

**Publicación: Revista de Derecho Constitucional**

**Fecha: 14-05-2015 Cita: IJ-LXXVIII-804**

### **Unanimitades y Disidencias**

#### **Su importancia en las sentencias de Tribunales Constitucionales y Cortes Supremas**

Por Jorge O. Bercholc

El objetivo de obtener fallos unánimes, que demuestren un consenso sólido en la interpretación y decisión fáctico-jurídica que el tribunal constitucional adopte en cuestiones trascendentes y conflictivas, si bien plausible, desde la perspectiva de la gobernabilidad y eficacia del funcionamiento del sistema político, puede ser también analizado desde una perspectiva negativa. La cuestión reviste gran importancia desde un abordaje no solo jurídico, sino, además, politológico y/o de sociología institucional, que se preocupe por el aporte que, a la gobernabilidad del sistema político democrático, debe realizar uno de los tres poderes en los que, al menos formalmente, se divide la administración estatal.

Un difícil y precario consenso en las decisiones del Tribunal, debilitan la necesaria “doctrina o derecho judicial” que el máximo tribunal debe producir y que es esperada por los tribunales inferiores a fin de resolver jurisprudencia contradictoria y/o conflictiva.[1] La doctrina judicial de un tribunal constitucional se construye, claro está, a partir de sus sentencias.

El voto en disidencia (dissenting vote) o voto particular o discrepante, como se lo denomina en España, presenta desde siempre posiciones contradictorias y no pacíficas, en relación a su procedencia, su carácter conducente y su efecto positivo o negativo para la evolución de la jurisprudencia, para la legitimidad del sistema, para la óptima relación entre los miembros del Tribunal en cuestión y para la eficacia de su producción, de sus sentencias. Entendido esto último no solo hacía el propio sistema judicial, en tanto unificación o fragmentación de la jurisprudencia, sino también, por el efecto que las sentencias producen en la sociedad civil en general cuando, tratándose de casos de relevancia y trascendencia pública implican, desde el sistema judicial, la generación de mensajes en forma de decisiones judiciales claras y contundentes, incluso en ocasiones, pacificadoras; o la idea de una discusión abierta, no zanjada y que podría haber arrojado o podrá arrojar en el futuro soluciones diferentes desde la judicatura.[2]

A pesar que el voto discrepante no genera efecto jurídico inmediato alguno en la sentencia dentro de la cual se redacta, se teme que las disidencias ofrezcan un producto debilitado, más endeble y precario. Así, una sentencia no unánime, con uno o más votos particulares, discrepantes o en disidencia, quitarían solidez al principio deseable de la seguridad jurídica.

Por ello, para qué mostrar a la sociedad las vicisitudes o vericuetos de una sentencia judicial que puede aplicar la ley en más de una forma o sentido, dando cuenta que la ley y la justicia pueden significar cosas distintas dependiendo qué dicen, quiénes y en cuáles circunstancias.

Generando así una pérdida de autoridad, de legitimidad en la administración judicial, una licenciosa anarquía que solo puede complicar la ya compleja trama institucional de los Estados modernos. [3]

Se trata, la esbozada en el párrafo precedente, de una crítica tan antigua como actual y sustentable, entendida como un juicio de oportunidad institucional que no debe dejarse de lado y que debe equilibrarse con los obvios y esperables disensos que se generan en un Tribunal colegiado compuesto por personalidades, generalmente, de prestigio y solidez académica y jurídica.

Estas cuestiones se tornan aún más relevantes cuando las confrontamos con la performance de un Tribunal Constitucional o Corte Suprema, agencia judicial que cuenta con la última palabra en materia de control de constitucionalidad.

Entre otras críticas comunes a los votos discrepantes, encontramos aquellas que los observan como una manifiesta irreductibilidad o incapacidad de negociación, en detrimento de la solemnidad y autoridad que se requieren de las instituciones judiciales. Dicho de otro modo, para la consecución de decisiones unánimes en un Tribunal colegiado, se requieren negociaciones entre las posiciones y la capacidad de ceder, a fin de alcanzar sentencias consensuadas lo más próximas posibles a los juicios individuales. Ello, más aún, en los casos siempre relevantes que decide un alto tribunal con la última palabra en materia de control de constitucionalidad. Esos mayores niveles de consenso se correlacionan directamente con la composición de los votos en cada sentencia, de acuerdo a que sean unánimes o que existan disidencias en los criterios de los jueces.

Entre los motivos más frecuentes por los cuales los jueces emiten un voto en disidencia, se encuentran aquellas posiciones que no se pueden, o no se desean “negociar”, ya sea por convicción, y/o por formación cultural y técnica.

Existen también críticas que apuntan a cierto “vetetismo” o pretensión de notoriedad de los jueces que se alimenta a partir de la publicidad de sus votos disidentes y la diferenciación que ello conlleva. Se apunta a la idea de que, para la opinión pública y la “mediatización” de los asuntos institucionales, es más relevante lo espectacular y los “personajes”, que el rigor técnico y jurídico de los debates y productos institucionales.[4]

En sentido contrario, entre lo positivo que arrojan las disidencias y, en particular, la publicidad de ellas, se esgrime el control de calidad que implica el debate interno del tribunal, y la construcción de argumentos alternativos y contradictorios los que, expuestos con rigor, someten a la crítica argumentativa a la posición mayoritaria. Así las decisiones son valoradas y apreciadas debidamente en contraposición con argumentos diferentes, con los que deberá confrontar, y a los que deberá resistir y superar.[5]

Respecto a la imputada, por algunos doctrinarios, pérdida de credibilidad institucional de los tribunales por las reiteradas disidencias, se ha sostenido lo contrario, desde que una constante unanimidad no resultaría creíble y generaría suspicacias en torno a dependencia o

manipulación de los órganos políticos. Además, la pretensión de soslayar las disidencias encubriéndolas en textos “mosaicales”, con fragmentos articulados forzosamente de opiniones contradictorias, desembocan en sentencias incongruentes y no sustentables en el transcurso del tiempo.[6]

Se sostiene también que en los votos en minoría o disidencia descansa el futuro cambio de jurisprudencia que puede generarse por diversas cuestiones. Por ejemplo, un cambio en la moral media de la población que puede ser recogido por los jueces; un cambio de signo político y/o ideológico que, reemplazo mediante o aún sin él de los magistrados del Tribunal, produce un cambio de sentido en la jurisprudencia sobre algún tema o materia legal en particular; un diferente contexto político y social que permite revisar sentencias anteriores generadas en contextos en extremo conflictivos. Por lo general existen posibilidades de elección que los jueces harán en relación a su ideología y subjetividad y también al contexto social, económico y político dentro del cual deben actuar. [7]

Pero los jueces deben, al mismo tiempo, ajustarse a lo que ya se ha decidido en el pasado y se ha institucionalizado en forma de precedentes jurisprudenciales.[8] La doctrina del respeto a los precedentes o antecedentes jurisprudenciales cuenta con prestigiosos defensores. Cass Sunstein los ha defendido considerándolos puntos fijos en torno a los cuales debe desarrollarse el discurso jurídico-constitucional.[9]

En EEUU la jurisprudencia sentada por la Corte es obligatoria para los tribunales inferiores (“stare decisis”) mientras que en Argentina es casi lo mismo, ya que si bien no hay “stare decisis” formal, si el tribunal inferior no aplica la jurisprudencia de la Corte, la parte afectada puede llegar hasta ésta e intentar en base al precedente la revocación de la sentencia. Además, lo usual, es que los tribunales inferiores la apliquen -aun cuando no estén de acuerdo, brevitatis causa, y, en cuyo caso, suelen dejar constancia de la opinión propia-. Finalmente, existen fallos de la Corte que señalan que los tribunales inferiores deben aplicar la jurisprudencia sentada por aquella.[10] En Europa, autores como Tomás y Valiente e Ignacio de Otto en España, y Alexy en Alemania abogan a favor de los precedentes y, en todo caso, quien pretenda apartarse de ellos tiene la carga de la argumentación. [11]

Contra las corrientes que sacralizan los antecedentes jurisprudenciales, se alzan las opiniones contrarias a la denominada “tiranía del pasado”. Ideas que si bien se refieren a las características de la creación de las normas constitucionales, resultan de aplicación por la interpretación rígida que vincula la producción de un tribunal a sus antecedentes jurisprudenciales.

Thomas Paine sostuvo que cada generación debe ser libre para decidir sin estar ligada a decisiones de las generaciones pasadas. “Son los intereses de los vivos y no de los muertos los que deben protegerse”. Jefferson dijo que “la tierra pertenece a los vivos no a los muertos”; “los muertos no tienen derechos no son nada”. [12] Actual, pero recogiendo aquellas ideas, Rubio Llorente afirma que “la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas”[13]

La discusión se suscita entre el llamado originalismo, la teoría de la interpretación constitucional vinculada al significado del texto al momento de su redacción (textualismo) y según la intención de los fundadores. La corriente contrapuesta es la llamada Constitución viviente.

Los argumentos contra la Constitución viviente se centran en los peligros de la jurisprudencia creativa pues, separarse de los orígenes significa aumentar la discrecionalidad, ello equivaldría a politización lo que, a su vez, implicaría violación de la división de poderes y desnaturalizaría a la justicia constitucional. La Constitución viviente es la experiencia cotidiana de los tribunales, se articula mejor con las ideas relativas a la expansión de derechos y con posiciones como la de Häberle y su Sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. En Europa, el originalismo suena como una ingenuidad o como una pieza de museo. La rigidez y el apego interpretativo a una supuesta intención originaria viola, justamente, la pretensa división de poderes, pues otorga una especie de superpoder a las cortes al darles la última palabra en materia interpretativa, casi como una legislatura.

La cuestión de la interpretación o ponderación judicial de los textos constitucionales es arduamente debatida en el campo de la filosofía del derecho y de la filosofía política. Las constituciones presentan ambigüedades, vaguedades y controversias diversas[14], y su articulación con las leyes que reglamentan los derechos fundamentales presenta dificultades y tensiones entre, la más amplia discrecionalidad interpretativa que plantean algunos, y la restricción interpretativa, y/o entre las denominadas constituciones de detalle o de principios[15], o constituciones procedimentales o sustantivas.[16]

Originalistas, como el actual juez de la Corte americana Scalia, restringen a la moral originaria de los Padres Fundadores la posibilidad de la interpretación axiológica de la constitución.[17]

En pos de mensajes claros a la sociedad la unanimidad sería el optimum de una sentencia, si no es posible lograrla se trabaja para lograr el máximo consenso posible. El recurso al voto mayoritario con disidencias, es el remedio extremo para superar un defecto: la incapacidad para generar consenso sobre los argumentos propios y la indisponibilidad para dejarse convencer por los demás, en suma, la escasa visión política para negociar acuerdos que suelen tener los académicos. En la academia las visiones cerradas y/o terminantes son útiles para sentar posiciones doctrinarias sobre algún tema, en la vida política esa “virtud” es un defecto que impide consensuar una decisión política a fin de una acción eficaz.

Las decisiones muy divididas (5 a 4 por ejemplo) siempre dejan un sentimiento de insatisfacción, de deber no cumplido, de arbitrariedad. La deliberación debería arribar a acuerdos superadores.

Sin embargo, existe una contradicción en este esquema, la falta de disidencias obtura la creatividad y, por ende, la receptividad de la constitución a las nuevas vivencias.[18]

*Argumentos a favor y en contra de unanimidades y disidencias*

- *Cuatro argumentos a favor de las unanimidades:*

(a) la sentencia unánime entrega mayor certeza acerca del contenido del Derecho generando un mensaje claro a la sociedad respecto a la decisión institucional del poder judicial en temas controvertidos.

(b) resulta tranquilizador que los jueces tengan una opinión más bien unificada y sólida sobre cuál es la decisión adecuada y que resulta ajustada a derecho. Por el contrario, un escaso o bajo nivel de unanimidades, echaría un manto de dudas sobre la denominada “seguridad jurídica” o sobre la interpretación que de la moral media de la población hagan los jueces.

(c) muestra unidad entre los jueces de la Corte, fortaleciendo la legitimidad de sus decisiones a partir de la solidez de la opinión unánime. Votaciones reñidas sobre temas complejos y sensibles podrían generar la idea que decisiones muy importantes para los individuos y para la sociedad son decididas en forma azarosa, y que una mayoría exigua y circunstancial de jueces puede decidir en un sentido algo que, por poco, podría haber sido decidido en sentido contrario.

(d) evita climas de tensión entre los jueces de un mismo tribunal, al menos en la imagen que exteriorizan ante la sociedad y los demás poderes del Estado

- *Cinco argumentos contra las disidencias, por el costo que generan para los jueces:*

(a) implica mayor trabajo de fundamentación, investigación y redacción.

(b) no se observan resultados prácticos inmediatos

(c) se asume la derrota en el debate

(d) el magistrado queda en una posición minoritaria

(e) posiblemente generando enemistades con los jueces de la mayoría.

Dentro de los votos particulares, puede generar entre los jueces más susceptibilidad interna el voto concurrente, o “por su voto” o “según su voto” en la denominación argentina, que el voto discrepante o disidente. Este último implica sin soslayo un desacuerdo insalvable con la decisión mayoritaria. En cambio al concurrente se lo acusa de innecesario, de fuente de confusión y de demostración de debilidad en la capacidad negociadora del Tribunal. También

del ya mencionado “vedetismo”, por aquél que lo emite solo para dejar a salvo alguna arista en la fundamentación.

- *Nueve argumentos a favor de las disidencias:*

(a) contribuyen a legitimar el rol de la Corte

(b) permiten transparencia, visibilidad y publicidad de los debates

(c) la “visibilidad” de los disensos en el tribunal pueden dotarlo de “humanidad” ante la mirada social. Jueces que discuten, que vierten sus ideas y que reflejan las diferencias sociales, culturales y políticas propias de cualquier sociedad

(d) impulsan, vía jurisprudencial, cambios en el ordenamiento jurídico

(e) ejercen un control de calidad y exigencia en el razonamiento del voto de mayoría

(f) impulsan la negociación que puede moderar y controlar la posición de la mayoría

(g) quiebran la uniformidad de opiniones de similar tendencia que puede, sin oposición, llevarse a extremos no representativos del pensamiento de la sociedad e infieles a la posible complejidad y controversia del asunto bajo decisión. [19]

(h) La diversidad de opiniones e intereses contrapuestos existentes en una sociedad estarían mejor representados por jueces que sean permeables a diversas corrientes, resultando ello más democrático y representativo y pudiendo significar, además, un mayor grado de independencia de los jueces respecto al poder político y una más eficaz defensa de las minorías.

(i) Los votos en disidencia o minoría suelen cumplir el rol de vanguardia o avanzada en interpretaciones novedosas o “progresistas” que, con el tiempo, pueden transformarse en doctrina o derecho judicial impuesto por la Corte.

Hay que considerar, no obstante, que los votos disidentes no son siempre un escape hacia adelante, entendiendo por tal cosa un avance lineal en algún sentido, pues existen aquellos que retrotraen la jurisprudencia a decisiones anteriores que pasaron de mayoritarias a minoritarias y que vuelven a ser mayoría en determinado contexto. Esto se explica, y su evolución puede detectarse con certeza, cuando se estudian los cambios de jurisprudencia y se mensuran los votos de los jueces, ello permite observar si las disidencias implican una evolución en algún sentido, o sólo la regresión a estadios jurisprudenciales anteriores.

Sin embargo, lo que cabe destacar aquí, es que son muchos los casos en que una opinión discrepante y minoritaria se transformó, con el tiempo, en la opinión mayoritaria.

### **Origen histórico de las Dissenting Opinion** [arriba] -

Se trata de una institución de origen norteamericano afianzada luego de los vaivenes que la publicidad de los votos disidentes generó durante el liderazgo de Marshall como Chief Justice. La intención de Marshall era consolidar la autoridad y el prestigio de la Corte Suprema luego de su creación, para lo cual era necesario mostrar firmeza en las decisiones del tribunal dando al país una clara imagen de unidad en la más alta instancia jurisdiccional. Las unanimidades obtenidas bajo ese criterio, durante varios años, contribuyeron al fortalecimiento del Tribunal como poder del Estado.[20] Sin embargo, no demoró la corte americana en volver a la tradición anglosajona de dar publicidad a los votos disidentes con su propia fundamentación. El propio Chief Justice emitió 9 votos disidentes antes de dejar la Corte.[21]

La doctrina americana siempre ha sido muy positiva, en el análisis del rol que desempeñan los dissenting votes como fuente creadora de nuevos caminos para el desarrollo jurisprudencial. Los votos disidentes son: “...una apelación al espíritu creativo del derecho a la inteligencia de un día futuro cuando a una decisión posterior le quepa la posibilidad de corregir el error, por el que el juez discordante cree que el Tribunal ha sido traicionado.” [22]

La tradición del voto en disidencia está muy arraigada también en Canadá, y los jueces utilizan esta facultad cuando lo creen necesario, a pesar de que se autoimponen ciertas limitaciones para garantizar un mínimo de armonía institucional.[23]

Entre 1930 y 1950, las opiniones individuales fueron gradualmente abandonadas en Canadá. La aprobación de la Charter of Rights and Freedoms canadiense en 1982 fue un momento clave en la historia de la Corte. El Parlamento introdujo una forma de revisión constitucional judicial basada en derechos y libertades fundamentales. Este notable cambio legislativo aumentó la visibilidad y la importancia de los tribunales en la sociedad canadiense de un día para el otro. Quizás en respuesta y como conducta de self-restraint ante este nuevo desafío, el voto en disidencia se hizo menos frecuente, en promedio, en la Corte. Paradójicamente, sin embargo, también se volvieron más frecuentes los casos de debate que involucraban garantías constitucionales sobre derechos humanos y libertades fundamentales.[24]

### **Unanimidades y Disidencias. Consensos y disensos en el Derecho comparado** [arriba] -

En general se encuentran en el derecho comparado dos tipos de sistemas de tratamiento de las disidencias, que pueden esquematizarse en torno a, las ideas de transparencia, o del denominado “secretismo”, para sustentar la legitimidad judicial.

Las ideas basadas en la transparencia judicial, el debate y control público son comunes en los países anglosajones, particularmente en USA y Canadá, y en algunos países latinoamericanos, particularmente Argentina, donde existe un sistema de Judicial Review similar al de USA y Canadá. En estos casos la unanimidad judicial solo se logra si hay acuerdo entre los jueces, caso contrario los votos disidentes se expresan libremente y son dados a conocer públicamente en las sentencias y en la bibliografía especializada.

El denominado “secretismo” relaciona la legitimidad de las decisiones judiciales, no con la transparencia y publicidad, sino con la profesionalización y jerarquía de la judicatura.[25] Es el sistema presente en varios países de Europa, donde las sentencias se muestran siempre como unánimes y las opiniones disidentes no son publicadas. Es un sistema de unanimidad forzada. Son los casos de Francia, Italia, Grecia, Dinamarca, Rusia, Bélgica, Luxemburgo y Holanda.

En el Tribunal Constitucional Federal alemán (Bundesverfassungsgericht) solo los jueces emiten y suscriben públicamente un voto en disidencia ante casos que, por su relevancia, y/o por el público compromiso académico o técnico del magistrado, le imponen manifestarse expresamente en disidencia. Sin embargo, muchas otras disidencias que ocurren en el seno del tribunal, no son ventiladas ni publicadas porque los jueces discrepantes prefieren no hacerlas públicas por motivos de preservación de la imagen de solidez del tribunal, o para no mostrarse contrarios a las opiniones de sus pares. En España y Argentina las discrepancias son expuestas públicamente con más asiduidad.

En Canadá, tal cual la tradición anglosajona, los dissenting votes son valorados positivamente. El carácter bilingüe y bicultural de Canadá hace que la publicidad de las disidencias de la Suprema Corte Federal sea especialmente oportuna para no ceñirse a la regla del stare decisis propio del Common Law, siendo que en Canadá existe, en la provincia de Quebec, el sistema de Derecho Continental, o sea que, dentro del mismo sistema político y judicial conviven dos sistemas de derecho diferentes. En Canadá, como en España, existe la figura del ponente cuyo borrador se discute y al que se le aditan o suprimen argumentos a fin de arribar a una decisión consensuada. [26]

También en Canadá la disidencia puede estar relacionada con el resultado al que el voto mayoritario ha llegado, o con los principios del derecho o fundamentos de la decisión aunque coincida el resultado. Las decisiones que pueden estar de acuerdo con el resultado al que se ha arribado, pero no con el método desde el cual se ha alcanzado el mismo, las llamadas “según su voto”, o “por su voto”, o voto concurrente, o particular, son infrecuentes y valoradas negativamente en Canadá, dado que afectan la claridad y autoridad de las decisiones alcanzadas.[27]

De este modo, los jueces de la Suprema Corte canadiense, han reconocido la necesidad de ejercer cierto grado de autodisciplina para evitar los votos múltiples y redundantes que afectan la calidad de las decisiones de la Corte y disminuyen su legitimidad. En ningún momento, sin embargo, se ha sugerido que los votos disidentes deban ser suprimidos. Al contrario, los abogados formados en el Common Law tienden a visualizar la confrontación de

opiniones como un requisito indispensable del sistema legal. Además, ven a las opiniones judiciales como una guía a la hora de resolver cuestiones similares en el futuro. Su visión de la ley y del rol de las decisiones judiciales admite con buena predisposición la posibilidad de un número de opiniones divergentes en cualquier tema.[28]

La aceptación de los votos en disidencia se valora positivamente en Canadá en base a tres premisas: i) los votos en disidencia no ponen en juego la coherencia de la ley, siempre y cuando se admita la existencia de varias soluciones posibles a una misma cuestión, al menos en la ausencia de una providencia clara, precisa y estatutaria; ii) la legitimidad institucional de la Corte es compatible con la independencia individual y la imparcialidad de los jueces; iii) la unanimidad no es una condición sine qua non de la legitimidad judicial o la estabilidad legal.[29]

Para L'Heureux-Dube, jueza de la corte canadiense durante 15 años (1987-2002), los votos en disidencia inyectan una cierta medida de democracia y libertad de expresión en el proceso de toma de decisiones judicial, porque cada juez tiene la oportunidad de participar plenamente, aunque la decisión de la mayoría determine el resultado. No en vano fue una de las magistradas que registra más votos disidentes en la Corte de su país.

Sin embargo, tal aserto, podría resultar polémico si las disidencias tienden a complicar el proceso de toma de decisiones de los poderes elegidos democráticamente de un modo directo.

Los votos en disidencia también pueden ser percibidos como una invitación al diálogo respecto del desarrollo de la ley. Al hacerlo, ayudan a generar un dialogo fructífero entre las cortes, los académicos, las asambleas legislativas y las futuras generaciones de abogados. En Canadá, este diálogo ha jugado un rol importante en el desarrollo de la ley, mientras los académicos se dedican a comentar las decisiones y los meritos de las opiniones, incluyendo las disidencias.[30]

En las últimas décadas en Canadá, por ejemplo, ha habido un dialogo constante entre el Parlamento federal y la Suprema Corte en diversos rubros, particularmente en temas competenciales entre la federación y las provincias, y en materia penal. Esto resulta sumamente relevante a fin de reinterpretar y rediseñar el esquema de división de poderes y funciones estatales, en pos de un diálogo y cooperación interpoderes de carácter más interdependiente y realista que la tradicional posición doctrinaria de esgrimir una ilusoria e ineficaz independencia.

Para L'Heureux-Dube: “En mi opinión, se crea una falsa dicotomía al identificar las opiniones unánimes con la claridad y la autoridad, mientras se asocia los votos en disidencia con la incoherencia. Donde hay profundas discrepancias entre jueces, la ley misma resulta la mayor beneficiaria de las opiniones disidentes: En lugar de sacrificar la lucidez en virtud de una necesidad mayor de acomodar las opiniones divergentes, los jueces pueden focalizar sus esfuerzos en la justificación persuasiva y lógica de sus propio entendimiento de la ley, independientemente de que este resulte mayoritario o de minoría”. [31]

Para el former Justice Hughes de la Corte Suprema de EEUU: “Cuando la unanimidad puede obtenerse sin sacrificar las convicciones, genera una fuerte confianza pública en la decisión. Pero si la unanimidad es meramente formal y se alcanza a expensas de opacar visiones muy fuertes y contrapuestas, no es deseable que exista en un tribunal de máxima alzada, cualquiera sea el efecto sobre la opinión pública del momento. Esto es así porque lo que en último lugar debe sostener la confianza pública en la Corte es el carácter y la independencia de los jueces. No están allí solo para decidir sobre casos, sino para resolverlos como ellos crean que deben ser resueltos”.

Sin embargo, advierte L'Heureux-Dube, que el uso indiscriminado del derecho a escribir opiniones separadas tiene el potencial de arriesgar la integridad de la ley y las instituciones judiciales. La legitimidad institucional necesita ciertos límites sobre el ejercicio de este derecho para prevenir los excesos negativos del individualismo total. [32]

Lo cierto es que la Corte canadiense muestra una performance con un alto porcentaje de unanimidades. Debe considerarse que estos datos reflejan todo tipo de apelaciones resueltas por la Corte canadiense como tribunal difuso, no solo casos de control de constitucionalidad, como en los cuadros estadísticos que siguen infra sobre la Corte Suprema argentina y el TC español. Debe también advertirse sobre el distinto modelo de control de constitucionalidad vigente en Argentina (difuso) y en España (concentrado). No obstante, la comparación de las performances de los tres tribunales es pertinente y conducente a fin de chequear sus producciones y extraer conclusiones sustentables.

• **Apelaciones juzgadas 1994 a 2013: Unánimes/con disidencias**

	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Disidencias	31	36	27	32	22	20	20	16	27	19	21
Unánimes	89	67	97	75	70	53	52	75	61	62	57
Total	120	103	124	107	92	73	72	91	88	81	78
% Unánimes	74	65	79	70	75	73	72	82	69	76	73

  

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Disidencias	24	16	22	18	26	17	18	23	25
Unánimes	65	63	36	56	44	52	53	60	53
Total	89	79	58	74	70	69	71	83	78
% Unánimes	73	80	62	76	63	75	75	72	68

En promedio en los 20 años del período, el porcentaje de unanimidades fue del 73%.  
Fuente: www.scc-csc.gc.ca. Web site de la Corte Suprema de Canadá.

• **Porcentuales de sentencias unánimes sobre total, sobre inconstitucionalidades y sobre inconstitucionalidades en normas nacionales, Corte Suprema Argentina (1983-1998)**

% Unánimes s/ Total sentencias	% Unánimes s/ Inconstitucionalidades	% Unánimes s/ Inconst. Nacionales
79	75	73

Fuente de los datos estadísticos: Base de datos propia y “La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)”, Jorge Bercholc, Ediar, 2004, Buenos Aires.

- **Porcentuales promedio de sentencias unánimes totales, sobre inconstitucionalidades y sobre inconstitucionalidades de Normas Nacionales, Tribunal Constitucional de España (1980-2011)**

<u>% Unánimes s/ Total sentencias</u>	<u>% Unánimes s/ Inconstitucionalidades</u>	<u>% Unánimes s/ Inconst. Nacionales</u>
82	70	63

Fuente: elaboración propia de acuerdo a base de datos propios extraídos de la web-page del TC

La Corte argentina ha tenido un alto grado de unanimidades en las sentencias sobre asuntos en los que se planteada control de constitucionalidad de normas nacionales.

Se observa cierta disminución de los fallos unánimes en cuanto resuelven por la inconstitucionalidad de las normas involucradas y algún grado mayor de disminución en sentencias que declaran inconstitucionalidades de normas nacionales. La misma evolución que se observa en la producción del TC en España, aunque el TC registra menos porcentaje de unanimidades que la corte argentina cuando se decretan inconstitucionalidades. Con matices, pero los tres tribunales muestran altos porcentajes de unanimidades y performances muy parejas.

**Algunas aclaraciones metodológicas sobre la medición de las unanimidades y disidencias en el TC español [arriba] - [33]**

Se ha contabilizado como “Unánimes” todos aquellos autos y sentencias en los que no hubo disidencias. Se incluyen aún aquellos en los que hubieron abstenciones y también los casos en que un Magistrado, según las fórmulas, “por su voto”, “por sus fundamentos” o similar expone sus propios argumentos pero emite voto en el mismo sentido que la mayoría. Se incluyen todos los autos y sentencias sin discriminar por tipo de decisión, si a favor o en contra de la constitucionalidad y también los que resuelven por defecto formal. Por “Mayoría” se incluyen los autos y sentencias en donde hubo una o más disidencias o votos en minoría, considerando también aquellos en los que la disidencia vota por el rechazo técnico/defecto formal, o sea la disidencia emitida en cualquier sentido y grado (individual, en conjunto, o adhesión).

No se consideran, por ende, como disidentes los votos particulares que coinciden en el resultado pero disienten en los fundamentos. Sólo, stricto sensu, aquellos en que la disidencia los lleva a una votación que difiere también en el resultado. Ello en la intención de medir con mayor rigor y eficacia la performance del TC (Tribunal Constitucional español) y los porcentajes en que las decisiones son unánimes o con disidencias en sentido estricto, generando una real disidencia también en el resultado. Así se puede medir con mayor certeza el grado de desacuerdo, y los posibles efectos que se pueden generar en el sistema político y jurídico como producto de un abuso o escasez de disidencias.

Existen algunos antecedentes de trabajos como el presente, que han generado insumos básicos de conocimiento en torno a los votos en disidencia producidos en el Tribunal Constitucional español y que no son meramente doctrinarios, ensayísticos o de opinión. Uno es el de Ma. Josefa Ridaura Martínez, La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español a través del voto particular, tesis doctoral de la Universidad de Valencia, 1988. El otro de Francisco Javier Ezquiaga, El voto particular, CEC, Madrid 1990. Ambos trabajos generaron datos estadísticos sobre los votos particulares durante la primera década del Tribunal. Finalmente el más conocido de Cámara Villar, Votos Particulares y Derechos Fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991).

### **Unanidades y Disidencias. Consensos y disensos en el Tribunal Constitucional español** [arriba] -

El art. 164 CE (Constitución española) ordena la publicación de las sentencias del TC incluyendo los votos particulares, en caso de que los hubiere. El art. 90. 2 de la LOTC (Ley orgánica del Tribunal Constitucional) articula la disposición constitucional con la norma reglamentaria y organizadora del TC. Limita el contenido del voto discrepante a la posición vertida y defendida en la deliberación no pudiéndose incorporar opiniones diferentes a las sostenidas por el discrepante en los debates tendientes a adoptar la decisión.

### **La performance del TC, sentencias unánimes y disidencias** [arriba] -

El TC mantuvo una performance muy pareja en los porcentajes de unanimidades obtenidos durante toda su existencia, y hasta finales del año 2011, fecha hasta la cual esta investigación ha colectado datos. Si se desagregan los porcentajes promedio por formación de TC -para sentencias en general, sea cual fuere el tipo de decisión-, vemos que siempre se ha mantenido en un piso del 80%, y dentro de un rango máximo de hasta el 92%. Pero hay un período del TC en el que las unanimidades bajaron notoriamente a un 64% (cuadros n° 1 y 4). Se trata de la formación identificada como n° 8, entre el año 2004 y 2010, bajo la presidencia de Casas Baamonde. Un indicador de ello es la inédita y llamativa performance de la presidenta en materia de disidencias pues, como se verá infra, Casas Baamonde ha sido, de los magistrados que han llegado a la presidencia del TC, la única que tiene la mayoría de sus votos en disidencia durante el período de su presidencia. Ello nos indica escaso liderazgo. Es una época compleja para el TC por varias razones que tienen un hilo conductor, su excesiva “partidización”. El TC quedó muy expuesto en una etapa marcada por una fuerte ideologización del discurso político en el sistema de partidos español, y prisionero de algunos conflictos políticos muy complejos que fueron, y aun son, excesivamente judicializados, y por ello de muy dificultosa resolución técnico-jurídica, los que merecen, posiblemente, una resolución más política que jurídica. Se trata de una discusión de diseño institucional que excede las facultades del TC. Subyace el debate en torno a las cuestiones políticas no justiciables y su extensión o achicamiento, y a la siempre compleja relación entre principios democratistas y republicanistas.

De 310 sentencias sobre control de constitucionalidad emitidas por el TC en ese período (2004-2010), 113 tuvieron disidencias, casi la mitad de los votos en disidencia de toda la

historia del TC fueron emitidos en esos años. Medido de otro modo, el promedio de disidencias, de esa formación n° 8 del TC, duplica el promedio de disidencias de todo el período investigado. Son datos cuantitativos que corroboran las dificultades que afrontó el TC en el período, y que merecen análisis más cualitativos para detectar desagregaciones más sofisticadas.

Las unanimidades, cuando se desagregan las sentencias que declaran inconstitucionalidades (cuadros n° 2 y 4), presentan una cantidad y porcentuales menores y más irregulares. El promedio de todo el período baja al 70% y se expande el período de bajas unanimidades más allá de la formación n° 8, retroactivamente hasta la n° 6. Dicho de otro modo, las unanimidades, cuando se trata de sentencias que declaran inconstitucionalidades, fueron notoriamente menores entre los años 1998 y 2010. El TC en su actual formación, al menos hasta fin del 2011, subió notablemente su performance de votos unánimes. Aún mucho más que el promedio histórico. Incluso, dos de los magistrados más disidentes en toda la historia del TC, y que han permanecido en el mismo luego de las renovaciones de Diciembre de 2010, integrando la formación n° 9, han tenido escasísimas disidencias comparadas con su performance anterior.[34] Evidentemente se ha querido dar a la sociedad, y al sistema político, un mensaje de consenso, armonía y solidez en la doctrina judicial emanada del TC, en contraposición al período anterior 2004-2010, altamente conflictivo y que ya presentaba signos de descomposición desde 1998.

Esas mismas características y evolución se observan, de modo mucho más notorio, cuando se desagregan las sentencias que han declarado inconstitucionalidades de normas nacionales (cuadros n° 3 y 4), el escenario más complejo, no solo para el TC, sino para cualquier tribunal constitucional, pues confronta con el “poder de fuego político” de la administración central, el que se supone más riesgoso para la independencia de criterio del TC.

En rigor, considerando todo el período investigado, el TC ha mostrado una performance bastante armónica, solo se observa una disminución importante de las unanimidades en el período 2004/2010 y, con datos desagregados por sentencias que declaran inconstitucionalidades, esa disminución se extiende desde 1998.

En el caso de disidencias en sentencias que declaran inconstitucionalidades para normas nacionales la irregularidad es mayor, y se observan más votos discrepantes al inicio de la historia del TC entre 1980 y 1989, en especial por influjo de los votos de Rubio Llorente y de la Vega Benayas, y en el ya mencionado período de 1998 a 2010. Otro modo de analizar esos datos refleja que, para inconstitucionalidades de normas nacionales, la regla ha sido la fuerte disminución de unanimidades, en torno al 50% y con picos a la baja del 40%, salvo períodos breves en los que las unanimidades, para esos casos, aumentaron, como se puede observar en el período de las formaciones del TC n° 3, 5 y 9 (cuadros n° 1 a 4). Aún más, en la formación n° 6 -1998-01- y en la n° 8 -2004-10-, las sentencias con votos en disidencia superaron a las unánimes (9 a 6 y 26 a 17, respectivamente), siempre refiriéndonos a sentencias que declaran inconstitucionalidades para normas nacionales.

Lo expuesto implica que la crisis de consenso en el TC se suscitó, especialmente, cuando se ha discutido la constitucionalidad de normas nacionales, en particular durante los años 1980 a 1989 y 1998 a 2010.

**Cuadro n° 1: Total y Porcentuales de Sentencias Unánimes vs. Mayoría desagregado por formaciones del TC. 1)**

FORMACIÓN (2) TC N°		TOTAL DE SENTENCIAS (3)	UNANIMES (4)	%	MAYORIA (5)	%
1	1980-86	146	123	84	23	16
2	1986-89	136	119	88	17	12
3	1989-92	136	125	92	11	8
4	1992-95	134	106	79	28	21
5	1995-98	185	164	89	21	11
6	1998-01	137	122	89	15	11
7	2001-04	113	95	84	18	16
8	2004-10	310	197	64	113	36
9	2011-	63	58	92	5	8
Total		1329	1088	82%	241	18%

1. En el período que abarca la investigación se clasificaron 9 formaciones distintas del Tribunal Constitucional considerando cada renovación de magistrados de acuerdo a la rotación legalmente dispuesta. Por ello se han desagregado las formaciones considerando lo establecido por la CE arts. 159 incs. 1 y 3 y por la LOTC. Así la primera formación abarca desde la creación del TC hasta la primer renovación de magistrados acontecida (formación TC n° 1). Luego se numeró sucesivamente ante cada renovación acontecida cada tres años. La solidez y continuidad del sistema político-jurídico español, que ha sostenido sin cambios las disposiciones vigentes a efectos de la designación y renovación de los magistrados del TC, facilita la segmentación a fin del análisis de la performance del TC en relación a los magistrados que lo fueron integrando. También permite el análisis teniendo en cuenta la variable gobierno contemporáneo a la formación de TC que corresponda.

2. El N° de formaciones del TC responde a la clasificación de acuerdo a lo expuesto en el punto 1. La formación de Tribunal n° 8, por cuestiones relacionadas a situaciones de crisis y tensión política e institucional, tuvo una extensión de 2004 a 2010 sin que en su formación se produzcan los recambios establecidos por las normas aplicables.

3. Esta columna indica el total de sentencias emitidas por las formaciones indicadas en la columna respectiva durante el período de tiempo que abarcó cada formación.

4. Se considera “Unánimes” a las sentencias en las que no hubieron disidencias. Se incluyen aquellas en las que, por el motivo que fuere, algún magistrado no hubiere emitido voto.

También cuando un magistrado “por sus fundamentos” o voto particular no discrepante, expone sus propios argumentos pero emite voto en el mismo sentido que los demás. Se incluyen todas las sentencias con las características referidas sin desagregar por el sentido de la decisión (por la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada o las que resuelven por defecto formal).

5. Se considera por “Mayoría” aquellas sentencias en donde hubieron una o más disidencias o votos en particular discrepantes, incluyendo también aquellas en los que la disidencia vota por el rechazo técnico/defecto formal.

Fuente: elaboración propia de acuerdo a base de datos propios extraídos de la web-page del TC.

**Cuadro n° 2: Total y Porcentuales de sentencias por la Inconstitucionalidad Unánimes vs. Mayoría desagregado por Formaciones del TC 1)**

FORMACIÓN (2) TC N°	TOTAL DE SENTENCIAS (3)	UNANIMES(4)	%	MAYORIA(5)	%
1 1980-86	48	33	69	15	31
2 1986-89	35	23	66	12	34
3 1989-92	25	19	76	6	24
4 1992-95	45	36	80	9	20
5 1995-98	30	23	77	7	23
6 1998-01	28	16	57	12	43
7 2001-04	19	10	53	9	47
8 2004-10	79	42	53	37	47
9 2011-	22	21	95	1	5
Total	295	207	70%	88	30%

1) Se siguen idénticas pautas que en el cuadro anterior, pero aquí sólo se contabilizan las sentencias que han declarado inconstitucionalidades.

2) N° de formaciones del TC según cuadro n° 1.

3) Esta columna indica el total de sentencias emitidas por cada formación de TC identificada la columna respectiva durante el período de tiempo que abarco cada formación.

4 y 5) Consideraciones sobre las sentencias unánimes y en mayoría (con disidencias) de acuerdo a las notas del cuadro anterior.

Fuente: elaboración propia de acuerdo a base de datos propios extraídos de la web-page del TC.

**Cuadro n° 3: Total y Porcentuales de sentencias por la Inconstitucionalidad de normas nacionales Unánimes vs. Mayoría y desagregado por Formaciones del TC 1)**

FORMACIÓN (2) TC N°	TOTAL DE SENTENCIAS (3)	UNANIMES (4)	%	MAYORIA(5)	%
1 1980-86	28	15	54	13	46
2 1986-89	17	9	53	8	47
3 1989-92	14	11	79	3	21
4 1992-95	12	6	50	6	50
5 1995-98	13	10	77	3	23
6 1998-01	15	6	40	9	60
7 2001-04	10	5	50	5	50
8 2004-10	43	17	40	26	60
9 2011-	10	9	90	1	10
Total	141	75	63%	66	37%

1) Se siguen idénticas pautas que en el cuadro anterior, pero aquí sólo se contabilizan las sentencias que han declarado inconstitucionalidades.

2) N° de formaciones del TC según cuadro n° 1.

3) Esta columna indica el total de sentencias emitidas por cada formación de TC identificada la columna respectiva durante el período de tiempo que abarco cada formación.

4 y 5) Consideraciones sobre las sentencias unánimes y en mayoría (con disidencias) de acuerdo a las notas del cuadro anterior.

Fuente: elaboración propia de acuerdo a base de datos propios extraídos de la web-page del TC.

**Cuadro nº 4: Comparativo de Porcentuales de Sentencias Unánimes totales, sobre Inconstitucionalidades y sobre Inconstitucionalidades de Normas Nacionales, desagregado por Formaciones del TC 1)**

<u>CORTE N°</u> <u>(2)</u>	<u>% TOTAL SENTENCIAS (3)</u> <u>UNANIMES</u>	<u>% SENTENCIAS UNANIMES (4)</u> <u>S/ INCONSTITUCIONALIDADES</u>	<u>% SENTENCIAS UNANIMES (5)</u> <u>S/ INCONST. NACIONALES</u>
1 1980-86	84	69	54
2 1986-89	88	66	53
3 1989-92	92	76	79
4 1992-95	79	80	50
5 1995-98	89	77	77
6 1998-01	89	57	40
7 2001-04	84	53	50
8 2004-10	64	53	40
9 2011-	92	95	90
<b>Total</b>	<b>82</b>	<b>70</b>	<b>63</b>

1) Ver notas de los cuadros nº 1 y sigtes.

2) N° de formaciones de Corte según cuadro nº 1.

3) Son todas las sentencias unánimes sin importar el sentido de la decisión, aún las que resuelven por defecto formal.

4) Son las sentencias que resuelven por la inconstitucionalidad.

5) Son las sentencias que resuelven por la inconstitucionalidad de normas nacionales.

Fuente: elaboración propia de acuerdo a base de datos propios extraídos de la web-page del TC.

Los jueces más influyentes en la disminución de las unanimidades durante el complejo período del TC entre 2004 a 2010 fueron: Rodríguez Zapata, Conde Martín de Hijas, Rodríguez Arribas, García Calvo y Delgado Barrio. Son, además, los magistrados que ocupan los primeros 5 lugares en el ranking de jueces más disidentes (se excluye a Fernández Viagas

pues solo emitió 25 votos en el TC y por ello sus datos no son significativos). Antes, entre 1998 y 2004, fue Jiménez de Parga quien produjo varias de las disidencias de esos años y participo de las disidencias colectivas.

Antes de la presidencia de Casas Baamonde, entre 2001 y 2004, Rodríguez Zapata y Garcia Calvo, acompañados en ocasiones por Conde Martín de Hijas, conformaban un bloque sólido que tuvo reiterados votos en disidencia. Ya con Casas Baamonde como presidente del TC, el bloque más reiterado se integró con Rodríguez Zapata y Garcia Calvo, y también, aunque algo más versátiles, Conde Martín de Hijas, Delgado Barrio y Rodríguez Arribas

Conde Martín de Hijas mostró cierta versatilidad y coincidió, en ocasiones, en votos en disidencia colectivos con los magistrados más identificados con el PSOE o con el progresismo.

A partir de 2007, el bloque con votos disidentes de los magistrados conservadores se solidificó, y entre 2008 y 2010 se intensificó aún más, formando un bloque sólido y reiterado de votos en disidencia integrado por: Rodríguez Zapata, Conde Martín de Hijas, Delgado Barrio y Rodríguez Arribas.

En ocasiones, el magistrado Jiménez Sanchez osciló, conformando mayorías puntuales en algunos casos con los “progresistas” y en otros con los “conservadores”.

Estos 4 magistrados, junto a García Calvo, tenían varias características comunes. Son quienes encabezan el ranking de disidencias, a contrario sensu son quienes tienen menor porcentaje de votos unánimes. Los 5 eran magistrados de carrera; expertos en Derecho Público -3 de ellos en derecho administrativo; Rodríguez Zapata en dcho. constitucional y García Calvo en dcho. penal-; de filiación ideológica conservadora y propuestos por el Parlamento, salvo Rodríguez Arribas a propuesta del CGPJ (Consejo General del Poder Judicial).

Estas características comunes, y la performance de estos magistrados, hablan a las claras de un proceso de judicialización de temas de alto voltaje político e institucional, impulsado de algún modo por el Partido Popular alentando conductas irreductibles de los jueces conservadores. Sin embargo, parece ser que, las cooptaciones de agencias judiciales para la consecución de fines políticos de los derrotados en las urnas, no es monopolio español.[35]

En descargo de ello, debe decirse que algunos de los temas tratados en las sentencias en los que se generaron un aumento de votos en disidencia producen, si se los judicializa en exceso y no se procuran vías de acuerdo político-institucional, un gran desgaste y crisis de legitimidad en los tribunales constitucionales, sometidos a tensiones que no pueden resolverse eficazmente desde las agencias judiciales y que resulta recomendable que sean resueltas por los otros órganos políticos del Estado, en uso de las facultades que les competen, y en procura de acuerdos políticos básicos en la aplicación de políticas públicas de Estado, que eviten la desnaturalización de las funciones del TC. Esta podría ser una lección para el TC, luego de haber estado sometido y/o cooptado por las necesidades y presiones de los partidos políticos que prohijaron las designaciones de los magistrados.

Las leyes cuestionadas ante el TC en ese período, que produjeron varias sentencias con similares alineamientos en los votos, generando repetidas disidencias fueron:

- Ley Orgánica 8/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.
- Código penal, por la Ley Orgánica 1/2004, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género -contemporánea-
- Ley Orgánica 6/2006 de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña -contemporánea-
- Ley Orgánica 1/2006 reforma de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. - contemporánea-
- Ley N° 1/1998, del Principado de Asturias, de uso y promoción del bable
- Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo -contemporánea-

Obsérvese la temática compleja de las leyes citadas que ya anticipaban posiciones irreductibles, basadas en posiciones ideológicas irrenunciables para algunos magistrados, considerando la formación académica e intelectual de los identificados con filiación conservadora, incluso más allá de alineamientos partidarios. Ello también dispensa, en algún grado, la imputada falta de liderazgo de Casas Baamonde, tal vez tenía ante sí una tarea ímproba e ilusoria por realizar, la de obtener consenso en cuestiones donde no era posible lograrlo.

Un dato adicional, también muy relevante, es la variable de la contemporaneidad de varias de las normas complejas mencionadas.

La variable normas contemporáneas refiere a las sancionadas durante el gobierno contemporáneo a la formación del TC que las declara inconstitucionales.

La variable resulta de sumo interés pues se supone que una norma sancionada durante cierto gobierno es de interés del mismo, quién desea su validez y vigencia. Por ello resulta un dato significativo del grado de independencia del TC, la corroboración de la existencia de declaraciones de inconstitucionalidad de normas sancionadas contemporáneamente a la formación del TC que las invalida.

Claro que ello no significa que no sean también del interés del gobierno de turno la vigencia de leyes sancionadas durante gobiernos anteriores. Pero la inconstitucionalidad de normas contemporáneas implica el escenario más conflictivo de confrontación interpoderes, y un indicador muy preciso del grado de independencia del TC dado el fuerte desafío que plantea a los otros poderes políticos del Estado.

Un modo politológico de analizar lo acontecido en el TC durante ese período no debe soslayar que los temas interpelados en las leyes cuestionadas son naturalmente complejos pero muy pertinentes, pues no desaparece la conflictividad que se pretende encauzar mediante esas normas sólo por ignorar la cuestión. Tanto los temas de honda raigambre social -la inmigración, la violencia doméstica, el aborto y otros temas de salud sexual-; como los vinculados al desarrollo y alcance autonómico, son cuestiones sumamente importantes, complejas y pendientes en la sociedad y en el sistema político español. Su interpelación refleja un procedimiento abierto y democrático de las instituciones españolas. La apelación al TC, cuando esas decisiones son claramente de diseño político y social, de evidente competencia de los órganos democráticamente electos y en funciones, -gobierno y parlamento-, resulta un exceso de judicialización que raramente puede arrojar soluciones sin sustento político-institucional y que, además, generan una crisis de legitimidad en el órgano jurisdiccional, puesto a resolver lo que debería ser resuelto en la arena política. Es que la excesiva judicialización de lo político, lleva a una no deseada politización partidocrática de la jurisdicción.[36]

Solo 6 magistrados han votado en disidencia por sobre el 10% de los votos que emitieron durante sus estancias en el TC. Se trata de los referidos Rodríguez Zapata, Conde Martín de Hijas, Rodríguez Arribas, García Calvo, Delgado Barrio y Fernández Viagas. Sus porcentuales oscilan entre el 24% y el 11% de disidencias o, de otro modo, entre el 76% y el 89% de unanimidades.

En todo el período investigado (1980-2011) fueron designados y cumplieron funciones en el TC 50 magistrados, ello indica que los restantes 44 no excedieron el 8% de votos en disidencia (en este caso tiene ese porcentual Rubio Llorente). Y de todos ellos, la performance de 30 magistrados arroja entre el 97 y el 100% de unanimidades y, por ende, entre el 3 y el 0% de disidencias. Nunca votaron en disidencia 4 magistrados.

Estos datos muy contundentes nos muestran, en general, una producción muy prudente y cuidadosa de los magistrados del TC en orden a producir sentencias unánimes, con las salvedades y excepciones ya comentadas supra que resultan muy interesantes y fértiles para el análisis cualitativo.

Como datos comparados, extraídos de una investigación similar sobre la Corte Suprema en la Argentina, se observa que, de un universo de 77 magistrados designados en el período 1936-1998 (en la Argentina los cargos judiciales son vitalicios, no sujetos a períodos, tal como en las cortes de EEUU y Canadá), 66 de ellos estuvieron en un rango creciente con un mínimo de 90% de unanimidades y 10% de disidencias. Nunca votaron en disidencia 23 magistrados. Solo 11 excedieron el 10% de disidencias, siendo los Great Dissenter, Boffi Boggero y Zavala Rodríguez con performance del 47 y 68% de unanimidades y del 53 y 32% de disidencias respectivamente.[37]

## El rol de los presidentes del TC en la obtención de sentencias unánimes [arriba] -

En la obtención de votos unánimes resulta fundamental la decisión política, el liderazgo y la capacidad negociadora del presidente del Tribunal. En casos de gran trascendencia institucional, jurídica y social, siempre resulta un objetivo deseable para el ejecutivo y para el presidente de un tribunal constitucional, la emisión de fallos unánimes o con disidencias acotadas. Ello así, por evidentes y obvias razones de gobernabilidad y legitimación política de decisiones sensibles en materia de políticas públicas y en pos de un funcionamiento armónico de la administración estatal.

La falta de liderazgo que conlleve a esa armonía le quita espíritu de cuerpo al tribunal colegiado y puede permitir o alentar, depende de las circunstancias, un comportamiento más fragmentado de sus magistrados, entendiéndose por tal cosa, un menor nivel de coincidencias, traducido en menor cantidad de fallos unánimes, y en una mayor cantidad de disidencias y de votos que, desde la mayoría, se distinguen individualmente (“según o por su voto”), y son emitidos por juristas más preocupados por dejar su sello o marca personal en cada resolución trascendente del Tribunal, respetando su imagen, trayectoria y producción académica, pero desoyendo los aspectos y consecuencias que la visión positiva de las unanimidades ofrece y, lesionando, en determinadas circunstancias, la gobernabilidad.

Es muy interesante el caso comparado de la Suprema Corte canadiense. La actual presidente del tribunal, Beverly McLachlin, primera mujer en ocupar ese cargo en Canadá, fue designada como tal el 7 de Enero de 2000. Había ingresado a la corte como jueza el 30 de marzo de 1989. Es la Great Dissenter de la corte canadiense. En materia de control de constitucionalidad ha votado 37 veces en disidencia, seguida por Claire L'Heureux-Dubé, de quien hemos citado aquí su trabajo sobre disidencias, con 28 votos disidentes. Lo notable es que McLachlin solo voto 6 veces en disidencia desde que fue designada presidente. Sus 31 votos restantes fueron emitidos antes de su designación como tal. Es una producción que se asemeja, salvo una excepción, a la de los presidentes del TC.[38]

Los presidentes del Tribunal Constitucional español han asumido ese papel de liderazgo y procuran, también por motivación para dejar su sello personal o por la ya referida necesidad política, las unanimidades. Por ello no registran votos en disidencia durante sus presidencias (García Pelayo, Rodríguez Piñero, Sala Sanchez), o disminuyen notoriamente esos votos si se compara su performance como magistrados, con la que les cupo como presidentes. Salvo el llamativo caso ya mencionado de Casas Baamonde, única magistrada que accedió a la presidencia, que tiene la mayoría de sus votos en disidencia durante el período de su presidencia, incluso, en algunos de ellos, votando en soledad.[39] Ello, sin duda, es un reflejo de una compleja etapa en la vida del TC, signada por visibles alineamientos político-partidarios de los magistrados y por una notable crisis de liderazgo de la presidente. Aunque sobre esta cuestión ya hemos expuesto en el apartado anterior, salvedades, reparos y complejidades que deben tenerse en consideración para el análisis del rol que le cupo a Casas Baamonde durante su presidencia.

El cuadro que sigue muestra las disidencias totales de los presidentes del TC, desagregadas durante sus presidencias. Se observa notablemente, salvo la excepción referida de Casas Baamonde, que los presidentes han asumido claramente ese rol de liderazgo en busca de las sentencias unánimes.

Magistrado	Total disidencias	Permanencia en el TC	disidencias durante su presidencia	Período Presidencia
García Pelayo	--	1980/85	--	1980/85 *
Tomás y Valiente	7	1980/92	1	1986/92
Rodríguez-Piñero	4	1986/95	--	1992/95
Rodríguez Bereijo	2	1989/98	1	1995/98
Cruz Villalón	9	1992-01	2	1998-01
Jiménez de Parga	18	1995/04	3	2001/04
Casas Baamonde	17	1998/11	10	2004/11
Sala Sanchez	7	2004/13	--	2011/13

\* Toda su estancia en el TC fue como presidente, desde el inicio del funcionamiento de la institución. Fuente: base de datos propia

#### ¿Quién fue el Great Dissenter del TC? [arriba] -

Jorge Rodríguez Zapata, Magistrado del Tribunal Constitucional entre 2002 y 2010, fue el Great Dissenter del TC, así como el Juez Holmes en la Corte de EEUU, o el referido caso del juez Boffi Boggero en la Corte argentina, o la actual presidente de la corte canadiense Beverly McLachlin. Resulta interesante y anticipatorio, de la performance como Great Dissenter de Rodríguez Zapata, que en el año 1991, en un trabajo titulado “Métodos de interpretación de la Constitución en los primeros 6 años de actividad del Tribunal Constitucional”, expresaba que los votos particulares generan un notorio efecto de feedback a fin de consolidar o corregir jurisprudencia, aún más que el debate doctrinario, en la producción del TC, ofreciendo un futuro interpretativo enriquecido y diferente para los jueces.[40]

También Rodríguez Zapata es uno de los más activos en los votos por la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas. Más aún, a pesar de que ocupa el 5º puesto en ese ranking, en rigor, su performance es la más saliente si consideramos que registra la notable cifra de 138 votos por la inconstitucionalidad, un 35% respecto al total de votos que emitió. Ello, sumado a su performance de 84 votos en disidencia, el 24% del total de votos emitidos y medidos por esa variable, y sus 260 votos unánimes, el 76% del total de la variable, da el perfil del Great Dissenter del TC.

Ya se ha mencionado el muy interesante caso comparado de las Great Dissenter en la Suprema Corte canadiense. La actual presidente del tribunal Beverly McLachlin, y Claire L'Heureux-Dube, ya retirada de la Corte. Remarcamos, otra vez, que la característica de

Great Dissenter de McLachlin cesó con su acceso a la presidencia de la Corte. Su porcentaje de disidencias asciende al 15% del total de votos emitidos hasta 2011, donde finalizó la recolección de datos de la corte canadiense.

Fueron ya mencionados los otros magistrados que lideran el ranking de disidencias del TC y que, contrario sensu, presentan los más bajos porcentajes de unanimidades. Se trata de Conde Martín de Hijas, Rodríguez Arribas, García Calvo, Delgado Barrio y Fernández Viagas. Son los que presentan unanimidades por debajo del 90% y disidencias superiores al 10% de los votos emitidos durante sus estadías en el TC. Reitero que sus porcentuales oscilan entre el 24% y el 11% de disidencias o, de otro modo, entre el 76% y el 89% de unanimidades, incluyendo la producción de Rodríguez Zapata.

Entre los jueces más disidentes del ranking hay una particularidad más que interesante en la producción de Delgado Barrio y de Rodríguez Arribas, ya referida en nota al pie, pero que vale la pena reproducir aquí.

Los dos magistrados han permanecido en el TC luego de las renovaciones de Diciembre de 2010, integrando la formación n° 9. Esta formación presenta un piso-promedio del 90% de sentencias unánimes, que es aún superior, 95% y 90%, en las dos variables mensuradas que contemplan sentencias por la inconstitucionalidad en general y para normas nacionales (cuadros n° 1 a 3). Muy por encima del promedio del TC en toda su existencia (cuadro n° 4). Sólo hubo 5 sentencias con disidencias sobre un total de 63 sentencias emitidas durante 2011, el primer año de la formación (cuadros n° 1 a 3).

Los dos magistrados, anteriormente muy disidentes, han tenido escasísimas disidencias en esta formación (al menos durante el primer año, hasta diciembre de 2011, donde terminó la recolección de datos para esta investigación), comparadas con su performance anterior.

Delgado Barrio solo emitió 2 votos en disidencia y Rodríguez Arribas solo 1 en la formación n° 9, ambos sobre 59 votos en total que emitieron en dicha formación. Además registran en total, durante toda su estancia en el TC, 44 y 46 votos disidentes, respectivamente.

Ello da la medida del cambio de actitud y/o producción, más acorde al funcionamiento actual del TC, y muy diferente a sus producciones anteriores, por lo que demuestran haberse adecuado eficazmente a la producción del Tribunal. También Delgado Barrio integró la formación n° 5 donde emitió sólo 1 voto en disidencia sobre 46 emitidos en esa formación. En 1996 renunció al TC para ocupar la presidencia del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial entre 1996 y 2001. Regresó al TC en Noviembre de 2001 a propuesta de Diputados.

**A modo de conclusión** [arriba] -

Debe prestársele especial atención a los indicadores concretos y prácticos que permiten conocer el comportamiento y la producción de los tribunales constitucionales y cortes

supremas. Para estos altos tribunales, las variables analizadas en este artículo, resultan de vital importancia para su articulación institucional y para entender más acabadamente el rol que desempeñan, o dicho de otro modo, para tener insumos que permitan recomendaciones y debates más pertinentes sobre el rol institucional que se pretende para un alto tribunal.

Los datos recolectados nos permiten corroborar la importancia de las votaciones unánimes de los altos tribunales en términos institucionales y el trabajo activo de los presidentes de esas instituciones judiciales tendientes a tal fin. Los datos comparados también nos muestran que la búsqueda de las unanimidades es perseguida por altos tribunales de distintos países y con distinto sistema de control de constitucionalidad.

Son recomendables mayores desagregaciones y entrecruzamiento de variables que pueden generar insumos muy interesantes a efectos de operar en el diseño de los altos tribunales. Pues así como deben observarse los antecedentes de los candidatos a altos cargos tribunales, en relación a su capacidad para generar consenso, sus facultades negociadoras y de persuasión y su perspectiva y visión de Estado, habrá que observar articuladamente otras variables que desagreguen materias y jurisdicciones de las normas y casos en los que se logran mas o menos unanimidades, características técnicas de los jueces más proclives a una u otra performance e incluso la cuestión de género. Esta última variable muy sugestiva pues, datos preliminares de la investigación mayor que enmarca este trabajo, indicarían que las juezas mujeres tienden a votar en disidencia en mayor proporción que los jueces varones.

#### Notas [arriba] -

[1] Para este concepto Bidart Campos, “La Corte Suprema. El Tribunal de las Garantías Constitucionales”, páginas 21/28, Ediar, 1984, Buenos Aires.

[2] Ya en un debate por la sanción de una ley en el Senado español en 1888, ante la propuesta de publicación de votos discrepantes como contribución a la publicidad de los procesos judiciales, el Conde de Tejada de Valdosera decía respecto de ellos: “Me parece que esto es proclamar la anarquía judicial: esos embriones de sentencias serán, a no dudarlo corteses en la forma, pero en el fondo llevarán la intención de hacer trizas los fallos que les preceden. Dada la impresionalidad de nuestro carácter, la intemperancia de una parte de la prensa, y el encarnizamiento con que aquí luchan los intereses, no es difícil pronosticar que publicadas en la Gaceta de Madrid sus sentencias... el Tribunal quedará anulado.” Diario de Sesiones del Senado, N° 111 del 18 de Mayo de 1888, p.2312, citado por Gregorio Cámara Villar en Votos Particulares y Derechos Fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991), pág. 27, Ministerio de Justicia, Secretaría Legal y Técnica. Madrid 1993.

[3] En este sentido Cámara Villar, ob. Citada, pág. 28.

[4] En este sentido Cámara Villar, ob. citada, pág. 30.

[5] En este sentido, Gerald Fitzmaurice, The Law Practice of International Court of Justice, British Yearbook of International Law, N° 27, pág. 2, Giancarlo Rolla Indirizzo politico e Tribunal Costituzionale in Spagana, pág.141, citados por Cámara Villar, ob. citada, pág. 30 y 31.

[6] En este sentido C. Mortati, Le opinioni dissenzienti, pág X, citado por Cámara Villar, ob.

Citada, pág. 34.

[7] Cfr. Oyhanarte en Historia del Poder Judicial artículo publicado en Todo es historia 1972, pág.88.

[8] Dworkin Ronald vierte esta idea en A matter of principle, Harvard University Press, 1985, también en Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise, Harvard University Press, 1996.

[9] Sunstein Cass, "Legal reasoning and political conflict", Oxford University Press, 1996, pág. 79/83.

[10] Bercholz Jorge, La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998), Ediar, 2004, Buenos Aires.

[11] Alexy, Robert Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs.535/540.

[12] Citas extraídas de Victor Ferreres Comella, Justicia constitucional y democracia; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pág.107/108, 1997.

[13] Rubio Llorente, La Constitución como fuente del Derecho, en La forma del poder, Centro de Estudios Constitucionales, pág.87, Madrid, 1993.

[14] En esta cuestión puede consultarse a Carlos Nino, Fundamentos de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Astrea, 1992 e Introducción al análisis del derecho, Ariel, 1983, Barcelona; Jeremy Waldron, Vagueness in Law and language: Some philosophical issues, California Law review, 1994, entre otros.

[15] Para esta distinción, Ronald Dworkin, El dominio de la vida, Ariel, 1998.

[16] Para esta idea, John Ely, Democracy and distrust. A theory of Judicial Review, Harvard University Press, 1980.

[17] Scalia Antonin, Originalism: The lesser Evil, Cincinnati Law review, 1989.

[18] En este sentido Gustavo Zagrebelsky, Jueces constitucionales, en Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos, Trotta, Madrid, 2007, páginas 97 a 102.

[19] Sunstein, Cass (2005) Why Societies Need Dissent. 1a edición. Harvard, Boston: Harvard University Press, pp. 246.

[20] Fueron los casos Marbury vs. Madison (1803); Fletcher vs. Peck (1810); Martin vs. Hunter's Lesse (1816); McCulloch vs. Maryland (1819); Cohen vs. Virginia (1821) y Gibbons vs. Ogden (1824).

[21] Cámara Villar, ob. citada, pág. 36, con citas de autores americanos.

[22] Cita del Juez Hughes por Lawrence Baum, El Tribunal Supremo en Estados Unidos, pág. 169, Bosch, Barcelona, 1987, citado por Cámara Villar, ob. citada, pág. 38

[23] L'Heureux-Dube, Claire, The dissenting opinion: voice of the future? Heinonline-38 Osgoode Hall l. J. 495 2000, Osgoode Hall Law Journal Vol. 38 N° 3, 2000, Canadá, pág. 496.

[24] L'Heureux-Dube, Claire, obra citada, pág. 501.

[25] Verdugo Sergio R., Aportes del modelo de disidencias judiciales al sistema político. Pluralismo judicial y debate democrático, RDUCN vol.18 no.2 Coquimbo 2011. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 18 - N° 2, 2011 pp. 217-272.

<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532011000200009>

[26] En este sentido Jacques Brossard, La Cour Supreme et la Constitution, Universite de Montreal, pág.228, 1968.

[27] L'Heureux-Dube, Claire, obra citada, pág. 496.

[28] L'Heureux-Dube, Claire, obra citada, pág. 502.

[29] L'Heureux-Dube, Claire, obra citada, pág. 503.

[30] L'Heureux-Dube, Claire, obra citada, pág. 509.

[31] L'Heureux-Dube, Claire, obra citada, pág. 514.

[32] L'Heureux-Dube, obra citada, pág. 515.

[33] Los datos y análisis comparados sobre el Tribunal Constitucional Español que se vierten a partir de esta página, surgen de una investigación mayor dirigida por el autor de este artículo, acreditada dentro de la programación científica de la Secretaría de Ciencia y

Técnica de la Universidad de Buenos Aires (UBACyT) para el período 2013-2016, cuyos datos de identificación son: Proyecto 20020120100031, Resolución N° 6932/13, “Un estudio comparado de la performance de los Tribunales Constitucionales de la Argentina, Alemania, Canadá, España y Brasil en el ejercicio del Control de Constitucionalidad”.

[34] Nos referimos a Delgado Barrio y a Rodríguez Arribas con solo 2 y 1 votos en disidencia, respectivamente, en la formación n° 9, sobre 59 que emitieron en esa formación.

Registrando en total 44 y 46 votos disidentes, respectivamente, durante toda su estancia en el TC. Delgado Barrio también integró la formación n° 5 con sólo 1 voto en disidencia sobre 46 emitidos en esa formación.

[35] Como ha dicho el Profesor Udo Steiner, ex magistrado del Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal de Alemania), “...los perdedores en el proceso político buscan una nueva posibilidad de imponer sus ideas con ayuda de la Corte Constitucional Federal. Todo ello es en cierta forma tradición alemana...”, conferencia magistral impartida en la Universidad de Buenos Aires, “El papel de la Corte Constitucional Federal en el ordenamiento federal de la República Federal de Alemania”, Marzo de 2008, mimeo.

[36] Para este análisis, Bercholc Jorge, La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998), Ediar, 2004, Buenos Aires, capítulo II, páginas 31 a 52.

[37] Bercholc Jorge, La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998), Ediar, 2004, Buenos Aires, páginas 243 a 247.

[38] Datos extraídos de base de datos propia, generada en el marco del proyecto de investigación UBACyT, acreditado por la Universidad de Buenos Aires, Secretaría de Ciencia y Técnica, convocatoria 2010/2012 y 2013/2016, n° Proyecto 20020120100031, Resolución N° 6932/13, Director del proyecto Jorge O. Bercholc, “Un estudio comparado de la performance de los Tribunales Constitucionales de la Argentina, Alemania, Canadá, España y Brasil en el ejercicio del Control de Constitucionalidad”.

[39] Sus votos disidentes en soledad, siendo presidente, fueron en: sentencia 194/2004 de 4/11/04 sobre temas ambientales y administrativos; sentencia 341/05 del 21/12/05 sobre Ley de la Asamblea de Madrid 1/1998; sentencia 112/06 de 5/4/06 Ley 21/1997 reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos.

[40] Citado por Cámara Villar, ob. Citada, pág. 17 y 18.