

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

III. LA SUPREMA CORTE MEXICANA Y SU PROCESO DE DECISIÓN

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

etapas: ingreso y turno del asunto al ministro ponente; audiencias orales de las partes; redacción, y eventual difusión, del proyecto de sentencia; discusión, votación y decisión jurisdiccional del caso; redacción y publicación de la sentencia como documento y, en su caso, de las correspondientes tesis. Se trata, como veremos a continuación, de un conjunto de eslabones cuyo diseño no establece condiciones adecuadas para alcanzar los objetivos arriba trazados: transparentar el trabajo jurisdiccional para someterlo al escrutinio público, sin que mengue el nivel de deliberación entre los ministros de la Suprema Corte.

1. Ingreso y turno de los asuntos de los ministros ponentes

Esta primera etapa se realiza, en principio, de manera ordenada y transparente conforme a un carrusel de turnos, respecto de cada medio de control que resuelve la Suprema Corte (juicio de amparo, acción de inconstitucionalidad, etcétera).²⁸ Aunque el funciona-

²⁸ Al respecto, el artículo 14, fracción II, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación señala lo siguiente: “Son atribuciones del presidente de la Suprema Corte de Justicia: ...II. Tramitar los asuntos de la competencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia, y turnar los expedientes entre sus integrantes para que formulen los correspondientes proyectos de resolución. En caso de que el presidente estime dudoso o trascendente algún trámite, designará a un ministro ponente para que someta un pro-

miento de este orden de turnos puede no ser del todo transparente ni para la opinión pública ni para los mismos ministros que no fungen como presidentes del pleno de la Corte o de alguna de sus salas —los cuales tienen a su cargo precisamente las oficinas que intervienen en la definición del turno de los asuntos—. De ahí que desde la trinchera periodística²⁹ y desde el interior de la Corte, se ha criticado que en ocasiones

yecto de resolución a la consideración de la Suprema Corte de Justicia, a fin de que esta última determine el trámite que deba corresponder”. En abono a esta disposición legal, habría que considerar el Instrumento Normativo aprobado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 16 de enero de 2012, por el que se modifican los artículos 72, fracción XXIV; 74, fracción IV; 77; 78, fracciones VII y IX; 79, fracción IV; 81; 86; 87; 88; 89; 96; 97; 98, párrafo segundo; 104, párrafos primero y segundo, y 105, todos del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Publicado el 2 de febrero de 2012 en el *Diario Oficial de la Federación* disponible en: <http://bit.ly/2o7GE5C>. El artículo 81 del Reglamento Interior de la Suprema Corte reformado por el mencionado Instrumento Normativo, señala lo siguiente: “Los asuntos de la competencia de la Suprema Corte se turnarán por su Presidente entre los demás Ministros, por conducto de la Subsecretaría General, siguiendo rigurosamente el orden de su designación y el cronológico de presentación de cada tipo de expedientes que se encuentren en condiciones de ser enviados a una Ponencia, tanto para formular proyecto de resolución como para instruir el procedimiento”.

²⁹ Véase, por ejemplo, Aranda, Jesús, “Presidencia busca que SCJN deseche controversia”, *La Jornada*, 4 de noviembre de 2010, disponible en: <http://bit.ly/2oUcThH>.

algunos presidentes de Sala o Pleno han aprovechado esa falta de transparencia para enviar —o evitar que llegue— un asunto a determinado ministro. Aclaro: lo más grave, entonces, de esta etapa es su posible manipulación y los costos de ésta, tanto las reglas como su aplicación son visibles y verificables, pero eso no evita un uso estratégico al momento en el que se presentan las impugnaciones.³⁰

Esto por supuesto, con el ánimo de influir hasta cierto punto en la discusión del caso en cuestión, ya que si bien determinar quién de los ministros será el encargado de elaborar el proyecto de sentencia, no define el sentido de la decisión; sí permite trazar los puntos a partir de los cuales se desarrollará la discusión entre los ministros y, no menos importante, la percepción de la opinión pública respecto el caso en cuestión —cabe mencionar que este último efecto se acentúa, como veremos más adelante, con la posibilidad de publicitar los proyectos de sentencia con días de antelación al inicio de la discusión—. Es decir, si se controla de manera opaca el carrusel de turnos de los asuntos que llegan a la Suprema Corte, entonces, se puede direccionar éste para evitar o conseguir que

³⁰ Hay que recordar, por ejemplo, que en la Corte Suprema estadounidense la determinación sobre quién es el *opinion writer* es enteramente discrecional y, en ese sentido, no se acompaña de razones de tal decisión.

cierto ministro en particular se encargue de presentar el proyecto de sentencia. De ahí que sí se trate de una decisión para influir en términos jurídicos el planteamiento de cierto asunto, pero también en términos políticos y mediáticos.

2. *Audiencia oral de las partes*

Esta etapa —que es parte del procedimiento de decisión de cada órgano judicial del país, desde el tribunal local de menor jerarquía hasta la misma Suprema Corte— es enteramente opaca. De tal manera que las partes no tienen posibilidad de exponer sus argumentos ante los once ministros —o cinco si se trata de un asunto de sala—. ³¹ Mientras que éstos, a su vez, no pueden de manera colegiada plantear preguntas a ambas partes. Esto significa que los involucrados en el jui-

³¹ No sobra precisar que existe una diferencia relevante al respecto entre los juicios de amparo y las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales que conoce la Suprema Corte. En el caso de los amparos, la instrucción no se realiza en la Suprema Corte, sino en tribunales inferiores, de ahí que ante los ministros sólo se tramiten recursos. En cambio, tratándose de controversias y acciones sí se realiza la instrucción en la Suprema Corte; es decir, se desahogan pruebas y hay una audiencia que se lleva a cabo en la sección de trámites —en la cual, por cierto, nunca está presente el ministro instructor aunque sea quien firme el acuerdo en cuestión—.

cio en ningún momento del procedimiento de decisión tienen oportunidad de reunirse, de manera conjunta y pública, con los ministros para presentar su batería de argumentos. Lo cual resulta en términos de proceso de comunicación, en que la opinión pública no tiene posibilidad de conocer los razonamientos de las partes, ni el resto de las aristas alrededor del asunto en cuestión y, por ello, tampoco tiene oportunidad de enterarse de los valores constitucionales que están en juego.

¿Esto significa, entonces, que las partes no se reúnen en ningún momento con los ministros? No. Las partes sí tienen oportunidad de plantearles a los ministros los puntos de su defensa, pero la falta de reglamentación institucional de la Corte, junto con una arraigada tradición de reglas no escritas, determina que éstas se realicen de manera privada y sin la presencia de la contraparte en el juicio. Ahora bien: ¿Los ministros siempre les otorgan a ambas partes este tipo de entrevistas privadas, conocidas en la jerga jurisdiccional como “audiencias de oreja u oído”? ¿En cada uno de los casos son los ministros quienes atienden estos alegatos o, en ocasiones, son sus colaboradores —conocidos como secretarios de estudio y cuenta— los encargados de presenciarlos? ¿Cuál es el criterio para determinar esto último, así como para señalar el tiempo que tendrá cada una de las partes en este tipo de audiencias? ¿Por qué en la mayoría de las veces no

están presentes ambas partes? ¿Se graban estas conversaciones? ¿Es pública la agenda de estas reuniones? ¿Eventualmente estas reuniones se celebran fuera de las oficinas de la Suprema Corte?

Las características de estos “alegatos de oreja u oído” abren la puerta para una dinámica de corrupción, discrecionalidad y tráfico de influencias. Se trata de una práctica que lleva la marca del autoritarismo y que los ministros no han ni siquiera intentado reformar de acuerdo con las exigencias del nuevo contexto democrático del país. Es cierto: en algunos casos —como, por ejemplo, en el análisis de la constitucionalidad de la despenalización del aborto en ciudad de México—, la Corte mexicana ha optado por celebrar audiencias públicas donde las partes frente a frente, junto con expertos o terceros interesados, dan a conocer sus argumentos. Asimismo, algunos ministros recién han decidido cancelar estas audiencias o, en su caso, permitir que sólo se celebren ante ellos, prohibiendo a sus colaboradores establecer contacto con las partes y sus representantes legales. Pero se trata de excepciones. La regla general respecto cómo se relacionan los ministros y las personas involucrados en el juicio, sigue siendo las “audiencias de oreja u oído”. Vale rescatar la opinión sobre este punto de los académicos, Carlos Elizondo y Ana Laura Magaloni:

En los regímenes democráticos, las reuniones privadas entre jueces y justiciables están prohibidas. Éstas menoscaban la percepción sobre la incorruptibilidad e imparcialidad de los jueces y, en este sentido, debilitan los cimientos mismos de un Estado de derecho. Tratándose del caso de los máximos jueces del país, resultan aún más delicada esta práctica judicial propia de un régimen autoritario y poco transparente. Nuevamente, el contraste con otros países es revelador. Prácticamente en todos los países en donde existen códigos de ética judicial, está prohibido que el juez se reúna con alguna de las partes en privado. Tal es el caso de Estados Unidos, a nivel federal y local, y de muchos otros países. Cabe mencionar dos: Honduras y Venezuela. España, Portugal, Cuba, Brasil, Colombia, Uruguay, Chile, y otros estados miembros de la Cumbre Judicial Iberoamericana, decidieron suscribir en forma conjunta el Código Iberoamericano de Ética Judicial, cuyo artículo 15 expresamente proscribire las reuniones privadas entre juez y parte.³²

³² Elizondo, Carlos y Magaloni, Ana Laura, “La forma es fondo. Cómo se nombran y cómo deciden los ministros de la Suprema Corte de Justicia”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, núm. 23, julio-diciembre de 2010, pp. 55 y 56. Por su parte, el mencionado artículo 15 del Código Iberoamericano de Ética Judicial dice textualmente lo siguiente: “El juez debe procurar no mantener reuniones con una de las partes o sus abogados (en su despacho o, con mayor razón, fuera del mismo) que las contrapartes y sus abogados puedan considerar razonablemente como injustificadas”. Asimismo, vale mencionar, por ejemplo, que

Algunos litigantes arguyen que estas *audiencias de oreja u oído* tienen beneficios, como la oportunidad de exponer de manera directa y puntal al ministro en cuestión los puntos neurálgicos de su defensa. Lo cual, según este argumento, no es posible a través de los escritos propios de la demanda y de su correspondiente contestación.³³ Pero, más allá del deficiente nivel de redacción del gremio de abogados que evidencia esta ramplona justificación, lo cierto es que se han detectado varios costos no menores de esta práctica. En primer lugar, inequidad entre los litigantes, ya que

el tema de las audiencias de “oído u oreja” fue también una de las herencias autoritarias que tuvo que enfrentar la Corte Suprema de Justicia de Chile una vez que se encontró en un contexto democrático. Su decisión al respecto fue eliminar de la práctica jurisdiccional este tipo de reuniones y, además, hacer pública la agenda diaria de trabajo de los magistrados. Esta información se obtuvo en la mencionada entrevista realizada por el autor, al magistrado Milton Juica, presidente de la Suprema Corte de Justicia de Chile. Esta entrevista se realizó de manera pública en el aula de seminarios “Dr. Guillermo Flores Margadant”, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, el 3 de junio de 2010.

³³ Si bien algunos autores señalan que un punto medular para tener un juicio justo consiste en que la historia de cada una de las partes sea escuchada por el juez, vale destacar que la crítica aquí suscrita no reside en que las partes sean escuchadas sino más bien en cómo son escuchadas. Véase MacCoun, Robert J., “Voice, Control and Belonging: the Double-Edged Sword of Procedural Fairness”, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 1, diciembre de 2005, pp. 171-201.

algunos ministros le dan preferencia para celebrar estas audiencias a abogados élite o de gobierno —sobre todo si se trata de asuntos en materia fiscal—; a su vez, se genera un mercado de servicios legales que raya en lo fraudulento, y que permite a los abogados vender a sus clientes los eventuales frutos de sus relaciones de influencia con los ministros; por otra parte, propicia una percepción de corrupción y arbitrariedad en ciertos sectores sociales y; además, como ya se apuntó, impide que la opinión pública conozca y escudriñe las posiciones de los litigantes en los casos que conoce la Suprema Corte.³⁴

A pesar de estos perniciosos efectos, sigue siendo una práctica profundamente arraigada en la cultura jurídica del país. Al grado de que, hoy en día, México sigue siendo de los pocos países, junto con Brasil, China y Japón, por ejemplo, que permiten este tipo de audiencias con una regulación laxa o inexistente; mientras que en otros países está prohibida o, en su caso, se permite de manera limitada gracias a una rigurosa reglamentación.³⁵ Ante este escenario, vale señalar algunos chispazos alentadores. En efecto, en la reforma

³⁴ Véase Elizondo, Carlos y Magaloni, Ana Laura, “El “alegato de oreja”: inequidad y mediocridad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLVIII, núm. 144, septiembre-diciembre de 2015, pp. 1005-1034.

³⁵ *Idem.*

constitucional que dio entrada al nuevo sistema penal acusatorio, se eliminó precisamente este “alegato o audiencia de oreja” en el ámbito penal, prohibición que luego se reforzó en la nueva ley del juicio de amparo.³⁶ Lo cierto es que aún no es posible concluir si la cancelación de este tipo de audiencias en materia penal se extrapolará al resto de los juicios del país, de tal manera que se erija en el punto de inflexión para una nueva cultura judicial al respecto.

3. *Elaboración del proyecto de sentencia*

Esta etapa consiste en la redacción por parte del ministro ponente, apoyado por su equipo de trabajo, del

³⁶ Artículo 20, apartado A, fracción VII, de la Constitución: “El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación... A. De los principios generales: ...VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución”. Artículo 173, apartado B, artículo VII, de la Ley de amparo: “En los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento con trascendencia a las defensas del quejoso, cuando: ...Apartado B. Sistema de Justicia Penal Acusatorio y Oral... VII. El Órgano jurisdiccional reciba a una de las partes para tratar el asunto sujeto a proceso sin la presencia de la otra, salvo las excepciones previstas por la legislación procedimental aplicable”.

documento que servirá como punto de partida de la discusión entre el resto de sus colegas —esto es, el proyecto de sentencia—. En principio, se trata de una tarea que se realiza en secrecía, cuyo resultado no es de conocimiento de la opinión pública hasta que comienza la discusión entre los ministros. Sin embargo, desde hace varios años, debido a una legítima exigencia de transparencia de la academia y los medios de comunicación, se empezaron a publicar ante la opinión pública ciertos proyectos de decisión jurisdiccional con días de antelación al inicio del debate entre los ministros. En buena medida, se ha tratado de asuntos que despertaron de manera particular el interés de la sociedad civil, tales como los casos “Píldora del día siguiente”,³⁷ “La Jornada vs. Letras Libres”,³⁸ “Aborto y constituciones locales”,³⁹ “Florence Cassez”,⁴⁰ entre otros. Pero si bien esta tendencia de difundir cada vez más proyectos de sentencia, puede justificarse en términos de publicidad y escrutinio del quehacer jurisdiccional de los ministros —al grado de que la actual ley de amparo obliga, si se reúnen ciertas condiciones, la difusión de los proyectos de sentencia—,⁴¹ lo cierto es que también

³⁷ Controversia constitucional 54/2009.

³⁸ Amparo directo 28/2010.

³⁹ Acción de inconstitucionalidad 11/2009.

⁴⁰ Amparo directo en revisión 517/2011.

⁴¹ Artículo 73 de la ley de amparo: “...El Pleno y las Sa-

tiene un efecto perjudicial no menor: incentivar la actuación individual de los ministros y aguijonear juicios paralelos con eventuales costos para la legitimidad de la institución, y el resto de los ministros.⁴²

Veamos: en primer lugar, vale señalar que publicar los proyectos de sentencia es un paliativo frente a los costos que arroja la ausencia de audiencias públicas entre los ministros y las partes. La falta de transparencia de estas reuniones, como ya vimos, dificulta el proceso de comunicación de las coordinadas consti-

las de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como los Tribunales Colegiados de Circuito, tratándose de resoluciones sobre la constitucionalidad o convencionalidad de una norma general y amparos colectivos, deberán hacer públicos los proyectos de sentencias que serán discutidos en las sesiones correspondientes, cuando menos con tres días de anticipación a la publicación de las listas de los asuntos que se resolverán. La Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Consejo de la Judicatura Federal, mediante acuerdos generales, reglamentarán la publicidad que deba darse a los proyectos de sentencia a que se refiere el párrafo anterior”.

⁴² Sobre los juicios paralelos, sugiero revisar Barrero Ortega, Abraham, “Juicios paralelos y Constitución: su relación con el periodismo”, *Revista Latina de Comunicación Social*, vol. 5, núm. 47, febrero de 2002; Bybee, Keith (ed.), *Bench Press: the Collision of Courts, Politics and the Media*, California, Stanford University Press, 2007; Haggerty, James F., *In the Court of Public Opinion: Winning your Case with Public Relations*, USA, Wiley Press, 2003, y Davis, Richard, *Decisions and Images: the Supreme Court and the Press*, Michigan, Prentice Hall College, 1993.

tucionales de los asuntos que conoce la Suprema Corte, sin dejar de considerar el eventual desbalance procesal entre las partes durante el juicio. Contrarrestar esta opacidad mediante la publicación de proyectos de sentencia, no logra que las partes expongan sus posturas de manera adecuada ante la opinión pública, pues finalmente éstas, se conocen a partir del filtro del ministro ponente. Y además, propicia que los ministros más allá de sus argumentos, tengan la tentación de usar la difusión de sus proyectos como un arma para impulsar juicios paralelos. Es decir, tratar de construir cierta percepción ante la opinión pública de su postura que eventualmente puede chocar con la posición del resto de los ministros y, en última instancia, con la decisión de la Suprema Corte. Sobra mencionar que el problema no es que haya diferencias entre las posturas de los integrantes de un órgano colegiado, sino que éstas, en vez de procesarse mediante argumentos y una genuina deliberación, lo hagan a través de medios de comunicación y de la construcción de percepciones en la opinión pública.

El ejemplo de pizarrón de este fenómeno es el caso conocido como “Florence Cassez”. Si bien sus repercusiones mediáticas, políticas e inclusive diplomáticas, hicieron de éste un asunto por demás controvertido y, por ello, excepcional en la historia reciente de la Suprema Corte, lo cierto es que sirve para señalar los

costos de esta práctica. Mismos que se han presentado en otros casos, cuyos proyectos de sentencia también se han publicado con antelación a su discusión, pero con menor intensidad. Así, en breve, lo que estaba en juego en este caso era si liberaban o no de la cárcel a una ciudadana francesa, Florence Cassez, por supuestas violaciones en el proceso penal que desembocó en una sentencia condenatoria en contra ella por el delito de secuestro en México; en concreto, la defensa de Cassez arguyó que la aprehensión de esta persona por parte de autoridades del Estado mexicano se había realizado sin ceñirse a los principios constitucionales y convencionales.

En este contexto, el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, encargado de elaborar el proyecto de sentencia, días antes de que iniciara la discusión con el resto de sus colegas, decidió difundirlo ante los medios de comunicación y la sociedad civil. La justificación pública de tal decisión fue cumplir con una exigencia de transparencia. Lo cierto es que un efecto —deseado o no— fue impulsar un juicio paralelo. En efecto, al ser un caso que atrapó la atención de la opinión pública, la cual antes del inicio de la discusión entre los ministros ya estaba fuertemente dividida respecto si Cassez debía ser liberada o no, el resultado de que Zaldívar publicara su proyecto de sentencia cuya propuesta central era liberar a Cassez por abusos de au-

toridad en su aprehensión, fue desatar una espiral de percepciones y narrativas mediáticas. Por una parte Zaldívar, sin importar si al final su proyecto era apoyado o no por la mayoría de sus colegas, previo a que iniciara la discusión, ya había conseguido los aplausos del polo “liberal”⁴³ que consideraba clave este caso para el futuro del debido proceso en el país. Los días que transcurrieron entre la publicación del proyecto y el inicio del debate de la Corte, fueron suficientes para que se construyese un escenario cuesta arriba para el resto de los ministros, pues, aun si contaban con objeciones técnicas sólidas en contra del proyecto de Zaldívar, si no lo apoyaban corrían el riesgo de que la opinión pública los ubicara en el bloque “conservador”.⁴⁴ De esta manera, antes de que iniciase la discusión entre

⁴³ Aunque esta etiqueta es enteramente reduccionista y no engloba de manera adecuada las diversas narrativas que estaban a favor de Cassez, vale su uso porque justo en la batalla de percepciones de la opinión pública, aquellos que abogaban por liberar a Cassez y evidenciar los abusos de autoridad en su aprehensión, peleaban a su vez por presentarse como el polo progresista y liberal de la discusión —aunque no usasen siempre de manera correcta tales etiquetas—.

⁴⁴ Igual este calificativo no es del todo preciso; sin embargo, aun las posturas que ofrecían argumentos sólidos, que valía por lo menos considerar, para evitar la liberación “inmediata” de Cassez, no lograron ubicar de manera adecuada su posición en la opinión pública —en buena medida, por el grado de tecnicismo de su argumento—. De tal manera que se percibieron como parte de la

los ministros, la publicación del proyecto de sentencia le permitió a Zaldívar —con o sin intención— ganarse la simpatía del bloque “liberal” en la batalla de percepciones y, a su vez, lanzarles a sus colegas un escollo mediático no menor. Lo cual resultó en que cuando por fin llegó el inicio de la sesión de los ministros para abordar este asunto, claramente no se habían conseguido las mejores condiciones para obtener una deliberación judicial de calidad, en buena medida por el efecto de publicar el proyecto de sentencia en cuestión.

Se trata de un juego que justo es posible gracias al proceso de decisión de la Suprema Corte, y que los ministros lo aprovechan con mayor o menor éxito dependiendo de sus objetivos y habilidades. Esto, por supuesto, no demerita la calidad de los proyectos de sentencia que son eventualmente difundidos ni las críticas que puedan argüir el resto de los ministros. Es decir, el problema no reside en que haya diferencias entre las posturas de los ministros ni que ellas resulten en rencillas y zancadillas entre sí. Pero ¿en qué contexto se debiesen presentar estas discrepancias? ¿Estrictamente en la construcción de los argumentos de las sentencias o también en el escaparate mediático? ¿Abona a la construcción de una mejor narrativa constitucional

estampa del conservadurismo que priorizaba las formas jurídicas por los valores constitucionales en juego.

la posibilidad de difundir proyectos de sentencias cuando tal publicación aguijonea una batalla de percepciones? ¿Cómo evitar que este juego llegue al extremo de que la difusión de cierto proyecto de sentencia no sea siquiera una decisión institucional de la Corte, sino una filtración a medios de comunicación que responde a intereses estrictamente personales de un ministro o de un grupo de ministros? El problema de raíz reside en los incentivos que propicia el proceso de decisión de la Suprema Corte, de tal manera que cada ministro busca impulsar cierta imagen ante la opinión pública de su posición jurídica, cuando aún falta discutir y definir el sentido del asunto en cuestión, con los correspondientes costos de legitimidad que esto puede arrojar para la Corte como institución y a los ministros de manera individual.

4. *Discusión, votación y decisión jurisdiccional*

Luego viene la etapa medular del proceso de decisión de la Suprema Corte: discusión, votación y decisión jurisdiccional del caso. Esta etapa, contrario al diseño de prácticamente el resto de las Cortes constitucionales, es pública y mediática. Es cierto: más allá de las inevitables singularidades de cada proceso de decisión de los tribunales constitucionales alrededor del mundo, reflejo de sus respectivas tradiciones jurídicas,

un aspecto que sí comparten es que la etapa de discusión y decisión de los diversos asuntos que conocen es secreta. Las únicas Cortes constitucionales, como veremos a detalle más adelante, que no siguen este diseño son la mexicana y la brasileña.

Esta excentricidad se adereza con el hecho de que además de ser deliberaciones públicas, son también mediáticas. Es decir, por un lado, cualquier persona puede ingresar y presenciar físicamente la discusión entre los ministros y, por el otro, si bien no está permitido que las personas introduzcan dispositivos para grabar audio o video, el Canal Judicial, como mencionamos, transmite en vivo las sesiones de debate por Internet y televisión de paga. Así, las singularidades de este eslabón en la cadena de decisión de la Suprema Corte ameritan un análisis justo a partir de algunas de las categorías que rescatamos de la obra de Jon Elster. No hay que olvidar que siendo la etapa clave, donde se define la calidad deliberativa de la corte constitucional mexicana, lo que está en juego es si sus características coadyuvan a una discusión anclada en la razón socrática y democrática o, más bien, en una razón plebiscitaria.

Pero antes vale rastrear el origen de la publicidad de las sesiones de discusión y votación de los ministros de la Suprema Corte. Ya vimos, por ejemplo, el contexto político que propició la creación del Canal

Judicial: un escenario de transición democrática, una exigencia de mayor transparencia y escrutinio del quehacer judicial, junto con una respuesta errónea respecto el complicado equilibrio entre transparencia y calidad deliberativa por parte de la Suprema Corte ante este legítimo reclamo, fruto del cambio social del país. Pero ¿desde cuándo sesionan de manera pública los ministros?, ¿cuáles fueron los argumentos que, en su momento, se ofrecieron para adoptar este diseño institucional?

Durante buena parte de la historia constitucional de México, las leyes que regularon al poder judicial y a la Suprema Corte fueron omisas respecto a si las sesiones de ésta debían ser públicas o secretas.⁴⁵ Es hasta la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de 1934 que se regula por primera vez este aspecto: “Las sesiones del Pleno serán públicas con excepción de los casos en que la moral o el interés público exijan que sean secretas”.⁴⁶ Esta redacción se mantuvo con cambios menores en las ulteriores leyes⁴⁷ a lo largo del

⁴⁵ Por ejemplo: Ley sobre Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Nación del Distrito y Territorios (1855); Ley para la Organización de los Tribunales y Juzgados del Imperio (1865), y Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (1908).

⁴⁶ Artículo 10.

⁴⁷ Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de los siguientes años: 1936, 1988, 1995, 2014 y 2016.

siglo XX, hasta la legislación actualmente vigente que establece:

Las sesiones de la Suprema Corte de Justicia... serán públicas por regla general y privadas cuando así lo disponga el propio Pleno... Las sesiones de las Salas serán públicas y, por excepción, privadas en los casos en que a su juicio así lo exija la moral o el interés público.⁴⁸

La Constitución de 1917, por su parte en un inicio, estableció que las “audiencias” de la Suprema Corte de Justicia serían “públicas”; es decir, que las reuniones de las partes en litigio con los ministros serían públicas. Mas no mencionaba nada respecto la publicidad o secrecía de la deliberación entre los ministros. Esta redacción se mantuvo hasta 1967, cuando se reformó el texto constitucional para eliminar este tema de las audiencias y establecer ahora a nivel constitucional que las sesiones serían públicas: “En los términos que la ley disponga, las sesiones del Pleno y de las Salas serán públicas, y por excepción secretas en los casos que así lo exijan la moral o el interés público”.

Lo curioso, no obstante, es que si uno busca en los diarios de debate del Congreso de la Unión o en las

⁴⁸ Artículos 6o. y 16 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de 2016.

exposiciones de motivos de las respectivas iniciativas de estas leyes o de la reforma constitucional de 1967, algún argumento a favor o en contra de esta característica definitoria de las sesiones de la Suprema Corte, simplemente no es posible encontrarlo. Es decir, en casi un siglo, varias leyes han establecido que las discusiones entre los ministros deben ser públicas; sin embargo, ni en la exposición de motivos ni en los debates legislativos correspondientes es posible encontrar una mínima justificación de este diseño institucional. Llama la atención, que en esta curva de tiempo, al menos desde la trinchera legislativa, nadie haya cuestionado la publicidad de las deliberaciones judiciales en la Suprema Corte. Motivo por el cual tampoco ha sido necesario argumentar a favor de ésta. Así, un aspecto medular para la justicia constitucional que ha definido durante décadas el procedimiento de decisión de la Suprema Corte, simplemente ha carecido de un argumento o razón pública que lo justifique.

Ahora bien, regresando a las categorías apuntadas por Jon Elster, en primer lugar, vale analizar las condiciones deliberativas que implica para la Corte mexicana la presencia de público en sus sesiones. No es un público amplio, pues las mismas instalaciones de la Suprema Corte limitan de manera significativa el número de testigos de sus debates. Pero esto se exagera al momento en que las discusiones son transmitidas

por televisión, con lo cual los riesgos de publicitar una deliberación se acentúan. ¿Cuáles sería, entonces, el impacto de esta publicidad en la dinámica deliberativa? En principio, falta de libertad de los participantes para modificar sus posturas y asumir errores; caja de resonancia de la retórica al abrirse la tentación de congraciarse con una audiencia muy amplia; ausencia de un verdadero intercambio de razones y contraargumentos; así como un escenario no del todo amigable para disentir y aprovechar los beneficios de este ejercicio.⁴⁹

Es decir, los ministros, al estar frente una audiencia tan amplia como la que permite la televisión de paga e Internet, por un lado, enfrentan un costo mayor al cambiar de postura o conceder la razón a algunos de sus colegas durante el debate (al menos en cuestiones torales) y, por el otro, en realidad no participan en una verdadera discusión, se limitan a presentar posicionamientos mediante la lectura de documentos preparados por su equipo de colaboradores cuyo objetivo rara vez consiste en persuadir o convencer a sus colegas de cierta postura. De tal manera que en muy pocas ocasiones se da un diálogo, un verdadero escrutinio de las razones presentadas durante las sesiones. Lo cual,

⁴⁹ Al respecto, véase Sunstein, Cass R., *Why Societies Need Dissent*, Cambridge, Harvard University Press, 2003.

como ya se señaló, incentiva que los ministros jueguen de manera personalista y no institucional.

Algo que a su vez vale subrayar es que durante esta etapa de deliberación pública y mediática también se registran los votos de los ministros y, en este sentido, la Suprema Corte adopta una decisión en sentido jurisdiccional. Esto es, la Corte decide, por ejemplo, si expulsa una norma del ordenamiento jurídico o si ratifica su constitucionalidad. Pero si bien la Corte en esta etapa de su proceso de decisión adopta una sentencia en sentido jurisdiccional, lo cierto es que aún no hay sentencia como documento. Lo cual implica que lo que registra la opinión pública no es una voz institucional bien articulada de lo que se decidió junto con sus correspondientes argumentos. Más bien, en el mejor de los casos, lo que se tiene es un proyecto de sentencia, aprobado por una mayoría de ministros, y un variopinto ramillete de posicionamientos sin certeza de si serán sumados al documento definitivo de la sentencia. El carácter público y mediático de las discusiones, con el inevitable desfase entre la sentencia como decisión jurisdiccional y documento, propicia que la opinión pública ponga atención en la discusión y no en el texto definitivo y, por tanto, registre el sentido de la decisión, pero no los argumentos finales que la apuntalan, sino más bien, una inarticulada pluralidad de opiniones y voces.

El profesor de la Universidad de Nueva York, John Ferejohn, explica mejor los beneficios de una deliberación secreta en un cuerpo colegiado, para efectos de articular una voz institucional:

A veces, un organismo de toma de decisiones tiene razones para presentarse como una institución unida y, en su caso, para ocultar desacuerdos internos si no se pueden conciliar. A mi juicio, en la medida en que un legislador está en el proceso de promulgar una nueva norma, o de realizar declaraciones autorizadas sobre lo que una norma existente en realidad exige, un miembro de ese cuerpo legislativo bien podría querer hablar como una sola autoridad. Si logra comunicar en tales términos, la audiencia tendrá una razón para entender qué es lo que deben hacer o abstenerse de hacer. Por su parte, si los integrantes de tal cuerpo legislativo hablan a través de varias voces, puede haber confusión y falta de coordinación. Me parece que el secreto deliberativo puede ayudar en el esfuerzo por lograr una voz unificada al inhibir los incentivos para complacer a los de afuera. Y está claro que muchas instituciones públicas, de una manera u otra, han elegido deliberar a puertas cerradas y tomar sus decisiones como un cuerpo unificado⁵⁰ [traducción del autor].

⁵⁰ Ferejohn, John A., “Secret Votes and Secret Talk”, en Elster, Jon (ed.), *Secrecy and Publicity in Votes and Debates*, Nueva York, Cambridge University Press, 2015, p. 243.

No me desvío: los ministros de la Suprema Corte mexicana, ante la falta de condiciones para discutir y convencer a sus colegas con la fuerza del argumento y la habilidad de la persuasión —al menos dentro de la etapa formal de la deliberación—, tienen entonces frente sí la tentación de ganar la batalla en la arena de la opinión pública. Su postura puede ser que no tenga eco entre sus colegas, al menos no como resultado del debate, pero sí en ciertas audiencias que siguen el trabajo de la Corte. De tal manera, que en aquellos asuntos cuyas características los hacen atractivos más allá del gremio de abogados, los ministros pueden verse atraídos por dirigir sus participaciones no hacia sus colegas sino hacia los medios de comunicación u otros poderes privados y públicos. Sobra mencionar que no es anómalo que un ministro busque ganarse el beneplácito de ciertas audiencias. Al contrario, es parte de su estrategia para mejorar su reputación y, en última instancia, su legado como juez constitucional.⁵¹ El problema es, que debido a las características del proceso de decisión de la Suprema Corte, esta legítima aspiración de construir una buena reputación resulta en una espiral de juicios paralelos, guiños a la opinión pública... pero no necesariamente en mejores sentencias o votos disidentes.

⁵¹ Baum, Lawrence, *Judges and their Audiences: A Perspective on Judicial Behavior*, Princeton, Princeton University Press, 2006.

El problema de raíz consiste en que el procedimiento de decisión de la Suprema Corte mexicana no embona de manera armónica con aspectos clave de la lógica de trabajo colegiado propio de un tribunal constitucional. Una lógica que implica, entre otros aspectos, apertura para trabajar en equipo, ausencia de jerarquía entre los participantes, voluntad para escuchar los argumentos presentados por otros colegas, cooperación en el proceso de toma de decisiones y, por supuesto, disposición para hablar, no como una suma de individuos, sino como una institución o, en otras palabras, como ya apuntamos, coadyuvar a la construcción de una voz institucional.⁵² Y este es el punto crucial de la deliberación en la arena de la justicia constitucional:

Cuando se argumenta que los tribunales son legítimos en el ejercicio del control constitucional de la legislación, debido a su particular potencial deliberativo, se está pensando en una deliberación en que la información se comparte libremente, cuyos participantes tra-

⁵² Cfr. Afonso da Silva, Virgílio, “Deciding Without Deliberating”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 3, julio de 2013, pp. 557-584. También se siguen aquí los siguientes textos: Edwards, Harry T., “The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, núm. 5, mayo de 2003, pp. 1639-1690; Schwartzman, Micah, “Judicial Sincerity”, *Virginia Law Review*, vol. 94, núm. 4, 2008, pp. 987-1027 y Shapiro, Ian, “Optimal Deliberation?”, *The Journal of Political Philosophy*, vol. 10, núm. 2, 2002, pp. 196-211.

bajan en equipo, tratando de establecer algún tipo de sinergia para atenuar los efectos de la racionalidad limitada, están abiertos a nuevos argumentos y dispuestos a cambiar de opinión si se les presentan mejores razones y; sobre todo, se trata de una deliberación con una meta muy puntual (al menos subyacente, como una idea reguladora) de alcanzar el consenso [traducción del autor].⁵³

En este sentido, la pregunta es si una deliberación judicial, pública y mediática, abona a este tipo de dinámica o, más bien, si resulta en Cortes con jueces no cooperativos, individualistas y, a pesar de sus capacidades intelectuales, con pocas posibilidades de elevar el nivel de discusión. Para tratar de resolver esta interrogante podemos aprovechar la idea desarrollada en los últimos años, en particular por el politólogo Lawrence Baum, de audiencia de los jueces. Este enfoque considera que el comportamiento de éstos se define en buena medida a partir de su interacción con sus diferentes audiencias. Esto es, aquellos grupos o sectores que les importan y, por ello, buscan presentarles una determinada imagen de ellos. En este sentido, una primera audiencia clave de los jueces es, desde luego, sus propios compañeros de trabajo en el tribunal. Pero también existen otras audiencias externas que les son

⁵³ Afonso da Silva, Virgílio, *op. cit.*, pp. 564 y 565.

relevantes, tales como barras de abogados, medios de comunicación, académicos, otros poderes institucionales y privados, etcétera.

Ahora bien, cuando una Corte constitucional discute a puerta cerrada, los jueces gozan de amplia libertad para lanzar guiños argumentativos a sus colegas durante sus deliberaciones; mientras que a sus audiencias externas las pueden persuadir a través de dos documentos clave: las sentencias y los votos particulares. Por su parte, el procedimiento de decisión de la Corte mexicana, debido a sus sesiones públicas y mediáticas, aunado a que sus sentencias como documento se conocen semanas o meses después de haber discutido y votado el caso en cuestión, incentiva que el foco esté en los ministros más que en sus decisiones, que sea poco fructuoso para ellos tratar de convencer a sus colegas y, por último, que el anzuelo para atrapar a las audiencias externas sean posicionamientos más parecidos a los discursos parlamentarios en vez de argumentos cuidadosamente pulidos redactados en las sentencias como documento. De tal manera, que las sesiones públicas,

...pueden ser una invitación a la demagogia judicial e impedir el diálogo genuino. Los jueces pueden desarrollar una persona pública y una identidad particular ante la audiencia externa. Tendrían un incentivo plausible para protegerse contra el “ridículo público”.

Cambiar su postura, después de todo, puede parecer una debilidad de carácter o de intelecto para el espectador curioso. En términos más generales, la publicidad va en contra de la colegialidad misma. Para efectos de evitar la vergüenza pública o la vergüenza, un juez puede resistirse a cambiar de opinión. Un buen polemista, en este sentido, es indiferente al reconocimiento personal, indiferente acerca de cómo será percibido públicamente. La publicidad no favorece particularmente ese rasgo individual. En las sesiones secretas, de hecho, los defectos deliberativos podrían simplemente volverse invisibles y protegerse contra el escrutinio público. Sin emtargo, en las sesiones públicas, la deliberación auténtica podría ni siquiera ocurrir. En este contexto, una política a favor del secreto, según lo demuestra la experiencia documentada, proporciona la asepsia institucional adecuada para que la deliberación prospere [traducción del autor].⁵⁴

En esta línea, William Rehnquist, quien fuese *chief justice* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, señaló que si bien la llamada *conference* —etapa del procedimiento de decisión de la Corte estadounidense donde los *justices* deliberan y votan— es enteramente secreta, es importante considerar que se trata tan sólo de un eslabón de un complejo proceso judicial que por definición es abierto al escrutinio público. Pero más allá, continua

⁵⁴ Mendes, Conrado H., *Constitutional Courts...*, cit., p. 165.

Rehnquist, de tratarse de una excepción a la regla de transparencia, la secrecía de la *conference* se justifica por dos beneficios de enorme valía. Por un lado, permite un honesto y franco intercambio de puntos de vista entre los integrantes de la Corte, lo cual abona al propósito de estas reuniones: resolver con entera libertad y con los mejores argumentos los casos que conocen. El compromiso de discreción es tal que ningún *justice* se siente inhibido ante la posibilidad de que alguno de sus comentarios u observaciones salga de ese cuarto; de tal manera que la secrecía provee seguridad de que, si alguien lanza una idea errónea o disparatada, ésta no acabará siendo objeto del escarnio público. El otro beneficio, por su parte, subraya Rehnquist, de que la *conference* sea privada y, por tanto, sólo ingresen a ésta los nueve *justices*, sin sus colaboradores ni ningún otro funcionario de esta Corte Suprema, es que los obliga a prepararse lo mejor posible para enfrentar cualquier esgrima deliberativa. Es decir, si bien antes de estas reuniones cada *justice* estudia los casos con el apoyo de su equipo de trabajo, al final la suerte de su posición jurídica depende enteramente de su desempeño en estos debates.⁵⁵ Esto significa que la secrecía evita que los errores o exabruptos de un *justice* sean fácilmente pesca-

⁵⁵ *Cfr.* Rehnquist, William H., “The Supreme Court’s Conference”, en O’Brien, David M. (ed.), *Judges on Judging. Views From the Bench*, California, CQ Press, 2004, pp. 92-95.

dos por la opinión pública, pero a su vez permite una discusión mucho más franca y exigente para los participantes. Otro testimonio: Lewis F. Powell, también *justice* de la Corte Suprema estadounidense, consideró que la integridad del proceso judicial se dañaría seriamente si los *justices* en vez de asumir sus decisiones en una atmósfera de privacidad lo hiciesen en un contexto propio de un conclave político ciudadano. La secrecía de la *conference* permite una discusión sincera; es decir, una disposición a considerar los argumentos del resto de los *justices* y a reevaluar las posturas propias. Así, concluye Powell, la confidencialidad de los debates judiciales asegura que los *justices* revisen de manera cuidadosa la solvencia de sus opiniones, además de que también orilla a mejorar la calidad de sus escritos.⁵⁶

Pero más allá de estos comentarios y valoraciones personales de estos jueces constitucionales⁵⁷ respecto

⁵⁶ *Cfr.* Powell, Lewis F., “What Really Goes On at the Supreme Court”, en O’Brien, David M. (ed.), *Judges on Judging. Views from the Bench*, California, CQ Press, 2004, p. 89.

⁵⁷ Vale rescatar, además de los ya mencionados testimonios, la posición del Tribunal Constitucional de Alemania respecto la posibilidad de que en las audiencias orales el público pudiese ingresar con dispositivos para grabar audio y video. En breve, el asunto se originó debido a que un grupo de representantes de medios de comunicación interpuso recursos de amparo en contra de una disposición legal que, si bien le otorgaba el carácter de público a los procesos jurisdiccionales, prohibía la grabación de audio y video. La

a la secrecía de sus deliberaciones judiciales, vale res-

Corte Constitucional consideró que tales recursos de amparo eran infundados: “los juicios deberían permanecer siendo públicos, por supuesto, pero no mediáticos”. Así concluyó este tribunal constitucional: “La limitación de la publicidad judicial mediante la prohibición legal de grabar y filmar las audiencias judiciales, tiene en cuenta los intereses de la protección de la personalidad, así como los requisitos de un debido proceso y de la búsqueda de la verdad y la justicia. En el proceso judicial, la protección de la personalidad requiere de una mayor protección que la que se reconoce en el ordenamiento legal general. Esto se aplica no sólo, pero con especial intensidad, a la protección de los demandados y los testigos, en el proceso penal, quienes tienen que exponerse involuntariamente al público en una situación cargada de emociones y, no raras veces, tensionante... Existe también un riesgo alto de que se modifique el contenido de las declaraciones cuando las tomas son recortadas o editas, para ser utilizadas con otro orden o más tarde, en otro contexto. A la defensa de los peligros a que se ve expuesto el derecho a la autodeterminación de la información, sirve la exclusión de las tomas y su difusión... La posibilidad de las grabaciones y las filmaciones debe igualmente excluida en interés de un debido proceso y la seguridad de encontrar la verdad y poder aplicar el derecho. La publicidad de los medios de comunicación es algo completamente distinto frente a la publicidad en las Salas. Muchas personas cambian su comportamiento ante la presencia de los medios de comunicación. Algunos se sienten tranquilos ante los medios de comunicación, otros se atemorizan. El debido proceso se ve así, en peligro especialmente en lo que respecta a los acusados en un proceso penal, cuando debido a la presencia de los medios temen hacer referencia a cosas que son de importancia para encontrar la verdad; por ejemplo, circunstancias íntimas, penosas, o deshonrosas. El proceso de encontrar la verdad

catar un interesante estudio cuyo punto neurálgico, es justo cómo deben deliberar los tribunales constitucionales y cuáles son las condiciones idóneas para elevar el nivel del debate judicial. A partir de una metodología empírica de entrevistas a integrantes del Tribunal Constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil, el autor de este trabajo, André Rufino, aquilata los costos y beneficios del modelo español cuyas deliberaciones judiciales son secretas, y del caso brasileño que debate de manera pública y mediática.⁵⁸

Así, por un lado, entre los magistrados españoles hay un sólido consenso de que la deliberación secre-

puede también sufrir cuando las personas que participan en el proceso dirigen su comportamiento con el objetivo de causar los efectos que esperan de los medios de comunicación”. Se trata de la sentencia BVerfGE 103, 44. Aquí sigo la siguiente traducción: Jürgen Schwabe (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*, trad. de Marcela Anzola, Emilio Maus y Konrad Adenauer, México, 2009, pp. 226-233. La disposición legal que fue sometida a revisión fue el artículo 169, frase 2, de la Ley de Organización de los Tribunales y que establece el siguiente texto: “Las audiencias ante los tribunales son públicas, incluyendo aquéllas en las que se pronuncias las sentencias y autos. Las tomas y las grabaciones para la radio y la televisión, así como las grabaciones y filmaciones con el objeto de ser presentadas públicamente o de publicar su contenido, son inadmisibles”.

⁵⁸ Rufino Do Vale, André, *La deliberación en los tribunales constitucionales. Un estudio empírico de las prácticas deliberativas del Tribunal Constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.

ta es un factor determinante para preservar un valor clave para la dinámica de trabajo de una corte constitucional: la colegialidad. Valor cuyas características principales son la participación efectiva y la igualdad de condiciones de todos los magistrados, el intercambio de argumentos, así como la búsqueda cooperativa de consensos razonables para adoptar la decisión.⁵⁹ Por ello, para estos jueces, si bien la transparencia es indispensable para el escudriñar su desempeño por la sociedad, ésta se asegura mediante la publicación del texto final de sus sentencias, con su correspondiente motivación jurídica que representa las razones públicas utilizadas por el tribunal para justificar su decisión. Por el contrario, "...cuando la transparencia se lleva al extremo de retransmitir las deliberaciones (como hacen los tribunales de Brasil y México), se produce una 'escenificación' de los juicios, que deriva en una especie de 'deliberación espectáculo', que favorece la institución de 'magistrados estrella', aspectos no deseables en un tribunal constitucional".⁶⁰

En el polo opuesto, se ubica el Supremo Tribunal Federal de Brasil cuya deliberación abierta se funda en una arraigada tradición que data desde su creación en 1890. Esta publicidad se exacerbó con la creación del canal de televisión TV Justiça, en 2002, y la emisora de radio

⁵⁹ *Ibidem*, p. 39.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 40.

Rádio Justiça, en 2004, con el propósito de retransmitir las sesiones de la máxima autoridad jurisdiccional brasileña —lo cual, por cierto, es una diferencia no menor respecto el modelo deliberativo de la Suprema Corte mexicana cuyas sesiones se transmiten en vivo y en directo—. Vale mencionar, que a lo largo de la historia, la publicidad de las sesiones de este tribunal no ha sido objeto de cuestionamientos a pesar de que según varios registros históricos ésta apertura ha propiciado, en no pocas ocasiones, que las deliberaciones judiciales acaben convirtiéndose en una especie de teatro o espectáculo. Pero esta indulgencia no se ha tenido con el ingrediente mediático, el cual sí ha sido criticado en los últimos años respecto a su eventual influencia en la calidad deliberativa de los ministros del tribunal. En particular, existe preocupación de que los debates judiciales se hayan transformado en eventos mediáticos, donde los jueces argumentan para persuadir a sus audiencias externas en vez de a sus colegas, participando en las sesiones no con el ánimo de ofrecer reflexiones y argumentos sólidos, sino más bien con el apoyo de artilugios y discursos retóricos.⁶¹

Estas peculiaridades del escenario, en el que se produce la deliberación en el tribunal brasileño, han resultado en que las participaciones de los jueces asumen características propias de discursos políticos. Más

⁶¹ *Ibidem*, pp. 123 y ss.

si se trata de casos que despiertan de manera particular el interés de la opinión pública. Así, según este estudio de Rufino, los debates frecuentemente acaban asumiendo una dinámica parlamentaria más que judicial. Inclusive ha habido ministros que han destacado por su estilo vehemente al pronunciar la justificación de sus votos. Un caso emblemático reciente, en este sentido, es el del ministro Carlos Britto, quien, con enorme carisma ante la opinión pública, con frecuencia aprovechaba recursos lingüísticos, así como fragmentos de poemas, canciones populares y rimas, para atrapar la atención de los medios de comunicación y del público.⁶²

Por tanto, en este peculiar modelo de deliberación pública se dan condiciones muy favorables para los discursos retóricos. Los argumentos desarrollados en los votos de cada ministro pueden hacer uso de recursos retóricos —aunque algunas veces los propios ministros no sean plenamente conscientes de ello— dirigidos más a la *persuasión* de los espectadores (como público en el Salón de Plenos, telespectador de TV Justiça, oyente de Rádio Justiça o incluso internauta) que a *convencer* al órgano colegiado de magistrados. El tono más vehemente de algunos discursos, los debates más acalorados, las frases de efecto estratégicamente utilizadas, como si se tratara de un

⁶² *Ibidem*, p. 176.

discurso en el parlamento, ponen de manifiesto que muchas veces la argumentación esgrimida se dirige a los distintos auditorios externos al tribunal, a saber, la opinión pública, los poderes de la República (Legislativo y Ejecutivo) y los demás órganos del poder judicial, los diversos medios de comunicación o las facultades de derechos, entre otros.⁶³

Ahora bien, sobra aclarar que esta batería de argumentos en contra de la deliberación pública y mediática de los ministros de la Suprema Corte mexicana no es, por supuesto, un alegato a favor de la opacidad judicial. Más bien, lo que se ha tratado de subrayar en estas páginas es que en esta etapa del proceso de decisión, no existe en realidad una disyuntiva entre publicidad y opacidad. Esto se debe, a que de acuerdo con el principio democrático de limitación del poder, los jueces y tribunales constitucionales deben de ofrecer de manera pública las razones de sus decisiones para que sean sometidas al escrutinio de la crítica. Esto no significa que el trabajo de construcción de tales argumentos, necesariamente deba hacerse en público. Son dos etapas distintas, con lógicas y objetivos disímiles y, por ello, conforme sus respectivos propósitos debiesen estar atadas a una regulación que coadyuve a alcanzar justamente tales objetivos, aunque eso im-

⁶³ *Ibidem*, pp. 177 y 178.

plique optar entre publicidad y secrecía. Entender esta diferencia entre el escenario donde se construyen las decisiones judiciales y la arena en la cual se dan a conocer de manera pública con sus respectivos argumentos, es el punto neurálgico para expresar de forma adecuada los beneficios que provee la publicidad y la secrecía en los procesos de decisión de las cortes constitucionales.

5. *Redacción y publicación de la sentencia y, en su caso, de las correspondientes tesis*

Los problemas del proceso de decisión de la Suprema Corte mexicana no se agotan en su deliberación pública y mediática, hay que considerar que a consecuencia de ésta, existe un desfase con la etapa de redacción y publicación de la sentencia. En efecto, como ya apuntamos, la discusión de los ministros, en no pocas ocasiones, se torna en una batalla de percepciones, razones plebiscitarias y estrategias individuales al momento de discutir, votar y definir el sentido de la sentencia como decisión jurisdiccional —sobre todo si consideramos que en años recientes los ministros no sólo votan los puntos resolutiveos de los asuntos que conocen, sino también los argumentos que sostienen a éstos—. El problema reside en que cuando se cierra esta etapa todavía no existe la sentencia como documento, es decir, el texto donde se recogen los argumentos de

la mayoría y, en su caso, los votos disidentes. Al respecto, vale subrayar que el paréntesis entre la discusión y votación de los ministros y la confección y publicación de la sentencia puede extenderse por varias semanas e inclusive meses.⁶⁴ De tal manera, que en este desfase entre la sentencia en sentido jurisdiccional y como documento, propicia que la opinión pública ponga especial atención en las discusiones de los ministros, mas no en el texto de las sentencias. Práctica que se

⁶⁴ Esto a pesar de que el Acuerdo General Plenario número 3/2004, del 16 de febrero de 2004, del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a la forma y los plazos para la firma de los engroses de las resoluciones dictadas en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad establece un plazo de 5 días para que se elaboren los engroses, una vez tomada la decisión jurisdiccional en tales medios de control constitucional. Dice este Acuerdo: “Las resoluciones que el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dicte en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad deberán ser engrosadas y, en su caso, elaborados los votos particulares, de minoría o concurrentes, inmediatamente después de celebrada la sesión pública correspondiente; dentro del plazo de cinco días las resoluciones serán firmadas por los señores Ministros Presidente y Ponente o, en su caso, por el encargado del engrose, con el secretario general de Acuerdos que dará fe; así como los votos por los señores Ministros que los elaboren con el secretario general de Acuerdos. Si los votos no se formulan dentro del plazo de cinco días, se entenderá que los Ministros renunciaron a su derecho de hacerlo”, disponible en: <http://bit.ly/2FhaUik>.

acentúa por la errónea estrategia de comunicación de la Suprema Corte que no publicita sus sentencias, aun cuando éstas son dignas de presumirse como fue el caso de la decisión sobre matrimonio y adopción entre personas del mismo sexo (acción de inconstitucionalidad 2/2010).

Esto propicia que los medios de comunicación registren los dimes y diretes entre los ministros, sus coqueteos a las diversas audiencias que siguen el quehacer de la Suprema Corte, la votación y el sentido de la decisión y, en el mejor de los casos, uno que otro buen argumento aislado. Pero no el resultado final de la argumentación que apuntala las sentencias, es decir, la sentencia como documento, que pasa prácticamente desapercibida inclusive para la academia. Esta falta de escrutinio de las sentencias como documento, sea para evaluar sus cadenas argumentativas o su efectividad como dardo comunicacional, justo no ayuda a que la Suprema Corte se vea orillada a cambiar el modelo de sus sentencias. De uno, innecesariamente extenso, abigarrado, plagado de muletillas gremiales y con argumentaciones endebles; a otro, bien redactado, breve, con una estructura coherente, y con argumentos sólidos y persuasivos.

Algo más: ¿Cómo se define el contenido definitivo de la sentencia como documento? ¿Cuáles de los argumentos esgrimidos durante la discusión quedarán

finalmente registrados en este texto? En términos generales, una vez que se vota en la sesión deliberativa y hay sentencia en sentido jurisdiccional, con base en las versiones taquigráficas de la discusión el ministro ponente o encargado de la sentencia como documento (*engrose*), trata de incorporar todas las observaciones que fueron aceptadas del resto de los ministros, a veces con mucha dificultad porque no todas son congruentes. Una vez que se tiene un proyecto de *engrose*, éste se circula entre cada uno de los ministros y su equipo de trabajo para que le den el visto bueno o, en su caso, realicen comentarios. Este delicado y relevante trabajo es enteramente opaco: no existe control alguno por parte de la sociedad civil. Es cierto, en el resto de los tribunales constitucionales del mundo la redacción de la sentencia es también una etapa secreta. Lo particular del caso mexicano consiste en que justo existe una fase previa donde se presentan de manera pública los argumentos y posiciones de los ministros. Mas el diseño del proceso de decisión de la Corte mexicana, abre la posibilidad de que las ganancias de esa susodicha transparencia al debatir en público se pierdan cuando llega el momento de confeccionar la sentencia. Toda vez que no siempre lo que se discute durante las sesiones públicas de los ministros se registra en las sentencias o, en su caso, no con los mismos acentos

y matices que se marcaron durante las discusiones.⁶⁵ Algo no menor, si consideramos que de la sentencia como documento eventualmente se desprenderán los criterios normativos con fuerza obligatoria para el resto de los tribunales federales.

Esto nos lleva, por último, a la tarea de redactar y publicar las tesis de jurisprudencia. Sobra mencionar que tales criterios son de enorme relevancia para darle uniformidad al ordenamiento jurídico, así como para reducir los variopintos costos que implica que cada litigante busque llevar su caso hasta la Suprema Corte de Justicia. Aquí nuevamente el trabajo de redacción y aprobación de estas tesis es secreto. Es una tarea que realizan los ministros, en coordinación con algunas áreas administrativas de apoyo para tales efectos.⁶⁶ Lo cual, una vez más, abre la puerta para que lo que se haya plasmado en las sentencias no sea necesariamente

⁶⁵ Para un ejemplo de este riesgo, véase Elizondo Mayer-Serra, Carlos y Pérez de Acha, Luis Manuel, “¿Un nuevo derecho o el debilitamiento del Estado? Garantía de audiencia previa en la expropiación”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 21, julio-diciembre de 2009, pp. 99-147.

⁶⁶ Al respecto, véase el Acuerdo General 20/2013, del 25 de noviembre de 2013, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a las reglas para la elaboración, envío y publicación en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de las tesis que emiten la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Plenos de Circuito y los Tribunales Colegiados de Circuito. Consultar: <http://bit.ly/2tlrtnU>.

lo que se recoja en una tesis, más allá de cumplir con los requisitos que exigen los diversos métodos de creación de tesis de jurisprudencia. Un ejemplo puntual: una de las primeras decisiones de la Corte mexicana sobre el aborto (acción de inconstitucionalidad 10/2000), se resolvió sin reunir la votación necesaria para que se formase tesis de jurisprudencia. A pesar de ello, meses después, sin contar con esta votación necesaria e indispensable y sin que fuese un criterio que lógicamente pudiese desprenderse de la argumentación y sentido de tal sentencia, se publicó una tesis de jurisprudencia que establecía el derecho a la vida desde la concepción.⁶⁷

Este último eslabón del proceso de decisión de la Corte mexicana propicia que la sentencia como documento pierda relevancia ante la opinión pública y se le dificulte ofrecer de manera articulada una voz institucional de la Suprema Corte. Así, irónicamente sus sentencias no son la fuente informativa por antonomasia e, inclusive, en no pocas ocasiones, tampo-

⁶⁷ Tesis P./J. 14/2002, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, febrero de 2002, p. 588, “DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 14/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de 2002”.

co son el referente clave de sus decisiones jurisdiccionales. Además de que se abren espacios de opacidad en la tarea decisiva de redactar las sentencias y tesis, mientras el ojo público está sólo al pendiente del escarapate mediático de los ministros. Pero a estas alturas, esto no debería de sorprender: reglas inadecuadas o fallidas de la publicidad, como es el caso de la deliberación de la Corte mexicana, crean la ilusión en la sociedad civil de que están efectivamente monitoreando el desempeño de sus funcionarios públicos, aunque el escrutinio en realidad no está garantizando pues erró en su flanco de ataque. En otras palabras, una publicidad mal diseñada puede crear opacidad, con costos mayúsculos en términos de ausencia de control democrático.⁶⁸

IV. CONCLUSIONES

Los procesos de decisión de los tribunales constitucionales alrededor del mundo se desarrollan a través de etapas que son públicas y otras que son secretas. En términos generales, las audiencias de las partes son públicas, mientras que las deliberaciones entre los jue-

⁶⁸ Novak, Stéphanie, “How Publicity Creates Opacity. What Happens when EU Ministers Vote Publicly”, en Elster, Jon (ed.), *Secrecy and Publicity in Votes and Debates*, Nueva York, Cambridge University Press, 2015, p. 153.