

Mayorías en disidencia¹

Majorities in Dissent

Maximiliano A. Aramburo C.

Autor:

Maximiliano A. Aramburo C.
Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín,
Colombia
maximilianoaramburo@gmail.com

Recibido: 10/06/2022

Aceptado: 10/09/2022

Citar como:

Aramburo C., Maximiliano A. (2023). Mayorías en disidencia. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 85-94. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.04>

Licencia:

Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).



© 2023 Maximiliano A. Aramburo C.

Resumen

El ideal de racionalidad de las decisiones judiciales se compromete cuando la motivación debe someterse a mayorías frágiles. Cuando hay incentivos para disentir del fallo o de su motivación, se crea la posibilidad de que la mayoría de un tribunal se aparte del texto definitivo de la sentencia. En esos casos, identificar la parte vinculante de un precedente es una tarea difícil, si no imposible. El trabajo sugiere la necesidad de adoptar un modelo de motivación de las decisiones colegiadas que respete la posibilidad democrática y el ideal de transparencia del disenso, que no comprometa la racionalidad esperable de la decisión que tiene vocación de convertirse en precedente.

Palabras clave: Decisión judicial, voto particular, mayorías, tribunales, jueces colegiados

Abstract

The ideal of rationality of judicial decisions is compromised when the motivation must be submitted to fragile majorities. When there are incentives to dissent from the ruling or its motivation, it creates the possibility that the majority of a court will depart from the final text of the judgment. In such cases, identifying the binding part of a precedent is a difficult, if not impossible, task. The paper suggests the need to adopt a model of motivation of collegiate decisions that respects the democratic possibility and the ideal of transparency of dissent, which does not compromise the expected rationality of the decision that has the vocation of becoming a precedent.

1. Aunque este texto se preparó con ocasión del homenaje a Manuel Atienza, no es sobre su obra, sino a propósito de ella porque gira en torno a varias cuestiones que él ha discutido: la ética judicial, la argumentación y la deliberación, la posibilidad de una decisión judicial razonada y razonable, por ejemplo. Para él, maestro incansable y generoso, admiración y gratitud sin ambages.

Keywords: judicial decision, dissenting opinion, majorities, courts, collegiate judges.

1. ¿A QUIÉN PERTENECE EL PRECEDENTE?

Una pregunta clásica de lo que podríamos llamar la doctrina del precedente judicial versa sobre lo que podríamos llamar su «autoría»: tomando prestados los términos del derecho penal, es la cuestión de a quién corresponde la autoría del precedente. Dos posibles respuestas saltan a la vista en la literatura sobre la materia:

- a) el precedente lo crea quien dicta o emite la sentencia que contiene la regla que ha de aplicarse en casos futuros;
- b) el precedente lo «crea» (es decir, lo constituye en precedente) el juez que decide aplicar una regla contenida en una decisión judicial anterior, a un caso actual.

Según la primera de las posiciones, quien dicta una decisión casi siempre tiene claridad sobre cuáles son los argumentos que integran la *ratio decidendi* del fallo que emite y, por lo tanto, la dimensión performativa de su decisión no consistiría únicamente en dictar una resolución judicial individual y concreta debidamente fundamentada, ya que a esta se le suma otra: la de servir como precedente para casos por venir, con independencia de cuál sea la concepción que sobre el precedente desarrolle un determinado sistema jurídico. Según la posición alternativa, la segunda de las dimensiones no existe, o sólo «es» en potencia, hasta que un juez decide adoptarla e incorporarla en acto a una nueva decisión, tomándola como regla de juicio.

Michele Taruffo sostenía que el juez que «recibe» el precedente tiene incluso la posibilidad de identificar la *ratio decidendi* aun en contra de la que haya identificado el propio autor de la decisión, con la finalidad de seguirlo o de apartarse de él (Taruffo, 1996; 2009). A eso lo llamó Jordi Ferrer el «gen iusrealista» del profesor de Pavía (Ferrer, 2016). Tratándose de decisiones judiciales unipersonales, que son el paradigma sobre el cual se ha edificado la teoría de la argumentación jurídica, esa concepción será más o menos plausible, pero en todo caso dependerá de que sea posible o no encontrar algo que cuente como la *ratio decidendi* del fallo en cuestión. Por el contrario, en las decisiones colegiadas la cuestión parece un poco más compleja porque, aunque estas sentencias estén llamadas a cumplir semejantes funciones, se construyen de manera diferente pues suponen, al menos en teoría, la posibilidad de desacuerdos y, como consecuencia de ello, la necesidad de alcanzar acuerdos.

Aquí tomaré como punto de referencia la monografía de Taruffo sobre la motivación de la sentencia civil (Taruffo, 2011) y una idea esclarecedora: la de la motivación de una decisión como fuente de indicios, que permite identificar lo que el profesor de Pavía denominó «significados impropios», es decir, cuestiones alrededor de eventos no comprendidos en la motivación misma porque no fueron explícitamente señalados

por el juez (o, en el caso de lo que nos ocupa, por el tribunal colegiado). Alrededor de esta idea, cabe preguntarse si «lo que el juez no dice» no tiene una mayor entidad en las sentencias de jueces plurales o colegiados, en las que las dinámicas propias de las decisiones de grupo se ven en la obligación de negociar y ceder para llegar a lo que Aguiló denomina un acuerdo-decisión (Aguiló, 2015) y, por ello, tanto lo que quieren decir como lo que no, al final en una medida más o menos importante, no resulta finalmente comprendido de manera explícita o expresa en la motivación a la que se llega por acuerdo y suscita los llamados votos particulares, tanto concurrentes (aceptación de la decisión, disidencia en los motivos) como disidentes (apartamiento de la decisión).

2. CUANDO LAS MAYORÍAS PIERDEN

Parto de un ejemplo de un tribunal de casación pues casos como éste pueden presentarse en todos los ordenamientos, y no solo en materia constitucional. Se trata de la sentencia SC10297 del 5 de agosto de 2014, de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, que es un tribunal de casación. Tras haber casado una sentencia de segunda instancia, debía ese tribunal proferir la decisión de reemplazo: se trataba de un caso en el que el demandante reclamaba la indemnización por daños al buen nombre, tras haber sido equivocadamente perseguido judicialmente por un banco al que realmente no le debía dinero. La Sala (compuesta por siete magistrados) concedió una indemnización por daño al buen nombre, como una especie de perjuicio extrapatrimonial diferente del daño moral: lo denominó «bien de especial protección constitucional». Pero profirió voto concurrente (llamado en Colombia «aclaración de voto») uno de los seis magistrados, en un pronunciamiento casi tan extenso como el fallo en el que explicaba por qué el marco teórico del caso debía ser completamente diferente del empleado por la mayoría. Tres magistrados más (del total de siete) profirieron voto disidente (es decir, no compartían el fallo y, por lo tanto, tampoco su motivación). Esto quería decir que solo tres de los siete magistrados estuvieron íntegramente de acuerdo con el discurso justificativo, y cuatro de ellos en desacuerdo. Si ha de tomarse en serio la idea de que el núcleo del precedente está en la motivación –y, en los casos de tribunales colegiados, en los acuerdos– parece claro que en casos como éste, no triunfó la mayoría.

Otro ejemplo de la misma época: la Corte Constitucional colombiana, en sentencia C-071 de 2015, en su sala plena compuesta por nueve magistrados, profirió una sentencia en la que se examinó la constitucionalidad de una norma que permitía la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo. Hubo un voto disidente total (en desacuerdo total con el fallo); tres concurrentes parciales (en desacuerdo con parte de la motivación); dos magistrados más se apartaron de algunas de las decisiones adoptadas y de parte de la motivación (concurrente y disidente al mismo tiempo); y otros dos formularon aclaraciones parciales a su voto (votos concurrentes parciales). El comunicado de prensa de la época, además, anunció que llegaría una aclaración de

voto más de un magistrado que, al parecer, apenas se lo estaba pensando, y que existía la posibilidad de que otros dos magistrados presentasen un par de votos concurrentes más². ¿Cómo sostener, pues, que la motivación no compartida por la mayoría del tribunal en cuestión, es el núcleo del precedente a aplicar? Se trata de eventos ciertamente atípicos, de los que la teoría debería poder dar cuenta suficientemente son casos en los que los votos particulares son mayoría y en los que es al menos teóricamente posible que la totalidad de los integrantes del cuerpo colegiado tengan un voto que discrepe o de la resolución o de su motivación.

Una primera pregunta alrededor de estos dos ejemplos, entonces, es si el argumento de la universalidad de la motivación es suficiente de manera necesaria para atribuirle al juez que dicta el fallo la «autoría» del precedente –el *dominio* del precedente, para decirlo en términos del derecho penal– cuando puede afirmarse que el Tribunal, en estricto sentido, no llegó a un acuerdo sobre los dos componentes de la sentencia, es decir, tanto sobre el fallo como sobre su motivación. Estos son los casos que llamaré fallos con una mayoría en disidencia³, y que incluyen tanto los votos en estricto sentido disidente (no compartir el *decisum*) como los concurrentes (no compartir la motivación).

Si uno concluye que no hay un acuerdo sobre las razones señaladas por el Tribunal para haber adoptado la decisión correspondiente, es difícil sostener el argumento de la universalidad, salvo que se haga sobre una especie de ficción: se sabe que solo la

2. Hay más casos, y pongo solo dos como ejemplo:

a) En la sentencia C-816 de 2004 se ocupó la misma Corte Constitucional de la constitucionalidad de una reforma constitucional por vicios de forma. De los nueve magistrados, cuatro salvaron su voto, y ocho (todos menos uno de los que disintió), además lo aclararon.

b) En la preparación de este texto, un caso más (con antecedentes aun más complejos), llegó a nuestro conocimiento). El 15 de agosto de 2018, el Consejo de Estado, que es el máximo tribunal de lo contencioso administrativo de Colombia, echó mano de una figura consagrada en la ley, denominada «unificación de la jurisprudencia», para aclarar con efectos generales cuál era el régimen de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. El régimen de esa institución había sido vacilante en la jurisprudencia, ante el silencio del legislador, así que la Corte Constitucional, en un caso de amparo constitucional (sentencia SU-072 de 2018) había sentado un criterio que el Consejo de Estado debía seguir. La sentencia constitucional no carecía de polémica (de nueve magistrados, dos estaban ausentes, con permiso; uno se declaró impedido; dos aclararon su voto; uno más lo salvó: solo tres compartieron fallo y motivación), pero se impuso y el Consejo de Estado acató la orden y dictó la sentencia de unificación mencionada. Sin embargo, fue impugnada en amparo constitucional por considerar que adolecía de un defecto sustantivo. La Corte Constitucional, con una conformación parcialmente distinta de la de 2018, anunció en octubre 22 de 2021, en un comunicado de prensa, que había proferido la sentencia SU-363 de 2021, mediante la cual ordenaba al Consejo de Estado proferir una nueva decisión, con contenido diferente al de agosto 15 de 2018. En ese comunicado de prensa se anunció que del total de nueve magistrados de la Corte, cuatro profririeron voto disidente y dos magistrados más, un voto concurrente. Al momento de terminar este artículo, al menos un tercio de la Sección del Consejo de Estado que debe acatar la orden ya ha cambiado. También desde octubre 22 de 2021 han cambiado dos magistrados permanentes de la Corte Constitucional, pero ni la sentencia SU-363 de 2021, ni los votos particulares, han sido publicados.

3. Tomo la expresión prestada de Juan Sebastián Ceballos, con quien he discutido algunas de las ideas que aquí expreso.

«minoría» está dispuesta a universalizar la motivación, pero actuamos como si fuese la mayoría. Esto, en cualquier caso, no es incompatible con que es el juez que aplica el precedente quien lo *crea*, según Taruffo, y lo hace al desenmarañar de todo esto: al *crear* el precedente, le *atribuye* al tribunal redactor una única motivación clara y comprensible, dotada de unidad, a pesar de que sabemos a ciencia cierta cómo operaron los desacuerdos.

3. MOTIVOS EXPRESADOS Y MOTIVOS OCULTOS

Aparquemos al menos al menos para estos efectos un momento las líneas sobre el precedente y consideremos primero el problema de la motivación misma de la sentencia. Una posible línea de justificación de la práctica de poder expresar los votos en minoría, consiste en verlos como expresión de una suerte de democracia deliberativa, de un cierto constructivismo: la decisión no es sólo la que se impone por mayoría, sino que estaría integrada *también* por los votos en disidencia, o al menos sólo puede entenderse completa si los incluye. En ese sentido, con algo de optimismo *naïf* se suele decir que los votos disidentes de hoy serán precedentes mañana, asignándole a la disidencia una especie de valor intrínseco que anuncia el cambio de los tiempos: los votos disidentes serían, así, zahoríes de las decisiones futuras que versen sobre el mismo punto.

La mirada que propongo no es exactamente optimista. Como señalaba Taruffo, quien asume el punto de vista de la motivación como discurso cuyo significado quiere identificar, busca establecer cuál es el significado de la motivación en su conjunto, un significado que no es definitivo, sino tendencial. El significado de la motivación (que parte de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación) asume en ese sentido una especie de constante, que es la estructura necesariamente compleja que tiene la decisión judicial. Ese dato, la complejidad, se exagera, se magnifica, cuando la sentencia proviene de un órgano colegiado. Es el propio Taruffo quien señala que no es posible adoptar un único significado propio de la decisión judicial. Esa tímida adscripción realista me permite conectar la obra de Taruffo con un argumento que desarrolló parcialmente Ezquiaga (Ezquiaga, 1990). Según él, con los votos disidentes se provoca una mayor atención social hacia la actividad de los tribunales, pero hay argumentos de tipo institucional y relacionados con la aplicación judicial del derecho, alrededor de la admisión y publicidad de las *dissenting opinions*. Entre tales argumentos, la posibilidad de adoptar decisiones no unánimes (es decir, la posibilidad de aclarar o salvar el voto, de concurrir con otra motivación o de disentir y, sobre todo, de publicar ese disenso) reduce los estímulos para obtener consensos y acuerdos entre los miembros de los tribunales colegiados o, en los términos ya citados de Aguiló, para alcanzar acuerdos-decisión «cuyo contenido es un intercambio» (Aguiló, 2015).

Es cierto que los votos particulares han permitido conocer en toda su dimensión a célebres magistrados que hicieron del disenso un estilo. Pero la sola posibilidad de

tantos votos particulares y concurrentes cuantos magistrados integren la sala, en los fallos con mayoría disidente, al menos dificulta conocer cuáles son los «verdaderos» fundamentos de la decisión o, al menos, los que el órgano en su mayoría quiso darle. Esto, por supuesto, es un punto que se anotan escépticos y los realistas. Taruffo, incluso, sostuvo que carecía de sentido preguntarse cuál es el *verdadero* significado del indicio en el que consiste la sentencia, pues en todo caso, la huella realista que parece seguir le lleva a considerar que es el significado que le atribuye el intérprete el que cuenta de manera definitiva (Taruffo, 2011).

Con todo, el problema de cuándo y cómo *debe* disentir quien lo hace, son cuestiones no susceptibles de ser completamente regladas. De nuevo con Taruffo, habría un modelo estructural de la sentencia que define en tres partes lo que hacen prácticamente todos los órganos jurisdiccionales: narración del desarrollo del proceso, motivación y dispositivo. Incluso, el modelo fundamental y más difundido sería aquél en el que la decisión es presentada como un producto necesario e inevitable de las premisas y de las inferencias que de ellas se extraen. Sin embargo, si la adecuada motivación no tiene caracteres formales definidos, quizás con mayor razón el voto disidente. La enorme complejidad de las operaciones (lógicas, cognoscitivas, valorativas) que integran la actividad de formular un juicio, hacen hoy inviable fijar un único procedimiento a través del cual el juez disidente pueda llegar a la decisión más adecuada, que se aparta de la adoptada por la mayoría. Una primera hipótesis está anclada a la concepción sobre la interpretación y a la discusión sobre la única respuesta correcta. Como afirma Jori, si existe una única respuesta correcta, o la mayoría o la minoría estará equivocada (o ambas) y entonces solo parece justificado que se publique la mayoría por razones de autoridad (Jori, 2019). Pero al mismo tiempo, si se trata de altos tribunales de justicia, nada parece explicar por qué habría de obligar a los disidentes (a veces en mayoría) a suscribir lo que consideran un error.

En efecto, si el procedimiento de motivación nunca parte de premisas cerradas (como parece creer Taruffo), una teoría general del juicio entendido como el resultado de la actividad juzgadora tendría como tarea analizar el contexto de la elección entre hipótesis alternativas, según criterios simplemente racionales: el contenido de las hipótesis, la naturaleza de los criterios y las modalidades concretas de las elecciones del juez estarían condicionados social, cultural y políticamente, de manera que la disidencia podría provenir de una cualquiera de esas fuentes, e incluso de varias de ellas. Y así debería explicitarlo el voto que se aparta. Pero así como se debate acerca de lo que es la decisión judicial, y los códigos no suelen tener una definición de la sentencia, tampoco suele haber reglas acerca de lo que cuenta como una disidencia que esté justificado expresar.

Ahora bien: si el carácter propiamente decisorio de una decisión judicial (Chiassoni, 1999) proviene de su aptitud para marcar la suerte de quienes tiene parte en el proceso judicial, tiene sentido preguntarse qué papel podría cumplir el voto disidente, que carece por definición de esa aptitud. Aquí conviene recordar que la sentencia y la

motivación no sólo cumplen funciones al interior del proceso y de cara a las partes, sino que aseguran la posibilidad del control del externo del poder judicial por parte de la sociedad (Taruffo, 1986). Esto plantea al juez disidente una exigencia acerca de la oportunidad y conveniencia de su apartamiento deliberado de la decisión, que tiene rasgos tanto éticos como epistémicos. Así, en términos de virtudes se habla de un balance entre «detalle y abstracción» en la motivación, que se obtiene a partir de la «concentración de la prosa» (Oteiza, 2016), que parece gravar más al juez disidente que al mayoritario. Por su parte, cuando se reivindica la distinción entre los motivos reales de la sentencia y los motivos expresados en ella (Taruffo, 2011), para sostener que éstos son indicio de aquéllos, parece abrirse una puerta a la necesidad epistemológica de identificar las elecciones éticas, políticas (prácticas, en general) que el juez no enuncia en la motivación, e identificar los rasgos psicológicos, sociales y culturales que han influido en la decisión. Y esta tarea es una, tratándose de jueces individuales, y otra tratándose de jueces colegiados.

4. ¿PARA QUÉ EXPRESAR LA DISIDENCIA?

Factores como el estilo de la redacción de las decisiones o, sobre todo, el *modelo* de deliberación judicial (Lasser, 2009) inciden en el papel que cumplen esas decisiones desde el punto de vista de la transparencia de la decisión que se ha adoptado. Lasser distingue al menos tres modelos diferentes de deliberación judicial: el americano (estadounidense), el francés y el que atribuye al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Atribuye al modelo francés una «bifurcación discursiva radical», según la cual la motivación «oficial» es formalista, al tiempo que habría otra motivación profesional en los debates, informada por la doctrina y los argumentos genuinamente deliberativos, que no aparece o no tiene que aparecer en la decisión final que se publica. Lasser parece suponer que hay una cuestión lingüística subyacente (la existencia de un ideolecto) en algunos de los modelos, pero además, que las discusiones que se dan dependen de una concepción de lo que es el derecho y cuáles son sus fuentes, de tal manera que la cultura jurídica francesa, al no considerar la jurisprudencia como fuente del derecho, no se permite dar lugar a las discusiones de los jueces *dentro* de las decisiones judiciales: el derecho se define como de origen legislativo, parece pensar Lasser –y un argumento similar sostiene Jori en relación con el derecho continental, especialmente el italiano (Jori, 2019), o Andrés, en el derecho español (Andrés, 2015)–. Sin embargo, como es un hecho que los jueces y los académicos franceses prestan extraordinaria atención a la jurisprudencia, hay una especie de tensión con la convicción de que los jueces no crean y no deben crear derecho. El «control normativo» que ejercen los jueces no implica crear derecho, así que trasladar esa preocupación sobre cómo se concibe la labor judicial respecto de la creación del derecho, permitiría identificar, en lo atinente al disenso, al

menos tres cuestiones, que quisiera plantear como marco de una posible investigación y que aquí solo voy a esbozar, porque parten de dos problemas que ha planteado Atienza⁴:

- 1) Sobre qué tipo de cuestiones –de hecho o de derecho; de identificación, relevancia, interpretación o aplicación–, es posible discrepar.
- 2) Si hay algo característico en el derecho constitucional (o en aspectos constitucionalmente relevantes del derecho ordinario) que haga sus cuestiones más susceptibles de disenso que el derecho infraconstitucional.
- 3) Si puede funcionar (como pareció sugerir Posner) una especie de análisis económico del voto disidente, para identificar cuáles son los incentivos para discrepar.

Sobre las primeras cuestiones, bastante ha discurrido Atienza, así que en este escrito sugeriré las líneas de una cuestión poco explorada por él. Según Posner (Posner, 2008) la mayor parte de los jueces tiene «aversión al disenso» porque erosiona las relaciones y sobredimensiona la relevancia de la opinión mayoritaria. Al diferenciar nueve teorías diferentes que explicarían cómo deciden los jueces, sostiene que según una de ellas, en la dinámica de pequeños grupos, el juez en minoría es el *whistle blower* que revelará las oscuridades de la argumentación de la mayoría. Según esto, el disenso sería más frecuente en salas de decisión con más jueces, de tal manera que cuanto más grande el tribunal, menos frecuente es que dos jueces deban conocer juntos de un mismo asunto, y menos cuidado se invierte en cuidar las relaciones con los colegas. Esto explicaría, por ejemplo, por qué hay más disenso en los tribunales constitucionales que deciden en salas de más magistrados, pues en ellos la aversión al disenso la dificultad y la importancia de la cooperación: juzgar es acción colectiva y no funciona bien si las relaciones se tiñen de animosidad, sostiene Posner. Pero el punto que interesa destacar no es tanto el psicológico o el explicativo, sino el del valor argumentativo que tiene el voto en disidencia: ¿es posible conocer la *ratio decidendi* de un caso, cuando los votos en disidencia evidencian el desacuerdo –o, en términos de Posner, incluso la animosidad– entre los magistrados? El hecho de que haya casos extremos como los ejemplificados antes, no implica en sí mismo un ataque a la práctica del voto en aparente minoría y es posible que ese sea el coste de tener decisiones judiciales más democráticas y pluralistas, pues así se logra integrar al *corpus* de las decisiones la mayor cantidad de disidencias posibles.

Pero los fallos con disidencias mayoritarias parecen presentar un problema. Que haya un problema, no significa que sea irresoluble, como si las decisiones judiciales no debieran o no pudieran tener disidencias, sino que la posibilidad de comprensión de los fundamentos del fallo se ofusca, y ello merece atención. Así que tal vez el primer paso es identificar qué tipo de problema es.

Si las disidencias no son centrales al argumento, parece no haber dificultad en comprender la motivación de un fallo, a pesar de los votos particulares. Pero la cuestión

4. Me refiero a las siguientes: el incremento de la complejidad de la labor judicial por razones éticas y técnicas, la heterogeneidad creciente del «mundo» judicial y el aumento de su poder (Atienza, 2001).

no es de casuística: si hay varias cuestiones por discutir, y los votos particulares se distribuyen entre esas varias cuestiones, entonces no estamos ante el mismo tipo de problemas. En un asunto constitucional, por ejemplo, puede haber varias normas bajo control o varios asuntos en discusión, y sobre cada uno de ellos puede haber diferentes posiciones, pues no necesariamente se compromete la coherencia de los integrantes de la sala judicial correspondiente.

Esto no sugiere, sin embargo, que haya un ideal de la motivación judicial que repele la disidencia, ni un ideal acerca de cómo deben ser alcanzados los acuerdos-decisión judiciales, para desincentivar los desacuerdos. El paradigma de la motivación que se puede dibujar a partir de ciertos modelos argumentativamente fuertes (que privilegian la racionalidad de los acuerdos alcanzables), no es inmune a las desilusiones institucionales que pueden producirse como consecuencia de permitir desacuerdos y su publicación. Pero las decisiones judiciales de los tribunales colegiados –y, paradigmáticamente de los tribunales constitucionales– no pueden deshacerse de su dimensión autoritativa, que se diluye o se resquebraja cuando las disidencias son mayoritarias, como en los casos tomados como pretexto.

Sea ese o no un rasgo inevitable de sociedades pluralistas, un número «elevado» de disidencias evidencia la dificultad de alcanzar acuerdos mayoritarios vinculantes y puede ser un notable incentivo en contra de lograr esos acuerdos. Esto, por supuesto, no se produce en otras fuentes-acto –nuevamente, la expresión es de Aguiló (Aguiló, 2000)– en las que el resultado ha sido construido por cuerpos plurales a partir de votos, casi nunca motivados pero dotados de la legitimidad que da la representación popular, como en el caso de la ley emanada de un parlamento. Ciertamente, es teóricamente posible que un fallo con disidencia mayoritaria no presente problema alguno, si las disidencias no versan sobre el núcleo de la cuestión debatida. Pero en esos casos, el problema será determinar si está justificado discrepar de cuestiones no centrales.

Si se observan desde los ideales de certeza y claridad del derecho, predicables también del que tiene origen jurisprudencial, suprimir la posibilidad de las disidencias o evitar su publicación, sería puede verse como una práctica hipócrita, pues la posibilidad de disentir sin limitaciones, abierta y públicamente, es más compatible con el ideal de claridad, que la prohibición de disentir o de publicar el disenso. Pero no es a la prohibición a donde apunta el argumento que denuncia al problema. La responsabilidad moral y política de quien sea el «autor» de los fallos –una responsabilidad que parece autoevidente al menos en asuntos constitucionales–, parece dar alicientes a los magistrados para adoptar posiciones comprometidas aun al costo de quedar en minoría, en nombre del pluralismo. Algún modelo podría desincentivar la publicación de las discrepancias, al menos en cierto tipo de casos (cuando la disidencia es mayoría, por ejemplo). Pero hacerlo trasladaría una falsa idea de solidez y sería paradójico que fuesen precisamente los fallos con mayor desacuerdo los que parezcan unánimes. La cuestión no es solo política, pero se refleja en los casos en los que la fortaleza institucional puede quedar comprometida. La ilusión –creada deliberadamente– de que hay

acuerdos donde no los hay, no solo parece proscrita por un ideal de transparencia, sino que también parece eliminar algunas aristas argumentativas de la decisión que necesitan ventilarse públicamente.

Esta cuestión dista de tener una solución contundente pues el ideal justificativo de las decisiones, al menos en este tipo de casos, queda seriamente comprometido.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, 2015: *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez en el Estado constitucional*. Madrid: Trotta.
- AGUILÓ, Josep, 2015: *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*. Madrid: Trotta.
- ATIENZA, Manuel, 2001: *Cuestiones judiciales*. México: Fontamara.
- CHIASSONI, Pierluigi, 1999: *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giuffrè.
- FERRER, Jordi, 2016: «El gen iusrealista de Michele Taruffo: la teoría del precedente judicial», en Ferrer, J. y Vázquez, C. (doeds.): *debatiendo con Taruffo*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons, pp. 177-192.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, 1990: *El voto particular*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- JORI, Mario, 2019: «Dissenting Opinions: Short Philosophical Considerations», en Zanon, N. y Ragone, G. (ed.): *The Dissenting Opinion. Selected Essays*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 3-40.
- LASSER, Mitchell, 2004: *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press.
- POSNER, Richard, 2011: *Cómo deciden los jueces*. Trad. V. Roca. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- TARUFFO, Michele, 1986: La fisonomía della sentenza in Italia», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986-II, pp. 435-467.
- TARUFFO, Michele, 1996: «Per un'analisi comparata del precedente giudiziario», en *Ragion Pratica*, vol. 6.
- TARUFFO, Michele, 2009: *Páginas sobre justicia civil*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- TARUFFO, Michele, 2011: *La motivación de la sentencia civil*. Trad. L. Córdova. Madrid: Trotta.

