

La Suprema Corte y su proceso de decisión: ni transparencia ni calidad deliberativa

Saúl LÓPEZ NORIEGA



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

LA SUPREMA CORTE Y SU PROCESO DE DECISIÓN:
NI TRANSPARENCIA NI CALIDAD DELIBERATIVA

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie ENSAYOS JURÍDICOS, núm. 42

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Ana Julieta García Vega
*Cuidado de la edición y formación
en computadora*

Iván Escoto Mora
Mauricio Ortega Garduño
Apoyo editorial

Carlos Martín Aguilera Ortiz
Elaboración de portada

SAÚL LÓPEZ NORIEGA

LA SUPREMA CORTE
Y SU PROCESO
DE DECISIÓN:
NI TRANSPARENCIA
NI CALIDAD
DELIBERATIVA



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
MÉXICO, 2019

Primera edición: 22 de abril de 2019

DR © 2019. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-1592-9

CONTENIDO

I. La justicia constitucional y su escaparate mediático	1
II. Transparencia y deliberación: la tensión de las cortes constitucionales	10
III. La Suprema Corte mexicana y su proceso de decisión	37
1. Ingreso y turno de los asuntos de los ministros ponentes	38
2. Audiencia oral de las partes	41
3. Elaboración del proyecto de sentencia	47
4. Discusión, votación y decisión jurisdiccional	54
5. Redacción y publicación de la sentencia y, en su caso, de las correspondientes tesis	75
IV. Conclusiones	81
Bibliografía	93

I. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU ESCAPARATE MEDIÁTICO*

En 1995, entró en vigor una reforma constitucional decisiva para otorgarle a la Suprema Corte mexicana el papel de tribunal constitucional. El propósito de este ajuste, en términos generales, fue ampliar y fortalecer las herramientas de control constitucional de la Corte y, a su vez, disminuir su carga en temas de legalidad para que no se distrajese y pudiese enfocarse prioritariamente a su nueva tarea: la justicia constitucional.¹

* Agradezco los comentarios y sugerencias, a una versión preliminar de este trabajo, de los profesores del claustro de la División de Estudios Jurídicos del CIDE. Asimismo, agradezco el apoyo de la alumna Elizabeth Vázquez Leyva para ubicar varios de los datos, bibliografía y demás información indispensable para la confección de este ensayo académico.

¹ Cossío Díaz, José Ramón y Fix-Zamudio, Héctor, *El poder judicial en el ordenamiento jurídico mexicano*, México, FCE, 2004. Vale señalar que si bien esta reforma, en el imaginario institucional mexicano, se considera el momento fundacional de la justicia constitucional, lo cierto es que la tarea de erigir a la Suprema Corte fue más bien un proceso, en ocasiones silencioso e imperceptible, que implicó varias reformas. Al respecto, véase López Noriega,

En los siguientes cinco años, el Partido Revolucionario Institucional (PRI) perdió por primera vez desde su fundación la mayoría absoluta en la Cámara de Diputados y la presidencia de la República. El pluralismo político después de varios años de avanzar gradualmente, alcanzaba con la alternancia en el cargo del Poder Ejecutivo federal, el momento simbólico de la instauración de la democracia. Se abría un nuevo capítulo en la historia del país y de sus instituciones como la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Cierto, este rediseño de la justicia constitucional, junto con el arribo del pluralismo político, permitió que la Suprema Corte ocupase el lugar que le corresponde en una democracia constitucional: arbitrar los conflictos entre poderes y garantizar en última instancia los derechos fundamentales. La Corte se erigió, entonces, en una privilegiada arena de definición de los valores estructurales de nuestro incipiente régimen democrático. Si durante buena parte del siglo XX, la Constitución de 1917, en vez de ser una norma jurídica con el propósito de asir el poder político, fue un referente ideológico y discursivo, legitimador de un sistema de un partido político hegemónico, con el pluralismo

Saúl, “La democracia mexicana y su árbitro constitucional”, en Esquivel, Gerardo *et al.* (ed.), *Cien ensayos para el centenario*, México, UNAM-Senado de la República-Instituto Belisario Domínguez, 2017, t. 2, pp. 297-315.

se empezó a utilizar como una herramienta normativa para resolver los problemas propios de un escenario marcado por la diversidad política. Lo cual significó que mecanismos constitucionales que durante décadas estuvieron envueltos en telarañas por falta de uso, empezaron a ser requeridos para destrabar los obstáculos inherentes al pluralismo. La Suprema Corte inició, de esta manera, la compleja tarea de interpretar, pulir y sistematizar estos dispositivos constitucionales en aras de hacerlos operables y funcionales.²

Vale subrayar que esta revaloración institucional y política que sufrió la Suprema Corte en los últimos años del siglo XX se acompañó de un creciente interés de la opinión pública en el quehacer de los ministros de la Corte.³ De ser un poder que durante la hegemonía del PRI vivió bajo la sombra del presidente de la República, sin destacar de manera particular en la dinámica institucional del país, ahora su nuevo rol resultó en una mayor exigencia de transparencia. Si la Corte

² Cfr. Cossío, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, México, Fontamara, 1998; Silva-Herzog Márquez, Jesús, *El antiguo régimen y la transición en México*, México, Planeta-Joaquín Mortiz, 1999; Silva-Herzog Márquez, Jesús, “El fin de la siesta constitucional”, en Casar, María Amparo y Marván, Ignacio (coords.), *Gobernar sin mayoría. México 1867-1997*, México, CIDE-Taurus, 2002, pp. 369-387.

³ Cfr. Staton, Jeffrey K., *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010.

se había vuelto un poder medular para la vida pública, eso se debía traducir en una mayor rendición en cuentas. No es extraño, entonces, que surgieran voces que precisamente subrayaban la urgencia de sacar de la penumbra a la Suprema Corte, y al resto del Poder Judicial, para ubicarlos bajo el escrutinio de la luz pública.

Pero si bien había consenso en la necesidad de transparentar las sentencias de nuestros tribunales; académicos, medios de comunicación y organizaciones de la sociedad civil no lograron asumir una posición igual de clara respecto a cómo debía operar la transparencia en el resto de los eslabones del proceso jurisdiccional. ¿Había que transparentar también las audiencias en los juzgados?, ¿los expedientes? En su caso, ¿en qué etapa del proceso?, ¿y la deliberación de los jueces?⁴ Como veremos más adelante, no se trata de preguntas menores, inclusive varias de ellas son hoy en día el centro del debate respecto a qué transparentar del trabajo judicial.⁵ Lo que me interesa subrayar, sin embargo, es que esta

⁴ Para un ejemplo de este debate en torno a la transparencia judicial, véase Islas, Jorge (coord.), *La transparencia en la impartición de justicia: retos y oportunidades*, México, UNAM, 2004.

⁵ Cfr. Davis, Richard, *Justices and Journalists. The U.S. Supreme Court and the Media*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011; Davis, Richard y Taras, David (eds.), *Justices and Journalists. The Global Perspective*, Nueva York, Cambridge University Press, 2017.

falta de claridad respecto a cómo entender y aterrizar la transparencia en una institución como la Suprema Corte, permitió que ésta respondiese a las mencionadas exigencias sin una reflexión seria para evitar ciertas políticas públicas erróneas.

Es cierto que, a lo largo de estos lustros, los ministros de la Corte han ofrecido un abanico de medidas institucionales para acercar a la esfera pública su trabajo: publicar las versiones estenográficas de las discusiones de los ministros; mejorar el sistema de consulta de los expedientes judiciales; facilitar el acceso, vía Internet, a sus sentencias y, en ciertos casos, celebrar audiencias públicas y difundir los proyectos de sentencias previo a su deliberación. Pero dentro de esta batería de políticas públicas impulsadas a raíz del legítimo reclamo de transparencia en el trabajo de nuestros jueces constitucionales, una de ellas ha sido el Canal Judicial con enorme relevancia por sus perniciosas consecuencias.

En efecto, el entonces presidente de la Suprema Corte, el ministro Mariano Azuela Güitrón, impulsó la creación de un canal de televisión sin fines de lucro que transmite, hasta el día de hoy, en plataformas de televisión de paga e Internet. La primera fase de este canal, cuya primera transmisión fue a través del canal Aprende TV de la Secretaría de Educación Pública, inició el 16 de junio de 2005 y consistió en transmitir en vivo las sesiones del Pleno de la Suprema Corte.

Fue casi un año después, el 29 de mayo de 2006, que el Canal Judicial concluyó su diseño e implementación.⁶ Su objetivo, además de continuar transmitiendo en vivo los debates entre los ministros de la Corte, fue agregar a su contenido algunas de las discusiones de los magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, audiencias relevantes que se realizasen en los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, además de difundir programas que coadyuvasen a transparentar el quehacer de los principales tribunales del país e impulsar la cultura judicial.

El ministro Azuela, en su discurso de inauguración del Canal Judicial,⁷ arguyó que con éste la Corte res-

⁶ Véase Acta de la sesión extraordinaria del Comité de Comunicación Social y Difusión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para presentar cronograma de acciones para la creación y lanzamiento del canal de televisión del Poder Judicial de la Federación e informar del avance de obra del Canal Judicial, ubicado en el edificio sede de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 1o. de septiembre de 2005, consultar: <http://bit.ly/2H8arvt>. También véase Acuerdo número 16/2005 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a la estructura y a las plazas del personal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 29 de agosto de 2005. Para una cronología más detallada del proceso de creación del Canal Judicial, sugiero revisar el informe de labores del presidente de la Suprema Corte de Justicia, ministro Mariano Azuela Güitrón, 2006, disponible en <http://bit.ly/2FfFIA0>.

⁷ Discurso ofrecido en la ceremonia de presentación del Canal Judicial, 1o. de junio de 2006.

pondría al justificado reclamo de académicos, periodistas y, en general, de la sociedad civil de transparentar de manera directa y sin intermediarios la función judicial. Con lo cual se buscaba acercar los jueces a la población, ganarse su confianza y combatir la percepción de que la Corte era una institución alejada del común de las personas. Azuela remató afirmando que la máxima de que “los jueces sólo hablan a través de sus sentencias” se había vuelto enteramente anacrónica frente a las nuevas tecnologías de comunicación e información. No obstante, como nota al calce, vale mencionar que el modelo de sentencia de la Suprema Corte, salvo por el esfuerzo de un puñado de ministros, sigue siendo una asignatura institucional pendiente. Hoy continúa siendo un texto por definición absurdamente extenso, carente de una estructura lógica sólida, atiborrado de una retahíla de información inútil, construido a partir de un lenguaje barroco, e inclusive, con serias fallas de ortografía y sintaxis. Es decir, se trata de un documento incapaz de proyectar una voz bien articulada de la Suprema Corte como tribunal constitucional, persuasiva ante la sociedad y el resto de los poderes del Estado, ni explicativa de manera puntual del sentido de la decisión y los argumentos que apuntalan ésta.

Pero con independencia al desatino del planteamiento del otrora ministro Azuela, algo que llama la

atención es que, salvo por estos disparates discursivos, la Suprema Corte no ofreció, al menos de manera pública, ninguna reflexión sólida sobre la pertinencia de este Canal Judicial ni de sus eventuales efectos en la calidad deliberativa de los ministros. A su vez, si uno revisa las notas periodísticas que en su momento registraron la inauguración de este proyecto mediático, tampoco es posible encontrar una pizca de reflexión y de escepticismo,⁸ una lectura profunda y seria ante la llegada del Canal Judicial.⁹

¿Acaso, por ejemplo, el nivel de transparencia debe ser igual en cualquiera de las etapas del proceso de decisión de un poder judicial? ¿En verdad el ojo mediático es el mejor instrumento para alcanzar la transparencia en la Suprema Corte? ¿Acaso no hay ningún

⁸ Aquí algunos ejemplos: Avilés, Carlos, “Canal de tv evitará opacidad en el Poder Judicial, opina Azuela”, *El Universal*, 30 de mayo de 2006; Aranda, Jesús, “Avanza el proyecto para crear un «canal judicial»”, *La Jornada*, 29 de marzo de 2006; Notimex, “Inicia transmisiones Canal Judicial”, *El Universal*, 29 de mayo de 2006; Ramírez de Aguilar, Fernando, “Inicia transmisiones canal judicial” *El Financiero*, 30 de mayo de 2006.

⁹ El único trabajo que se encontró, y que es relativamente reciente, es el siguiente: López Benítez, Lilia Mónica, *La transmisión de juicios por televisión en el Poder Judicial de la Federación, como ejercicio de la transparencia proactiva y cómo práctica ciudadana del poder*, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2015, Cuaderno de Trabajo, Serie Marrón. Información general, 1/2015 disponible en: <http://bit.ly/2hoQx4N>.

efecto en el comportamiento de los ministros al someterse a la lógica del escaparate mediático? En su caso, ¿se trata de efectos deseables para elevar el nivel de discusión de nuestros jueces constitucionales? Ninguna de éstas y otras interrogantes fue siquiera planteada por los ministros de la Corte ni por académicos y medios de comunicación. La creación del Canal Judicial fue resultado de pescar el anzuelo de un discurso poco refinado a favor de la transparencia, cuyo objetivo era (y es) enteramente pertinente, pero que olvidó pensar en matices y asegunes para efectos de lograr un aterrizaje institucional exitoso. Así pues, lo más relevante para los objetivos de este estudio, es que con el Canal Judicial se modificó de manera decisiva la dinámica de la Suprema Corte mexicana, al grado de convertirse en uno de los tribunales más atípicos dentro de la familia de los tribunales constitucionales. Y lo más grave: generar dificultades para cumplir con dos exigencias medulares a las que están sometidas los jueces constitucionales en su proceso de decisión jurisdiccional en una democracia: transparencia y calidad deliberativa.

¿Cuáles son las características de este proceso de decisión? ¿Qué efectos tiene en el debate entre los ministros? ¿Es irrelevante que las discusiones sean públicas y mediáticas? ¿Se trata de un proceso que incentiva a los ministros a colaborar con sus colegas para

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²² Manin, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, trad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

vista”.²⁶ En efecto, al respecto Susan Sontag abona lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. LA SUPREMA CORTE MEXICANA Y SU PROCESO DE DECISIÓN

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

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 deshonorosas. 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 escarparte 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.

ces son secretas y, finalmente, las sentencias son también públicas.

En México, por el contrario, como hemos explicado, el proceso sigue un rumbo distinto. Las audiencias de las partes, en un proceso jurisdiccional ante la Suprema Corte, son secretas. En principio, a puerta cerrada, en el despacho de cada uno de los ministros. La deliberación es pública e inclusive mediática y gira en torno al proyecto de sentencia que presenta el ministro ponente. El cual, si bien históricamente no ha sido público, en los últimos años la Corte en asuntos relevantes ha tomado la decisión de divulgar estos documentos antes del inicio de la discusión. Por último, tenemos que las sentencias son públicas. Es necesario tener presente que el tiempo entre la discusión, votación y decisión judicial frente la emisión de la sentencia como documento —que en la jerga judicial se le conoce como “engrose”— puede extenderse inclusive por varios meses.

¿Qué implicaciones tienen estas características del proceso de decisión de la Suprema Corte en términos de calidad deliberativa, cobertura mediática y en la manera como la sociedad entiende las sentencias? Un primer efecto, consiste en que la Corte al impulsar en aquellos asuntos que despiertan el interés de los medios de comunicación, la publicación de los proyectos de sentencia del ministro ponente días o semanas an-

tes del inicio de la discusión entre los ministros, propicia un juicio paralelo; esto genera una expectativa frente a la opinión pública de cómo va a resolver el asunto que puede implicar costos en términos de legitimidad. Pero el efecto más relevante es que los medios inevitablemente se dedicarán a seguir sólo los debates de los ministros y a recoger la decisión que de ahí resulte. Mientras tanto, la sentencia correspondiente, que vendrá en las siguientes semanas o meses, sin duda, perderá relevancia mediática una vez que sea publicada. Esto significa que los argumentos definitivos que justifican el sentido de una decisión y que eventualmente tendrán impacto en ulteriores casos difícilmente se podrán socializar con éxito.

Esto fue justo lo que sucedió, por ejemplo, cuando la Corte mexicana resolvió el caso matrimonio y adopción entre personas del mismo sexo. Los medios cubrieron de manera puntual las discusiones públicas entre los ministros respecto a este asunto. Mas ninguno de los medios de presencia nacional reportó siquiera, en su momento, la publicación de la sentencia (engrose) correspondiente. A pesar de que este documento es de suma importancia, pues ahí se encuentran los argumentos a partir de los cuales se ratificó la constitucionalidad del matrimonio y adopción entre personas del mismo sexo en Ciudad de México. Los cuales, a su vez, han servido para resolver una amplia

batería de juicios de amparos, así como para definir el rumbo de ciertas tesis de jurisprudencia.

Lo cierto es que esta omisión de los medios, es corresponsabilidad de la Corte mexicana.⁶⁹ En efecto, en este caso, como en muchos más, la estrategia de comunicación de la Suprema Corte consiste en no emitir siquiera un comunicado de prensa que informe de la publicación de una sentencia, reseñe sus principales argumentos y subraye su relevancia e incidencia social. Inclusive cuando se trata de sentencias sólidas, bien argumentadas y, por tanto, que podrían abonar de manera positiva a su imagen. Así, por una parte, tenemos un proceso de decisión que junto con la falta de interés de los medios, dificulta que las sentencias tengan mejor recepción en la opinión pública y, por la otra, unos ministros con poca creatividad para diseñar una estrategia de comunicación que revierta en la medida de lo posible este escenario.

En los Estados Unidos, por el contrario, por poner tan sólo un ejemplo, los medios siguen las audiencias de las partes frente los nueve *justices* que integran esa Corte Suprema. Si bien son públicas estas audiencias, lo cierto es que no está permitido que los asistentes

⁶⁹ Respecto las asignaturas pendientes del periodismo judicial en México véase Carreño Carlón, José y López Noriega, Saúl (eds.), *Manual de periodismo judicial. Tribunales y opinión pública*, México, Tirant lo Blanch, 2015.

puedan ingresar con dispositivos para grabar audio y/o video. Esta publicidad, en esta etapa del proceso de decisión, sirve para que los periodistas cubran las coordenadas del debate de cada uno de los asuntos que conoce el máximo tribunal de aquel país. Luego, los *justices* deliberan en secreto. Y, por último, la Corte Suprema publica sus sentencias, dando a conocer al mismo tiempo el sentido de la decisión junto con sus argumentos. Es decir, se da a conocer a la opinión pública, en un mismo momento, la sentencia como decisión judicial y también como documento. De esta manera, los medios se ven obligados a cubrir ambos aspectos precisamente, lo que resulta en una mejor cobertura de la función jurisdiccional.⁷⁰

Así, el proceso de decisión de la Suprema Corte mexicana, para efectos de lograr una mejor cobertura de los medios, adolece de una falla estructural. Al hacer públicas y mediáticas las discusiones entre los ministros y desfasar el momento entre que se adopta la decisión y se publica el documento con los argumentos definitivos (*engrose*), propicia que la opinión pública no ponga atención a la fuente informativa más relevante de una corte constitucional: sus sentencias. Y, en este sentido, abre la puerta a que sean los minis-

⁷⁰ Al respecto, véase el testimonio de los periodistas judiciales Lyle Denniston y Joan Biskupic sobre su cobertura de la Corte Suprema estadounidense, disponible en: <http://cs.pn/2D4Ianf>.

tros, como individuos, quienes sean el foco de atención. Como señala Richard Davis, uno de los académicos que mejor ha estudiado la relación entre jueces, medios y periodistas, al analizar la reticencia de los *justices* estadounidenses a televisar sus audiencias orales: “Para los *justices*, permitir una cobertura televisiva no sólo es un tema de si es pertinente una cámara de televisión en un lugar tan discreto como la sala de un tribunal. Más bien, el tema es que esa cobertura representa el colapso de su estrategia de dirigir la atención del público a sus productos —sus sentencias— más que hacia sí mismos como individuos”.⁷¹

Las deliberaciones privadas, en este sentido, junto con otras condiciones, coadyuvan a dos aspectos clave: por un lado, a que el público esté mejor informado sobre las políticas públicas finales impulsadas por sus representantes y, por el otro, se reduce la polarización de opiniones y creencias en una sociedad. Esto se debe a que cuando las discusiones son secretas, el escrutinio no tiene otra opción que dirigirse hacia el resultado final de tales deliberaciones, sin distraerse en el cúmulo de argumentos que llevaron a adoptar esa decisión. Además de que en ocasiones, por ser justo razones preliminares, éstas no están del todo pulidas y moderadas para utilizarse como un pegamento adecuado para unir a la mayoría que respalda la decisión final.

⁷¹ Davis, Richard, *op. cit.*, pp. 29 y 30.

En contraste, el proceso de decisión de la Corte mexicana propicia una dinámica en la que los medios, en vez de socializar los diversos matices de una decisión judicial y de su correspondiente cadena argumentativa, se limitan a cubrir a los ministros como personajes, la aritmética de la votación y algunos aspectos de coyuntura. Con las consecuencias que esto tiene en términos de la información que recibe la sociedad del desempeño la Suprema Corte y de la legitimidad que se podría desprender de éste.

Las dificultades en este sentido, que resultan de la cadena de decisión de la Corte van más allá de si empatan o no con la lógica mediática. En concreto, como apuntamos, se trata de un diseño que dificulta alcanzar los dos objetivos clave de un procedimiento de decisión jurisdiccional: transparencia y calidad deliberativa. Así, en aras de elevar la calidad deliberativa de un órgano colegiado, es indispensable que esta tarea se realice de manera secreta. Es decir, un procedimiento de decisión judicial debe tener ciertas etapas públicas —las audiencias de las partes y las sentencias—, pero otras deben ser secretas —como el momento de la deliberación—. Esto permite, por un lado, asegurar un mínimo de imparcialidad y transparencia y, por el otro, condiciones adecuadas para que los jueces constitucionales obtengan mejores resultados en sus discusiones, pues al realizar tales ejercicios en secreto se

desprenden de las cadenas inherentes al compromiso público y mediático. Además de que gozarían de la libertad de no mantener sus posiciones por más tiempo del que estuviesen convencidos de su corrección, veracidad o conveniencia: quedando abiertos a la fuerza del argumento. El caso mexicano, por el contrario, resulta en uno de los peores escenarios institucionales:⁷² los costos que genera la publicidad mediática de las deliberaciones no se traducen en ganancias en términos de transparencia del quehacer jurisdiccional de los ministros. Se trata de una cadena de etapas que dificulta elevar el nivel de discusión, incentiva que los ministros hilvanen estrategias individuales más que institucionales, propicia juicios paralelos y mantiene opacas fases clave para el escrutinio público o, en su caso, si alguna de estas es pública, su diseño dificulta que la opinión pública le dé seguimiento puntual.

Una respuesta no menor ante esta crítica a la deliberación pública y mediática de los ministros de la Corte mexicana, tiene que ver con que un factor clave para diseñar el proceso de decisión de una institución como una corte constitucional es el contexto sociopolítico en el que éste realiza su trabajo. En Brasil, por

⁷² Sugiero esta interesante crítica a otros aspectos del funcionamiento interno de la Suprema Corte que dificultan que resulten sentencias con una voz doctrinal cohesionada, predecible y coherente: Pou, Francisca, “Constitutional Change...”, *cit.*

ejemplo, a pesar de que no pocos reconocen los costos en la calidad de debate judicial por su carácter público y mediático en el Supremo Tribunal Federal, éstos se han justificado por la enorme desconfianza que genera en la sociedad brasileña a partir de fundadas razones históricas, cualquier decisión de interés público que se geste en secrecía. Al respecto, Virgílio Afonso da Silva apunta lo siguiente:

La transmisión en vivo de la sesión plenaria es aceptada casi unánimemente y evaluada positivamente por el mundo jurídico brasileño. En Brasil, las decisiones tomadas a puertas cerradas generalmente son vistas con extrema desconfianza. Por ello, no es sorprendente que la transmisión en vivo de las sesiones plenarias se considere una ventaja del Tribunal Supremo brasileño frente a otros tribunales [Traducción del autor].⁷³

En este sentido, como apuntamos al inicio del texto, el académico de la Universidad de Nueva York, David Stasavage, considera que la transparencia es preferible cuando existe una preocupación generalizada de que los funcionarios estatales actúen siguiendo intereses particulares o sectarios. De tal manera que, si el público tiene una confianza sólida en sus represen-

⁷³ Afonso da Silva, Virgílio, *op. cit.*, p. 581.

tantes para efectos de evitar la razón plebiscitaria, la discusión entre éstos debe ser secreta. Por el contrario, si por razones históricas la confianza de la sociedad en sus representantes es débil en cierto momento, entonces es preferible hacer públicas sus deliberaciones aun con el riesgo de que el nivel de debate disminuya y los participantes voten en función de su reputación. Acaso, ¿este es también el contexto mexicano? ¿Existe una profunda desconfianza en la toma de decisiones secretas por parte de nuestros gobernantes? ¿Vivimos aún la resaca del régimen autoritario de partido hegemónico? En breve, ¿vale la pena asumir el costo que arroja el actual proceso de decisión judicial de la Suprema Corte en aras de generar confianza de la ciudadanía ante sus jueces?

A mi parecer, al menos tratándose de los ministros de la Suprema Corte mexicana, no es el caso. Estamos listos ya para tener un proceso de decisión maduro y fruto de la reflexión para obtener una mejor deliberación judicial. Lo cierto, sin embargo, es que estas son las preguntas que deben guiar la discusión sobre varios de los ajustes que deberían realizarse en la justicia constitucional del país. Pues si bien en los últimos años, de manera positiva se ha incrementado la discusión respecto cuál deben ser el perfil de los abogados idóneos para asumir el cargo de ministro de la Suprema Corte y también en cuanto a cómo deben resolver los

ministros el amplio abanico de temas que conocen en cada periodo de sesiones. Un aspecto que no hay que olvidar es que el resorte para impulsar un mejor trabajo judicial en la Suprema Corte no sólo está en la adopción de ciertos métodos interpretativos o principios constitucionales, también en el proceso de decisión se está jugando el futuro de nuestra justicia constitucional. Es decir, con independencia del tipo de abogados que lleguen a la Suprema Corte, y sus habilidades como constitucionalistas, mientras no se mejore el proceso de decisión de nuestro tribunal constitucional difícilmente conseguiremos buenos resultados. O, en otras palabras, mejores sentencias.

BIBLIOGRAFÍA

- AFONSO DA SILVA, Virgílio, “Deciding without Deliberating”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 3, julio de 2013.
- ARANDA, Jesús, “Avanza el proyecto para crear un «canal judicial»”, *La Jornada*, 29 de marzo de 2006.
- ARANDA, Jesús, “Presidencia busca que SCJN deseche controversia”, *La Jornada*, 4 de noviembre de 2010.
- AVILÉS, Carlos, “Canal de tv evitará opacidad en el Poder Judicial, opina Azuela”, *El Universal*, 30 de mayo de 2006.
- BARRERO ORTEGA, Abraham, “Juicios paralelos y Constitución: su relación con el periodismo”, *Revista Latina de Comunicación Social*, vol. 5, núm. 47, febrero de 2002.
- BAUM, Lawrence, *Judges and their Audiences: a Perspective on Judicial Behavior*, Princeton, Princeton University Press, 2006.
- BOBBIO, Norberto, *¿Qué socialismo?*, Barcelona, Plaza y Janés, 1978.

- BYBEE, Keith (ed.), *Bench Press: the Collision of Courts, Politics and the Media*, California, Stanford University Press, 2007.
- CARREÑO CARLÓN, José y LÓPEZ NORIEGA, Saúl (eds.), *Manual de periodismo judicial. Tribunales y opinión pública*, México, Tirant Lo Blanch, 2015.
- CHAMBERS, Simone, “Deliberative Democratic Theory”, *Annual Review of Political Science*, vol. 6, junio de 2003.
- CHAMBERS, Simone, “Behind Closed Doors: Publicity, Secrecy and the Quality of Deliberation”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 12, núm. 4, diciembre de 2004.
- CHAMBERS, Simone, “Rhetoric and the Public Sphere: has Deliberative Democracy Abandoned Mass Democracy?”, *Political Theory*, vol. 37, núm. 3, junio de 2009.
- COSSÍO, José Ramón, *Dogmática Constitucional y Régimen Autoritario*, México, Fontamara, 1998.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón y FIX-ZAMUDIO, Héctor, *El Poder Judicial en el ordenamiento jurídico mexicano*, México, FCE, 2004.
- CONSTANT, Benjamín, *Escritos políticos*, trad. de María Luisa Sánchez Mejía (primera edición en francés 1815), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989.

BIBLIOGRAFÍA

95

- DAHL, Robert, *La democracia y sus críticos*, trad. de Leandro Wolfson (primera edición en inglés 1989), Barcelona, Paidós, 1992.
- DAVIS, Richard, *Decisions and Images: The Supreme Court and the Press*, Michigan, Prentice Hall College, 1993.
- DAVIS, Richard, *Justices and Journalists. The U. S. Supreme Court and the Media*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011.
- DAVIS, Richard y TARAS, David (eds.), *Justices and Journalists. The Global Perspective*, Nueva York, Cambridge University Press, 2017.
- EDWARDS, Harry T., “The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, núm. 5, mayo de 2003.
- 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.
- 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.

- 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.
- ELSTER, Jon, “Strategic Uses of Argument”, en Kenneth Arrow *et al.* (eds.), *Barriers to Conflict Resolution*, USA, Norton & Company, 1995.
- ELSTER, Jon, “La deliberación y los procesos de creación constitucional”, trad. de José María Labrón, en ELSTER, Jon (ed.), *La democracia deliberativa* (primera edición en inglés 1998), Barcelona, Gedisa, 2001.
- 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.
- HAGGERTY, James F., *In the Court of Public Opinion: Winning your Case with Public Relations*, USA, Wiley Press, 2003.
- ISLAS, Jorge (coord.), *La transparencia en la impartición de justicia: retos y oportunidades*, México, UNAM, 2004.
- LÓPEZ BENÍTEZ, Lilia Mónica, *La transmisión de juicios por televisión en el Poder Judicial de la Federación, como ejercicio de la transparencia proactiva y cómo práctica ciudadana del poder*, México, Instituto de la Judicatura Federal, Cuaderno de Trabajo, Serie Marrón. Información general, 1/2015, 2015.

BIBLIOGRAFÍA

97

- LÓPEZ NORIEGA, Saúl, *Democracia y control constitucional: la sospecha del desastre*, México, ITAM, tesis de Licenciatura en Derecho, 2003.
- LÓPEZ NORIEGA, Saúl, “La democracia mexicana y su árbitro constitucional”, en ESQUIVEL, Gerardo *et al.* (ed.), *Cien ensayos para el centenario*, México, UNAM-Senado de la República-Instituto Belisario Domínguez, 2017, t. 2.
- 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.
- MANIN, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, trad. de Fernando Vallespín (primera edición en inglés 1997), Madrid, Alianza Editorial, 1998.
- MENDES, Conrado H., *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, London, Oxford University Press, 2014.
- NOTIMEX, “Inicia transmisiones Canal Judicial”, *El Universal*, 29 de mayo de 2006.
- 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.

- PAZ, Octavio, “Instante y revelación: Manuel Álvarez Bravo”, *Los privilegios de la vista II. Arte de México. Obras completas*, México, FCE, 1994, t. 7.
- POU, Francisca, “Constitutional Change and the Supreme Court Institutional Architecture: Decisional Indeterminacy as an Obstacle to Legitimacy”, en CASTAGNOLA, Andrea y LÓPEZ NORIEGA, Saúl (eds.), *Judicial Politics in Mexico. The Supreme Court and the Transition to Democracy*, Nueva York, Routledge, 2017.
- 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.
- RAMÍREZ DE AGUILAR, Fernando, “Inicia transmisiones canal judicial”, *El Financiero*, 30 de mayo de 2006.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González (primera edición en inglés 1971), México, FCE, 1979.
- RAWLS, John, “The Idea of Public Reason Revisited”, *The University of Chicago Law Review* (verano de 1997), vol. 64, núm. 3.
- 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.

BIBLIOGRAFÍA

99

- 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.
- SCHWARTZMAN, Micah, “Judicial Sincerity”, *Virginia Law Review*, vol. 94, núm. 4, 2008.
- SILVA-HERZOG MÁRQUEZ, Jesús, *El antiguo régimen y la transición en México*, México, Planeta-Joaquín Mortiz, 1999.
- SILVA-HERZOG MÁRQUEZ, Jesús, “El fin de la siesta constitucional”, en CASAR, María Amparo y MARVÁN, Ignacio (coords.), *Gobernar sin mayoría. México 1867-1997*, México, CIDE-Taurus, 2002.
- NEGRETTO, Gabriel, “El concepto de decisionismo en Carl Schmitt. El poder negativo de la excepción”, Buenos Aires, *Revista Sociedad*, núm. 4, mayo de 1996.
- SCHWABE, Jürgen (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*, trad. de Marcela Anzola y Emilio Maus, México, Konrad Adenauer, 2009.
- SHAPIRO, Ian, “Optimal Deliberation?”, *The Journal of Political Philosophy*, vol. 10, núm. 2, 2002.
- SONTAG, Susan, *Ante el dolor de los demás*, trad. de Aurelio Major (primera edición en inglés 2003), Madrid, Alfaguara, 2003.

- SONTAG, Susan, *Sobre la fotografía*, trad. de Carlos Gardini (primera edición en inglés 1977), Barcelona, Edhasa, 1981.
- STASAVAGE, David, “Public Versus Private Deliberation in a Representative Democracy”, texto presentado en la reunión anual de 2004 de la American Political Science Association.
- STASAVAGE, David, “Polarization and Publicity: Rethinking the Benefits of Deliberative Democracy”, *Journal of Politics*, vol. 69, núm. 1, 2007.
- STATON, Jeffrey K., *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010.
- SUNSTEIN, Cass R., “Government Control of Information”, *California Law Review*, vol. 74, 1986.
- SUNSTEIN, Cass R., *Why Societies Need Dissent*, Cambridge, Harvard University Press, 2003.

La Suprema Corte y su proceso de decisión: ni transparencia ni calidad deliberativa, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 22 de abril de 2019 en los talleres de Desarrollo Gráfico Editorial, S. A. de C. V., Municipio Libre 175-A, colonia Portales, Benito Juárez, 03300 Ciudad de México, tel. 5601 0796. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural de 70 x 95 cm de 75 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros; consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).

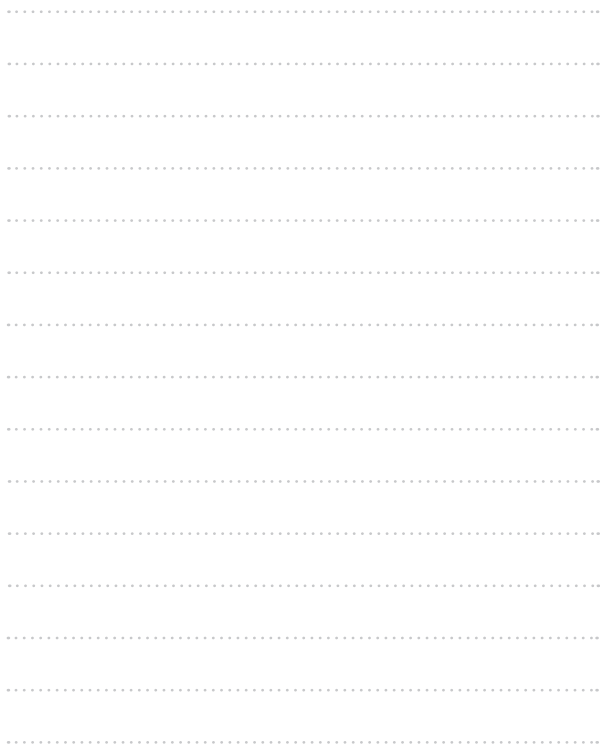
Fecha: / /

No olvidar...



A large rectangular area for writing, bounded by a solid top line and a solid left line. The interior is filled with horizontal dotted lines, providing a guide for letter height. The bottom boundary is also a dotted line.





Con el arribo de la democracia al país, la Suprema Corte de Justicia enfrentó una exigencia por parte de la sociedad civil: ceñirse a una regla de transparencia acorde a los nuevos tiempos. Desde entonces, la Corte ha impulsado una serie de políticas públicas encaminadas a abrir al escrutinio público su desempeño. Una respuesta medular ante tal reclamo fue crear un canal de televisión cuyo principal objetivo fuera transmitir en vivo las discusiones entre los ministros. A ello, a partir de 2005, se sumó otro singular detalle a su proceso de decisión: los debates ahora también serían mediáticos.

Pero ¿acaso el ojo mediático en verdad es el mejor instrumento para alcanzar la transparencia en la Suprema Corte? A esta y otras preguntas, desde una mirada interdisciplinaria, contesta el agudo ensayo que tiene el lector en sus manos, que reflexiona sobre uno de los aspectos más relevantes de la Suprema Corte, pero que con frecuencia se olvida: su proceso de decisión.

