la votación, el encargado de hacer el cómputo (ya sea el presidente, o el decano, en el caso aludido) ordena al *Maître* que tome las boletas en una pequeña charola y que las arroje al fuego.³ Esta tendencia a mantener el secreto de las deliberaciones puede advertirse a cada vez que un asunto es planteado ante el pleno del tribunal, de tal suerte que sólo se da publicidad al nombre del redactor del proyecto. Pero nada se dice sobre el sentido de los votos definitivos expresados por cada juez.

En Francia, el hermetismo del tribunal obedece al interés (léase al deber) que tienen los propios miembros del Consejo constitucional a no provocar el debilitamiento del órgano. Pero esta intención coincide en primer lugar con el modelo de fuentes de derecho en aquél país, donde el contencioso constitucional es visto más como una etapa ulterior del procedimiento legislativo (y menos como un arbitraje de los conflictos entre órganos).⁴ En segundo lugar, la necesidad de lograr acuerdos en

³ A causa del deber de reserva al que son sometidos los jueces, no se tiene certeza sobre esta práctica judicial, que sin embargo parece desarrollarse hasta la fecha, VOLCANSEK, Mary, *Constitutional Politics Italy: the Constitutional Court*, Nueva York, St. Martin's Press, 2000, p. 28.

⁴ En primer lugar, apuntamos que es menos factible que la circulación de argumentos judiciales sobrepase al ámbito de los miembros de este Consejo, en la medida en que el control ejercido opera siempre *a priori* (a excepción de los actos electorales, de los que el Consejo es juez de legalidad). Además, antes de la reforma constitucional 74-904 de 29 de octubre 1974, en la que se introdujo la posibilidad de iniciar la acción a 60 diputados o a 60 senadores, el control de constitucionalidad no había representado inquietudes por parte de los actores políticos. Más aún cuando los que podían iniciar la acción eran los últimos en desear el debilitamiento de las sentencias de esta Alta instancia. En cuanto a los jueces, ellos tendrían muy poco interés en oponerse a la mayoría en la medida en que parecía siempre más provechoso intentar la vía de la negociación entre posturas, tratando entonces de obtener alguna concesión en la decisión definitiva. Cf. señalamientos de Jacques ROBERT (antiguo miembro del Consejo

cada una de las decisiones ha permitido generar una mejor convivencia entre los miembros de este tribunal. En tercer lugar, los miembros de esta jurisdicción están sujetos al deber de reserva que se impone genéricamente a todos los funcionarios de la administración.⁵ Lo anterior significa que permitir la formulación de opiniones disidentes dentro del Consejo constitucional pareciera incongruente frente a la lógica de las instituciones de la Vª República, cuya creación fue inspirada por el General De Gaulle para sintonizar todos los esfuerzos institucionales en torno a la figura del Presidente de la República.

Es así como en Francia y en Italia, la reticencia a permitir a los jueces individuales el expresar puntos de vista contrarios al bando mayoritario del tribunal (¡y dentro de la misma sentencia!) puede ser ligada directamente a la tradición continental europea de los cuerpos judiciales, e identificada con la manera de trabajar de las jurisdicciones civiles, penales y administrativas en aquellas latitudes.

Yéndonos a un punto aún más extremo dentro de esta tendencia, encontramos países como Holanda, que aunque no contemple mecanismos de control de constitucionalidad (no obstante de seguir siendo éste un tema pendiente dentro de su agenda de reformas institucionales), ofrecen un panorama radical del hermetismo. En este país, el secreto de las deliberaciones judiciales se extiende a todas las instancias (y por supuesto a la Alta Corte), de tal suerte que toda transgresión a este estricto deber de reserva puede traer como consecuencia una sanción pe-

constitucional en el coloquio *Trente ans de saisine parlementaire*, Conseil constitutionnel, 22 de octubre de 2004, memorias en prensa.

⁵ De manera semejante, durante los primeros años de vigencia de la LF, el estatuto de los jueces del Tribunal Constitucional alemán parecía aproximarse a la lectura de la Constitución de Weimar, en la que los jueces quedaban sometidos al régimen del servicio civil de carrera de los miembros de la administración. En 1952, el gobierno federal (a través del Ministro de Justicia T. Dehler) intentó asignar a los jueces del Tribunal Federal el estatus de miembros de la administración. Este primer Tribunal, presidido por el juez H. Höpker-Aschoff, urgió a la composición de un comité interno de jueces a efecto de reaccionar contra esta intención del gobierno. En junio de 1952, los dos Senados presentaron un memorándum conjunto que rechazaba la pertinencia del estatuto propuesto. Tras una ardua discusión en las dos asambleas parlamentarias (de donde los miembros CDU/CSU del *Bundestag* apoyaban al gobierno y los SPD de la misma asamblea así como la mayoría del *Bundesrat* apoyaban al Tribunal), el parlamento terminó adoptando la autonomía absoluta del órgano. Vale la pena hacer este apunte, pues de haber sido validada la intención del gobierno, la introducción de las opiniones disidentes en 1970 habría implicado dificultades mayores, tal como lo veremos más adelante, in KOMMERS, Donald P., *Judicial politics in West Germany: a study of the Federal Constitutional Court*, London, Sage Publications, 1976, pp. 83-84.

nal para el juez infractor.⁶ Incluso, se dice que cuando dos jueces que pertenecen a diferentes Salas del mismo tribunal se reúnen a comer y surge en la conversación algún asunto que está por resolverse por aquél órgano jurisdiccional, la única precisión que pueden hacer es “ya hemos llegado a un acuerdo” o “todavía no”. En las reuniones privadas, los jueces están autorizados únicamente a exponer los argumentos que circulan ya en medios de comunicación al ser del conocimiento de la opinión pública. Si no, estos jueces respetan el secreto de las deliberaciones del mismo modo que un médico o de un abogado se apegaría al secreto profesional.⁷

Además de las pocas discusiones que la apertura de las deliberaciones judiciales ha despertado (de manera aún más tímida en Francia que en Italia), pareciera que el tema se encuentra prácticamente olvidado en el resto de los países “herméticos”.⁸ Sin embargo, el debate parece animarse a cada vez que un juez constitucional sobrepasa la barrera de la reserva judicial, léase del secreto de las deliberaciones. Ha sido así como la redacción de opiniones disidentes no ha logrado ser aprobada por el Parlamento italiano. Sin embargo, aquello no significa que la cuestión cause desinterés en aquél país.

Después que su introducción en Italia había sido propuesta a nivel legislativo, por primera vez en 1960, su implementación definitiva ha sido postergada a cada vez que se ha planteado. En este país, el debate doctrinal parece reactivarse a intervalos regulares.⁹ En cuanto a Francia, este aspecto no había sido prácticamente señalado antes de la reforma constitucional de 1974. Aunque veremos que por más intentos de difundir el trabajo cotidiano del Consejo constitucional desde el interior

⁶ Tal precepto se desarrolla en los art. 28 y 28a de la Ley Orgánica del Sistema de Tribunales (*Wet op de Rechterlijke Organisatie*). El art. 11 d(4) del mismo ordenamiento impone la obligación de renunciar al juez reincidente.

⁷ VAN MANEN, Niels F., “The secret of the Court in the Netherlands”, *Seattle University Law Review*, no. 24, fall, 2000, p. 571.

⁸ Las opiniones disidentes tampoco se permiten en Bélgica, Austria ni en la Corte Europea de Derechos Humanos, *cf.* las conclusiones generales formuladas por Francis Delperée, quien, siguiendo la tradición de la Corte de Arbitrage de Bélgica, afirmaba que los jueces <<deben sólo expresarse a través de las sentencias>>, DUTHELLET DE LAMOTHE, Olivier (éd.), *Les modes de décision du juge constitutionnel : Actes du colloque de Bruxelles du 6 et 7 décembre 2001*, Louvain, Université catholique de Louvain, 2003.

⁹ La primera discusión sistemática sobre estas cuestiones está contenida en MORTATI, Costantino, «Considerazioni sul problema dell'introduzione del “dissent” nelle pronunce della Corte costituzionale italiana», en MARANINI, G. (éd.), *La giustizia costituzionale*, Florencia, 1966, p. 156.

del propio tribunal (a través de medios electrónicos, como el sitio *Internet* de este órgano, por cierto muy recomendable¹⁰), la tendencia dominante a su interior es más bien a mantener la idea de cuerpo colegiado sólido e impenetrable. El deber de reserva de los miembros de este Consejo es total.

Un breve recuento de algunas de las tensiones institucionales suscitadas en los países reticentes a causa de los intentos de apertura de este tema, nos dará cuenta de las reglas no escritas que han llevado a justificar (e incluso a reforzar) la imposibilidad de dar a conocer las opiniones individuales de estos jueces. Pero antes, expondremos algunas de las medidas tomadas dentro de los países “reticentes”, a efecto de mejorar la difusión del trabajo jurisdiccional.

B. Intentos institucionales para suavizar el hermetismo

La Constitución Italiana de 1947 (CI) había tratado de crear una válvula de escape a las tensiones provocadas por el secreto de las deliberaciones de la Corte Constitucional, otorgando a su presidente la facultad de hablar en nombre del colegio judicial con cierta regularidad. Esta atribución fue plasmada en la CI, y posteriormente identificada por la doctrina bajo el nombre de “*estarnazione*”.¹¹

En Francia, la idea de permitir a los jueces expresar sus puntos de vista respecto de una opinión individual ha parecido siempre ajena a

¹⁰ Véase en <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

¹¹ Tal atribución es conferida conjuntamente al presidente del Tribunal Constitucional y al Presidente de la República, y representa un poder de dirección constitucional de las instituciones (mejor conocido por la doctrina como poder de *indirizzo costituzionale*). Esta atribución (que se distingue del *indirizzo politico*, exclusivo del Gobierno y del Parlamento) se traduce en una relativa libertad de discurso que pone de manifiesto el papel de árbitros del sistema constitucional de quienes la ejercen. Por lo anterior, los Presidentes subsecuentes del Tribunal constitucional han establecido la práctica institucional que consiste en dar una conferencia de prensa anual en donde ponen de manifiesto, frente a los medios de comunicación, las líneas interpretativas del tribunal durante el año transcurrido. De ahí que la conferencia en cuestión tenga lugar entre diciembre y enero de cada año. Véase «Esternazione», en AINIS, M., *Dizionario Costituzionale*, Bari, Laterza Edizioni, 2000, pp. 186-188; estas intervenciones pueden ser consultadas (desde el año 1988 y hasta 2004) en http://www.corte costituzionale.it/ita/attivita_corte/relazioni_anuali-dei_presidenti/relazioni_anuali.asp (página electrónica consultada por última vez el 26 de agosto de 2005).

aquel sistema de control de constitucionalidad. Incluso, la elección del Presidente del Consejo constitucional no se efectúa internamente, por los otros miembros del órgano, sino por el Presidente de la República. Veremos que, atendiendo a su propia razón de ser, los intentos por abrir este tribunal han debido ser más bien modestos.

Por su parte, el hermetismo casi absoluto del tribunal italiano prevaleció durante los primeros 20 años de funcionamiento de esta jurisdicción. No fue sino hasta finales de los años '60 que la prensa italiana comenzó a filtrar algunas opiniones minoritarias (que obtenían las más de las veces en entrevistas de banqueta) y de las cuales parecían extraerse ciertas alternativas a los criterios interpretativos que al final prevalecieron. En 1968, el presidente Sandrulli decidió conceder una entrevista semanal al periódico *L'Astrolabio*. El siguiente presidente, el juez Branca, dio a conocer su opinión respecto de la sentencia donde se declaraban inconstitucionales las disposiciones anti-huelga del Código penal.¹² Por su parte, el juez Crisafulli publicó un comentario bastante crítico, justificando el sentido de su voto dentro de una sentencia relativa a la regionalización.¹³ Y a pesar de todos estos intentos, el discurso que había prevalecido hasta entonces seguía concordando con la reserva judicial.

La reserva judicial ha sido también un elemento persistente dentro de la política judicial del contencioso constitucional francés. Sin embargo, es de resaltarse que la voluntad de dar publicidad a algunos actos del tribunal ha sido originada al interior mismo del Consejo constitucional. Podríamos incluso señalar que una política de apertura ha sido identificada con cierta claridad desde hace unos diez años.

Fue así como, a iniciativa del Presidente del Consejo Robert Badinter, las observaciones efectuadas por el Secretario General del Gobierno dentro de los procesos constitucionales son publicadas en el Periódico Oficial, y esto, desde 1994.¹⁴ Más tarde, en 2001, el propio Consejo

¹² Relativo a la decisión *Corte cost.* no. 123/1969. En esta intervención, Branca retomaba la opinión que había expresado un año antes en la *Rivista di diritto civile*, no. 1, 1968, p. 156.

¹³ CRISAFULLI, Vezio, «L'attuazione delle Regioni di diritto comune e la Corte costituzionale», in *Politica del Diritto*, no. 3, 1968, pp. 665-679.

¹⁴ ROUSSEAU, Dominique, *Sur le Conseil constitutionnel : la doctrine Badinter et la démocratie*, Paris, Descartes & Co, 1997, pp. 59-60. Antes de esta fecha, el profesor Didier Maus registró y publicó una buena parte de los argumentos presentados por las partes del contencioso ante el Consejo constitucional. Esta primera edición tuvo varias actualizaciones hasta antes de 1994, en MAUS, Didier (1982), *Textes et documents*

se pronunció sobre la secrecía de los registros verbales que se guardan al cabo de cada deliberación. Sobre la base del art. 56 de la Ordenanza de 1959, relativa a la emisión de criterios generales aplicables al funcionamiento interno de este Consejo, el pleno estimó que la Ley de 3 de enero de 1979 (relativa a la consulta pública de archivos) debía ser interpretada de manera extensa. De esta manera, los archivos del Consejo constitucional podrían ser abiertos antes del plazo normal de 99 años, cuya duración tiene que ver con el plazo genérico en que la Administración francesa debe mantener en secreto la documentación relativa a su funcionamiento ordinario. El criterio así adoptado por el Consejo implicaba reducir este plazo a 60 años (de ahí que en lugar de tener que esperar hasta el año 2058, será en el año 2019 que se podrán consultar, progresivamente, los argumentos incluidos en los registros o *comptes rendus* que se fueron expresando en las sesiones de este órgano constitucional desde 1959).¹⁵ De esta forma, los interesados podrán conocer todos los pormenores de los debates judiciales, y el tribunal francés se podrá distinguir (incluso respecto de la Corte Suprema de Estados Unidos) por difundir todas las actuaciones, no obstante que el sentido de la información entonces recabada implique un contenido diametralmente opuesto, sobre todo en lo que toca a su oportunidad.

Del mismo modo que en Francia, en Italia, la resistencia contra la revelación simultánea de los argumentos judiciales no cambiaría demasiado a lo largo del tiempo. Fue así como el presidente Granata (1996-1999) señalaba que los miembros de su tribunal no podían alejarse demasiado de los criterios establecidos por la mayoría parlamentaria. Se pronunciaba así a favor de establecer criterios judiciales susceptibles de representar una *mediación* (y no de implicar un *forcejeo* entre puntos de vista). Según él, el papel del presidente debía ser el de tratar de acercar todas las posiciones doctrinales, y de evitar la radicalización de posturas individuales de los jueces.¹⁶ Pero esta preminencia de la reserva judicial también tiene que ver con cuestiones de oportunidad. Hay quien ha tenido que adaptar (o moderar) sus críticas del pasado en beneficio de la solidez de la institución.

sur la pratique institutionnelle de la Ve République, Paris, La Documentation Française.

¹⁵ Cf. JUANJAN, Olivier, «arrêt Brouant du 25 octobre 2002», *Revue Française de Droit Administratif*, no. 1, 2003, pp. 1 ss,

¹⁶ Cf. su intervención en ANZON, Adele (ed.), *L'opinioni dissenzienti: Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 5 e 6 novembre 1993*, Milán, Giuffrè Editore, 1995, p. 54.

Fue así como siendo profesor en Turín, Gustavo Zagrebelsky se había manifestado a favor de la publicidad de opiniones disidentes. Tal posibilidad tendría por objeto el de evitar la disolución de responsabilidad de la actuación de cada juez dado el firme carácter colegial de la Corte constitucional italiana.¹⁷ Este punto de vista fue incluso sostenido con insistencia en 2001, dentro del marco de un coloquio donde varios profesores y jueces europeos hablaban sobre los métodos de trabajo de los tribunales constitucionales.¹⁸ Sin embargo, este entusiasmo inicial debió ser atenuado al poco tiempo. El parecer de este teórico fue recabado un par de años más tarde, cuando formando ya parte de la Corte constitucional, sus pares lo eligieron para ejercer el cargo de Presidente del tribunal.

En aquella oportunidad, el ahora presidente Zagrebelsky se mostró mucho más reservado, y contestando a la pregunta de una periodista (que trataba específicamente sobre la percepción que este tenía respecto de la opinión disidente), expresó su reserva a manifestarse sobre esta cuestión. Aduciendo que aunque pudiera estar a favor de las conclusiones expresadas por la comisión de estudios formada al interior del tribunal con el objeto de decidir sobre el tratamiento de las opiniones disidentes, prefería limitarse en señalar que la solución de esta cuestión debía ser confiada en exclusiva a los actores políticos.¹⁹ Del mismo modo, en uno de los países que ubicamos como “abiertos” a la expresión de este tipo de votos, parece bastante revelador el constatar que en ningún caso, ni el Presidente ni el Vice-presidente del Tribunal Constitucional español han formulado opiniones disidentes mientras se encuentran ejerciendo dichas funciones.²⁰

¹⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 88-91.

¹⁸ DUTHEILLET DE LAMOTHE, Olivier (éd.), *cit.* en nota 8 (2003). Cabe señalar que no sólo el juez Zagrebelsky, pero también el juez Onida, aprovecharon este foro para manifestarse con mucho entusiasmo a favor de la posibilidad de publicar votos particulares.

¹⁹ Cf. la Conferencia de prensa del 28 de enero de 2004, con motivo de la investidura como Presidente de la Corte constitucional; respuesta a la periodista Diana Stasio, *La Stampa* del 29 de enero de 2004.

²⁰ FREIXES, Teresa, «La pratique des opinions dissidentes en Espagne», *Cahiers du Conseil constitutionnel*, no. 8, 2000, p. 99. Esta resistencia podría ser comparada con la conducta de un presidente de la Corte Suprema norteamericana que, dicho sea de paso, fue identificado más por su reserva que por su activismo. Nos referimos a la presidencia de Rehnquist (1986-2005), quien dentro de los dos primeros años de su función, emitió en promedio 9 votos particulares. Es posible, sin embargo, advertir que en este mismo período, fue el juez que publicó menos opiniones dentro del tribu-

Si bien es cierto que algunos destellos de activismo pudieron identificarse dentro de los países reticentes a dar a la luz los razonamientos expresados por sus jueces constitucionales, veremos a continuación que la constante en Europa Occidental ha sido más bien en apego al deber de reserva judicial.

C. La atención a objeciones que también se formulan en Estados Unidos

La difusión de las opiniones individuales de los jueces corresponde a una práctica judicial típica del *Common law*. En cuanto a su utilidad en el seno de la tradición anglo-sajona (donde los juristas están mucho menos acostumbrados a concebir la organización judicial en términos de jerarquía y de carrera), estas opiniones individuales han permitido dar certeza a la aparente flexibilidad excesiva del sistema de *judge made law*.

Aunque al final de la Segunda Guerra Mundial, este medio de expresión parecía ofrecer una alternativa a las jurisdicciones europeas para sacar provecho de las diferencias entre los criterios interpretativos propuestos por cada juez, las constituciones europeas de la época fueron respetuosas de sus propias tradiciones, y prefirieron ceñir a los jueces al deber de auto-reserva. Esta situación inicial no significa que los reformistas hayan sucumbido en su intento de dar a conocer el trabajo desarrollado al interior de estas jurisdicciones.

Quienes hoy se manifiestan en contra de dar publicidad a las opiniones individuales de los jueces (y esto, de los dos lados del Atlántico), suelen expresar inquietudes recurrentes, que se dirigen a probar que la posibilidad de emitir opiniones disidentes es a veces incompatible con la noción de Estado de Derecho.²¹ Después de hacer una mención del tratamiento que ofrecen los críticos de estas cuestiones en Estados Unidos, veremos que en Europa, las objeciones mayores contra la publicidad de las deliberaciones judiciales se refieren a la ruptura de la unidad en el órgano jurisdiccional; a la generación de trabajo adicional para los

nal. El porcentaje así alcanzado por este presidente es reducido si se toma en cuenta que el juez Stevens emitió 32 opiniones de este tipo, mientras Scalia publicaba 17 en primero de estos dos años, *cit.* por GINSBURG, Ruth Bather, "Remarks on writing separately", *Washington Law Review*, vol. 65, 1990, p. 150.

²¹ STACK, Kevin M., "The practice of dissent in the Supreme Court", *Yale Law Journal*, no. 105, june, 1996, pp. 2235-2246.

jueces individuales; a la inseguridad jurídica que éstas pueden generar, o bien, a la desnaturalización del sistema del *civil law* como consecuencia inminente a la apertura del trabajo de los tribunales.²² Es así como, tanto en Europa como en Estados Unidos, el mantenimiento del secreto de las deliberaciones ha sido utilizado como medio infalible para garantizar la estabilidad del órgano.

1. *La construcción de la transparencia judicial en Norteamérica*

El tratamiento paradigmático de transparencia de las opiniones individuales de los jueces, emanado del modelo norteamericano, no es sino el resultado del proceso de adaptación que sufrieron las instituciones británicas en el nuevo continente. Y es que el funcionamiento de los tribunales “herméticos”, que ligamos con una tradición típicamente continental, se ha encontrado siempre en el extremo opuesto de los tribunales de apelación en Inglaterra.

La máxima jurisdicción en Inglaterra, compuesta de forma intermitente dentro de la Cámara de los *Lords*, funciona menos como un tribunal que como una tribuna. En aquella asamblea, cada uno de los *Law Lords* (que se reúnen por regla general en número de 5) emite, de manera individual, la decisión que estima aplicable a la controversia en cuestión. En estos casos, el papel jurisdiccional efectuado al momento de dar a conocer su decisión “*seriatim*” equivale a pronunciar un *speech* ante sus pares²³. Esto significa (al extremo opuesto de las juris-

²² Tomando en cuenta la importancia respectiva de estas objeciones, nos concentraremos en las dos primeras. En cuanto a la adopción de opiniones disidentes como medio de desnaturalizar al sistema jurídico del *civil law*, nos limitaremos a afirmar que incluso en los países europeos que adoptaron esta práctica judicial, la publicidad de las deliberaciones no se extiende a todas las etapas del contencioso. Es así como en Alemania, aunque la formulación de votos separados o de opiniones disidentes es aceptada, los argumentos esgrimidos por los jueces hasta antes de la votación final, permanecen en secreto. Por su parte, los países en donde la formulación de estas opiniones minoritarias no está contemplada, las pocas sentencias en donde la jurisprudencia constitucional pareciera mirar hacia la tradición anglosajona contienen reservas que evitan cualquier clase de ambigüedad. En Italia, las discusiones que han abordado esta cuestión se orientan más hacia afirmar el carácter colegiado del órgano; tal parece que el secreto de las deliberaciones no ha representado lo más relevante de estas decisiones, cf. ANZON, Adele, «Per l'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudici costituzionali», *Politica del diritto*, n. 2, 1992, pp. 340.

²³ BLOM-COOPER, Louis Jacques, *Final appeal: A study of the House of Lords in its judicial capacity*, Oxford, Clarendon Press, 1972, p. 523.

dicciones europeas) que la decisión no tiene nada de combinación de argumentos; el *Law Lord* que preside las sesiones cumple su encargo sin jamás ejercer entre sus funciones la de conciliar posiciones encontradas²⁴.

Regresando a las postrimerías de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ésta funcionó, durante la primera década, bajo el modelo británico de decisiones *seriatim*. Por aquellas épocas, Thomas Jefferson, defensor de la tradición británica, criticaba a John Marshall respecto de la intención que éste último acabó imponiendo. Sobre la intención de alterar la práctica judicial de los primeros años, imponiendo en lugar la toma de decisiones judiciales por mayoría, Jefferson advirtió, dentro de una carta muy citada, que desde la presidencia de Marshall:

La opinión es encaramada en un cónclave, donde [puede resultar] mayoría de apenas un [juez] y [la decisión se produce] con la aceptación silenciosa de miembros tímidos o perezosos, o con la de un presidente del Tribunal acomodaticio, quien modela la ley a su propio entender [...]²⁵

La práctica mayoritaria, así instaurada, entró en vigor desde la primera decisión tomada bajo la presidencia de éste último.²⁶ El significado de la nueva realidad institucional podía ser leído como una intención abierta a que las decisiones ya no fueran de la autoría de jueces individuales, sino emanadas de la institución en su conjunto. Pareció ser de esta manera que se construyó una liga entre el Tribunal (y ya no entre los jueces individuales) y el contenido normativo *correcto* de la Constitución. Pero al reconocer a los jueces individuales la posibilidad de

²⁴ Dentro del mismo país, han existido sin embargo jurisdicciones que funcionan de forma distinta respecto de este marco general. El *Privy Council* (encargado de resolver controversias en última instancia respecto de los asuntos coloniales y del Imperio Británico), funcionó hasta 1966 dictando sus resoluciones únicamente por unanimidad. La razón de esta modalidad era su carácter de consejero de la Corona, lo cual justificaba rendir tales decisiones sin divisiones posibles. El otro ejemplo de excepción a las opiniones *seriatim* lo encontramos en las cortes intermedias de apelaciones en materia penal. En esta materia, el tribunal también se pronuncia de una sola voz (a menos que el juez que preside el órgano autorice la publicación de opiniones individuales). Lo anterior, pues se ha considerado que el reo no tiene por qué ver agravado su castigo por una división de opiniones de las que pudiera percibir un argumento que significara una esperanza que lo declarara inocente, pero que para su infortunio, habría sido vencido por una mayoría judicial adversa, *ibid*, pp. 81-82

²⁵ Carta de Thomas Jefferson a Thomas Richie de 20 de diciembre de 1820, *cit.* por STACK, Kevin, 1996, *cit.* en nota 31, p. 2238.

²⁶ A saber, la decisión *Talbot v. Seeman*, 5 US (1 Cranch) 1, 25 (1801).

externar sus puntos de vista, la institución dejaba abiertas, al menos de forma indirecta, alternativas interpretativas para cuando la misma cuestión volviera a ser planteada en el futuro.

De lo analizado hasta ahora, parece que el modelo norteamericano de la publicidad de opiniones individuales corresponde a un punto intermedio entre la tradición británica de las opiniones singulares de cada juez, y la imagen dominante en los países continentales sobre pronunciamientos a una sola voz. Una vez que hemos esbozado algunas de las condiciones de formación del modelo norteamericano de publicidad de las deliberaciones judiciales, propondremos una serie de objeciones que, siendo ciertamente válidas en el contexto continental, parecen también ser aplicables dentro del contexto norteamericano actual.

2. La pérdida de unidad del órgano jurisdiccional

La fragmentación de las posibles respuestas sugeridas por la pluralidad de argumentos dentro de los tribunales podría conducir al debilitamiento de la cohesión del órgano, y por consiguiente, de la autoridad de sus decisiones. Es así como una parte de la doctrina norteamericana atribuye un efecto negativo a esta forma de mermar el “impacto (inherente a) la solidaridad monolítica” que tanto hace depender el peso de un colegio de jueces como la Corte Suprema de Estados Unidos.²⁷ A causa del uso que se le ha dado en los últimos años a la publicación de estas opiniones individuales, la herramienta habría sido desposeída de su fuerza, por lo que la sobreexplotación de este mecanismo parecería colocar al Tribunal en contra de las virtudes propias de la noción de Estado de Derecho.²⁸

Además, una decisión que pretende ser definitiva, dictada en última instancia, podría ser amenazada por la aparición repentina de un argumento que, siendo jurídicamente viable, acababa de ser vencido por el simple hecho de no haber convencido a la mayoría del tribunal. Este efecto debilitador de la confianza en la mayoría podría significar, por consiguiente, la desconfianza ciudadana frente a la ley²⁹. Por sorpren-

²⁷ HAND, Learned, *The Bill of Rights*, Los Angeles, Atheneum Publishers, 1962 p. 72.

²⁸ BENNETT, Robert W., “A dissent on dissent” *Judicature*, no. 74, 1991, pp. 255, 258-260.

²⁹ VOSS, Edgar C. “Dissent: sign of a healthy Court?”, *Arizona State Law Journal*, no. 24, 1992, pp. 649-652.

dente que esto parezca, otros norteamericanos también se preocupan por la incertidumbre que generan las opiniones disidentes³⁰.

A partir de la polémica observada en Estados Unidos entre bandos que se oponen en torno a la percepción de las opiniones disidentes, es más sencillo entender que los países europeos que identificamos en el bando de los “reticentes” pueden igualmente encontrar argumentos del otro lado del Atlántico para sostener esta postura.

En países como Holanda, donde la noción de unidad de la Corona fue establecida en la Constitución como nota característica de la decisión pública (art. 42-1), parece normal que una buena parte del gremio judicial sostenga que erigir la solución de un litigio bajo la forma de un frente unido es la mejor manera de inducir la legitimidad de las sentencias³¹. Fue en un sentido semejante que, cuando le pidieron a Georges Vedel que se pronunciara respecto de la implantación de opiniones disidentes en el Tribunal al que desde hace poco había dejado de pertenecer, su postura fue tajante

A quien quiera exterminar al Consejo Constitucional, le ofrezco dos recetas infalibles [...], la primera sería confiar al Consejo la elección de su presidente [...] La otra receta, que es la admisión de opiniones disidentes, sería aún más letal. El primer efecto, en un país carente de tradición [en estas cuestiones] sería el de presentar a los ciudadanos un espectáculo en vez de una corte de justicia. El segundo sería el de valerse de opiniones en forma de largos agravios que se presentarían más como enfrentamientos doctrinales entre los miembros del Consejo. El tercero (y no menos importante) sería el de privar al Consejo de la dedicada fabricación del consenso, mismo que se encuentra en el vértice de un gran número de sus decisiones.³²

Es así como, siguiendo con un recuento de esta primera objeción dentro del caso francés, la opinión disidente causaría divisiones incluso fuera del ámbito de los jueces de la minoría. Del lado de los jueces de la mayoría, éstos deberían llegar a compromisos con los disidentes, con el fin de convencerlos de no redactar criterios que salieran del cauce lógico de la sentencia. El funcionamiento de los servicios técnicos del Tribunal se verían directamente afectados por una carga adicional de

³⁰ Para un recuento véase DOUGLAS Lawrence, “Constitutional discourse and its discontents: an essay on the rethoric of Judicial Review”, en KEARNS, Thomas y Austin SARAT (eds.), Flint, University of Michigan Press, 1996, pp. 225, 257-260.

³¹ VAN MANEN, Niels F., *op. cit* en nota 7, p. 572.

³² VEDEL, Georges, “Préface”, en ROUSSEAU, Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 5^è éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 9.

trabajo; tanto éstos como los jueces individuales, verían sobrecargadas sus responsabilidades a cada vez que el resultado del voto no fuera la unanimidad³³.

3. *El fomento al protagonismo de los jueces*

Los jueces constitucionales, desde el momento en que forman parte de un colegio, actúan en aras de la solidez de éste. Es así como la ausencia de unanimidad en la votación podría traer aparejada la incertidumbre de la lectura “correcta” (en sentido dworkiniano) del precepto constitucional interpretado.³⁴

Los partidos políticos podrían, en seguida, apropiarse de los argumentos ahí planteados para capitalizarlos políticamente. Con certeza, la conformación de una mayoría en el seno del Tribunal sería cada vez más difícil de lograr, en tanto que cada juez estaría expuesto a exhibir su actuación frente a los gobernados (siendo en este caso más adecuado pensar que la reforma esperada por los entusiastas de la apertura se dirigiría más hacia la tradición británica de opiniones individuales de los jueces). Más aún, los jueces de la mayoría con intereses políticos particulares, orientarían sus votos en función de la postura política que más les mostrara en sintonía con sus “compañeros de partido”. Según lo expresaban los propios jueces, el sentido de sus votos podría quedar condicionado por presiones externas.³⁵

³³ Debo mencionar que la pertinencia de estas reservas me había parecido hasta hace poco insostenible. No obstante, pude comprender los riesgos que podría implicar la ruptura del secreto en el Consejo Constitucional únicamente después de haber aclarado este punto con Jean-Claude Colliard y con Jean-Eric Schoettl, quienes son respectivamente miembro y Secretario General en ejercicio actualmente en aquél tribunal.

³⁴ En la formulación de este teórico de la “integridad” del derecho, podríamos efectivamente aceptar que dentro del proceso de decisión judicial, la posibilidad de manifestar un desacuerdo tendería, como él mismo lo propone, a la construcción de la *mejor lectura posible* de la Constitución. Sin embargo, estamos de acuerdo en que la formulación de Dworkin no permite establecer una liga clara entre la posibilidad de emitir opiniones disidentes y el proceso de legitimación del tribunal, en cuanto a la fragmentación de lo que él mismo concibe como el “juez Hércules” (que parece más bien fundarse en la capacidad individual del juez y no en la voz unida del órgano judicial), cf. Especialmente en DWORKIN, Ronald 1986, *Law's empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, pp. 380-381.

³⁵ SANDULLI, A.M., « Voto segreto e palese dei giudici costituzionali », *Corriere della Sera*, 8 de mayo de 1973.

Estas razones han sido expuestas incluso en países favorables a la publicidad de las deliberaciones judiciales, como veremos en España³⁶. Pero cuando la misma justificación esgrimida por los “reticentes” se ubica en un contexto institucional como el italiano, donde algunos de los miembros de este tribunal han visto el paso por esta Alta jurisdicción como un escalón más de su carrera política,³⁷ los motivos para no salir de este bando se vuelven más convincentes. Cada una de las opiniones de los jueces sería sujeta a la evaluación del electorado. La negociación en cuanto a los contenidos de las sentencias se volvería común, en tanto que los jueces (y no sólo aquéllos con intereses políticos) se verían comprometidos a escuchar a los partidos políticos que hubieran impulsado sus respectivas designaciones al tribunal.

Es así como el ala de los reticentes preconiza el mantenimiento de la unanimidad de las resoluciones judiciales. En estos términos, el consenso y la consecuente legitimidad en torno a una sentencia podrían ser afectados negativamente por la actuación de un juez activista. Pero hay

³⁶ Quienes proponen un análisis del comportamiento judicial sobre la base de influencias de los actores encargados de designar a los jueces, estiman que puede presentarse una correlación entre el interés del partido que negoció un lugar en el Tribunal y el sentido del voto individual del juez designado, DEL CASTILLO VERA, Pilar, « Notas para el estudio del comportamiento judicial: el caso del Tribunal Constitucional », *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 7, 1987, pp. 177-191. Preferimos alejarnos de estos enfoques de análisis de corte realista o emanados de la sociología judicial, que a nuestro parecer, parecen equívocos incluso en los países donde más han sido utilizados (y especialmente en Estados Unidos). Parece entonces evidente que la práctica judicial ha mostrado que los jueces suelen votar (con más frecuencia de lo que se piensa, en la mayoría de los casos) en contra de los intereses de los partidos encargados de sus propias designaciones.

³⁷ Debido al carácter arbitral que encarnan las dos funciones, el nombramiento de Presidente de la Corte Constitucional ha sido visto, con bastante frecuencia, como antecedente factible para llegar a la Presidencia de la República en aquél país. Es así como el célebre presidente de la corte, Antonio Baldassarre, debió renunciar anticipadamente a su encargo cuando, al cambiar repentinamente de postura respecto de los temas con contenidos políticos delicados, parecía propiciar un acercamiento con los jerarcas de la DC. Pero la jugada intentada por este antiguo comunista (con intenciones de ser nombrado Presidente de la República) fue más bien contraria, y peor aún, provocó un debilitamiento de la legitimidad de este tribunal frente a la ciudadanía. Estos ejemplos de utilización excesiva del poder de *esternazione* pueden leerse contrastando las declaraciones (en un principio moderadas) en la prensa de fines de marzo de 1995 frente a los señalamientos incendiarios, que empezaron con una declaración en contra del aborto en la Radio Vaticana el 26 de abril del mismo año, y que continuaron con un enfrentamiento caricatural de este juez contra todos los actores políticos del país, en RODOTA, Carmen, 1999, *Storia della Corte costituzionale*, Bari, Editori Laterza, 1999, pp. 121-122.

también un grupo importante de jueces y de teóricos del derecho que alzan la voz para denunciar los aspectos inconvenientes de este mantenimiento del secreto absoluto dentro de un tribunal. Veremos en la Segunda Parte de este trabajo que el tratamiento de las opiniones disidentes no obedece a una fórmula aplicable universalmente, sino que debe atender a particularidades nacionales.

III. POR UN TRATAMIENTO CASUÍSTICO DEL SECRETO

En el marco de los debates que este tema sigue generando en Estados Unidos, el argumento deliberativo³⁸ ha sido empleado de forma (desde nuestro punto de vista) afortunada a efecto de justificar la emisión de opiniones disidentes. Ante los ataques periódicos que este tribunal sortea desde la perspectiva de los actores políticos (y más concretamente, en cuanto al déficit democrático que ésta representa), suele objetarse el que la legitimidad de una institución contra mayoritaria como lo es la Suprema Corte se funda en un proceso de libre deliberación al interior del órgano.³⁹ No hay que perder de vista que en este tribunal, cada decisión es producto de un proceso interno sumamente complejo, de cuyos argumentos sólo se dará noticia al momento de la publicación de la sentencia. Dicho de otra manera, el criterio adoptado en definitiva no ha sido sino producto del secreto.⁴⁰ No es sino a la hora de dar publicidad a la decisión que los jueces pueden redactar una opinión concurrente o disidente, misma que aparece al final de la decisión indicando el nombre de los jueces que decidan sumarse a ellas.

En esta segunda parte, trataremos de entender la manera como las opiniones disidentes han sido tratadas en el contexto europeo. Nuestra

³⁸ “En el tipo particular de democracia modelada por los Padres fundadores de la Constitución norteamericana, el sentido deliberativo de la comunidad debió emerger menos del debate y de la persuasión entre ciudadanos que a través del funcionamiento de sus instituciones constitucionales”, BESSETTE, Joseph M., *The mild voice of reason: deliberative democracy and American national government*, Chicago, University of Chicago Press, 1994, pp. 1-2.

³⁹ MICHELMAN, Frank (1986), «Traces of self-government : the Supreme Court 1985 Term», *Harvard Law Review*, no 100, vol. 4, p. 76.

⁴⁰ Dentro de la Corte Suprema de aquél país, las “conferencias” o sesiones en las que se debaten los argumentos centrales (e incluso en las que se registran los votos) son reservadas a los jueces del tribunal. “There are no clerks, no stenographers, no secretaries, no pages”, POWELL, Lewis F., “What really goes on at the Supreme Court”, *American Bar Association Journal*, no. 66, 1980, pp. 721-722

comparación, centrada en aquél continente, nos permitirá entender que las particularidades de cada realidad nacional han llevado a los jueces a apegarse al deber de reserva cuando los riesgos de desnaturalizar sus sistemas ponen en entredicho las actuaciones de sus jueces (A). No obstante lo anterior, es posible también identificar que el hermetismo ha provocado efectos no deseados dentro de los países en donde el secreto de las deliberaciones judiciales ha permanecido incólume (B). Nos permitiremos finalmente especular, con base en lo expuesto, sobre las consecuencias que podría provocar una ruptura repentina del secreto en aquéllos países que han seguido identificándose con las líneas fundamentales del sistema continental de tribunales (C).

A. Respuestas institucionales a los contestatarios de la apertura

En los países que hoy se muestran favorables a dar publicidad a las deliberaciones judiciales, la formulación de opiniones disidentes se introdujo en el espíritu de las instituciones de forma más o menos controvertida. En Alemania, esta posibilidad fue sólo sugerida, pero no adoptada por los delegados de la Conferencia que sirvió como antecedente al voto de la Ley Fundamental de Bonn (LF), y que tuvo sede en el pueblo de Herrenchiemsee en 1948. Veremos que tres años después, el legislador ordinario tampoco las introdujo dentro de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (*BVerfGG*). Las opiniones disidentes fueron introducidas apenas en 1970, a través del mismo cuerpo de legislación ordinaria. En cambio, la Constitución Española contempló la publicación de estos argumentos desde la instauración del Tribunal Constitucional, en 1980.

Fue entonces que, yendo en contra de la tradición del *civil law*, la “apertura” de estos Tribunales Constitucionales se generó sólo cuando los motivos expresados por quienes estaban a favor de la publicación de opiniones disidentes lograron ser aceptados en estos dos países. Veremos primero que fueron los jueces alemanes quienes transmitieron esta necesidad al legislador, y luego, advertiremos que el legislador español se basó en razones semejantes para permitir su formulación desde el momento de idear la reglamentación del funcionamiento de aquél tribunal.

1. Una reglamentación emanada de la práctica judicial

Habíamos adelantado que la existencia de opiniones disidentes como vía de expresión argumentativa permite a los jueces minoritarios cerciorarse, al menos, que los argumentos de la mayoría son rigurosos. Y es que el proceso democrático es, sin duda, menos difícil de llevar a cabo mientras el trayecto que antecede la toma de una decisión colectiva aparezca como más transparente. Dicho de otra manera, la democracia es poder visible (esto es), “gobierno del poder público en público”.⁴¹ Dadas las implicaciones de las opiniones disidentes en el ámbito de los actores políticos, es innegable que las decisiones de estos órganos jurisdiccionales son cada vez más observadas por actores externos al Tribunal. La jurisprudencia constitucional encuentra razones de peso para mostrar un sentido evolutivo y coherente de su desarrollo. Una mejor elaboración de los argumentos de una sentencia es simultáneamente un elemento que refuerza la legitimidad de estos tribunales.

En lo que toca al juez individual, la expresión de opiniones disidentes le permite desmarcarse del criterio adoptado por el colegio de jueces, asumiendo al mismo tiempo un papel más activo de lo que él mismo entiende como responsabilidad individual. Esta afirmación coincide con aquélla que pretende que igual que los órganos políticos, los jueces constitucionales debieran también compartir una especie de “responsabilidad política de opinión”,⁴² generando como corolario un beneficio directo en términos de libertad de expresión. El papel del juez puede replantear el rango de aplicación de los preceptos analizados, y alejarse de la máxima de Montesquieu sobre el aplicador mecánico de los designios del legislador.

Pero aún en los países que siguen fieles al modelo continental de tribunales, se han abierto algunas vías para que el juez constitucional se aleje de esta noción de actuar como “boca de la ley”. Fue en este sentido que los jueces italianos parecieron adelantarse a la formulación teórica propuesta recientemente por Robert Alexy respecto de la relativización de los valores constitucionales.⁴³

⁴¹ BOBBIO, Norberto, *Il futuro della democrazia*, Bologna, 3ª. Ed., Il Mulino, 1992, p. 86.

⁴² FOIS, Sergio, «Le opinioni dissenzienti : problemi e prospettive di soluzione», en ANZON, Adele, *op. cit.*, nota 16, p. 35.

⁴³ En el contexto institucional alemán, esta propuesta consiste en afirmar que el orden jurídico de aquél país se enfrenta en la actualidad a un proceso de “optimización” del conjunto de los principios constitucionales. Retomando parte de la noción de evolución constructiva del orden normativo en DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, nota 34, p. 413,

Ante la imposibilidad de *creación* de nuevas soluciones normativas, los jueces italianos (no obstante haberlos ubicado dentro de los “reticentes”) han construido una herramienta interpretativa conocida como “balance” (*bilanciamento*) de los valores constitucionales.⁴⁴ Conjuntamente al empleo de la opinión disidente, cada uno de los miembros de este órgano podría contribuir a modelar la evolución de la interpretación constitucional. Sería entonces a través de esta base argumentativa que los jueces de este país habrían encontrado en las opiniones disidentes una oportunidad adicional para difundir razonamientos capaces de invitar a sus pares a jerarquizar con mayor claridad (e incluso a relativizar) los valores constitucionales aplicables.

Es así como en el seno de países “reticentes”, la posibilidad de formular opiniones disidentes parece implicar, no sólo para los comentaristas jurídicos, pero también para el electorado en general, un mayor de control en cuanto a la coherencia normativa de las sentencias.⁴⁵

Como señalamos previamente, el debate sobre las opiniones disidentes en Alemania surgió en 1951, en el momento de votar la *BVerfGG*. En aquella oportunidad, una propuesta legislativa del SPD (Partido Socialdemócrata Alemán) sostenía la necesidad de flexibilizar el secre-

la propuesta de Alexy (en cuanto a la ponderación de argumentos) ha sido plasmada en una fórmula encaminada a medir el peso relativo que se puede atribuir a cada uno de los principios constitucionales en la solución de un “caso difícil”. Alejándose de la tesis decisional de Jürgen Habermas (quien entiende que la confrontación de dos principios involucra necesariamente la arbitrariedad del intérprete, e incluso la obediencia de jerarquías o de costumbres), el profesor Alexy considera que, para que tales ponderaciones se desmarquen de la arbitrariedad, deben ser formuladas sobre la base de tres sub-principios, a saber, lo deseable, lo necesario y lo proporcional, ALEXY, Robert, *A theory of Constitutional rights*, tr. par R. Adler et N. McCormick, Oxford, Clarendon Press, 2002, p. 102. Este primer acercamiento condujo al profesor alemán a elaborar una especie de ecuación experimental que él propone para efectos de medir, con postulados lógicos, el peso relativo entre principios, cf. su artículo «Constitutional Rights, Balancing and Rationality», *Ratio juris*, vol. 16, no. 2, june, 2003, pp. 131-140.

⁴⁴ FOIS, Sergio, *op. cit.* nota 42, p. 37.

⁴⁵ También es posible describir los efectos de las opiniones disidentes a manera de presunción. Especialmente en lo que respecta al conocimiento de los puntos de vista individuales dentro de la fase de deliberaciones que antecede a la resolución. Esta especie de presunción (extraída del caso alemán, que abordaremos con más detalle a continuación) significa que los argumentos de los jueces minoritarios fueron tomados en consideración por los jueces de la mayoría al momento de resolver, in LANDFRIED, Christine, «Legislation and judicial review in the Federal Republic of Germany», *Constitutional review and legislation: an international comparison*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1988, p. 231.

to de las deliberaciones internas del Tribunal Constitucional Federal. Reapropiándose del modelo norteamericano, esta propuesta pretendía establecer que al final de la sentencia, pudieran aparecer opiniones disidentes. Por su parte la mayoría CDU (Unión Demócratacristiana Alemana) proponía solamente que se admitieran las opiniones “concurrentes”, aunque éstas últimas restringidas a la circulación interna del Tribunal.⁴⁶ La moción fue rechazada en dos lecturas sucesivas ante el *Bundestag*. El asunto fue archivado indefinidamente, aunque el debate resurgía a cada vez que alguna decisión controvertida invitaba a los jueces minoritarios a tratar de manifestar sus diferencias interpretativas por vías distintas a las sentencias.

Fue así como, no obstante de carecer de base legal manifiesta, el propio Tribunal fue abriendo sus posibilidades de expresión, sin que esto significara romper con el deber de reserva judicial. Vino primero la decisión “Spiegel”,⁴⁷ en la que el Primer Senado del Tribunal rechazó la procedencia de un recurso individual de inconstitucionalidad, aunque señaló en sus considerandos que la cuestión había suscitado diferencias doctrinales de tal magnitud que el mismo número de jueces se habían manifestado a favor y en contra. Por esta razón, el asunto debía ser turnado al Pleno para que fuera éste quien dictara sentencia.

Lo relevante de la segunda decisión así generada⁴⁸ recayó en el hecho que quedaba instaurada una nueva práctica judicial consistente en dar publicidad a la relación de votos favorables y desfavorables, debiéndose indicar además si los pronunciamientos individuales diversos a los de la mayoría habían tratado de los puntos resolutivos, o si también tenían qué ver con los considerandos de la sentencia.

Esta polémica debe ser ubicada en su contexto histórico, en la medida en que coincidía con los difíciles años de la Grán Coalición (1966-1969), donde izquierda y derecha se habían unido para formar un gobierno “incluyente” que trataba de hacer frente al estallido de la violencia política.⁴⁹ En este ambiente, la necesidad de expresar opiniones

⁴⁶ Cabe mencionar que esta segunda fórmula intentó ser importada unos 20 años después en Italia, aunque sin éxito. En aquella propuesta, se buscaba permitir la publicación de estas opiniones individuales con la condición de no dar a conocer el nombre de los jueces disidentes, pero de dar publicidad únicamente a los argumentos de derecho, en SANDULLI, A.M., «Voto segreto e palese dei giudici costituzionali», *Corriere della Sera* del 8 de mayo de 1973.

⁴⁷ BVerfGE 20, 162 de 5 de agosto de 1966.

⁴⁸ BVerfGE 22, 21 de 23 de mayo de 1967.

⁴⁹ Se trataba del acuerdo para la formación de un gobierno entre SPD y CDU/CSU, mismo que subsistió entre 1966 y 1969. Dentro del paradigma parlamentario alemán, de

disidentes se volvió más evidente. Los resultados del 47º Congreso de Juristas Alemanes en 1968 dejaban ver la voluntad del gremio judicial de cuestionar el ambiente general de falso unanimismo en las decisiones públicas (y vaya que el fantasma del fracaso de la Constitución de Weimar rondaba a sólo 35 años de distancia). Sin embargo, este pronunciamiento no era de una sólo voz. Tanto los magistrados administrativos como el Presidente del Tribunal Constitucional Federal, que también participaban en este congreso, se oponían a estos propósitos, por temor a ver disminuía la autoridad de las decisiones jurisdiccionales.⁵⁰

Este nuevo debate contribuyó a que la cuestión fuera considerada prioritaria al año siguiente por el *Bundestag*. Ilustrados por estas consideraciones previas, los debates en el hemiciclo fueron orientados casi todos en el sentido de suavizar el secreto judicial. Entre los parlamentarios, hubo pocos opositores a la iniciativa (por ejemplo, el antiguo juez del Tribunal Federal, K. Zweigert, quien advertía, ahora desde la tribuna, que ciertamente parecía inadecuado adoptar en derecho alemán una institución “típica del *common law*”; en la Comisión de Leyes, había voces que advertían que generar la notoriedad de jueces individuales podía impactar negativamente en el trabajo judicial). Pero el debate fue saldado con un voto ampliamente favorable a introducción de tales opiniones.

A partir de esta reforma a la *BVerfGG*, adoptada en definitiva el 21 de diciembre de 1970, los Tribunales Constitucionales locales de aquel país fueron asimilando progresivamente la posibilidad de publicar opiniones disidentes, hasta cubrir la totalidad de estas jurisdicciones a ni-

carácter eminentemente mayoritario, este esquema desafortunado anuncia ya problemas congénitos para el nuevo gobierno que deberá resultar de las elecciones del 18 de septiembre de 2005, motivo que llevó a la prensa alemana a calificarlo como “la Grán Coalición de la desconfianza” (tal como podía leerse en el encabezado del *Berliner Zeitung* de 12 de octubre 2005 a propósito de Angela Merkel, quien un par de días antes había sido encargada por el *Bundestag* para formar, junto con sus rivales del SPD, un gobierno de Grán Coalición que debería quedar bajo su dirección). Este acuerdo entre derecha e izquierda, aunque posible en un ambiente consociativo, ha demostrado ser ineficaz en un contexto mayoritario en la medida en que los puntos controvertidos de la agenda gubernamental suelen ser aplazados indefinidamente a falta de acuerdo entre los componentes de la coalición. La falta de atención a tales puntos de la agenda en el gobierno mencionado de 1966 tuvo como consecuencia que la inatención a los problemas del país fuera sinónimo de fabricar infinidad de bombas de tiempo, que fueron estallando progresivamente hasta provocar la ruptura de la coalición en 1969.

⁵⁰ AMERICAN INSTITUTE FOR CONTEMPORARY GERMAN STUDIES, *Fifty years of German Basic Law: the new departure for Germany*, 1999, p. 8.

vel de los *Länder*.⁵¹ Incluso, el interés por esta cuestión fue creciente hacia fuera de las fronteras alemanas. Y aunque hubo países cercanos donde el interés por la cuestión no tuvo repercusiones, como fue el caso de Holanda,⁵² veremos a continuación que las necesidades expresadas en su momento por los alemanes fueron, sin duda, persuasivas para que otros países, como lo fue España, admitieran las opiniones disidentes desde el final de la dictadura.

2. La institucionalización de la práctica en dos países

Al salir de la dictadura, la influencia del constitucionalismo alemán en la reconstrucción de las instituciones españolas también se hizo notar en el terreno de las opiniones disidentes. Yendo en contra de la solución institucional italiana y francesa, los españoles colocaron a su Tribunal Constitucional en el bando de los “abiertos”.⁵³ Luego fue la práctica judicial lo que, también en este país, permitió diluir las preocupaciones expresadas a nivel teórico, especialmente las relativas a la ruptura del secreto judicial como invitación a inscribir a los jueces en un proceso de politización de las sentencias.⁵⁴

Si bien es difícil encontrar en los primeros años de actividad de los tribunales alemán o español una práctica demasiado frecuente en cuanto a la redacción de opiniones disidentes, sí es posible advertir que la práctica se encuentra hoy institucionalizada en ambos países.

⁵¹ WALTER, Christian, «La pratique des opinions dissidentes en Allemagne», *Cahiers du Conseil constitutionnel*, no. 8, 2000, pp. 82-83.

⁵² Los inconvenientes del hermetismo fueron en efecto discutidos en este país, no obstante conservarse totalmente cerrado a dar publicidad a los debates judiciales. La Asociación de Juristas Holandeses (*Nederlandse Juristen Vereniging*) escogió la factibilidad de permitir la publicación de opiniones disidentes como tema central para su reunión anual de 1973. No obstante, estos tribunales han seguido fieles al bando de los “herméticos”, VAN MANEN, Niels, F., *op. cit.*, nota 7, p. 570.

⁵³ Siendo establecidas incluso a nivel constitucional (fracc. 1 del art. 164 de la CE), las opiniones disidentes no fueron consideradas dentro de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; el artículo 86-2 LOTC se limitó en mencionar que los votos particulares deben ser publicados treinta días después que la decisión ha sido tomada por el Tribunal. El desarrollo posterior de estas cuestiones fue sin embargo en una dirección coincidente con la práctica judicial alemana que describimos más arriba, CANO MATA, A., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal constitucional*, Madrid, CEC, 1986, p. 593.

⁵⁴ TRUJILLO, G., «Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español», *Revista de estudios políticos*, no. 7, enero-febrero, 1979, p. 155, *cit. por* BON, Pierre et Frank MODERNE, *La justice constitutionnelle en Espagne*, préf. de M. García-Pelayo, París, Económica, 1984, p. 66.

La primera opinión disidente formulada en Alemania fue pronunciada incluso una semana antes de la entrada en vigor de la reforma de 1970.⁵⁵ Ese dato muestra la necesidad que tenían los jueces de Karlsruhe de expresar sus diferencias respecto de la mayoría en aquél momento. Al año siguiente, un número significativo de sentencias del mismo tribunal fueron acompañadas por votos particulares, a razón de una opinión disidente por cada 6 sentencias (es decir, en 16,6% de los casos). Gradualmente, esta proporción se fue reduciendo, hasta llegar a la mitad (esto es, al 8.5%) en 1986. A decir de la presidenta Jutta Limbach, esta tendencia a la baja pareció confirmarse, de tal suerte que en 1998, la presentación de éstas ocurría únicamente en 6% de las sentencias. De estas cifras puede entonces desprenderse que el entusiasmo inicial no pudo mantenerse a lo largo del tiempo.

Por su parte, entre 1981 y 1998, sobre un total de 3,722 sentencias, el Tribunal de Madrid había publicado 383 opiniones disidentes (esto es, en poco más del 10% de éstas). Entre las opiniones así expresadas, la mayoría (a saber, 222 a través del amparo) estuvo relacionada con la interpretación de derechos fundamentales. Antes de 1993, el número de opiniones de este tipo había permanecido estable; durante los siguientes cinco años, esta proporción se elevó, aunque establemente, hasta llegar al 15% de las sentencias.⁵⁶

De esta evolución (y especialmente de la estabilización de la práctica al tratarse con frecuencia de las sentencias más controvertidas políticamente) podría desprenderse a su vez que la ruptura del secreto de las deliberaciones judiciales asume un significado relevante. Como habíamos indicado, el conocimiento de la opinión de la minoría de los jueces representa una opción potencial de cambio de criterio jurisprudencial en el futuro.⁵⁷ Ahora bien, estos datos pueden generar informaciones

⁵⁵ *BVerfGE* 30, 1 (33-47) de 15 de diciembre de 1970.

⁵⁶ FREIXES, Teresa, *op. cit.*, nota 20, pp. 97, 100.

⁵⁷ Entre las sentencias más polémicas del Tribunal Alemán, algunas de ellas han sido acompañadas de opiniones disidentes; *cf.* la decisión sobre el aborto (*BVerfGE* 98, 265 329, 359 de 27 de octubre de 1998), la decisión sobre el crucifijo en las escuelas bávaras (*BVerfGE* 93, 1 25, 34) de 16 de mayo de 1995) o la decisión sobre la reforma al sistema de asilo (*BVerfGE* 94, 115 157, 163, 164 de 14 de mayo de 1996). Pero tampoco podemos afirmar que las opiniones disidentes surgen necesariamente, cada vez que estos tribunales se pronuncian sobre aspectos políticamente relevantes. Fue así como otras de las decisiones más polémicas fueron dictadas casi por unanimidad. Tales son los casos de la sentencia sobre la constitucionalidad del Tratado de Maastricht (*BVerfGE* 89, 155 de 12 de octubre de 1993), la sentencia sobre la adopción de la moneda única (*BVerfGE* 97, 350 de 31 de marzo de 1998) o la de la legalización financiera entre *Länder* (*BVerfGE* 101, 158 del 11 de noviembre de 1999, WALTER

que tal vez no se hubieran podido interpretar en otras circunstancias. Digamos que gracias a esta apertura, podríamos incluso medir el grado de intervencionismo de los subsecuentes presidentes del Tribunal. Lo anterior se demuestra, por ejemplo, en tanto el voto de calidad del Presidente del Tribunal español se ha requerido únicamente en seis ocasiones (hasta el 2000) a efecto de destrabar empates entre posturas.⁵⁸ Podríamos afirmar en este sentido que, no obstante la moderación de esta práctica judicial en Europa (especialmente si se le compara con los Estados Unidos),⁵⁹ los inconvenientes del hermetismo nos presentan un balance bastante gráfico sobre la utilidad de difundir el contenido de las deliberaciones judiciales; especialmente en contextos institucionales que pueden permitir conocer el interior de los argumentos individuales de los jueces sin que esto signifique poner en riesgo la autoridad del órgano. En este sentido, veremos que incluso en los países que guardan la tradición continental de la manera más celosa, han aparecido propuestas que tienden a dar apertura al funcionamiento de los Tribunales Constitucionales.

B. Efectos no deseados del hermetismo

Para algunos integrantes de estas jurisdicciones, el mantener el secreto del trabajo colegiado implica una merma en la expresión de la pluralidad ideológica al interior del órgano.⁶⁰ En Italia, el afán por mantener el aspecto de unanimidad en las decisiones de este tribunal ha alentado a los jueces a buscar caminos no institucionales para expresar (léase justificar) el sentido de sus votos individuales. Ha sido a través de los medios de comunicación que algunos de ellos han incluso revelado su

Christian, *op. cit.* nota 51, p. 83. Esta adaptación del comportamiento (a veces también favorable al consenso en las decisiones más que a la expresión de diferencias) indica que los jueces europeos suelen ser (al igual que los norteamericanos) sumamente consientes de no fragmentar en exceso la autoridad de las decisiones del tribunal.

⁵⁸ Cf. STC 5/1981, sobre la Ley Orgánica del estatuto de centros escolares; STC 111/1983 sobre el caso Rumasa; STC 53/1985 sobre la despenalización parcial en caso de aborto; STC 71/1994 sobre la Ley Orgánica para el combate contra el terrorismo; STC 127/1994 sobre la televisión privada; STC 13/1998 sobre reglas comunitarias en materia ecológica.

⁵⁹ Se calcula que de un débil porcentaje de un 20% de decisiones que se acompañaron de opiniones separadas durante las primeras dos décadas del s. XX, este porcentaje llegó a ser de más del 70% hacia los años '80, in "The Supreme Court, 1986 term: leading cases", *Harvard Law Review*, vol. 100, 1986, p. 306.

⁶⁰ CORASANITI, Aldo, en ANZON, Adele, 1995, *op. cit.* nota 16, p. 18.

oposición al proyecto del juez de la ponencia. Lo delicado de estos desbordamientos es que se producen por lo general al cabo de las sentencias de mayor significación política. Por consiguiente, no ha sido raro que los jueces italianos entren en conflicto con la clase política. Y en ocasiones, este tipo de diferencias ha provocado rupturas al interior mismo del tribunal.

Dentro de las democracias contemporáneas, ningún país mejor que Italia puede reflejar los condicionamientos que la función de control de constitucionalidad puede ser capaz de provocar dentro del debate político. Las tensiones así generadas, tanto dentro como más allá de los tribunales constitucionales, han sido provocadas, en gran medida, a falta de opiniones disidentes.

1. Tensiones al interior de los tribunales

La moderación que los jueces italianos estaban llamados a practicar, al ceder la palabra al presidente del tribunal, parecía un compromiso difícil de cumplir, especialmente en una sociedad con un clivaje tan marcado entre izquierdas y derechas. En la última entrevista que acordó a la prensa en su carácter de presidente de la Corte, Leonetto Amadei afirmaba que debatir sobre la apertura del tribunal, y en especial el conocimiento de las opiniones individuales de los jueces, significaba una cuestión injustificada.⁶¹ Manifestando su desconfianza respecto de las opiniones disidentes (que, de ser admitidas, no debería jamás ubicarse en contra de los intereses promovidos por el bloque partidista encargado del nombramiento de su propio redactor), este presidente de la Corte provocó severas reacciones entre sus pares.

Así, el juez Malagugini (a quien se le vinculaba políticamente con líderes del PCI) reaccionó enérgicamente contra Amadei en una carta publicada al día siguiente en el mismo medio impreso.⁶² Después de

⁶¹ Cf. *Corriere della Sera*, 10 de febrero de 1981.

⁶² Al igual que en el ejemplo alemán precitado, es preciso ubicar esta polémica un par de años después del fracaso de la Grán Coalición entre Comunistas (PCI) y Demócrata-cristianos (DC), misma que pretendía dar por terminado los llamados “años de plomo”, del terrorismo urbano de la época. Las tensiones acumuladas en esos tres años de gobierno (entre 1976 y 1979), en el que las cuestiones delicadas eran postergadas indefinidamente, seguían siendo ventiladas con regularidad. La DC reinaba a principio de los 80's, y los Comunistas hacían lo posible para volver a aspirar al gobierno desde todos los frentes, COLARIZI, Simona, 1998, *Storia dei partiti nell'Italia repubblicana*, 3ª ed., Bari, Laterza Edizioni, 1998, 865 p.

insistir sobre las calidades exigidas para asumir la función de juez constitucional (pero en especial la de ser sujeto a ratificación del Parlamento por una mayoría calificada y la de estar protegido por las garantías propias de la independencia del órgano), este juez afirmaba que un funcionario judicial incapaz de sostener sus argumentos jurídicos en virtud de una presión política, era indigno de ejercer dicha función. El debate se presentaba en un momento inadecuado para la estabilidad del Tribunal. En junio de 1981, el mandato de Amadei llegaba a su fin, por lo que el nombramiento de su reemplazante se antojaba complicado.

Las divisiones entre puntos de vista llegaron a tal extremo que, durante la etapa de auscultación entre las fuerzas políticas que debía preceder al nuevo nombramiento, el desencadenamiento de una crisis parlamentaria parecía inminente. Es posible que tratando de evitar más tensiones, esta designación recayó en uno de los jueces que más se habían opuesto a la publicidad de las deliberaciones del Tribunal.

El nuevo presidente, Leopoldo Elia, había manifestado que la toma de posición ideológica de cada uno de los jueces estaría descartada a lo largo de su encargo, dado que tal determinación podía representar la puesta en duda de la imparcialidad de las decisiones del tribunal. Fue entonces que el debate propiciado por el anterior presidente fue repentinamente cerrado por el actual, debido principalmente a que el ejercicio de la facultad de *esternazione* condujo al tribunal a regresar a la tradicional reserva judicial. Tal vez la reserva sistemática frente las opiniones disidentes⁶³ permitió a Elia el ocupar la presidencia del tribunal durante un período de 4 años (duración inusual de entre los presidentes de aquél tribunal, acostumbrados a ocupar ese cargo durante sus últimos meses de mandato). Esta práctica impuesta por Elia prevaleció durante más de diez años.

⁶³ En un contexto de crisis económica, la conferencia de prensa anual, convocada en enero de 1984, permitió al presidente Elia reafirmar su postura. Afirmaba que, entre las posibles lecturas de los preceptos constitucionales, los jueces del Tribunal deberían expresarse *únicamente* a través de sus sentencias. Esta necesidad de hablar en una sola voz era indispensable en un momento en que los desacuerdos al interior del tribunal podrían traducirse en el descrédito de la Constitución. Fuera de este formato de decisiones que aparentaban la unanimidad, cualquier otra solución se enfrentaría a riesgos de capitalización por parte de los actores políticos (y especialmente, de los de la oposición).

2. Tensiones fuera de los pretorios

Siguiendo con el cuadro de reserva judicial que Elia promovió con bastante éxito, la cuestión había dejado abiertos ya algunos canales. Los doctrinarios favorables a la apertura no hicieron esperar su desilusión a este respecto. El profesor Paulo Barile defendía que para los jueces que quedaban en minoría, la posibilidad de dar publicidad a sus opiniones obligaría a futuras mayorías a afinar sus razonamientos. De ser instituidas estas opiniones, el avance en la definición de los criterios interpretativos sería un efecto necesario⁶⁴. Pero al final, también este esfuerzo cedió, y la discusión permaneció silente durante el ejercicio de varios de los presidentes subsecuentes.

No obstante que la cuestión seguía siendo considerada en foros académicos, fue hasta 1997 que ésta volvió a aparecer en el centro de los debates institucionales de aquel país. Ejerciendo la facultad de control de actos referendarios (cuyo rango se limita a la abrogación de leyes en vigor), la Corte Constitucional declaró inconstitucionales varios de los procesos relacionados con este tipo de consultas. Dado que las leyes que se pretendían abrogar incluían cuestiones muy sensibles políticamente, las reacciones de los parlamentarios se manifestaron simultáneamente a la publicación de las sentencias. El senador S. Passigli afirmaba que:

Convendría introducir las opiniones disidentes sobre la base del modelo de *dissenting opinion* de la Corte Suprema de los Estados Unidos. (...) La obligación de motivar satisfactoriamente las sentencias (y sobre todo, de aquéllas de importancia fundamental para la participación de la opinión pública, léase de la propia legitimación democrática que la Corte constitucional pretende otorgar a éstas), no podrá satisfacerse completamente sino hasta el día en que introduzcamos el derecho de los jueces a elaborar opiniones disidentes.⁶⁵

Un año después, estas intenciones fueron retomadas por el diputado M. Boato, quien era el redactor de la Comisión Bicameral sobre garantías jurisdiccionales. Además de proponer el debate de aspectos que tenían que ver con la agenda política del momento (sobre todo de la regionalización, por lo que incluso se planteaba aumentar en cinco el

⁶⁴ BARILE, P., «Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana: sintesi», en BARILE, P., CHELI, E., GRASSI, S., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Molino, 1982, p. 540.

⁶⁵ *Cit.* por RODOTA, Carmen, *op. cit.* nota 37, p. 140.

número de miembros de la Corte constitucional para dar cabida a una especie de representación judicial de las regiones), este diputado propuso de nuevo la publicación de opiniones disidentes.

Sin embargo, a falta de acuerdo entre los actores políticos de aquel país, la iniciativa no pudo prosperar, siendo desechada en junio de 1998. Desde entonces, la cuestión parece haber quedado sujeta más a la voluntad política de los actores que a la verdadera necesidad técnica que pudiera representar su implantación.⁶⁶

Así como indicamos que en Italia, quienes se pronunciaron a favor de su adopción con el mayor empeño se han retractado con el paso del tiempo, en Francia, quienes manifiestan la necesidad de implantar la opinión disidente, lo han hecho con la intención de disminuir las incongruencias que resultan de decisiones que deben ser tomadas tratando de evitar el surgimiento de diferencias interpretativas. Aunque esta particularidad es una más de las que siguen sorprendiendo dentro de las características del funcionamiento institucional de la V República, terminaremos nuestra exposición haciendo un recuento de algunas de las consecuencias colaterales que podría provocar la emisión de opiniones disidentes en países ajenos a esta práctica judicial.

C. Otras consecuencias que podría acarrear la ruptura del secreto

Hemos visto que lejos de representar posiciones predeterminadas, el debate sobre el secreto de las deliberaciones judiciales (cuyo núcleo ubicamos en las opiniones disidentes) debe entenderse como producto de años de práctica judicial inserta en realidades institucionales particulares. Sobre la base de sus desarrollos iniciales, hemos hecho un recuento de posiciones encontradas que se han ido construyendo en los países que fueron materia de nuestra comparación. Pudimos darnos cuenta que, la tradición europea de funcionamiento de los órganos judiciales vuelve menos frecuente la presentación de este tipo de opiniones individuales de los jueces. De ahí que los dos países proclives a dar a conocer su actividad deliberativa, hayan tenido que atravesar por varias etapas hasta antes de institucionalizar la opinión disidente dentro de sus resoluciones.

Pero en el otro extremo, pudimos advertir que en los dos países que se mantienen firmes en el bando que defiende el hermetismo de las

⁶⁶ PANIZZA, S., *L'introduzione dell'opinione dissenziente del sistema di giustizia costituzionale*, Torino, Einaudi, 1998, p. 69.

deliberaciones judiciales, los sistemas normativos se han visto orillados a plantear ciertos modos de flexibilización del secreto.

Si bien es cierto que buena parte de lo expuesto trae aparejada una invitación a pertenecer al bando de los “abiertos”, debemos insistir que la permisión o no de elaborar opiniones disidentes corresponde a particularidades del contencioso constitucional en cada país. No nos parecería excesivo afirmar que, si los italianos, pero sobre todo si los franceses, admitieran la posibilidad de formular opiniones disidentes, esta determinación tendría que ver con mucho más que la simple posibilidad de dar a conocer las opiniones individuales de los jueces. Es posible que al cabo de concretar una reforma de esta magnitud, aquéllos sistemas normativos entrarían en una especie de revolución copernicana de la cual los intérpretes constitucionales no podría escapar. En cuanto a las implicaciones causadas al funcionamiento de estos tribunales, sería inevitable considerar, a partir de ese momento, que las decisiones fueron producidas no sólo en nombre de un tribunal, sino en nombre de jueces individuales.

Además, otras reglas tendrían que ser reformadas, dado que romper con el principio del secreto acarrearía repercusiones acaso no consideradas por los autores de esta reforma hipotética. Por ejemplo, cada una de las opiniones del colegio de jueces sería considerada, en adelante, sobre una base de absoluta igualdad. En consecuencia, el voto de calidad (p. e., del que goza el presidente de la Corte italiana para el caso de empate) tendría que ser, si no suprimido, al menos, adaptado a esta nueva realidad.⁶⁷

De modificarse la tradición hermética del Consejo constitucional en Francia, tendría que plantearse necesariamente otro sistema de designación de los miembros de este órgano, así como de la designación de su Presidente (que como vimos, es nombrado directamente por el Presidente de la República). Y es que este tribunal encarna el protector de la Constitución que se integra de la manera menos ortodoxa en Europa.⁶⁸

⁶⁷ BARTOLE, Sergio, «Opinioni dissenzienti : problemi istituzionali e cautele procedurali», in ANZON, Adele, *op. cit.*, nota 16, 1995, p. 7.

⁶⁸ Esta jurisdicción está compuesta por 9 miembros, designados a razón de 3 por el Presidente de la República; 3 por el Presidente del Senado y los últimos por parte del Presidente de la Asamblea Nacional. Además, son considerados miembros de número los antiguos Presidentes de la República (regla que fue ideada para otorgar un lugar decoroso a los antiguos presidentes de la IV República). Hasta ahora, el único de ellos que ha aceptado incorporarse de forma permanente a este Consejo ha sido Valérie Giscard D’Estaing, quien aparece como firmante de las decisiones de este órgano desde finales del 2004 (*cf.* las decisiones nn. 494 DC y *ss*). Además, estas

Más que hablar de ventajas y desventajas de esta heterodoxia, podríamos hablar de una capacidad de adaptación que, al igual que los tribunales con una inclinación judicial más tradicional, están cada vez más presentes en la toma de decisiones políticas relevantes.

Mientras el secreto de las deliberaciones de este órgano siga estando presente, nos parece que el bando de los “reticentes” tardará tiempo en ser puesto en entredicho. Y esto, debido a que este deber absoluto de reserva ha generado más efectos benéficos que negativos al interior del sistema francés de control de constitucionalidad, por paradójico que esto parezca.

La imagen de la decisión unánime de este tribunal coincide con el requisito imperativo que enfrentan los jueces franceses al tener que respetar plazos muy cortos para dictar sus decisiones. Los riesgos de retardar el procedimiento justifican el secreto de las deliberaciones. Esto puede además ilustrarse en la medida en que los países que permiten la publicación de votos particulares deben otorgar a los jueces individuales un período adicional de tiempo con el fin de redactar estas opiniones disidentes o separadas después del voto de la sentencia. Incluso, en ese lapso, los jueces disidentes pueden insistir sobre alguno de los aspectos de la sentencia que, a su parecer, no fueron considerados adecuada o suficientemente.⁶⁹

Volviendo al caso francés, la prolongación del plazo significaría al mismo tiempo el entorpecer el proceso de entrada en vigor de las nuevas leyes (dado que el único control de constitucionalidad existente en ese país es *a priori*). Además, entre los funcionarios que forman parte de los servicios técnicos del Consejo constitucional, sería muy poco apreciado el que esta búsqueda de transparencia del órgano se convirtiera en el aumento significativo de su carga de trabajo y de la de los miembros del Consejo.

designaciones carecen de todo tipo de requisitos adicionales. La falta de formación profesional jurídica no sería un obstáculo para formar parte de este órgano; aunque se habla de un diplomado de farmacia que formó parte de este tribunal en sus primeros años, hoy, una designación de esa naturaleza sería impensable. La composición del tribunal ha permitido incorporar en él a miembros eminentes de ámbitos distintos al judicial. Fue así como una socióloga especializada en estudios sobre ciudadanía y nacionalidad, Dominique Schnapper, forma parte de este órgano desde marzo de 2001, en una época marcada por la multiplicación de flujos de inmigración ilegal hacia Europa Occidental. De esta manera, ciertas innovaciones interpretativas parecerían más fáciles de ser propuestas desde el interior de esta instancia.

⁶⁹ Así, p.e., el art. 26-2 *BVerfGG* establece la posibilidad, para cada juez que ha anunciado que redactará una opinión disidente, de proponer la reapertura de las deliberaciones judiciales.

Finalmente, los riesgos que se desprenden de la fragmentación de las opiniones judiciales dentro de los países que sí permiten la formulación de opiniones disidentes, han llevado a los países “herméticos” a extremar precauciones a cada que este debate resurge. Si bien es cierto que los efectos colaterales que se producen al emitir estas opiniones están perfectamente asimilados e institucionalizados dentro de las instituciones constitucionales alemanas y españolas, también lo es que algunos jueces han utilizado esta opción para tomarse su trabajo *demasiado* en serio. Ante el Congreso de Juristas Alemanes de 1996, el profesor J. Isensee se pronunciaba sobre la necesidad de aligerar el tono en que algunas de las opiniones disidentes o separadas solían estar redactadas. Según este profesor, el juez debía renunciar a la polémica en aras de atender al deber de lealtad que sus integrantes le deben a este tribunal. Es así como concluía que la manifestación de divergencias debería circunscribirse a aspectos estrictamente interpretativos.⁷⁰

Aunque sea preciso exigir, como ciudadano, el tener acceso a las informaciones que se generan en proceso de toma de decisiones de los órganos constitucionales, concluiremos advirtiendo que la adopción de una reforma que permitiera la formulación de opiniones disidentes en Italia y en Francia estaría lejos de representar una solución prodigiosa ante las tensiones derivadas de las sentencias con contenidos políticos importantes. Lo cierto es que, cuando una decisión no conviene a un grupo político, sus miembros seguirán pronunciándose en contra de esos “jueces retrógradas que anularon nuestras intenciones progresistas”, por poner un ejemplo común. Esta opinión cambiaría muy poco, incluso si la decisión del tribunal hubiera sido tomada unánimemente.

Tomando al tiempo como referente justificativo de estas opiniones, podría sostenerse que el conocimiento de opiniones particulares podría permitir un diálogo atemporal entre jueces; en este sentido, no podríamos sino estar de acuerdo en que la opinión disidente de hoy puede ser la decisión de mañana.⁷¹ Si sostuviéramos alguna noción “narrativa” del orden normativo, podríamos aceptar que la opinión disidente debiera ser vista como una carta esperanzadora, dirigida a la fracción del

⁷⁰ Cf. ISENSEE, J., «Bundesverfassungsgericht –quo vadis ?», *JZ*, 1996, p. 1087, *cit. por* WALTER, Christian, 2000, en nota 51.

⁷¹ En palabras del juez Charles Evans Hughes, “una opinión disidente (dictada) en un tribunal de última instancia constituye un llamado al espíritu oscuro de la ley, en el entendido que en un día futuro, una decisión posterior permitirá corregir el error del que el juez disidente está convencido que la mayoría ha incurrido”, *The Supreme Court of the United States: its foundation, methods and achievements*, 1928, p. 68, *cit. por* STACK, Kevin, M., en nota 21, p. 2257.

tribunal que resultó perdedora a la hora de votar una sentencia.⁷² Pero consideramos congruente manifestarnos a favor de restringir la emisión de opiniones disidentes en los países donde el mantenimiento absoluto del secreto de las deliberaciones judiciales parece ser un requisito indispensable de la integridad de los cuerpos judiciales. Sin requerir para ello un sentido demasiado avezado de la previsión, puede advertirse que en los países que definimos como “herméticos” en cuanto a la publicación de opiniones disidentes, la estructura institucional sufriría una sacudida de inciertas consecuencias ante la apertura intempestiva de las opiniones individuales de los jueces.

Tal afirmación debe, sin embargo, entenderse útil también para los países que colocamos en la categoría de los “abiertos”. Y es que dentro de estas realidades institucionales (y nos referimos incluso a la Corte Suprema de los Estados Unidos), el secreto de las deliberaciones judiciales encarna un elemento que garantiza la libre discusión de preceptos y lecturas de la Constitución. Libres de presiones de agentes externos, los jueces pueden llevar a cabo una función deliberativa en torno a los principios y los valores expresados en la Constitución.

D. *¿Se pueden construir argumentos judiciales por consenso?*

En un primer momento, el observador familiarizado con el funcionamiento del modelo de Corte Suprema podría considerar sorprendente que Francia, siendo a la vez un país precursor de la noción fundamental de crítica y origen histórico de la reivindicación del concepto de individuo,⁷³ los jueces de la minoría no sean capaces de reaccionar contra el

⁷² Esta expresión proviene de formulaciones norteamericanas recientes que buscan definir la existencia de una supuesta “jurisprudencia terapéutica” (*Therapeutical Jurisprudence*), que pretende encontrar hasta qué grado la producción normativa es capaz de promover el bienestar físico y psicológico de los afectados por una decisión judicial. “No existe un motivo por el cual, la gente deba sentirse *peor* después de tener qué ver con el sistema judicial.” Desde esta perspectiva, se podría otorgar a las opiniones disidentes la capacidad de manifestar argumentos que, para el bloque perdedor (del tribunal), puedan construir un espacio de difusión del potencial argumentativo de dicha postura perdedora en lugar de buscar “destruir” tales argumentos. Para un análisis de esta formulación dentro de la Corte Suprema canadiense véase DES ROSIERS, Natalie, “from telling to listening: a teurapeutic análisis of the role of Couts in minority-majority conflicts”, *Court Review, the Journal of the American Judges Association*, vol. 37, no.1, 2000, pp. 56-57.

⁷³ KOSSELLECK, Reinhart, *Le règne de la critique*, Tr. por H. Hildenbrand, Paris, Les Editions de Minuit, 1979, 184 p.

argumento que prevaleció y del que están en contra. Los raros defensores de las opiniones disidentes en este país denuncian que el hermetismo no conduce sino a una desviar el sentido de la resolución, y de crear una falsa unanimidad en aras de homologar las diferentes posturas interpretativas.⁷⁴ Y es que de acuerdo a la manera como funciona el Consejo constitucional, el ponente (*rapporteur*) debe formular su proyecto de resolución escuchando las consideraciones de los otros miembros del tribunal. En esta fase, el Secretario General del Consejo juega un papel preponderante, fungiendo como promotor del consenso entre cada uno de los miembros del órgano. En virtud de este sofisticado aparato, parece incluso que son pocas las deliberaciones donde se tiene que convocar a votación.

Esta particularidad se explica desde el momento en que las decisiones del Consejo constitucional deben ser dictadas, por regla general, dentro de un plazo perentorio de 30 días (por excepción, este término se reduce a ocho días, en tratándose de la aprobación de leyes que el gobierno califica como urgentes). La dificultad de llegar a un acuerdo se genera cuando el asunto pendiente tiene que ver con algún precepto que acepta una pluralidad de interpretaciones. Por este motivo, es posible encontrar argumentos contradictorios en la misma decisión.

En ocasiones, el Consejo constitucional ha publicado decisiones en donde pueden advertirse varios criterios interpretativos de difícil coexistencia. En una decisión relativa al Código de Procedimientos Penales,⁷⁵ el Consejo estimó que, con base en el art. 66 CF, el contenido de un auto de libertad (*déclaration de remise en liberté*) debe ser obedecido aunque el juez en cuestión se encuentre en espera de alguna otra resolución de la Corte de Apelaciones relativa al mismo caso. Luego, en la misma decisión, el Consejo dejó abierta la posibilidad otorgada al Ministerio Público (*Procureur de la République*) a efecto de exigir desde luego al juez *a quo* el cumplimiento alternativo de la sanción cuyo contenido se encuentra todavía en revisión ante la alzada. Según este ejemplo paradójico, pareciera que “en lugar de estar situada fuera del cuerpo de la sentencia, una opinión disidente hubiera sido incluida al interior mismo de la decisión”.⁷⁶

⁷⁴ ROUSSEAU, Dominique, «Pour les opinions dissidentes», in *Mélanges Gélard*, Paris, Montchrestien, 1999, pp. 324-325.

⁷⁵ Decisión 97-389 DC de 22 de abril de 1997, in. *Recueil de Jurisprudence Constitutionnelle*, 1997, p. 45

⁷⁶ ROUSSEAU, D. 1999, *op. cit.*, nota 74, p. 326.

Si esta apreciación es correcta, el juez francés tendría un margen demasiado estrecho (léase imprevisible) para expresar puntos de vista alternativos a los adoptados por la mayoría. Sería entonces posible afirmar que, en estas situaciones excepcionales, la imposibilidad de formular opiniones disidentes puede contribuir negativamente al sentido colegial de este órgano, e incluso a romper la armonía que distingue al colegio de jueces franceses de sus pares en otras latitudes europeas.

Pero esta serie de argumentos no ha sido suficiente para persuadir a quienes impulsan las políticas legislativas de este país para insistir sobre la adopción de opiniones disidentes. Han sido pocos los actores que se han atrevido expresar su desacuerdo a este respecto. El Senador Patrice Gélard presentó una proposición de Ley Orgánica que, de haber sido aprobada, habría roto el secreto que se mantiene en el Pabellón Montpensier. Expresando la “falta de claridad dañina a su (propia) legitimidad”, esta propuesta implicaba primero la identificación del juez que había fungido como autor del proyecto de sentencia, pero también, la publicidad de los votos de cada uno de los participantes de la deliberación judicial, para permitir finalmente la publicación de opiniones disidentes⁷⁷. Aunque tales consideraciones parecieran congruentes con la intención de apertura que debiera observarse en toda jurisdicción constitucional que se precie de pertenecer a un sistema democrático, deberemos concluir la presente nota afirmando que antes de echar las campanas al vuelo respecto de permitir la publicidad de las deliberaciones jurisdiccionales, debe atenderse a la relación que ésta característica mantiene con el funcionamiento cotidiano de las instituciones de cada país.

Y a pesar de lo expuesto hasta ahora, podremos advertir que la tradición continental sigue alejada del interés por redactar opiniones disidentes. Dicho de otra manera, la tendencia cooperativa al interior de estos tribunales parece prevalecer sobre la competitiva. Incluso en los países que ubicamos en el bando de los “abiertos”, siguen existiendo razones que justifican el carácter esporádico de la publicación de votos particulares. Atendiendo a estas razones, otro anterior presidente del Tribunal Constitucional alemán señala que en cuanto un litigio cuya

⁷⁷ “El nombre del autor del proyecto será indicado en el encabezado de la decisión. Las decisiones del Consejo deberán especificar si fueron adoptadas por unanimidad o por mayoría. En el caso en que fueran aprobadas por mayoría, es en los casos en que las opiniones disidentes de los jueces minoritarios podrán, a su solicitud, ser adjuntas a la resolución. En este caso, (tales opiniones) serán firmadas por sus autores” *Journal Officiel*, Doc. Sénat, session ordinaire 1996-1997, no. 101.

interpretación despierta una polémica interpretativa es presentado ante esta instancia, las posibles decisiones son debatidas con mucho detenimiento. Las deliberaciones suelen prolongarse de tal suerte que un intercambio abierto entre posiciones se presenta casi invariablemente. Pero, a diferencia de los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos, tal parece que los jueces constitucionales alemanes quedan satisfechos después de ser escuchados por sus pares.

Los argumentos cuentan, y con mucha frecuencia, (algunos) jueces modifican sus puntos de vista tras las deliberaciones, tanto en la parte dispositiva como en la resolutive (de la sentencia). Una vez que todos han adaptado sus criterios y que una especie de compromiso ha sido alcanzado, cada (juez) está menos interesado en publicar una opinión disidente, no obstante que no se esté totalmente a favor del resultado final⁷⁸.

Algunas propuestas doctrinales señalan que los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos podrían liberar la presión que se genera a cada nuevo nombramiento de jueces individuales o de presidente de este órgano si, en vez de insistir en publicar opiniones disidentes, éstos optaran en tratar de buscar un punto intermedio entre las interpretaciones de los bandos opuestos. Aunque este propósito no podría funcionar si no fuera desde el interior de la Corte⁷⁹. De esta propuesta, podremos deducir que lo que añoran los europeos que buscan la apertura del trabajo judicial, podría traducirse en un inconveniente institucional que ahora padece el sistema judicial norteamericano. Por su parte, este último podría optar en aprender de las razones que defienden los reticentes europeos con el fin de evitar la politización de la justicia constitucional en Estados Unidos. En vista de este cruce de argumentos, no nos queda más que apuntar que el debate sobre el secreto de las deliberaciones judiciales se encuentra todavía lejos de ser cerrado definitivamente.

⁷⁸ GRIMM, Dieter, entrevista con FEREJOHN, John y Pasquale PASQUINO, "Comparative avenues in constitutional Law: Constitutional Structures and institutional Designs", *Texas Law Review*, no. 82, june, 2004, pp. 1695-1696.

⁷⁹ *Ibid*, p. 1701.