

¿Por qué el Tribunal Constitucional Federal alemán es un tribunal deliberante, y por qué esto es positivo? Un análisis comparativo*

GERTRUDE LÜBBE-WOLFF**

gertrude.luebbe-wolff@uni-bielefeld.de

Resumen

La toma de decisiones en el Tribunal Constitucional Federal alemán (TCF) es un proceso, por lo general, colegiado y colaborativo, en el que se dedica mucho tiempo al debate en conferencia. Nunca he visto que un debate llegue a su fin, salvo que todos concuerden en que continuar con este no significaría ningún avance para el Tribunal. Ni las objeciones expresadas por pequeñas minorías o por un solo miembro del panel son descartadas en ningún momento por considerárseles irrelevantes. Ninguno de los jueces, incluyendo al presidente, está exento de la posibilidad de que sus argumentos sean dismantelados o de que sus proyectos de texto se vuelvan a redactar. Se realizan grandes esfuerzos para alcanzar un consenso. En caso de que una determinada preocupación no prevalezca, esta por lo menos se tomará en serio no solo durante el debate en conferencia, sino también en las motivaciones de la decisión final¹.

Palabras clave: Tribunal Constitucional Federal alemán, Tribunal deliberante.

* Este artículo fue publicado originalmente en inglés bajo el título: Why is the German Federal Constitutional Court a Deliberative Court, and Why is that a Good Thing? A Comparative Assessment. En Birke Häcker y Wolfgang Ernst (eds.), *Collective Judging in Comparative Perspective* (pp. 157-179). Cambridge: Intersentia, 2020. Traducido del inglés por Claudia Pómez Villanueva.

** Exjueza del Tribunal Constitucional Federal alemán; catedrática (emérita) de Derecho Público en la Universidad de Bielefeld. La autora agradece a Birke Häcker por sus útiles observaciones y a *Wissenschaftskolleg zu Berlin*, donde empezó a comparar el funcionamiento de los tribunales constitucionales durante su estancia como investigadora docente en 2015-2016.

¹ Para descripciones más detalladas, véase G. Lübke-Wolff, «Cultures of Deliberation in Constitutional Courts», en P. Maraniello (ed.), *Justicia constitucional. La justicia constitucional en los diferentes ámbitos del derecho y sus nuevas tendencias*, Vol. 1 (Resistencia, Chaco, Contexto, 2016) 37, 40 et seq.; *idem*, *Wie funktioniert das Bundesverfassungsgericht?* (Göttingen, V&R Unipress, 2015), con más referencias.

Sumilla

- I. Las virtudes de un proceso de toma de decisiones deliberativo y orientado al consenso
 - II. Algunos parámetros pertinentes
 1. El objeto de la votación y los requisitos de mayoría para las sentencias
 - a. Las tradiciones del *Common Law* y del derecho civil
 - b. Efecto en la cultura de deliberación
 2. Mayoría calificada para la elección de los magistrados
 3. Número de jueces, estabilidad en la composición del panel y cuotas políticas
 4. El voto informal y la función del magistrado ponente
 5. La posible opacidad en la conducta de voto
 6. La confidencialidad de las deliberaciones
 7. Los votos singulares
 - III. La cultura y los marcos institucionales
 - IV. Comentarios finales
- Referencias bibliográficas

I. Las virtudes de un proceso de toma de decisiones deliberativo y orientado al consenso

El hecho de que el TCF alemán trabaje de manera deliberativa y orientada al consenso podría no considerarse una recomendación universal para dicha práctica. En algunos países, la mayor parte de los juristas expertos consideran al TCF una *bête noire* más que un modelo: demasiado activista, demasiado locuaz y promotor de un lenguaje extraño y en ocasiones opaco.

En lo que respecta al lenguaje, se debe admitir que leer las sentencias del TCF en inglés puede resultar un suplicio. Sin embargo, la mayor parte del tiempo esto corresponde a un problema de traducción realizada por intérpretes que, comprensiblemente, rara vez se atreven a alejarse de una transposición literal del texto, palabra por palabra y oración por oración, lo que resulta en que se añadan complicaciones y circunloquios propios de una lengua a los existentes en la otra. En el caso de las traducciones del alemán al inglés, el resultado a menudo no solo es poco elegante, sino claramente repulsivo, e incluso a veces apenas comprensible². El TCF viene trabajando para mejorar esta situación desde hace algún tiempo, aunque es poco probable que se llegue a una solución que sea del todo satisfactoria. La gramática alemana ofrece herramientas que permiten una condensación elegante, lo que posibilita juntar grupos de oraciones con muchísima más información de lo que podría caber en una oración aceptable en inglés. Sin embargo, desglosar oraciones

² De hecho, se me dificultó mucho entender algunas partes de mis propias opiniones concurrentes cuando, al estar escribiendo un artículo en inglés, tuve que buscar la versión en inglés en la página web del Tribunal.

en resoluciones judiciales provenientes de tribunales supremos a menudo requerirá mayor criterio y confianza en el propio conocimiento en la materia de lo que puede esperarse de cualquier otra persona que no sea los propios magistrados.

En cuanto a las acusaciones relativas a un activismo excesivo y a una falta de concisión, para los fines de este capítulo no es necesario debatir sobre si tienen fundamento, ya que, de ser el caso, esto tendría muy poca relación con la cultura de toma de decisiones deliberativa y orientada al consenso en el Tribunal. Cuando —como en el caso de Alemania— los alegatos teleológicos y el equilibrio entre intereses antagónicos son elementos importantes y aceptados de la cultura jurídica, mientras que evitar estrictamente el *obiter dicta* no lo es; y cuando —como en el caso de las decisiones del TCF— es común producir motivaciones detalladas y abundantes, puede haber más material sobre el que deliberar, y mayor margen para el compromiso, a diferencia de una cultura que está más avocada a evitar la discrecionalidad judicial o las reflexiones judiciales que van más allá de la motivación mínima. No obstante, esto no significa que la costumbre de deliberar intensamente y de alcanzar el mayor consenso posible conlleve un activismo judicial. Tampoco existe necesariamente un nexo entre una deliberación cooperativa y orientada al consenso y un tipo de sentencias cada vez más frecuente. Así que cualquier crítica que se haga a la función que cumple el TCF en Alemania —y, de hecho, en Europa— no debería «solo por esta razón» rechazar el método de trabajo deliberativo y orientado al consenso que acabo de describir³.

Las ventajas de este método superan con creces cualquier posible desventaja. Una comunicación intensa sobre la base de igualdad ayuda a prevenir errores. Ayuda a entender los puntos de vista e impresiones que la mayoría puede no compartir, pero que se deben reconocer y abordar para que aquellos que «perdieron» puedan considerar aceptable una determinada decisión. Además, contribuye a dejar de lado cualquier expectativa de infalibilidad y a promover el respeto mutuo. Una comunicación genuina y un esfuerzo sincero para encontrar un terreno común ayudan a prevenir cualquier polarización interna y a evitar que el tribunal se divida en facciones⁴. Además, contribuyen a resistir la tentación de utilizar el cargo judicial

³ Tampoco se pueden ignorar los aspectos beneficiosos de esta función; véase G. Lübbe-Wolff, *Constitutional Courts and Democracy. Facets of an Ambivalent Relationship* en K. Meßerschmidt y A.D. Oliver-Lalana (eds.), *Rational Lawmaking under Review* (Suiza: Springer International, 2016) 19, 26 et seq.

⁴ Algunos autores sostienen que es posible que la deliberación fomente la polarización; véase C. Sunstein, «Deliberative Trouble? Why Groups Go to Extremes» (2000) 110 *Yale Law Journal* 71; A. Paterson, *Final Judgment: The Last Law Lords and the Supreme Court* (Oxford y Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013) 96. Los jueces del TCF estarían en total desacuerdo con esta evaluación. Al conversar sobre el tema con jueces de otros tribunales nacionales e internacionales que describen la cultura de comunicación en sus respectivos tribunales como una cultura deliberativa, tampoco me he encontrado con ningún punto de vista negativo respecto de dicha cultura. Con lo que sí me he encontrado es con expresiones de lamento por parte de miembros de

como una herramienta para promover la condición individual de «estrella» y, en cambio, fortalecen el espíritu de comunidad y de servicio. Como consecuencia, ayudan a impedir cualquier solución extrema o partidista, así como la volatilidad generada por los cambios en la composición del tribunal. Asimismo, fomentan la confianza en el sistema judicial (y al mismo tiempo en el sistema político). La cualidad más impactante que se puede ganar con todo esto es la cualidad «integradora» de la judicatura resultante: una cualidad que es particularmente importante en la jurisprudencia constitucional, ya que cumple con la función primaria de una constitución moderna⁵.

En este sentido, el TCF realmente ha sido y sigue siendo un elemento extremadamente integrador en Alemania. Con todo derecho, es una de las instituciones que gozan de mayor confianza en el país⁶, y de una reputación de imparcialidad y equilibrio. Algunas de sus sentencias, aunque no muchas, incluyen votos singulares (promedio a largo plazo: aproximadamente el 8 %)⁷. A pesar de la relevancia y controversia políticas de gran parte de los casos sobre los que las dos salas del TCF deben fallar, rara vez las opiniones se dividen 4:4, y son aún menos los casos en los que se dividen según el partido político de los miembros. De manera general, el Tribunal ha logrado pacificar y no atizar el conflicto en torno a cuestiones controvertidas, no solo en lo relativo a las partes involucradas, sino también a la sociedad como un todo. Además, y esto cobra especial importancia en una nación cuyo sentido subdesarrollado sobre la importancia que tienen las instituciones jurídicas alguna vez produjo aberraciones de naturaleza y escala nunca vistas; el Tribunal ha favorecido un respeto extraordinariamente alto por la Constitución alemana («Ley Fundamental» o *Grundgesetz*, GG) y una concientización respecto de su importancia. Todos estos son los efectos producidos por la cultura de deliberación del Tribunal.

tribunales o de formaciones de tribunales donde la deliberación no funciona: por ejemplo, como en el caso la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), debido al tamaño excesivo de los discursos o a la falta de disciplina respecto de la duración de estos. Para más información sobre la toma de decisiones en el TEDH, véase la contribución de A. Nussberger en el capítulo 12 de esta colección.

⁵ Sobre la función integradora de las constituciones, véase G. Lübbe-Wolff, «Integration durch Verfassung» (2009) 12 *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes* 174, disponible en línea en <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/1866-377X-2009-4-174/integration-durch-verfassung-jahrgang-12-2009-heft-4> (fecha del último acceso: 8 de marzo de 2020); *idem*, «Homogenes Volk: Über Homogenitätspostulate und Integration» (2007) 27 *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 121, disponible en línea en http://www.zar.nomos.de/fileadmin/zar/doc/Aufsatz_zar_07_04.pdf (fecha del último acceso: 8 de marzo de 2020).

⁶ Véase H. Vorländer, «Die Deutungsmacht des Bundesverfassungsgerichts» en RC van Ooyen, C. Möllers y HW Martin (eds.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2° ed. (Wiesbaden: Springer VS, 2015) 299, 309 et seq.

⁷ Véase el resumen en las estadísticas de 2017 en la página web del TCF, p. 12, disponible en https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/Statistik/statistik_2017.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (fecha del último acceso: 8 de marzo de 2020).

Podríamos volver a épocas tempranas, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos, bajo el mandato de su presidente Marshall, empezó a forjarse la reputación que disfruta en la actualidad, sin agregarle nada (para expresarlo con palabras amables). El elevado porcentaje de las sentencias que no reflejaban ninguna división en la Corte en aquellos días se pudo alcanzar gracias a un debate mucho más profundo que en el que participan los jueces de la Suprema Corte en la actualidad. En *Talbot v Seeman*, en el primer caso sobre el que falló la Corte de Marshall, el alegato público duró cuatro días y fue seguido de casi una semana de deliberaciones, incluyendo un domingo⁸. La sentencia que se pronunció fue presentada como una «opinión de la Corte», sin que hubiera ningún voto singular, a pesar de que el caso había sido extremadamente controvertido entre los partidos políticos⁹.

II. Algunos parámetros pertinentes

1. El objeto de la votación y los requisitos de mayoría para las sentencias

a. Las tradiciones del *Common Law* y del derecho civil

Los sistemas del *Common Law* y del derecho civil difieren en la manera en que resuelven los problemas propios de la toma de decisiones en tribunales con pluralidad de miembros. La mayor parte de estas diferencias remontan a las tradiciones de toma de decisiones *seriatim* y *per curiam*, respectivamente. Con el transcurrir del tiempo, estas tradiciones han convergido parcialmente. En Estados Unidos, el modelo de toma de decisiones exclusivamente *seriatim*, donde cada juez dicta una sentencia propia¹⁰, fue abandonada para siempre a inicios del siglo XIX, cuando

⁸ J.E. Smith, *John Marshall. Designer of a Nation* (Nueva York: Henry Holt and Company, 1996), 292. Sobre la práctica actual ampliamente diferente y no deliberativa en su gran mayoría, véase G. Lübbe-Wolff, «Cultures of Deliberation» (Nº 1) 37 et seq.; T.R. Johnson, «The Supreme Court Decision Making Process» (2016) Oxford Research Encyclopedia, Politics, sección «Decisions on the Merit: Conference Discussions», disponible en línea en <http://politics.oxfordre.com/view/10.1093/crefore/9780190228637.001.0001/acrefore/9780190228637-e-98> (fecha del último acceso: 8 de marzo de 2020); T.R. Johnson y MW Sorenson, «The U.S. Supreme Court's Strategic Decision-Making Process», en R. Rogowski y T. Gawron (eds.), *Constitutional Courts in Comparison. The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, 2º ed. (Nueva York/Oxford: Berghahn, 2016) 111, 132; A. Ward, «Junior Varsity Judges? Law Clerks in the Decisional Process of the U.S. Supreme Court», en R. Rogowski y T. Gawron (eds.), *ibid*, 165, 173.

⁹ *Talbot v Seeman*, 5 US 1 (1801); Smith (Nº 8), 291 et seq. Contrariamente a frecuentes supuestos en la literatura, la ausencia de votos singulares no era una prueba de que el tribunal hubiera decidido por unanimidad; véase C. Sunstein, «Unanimity and Disagreement on the Supreme Court» (2015) 100 *Cornell Law Review* 769, 786 et seq.

¹⁰ Sobre las tradiciones —algunas veces olvidadas— de unanimidad que al parecer estaban asociadas con este modelo en épocas más tempranas, véase C. Young, «The History of Judicial Dissent in England: What Relevance Does it have for Modern Common Law Legal Systems?» (2009) 32 *Australian Bar Review* 96, 101 et seq. Sobre las antiguas tradiciones de consulta entre tribunales y de debate de casos controvertidos entre todos los jueces la tradición del *Common Law* de Inglaterra en la Cámara del Tribunal de Hacienda (*Exchequer Chamber*), véase J.H. Baker, *The Oxford History of the Laws of England*, Vol. VI, 1483-1558 (Oxford: Oxford University

el presidente de la Corte Suprema, Marshall, estableció como norma que todos los magistrados debían producir una «opinión de la Corte»¹¹. En la actualidad, incluso en el país natal del *Common Law*, el Reino Unido, el Tribunal Supremo emite una «sentencia del Tribunal» con relativa frecuencia¹². Por otro lado, cada vez más países que forman parte de la tradición del derecho civil se alejan de la modalidad exclusivamente *per curiam* al permitir que sus tribunales supremos publiquen votos singulares. Así, las tradiciones del *Common Law* y del derecho civil parecen mezclarse. Sin embargo, esta tendencia hacia la convergencia respecto de la incidencia de las sentencias u opiniones «del tribunal» por un lado, y de las opiniones judiciales individuales difundidas, por el otro, no debería difuminar las diferencias que hasta el momento han persistido casi en su totalidad. Si bien estas diferencias pueden resultar menos conspicuas, no necesariamente son menos importantes que aquellas que parecen estar desapareciendo.

En lo relativo a las cuestiones específicas sobre cómo producir una solución con múltiples jueces en el tribunal, la diferencia más relevante que persiste entre las tradiciones del *Common Law* y del derecho civil está relacionada con la mayoría requerida¹³. La pregunta más interesante en este punto es: ¿Para qué se necesita una mayoría?

Press, 2003), 41; M. Hemmant, «Introduction» en M. Hemmant (ed.), *Select Cases in the Exchequer Chamber Before all the Justices of England* (Publications of the Selden Society, Vol. 51, 1933) xi-xcvii. Sobre la tradición inglesa de oralidad, con sentencias extemporáneas durante el cierre de los alegatos, estrechamente relacionada con la tradición *seriatim*, pero que daba margen a la aparición de excepciones cuando se consideraba necesario sostener deliberaciones intermitentes («*curia adversari vult*»), véase R.J. Martineau, *Appellate Justice in England and the United States: A Comparative Analysis* (Buffalo/Nueva York: William S Hein & Co., 1990) 101 et seq.; P.M. Tiersma, «The Textualization of Precedent» (2007) *Loyola Law School Legal Studies*, Artículo N° 2007-28, disponible en línea en <http://ssrn.com/abstract=680901> (fecha del último acceso: 8 de marzo de 2020), 1187, 1189, 1208..

¹¹ Sobre la historia de este cambio, véase J.R. Stoner, «Heir Apparent. Bushrod Washington and Federal Justice in the Early Republic» en S.D. Gerber (ed.), *Seriatim. The Supreme Court Before John Marshall* (Nueva York y Londres: New York University Press, 1998) 322, 331 et seq.; K.M. ZoBell, «Division of Opinion in the Supreme Court. A History of Judicial Disintegration» (1959) 44 *Cornell Law Review* 186, 192 et seq.; Smith (N° 8) 292 et seq.; G. Lübke-Wolff, «Cultures of Deliberation» (N° 1) 44 et seq.

¹² B. Hale, «Judgment Writing in the Supreme Court», Blog UKSC, 25 de octubre de 2010, disponible en línea en <http://uksblog.com/judgment-writing-in-the-supreme-court-brenda-hale/> (fecha del último acceso: 29 de febrero de 2020); J. Mance, «In a Manner of Sepaking: How Do Common, Civil and European Law Compare?» (2014) 78 *Rabels Zeitschrift* 231, 241; R. Reed, «The Supreme Court Ten Years On», 6 de marzo de 2019, p. 12, disponible en línea en <https://www.supremecourt.uk/docs/peech-190306.pdf> (fecha del último acceso: 22 de mayo de 2020).

¹³ En ambos sistemas, la mayoría requerida generalmente es una mayoría simple. En algunos países, se requiere la mayoría calificada para el ejercicio de determinadas competencias, como las declaraciones de inconstitucionalidad de determinada legislación o de partidos políticos: véase un panorama rápido para Europa en La Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia), *Opinion on Amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland*, Op. N° 833/2015 CDL-AD(2016)001, párrafos 76 et seq. En algunos tribunales, se requiere unanimidad en las sentencias pronunciadas por formaciones de tamaño muy pequeño (en lo que respecta a las cámaras de tres del TCF, véase el N° 37 más adelante; la misma

En las jurisdicciones del *Common Law*, hasta el día de hoy, solo se requiere una mayoría de votos para la parte resolutive (fallo) de una sentencia, no para las motivaciones. Es posible que se produzcan las tan llamadas *plurality decisions*, donde la mayoría que pronuncia el fallo se encuentra dividida en cuanto a las mismas motivaciones. En la tradición del derecho civil, las reglas relativas a la cuestión que requiere una mayoría —fallo, motivaciones o ambos— a menudo no están del todo claras, aunque, por lo menos en cuanto a las motivaciones relativas a la ley, el enfoque predominante es que todas estas necesitan el apoyo de la mayoría¹⁴.

Por ejemplo, en Alemania, la Ley del Poder Judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz*, GVG) no establece reglas claras sobre si las motivaciones para una sentencia judicial deben contar con el apoyo de la mayoría de los jueces que hayan participado en dicha sentencia. El legislador histórico deliberadamente dejó abierta esta cuestión controvertida a finales del siglo XIX¹⁵. Sin embargo, actualmente en la práctica la respuesta es casi siempre afirmativa en lo que respecta a las cuestiones de derecho¹⁶. Para el Tribunal Constitucional Federal, este es un hecho que el Reglamento del tribunal toma en cuenta¹⁷.

b. Efecto en la cultura de deliberación

Esta característica respecto de la toma de decisiones en las jurisdicciones de derecho civil presenta una importancia práctica, ya que garantiza una orientación jurídica fácilmente identificable¹⁸. Otro efecto, menos obvio para observadores externos,

unanimidad se requiere en países como Albania, Austria, Bélgica, Corea, Kosovo, Hungría, Perú, Turquía y Eslovenia).

¹⁴ Se reconocen algunas excepciones de mayor o menor alcance. Por ejemplo, en los tribunales penales alemanes, los jueces legos (*Schöffen* o *Geschworene*) no participan en la *redacción* de las motivaciones. Según el artículo 34 N° 6a, párrafo 2 del Reglamento de la Corte Constitucional de Colombia, que en muchos aspectos es una corte que corresponde a la tradición europea continental, la parte resolutive de una sentencia debe ser aprobada por la mayoría absoluta de los jueces; mientras que, en el caso de las motivaciones (parte motiva), bastará con una mayoría simple. Se trata de una instancia con un diseño de tribunal que presenta características fusionadas de los sistemas anglosajón/Common Law y europeo continental/Derecho Civil. Esta misma fusión se produce en Kosovo.

¹⁵ W. Ernst, *Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten: «Group choice» in europäischen Rechtstraditionen* (Tübinga: Mohr Siebeck, 2016) 180, 189 et seq.

¹⁶ Todos los jueces de otros tribunales federales alemanes a quienes he podido entrevistar sobre el tema han confirmado que, como era de esperar, las motivaciones requieren el consenso mayoritario. El consenso relativo a esta cuestión también se ve reflejado, por ejemplo, en la práctica del Tribunal Federal Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*, BVerfG): así, en este tribunal, cualquier cambio que se sugiera en los borradores de las sentencias, que son adoptadas según el supuesto de que dichos borradores han circulado, debe ser rubricado por tres de los cinco jueces de una sala para que pueda ser aceptado.

¹⁷ Artículo 27, inciso 2, Reglamento Interno del TCF (*Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts*, GO BVerfG)..

¹⁸ Sobre la falta de orientación como corolario del resultado de la votación, véase D.G. Post y S.C. Salop, «Issues and Outcomes, Guidance and Indeterminacy: A Reply to Professor John Rogers and Others» (1996) 49 *Vanderbilt Law Review* 1996, 1070 et seq.; S. Levmore, «Ruling Majorities and Reasoning Pluralities» (2002) 3 *Theoretical Inquiries in Law* 87, 97.

pero no por ello menos importante: exigir una mayoría cuando se trata de las motivaciones, propicia una práctica judicial deliberativa y orientada al consenso. La necesidad de producir motivaciones que la mayoría esté dispuesta a apoyar tiende a promover el debate y el principio de colegialidad. Esto ocurre no solo porque existe una mayor cantidad de texto con los que las mayorías deben identificarse. Otros dos factores incrementan aún más la necesidad de deliberar y lograr una convergencia.

El primer problema es el de mayorías divergentes: una mayoría para cada una de las motivaciones de una sentencia no necesariamente significará un resultado que por sí mismo cuente con el respaldo de una mayoría¹⁹. Contrariamente a la creencia de que este es un problema específico de un sistema que requiere una mayoría para las motivaciones de una sentencia, sugiero que este tema sea percibido como un problema universal propio de un proceso colectivo de toma de decisiones judiciales en el que la estrategia del *Common Law* que consiste en contar con una mayoría para el fallo es solo una de las posibles soluciones. Desestimando las posibles combinaciones y las intersecciones confusas, las posibles soluciones básicas son:

- 1) la solución orientada al fallo (que requiere una mayoría exclusivamente para el fallo);
- 2) la solución orientada a las motivaciones (que requiere una mayoría exclusivamente para la secuencia de las motivaciones que determinarán un fallo que por sí solo no necesita contar con el apoyo de una mayoría);
- 3) la solución de «presión indefinida para armonizar» (que requiere una mayoría tanto para las motivaciones como para el fallo, y que deja a la sala la labor de superar el estancamiento —de «algún modo» y en cualquier dirección— en caso de mayorías divergentes en cuanto a las motivaciones y al fallo, y de lograr la doble mayoría necesaria;
- 4) la no regulación (es decir, la abstención en cuanto al establecimiento de una norma general relativa a cómo proceder en casos reales de mayorías divergentes; esto incluye la ausencia de reglamentos del tribunal autoimpuestos formales o informales).

Las jurisdicciones del *Common Law* tienden a adoptar la primera solución o, mejor dicho: nunca se abandonó del todo la primera solución, que generalmente ha sido la solución original porque es la única que se puede aplicar en sistemas jurídicos arcaicos con jueces analfabetos. Esta situación se ajusta a períodos gene-

¹⁹ Este problema también recibe el nombre de «paradoja doctrinal»; véase D. Grossi y G. Pigozzi, *Judgment Aggregation. A Primer* (San Rafael, CA: Morgan & Claypool Publishers, 2014), 8. Sobre los debates históricos en torno al problema en Alemania, véase Ernst (N° 15) 177 et seq.

ralmente más largos (o, hasta el momento, a un nivel más alto) de mantenimiento de antiguas características de deliberación en jurisdicciones del *Common Law*, tal como la oralidad²⁰, un apoyo extenso en los alegatos y las pruebas de las partes en cuanto al alcance de los argumentos que el tribunal considerará²¹, y una especial atención a poner fin a cualquier controversia individual y mucho menos a reforzar o clarificar las normas²². Por el contrario, las jurisdicciones de derecho civil han desarrollado estrategias diferentes y mayormente vagas para tratar la cuestión de las mayorías divergentes. En la práctica de los tribunales supremos de tradición *per curiam*, ninguna de las cuatro soluciones mencionadas parece prevalecer. Hasta ahora, nunca me he topado con ningún reglamento específico (a menos que se consideren las pocas instancias que sin duda alguna requieren una mayoría tanto para las motivaciones como para el fallo²³, lo que impone la solución 3 que, sin embargo, no es una interpretación imperativa).

Tal vez la expresión más clara de la solución 3, suponiendo que de algún modo se alcance un compromiso para que tanto las motivaciones como el fallo obtengan el apoyo de la mayoría, se pueda encontrar en la práctica de los tribunales que recurren al voto «integral», es decir, se someten las decisiones al voto como un todo²⁴. Esta es la práctica, por ejemplo, del *Conseil constitutionnel* francés, del Tribunal Constitucional de Polonia y, aparentemente, también de la Corte Suprema de Justicia de Japón: se trata de una práctica que, en casos complejos y controvertidos, puede resultar en la producción de múltiples borradores de texto hasta que, finalmente, emerja una versión que cuente con el voto de la mayoría²⁵. De acuerdo con lo que me han manifestado en entrevistas con diversos magistrados, parece que la mayor

²⁰ Sobre la tradición de oralidad, véase Martinau (Nº 10); M. Kirby, «Judicial Dissent – Common Law and Civil Law Traditions» (2007) 123 *Law Quarterly Review* 379, 384 et seq.; sobre la incompatibilidad de las deliberaciones en conferencia a puerta cerrada con la tradición de oralidad (incluyendo el carácter público), véase L. Epstein, R.A. Posner y W.M. Landes, *The Behavior of the Federal Judges. A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice* (Cambridge: Harvard University Press, 2013) 61, 308.

²¹ En las últimas décadas, se han producido múltiples cambios que han ocasionado un acercamiento entre ambas tradiciones. Sin embargo, la importancia de los elementos contradictorios en los sistemas del *Common Law*, contrariamente a la tendencia inquisitorial en los sistemas de derecho civil, sigue siendo una de las principales diferencias entre ambos sistemas.

²² Véase Kirby (Nº 20) 388 et seq.

²³ Sobre el TCF alemán: artículo 27, inciso 2, Reglamento del TCF (*Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts* GO BVerfG) en relación con el artículo 15(4), inciso 2, Ley del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, BVerfGG) (véase el Nº 17 mencionado anteriormente); sobre el Tribunal Constitucional de Austria: artículo 34(2) Reglamento del Tribunal (*Geschäftsordnung des Verfassungsgerichtshofes*) en relación con el artículo 12(1) Ley sobre Jurisdicción (*Jurisdiktionsnorm*, JN).

²⁴ Sobre la diferencia entre el voto integral y secuencial, véase también la contribución de W. Ernst en el capítulo 1 de esta colección (pp. 14-15).

²⁵ D. Schnapper, *Une sociologie au Conseil Constitutionnel* (París: Gallimard, 2010) 280, afirma que el secretario general del *Conseil* le comentó que el antiguo presidente Robert Padinter alguna vez había elaborado un borrador en catorce versiones sucesivas. Sobre el *Grand Bench* de la Corte Suprema de Justicia de Japón, H. Itoh, *The Supreme Court and Benign Elite Democracy in Japan* (Farnham: Ashgate, 2010) 79, sostiene que, ocasional-

parte de los tribunales de tradición *per curiam* tienden a adoptar la solución orientada a las motivaciones (2) o la solución de «presión indefinida para armonizar» (3), junto con reservas indefinidas, es decir, con un fuerte componente de la solución 4. Ocasionalmente, se detectan algunas prácticas inconsistentes²⁶. Si bien en principio estas prácticas deberían evitarse, el fuerte componente de indeterminación o no regulación que prevalece parece ser bastante apropiado, si se considera que ninguna norma logrará evitar una votación estratégica, y si se toma en cuenta la naturaleza iterativa del razonamiento jurídico racional, es decir, la oscilación entre juzgar los fallos en función de las motivaciones y juzgar las motivaciones en función de los fallos²⁷. Obviamente, la solución de «presión indefinida para armonizar» (3) es la solución que más claramente requiere no solo debate, sino también compromiso. Y cada una de las soluciones 2-4, ya sea que se tome pura o en combinaciones más o menos vagas, requerirá mayor deliberación que la solución orientada al fallo adoptada en las jurisdicciones del *Common Law* (1).

El segundo factor que incrementa la necesidad de deliberar en jurisdicciones que requieran una mayoría respecto de las motivaciones de una sentencia es la cuestión de la ausencia de mayoría, es decir, que en la votación no se logre obtener mayoría alguna²⁸. Este problema puede surgir en cualquier oportunidad en que se deba tomar una decisión mediante votación entre más de dos alternativas. Si las alternativas A, B y C están disponibles y cada una se lleva tres de nueve votos judiciales, entonces dos personas deberán cambiar sus votos para que se alcance la mayoría requerida.

Contrariamente a los prejuicios existentes, este tipo de presión institucionalizada no es desconocida en las jurisdicciones del *Common Law*, donde los abogados tienden a considerar que esta situación va en contra de la independencia judicial. El problema de la ausencia de mayoría puede presentarse aun cuando se necesita una mayoría únicamente para el fallo. Incluso en el caso de los tribunales de apelaciones, donde generalmente las opciones en términos de fallo no son numerosas, aunque

mente, se producen más de diez borradores para una misma sentencia. En cuanto al Tribunal Constitucional de Polonia, estamos confiando en información privilegiada.

²⁶ Por ejemplo, en Suiza, el Tribunal Federal (*Bundesgericht*) ha sostenido que las sentencias que se publican junto con motivaciones necesitan una mayoría de votos tanto para las motivaciones como para la parte resolutoria, *Bundesgericht* (30.1.1985) BGE 111 Ib 116, 118. Sin embargo, según el magistrado que tuvo la gentileza de mostrarme esta sentencia, existen paneles de este tribunal que no respetan esta norma. Podría ser que la impresión de incumplimiento desaparece si la sentencia de 1985 se interpreta como una decisión que deja margen para el voto informal (véase más abajo, sección II.4 del presente capítulo).

²⁷ Sobre el razonamiento jurídico como un proceso iterativo en el sentido antes definido, véase D. Neuberger, «Judge not, that ye be not judged»: Judging Judicial Decision-Making» (2015), *The UK Supreme Court Yearbook*, Legal Year 2014-15, 15, 17; M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung* (Berlín: Duncker & Humblot, 1976) 196 et seq.

²⁸ Sobre esta cuestión, véase también la contribución de W. Ernst en el capítulo 1 de esta colección (pp. 14- 14).

tampoco se reducen necesariamente a solo dos, aun si se trata de jurisdicciones del *Common Law*²⁹.

Obviamente, a pesar de esto, las posibilidades de que este problema surja se multiplican cuando se requiere la mayoría no solo para los fallos, sino también para las motivaciones. Además, este incremento no solo es proporcional al incremento de la extensión del texto sobre el que debe haber un consenso de la mayoría, ya que el número de alternativas disponibles es menos abierto a limitaciones previstas respecto de las motivaciones que respecto de los fallos. En consecuencia, es mucho más probable que en las jurisdicciones donde el requisito de la mayoría abarca también las motivaciones se produzca un hábito de esfuerzos intensos para convencer y convergir.

2. Mayoría calificada para la elección de los magistrados

Los jueces del TCF deben ser elegidos por una mayoría de dos tercios³⁰. El requerimiento de una mayoría calificada de este tipo es particularmente importante en sistemas donde las instituciones políticas con pluralidad de miembros, tales como las cámaras parlamentarias, tienen un poder decisivo o una función importante en el proceso de selección y nombramiento de magistrados. Estos contrarrestan la tentación de recurrir a candidatos aún más comprometidos ideológicamente para garantizar que seguirán la línea del partido. Así, generalmente evitarán tener extremistas en la sala y garantizarán la elección de jueces que gozan de la confianza de los diferentes partidos en el sentido de que permanecerán abiertos a los diferentes alegatos³¹. Obviamente, este patrón de reclutamiento fomentará una cultura de deliberación constructiva. Los requerimientos relativos a la mayoría calificada para la elección o aprobación de los magistrados tienen una presencia cada vez mayor en todo el mundo. La mayoría de dos tercios es el requerimiento de mayoría califi-

²⁹ Otras opciones disponibles podrían servir para confirmar, revocar o devolver la resolución apelada para su modificación; sobre estas alternativas y otras opciones, véase S. Levmore, «Ruling Majorities and Reasoning Pluralities» (2002) 3 *Theoretical Inquiries in Law* 87, 95 et seq.

³⁰ Artículo 6(1), inciso 2, y artículo 7 BVerfGG.

³¹ Salvo que, por supuesto, una de las partes exija la mayoría calificada, como es el caso en Hungría.

cada con el que más me he encontrado³²; sin embargo, en algunos países podemos encontrar umbrales de mayoría calificada más bajos o incluso más altos³³.

Así como ocurre en muchas instituciones beneficiosas para la sociedad, la introducción o el mantenimiento de la exigencia de una mayoría calificada podría fracasar debido a intereses creados, y con relativa frecuencia como consecuencia precisamente del problema que se supone debe solucionar. Es probable que la polarización política existente sea un obstáculo al momento de imponer una mayoría calificada que logre una despolarización, del mismo modo que es probable que

³² Más allá del caso alemán (véase el N° 30 líneas arriba), la mayoría de dos tercios es necesaria para la elección de los magistrados de los tribunales constitucionales o de las cortes supremas de justicia (generalmente, o en caso de que solo un porcentaje de estos sea electo por el parlamento o por una de las cámaras parlamentarias), como en los casos de Argentina, Bélgica, Chile, Croacia, Hungría y Perú. En Bolivia, la mayoría de dos tercios en la asamblea legislativa es necesaria para la candidatura al Tribunal Constitucional Plurinacional en un proceso de preselección. En algunos países con sistemas de nombramiento mixtos, la mayoría de dos tercios es necesaria únicamente para una parte de los magistrados. Este es el caso, por ejemplo, en Chile (para más detalles, véase el artículo 92(1), literal b de la Constitución de la República de Chile, y R. Carroll y L. Tiede, «Ideological Voting on Chile's Constitutional Tribunal: Dissent Coalitions in the Adjudication of Rights» (2012) 11 *Journal of Human Rights* 85, 89); en Kosovo (artículo 114, apartado 3 de la Constitución de la República de Kosovo); en Líbano (artículo 2 de la Ley N° 250 relativa a la institución del Consejo Constitucional; en este caso, la mayoría de dos tercios aplica para la mitad de los magistrados, que debe ser nominada por los miembros del gobierno, mientras que la otra mitad deberá ser nominada por una mayoría absoluta de los miembros del parlamento); en Italia, donde, sin embargo, este requerimiento se reduce a tres quintos tras tres votaciones fallidas (para más detalles, véase el folleto informativo en la página web de la *Corte Costituzionale*, p. 29, disponible en http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Cc_Checosa_2016.pdf, (fecha del último acceso: 29 de febrero de 2020); en Marruecos (artículo 130(1) de la Constitución del Reino de Marruecos); en Portugal (para más detalles, véase los artículos 163h y 222.1 de la Constitución de la República de Portugal, y S. Amaral-García, N. Garoupa y V. Grembi, «Judicial Independence and Party Politics in the Kelsenian Constitutional Courts: The Case of Portugal» (2009) 6 *Journal of Empirical Legal Studies* 381, 386); y en Túnez (artículo 11(3) de la Ley Orgánica N° 2015-50 relativa al Tribunal Constitucional).

³³ En España, la mayoría de tres quintos es necesaria para la parte del órgano judicial que debe ser elegido por el Congreso, Senado y Consejo General del Poder Judicial, respectivamente (para más detalles, véase la página web del Tribunal Constitucional en <https://www.tribunalconstitucional.es/en/tribunal/Composicion-Organizacion/composicion/Paginas/default.aspx>, fecha del último acceso: 8 de marzo de 2020, y D. Toda Castán, «What is the Situation of Constitutional Jurisdiction in Europe? Worrying News from Spain» *VerfBlog*, 02/02/2017, disponible en <http://verfassungsblog.de/what-is-the-situation-of-constitutional-jurisdiction-in-europe-worrying-news-from-spain/>, fecha del último acceso: 8 de marzo de 2020). Sobre la solución alternativa italiana, véase el N° 32 líneas arriba. En EE. UU., hasta hace poco, las normas del Senado permitían que una minoría de dos quintos obstaculizará la confirmación de la candidatura de un presidente a la Corte Suprema. Esto cambió en 2017 tras una amenaza demócrata para obstaculizar la confirmación del candidato del presidente Trump, Neil Gorsuch; véase C. Savage «The Senate Filibuster Explained», disponible en <https://www.nytimes.com/2017/04/03/us/politics/filibuster-supreme-court-neil.gorsuch.html> (fecha del último acceso: 8 de marzo de 2020), y también A. Liptak y M. Flegenheimer, «Neil Gorsuch Confirmed by Senate as Supreme Court Justice», disponible en <https://www.nytimes.com/2017/04/07/us/politics/neil-gorsuch-supreme-court.html> (fecha del último acceso: 8 de marzo de 2020). En Israel, para la elección de los magistrados del Tribunal Supremo, es necesaria una mayoría de siete de los nueve miembros del Comité de Selección Judicial (o una mayoría de todos los que participan menos dos, si son menos de nueve), la misma que realiza una propuesta vinculante, cf Wikipedia, artículo «Judicial Selection Committee (Israel)», y M. Tamir, «Recent Judicial Appointments to the Israeli Supreme Court: A Victory for Politicians, or Is it?», 25 de abril de 2017, disponible en línea en <https://blog-iacl-aidc.org/test-3/2018/5/26/analysis-recent-judicial-appointments-to-the-israeli-supreme-court-a-victory-for-politicians-or-is-it> (fecha del último acceso: 29 de febrero de 2020).

la corrupción evite la imposición de reglas anticorrupción, y así sucesivamente. Esta es la razón por la que el progreso de instituciones beneficiosas tarda tanto, sin mencionar el progreso cultural que podría venir después, necesariamente con un retraso adicional. Por ello, en lo que respecta a la mayoría calificada para la elección de los magistrados, una vez que la «astucia de la razón» (Hegel)³⁴ ha permitido su introducción, tiene sentido protegerla de cualquier retroceso imponiéndola como parte del orden constitucional.

3. Número de jueces, estabilidad en la composición del panel y cuotas políticas

La amplia mayoría de los tribunales constitucionales o de las cortes supremas cuentan entre sus filas con un número impar de jueces, de tal manera que, en principio, cuando todos los jueces están presentes, cualquier división en los votos significará una mayoría. Cuando se produce un estancamiento, lo que podría ocurrir en caso de ausencias, una solución notoria es otorgarle al presidente el voto dirimente³⁵. En lo que respecta al TCF, este es un mecanismo de desempate al que solo se recurre en dos tipos de decisiones excepcionales, y una de ellas es puramente interna³⁶. En los otros casos, se ha adoptado una solución completamente diferente: esta, junto con una cuota política informal para la nominación de los jueces, produce fuertes incentivos para evitar la formación de facciones políticas internas.

El TCF está compuesto por dos salas, cada una conformada por ocho jueces, de orientación común³⁷. Esto quiere decir que cada sala representa un tribunal con una especie identidad de curia. Esto parece ser típico en la tradición *per curiam* del derecho civil, en oposición a la tradición en los países del *Common Law*, donde en vez de tener combinaciones de jueces más o menos constantes en un determinado órgano jurisdiccional, las «recombinaciones» continuas parecen ser cada vez más comunes, o por lo menos bastante frecuentes. La estabilidad de las formaciones judiciales tal vez sea por sí misma un factor que tiende a promover deliberaciones

³⁴ «Astucia de la razón» (*List der Vernunft*) es el término que emplea Hegel para referirse a la realización de lo que es razonable a través de la acción humana, que es motivada por pasiones e intereses humanos y no por (de manera inmediata) la razón (dicho de otro modo: lo razonable que emerge como resultado de lo irrazonable).

³⁵ El Tribunal Constitucional de Austria ha adoptado una versión especial de esta solución. Tal como sucedía en los tribunales del Sacro Imperio Romano (Tribunal de la Cámara Imperial y Consejo Áulico), el presidente del TC de Austria vota únicamente en caso de empate; de lo contrario, el presidente cumple la función de un simple presidente sin derecho de voto alguno: véase el artículo 31, incisos 2 y 3, Ley del Tribunal Constitucional de 1953 (*Verfassungsgerichtshofgesetz 1953*, VfGG).

³⁶ El presidente del tribunal tiene el voto dirimente en caso de que se produzca un empate en el comité (interamente, sin la participación de las partes) cuando no queda claro cuál de las dos salas del TCF es competente para fallar sobre un determinado caso, artículo 14(5), inciso 2, BVerfGG, y cuando se produce un empate en cuanto a las decisiones sobre la recusación de un juez, artículo 19(1) BVerfGG.

³⁷ Además, las cámaras de tres, que pueden decidir por unanimidad, tratan casos fáciles, artículos 15a(1), 81, artículo 93d(3), inciso 1, BVerfGG.

abiertas y respetuosas, principalmente gracias a que genera relaciones estables y recurrentes de cooperación y reciprocidad. Estas relaciones, más que lo que podrían lograr contactos más efímeros, generalmente conducen a un comportamiento justo y equitativo. Por supuesto, en los casos como el Tribunal Supremo del Reino Unido, donde la mayor parte del tiempo los jueces actúan en diversas combinaciones de cinco, siete, nueve u once³⁸ de un total de solo doce, las relaciones de cooperación siempre serán lo suficientemente estrechas entre todos los miembros del tribunal para producir ese efecto moderador.

Para tener éxito, los solicitantes ante del TCF deben, por regla general, obtener la mayoría, es decir, cinco de los ocho jueces de la sala que estén tratando sus casos. Esta situación se ha tornado importante desde el punto de vista cultural, junto con un arreglo informal que garantice una composición con representación política equilibrada en ambas salas. El arreglo informal presente durante décadas consistía en que cada uno de los dos principales partidos políticos, *CDU* y *SPD* (demócratas cristianos y socialdemócratas) —o, para ser más exactos— sus agrupaciones en las dos cámaras del Parlamento alemán (*Bundestag* y *Bundesrat*), tenían derecho a nominar a la mitad de los jueces de cada sala, y asignaban una distribución adecuada en cuanto a sus derechos de nominación entre sus posibles aliados en coalición. En combinación con este arreglo, el número impar de jueces y la manera en que el requerimiento de mayoría funciona han tenido un efecto preventivo contra la formación de bloques políticos de votación en el TCF, ya que han excluido la posibilidad de que un bloque pueda imponerse mediante una mayoría no dialógica y no mediante debates donde traten de convencer a los otros bloques. Bajo un gobierno conservador, por ejemplo, los jueces conservadores (jueces que han sido nominados por un partido conservador) en teoría podrían rechazar cualquier medida contra actos del gobierno de turno sin esforzarse en establecer un debate serio con sus colegas. Sin embargo, una estrategia de este tipo no sería recomendable, ya que las mayorías gubernamentales siempre pueden cambiar, lo que colocaría a los colegas del «otro lado» en una posición desde donde podrían tomar represalias. En este contexto, es poco probable que una creación estratégica de facciones pueda siquiera concebirse.

Sin embargo, por muy útil que este arreglo podía resultar para la cultura de deliberación del tribunal, sin duda alguna no era perfecto. Nunca fue del todo justo, ya que desfavorecía a los partidos más pequeños que formaban parte de la oposición.

³⁸ Actuar *en banc* como un panel completo. De conformidad con el artículo 42(1)(a) de la Ley de Reforma Constitucional de 2005, el Tribunal Supremo necesariamente «consiste en un número impar de jueces». Por ello, no puede haber un panel de doce magistrados en el Tribunal Supremo.

Más aún, necesitaba adaptarse a los cambios relativos a la importancia política de las partes interesadas. En 2016, se informó que se había alcanzado un consenso sobre una adaptación (parcial) según la cual, en el futuro, el Partido Verde nominaría a uno de cinco jueces³⁹. Este nuevo arreglo resultó ser insostenible y ha sido remplazado por uno que incluye al Partido Liberal en una distribución 3:3:1:1 en cuanto a «derechos» de nominación⁴⁰. En el contexto actual de diversificación y volatilidad políticas, se ha vuelto poco probable encontrar soluciones estables, pero sigue siendo importante mantener un equilibrio o una suerte de pluralismo en las salas que pueda contrarrestar el riesgo de creación de facciones políticas.

Muchos países tienen sistemas de nombramiento político donde es difícil alcanzar el equilibrio político o un pluralismo suficiente en el tribunal. Un juez de uno de estos países me contó que, en su país, el presidente del Estado tenía la costumbre de utilizar su derecho de escoger uno de los magistrados de la corte constitucional para corregir cualquier posible desequilibrio. Pero este es un tema de sabiduría y virtud individuales. Debe preferirse contar con salvaguardias institucionales más confiables.

En países con un sistema de reclutamiento (predominantemente) profesional⁴¹ —en su mayoría más típico de los tribunales supremos que de los tribunales constitucionales especializados, a veces asociados a la costumbre de nombrar únicamente magistrados profesionales— la necesidad de garantizar un equilibrio entre las inclinaciones políticas de los magistrados del tribunal puede parecer menos evidente, ya que en dichos sistemas, la mayor parte del tiempo la proximidad respecto de los partidos políticos o de sus valores no se manifestará en primer lugar entre los criterios de selección y, por lo menos al principio, esto será menos visible para el público. Sin embargo, mientras mayor sea la cantidad de cuestiones de importancia e interés políticos que deba tratar un tribunal supremo, más fácil será darse cuenta de si la jurisprudencia de ese órgano refleja o no algún sesgo político, y

³⁹ Véase el artículo periodístico de C. Rath, «Neue Formel für die Wahl der Bundesverfassungsrichter», *Die Tageszeitung*, 8 de setiembre de 2016.

⁴⁰ La orden que se acordó en 2016 hubiera significado que, en 2018, el Partido Verde habría sido capaz de nominar al sucesor de un juez saliente en la primera sala, lo que habría producido un claro predominio liberal de izquierda en esa sala. Tras las protestas generalizadas, incluyendo las preocupaciones expresadas por el TCF (no solo por parte de los jueces más conservadores), la orden según la cual las partes interesadas debían ejercer su derecho de nominación fue modificada para preservar el equilibrio entre jueces más conservadores y más liberales en la sala. Sobre el nuevo arreglo, véase C. Rath, «Vier Wahlen für Karlsruhe», *Legal Tribune Online*, 10 de marzo de 2020, disponible en línea en <https://www.lto.de/recht/justiz/j/bverfg-nachfolger-vosskuhle-masing-praesident-vizepraesident-wahlen-neue-richter-karlsruhe/> (fecha del último acceso: 22 de mayo de 2020).

⁴¹ Esto incluye la elección por medio de comités judiciales de nombramiento con un predominio de miembros provenientes del Poder Judicial.

sería prudente tomar en cuenta esta situación en el proceso de nombramiento y estructurar este proceso en función de lo que se observe.

4. El voto informal y la función del magistrado ponente

Un punto que hasta ahora no ha recibido mucha atención es que una cultura de deliberación seria y orientada al consenso se vería beneficiada gracias a una informalidad al momento de determinar cuáles son las opiniones de múltiples jueces —es decir: gracias al voto informal— y a la respectiva flexibilidad respecto de la publicación de los votos⁴². La práctica del Tribunal Constitucional Federal alemán es un buen ejemplo.

En lo que respecta al voto informal, la institución del tan llamado «magistrado ponente» cumple una función importante. El magistrado ponente (*rapporteur*) como una institución típica de las jurisdicciones del derecho civil no es la misma figura que el «juez principal» de las jurisdicciones del *Common Law*. El término «juez principal» a menudo se aplica al juez a quien se le encarga la redacción de la primera opinión, con miras a reunir una mayoría, «después» de la (primera) deliberación y de votar en conferencia⁴³. El *rapporteur*, en cambio, debe preparar un texto con antelación, que servirá para sentar las bases de las deliberaciones del tribunal desde el inicio.

En el caso del TCF alemán, el procedimiento de deliberación sobre la base de un texto preparado por el *rapporteur* consta de dos etapas.

En la primera etapa, el *rapporteur* debe preparar un informe completo: para los casos de las salas, generalmente consta de 150 a 300 páginas, a menudo más⁴⁴, y debe resumir los escritos y antecedentes del caso, y —sobre la base de legislación y jurisprudencia existentes— explorar todas las ramificaciones jurídicas. Lo ideal es que esto sea llevado a cabo de tal manera que, sin importar qué camino elija la mayoría en cualquiera de las posibles intersecciones, se pueda encontrar toda la información con facilidad para poder decidir cómo proceder a continuación. Este informe suele terminar con una sugerencia del tan llamado «Tenor» (la parte resolutive de la sentencia), que sigue al razonamiento desarrollado por el *rapporteur*.

⁴² Sobre la publicación de los votos, véase la sección II.5 más arriba.

⁴³ Véase, por ejemplo, I. Greene, *Final Appeal: Decision-Making in Canadian Courts of Appeal* (Toronto: James Lorimer & Co., 1998) 88 et seq. También es usado por el presidente del tribunal, sobre todo en paneles menos numerosos, donde el juez de mayor jerarquía preside, y donde el término «presidente» puede resultar demasiado ostentoso; véase, por ejemplo, M. Palmer, «Compromising Courts and Harmonizing Ideologies: mediation in the administrative chambers of the people's courts of the People's Republic of China» en A. Harding y P. Nicholson (eds.), *New Courts in Asia* (Londres y Nueva York: Routledge, 2010) 251, 264.

⁴⁴ Para más detalles, véase G. Lübbe-Wolff, «Cultures of Deliberation» (N° 1) 40.

Este informe no solo es una fuente de información que libera a los otros jueces de la carga que representa tener que llevar a cabo toda la investigación por cuenta propia, y tampoco es solo un dispositivo necesario que ayuda a estructurar el debate en conferencia y a garantizar que no se pase por alto ningún aspecto jurídico relevante. También sirve como una suerte de opción por defecto, en el sentido de que serán consideradas como aprobadas aquellas partes del razonamiento y aquellas conclusiones o conclusiones provisionales ante las que ninguno de los jueces ha presentado objeción alguna. Así, el informe funciona como la base del voto informal a través del consentimiento silencioso.

Asimismo, la mayor parte del tiempo también se tratará de manera informal cualquier objeción formulada. Una cuestión controvertida a menudo se debatirá extensamente, hasta que no surja ningún nuevo argumento o hasta que la oposición al punto de vista dominante desaparezca de alguna forma. El juez que preside el tribunal —el presidente o vicepresidente— en determinado momento dará una mirada alrededor y, sin haber solicitado una votación formal, dirá algo así: «Bueno, tengo la impresión de que hemos alcanzado un consenso sobre esta cuestión» o «... que la mayoría está a favor de...», y si nadie objeta esta afirmación, así es como se considerará que se ha tomado una decisión sobre el tema. Esta práctica de voto informal ahorra a los autores que por fin no reclaman contra la solución adoptada por la mayoría el tener que rectificarse de forma explícita. Esto es extremadamente útil, ya que neutraliza el efecto de «desracionalización» que producen algunas emociones de las que ningún ser humano se encuentra exento. Los jueces más conscientes saben, por su propia experiencia y por haber observado el comportamiento de los otros, que el ejercicio judicial más difícil de todos es bajarse del caballo al que uno mismo ha apostado⁴⁵. En la práctica informal que acabamos de describir, un juez que al principio expresó su opinión respecto de un tema y que no obtuvo la mayoría puede dejar abierta la posibilidad —tal vez incluso

⁴⁵ En los casos que tratan las cámaras, en los que solo se puede fallar por unanimidad (véase el N° 37), cuando una decisión de «revocación» debidamente motivada que yo había propuesto en mi calidad de magistrado ponente enfrentaba objeciones por parte de uno de mis colegas quien, en cambio, sugería un rechazo no motivado para fallar sobre el caso, me parecía útil dejar descansar el asunto por un tiempo. Tras volver a leer mi proyecto de texto después de algunas semanas, a veces me parecía que la alternativa sugerida era más aceptable de lo que había considerado en los días que siguieron el fin de semana que pasé redactando el borrador. La cantidad de casos que maneja el TCF es tal, que cada juez debe informar sobre varios cientos de casos de las cámaras cada año. Es inevitable que surjan divergencias al inicio. Cuando se produce un estancamiento que no se puede superar, una de las posibilidades es transferir el caso a la respectiva sala de ocho. Sin embargo, debido a la limitada capacidad de tratamiento de las salas, existe una presión institucionalizada para alcanzar un acuerdo en la cámara. De esta forma, los requisitos de unanimidad que, como una suerte de compensación por un menor número de jueces en la sala, son parte del mecanismo de filtrado en muchos tribunales constitucionales además del TCF alemán (como en los casos de Austria, Bélgica, Kosovo, Hungría, Corea, Turquía y Eslovenia), pueden hacer que las decisiones en casos menores se vuelvan una especie de «ejercicio de campo» para una cultura que busca el consenso en los casos importantes.

en su propia mente— de haber sido convencido por una mayoría o de simplemente desistir de emitir un voto en discordia⁴⁶. Por regla general, el siguiente caso que levante las mismas cuestiones jurídicas encontrará al mismo juez en el lado de la mayoría, donde podrá una vez más dejar abierta la posibilidad de adherir esta vez a la opinión de la mayoría en vista únicamente del precedente existente, o en vista de motivaciones adicionales que se hayan adoptado mientras tanto. Este método específico de creación de consenso⁴⁷ es exitoso, incluso respecto de la «internalización», ya que se basa en la maleabilidad y permeabilidad que caracterizan a todos los sistemas vivos, incluyendo los sistemas de creencias personales.

Con todas las funciones mencionadas, el informe es un instrumento indispensable para una toma de decisiones eficiente en un tribunal de tradición *per curiam* y donde existe el requerimiento de mayoría (véase más arriba, sección II.2). A pesar de ello, no se trata de una institución cuyo objetivo sea lograr que el magistrado ponente tenga mayor influencia que los otros jueces, y la práctica del TCF busca prevenir este tipo de efectos. Los informes tienen esta extensión porque están diseñados para que todos los miembros de la sala puedan participar de la pericia adquirida por el *rapporteur* durante su preparación⁴⁸. Además, este informe viene acompañado de una colección —que antes era de papel y ahora es electrónica— de todos los materiales que se usaron para su preparación, incluyendo copias de los escritos presentados por las partes y de todos los otros elementos importantes del expediente, así como copias de toda la jurisprudencia y de la literatura de los expertos citados en el informe (excepto los elementos considerados presentes

⁴⁶ Podríamos preguntarnos si esta práctica, que también es común en otros tribunales federales alemanes, es compatible con el deber de justicia que representa emitir un voto (que, en Alemania, se encuentra implícito en la Ley del Poder Judicial, GVG, así como en la Ley del Tribunal Constitucional Federal, BVerfGG). Para una apreciación crítica de prácticas de votación no explícitas, véase W. Ernst, «Abstimmen über Rechtserkenntnis» (2012) 67 *JuristenZeitung* 637, 641 et seq. De hecho, la práctica del TCF descrita anteriormente descansa en este deber en el sentido de que nunca se permite a ningún juez simplemente decidir abstenerse de manifestar su opinión en lo absoluto y, ciertamente, cualquier tipo de votación formal tiene un costo.

⁴⁷ El método se aplica en muchos tribunales de tradición *per curiam*, pero esta situación está lejos de ser universal. El Tribunal Constitucional de Austria, por ejemplo, confía mucho más en el voto formal secuencial. Sin embargo, existen límites al desglose de preguntas en subpreguntas, y, por ende, límites también a la votación formal secuencial, que ni siquiera un tribunal más comprometido con el voto formal puede evitar. Una alternativa es el voto integral, tal como se practica en algunos tribunales de tradición *per curiam* (véase más arriba, el texto que acompaña y sigue al N° 24). El voto integral, como cualquier otra estrategia, conlleva algunos costos: En los casos controvertidos, se pueden redactar múltiples versiones de un proyecto de texto hasta que se alcance una mayoría (véase el N° 24). En cuanto a los factores que motivan que se abandonen las objeciones, es probable que la fatiga y —en igualdad de condiciones— la presión social desempeñen un papel más importante en el voto integral que en el voto secuencial. En teoría, el voto integral también puede llevarse a cabo de manera informal, pero es probable que la relación costo-beneficio sea menos favorable en este caso.

⁴⁸ Al principio, el *rapporteur* generalmente no es un experto en el tema específico sobre el que informa. En el TCF, por regla general, las competencias relativas a la elaboración de informes, que se determinan con antelación según un calendario de responsabilidades, no se asignan según los ámbitos de trabajo en los que los jueces se hayan desempeñado en el pasado.

en la biblioteca de su oficina, como las colecciones estándar de los fallos del TCF). Dependerá de cada juez formarse una opinión sobre el caso basándose sobre todo en el informe, en el material que lo acompaña, o en ambos. Por regla general, cada miembro de la sala está muy bien preparado. Las objeciones respecto al informe, que a veces circula por escrito antes de la fecha de la conferencia, se presentan con total libertad, y a menudo el magistrado ponente constatará que sus sugerencias para el fallo o partes importantes del razonamiento subyacente han sido rechazadas por una mayoría de sus colegas.

El intervencionismo colegiado continúa en la siguiente etapa. Una vez que, durante la(s) conferencia(s) basada(s) en el informe, ha quedado claro cuáles serán el fallo y las principales motivaciones de la decisión, se deberá redactar el texto de la sentencia. Por regla general, el *rapporteur* estará a cargo de esta redacción, sin importar si su informe ha garantizado o no una mayoría para el fallo propuesto. Si, a pesar de esto, el *rapporteur* (de forma imprudente) se declara incapaz de “motivar» el fallo decidido por el tribunal, se encontrará a un colega que esté dispuesto a hacerse cargo⁴⁹. Tras ello, se hará circular el proyecto de texto, y todos los jueces —no solo aquellos que estuvieron de acuerdo con el fallo— sugerirán cambios (usando la función de corrección electrónica), a menudo sustanciales, que luego se someterán a debate en otra conferencia o varias otras conferencias, dependiendo del número y grado de controversia de los cambios propuestos. Esta segunda etapa de conferencia recibe el nombre de «deliberación de lectura» (es decir, una deliberación que se basa en una lectura detallada del tan llamado «borrador consolidado» que muestra los resultados de la fase de circulación)⁵⁰. Una vez más, en este caso el voto formal es una excepción. Algunos pasajes del borrador inicial del *rapporteur*, así como algunas sugerencias que aceptó e incorporó en el borrador consolidado, se considerarán aceptados en ausencia de cualquier objeción. Las sugerencias y los pasajes controvertidos relativos a las modificaciones se debatirán uno por uno, avanzando así página por página. Puede darse el caso de que las objeciones relativas a un borrador sean tantas o de tal naturaleza, que se proponga un borrador alternativo para la misma sentencia como un todo o como la parte principal de esta, o también puede suceder que la sala pida a un número menor de sus miembros, incluyendo al magistrado ponente, que participen en la producción de una nueva versión de proyecto de texto. Y así como ocurre en la primera etapa de deliberación, el debate en torno a otras alternativas generalmente no terminará en un voto

⁴⁹ En mis doce años pasados en el TCF, recuerdo solo un caso en el que alguien debió hacerse cargo porque un *rapporteur* estaba tan insatisfecho con las conclusiones del Tribunal, que se negó a redactar la sentencia.

⁵⁰ Para más detalles sobre este proceso, que es ligeramente diferente en ambas salas, véase las referencias en el N° 1.

formal. Las votaciones formales a mano alzada se solicitan únicamente cuando no está claro, en el transcurso de las deliberaciones, en dónde existe mayoría.

5. La posible opacidad en la conducta de voto

Para que esta práctica de voto informal favorezca la creación de consenso en la forma que acabamos de describir, cada magistrado deberá ser capaz de «no» comunicar de forma pública cómo votó. Las reglas formales e informales para el TCF toman en cuenta esto. Las sentencias del Tribunal son firmadas por «todos» los jueces que trabajan en el caso⁵¹, ya sea que estén o no de acuerdo con la sentencia. Para los juristas de la tradición del *Common Law*, esto puede parecer una falsa certificación. Sin embargo, en la tradición *per curiam*, que un juez firme una sentencia no quiere decir que esté de acuerdo con esta en el sentido figurado. Lo que significa es que estuvo en la sala y que trabajó en el caso, y que la decisión es una sentencia *curia*, no una decidida por magistrados individuales. Este requerimiento indistinto de firma es una fuerte expresión simbólica del concepto *per curiam* de la toma de decisiones jurídicas, y se mantiene en muchos tribunales supremos de tradición *per curiam*, pero no en todos⁵².

Los jueces del TCF que no estén de acuerdo con determinada sentencia pueden, aunque no están obligados, a añadir un voto singular, y las salas pueden, aunque no están obligadas, a revelar la «distribución numérica» de los votos en sus sentencias⁵³. Esto incluye la posibilidad de revelar que una decisión fue tomada por unanimidad, y la posibilidad también de divulgar las discrepancias respecto de los votos relativos al fallo y los votos relativos a las motivaciones. Esto, sin embargo, «no» incluye la posibilidad de divulgar nombres, lo que sería, por ejemplo, revelar quién votó de qué forma. En la práctica, las salas siempre optarán por la transparencia en términos de cómo se emitieron los votos cuando un miembro que discrepa perteneciente a la minoría solicita que esta información sea revelada —se trata de un acto de cortesía promovido por el hecho de que el miembro solicitante

⁵¹ Artículo 30(1), inciso 1, BVerfGG. Si se impide que firme un juez que participó en la toma de decisiones, esta situación debe ser corroborada por el presidente del tribunal, artículo 28(2), GO BVerfG. En la versión publicada de la sentencia, las firmas son reproducidas en copia mecanografiada.

⁵² Para algunos tribunales, las alternativas existentes son, por ejemplo, la firma del presidente del tribunal o del presidente de la formación respectiva (por ejemplo, del Tribunal Constitucional de Eslovenia, con algunas excepciones), o la firma del presidente y del secretario del tribunal/secretario judicial/secretario general (por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Austria, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Las sentencias de la *Corte Costituzionale* italiana son firmadas por el presidente, el juez que redactó la sentencia (*redattore*), y el secretario general (*cancelliere*). Las decisiones colectivas del *Conseil constitutionnel* francés se publican sin firmas ni copias mecanografiadas de firmas. En su lugar, la última oración de la sentencia indica qué juez participó en la sentencia («*Jugé par le Conseil constitutionnel dans la séance du..., où siégeaient...*»).

⁵³ Artículo 30(2), BVerfGG.

puede recurrir a expresar la falta de unanimidad publicando un voto singular— si su moción fuera rechazada.

Esto brinda al tribunal y a sus miembros un amplio abanico de matices a la hora de expresar el acuerdo o desacuerdo, lo que no solo protege la informalidad, que resulta una manera sencilla de verificar cuáles son las mayorías (véase la sección II.4), sino también promueve una cultura de deliberación orientada al consenso al proveer material que, al ser de uso discrecional, puede servir para encontrar un equilibrio, sin por ello comprometer la ley. Por ejemplo, si la mayoría se ha esforzado bastante para atender una preocupación expresada por una minoría, como podría ser el caso cuando se busca reducir las motivaciones de forma sustancial, de tal forma que estas tengan consecuencias de menor alcance más allá del caso en cuestión, sería poco usual que el o los jueces en la minoría no honren esta práctica al renunciar a la publicación de la opinión disidente. A su vez, es probable que la mayoría hubiera sido menos propensa a mostrar una conducta conciliadora si no hubiera esperado que esta práctica sea honrada de esta forma.

Resulta interesante que la Corte Suprema de Estados Unidos de América trabajara con la misma opacidad en el periodo de su funcionamiento sumamente colegiado: no había ningún requerimiento general de firma, pero tampoco ningún requerimiento de que cada uno de los magistrados hiciera público su voto. Con solo la «opinión de la corte», generalmente publicada por el presidente, no se podía detectar qué jueces la habían apoyado. Los desacuerdos internos no necesariamente se articulaban de forma pública⁵⁴. Yo supondría que, junto con este elemento de opacidad, una práctica asociada de voto informal similar a la que describimos arriba (en la sección II.4) ayudó a que la Corte Suprema se mantuviera cohesionada en sus albores.

6. La confidencialidad de las deliberaciones

Aparte de las excepciones notables que acabamos de mencionar (en la sección II.5), existe una estricta «intransparencia» en el TCF respecto del curso de las

⁵⁴ Sunstein (N° 9). Sunstein, como uno de los magistrados que cita como evidencia de esta práctica (y, por lo que veo, en coherencia con el uso general en la literatura jurídica), emplea el término «consentimiento silencioso» para denotar la no publicación de las objeciones de un juez respecto de la opinión del tribunal. Esta terminología me deja perpleja. Cabe preguntarse si no se acercaría más a la comprensión común reservar el término «consentimiento silencioso» al consentimiento interno que no se explicita en público, y más bien hablar de «consentimiento silencioso» o de «objeciones silenciosas» cuando lo que no se revela son las disidencias internas (o las objeciones respecto de las motivaciones). Considerar la no divulgación de disidencias como un consentimiento asigna un significado a este último que solo tendría en un sistema donde se exija que cualquier disidencia relativa a la opinión del tribunal sea hecha pública. Incluso podría tener sentido sustituir «silencioso» por «invisible», con el fin de evitar cualquier confusión respecto de lo que se comunica de forma interna y lo que se comunica en público.

deliberaciones y de la votación⁵⁵. La «confidencialidad de las deliberaciones» también es la regla en los otros tribunales alemanes⁵⁶ y, de hecho, en la mayor parte de los tribunales del mundo⁵⁷. Existen algunos países que se apartan del principio de confidencialidad incluso en tribunales supremos, al disponer la realización de conferencias pública ya sea de forma general o en determinadas circunstancias y partes (Brasil, Suiza, México)⁵⁸. Experiencias con una deliberación en público obligatoria no promueven la imitación. En el Tribunal Federal suizo (*Bundesgericht*), donde la deliberación pública es obligatoria cuando, entre otros casos, los magistrados no alcanzan un consenso por unanimidad, lo que esto ha generado es una unanimidad casi omnipresente⁵⁹ (probablemente de buena fe —un buen ejemplo de cómo el interés, incluyendo el interés por considerar irreprochable su propia conducta, genera convicciones). En Brasil, se informa que las deliberaciones públicas de los magistrados del Supremo Tribunal Federal generalmente consisten en una simple votación *seriatim* de estos, en la que cada uno de los jueces lee su opinión prefabricada⁶⁰. En México, donde las sentencias del Tribunal Supremo son extremadamente fragmentadas, se ha identificado que una de las razones principales de ello son las deliberaciones transmitidas públicamente⁶¹. No sorprende entonces que el virtuoso ejercicio judicial mencionado previamente⁶² ya sea difícil de llevar a cabo frente a unos cuantos colegas.

⁵⁵ Artículo 30(1), inciso 1, BVerfGG.

⁵⁶ Artículo 43 de la Ley de la Judicatura alemana (*Deutsches Richtergesetz*, DRiG).

⁵⁷ Sin embargo, en muchas jurisdicciones del *Common Law*, incluyendo al Reino Unido, no figura ninguna regla jurídica formal que prescriba la confidencialidad de las deliberaciones; esta confidencialidad es considerada como una simple convención.

⁵⁸ Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana (donde se lleva a cabo una deliberación privada luego de la pública) y para el *Supremo Tribunal Federal*, véase A.R. do Vale, *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais* (tesis doctoral, Universidad de Alicante/Universidad de Brasilia, Brasilia-Alicante 2015), 107 et seq., disponible en línea en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/50465/1/tesis_rufino_do_vale.pdf (fecha del último acceso: 29 de febrero de 2020); V.A. da Silva, «Deciding without deliberating» (2013), 11 *International Journal of Constitutional Law* 557, 568; F. Pou Giménez, «Changing the Channel. Broadcasting Deliberations in the Mexican Supreme Court» en R. David and D. Taras (eds.), *Justices and Journalists. The Global Perspective* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017) 209 et seq.; para Suiza, véase información breve en la página del Tribunal Federal (*Bundesgericht*), y H-J Mosimann, M. Felber y T. Stadelmann, «Öffentliche Urteilsberatung am Bundesgericht – aktuelle Probleme und Lösungsansätze», *Justice – Justiz – Giustizia* 2014/1; P. Eggenberger y C. Stöckli, «Das Volk will wissen, was im Gericht läuft», *plädoyer* 6/0 del 29 de noviembre de 2010, actualizado el 7 de octubre de 2013 (entrevista con el juez federal suizo M. Schubarth y con el abogado H. Heeb), disponible en <https://www.plaedoyer.ch/artikel/d/das-volk-will-wissen-was-im-gericht-laeuft/> (fecha del último acceso: 8 de marzo de 2020).

⁵⁹ Mosimann/Felber/Stadelmann (N° 58). Sobre la experiencia suiza, véase también la contribución de T. Stadelmann en el capítulo 9 de esta colección.

⁶⁰ Silva (N° 58) 568 et seq.

⁶¹ Pou Giménez (N° 58) 222 et seq.; cf. También M. Aragón Reyes, «La deliberación en los tribunales constitucionales» (2018) 112 *Revista Española de Derecho Constitucional*, 377, 378, 384. Sin embargo, Pou Giménez, *ibid.*, valora las deliberaciones públicas porque contribuyen a generar confianza y a mejorar el conocimiento público relativo a las cuestiones jurídicas.

⁶² En la sección II.4, el texto que acompaña el N° 45.

7. Los votos singulares

Un número de países cada vez mayor pertenecientes a la tradición del derecho civil permiten que por lo menos sus tribunales supremos publiquen los votos singulares. ¿Qué efecto conlleva esta licencia en la cultura de toma de decisiones?

Queda claro que no se trata de un requisito necesario para el desarrollo de una cultura de deliberación seria y orientada al consenso. Basándome en conversaciones con magistrados de tribunales donde la publicación de los votos singulares es ilícita, entiendo que algunos de estos tribunales funcionan de una forma bastante deliberativa, y los magistrados aún se escuchan unos a otros y tratan de convencerse mutuamente cuando las mayorías ya están claras. Unos magistrados me explicaron esto como una cuestión de reciprocidad: los jueces en mayoría no rompen los debates ni simplemente rechazan cualquier objeción, ya que no desean que lo mismo les ocurra cuando ellos se encuentren en minoría. Esto indica que los patrones de reclutamiento que evitan cualquier predominio de determinados bloques (véase la sección II.3 más arriba) son más importantes que la permisibilidad de votos singulares.

Sin embargo, con base en mi experiencia en el TCF, llegaría a la conclusión de que, en un tribunal con una cultura básicamente deliberativa y orientada al consenso, permitir publicar los votos singulares reforzará dicha cultura, ya que proveerá motivación adicional para que la mayoría convenza a la minoría de unirse a ella o por lo menos de abstenerse de publicar cualquier objeción⁶³. Para que este principio sea eficaz, debe permitirse que los jueces se guarden las objeciones para ellos mismos, y lo mismo se aplica incluso al simple hecho de objetar (véase la sección II.5).

III. La cultura y los marcos institucionales

Una cultura de deliberación productiva no nace porque haya gente agradable en la sala. Se produce como resultado de circunstancias y condiciones marco que tienen un impacto en el comportamiento. Los seres humanos tienen la ventaja de ser capaces de concebir y cambiar gran parte de las condiciones marco que afectan su conducta; esto es, pueden crear marcos «institucionales», tales como legislaciones y otro tipo de normas, formales e informales. Esta capacidad es la fuente de todos

⁶³ Véase el ejemplo que se muestra en la sección II.5 más arriba (p. 175). Cf. También Vale (Nº 58) 185 et seq.; R. Lamprecht, *Abweichende Meinungen und ihre Bedeutung für die Rechtskultur* (Baden-Baden: Nomos, 1992) 305, con más referencias. Para el punto de vista opuesto, véase V. Ferreres, «The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court. Some Thoughts on Judicial Activism» (2004) SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política). Artículo 39, disponible en línea en http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/39 (fecha del último acceso: 29 de febrero de 2020) en 24, con más referencias.

los avances humanos. Así como alguna vez lo observara Georg Wilhelm Friedrich Hegel, el gran filósofo de las instituciones, los marcos institucionales eficientes a menudo operan de forma indirecta⁶⁴. Su eficacia reside en que producen hábitos, expectativas y las correspondientes normas «internalizadas». Debido al sentido de autonomía que (con justa razón) acompaña cualquier internalización de normas, el origen institucional de estas y su necesidad de ser estabilizadas a nivel institucional podrían pasar desapercibidos con facilidad. Por ello, los marcos institucionales subyacentes de las culturas de deliberación judicial pueden pasarse por alto fácilmente.

IV. Comentarios finales

Los pasajes anteriores tratan únicamente aquellos factores que podrían pasar inadvertidos. Por supuesto, existen otros factores. Contar con salvaguardias que garanticen la independencia y la integridad judiciales, por ejemplo, es de suma importancia. En ausencia de independencia judicial, o ante la presencia de jueces corruptos, la «fuerza irresistible del mejor argumento» (en los términos planteados por Jürgen Habermas) no dará resultado, y es poco probable que una cultura de debate genuino se desarrolle ahí donde, debido a la corrupción endémica o al control que el gobierno ejerce sobre el poder judicial, los fallos son predecibles. La cantidad de casos, los mecanismos de filtrado, el apoyo de los secretarios judiciales, los departamentos de investigación, entre otros factores, determinarán la cantidad de tiempo disponible para la deliberación. Las normas y prácticas relativas al número de jueces de una sala y a su elección pueden resultar importantes mucho más allá de lo señalado anteriormente. La colegialidad será afectada o promovida negativamente por factores que generen o eviten jerarquías internas, y así sucesivamente. La cultura misma funciona como condición marco, ya que determina las expectativas y el tipo de respuesta que la gente recibe cuando se comporta o no de determinada forma. Sin embargo, las culturas nunca son del todo autosuficientes: mejoran o se deterioran cuando los marcos cambian. Debemos tener presente esto, sin importar cuál sea el grado de satisfacción o insatisfacción respecto de la cultura de deliberación de determinado tribunal.

⁶⁴ Para un resumen, véase G. Lübke-Wolff, «Die Aktualität der Hegelschen Rechtsphilosophie» en B. Sandkaulen y V. Gerhardt, *Gestalten des Bewusstseins, Genealogisches Denken im Kontext Hegels* (Hamburgo: Felix Meiner Verlag, 2009) 328 et seq. (también disponible en línea).

Referencias bibliográficas

- Amaral-García, S., N. Garoupa y V. Grembi (2009). Judicial Independence and Party Politics in the Kelsenian Constitutional Courts: The Case of Portugal. *Journal of Empirical Legal Studies*, 6(2), 381-404.
- Aragón Reyes, M. (2018). La deliberación en los tribunales constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 38(112), 377-385.
- Baker, J.H. (2003). *The Oxford History of the Laws of England*, Vol. VI, 1483-1558. Oxford: Oxford University Press.
- Carroll, R. y L. Tiede (2012). Ideological Voting on Chile's Constitutional Tribunal: Dissent Coalitions in the Adjudication of Rights. *Journal of Human Rights*, 11(1), 85-105.
- Epstein, L., R.A. Posner y W.M. Landes (2013). *The Behavior of the Federal Judges. A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*. Cambridge: Harvard University Press.
- Ernst, W. (2012). Abstimmen über Rechtserkenntnis. *JuristenZeitung*, 67, 637-648.
- Ernst, W. (2016). *Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten: «Group choice» in europäischen Rechtstraditionen*. Tübinga: Mohr Siebeck.
- Ferreres, V. (2004). The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court. Some Thoughts on Judicial Activism. *SELA* (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política). Artículo 39. Recuperado el 29 de febrero de 2020 de http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/39
- Greene, I. (1998). *Final Appeal: Decision-Making in Canadian Courts of Appeal*. Toronto: James Lorimer & Co.
- Grossi, D. y G. Pigozzi (2014). *Judgment Aggregation. A Primer*. San Rafael, CA: Morgan & Claypool Publishers.
- Hale, B. (25 de octubre de 2010). Judgment Writing in the Supreme Court. *Blog UKSC*. Recuperado el 29 de febrero de 2020 de <http://ukscblog.com/judgment-writing-in-the-supreme-court-brenda-hale/>
- Hemmant, M. (1933). Introduction. En M. Hemmant (ed.), *Select Cases in the Exchequer Chamber Before all the Justices of England* (Publications of the Selden Society), 51, xi-xcvii.
- Itoh, H. (2010). *The Supreme Court and Benign Elite Democracy in Japan*. Farnham: Ashgate.
- Johnson, T.R. (2016). The Supreme Court Decision Making Process. *Oxford Research Encyclopedia*, Politics, sección «Decisions on the Meris: Conference Discussions». Recuperado el 8 de marzo de 2020 de <http://politics.oxfordre.com/view/10.1093/crefore/9780190228637.001.0001/acrefore/9780190228637-e-98>
- Johnson, T.R. y M.W. Sorenson (2016). The U.S. Supreme Court's Strategic Decision-Making Process. En R. Rogowski y T. Gawron (eds.), *Constitutional Courts in*

- Comparison. The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, 2° ed. Nueva York/Oxford: Berghahn.
- Kirby, M. (2007). Judicial Dissent – Common Law and Civil Law Traditions. *Law Quarterly Review*, 123, 379-400.
- Kriele, M. (1976). *Theorie der Rechtsgewinnung*. Berlín: Duncker & Humblot.
- Lamprecht, R. (1992). *Abweichende Meinungen und ihre Bedeutung für die Rechtskultur*. Baden-Baden: Nomos.
- Levmore, S. (2002). Ruling Majorities and Reasoning Pluralities. *Theoretical Inquiries in Law*, 3(1). <https://doi.org/10.2202/1565-3404.1043>
- Liptak, A. y M. Flegenheimer (2017). Neil Gorsuch Confirmed by Senate as Supreme Court Justice. Recuperado el 8 de marzo de 2020 de <https://www.nytimes.com/2017/04/07/us/politics/neil-gorsuch-supreme-court.html>
- Lübbe-Wolff, G. (2007). Homogenes Volk: Über Homogenitätspostulate und Integration. *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, 27(4), 121-127. Recuperado el 8 de marzo de 2020 de http://www.zar.nomos.de/fileadmin/zar/doc/Aufsatz_zar_07_04.pdf
- Lübbe-Wolff, G. (2009). Die Aktualität der Hegelschen Rechtsphilosophie. En B. Sandkaulen y V. Gerhardt, *Gestalten des Bewusstseins, Genealogisches Denken im Kontext Hegels*. Hamburgo: Felix Meiner Verlag.
- Lübbe-Wolff, G. (2009). Integration durch Verfassung. *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes*, 12, 174-180. Recuperado el 08/03/2020 de <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/1866-377X-2009-4-174/integration-durch-verfassung-jahrgang-12-2009-heft-4>
- Lübbe-Wolff, G. (2015). *Wie funktioniert das Bundesverfassungsgericht?* Gotinga: V&R Unipress.
- Lübbe-Wolff, G. (2016). Constitutional Courts and Democracy. Facets of an Ambivalent Relationship. En K. Meßerschmidt y A.D. Oliver-Lalana (eds.), *Rational Law-making under Review* (pp. 19-32). Suiza: Springer International.
- Lübbe-Wolff, G. (2016). Cultures of Deliberation in Constitutional Courts. En P. Maraniello (ed.), *Justicia Constitucional, La justicia constitucional en los diferentes ámbitos del derecho y sus nuevas tendencias*. Vol. 1. Resistencia, Chaco: Contexto.
- Mance, J. (2014). In a Manner of Speaking: How Do Common, Civil and European Law Compare? *Rebels Zeitschrift*, 78, 231-251.
- Martineau, R.J. (1990). *Appellate Justice in England and the United States: A Comparative Analysis*. Buffalo, NY: William S. Hein & Co.

- Mosimann, H-J, M. Felber y T. Stadelmann (2014). Öffentliche Urteilsberatung am Bundesgericht – aktuelle Probleme und Lösungsansätze. *Justice – Justiz – Giustizia* 2014/1.
- Neuberger, D. (2015). Judge not, that ye be not judged»: Judging Judicial Decision-Making. *The UK Supreme Court Yearbook*, Legal Year 2014-15.
- Palmer, M. (2010). Compromising Courts and Harmonizing Ideologies: mediation in the administrative chambers of the people's courts of the People's Republic of China. En A. Harding y P. Nicholson (eds.), *New Courts in Asia* (pp. 251-276). Londres y Nueva York: Routledge.
- Paterson, A. (2013). *Final Judgment: The Last Law Lords and the Supreme Court*. Oxford y Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Post, D.G. y S.C. Salop (1996). Issues and Outcomes, Guidance and Indeterminacy: A Reply to Professor John Rogers and Others. *Vanderbilt Law Review*, 49(4). Recuperado de <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol49/iss4/>
- Pou Giménez, F. (2017). Changing the Channel. Broadcasting Deliberations in the Mexican Supreme Court. En R. David y D. Taras (eds.), *Justices and Journalists. The Global Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rath, C. (2016). Neue Formel für die Wahl der Bundesverfassungsrichter. *Die Tageszeitung*, 8 de setiembre de 2016.
- Rath, C. (10 de marzo, 2020). Vier Wahlen für Karlsruhe. *Legal Tribune Online*. Recuperado el 22 de mayo de 2020 de <https://www.lto.de/recht/justiz/j/bverfg-nachfolger-vosskuhle-masing-praesident-vizepraesident-wahlen-neue-richter-karlsruhe/>
- Reed, R. (6 de marzo, 2019). The Supreme Court Ten Years On. Recuperado el 22 de mayo de 2020 de <https://www.supremecourt.uk/docs/peech-190306.pdf>
- Savage C. (2017). The Senate Filibuster Explained. Recuperado el 8 de marzo de 2020 de <https://www.nytimes.com/2017/04/03/us/politics/filibuster-supreme-court-neil-gorsuch.html>
- Schnapper, D. (2010). *Une sociologue au Conseil Constitutionnel*. París: Gallimard.
- Silva, V.A. da (2013). Deciding without deliberating' (2013), 11 *International Journal of Constitutional Law*, 11(3), 557-584.
- Smith, J.E. (1996). *John Marshall. Designer of a Nation*. Nueva York: Henry Holt and Company.
- Stoner, J.R. (1998). Heir Apparent. Bushrod Washington and Federal Justice in the Early Republic. En S.D. Gerber (ed.), *Seriatim. The Supreme Court Before John Marshall*. Nueva York y Londres: New York University Press.
- Sunstein, C. (2015). Unanimity and Disagreement on the Supreme Court. *Cornell Law Review*, 100(4), 769-823.

- Sunstein, C. (2000). Deliberative Trouble? Why Groups Go to Extremes. *Yale Law Journal*, 110. <https://doi.org/10.2307/797587>.
- Tamir, M. (2007). Recent Judicial Appointments to the Israeli Supreme Court: A Victory for Politicians, or Is it? Recuperado el 29 de febrero de 2020 de <https://blog-iacl-aicd.org/test-3/2018/5/26/analysis-recent-judicial-appointments-to-the-israeli-supreme-court-a-victory-for-politicians-or-is-it>
- Tiersma, P.M. (2007). The Textualization of Precedent. *Loyola Law School Legal Studies*, Artículo N° 2007-28. Recuperado el 8 de marzo de 2020 de <http://ssrn.com/abstract=680901>
- Toda Castán, D. (2 de febrero de 2017). What is the Situation of Constitutional Jurisdiction in Europe? Worrying News from Spain. *VerfBlog*. Recuperado el 8 de marzo de 2020 de <http://verfassungsblog.de/what-is-the-situation-of-constitutional-jurisdiction-in-europe-worrying-news-from-spain/>
- Vale, A.R. do (2015). *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais* (tesis doctoral). Universidad de Alicante/Universidad de Brasilia, Brasilia-Alicante. Recuperado el 29 de febrero de 2020 de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/50465/1/tesis_rufino_do_vale.pdf
- Vorländer, H. (2015). Die Deutungsmacht des Bundesverfassungsgerichts. En R.C. van Ooyen, C. Möllers y H.W. Martin (eds.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2° ed. Wiesbaden: Springer.
- Ward, A. (2016). Junior Varsity Judges? Law Clerks in the Decisional Process of the U.S. Supreme Court. En R. Rogowski y T. Gawron (eds.), *Constitutional Courts in Comparison. The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, 2° ed. Nueva York/Oxford: Berghahn.
- Young, C. (2009). The History of Judicial Dissent in England: What Relevance Does it have for Modern Common Law Legal Systems? *Australian Bar Review*, 32.
- ZoBell, K.M. (1959). Division of Opinion in the Supreme Court. A History of Judicial Disintegration. *Cornell Law Review*, 44(2). Recuperado de <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol44/iss2/2>