

Colección

**Teoría constitucional y Derecho**

María Salvador  
Carlos Bernal  
Virgilio Afonso da Silva  
(dirs.)



CORTES CONSTITUCIONALES  
Y DEMOCRACIA DELIBERATIVA



CONRADO HÜBNER MENDES

**CORTES  
CONSTITUCIONALES  
Y DEMOCRACIA  
DELIBERATIVA**

Traducción de  
Diego Andrés González Medina

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

- © Conrado Hübner Mendes, 2013
- © Título original: *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford: Oxford University Press. Esta traducción del inglés se publica de acuerdo con Oxford University Press.
- © De la traducción: Diego Andrés González Medina
- © MARCIAL PONS  
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.  
San Sotero, 6 - 28037 MADRID  
☎ 91 304 33 03  
ISBN: 978-84-9123-576-7  
Depósito legal: M. 35.495-2018  
Diseño de la cubierta: Manuel Estrada. Diseño Gráfico  
Fotocomposición: Francisco Javier Rodríguez Albite  
Impresión: Artes Gráficas Huertas, S. A.  
C/ Antonio Gaudí, 15  
Polígono Industrial El Palomo - 28946 Fuenlabrada (Madrid)  
MADRID, 2018

*Para Danuca*



# ÍNDICE

<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	13
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	17
1. El imaginario de las Cortes Constitucionales.....	17
2. Aproximación metodológica: ganancias y pérdidas del nivel de abstracción medio .....	21
3. Hoja de ruta del argumento .....	26
<b>CAPÍTULO I. DELIBERACIÓN POLÍTICA Y TOMA DE DECISIONES COLECTIVAS</b> .....	31
1. Introducción .....	31
2. El marco conceptual de la deliberación política.....	33
3. Los valores de la deliberación política.....	39
4. Las promesas y los peligros de la deliberación política.....	42
5. Las circunstancias de la deliberación política .....	56
6. Los lugares de la deliberación política.....	63
7. Las aspiraciones realistas de la deliberación política .....	70
<b>CAPÍTULO II. DELIBERACIÓN POLÍTICA Y TOMA DE DECISIONES LEGALES</b> .....	75
1. Introducción .....	75
2. Deliberación y decisión judicial: ¿politización del Derecho?.....	76
3. Decisiones judiciales individuales y colectivas.....	84
4. Conclusión.....	94
<b>CAPÍTULO III. DELIBERACIÓN POLÍTICA Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD</b> .....	95
1. Introducción .....	95
2. La singularidad del control de constitucionalidad .....	96
3. La concepción de las Cortes Constitucionales como instituciones deliberativas.....	106

3.1. Las Cortes Constitucionales como «guardianas» de la deliberación pública .....	109
3.2. Las Cortes Constitucionales como razonadoras públicas e interlocutores .....	111
3.3. Las Cortes Constitucionales como «deliberadoras» ....	116
4. Conclusión .....	124
<b>CAPÍTULO IV. LA DELIBERACIÓN DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES.....</b>	<b>127</b>
1. Introducción .....	127
2. El modelo de tres niveles de la deliberación .....	129
3. El significado básico de la deliberación .....	131
3.1. Discusión pública .....	134
3.2. Compromiso colegiado.....	135
3.3. Decisión escrita deliberativa.....	136
4. Deliberación interna y externa: una reconfiguración.....	140
5. Prólogo a los siguientes capítulos .....	145
<b>CAPÍTULO V. LA ÉTICA DE LA DELIBERACIÓN POLÍTICA. ....</b>	<b>149</b>
1. Introducción .....	149
2. La naturaleza de la ética de la deliberación.....	150
3. Fase predecisional y discusión pública .....	154
3.1. Curiosidad respetuosa .....	154
4. Fase decisional y el compromiso colegial.....	156
4.1. Colegialidad.....	156
4.2. Modestia cognitiva .....	162
4.3. Ambición cognitiva .....	162
4.4. Empatía.....	163
5. Fase posdecisional y las decisiones deliberativas escritas ....	164
5.1. La capacidad de respuesta.....	165
5.2. Claridad.....	166
5.3. Sentido de falibilidad y provisionalidad.....	167
6. Conclusión .....	168
<b>CAPÍTULO VI. DISEÑO INSTITUCIONAL: AUMENTO DEL POTENCIAL DELIBERATIVO.....</b>	<b>171</b>
1. Introducción .....	171
2. Diseño institucional como facilitador de la deliberación.....	174
3. Dispositivos constitutivos .....	178
3.1. Ubicación institucional .....	178
3.2. Número de agentes que toman decisiones .....	180

3.3. Naturaleza de los agentes de toma de decisiones.....	182
3.4. Modo de nombramiento.....	186
3.5. Permanencia .....	188
4. Dispositivos predecisionales: promoción de la discusión pública y preparación del compromiso colegial.....	190
4.1. Selección de asuntos .....	190
4.2. Agenda de los asuntos.....	191
4.3. Carácter de los interlocutores.....	192
4.4. Modo de interacción entre los tomadores de decisiones y los interlocutores.....	193
5. Dispositivos decisionales: promoción del compromiso colectivo .....	195
5.1. Sesiones: entre públicas y secretas .....	195
5.2. Modo de interacción: oral y escrito, formal e informal.....	197
5.3. Decisión: entre unanimidad, mayoría simple y mayoría cualificada .....	198
6. Dispositivos posdecisionales: elaboración de decisiones deliberativas escritas .....	200
6.1. Exhibición pública de la división interna .....	200
6.2. Proceso de redacción de las decisiones .....	203
6.3. Comunicado .....	204
7. Conclusión.....	205
<b>CAPÍTULO VII. EL CONTEXTO LEGAL DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD .....</b>	<b>207</b>
1. Introducción .....	207
2. Deliberando sobre la Constitución.....	208
2.1. La calidad moral del lenguaje constitucional.....	209
2.2. Profundidad histórica: precedentes.....	212
2.3. Coordinación intrajudicial.....	214
2.4. Deliberación de poderes.....	216
2.5. Repercusiones cosmopolitas .....	221
3. Respondiendo al Derecho: deliberación exotérica por medio de razones públicas.....	227
<b>CAPÍTULO VIII. LAS CIRCUNSTANCIAS POLÍTICAS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD .....</b>	<b>229</b>
1. Introducción .....	229
2. Divisando estrategias políticas.....	231
2.1. Calendario: agenda y duración.....	232

2.2. Dimensión, profundidad y tono .....	234
2.3. Grado de cohesión.....	237
2.4. Cooperación de poderes.....	240
2.5. Opinión pública .....	241
3. Sobre los límites políticos: instinto político esotérico.....	243
4. Entre la prudencia y el coraje: una Corte deliberativa como acróbata .....	246
5. Conclusión.....	254
<b>CAPÍTULO IX. CONCLUSIONES.....</b>	<b>255</b>
No Cortes heroicas, no jueces heroicos .....	255
¿Qué hay de nuevo? .....	258
¿Qué sigue? .....	259
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>263</b>

## AGRADECIMIENTOS\*

Este libro contiene la tesis doctoral en Derecho constitucional que presenté en la Facultad de Derecho de la Universidad de Edimburgo. Su objeto es indagar en qué medida la deliberación colegiada impacta el proceso de toma de decisiones en las Cortes constitucionales. Con tal propósito se plantea que el proceso deliberativo proporciona una suerte de estándar contextual y empírico para evaluar el fundamento y la legitimidad democrática del control de constitucionalidad.

Tengo profunda gratitud con muchas personas e instituciones que durante años me apoyaron para la elaboración de este libro. Tuve el privilegio de trabajar con tres excepcionales supervisores. Neil MacCormick, quien falleció antes de que esta disertación estuviera finalizada, fue un verdadero modelo de virtudes académicas, entre las cuales resaltaban su apertura y curiosidad intelectuales, su muy ponderada calidad argumentativa y, sobre todo, su excepcional compañerismo y camaradería. Neil Walker, quien formuló profundas y creativas sugerencias a este trabajo con su inigualable capacidad para dimensionar los interrogantes y cuestionamientos en horizontes más amplios y evidenciar suposiciones e implicaciones de algunas premisas generalmente inadvertidas. Finalmente, Zenon Bankowski, quien siempre ha contribuido a resaltar conexiones y analogías entre mi investigación y profundas problemáticas éticas que probablemente aún permanezcan sin respuesta. Siempre les estaré agradecido por su amistad y tutoría colectiva.

Especial gratitud también extendiendo a otras tres personas que desempeñaron un rol fundamental en la elaboración y en el desarrollo de la estructura y los argumentos de este libro. Virgilio Afonso Da Silva, con quien sostuve un invaluable y constante diálogo y cuyo trabajo en Derecho constitucional y comentarios a mis artículos influenciaron la formulación y el desarrollo de mi disertación. Cláudio Michelon, quien compartió sus comentarios sobre varios de mis artículos y fue mi interlocutor más cercano durante mis años en Edimburgo. Fi-

---

\* La presente traducción se ha beneficiado de las contribuciones de Jenny Alejandra Jaramillo Lalton y Juana Valentina Ochoa Bernal.

nalmente, Mattias Kumm, quien ha sido un gran patrocinador de mis visitas de investigación a la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York, al Wissenschaftszentrum Berlin (WZB) y a la Universidad Humboldt de Berlín.

Agradezco especialmente a Stephen Tierney y Gianluigi Palombella, integrantes del exigente panel de examen de mi disertación, por sus consejos siempre amigables sobre el trabajo adicional. También estoy agradecido con los revisores anónimos de la Oxford University Press, quienes presentaron sugerencias considerables e incisivas para la mejoría de este trabajo.

Por las muy útiles y amigables conversaciones en momentos y lugares diferentes, en formas que no puedo expresar y reconocer de manera cabal en este breve espacio, también me gustaría agradecer a Álvaro de Vita, Barry Friedman, Carlos Ari Sundfeld, Cícero Araújo, Cormac MacAmlaigh, Daniel Augenstein, Daniel Bonilla, David Garland, Diego López, Dieter Grimm, Dimitri Dimoulis, Diogo Coutinho, Edras Costa, Fernando Atria, Fernando Limongi, Grainne De Burca, Fred Zaumseil, Guilherme Leite Gonçalves, Henk Botha, Jean Paul Veiga da Rocha, Joxerramon Bengoetxea, John Ferejohn, José Garcez Ghirardi, José Rodrigo Rodríguez, Juan González Bertomeu, Lewis Kornhauser, Marcos Paulo Veríssimo, María Paula Saffon, Matthew Taylor, Niamh Nic Shuibhne, Octavio Motta Ferraz, Oscar Vilhena Vieira, Pasquale Pasquino, Paula Gaido, Rafael Bellem, Richard Stewart, Roberto Gargarella, Roni Mann, Siri Gloppe, Theunis Roux, y Vlad Perju. Un especial agradecimiento también a Wil Waluchow, sus estudiantes y los otros integrantes del estuendo seminario de graduación del Departamento de Filosofía de la Universidad McMaster.

Por el apoyo institucional durante la investigación doctoral, agradezco a la Universidad de Edimburgo y al Ministerio de Educación de Brasil [Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES)] por las becas de doctorado que me fueron concedidas. Por el apoyo para el desarrollo y la finalización de la etapa posdoctoral, también agradezco a la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, dado el otorgamiento de la beca de investigación Hauser, y al Instituto de Estudios Avanzados en Humanidades de Edimburgo. También doy las gracias al Consejo de Investigación de Noruega por concederme la beca de investigación posdoctoral Yggdrasil, que hizo posible la visita de investigación al Instituto Cristiano Michelsen en Bergen, y a la Fundación Alexander von Humboldt por concederme la beca de investigación posdoctoral Georg Foster en el Wissenschaftszentrum Berlín (WZB) y en la Universidad Humboldt de Berlín.

Finalmente, expreso mis agradecimientos a mis colegas de doctorado, quienes propiciaron un ambiente activo de investigación en la Facultad de Derecho. A Francisco Saffie le debo un afectuoso agrade-

cimiento por su compromiso entusiasta con cada idea que le describí y por su lectura meticulosa e inteligente. Agradezco también a Maksymilian Del Mar, Oche Onazi, Haris Psarras, Katri Löhmus y Danielle Rached por nuestras agradables conversaciones en el grupo de investigación de teoría jurídica. Su compañerismo contribuyó a que la experiencia de doctorado resultara mucho más placentera de lo que hubiera podido ser.

Conrado HÜBNER MENDES



# INTRODUCCIÓN

## 1. EL IMAGINARIO DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES

La cultura política contemporánea de las democracias tiene su propio imaginario acerca de los jueces y las Cortes. Las metáforas que componen dicho imaginario no coinciden con las de otros servidores públicos: raramente la representación de los jueces es mundana. Mientras que los legisladores están encargados de la muy humana tarea de representar intereses y negociar acuerdos en nombre del autogobierno colectivo, los jueces cargan sobre sus hombros una idea política más misteriosa, esto es, «*rule of law, not of men*». Tal representación está aún más presente y se torna incluso hiperbólica tratándose de las Cortes Constitucionales: al estar a cargo de garantizar la supremacía constitucional y de la revisión última de la constitucionalidad de las decisiones políticas ordinarias, las Cortes Constitucionales son vistas como el bastión de los derechos y las guardianas en contra de los peligros de la opresión de la mayoría. Contra la desconfianza en la política electoral, las Cortes Constitucionales se han convertido en vedetes dentro de algunos círculos y movimientos de liberación o luchas de emancipación<sup>1</sup>. Este rol se explica no solo por lo que tales Cortes han hecho, sino frecuentemente por las expectativas sobre su actuar.

Las imágenes no solo necesitan ser ráfagas retóricas que distraen la audiencia acerca de los aspectos intangibles de la actividad judicial, tras los cuales están presentes conceptos y argumentos. Estos conceptos prescriben funciones, generan expectativas y delimitan los límites del quehacer judicial. Si bien los teóricos del Derecho han intentado entender y explicar la tarea del juez constitucional en todos sus aspectos, para efectos de introducir este libro me concentraré en cinco influyentes imágenes ampliamente usadas en el debate acerca de las Cortes Constitucionales: el poder de veto, la guardiana, la razonadora pública, la interlocutora institucional y la deliberadora. Tales imágenes no son excluyentes entre sí; cada una enfatiza en un aspecto particular de las Cortes Constitucionales<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. Epp, 1998.

<sup>2</sup> Por tanto, en esta introducción me referiré a las «Cortes Constitucionales» o las «Cortes» indistintamente, a menos que especifique lo contrario.

Este libro se propone explorar la última imagen, esto es, la que entiende la Corte Constitucional como un órgano deliberador. Sin embargo, dado que esta última imagen encapsula aspectos de las otras imágenes, brevemente me referiré a cada una de ellas. El veto es un dispositivo mecánico para contener las acciones de alguna fuerza de contrapeso. El veto es una parte de la lógica formal de la separación de poderes, así como de su dinámica interna «de frenos y contrapesos», erigida supuestamente al servicio de la libertad<sup>3</sup>. Las Constituciones modernas han otorgado a las Cortes la función de sopesar las decisiones de los Parlamentos y Ejecutivos. El veto es justamente uno de los instrumentos mediante los cuales el constitucionalismo intenta moderar los diferentes poderes y de institucionalizar los límites a la autoridad: *un dispositivo para evitar la tiranía y la arbitrariedad*. Bajo tal andamiaje institucional, los Parlamentos y los Gobiernos no son todopoderosos. Por su parte, las Cortes son un bloqueo negativo que deben respetar las decisiones parlamentarias para que se reputen constitucionalmente válidas y efectivas<sup>4</sup>.

Una representación más colorida de las Cortes Constitucionales es aquella que las concibe como guardianas de la Constitución. Un guardián sería un juez apolítico a cargo de evaluar la constitucionalidad de las decisiones legislativas ordinarias. Dicho guardián no tendría un elemento creador o volitivo en el desarrollo de tal tarea, solo estaría guiado por una aplicación desinteresada y tecnocrática del Derecho. Contrario a la imagen de las Cortes como órganos de veto, en la cual se resalta la tarea de equilibrio entre fuerzas contrarias, la imagen de las Cortes como guardianas tiene un mayor contenido. La Corte es un agente o garante que actúa en nombre del Constituyente para salvaguardar su voluntad. La imagen de la Corte Constitucional como guardiana es conforme con el entendimiento práctico de la Constitución como norma suprema del Estado<sup>5</sup>. Esta idea básica de alguna manera evoca, en el quehacer del juez constitucional, la clásica acepción de los jueces como la boca de la ley (*bouche de la loi*)<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> La referencia clásica se encuentra en Alexander HAMILTON, *El Federalista*, núm. 51. Puede verse también en la distinción entre los dos modelos de Constitución, como máquina y como norma, propuesta por TROPER, 1999.

<sup>4</sup> El lenguaje de «veto» también ha recibido cierta sofisticación conceptual por parte de otros autores y no necesariamente para referirse a las Cortes. Podría ciertamente perfeccionarse distinguiendo entre tipos de veto: obstructivos y constructivos, etc. Sin embargo, una distinción conocida es entre «*veto-point*», una institución neutral que los actores políticos usan como instrumento para alcanzar sus objetivos, y «*veto-player*», una institución que tiene una intención identificable y negocia con los demás para lograr un resultado final. Lo primero sería periférico, mientras que lo último se integraría al proceso político. Según Mary VOLCANSEK: «La Corte se convierte en un *veto player* si puede decir lo que significa la Constitución e invalidar las acciones del ejecutivo y del legislativo» (VOLCANSEK, 2001: 352). Se puede referenciar también al autor TSEBELLIS, 2002: 328.

<sup>5</sup> Esta fue la formulación de *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), que estableció la necesidad lógica del control de constitucionalidad en aras de la supremacía de la Constitución (necesidad posteriormente construida y criticada por autores como NINO, 1996: 186).

<sup>6</sup> «*Bouche de la Loi*» y «*pouvoir nul*» son expresiones clásicas de MONTESQUIEU para referirse a la administración de justicia subordinada. El capítulo II desarrollará más este punto.

Las imágenes restantes están íntimamente relacionadas y parten de los esfuerzos teóricos por resaltar y defender a las Cortes Constitucionales sobre la base de su robusta capacidad argumentativa y perspectiva privilegiada. Cada una, sin embargo, trae consigo un matiz distinto. Una tercera imagen asociada a las Cortes Constitucionales es aquella que las presenta como razonadores públicos de la democracia o, en términos populares, «foros de principio»<sup>7</sup>. Debido a su aislamiento del entorno institucional, así como a sus deberes y cargas argumentativas, las Cortes Constitucionales estarían en la capacidad de decidir por medio de un tipo de razón cualitativamente único. Esta línea teórica señala que el control de constitucionalidad permite que las democracias transmitan un discurso político de principios erigido en la dignidad y la fuerza vinculante de la Constitución. Esta contribución singular aseguraría que los derechos sean ejercidos y protegidos en el marco de una «cultura de la justificación» (*culture of justification*)<sup>8</sup>.

Las anteriores imágenes comparten la premisa tradicional de la supremacía judicial. En este sentido, las Cortes tendrían la última palabra en materia de interpretación constitucional. La cuarta imagen asociada a las Cortes Constitucionales, si bien rechaza esa premisa tradicional, las define como interlocutores institucionales. El control de constitucionalidad sería una parte de la duradera y extendida conversación con el legislador y la amplia esfera pública. Así, entender el control de constitucionalidad como la última palabra sería empíricamente impreciso y normativamente poco atractivo: impreciso, porque tal idea pierde de vista el escenario más amplio de interacción sin fin entre las instituciones, y poco atractivo, porque, lejos de un monólogo supremacista, la Corte Constitucional debe operar como un compañero o socio dialógico que desafía a las otras ramas del poder público a responder y replicar las cualificadas razones presentadas por la Corte. En este sentido, no debería haber una última autoridad en materia de interpretación constitucional, sino una permanente interacción institucional al respecto. La Corte, así, aún conservaría su rol de razonadora pública. No obstante, no sería un órgano que habla solo, sino que responde a los argumentos que le son presentados<sup>9</sup>.

Por último, la Corte Constitucional también es presentada como un órgano deliberador. Esta imagen se funda en un aspecto interno de

<sup>7</sup> DWORKIN visualiza la Corte como «el foro de principio» y RAWLS como «el ejemplo de la razón pública» en medio de muchos otros académicos estadounidenses con argumentos similares. Pero esto está lejos de ser un rasgo exclusivo de Estados Unidos. Esta función atribuida a la Corte está generalizada en el discurso constitucional de otros países. Ejemplos importantes incluyen a Alemania, Sudáfrica, España y Colombia, entre otros. El capítulo III regresará sobre esto.

<sup>8</sup> Esto es comúnmente aceptado, por ejemplo, en el discurso constitucional de Sudáfrica. Albie SACHS resume esta tendencia así: «Pasamos de una cultura de sumisión al Derecho a una única justificación de derechos bajo el Derecho» (SACHS, 2009: 33). Para una visión más general y extensa puede revisarse además a Stu WOOLMAN y Michael BISHOP.

<sup>9</sup> Para un mapa de esta literatura puede verse a MENDES, 2009, y BATEUP, 2006.

las Cortes que las otras imágenes pasan por alto: están compuestas por un grupo pequeño de jueces individuales que se relacionan entre sí de forma argumentativa para proferir sentencias. Este proceso interno constituye una ventaja comparativa de las Cortes en relación con otras instituciones. Las Cortes ostensiblemente se benefician de las virtudes propias de la deliberación colegiada y, gracias a sus particulares condiciones de toma de decisiones, son escenarios más propicios para alcanzar buenas respuestas en términos de interpretación constitucional. Así, además de ser un órgano catalizador de la deliberación interinstitucional y social, como lo sugirió la imagen de las Cortes como interlocutores institucionales, las Cortes, por sí mismas, también promoverían buena deliberación intrainstitucional <sup>10</sup>.

Todas las anteriores imágenes proyectan ideas optimistas acerca de lo que es, o lo que debería ser, el quehacer de las Cortes Constitucionales. Los detractores del control de constitucionalidad responden en el mismo tono metafórico y plantean valiosas contracaras de cada una de las imágenes señaladas. Lejos de un mero veto, las Cortes serían animales políticos portadores de auténticas agendas ideológicas; en lugar de guardianes, las Cortes encarnan oráculos con armaduras inaccesibles que fingen ser meros fonógrafos y se ocultan detrás de un desconcertante disfraz <sup>11</sup>; lejos de razonadoras públicas, las Cortes serían retóricas cortinas de intereses ocultos o, en el mejor de los casos, aristócratas paternalistas; lejos de interlocutores dialógicos o deliberativos, las Cortes serían órganos estratégicos de diseño de políticas. Estos son los crudos contrargumentos que confrontan las imágenes normativas asociadas a las Cortes Constitucionales. En conjunto, las imágenes y sus contrapartes conforman el imaginario que la teoría constitucional ha desarrollado, ora para defender, ora para controvertir, el control de constitucionalidad.

Tal como se señaló, este libro evalúa la última imagen o idea, según la cual las Cortes pueden y deben ser órganos deliberadores especiales, esto es, que pueden y deben desarrollar cualidades deliberativas significativas, sin las cuales las democracias constitucionales resultarían empobrecidas. A mi parecer, esta imagen de las Cortes Constitucionales y sus funciones es más perspicaz que las alternati-

<sup>10</sup> Hay numerosos artículos sobre la colegialidad judicial, usualmente escritos por los propios jueces. Un buen punto de partida es EDWARDS, 2003. Específicamente sobre la Corte Constitucional puede revisarse a FERREJON y PASQUINO, 2002.

<sup>11</sup> La Corte sería solo una estampilla para el Parlamento. MORRIS COHEN acuñó y atacó la teoría del fonógrafo, a lo cual volveré en el capítulo II. Aquí hay una buena muestra adicional de expresiones peyorativas: «grupo de guardianes platónicos» o «reyes filósofos» (LEARNED HAND); «oráculos de la ley» (CHRISTOPHER DAWSON); «oráculos constitucionales» (STEPHEN PERRY); «censores morales de elección democrática» (SCALLA); «consejo sabio de tutores en la verdad moral» (CHRISTOPHER ZURN); «profetas morales» (RAINER KNOPF). A veces también se pueden escuchar expresiones aún más fuertes como «tiranía judicial» o «imperialismo judicial», entre otros. Este mal uso retórico del vocabulario político y la propagación de un léxico antijudicial y oscurantista ha estado engañando al público sobre la naturaleza de la decisión constitucional durante décadas.

vas expuestas, a pesar de carecer de un tratamiento sistemático que justamente se pretende elaborar en este libro<sup>12</sup>. Las otras imágenes están presentes en el texto y me permiten explicar, por contraste, la imagen de las Cortes como órganos deliberadores; por tanto, es importante que el lector no las pierda de vista. Los siguientes epígrafes esclarecen el punto de partida metodológico del libro y sintetizan su estructura.

## 2. APROXIMACIÓN METODOLÓGICA: GANANCIAS Y PÉRDIDAS DEL NIVEL DE ABSTRACCIÓN MEDIO

Este es un libro de teoría normativa que versa sobre la forma en que las Cortes Constitucionales deben comportarse en «democracias constitucionales bien ordenadas», tomando la muy conocida expresión de Rawls<sup>13</sup>. En el epígrafe anterior se presentó un análisis general acerca de cómo las Cortes Constitucionales son concebidas en las democracias contemporáneas, sin que hubiere ofrecido explicación alguna sobre mi concepto de Cortes Constitucionales. Estos órganos no son una categoría homogénea; por el contrario, existen muchos diseños de Cortes Constitucionales que son implementados en disímiles culturas legales, tradiciones argumentativas, textos constitucionales y escenarios políticos.

Lo anterior plantea legítimas preguntas metodológicas, a saber: ¿La teoría normativa puede ofrecer prescripciones y lineamientos igualmente aplicables para cualquier Corte Constitucional? ¿Dicha teoría normativa no necesariamente debe estar circunscrita a una jurisdicción en particular? ¿Tienen todas las Cortes Constitucionales variables y elementos comunes que permiten generalizaciones?

<sup>12</sup> Es oportuno agregar una nota biográfica rápida. Este problema tiene una historia intelectual y personal. Para ello, resumir mi camino de investigación puede ayudar a dar sentido al proyecto desde una perspectiva más amplia. Yo condenso ese camino de investigación en tres pasos. El primero fue interpretar el debate entre DWORKIN y WALDRON con respecto al control constitucional. Son modelos de una determinante referencia que abogan por la supremacía del Parlamento o de la Corte. He aplicado sus argumentos al régimen constitucional brasileño, y aunque no acogí completamente las afirmaciones de WALDRON, mostré cómo sus preocupaciones son relevantes para problematizar una Constitución extremadamente rígida como la brasileña, que faculta a los tribunales para anular incluso las enmiendas constitucionales (véase MENDES, 2008). El segundo paso relativizó mi posición anterior y encontró que la polarización tradicional se equivoca. Un debate tan miope que la autoridad suprema pasa por alto el aspecto interactivo a largo plazo de la política y una visión binaria de quién debería tener la última palabra, dejando de lado la variabilidad de la legitimidad política. Las teorías del diálogo, sin ignorar la cuestión de la última palabra, serían más hábiles para forjar un enfoque gradualista hacia la legitimidad (véase MENDES, 2009). Finalmente, estoy tratando de desarrollar una medida del resultado que pueda permitir un debate gradual sobre la legitimidad de manera más productiva. Hay tribunales más o menos legítimos y es de esperar que los criterios ideados aquí ayuden a percibirlo. Ese es el horizonte de este libro.

<sup>13</sup> RAWLS, 1997a. Esta expresión es una variación de la «sociedad bien ordenada» basada en la teoría de la justicia de RAWLS, 1971.

¿Tales generalizaciones o abstracciones son útiles? ¿Existe una teoría constitucional no doméstica? ¿En qué medida la teoría constitucional puede ser aplicada a diversos regímenes constitucionales? Al respecto, lo cierto es que cualquier persona relacionada con la literatura sobre teoría constitucional se ha familiarizado fácilmente con frases introductorias como: «esta es una teoría para la Corte Suprema de Estados Unidos» o «estos argumentos aplican para la Constitución alemana»<sup>14</sup>. Pues bien, este libro pretende tematizar si esta aproximación doméstica a las cuestiones de teoría constitucional es la única productiva o útil.

Desde cierta perspectiva, cada Corte solo puede ser explicada y analizada dentro de su contexto específico. Los contextos, por lo demás, nunca son idénticos dentro de las distintas jurisdicciones. Por su parte, los jueces también son criaturas distintas en diferentes escenarios (no solamente por razones relacionadas con las tradiciones legales o de diseño institucional). Así, el Derecho y la política serían fenómenos singulares y los límites entre uno y otro son también diversos en cada lugar. En este sentido nunca podrían entenderse las instituciones enteramente fuera de dichos contextos y, por tanto, mucho menos formular recomendaciones a tales instituciones.

Esta precaución metodológica no es infundada; sin embargo, debe ser tomada con un grano de sal. En efecto, tal formulación metodológica no excluye —*sino que, por el contrario, presupone*— una suerte de «espacio lógico complementario» que, aunque limitado, debería ser ocupado por lo que denominaré «teoría normativa de nivel medio». Este libro justamente permea ese espacio (tal como lo hacen muchos trabajos teóricos que, aunque de manera implícita, abordan temas como cuáles son las instituciones democráticas más interesantes o el rol de las Cortes Constitucionales, entre otros)<sup>15</sup>. Explicaré brevemente esta idea.

La función principal de la teoría normativa es prescribir, con base en principios y valores, ideales o deseables estados de cosas, o, mejor, prescribir el deber ser. La teoría normativa ostenta una posición privilegiada para establecer qué arreglos institucionales o sociales son atractivos y comparativamente mejor que otros. Esta teoría trae consigo una suerte de lentes de crítica con los cuales es posible evaluar un objeto o un proceso en particular.

En la esfera de la política, las prescripciones propias de la teoría normativa pueden estar presentes en distintos niveles. En el nivel de mayor abstracción, tales prescripciones determinan los profundos va-

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, DWORKIN, 1996, y ALEXI, 2010. Varios autores afirman que están haciendo una teoría de jurisdicción limitada, pero no pueden evitar entrar en consideraciones más abstractas para esculpir bases más sólidas para sus proyectos normativos. El hecho de que hayan sido usualmente apropiados por otras culturas legales también indica una cierta comunidad en todas las jurisdicciones.

<sup>15</sup> WALDRON, 2006.

lores que deben regular la vida en sociedad. La adecuada articulación de valores como la dignidad, la autonomía, la igualdad o la solidaridad, entre otros, es justamente el objeto de la teoría normativa en su mayor nivel de abstracción. A menores niveles de abstracción, la teoría normativa analiza los principios secundarios y las instituciones que traducen de mejor manera los valores definidos en el mayor nivel de abstracción. La democracia y sus procedimientos se encuentran justamente en este nivel medio. Por último, en los niveles más bajos de abstracción, cada comunidad política toma sus propias decisiones terciarias a la luz de sus propios contextos y particulares dilemas. Pues bien, estas son las tres partes del árbol de la argumentación: las raíces sostienen el equilibrio y balance adecuado de los valores y principios abstractos, el tronco contiene las instituciones, y la copa está representada en los arreglos y las decisiones concretas. Si bien cada una de estas partes puede ser subdividida y descompuesta, esta idea no pierde utilidad.

El ideal moderno de la democracia constitucional está definido por un marco procedimental elemental que no es sorprendentemente heterogéneo: entre otros, una justa competencia electoral, los Parlamentos representativos y la protección de las libertades básicas son elementos sin los cuales, en mayor o menor medida, el régimen constitucional democrático se desnaturalizaría. En este contexto, las Cortes Constitucionales son muy frecuentemente parte de dicho proyecto o, para utilizar la jerga antropológica, dichas Cortes son «casi universales»<sup>16</sup> dentro de las democracias constitucionales<sup>17</sup>.

Si bien algunas Cortes Constitucionales son producto de particulares narrativas históricas, es innegable que dichas Cortes están completamente imbuidas en el discurso político de las democracias constitucionales. Las Cortes Constitucionales son conceptualizadas a la luz de una vasta gama de principios y referencias simbólicas de dicho régimen constitucional. En tales términos, el proyecto de las Cortes Constitucionales trasciende los límites propios de las distintas jurisdicciones y, en la medida en que tales Cortes comparten un grupo nuclear de dispositivos, algunas teorías normativas también trascienden dichos límites.

Los argumentos normativos que este libro contiene pretenden ser aplicables a cualquier Corte Constitucional. En este libro se entiende por Corte Constitucional un órgano con tres denominadores, a saber: i) varios integrantes no elegidos por voto popular<sup>18</sup>, que ii) responden

<sup>16</sup> Donald BROWN proporciona una definición casi universal: «Una para la cual hay algunas excepciones conocidas o para las cuales hay razones para pensar que podría haber algunas excepciones», a diferencia de universales absolutos, que se encuentran entre todas las personas conocidas por la historia (BROWN, 2004: 48).

<sup>17</sup> Por ejemplo, es algo del contraste que Joseph RAZ dibuja entre la filosofía y la sociología del Derecho: «La última se ocupa de lo contingente y lo particular, la primera de lo necesario y lo universal» (RAZ, 1979: 104).

<sup>18</sup> Algunos preferirían el concepto general de «independencia judicial». Sin embargo, lo

a las demandas de actores externos<sup>19</sup>, y que *iii*) puede desafiar<sup>20</sup> la legislación proferida por el Parlamento representativo mediante el ejercicio de control de constitucionalidad. Este cuerpo así formulado debe rendir cuentas por sus argumentos y las razones en las que se fundan sus decisiones, que no por la satisfacción periódica de los electores. Esta es mi premisa de partida. Cualquier elemento restante está a la suerte de la imaginación institucional adicional.

Sin embargo, se asume que dicha imaginación institucional adicional debe rastrear la específica misión o función de tal institución. La deliberación, en su naturaleza multifacética desarrollada más adelante, es justamente el norte de este libro. El concepto de democracia deliberativa le otorga a este estudio su norte, sin que constituya una camisa de fuerza. Este libro presenta algunas razones para defender que este tipo de Cortes deben ser deliberativas y analiza las implicaciones normativas de tal condición. Al respecto, si bien existen múltiples alternativas válidas para defender esta postura, sus obstáculos y sus facilidades dependen del contexto.

Tal como lo hemos conocido a lo largo de la historia, si bien las Cortes Constitucionales comparten los tres denominadores mencionados, su estructura es más compleja y supera tales elementos<sup>21</sup>. El Derecho comparado frecuentemente emplea y aplica una definición técnica del vocablo Cortes Constitucionales. Una teoría de nivel medio de abstracción no ofrece soluciones detalladas para las múltiples variables analizadas ni tampoco determina, con todo la minucia, cuál es la mejor Corte Constitucional en todo tiempo y lugar. Dicha teoría aporta luces en relación con aquello que está en juego en los diferentes dilemas institucionales. Tal teoría se abstiene de presentar fórmulas acabadas y totalizantes en relación con cada dilema o inconveniente que se presenta en cada contexto. De la misma manera, esta teoría es consciente de dichos dilemas o inconvenientes y puede, en aquellos casos en que se conoce el contexto, aportar a la ponderación de intereses y principios y a su solución. En términos coloquiales, dicha teoría es una teoría al por mayor, que no al detal. Las teorías domésticas o limitadas a una jurisdicción completarán la tarea normativa general al rellenar los espacios que la teoría de nivel medio de abstracción deja abiertos.

---

evitan no solo porque tiende a sugerir una noción insostenible de «separación» total de las ramas políticas, sino también porque ya se compromete con otras variables institucionales que prefiero dejar abiertas.

<sup>19</sup> «Inercia» es otra característica que promovería independencia e imparcialidad. Los tribunales no pueden actuar *ex officio* para tener su propia iniciativa o para presentar sus propias causas.

<sup>20</sup> «Desafío» es un término más flexible que comprende no solo el poder real para anular o invalidar la legislación, sino también formas de autoridad más débiles como la competencia para «declarar la incompatibilidad», introducida por la Ley de Derechos Humanos del Reino Unido (1998).

<sup>21</sup> Véase CAPPELLETTI, 1984.

En tales términos, una teoría de nivel medio de abstracción resulta más plausible cuando reconoce sus propios límites. En efecto, dicha teoría no debe prometer aquello que no puede cumplir. Esta teoría debe cumplir con dos requisitos que sin lugar a dudas determinan su validez. Primero, debe ser lo suficientemente maleable y adaptable a las múltiples especificidades y diferentes circunstancias. Su versatilidad la resguarda de ser capturada por las particularidades de una jurisdicción en concreto y, al mismo tiempo, le permite servir de modelo en diferentes contextos normativos. Segundo, y como consecuencia de lo anterior, esta teoría necesita identificar y hacer explícitas sus propias limitaciones, es decir, adoptar una estrategia de autocontención.

La teoría política de nivel medio de abstracción se aleja de la mera imaginación normativa, a partir de la cual se construye el edificio de lo político desde cero. Dicha teoría se imagina aquello que una Corte Constitucional puede ser, habida cuenta de las pocas características consolidadas que pueden ser identificadas en todas las Cortes. Pese a estar limitada por mínimos denominadores, esta teoría no está atada a ninguna Corte Constitucional existente. Aquello que esta teoría abarca horizontalmente, lo pierde de manera inevitable en el plano vertical: esta teoría «cubre más diciendo menos», como señala Sartori<sup>22</sup>. Ello no implica que, por un pretendido purismo metodológico, me abstenga de ascender o descender, cuando resulte apropiado, en la «escalera de la abstracción»<sup>23</sup>. Por el contrario, en algunos apartes este texto da cuenta de formulaciones teóricas ideales con ejemplos contextuales. Siempre que asciende o descende en el nivel de abstracción, y con ello cruza los límites del nivel medio, las formulaciones pierden, bien en especificidad o en generalidad. En mi opinión, siempre que tales pérdidas sean puestas de presente, enriquecen las inestables fronteras del nivel medio de abstracción<sup>24</sup>.

Este libro formula una defensa pragmática de la Corte Constitucional deliberativa o, más generalmente, una defensa de una institución principalmente deliberativa que está a salvo de presiones o intenciones de legitimación política o electoral<sup>25</sup>. Una defensa pragmática y basada en principios es quizá la única defensa normativa que se pueda esbozar a favor de una institución. Este libro no formula una defensa desde un punto de vista histórico. Existe una suerte de genealogía contingente de esta institución, la cual se ha expandido a lo largo de los países democráticos durante los últimos sesenta años. Las diferencias entre las Cortes Constitucionales son significativas, pero en ningún caso se pueden desconocer sus aspectos en común. Todas las Cortes Constitucionales son *proxys* de un ideal, no accidentes de mera coincidencia.

<sup>22</sup> SARTORI, 1970: 1033.

<sup>23</sup> *Ibid.*: 1053.

<sup>24</sup> Un agradecimiento a la Universidad de Oxford por esta aclaración.

<sup>25</sup> Es un recurso similar al caso de PETTIT, 2005, para una democracia dual, que incluye tanto los ejercicios de votación como de discusión.

Este libro intenta arribar a conclusiones aplicables a todos los contextos que comparten dichos denominadores institucionales mínimos. Por la misma razón, trato de evitar la formulación de sugerencias o recomendaciones, las cuales no podrían edificarse sobre la base de tales denominadores comunes. Tampoco se pretende derivar conceptos demasiado esencialistas acerca de las funciones, la estructura y la capacidad de las Cortes. Este texto deja espacio para factores contextuales y contingentes, los cuales no pueden ser tratados en este nivel de abstracción.

Considero que el fino límite entre la teoría de nivel medio de abstracción y una teoría limitada a una jurisdicción en particular puede y debe ser definido<sup>26</sup>. La virtud de sus propios vacíos permite restringir las aproximaciones particularistas<sup>27</sup>. Será el lector quien evalúe si este libro alcanza éxito en este propósito. Estas precisiones metodológicas le aportan elementos al lector para que juzgue si este libro consigue su objetivo.

### 3. HOJA DE RUTA DEL ARGUMENTO

Este libro tiene nueve capítulos. En el primer capítulo se identifica, en el marco de la literatura contemporánea, la discusión general acerca del ideal de deliberación política como medio para tomar decisiones colectivas. Además de una definición abstracta de deliberación, este capítulo sistematiza las razones intrínsecas e instrumentales que justifican la deliberación, aporta criterios para reconocer las circunstancias en las cuales la deliberación puede ser o no deseable, y, finalmente, devela las especificidades de los diferentes escenarios de deliberación. El segundo capítulo examina de qué manera la deliberación puede estar relacionada con el Derecho conceptualmente, por medio del razonamiento jurídico, e institucionalmente, por medio de la toma de decisiones colegiada. El tercer capítulo disecciona la singularidad de las decisiones de las Cortes Constitucionales en contraposición con aquellas de los Parlamentos y de las Cortes ordinarias, describe la forma en que son defendidas por su carácter deliberativo, y, finalmente, diagnostica las lagunas en este enfoque general.

<sup>26</sup> No es metodológicamente original la idea de la teoría de «nivel medio». Podría enumerar autores importantes que han desarrollado un trabajo sobre ello. Un ejemplo reciente es WALDRON, 2006, particularmente en su intento de ubicar un «núcleo» abstracto contra el control constitucional. La idea de un «núcleo» es precisamente la definición de condiciones hipotéticas bajo las cuales, para este autor, el control constitucional no sería ni necesario ni deseable. Afirma que, en un «nivel medio», estas condiciones se obtienen en la mayoría de las democracias contemporáneas, de ahí la ilegitimidad de dicha institución en todos esos escenarios.

<sup>27</sup> Michael WALZER señala la tradición filosófica que adopta el enfoque opuesto: «La plenitud significa un sistema cerrado, una descripción de un régimen único, un “todo” que puede ser racionalmente descubierto o creado, pero no cuestionado o revisado racionalmente» (WALZER, 1990: 225).

El cuarto capítulo presenta el argumento central del libro y desarrolla el significado central de la actividad deliberativa. Este capítulo básicamente aplica las categorías analíticas del primer capítulo a los distintos escenarios deliberativos de las Cortes Constitucionales y describe ciertos estándares de desarrollo. El quinto capítulo analiza los puntos de referencia éticos que los jueces deben seguir para promover el desarrollo deliberativo. Estos estándares son virtudes judiciales que sobresalen en cada escenario de deliberación. El sexto capítulo se enfoca en el diseño institucional, principal facilitador del desarrollo deliberativo. Más específicamente, este capítulo estudiará el grupo de dispositivos que están más relacionados con la capacidad deliberativa de las Cortes y evidencia las principales virtudes y dilemas detrás de cada dispositivo.

El séptimo capítulo presenta el contexto legal en el cual las Cortes Constitucionales desarrollan justificaciones públicas para decidir. Estos límites comprenden el propio carácter del lenguaje o léxico constitucional, la carga del precedente, los deberes argumentativos en relación con las otras Cortes y jueces inferiores, así como en relación con las otras ramas, y el eco o los reflejos que la jurisprudencia comparada puedan tener en un determinado contexto.

El octavo capítulo estudia las restricciones políticas de la toma de decisiones de las Cortes Constitucionales. Tales restricciones abarcan las tensiones propias de la fijación de la agenda y la selección de los casos; la definición del grado de cohesión de las decisiones escritas (tomadas por uno o varios jueces); la medición de la amplitud, profundidad y tono de las decisiones; la anticipación del grado de cooperación o resistencia de las otras ramas del poder público, y el direccionamiento de la opinión pública. Este capítulo, además, sugiere que las virtudes de prudencia y coraje son determinantes para que las Cortes Constitucionales enfrenten las presiones políticas. El noveno y último capítulo plantea algunas conclusiones sobre las repercusiones que podría tener el argumento central de este libro en relación con la teoría democrática.

Se puede concordar o discordar con este libro en varios de sus puntos. En primer lugar, se puede dudar de la importancia general de la deliberación en la política y en la toma de decisiones colectivas. En segundo lugar, se puede tener suspicacias sobre si las Cortes son escenarios deliberativos plausibles. Finalmente, incluso si se comparte la importancia de la deliberación y la contribución de una Corte Constitucional en esta materia, podría rechazarse el modelo de desarrollo deliberativo aquí presentado, bien en su estructura (fundada en términos como «significado central», «setos» y «facilitadores») o en sus componentes internos.

Pues bien, estos son los pasos necesarios para presentar una Corte como escenario deliberativo. Este libro proporciona un argumento normativo que evidencia aquello que está en juego si una Corte quiere

hacerse acreedora de los beneficios y las cargas de la deliberación. En este contexto se analiza en qué medida una Corte Constitucional puede y debe ser una institución deliberadora y por qué una Corte no deliberadora es inferior a aquella que sí lo es. En otros términos, este libro plantea algunos patrones y el potencial distintivo de las decisiones de las Cortes Constitucionales en relación con su capacidad para deliberar y activar la deliberación externa sobre la interpretación constitucional, junto con sus fallas y logros<sup>28</sup>.

Este trabajo contribuye a evaluar la legitimidad política del control de constitucionalidad de manera gradualista, adaptativa y sensible al contexto. Además, tiene amplio alcance y activa múltiples campañas en el marco de la teoría política en general, a la vez que contribuye en diferentes áreas de la literatura sobre esta materia. De la misma manera, este libro plantea algunos retos teóricos a diferentes temáticas de la teoría democrática que no le asignan rol alguno a la deliberación, como, por ejemplo, aquellos sectores de la teoría democrática deliberativa que conciben las Cortes como meras distracciones legalistas o desviaciones que se apartan de profundos razonamientos morales, o aquellos sectores de la teoría constitucional que no prestan atención a las implicaciones de una Corte deliberativa o a la política de las decisiones judiciales, o, desde otro extremo, que simplemente las conciben como cuestiones meramente políticas. En suma, este libro formula un método experimental para evaluar las Cortes Constitucionales.

Esta obra no describe el tipo de foro deliberativo que las Cortes son en la actualidad. En su lugar, se ocupa del tipo de foro deliberativo que dichas Cortes pueden llegar a ser. Sin presentar un listado exhaustivo de respuestas, este libro contiene un razonable, comprensivo y sistemático mapa de preguntas relevantes al respecto. Sus respuestas dependerán de las diferentes circunstancias. No obstante, aporta una particular perspectiva desde la cual es posible comparar las Cortes Constitucionales reales.

El texto que tenemos en las manos no solo intenta diseñar una suerte de «deliberómetro», es decir, un prototipo de dispositivo crítico que las democracias constitucionales deben implementar para mantener la decisión judicial del control de constitucionalidad sujeta al escrutinio público. Por el contrario, el propósito básico del mismo es justificar que las Cortes Constitucionales son escenarios óptimos para la deliberación. Esta última premisa se prueba en este texto y se avizoran algunas de sus prometedoras consecuencias.

Finalmente, la siguiente advertencia resulta necesaria. El término «deliberación» es utilizado en más de un significado a lo largo del li-

<sup>28</sup> Este ejercicio se puede considerar análogo al realizado por Lon FULLER en su libro clásico *The Morality of Law* (1968). Allí diseñó los principios de excelencia en la elaboración de leyes y examinó cómo gestionarlos juntos para construir y mantener el Estado de Derecho, equilibrando esos estándares caso por caso.

bro. La definición desarrollada en el capítulo I, que constituye mi referencia esencial para abordar el concepto de desarrollo deliberativo, se refiere a la deliberación como un compromiso interpersonal argumentativo. El término «deliberación», sin embargo, ha sido usado en la literatura con significados que, aunque relacionados, son diferentes. En ocasiones, la deliberación es entendida como un simple proceso de intercambio de razones o de ponderación de razones, o como la exposición de una idea a las razones, o como una mera conversación que conlleva a una decisión.

Deliberación, en consecuencia, es un término con una amplia gama de significados en la tradición de la filosofía política y también en la literatura contemporánea de teoría constitucional. La inestabilidad o variabilidad de sus diversos significados puede ser vista como un problema o como una cualidad de este libro. Puede ser un problema en la medida en que se corre el riesgo de generar incertidumbre conceptual y tornar borroso el mismo objeto de análisis. Este riesgo fue evitado o, al menos, mitigado en la medida en que tales diferencias son puestas de presente. De otro lado, la ventaja de dicho tratamiento maleable es que se logra capturar diferentes aspectos de la deliberación que, pese a ser relevantes en el desarrollo deliberativo, se perderían en el marco de un estricto análisis conceptual.



## CAPÍTULO I

# DELIBERACIÓN POLÍTICA Y TOMA DE DECISIONES COLECTIVAS

### 1. INTRODUCCIÓN

Se cree que la deliberación es una suerte de ideal para la política. Sin embargo, los precisos beneficios o los potenciales riesgos de la deliberación no son fácilmente discernibles. El diálogo y la conversación, el debate y la justificación, la benevolencia y el compromiso, la publicidad y la racionalidad, la persuasión y la apertura, la transparencia y la sinceridad, el respeto y la caridad, la mutualidad y la modestia propia, el consenso y el bien común, no serían más que unos cuantos indicios que apuntarían al ideal de la deliberación. El interés propio y cerrado, las preferencias propias y los deseos prepolíticos, al contrario, podrían indicar negativamente lo que está por debajo de la deliberación. Por esta vía, la aproximación al concepto de deliberación se convertiría en un caricaturesco debate de contraste fácil entre blanco y negro, lo cual nos alejaría de la comprensión, la evaluación y el descubrimiento de posibles caminos para el mejoramiento de la política contemporánea.

No obstante, la deliberación, tal como se describe tradicionalmente, es de naturaleza variada y de difícil comprensión. Esta aproximación, más que una estrategia didáctica, es una forma inevitable de capturar este fenómeno problemático. En el lado divino, la política es elogiada como un modo de vida —o, al menos, como un escenario legítimo para manejar las tensiones del pluralismo de una manera sabia y respetuosa—. En el lado mundano, la política es vista como un medio para amalgamar y acomodar intereses privados, para encuestar las opiniones formadas en nuestras vidas individuales. Uno es reflexivo y emancipador, y el otro, irreflexivo, subjetivo, divisivo y perturbador, ya que el primero opera al canalizar las voces y las razones de peso de cada uno de los asociados, y el otro, por el contrario, simplemente cuenta los principales ganadores y perdedores como regla básica del *modus vivendi*. De un lado, la decisión colectiva es producto de un vigoroso ejercicio intelectual y cooperativo. Del otro, la decisión colec-

tiva solo es un inventario de voluntades individuales bastante negociadas. Las diferencias entre una y otra vía son numerosas. Si bien la primera postura parece *prima facie* más atractiva, resultaría demasiado apresurado optar por ella en este momento.

El punto de partida de un libro sobre la deliberación política debe ser descomponer este concepto en cada una de sus partes. Ello es relevante no solo en aras de la claridad, sino también para evidenciar las variables que lo componen y sus distintas conexiones de una manera coherente. Tanto la defensa como el ataque a la deliberación política se erigen sobre razones intrínsecas e instrumentales. Fundados en premisas normativas, algunos defensores de la deliberación piensan que esta es un bien político independientemente de sus resultados; a su vez, fundados en premisas empíricas, algunos defensores de la deliberación resaltan los efectos positivos que probablemente se alcanzan con la misma. Fundados en premisas normativas, algunos críticos de la deliberación simplemente rechazan el presunto atractivo de la misma; con fundamentos empíricos, algunos escépticos señalan que el nexo de causalidad entre la deliberación y sus presuntos efectos positivos es infundado o está aún por demostrar.

Este capítulo, en su primera sección, proporciona algunas categorías analíticas que conducen la presente disertación y describe los elementos cardinales de la deliberación política. La segunda sección presenta el marco conceptual de la deliberación. La tercera sección explica las razones y los medios que se utilizan para defender y atacar la deliberación política. La cuarta sección reseña el debate instrumental sobre la deliberación política, así como los efectos positivos que los defensores empíricos imaginan y los efectos negativos que los escépticos postulan. Las siguientes secciones, quinta y sexta, ayudan a comprender la separación entre los fundamentos de los defensores y los antagonistas de la deliberación política de una manera más contextualizada a partir de dos categorías: las circunstancias y los lugares de la deliberación. En suma, el capítulo se desarrolla en tres pasos consecutivos: *definición, justificación y contextualización*.

La literatura contemporánea, abundante por definición, no ha consolidado todavía un marco integral para abordar la deliberación política. Ante esta carencia, resulta difícil dar sentido a las controversias en torno a la deliberación y a los objetivos exactos en los que se apuntan las objeciones en su contra. Este capítulo trata de presentar una suerte de trabajo conceptual preparatorio para, con posterioridad, contextualizar de manera significativa y productiva los diversos ángulos de la deliberación política. Con tal propósito, se presenta una posible matriz de análisis como carta de navegación dentro de esta suerte de literatura caleidoscópica<sup>1</sup>. En este contexto, este capí-

---

<sup>1</sup> Una parte relevante de la literatura mencionada en este capítulo se enmarca en la línea contemporánea de las teorías de la «democracia deliberativa». Para los propósitos ac-

tulo es un intento de reconstruir una parte relevante de la bibliografía sobre la materia y de juntar las piezas conceptuales para lograr un cuadro comprensivo sobre la deliberación política. Esta empresa, más allá de una simple descripción conceptual sobre la deliberación, presenta posturas en relación con sus distintas controversias y conforma la base teórica para el libro.

## 2. EL MARCO CONCEPTUAL DE LA DELIBERACIÓN POLÍTICA

La teoría democrática ha revivido recientemente la deliberación como un componente valioso para la toma de decisiones colectivas. La deliberación no encierra sino una práctica respetuosa e inclusiva de razonar juntos mientras se buscan continuamente soluciones para demandas decisionales por medio del intercambio de razones en aras de un consenso sobre el bien común. Así, los participantes de la deliberación, antes de contar los votos, están llamados a mostrar sus preferencias a la luz de argumentos razonables y persuasivos. Pese a múltiples variaciones conceptuales y terminológicas dentro de la literatura de la democracia deliberativa, tales elementos pueden ser considerados como el mínimo común denominador de la deliberación<sup>2</sup>.

El párrafo anterior presentó un intrincado conjunto de elementos. Cualquier proceso de decisión política que no se enmarque dentro de estas características podría ser una suerte de *proxy*, pero no merecería ser llamado deliberación. A continuación ahondaré en los elementos de la definición de deliberación. Son siete aspectos los que conforman el encuentro deliberativo. Primero, presupone la necesidad de tomar una decisión colectiva que afectará directamente a los que deliberan o, indirectamente, a los que están ausentes. Segundo, la decisión no es considerada como el final del ejercicio, sino que es un punto de llegada provisional que podrá ser reemplazado por nuevas rondas deliberativas. Tercero, deliberación es una práctica de razonar juntos y de justificar la posición de los participantes en el encuentro. Cuarto, es un intercambio de razones imparcial y traducible al bien común. Quinto, los participantes asumen que las deliberaciones están abiertas a revisión y tienen el potencial de transformar sus opiniones a la luz de los argumentos; esto constituye una suerte de «ética del consenso». Sexto, la deliberación implica un elemento ético de respeto. Séptimo, la deli-

---

tuales, desvinculamos la democracia de la deliberación y nos concentramos en la segunda. El intento de conceptualizar la deliberación, independientemente de que sea democrática, ha sido menos común en los últimos tiempos, ya que, a menudo, ambos conceptos son combinados. No obstante, para un análisis de los dos componentes por separado podría revisarse PETTIT, 2006: 156-157, y CHAMBERS, 2009, que también distingue entre «democracia deliberativa» y «deliberación democrática».

<sup>2</sup> Varias publicaciones recientes coinciden en la existencia de un denominador común consolidado dentro de la literatura y generalmente lo anuncian desde el principio. Cfr. DRYZEK, 1994 y 2000; GUTMANN y THOMPSON, 1996; CHAMBERS, 2003; MANIN, 2005; GOODIN, 2003, y BOHMAN, 1998.

beración comprende un compromiso político de inclusividad, empatía y capacidad de respuesta a todos los puntos de vista.

Cada uno de estos elementos amerita mayor desarrollo. Primero, el elemento decisonal. Al respecto es importante precisar que se trata de una deliberación de carácter político y no de otro tipo<sup>3</sup>. La política exige decisiones autoritarias que ordenen obediencia. Las decisiones conllevan deliberación sobre un curso práctico de acción que un grupo o una comunidad debe adoptar. Esta es una decisión importante que se enfrenta a limitaciones de tiempo y de recursos. Por tanto, este tipo de deliberación se distingue de otros tipos de conversación o investigación que no están comprometidos con una carga tan drástica, como la ciencia, la filosofía o la conversación cotidiana. En estas últimas deliberaciones, los elementos de autoridad coercitiva y legitimación no están en cuestión, lo que no significa que las preguntas científicas o filosóficas no puedan estar implicadas en decisiones políticas. De hecho, esto sucede con frecuencia. Sin embargo, cuando los dilemas políticos están enmarcados en discusiones científicas o filosóficas, las elecciones coercitivas tendrán que tomarse independientemente de la existencia de una respuesta correcta en dichas áreas no políticas. En el momento en que estas preguntas entran en el campo de la política, se convierten en una lógica operativa diferente. Por una parte, la deliberación política tiene un grado de urgencia que se enfrenta a una escala temporal peculiar y, por la otra, los efectos de tal decisión afectan directamente las vidas de los deliberadores, así como, posiblemente, según se conforme el foro deliberativo, de las personas que están fuera de ella.

Segundo, la deliberación política sobrepasa la decisión misma y puede reavivarse en nuevas rondas de debate. Los participantes en la deliberación no ignoran que las decisiones son trascendentales, pues acarrear efectos concretos en la vida en comunidad y son de naturaleza continua<sup>4</sup>. La deliberación puede reanudarse y continuarse con el proceso argumentativo después de la decisión. En la práctica se pueden requerir nuevas decisiones colectivas, que tendrán siempre vocación de provisionalidad. Esta tensión entre la necesidad de decidir y las disputas posteriores a la toma de decisiones no es un rasgo singular de la deliberación, sino un hecho constatable de la política en general, sin importar cómo se practica y concibe. Esta observación, por más acertada que sea, pasa por alto cómo la continuidad tiene un pa-

<sup>3</sup> A partir de ahora usaré «deliberación» y «deliberación política» indistintamente, a menos que se indique expresamente lo contrario.

<sup>4</sup> Philippe SCHMITTER puntualiza acertadamente que la «provisionalidad» no puede hacer todo el trabajo para eximir a la deliberación de fallas ocasionales: las decisiones políticas están marcadas por cierta mancha de irreversibilidad y una ruta independiente, lo cual acarrea que los errores del pasado no sean del todo corregidos, queriendo contrarrestar una especie de «punto de vista para sentirse bien» de la deliberación, que se basa en la continuidad de esta para corregir sus propios errores (una posición que, supuestamente, GUTMANN y THOMPSON adoptan). «Seguir deliberando», por tanto, no es necesariamente una respuesta satisfactoria para las deficiencias decisonales (SCHMITTER, 2005: 431).

pel relevante para explicar el valor de la deliberación. La continuidad, para los teóricos deliberativos, no es un hecho fortuito de la política, sino una parte integral de la política legítima. Esta destaca una perspectiva a largo plazo que la justificación por medio de otros procedimientos no consigue realizar. Esto resulta bastante consistente con el dicho popular según el cual «el debate no termina hasta que termine». Los siguientes cinco elementos ayudan a configurar la deliberación más meticulosamente.

Tercero, la deliberación trasciende el mero acto de reunirse para tomar una decisión; requiere que los participantes develen las razones por las que apoyan una postura en particular; comprende un ejercicio de justificación mutua que permite un tipo completo de diálogo antes de tomar una decisión colectiva. La deliberación supone, entonces, que los participantes emprendan un proceso de intercambio de razones y, posteriormente, articulen una combinación adecuada de esas razones como el motivo justificativo de la decisión. El silencio no es aceptable ni durante ni después del proceso.

Cuarto, las razones para decidir pueden ser de variada naturaleza y surgir de diferentes fuentes. No todos los tipos de razones y sus fuentes son aceptables en los foros políticos deliberativos; la naturaleza colectiva de la decisión implica que serán compatibles con la deliberación solo las razones que todos los miembros del foro podrían concebiblemente compartir. Este requisito excluye los argumentos fundados en intereses exclusivamente privados, los cuales no son traducibles a un lenguaje del bien común. Los deliberadores deben ponerse dentro de esta cadena de restricciones argumentativas y salir de ellas con argumentos consistentes<sup>5</sup>.

Quinto, la deliberación exige aún más. No se limita simplemente a formular razones relacionadas con una noción plausible del bien común. El intercambio de razones está, en realidad, destinado a desencajenar un compromiso interactivo en el marco del cual los deliberadores traten de persuadirse mutuamente. Tal proceso de persuasión parte de tres presupuestos: *i*) que sus participantes estén dispuestos o abiertos a escuchar y a revisar sus puntos de vista iniciales; *ii*) que la ética

<sup>5</sup> Este es uno de los campos más controvertidos de la teoría deliberativa. RAWLS, 1997, toma prestada la noción kantiana de «razón pública» para su concepción liberal de la justicia. Esta ha sido criticada en varios aspectos porque excluye las doctrinas integrales de la buena vida y es formalmente rígida. Para una distinción relevante entre razón pública inclusiva y exclusiva se puede revisar RAWLS, 1997: 119, y su noción de condición. Este debate ha llevado a expansiones y contracciones de lo que es aceptable en este proceso comunicativo. Muchos ahora defienden las formas de expresión no racionales y no cognitivas, siempre que puedan traducirse en el bien común y puedan usarse. Véase CHAMBERS, 2003: 322. Para John DRYZEK, en lugar de una concepción estricta de la razón pública, un filtro más tolerante incluiría: argumento, teoría, emoción, testimonio y narrativa. Esto sería compatible con la deliberación en la medida en que «induzca a una desviación sobre las preferencias de manera no coercitiva» (DRYZEK, 2000). MANSBRIDGE, 2010, comparte esta visión expansiva y piensa que la «justificación mutua» puede lograrse por medio de patrones de razonamiento menos estrictos.

del consenso subyazca a la conversación, y *iii*) que no exista coerción<sup>6</sup>. Todos participan en la persuasión porque hay una creencia común sobre la potencial existencia de una mejor respuesta y que vale la pena el esfuerzo de tratar de obtenerla de manera dialogada. La ética del consenso es la motivación que impulsa el verdadero encuentro deliberativo. No se puede confundir con una necesidad real de crear un consenso<sup>7</sup>. El consenso es prescindible no solo por el uso de la presión temporal para decidir, sino también porque los deliberadores pueden reconocer que, mientras se agoten sus capacidades argumentativas<sup>8</sup>, algunos puntos pueden permanecer irreconciliables<sup>9</sup>. Una vez más, con o sin consenso —*el cual también está inexorablemente condenado a ser provisional*—, la deliberación está siempre sujeta a ser reencendida.

La formación y transformación de las preferencias son, por tanto, endógenas y autónomas<sup>10</sup>. Las preferencias se encuentran exentas de presiones exógenas o de elecciones heterónomas. La razón deliberativa reconoce su propia falibilidad; lo contrario a una racionalidad de oráculo basada en predicciones que no deja margen de discusión. La primera es modesta y dialógica, mientras que la segunda es dogmática y habitualmente autoritaria. El compromiso deliberativo es contrario a hablar el uno con el otro como si se tratase de una conversación entre sordos<sup>11</sup>. Una institución deliberativa no es meramente una torre de marfil de la que brotan razones. Del mismo modo, una deci-

<sup>6</sup> MANSBRIDGE, 2010: 94.

<sup>7</sup> Tal ética requiere simplemente «objetivizar el consenso» (FEREJOHN, 2000: 76). El consenso se ve como un objetivo aspiracional que regula la conducta, no un fin obligatorio. Hasta qué punto la falta de consenso se considerará un fracaso de la deliberación se está convirtiendo gradualmente en una cuestión menos controvertida entre los autores. COHEN, 1997, reconoce el consenso como un ideal para ser perseguido, mientras que YOUNG, 1996, lo rechaza como opresivo. Simone CHAMBERS señala que la teoría deliberativa ha dejado caer una «teleología centrada en el consenso» y logró acomodar el pluralismo y el lado agonístico de la democracia (CHAMBERS, 2003: 321).

<sup>8</sup> RAWLS, «*stand off*», 1997: 797.

<sup>9</sup> Las críticas fáciles de la deliberación a veces asumen dos puntos de vista bastante inverosímiles: *i*) que la deliberación no tiene sentido a menos que conduzca al consenso (esa deliberación, independientemente del contexto, siempre es incapaz de reducir el desacuerdo), y *ii*) las instituciones deliberativas, sin embargo, deberían poder tomar decisiones no consensuadas, y esta característica no daña su carácter deliberativo. La necesidad de consenso, en realidad, puede ser un desincentivo a la deliberación y deslizarse en otros tipos de interacción (FEREJOHN, 2000: 78-80).

<sup>10</sup> ROSTBOLL, 2008: 81, y 2005: 371.

<sup>11</sup> Michael WALZER propone una distinción útil entre debate y deliberación. Los deliberadores son persuasibles, los que debaten, no; los deliberadores interactúan entre sí, los que debaten quieren convencer a la mayor parte de la audiencia que tienen la autoridad para obtener la victoria. Este autor se cuestiona sobre lo siguiente: «Los participantes del debate deben escucharse unos a otros. No obstante, escuchar no produce por sí mismo un proceso deliberativo. Su objetivo no es llegar a un acuerdo, su objetivo es ganar el debate y persuadir a la audiencia [...]. Un debate es una competencia entre oradores fuertes y el objetivo es la victoria. Los medios para ello son el ejercicio de habilidad teórica, recopilación de argumentos favorables y la supresión de argumentos desfavorables, el descrédito de los demás participantes o la apelación ante la autoridad, etc. Estos son rivales, no compañeros; ya están comprometidos, no son persuasibles. El objeto del ejercicio, nuevamente, son las personas en la audiencia» (WALZER, 2004: 96).

sión no se reputa deliberativa por el mero hecho de ser producto de seguir un cierto canon argumentativo, el cual puede ser útil para justificar cierta postura. En efecto, este tipo de ejercicio no consigue captar el núcleo del choque deliberativo, que comprende el compromiso horizontal para encontrar y analizar los argumentos que prevalecen sobre otros en un proceso sincero de persuasión<sup>12</sup>.

Sexto, la deliberación presupone una actitud ética basada en la presunción de que todos los individuos merecen ser tratados con igual consideración. En cuanto a la moral interpersonal, esto requiere la práctica concreta de respeto hacia cada participante y argumento que se propone. Ello no comporta que en el proceso no pueda existir enfrentamiento o colisión y que este tenga que parecer siempre amable y agradable; tampoco significa que todos los argumentos deben tener el mismo peso. Esta actitud ética de igual consideración se funda en que no existe una jerarquía de estatus entre los participantes.

Sin embargo, el respeto hacia los deliberadores individuales no se despliega respecto de todas sus responsabilidades morales. Como cuestión de moralidad política, también se supone que los deliberadores deben optar por una actitud que abarca tres elementos: *i*) la inclusión, *ii*) la empatía y *iii*) la capacidad de respuesta<sup>13</sup>. Al discutir, las deliberaciones tienen que incluir (implícita o explícitamente) las diferentes opiniones que se emitieron, imaginar desde otras perspectivas los puntos de vista de aquellos que están ausentes del proceso deliberativo, pero que están igualmente ligados por su resultado, y responder todos los contraargumentos<sup>14</sup>. La dinámica entre la inclusividad, la empatía y la capacidad de respuesta, por tanto, puede ser compleja y algunas veces excesiva. Para ser factible, resulta necesaria una selectividad cualitativa sobre la cual expresamente eludir, imaginar y responder. El deliberador, en cualquier caso, debe ser consciente de estos estándares reguladores y de la posibilidad de abarcarlos. Las exigencias éticas y políticas están enraizadas en el valor moral de la igualdad. La distinción entre el sexto y el séptimo elemento es útil, no obstante, para subrayar que la actitud política implica no solo el respeto por el individuo, o su reconocimiento superficial como miembro de la comunidad política, sino también la responsabilidad de tener en cuenta sus puntos de vista<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> El estándar ajustado y regulativo para esta afirmación es la situación del discurso ideal, que se rige por «la fuerza del mejor argumento»; una máxima de ética discursiva. Véase HABERMAS, 1996: 103, 230, 322 y 323.

<sup>13</sup> La idea de reciprocidad, tal como la definieron Amy GUTMANN y Dennis THOMPSON, captura algunos de estos elementos (GUTMANN y THOMPSON, 1996: 53). Creo que mi formulación hace que algunos componentes internos sean más explícitos.

<sup>14</sup> Me refiero a los miembros de la comunidad política que no tienen el poder, la oportunidad, el interés e incluso la competencia para presentar argumentos de manera formal o informal. Más adelante en este capítulo, en la sección sobre los lugares de deliberación, califico la noción de «deliberador» y distingo a los diversos actores que pueden encajar en ella.

<sup>15</sup> El uso de los términos «moral» y «ético» de ninguna manera es uniforme o está estandarizado en la historia de la filosofía. Aquí, por «ético» me refiero a «moralidad interperso-

La deliberación política, en definitiva, es este gran compuesto. Es una variante del razonamiento práctico aplicado a los procesos de toma de decisiones colectivas. Las concepciones del bien común, bajo este ideal, necesitan soportar la prueba del argumento, no solamente estar numéricamente respaldadas. Ciertamente es posible distender o flexibilizar los requisitos deliberativos, ya que, por ejemplo, se puede concebir la razón pública de una manera más o menos expansiva o convertir las actitudes éticas y políticas en más o menos extenuantes, y así sucesivamente. Lo que cae dentro y fuera de las fronteras dependerá de los propósitos de cada teoría y explicará su aplicabilidad y justificación.

Diferentes mixturas de estos elementos podrían conducir a procesos decisorios que podrían asemejarse, pero distarían del estándar ideal de deliberación política. En otro extremo del espectro se podrían encontrar otros tipos de procesos que se oponen más claramente a este ideal. Dos métodos, como se mencionó en la introducción, sintetizarían, por el contrario, lo que no es la deliberación, a saber: *la votación y la negociación*<sup>16</sup>. Esta última consiste en una negociación basada en un prototipo de mercado en la que las partes ponen abiertamente sus intereses privados sobre la mesa y negocian concesiones mutuas para concertar un acuerdo que optimice sus respectivos deseos. La primera es camaleónica y no necesariamente incompatible con la deliberación. Formalmente, votar es un método justo para agregar posiciones individuales dándoles una importancia imparcial<sup>17</sup>. Sin embargo, dependiendo de cómo se presenta esta posición individual, se pueden formar tres arquetipos diferentes. Si, por un lado, la votación es solo el punto final de la deliberación para llegar a una decisión a la luz del desacuerdo que exista, no es incongruente, sino más bien requerida por la deliberación<sup>18</sup>. Si, por el otro, es la agregación de preferencias individuales en bruto, la deliberación se torna imposible. Finalmente, como postura intermedia, la votación puede servir para fusionar, en lugar de intereses propios, juicios reflexivos sobre el bien común que no pasaron por medio del escrutinio interpersonal. Por muy valiosa que sea, esta tercera variante seguramente no cumple con las características básicas de la deliberación.

Esta clara separación entre la deliberación, la negociación y la votación puede ser difícil de ver en los procesos decisorios del mundo

---

nal» fuera del ámbito de la política. Los elementos sexto y séptimo se basan en una distinción entre moralidad interpersonal y política, ambos evaluados de manera equitativa.

<sup>16</sup> Cfr. ELSTER, 1998: 7. HABERMAS, 1996, distingue entre la negociación basada en intereses y el razonamiento basado en valores.

<sup>17</sup> MANSBRIDGE, 2010: 85.

<sup>18</sup> Jon ELSTER aborda este punto: la influencia en el mecanismo de elección social no serían las preferencias posiblemente egoístas e irracionales que operan en el mercado, sino las pretensiones informadas y con beneficio (ELSTER, 1997: 11). Más tarde agrega: «La transformación de las preferencias nunca puede hacer más que complementar la agregación de preferencias, nunca las reemplazará por completo» (*ibid.*: 14). Jürgen HABERMAS también distingue entre la agregación de preferencias deliberativas o no deliberativas (HABERMAS, 1996: 304).

real. Esta diferenciación puede resultar más o menos compleja cuando se presentan simultáneamente estos tres componentes de manera poco distinguible. Las decisiones colectivas reales rara vez son deliberativas o no deliberativas en un sentido purista. Los procesos de toma de decisiones comprenden una suma de diferentes prácticas, cada una de las cuales tiene una ética distintiva y una mecánica particular. En estos procesos, tales componentes no son fácilmente separables, pueden estar ineludiblemente entrelazados y correspondería al teórico discernir sobre cómo estos diferentes componentes realmente operan. Por consiguiente, por el bien del análisis, es importante tener presente estas tres categorías.

### 3. LOS VALORES DE LA DELIBERACIÓN POLÍTICA

La deliberación política se ha prescrito en tres diferentes escenarios normativos: el liberalismo político, el republicanismo y el comunismo. La práctica no es completamente diferente de la perspectiva de cada uno de estos lentes. Cada corriente de pensamiento resalta valores distintos, pero terminan convergiendo en una práctica bastante similar. Con matices ligeramente diferentes, la deliberación es lo suficientemente ingeniosa como para establecer el patrón de la política legítima en tan amplias gamas de perspectivas teóricas. En estos tres escenarios, por tanto, la deliberación proporciona la base para la legitimidad política, independientemente de los resultados que se consigan. Esta sección no ignora sus diferencias ocasionales (especialmente sobre los límites de lo que constituye una razón aceptable en la deliberación), pero las entiende como variaciones marginales para el propósito del mismo.

El conjunto exacto de valores que la deliberación política articula dependerá, por tanto, de los ojos del espectador. La deliberación tiene un plus magnético para acoger o dar expresión a diferentes valores. Los liberales ven igualdad y libertad, tolerancia y respeto, es decir, que, en un concepto amplio, observan justicia política. Los individuos serían libres e iguales en la medida en que las decisiones colectivas estén basadas en razones que todos los miembros compartan de una manera razonable<sup>19</sup>. Los republicanos modernos ven la libertad y la no arbitrariedad siendo promovidas por medio de la discusión; un compromiso cívico que fomenta el autogobierno colectivo. Bajo este prisma, la deliberación contribuiría a diluir la dominación<sup>20</sup>. Los comunistas, por su parte, aprecian la inclusión y una política del bien común<sup>21</sup>. Así, *la completa trinidad de los valores políticos modernos* —la liber-

<sup>19</sup> Esta es la noción básica de la razón pública proporcionada por RAWLS, 1997 y 2005. Cfr. también COHEN, 1997, y FREEMAN, 2000.

<sup>20</sup> Para las definiciones de la libertad republicana cfr. PETTIT, 1997, 2004 y 2005, la libertad como no dominación; URBINATI, 2004, la libertad como no sometimiento, o ROSTBOLL, 2005 y 2008, la libertad deliberativa y sus múltiples dimensiones.

<sup>21</sup> SANDEL, 2010: 242.

tad, la igualdad y la comunidad—, por tanto, estaría implicada en la deliberación política<sup>22</sup>. Al menos parcialmente, la deliberación reconcilia diversos enfoques de la política.

Este modo de interacción personal, tal como lo define el marco conceptual, es valioso en sí mismo. Esta conclusión es compartida por un amplio marco de persuasiones teóricas. Un normativista sostiene que las decisiones colectivas deliberativas representan la mejor concepción de la comunidad política. En su opinión, la deliberación se mantiene en pie de dignidad, cualesquiera sean los resultados que puedan surgir de ella. La deliberación proporciona razones intrínsecas a la autoridad para coaccionar o, a la inversa, a los ciudadanos para obedecer. Esta concepción de legitimidad no es meramente contingente sobre el imaginario consenso contractual, sino que se funda en una práctica concreta de consideración en medio del desacuerdo<sup>23</sup>. El valor de la deliberación no depende de sus consecuencias, sino únicamente de los valores que articula y materializa.

Los críticos normativos cuentan una historia menos gloriosa sobre el atractivo de la deliberación. Para ellos, una defensa generalizada de la deliberación es opresiva, antipolítica<sup>24</sup>, paternalista<sup>25</sup> y legalista<sup>26</sup>. Al intentar suprimir el protagonismo de la política, la deliberación empuja hacia una noción insostenible de la libertad y la individualidad, pues la política estaría fundada en el conflicto en lugar del consenso. El intento de conducir la deliberación a la luz del bien común ignora la concreción y la existencialidad de la confrontación política<sup>27</sup>. El deber de proveer razones y de persuadir a los individuos les quita a estos la verdadera libertad de permanecer en silencio y manifestar alguna preferencia. A veces las preferencias políticas son lo que son. Por difícil que sea, no debería ser necesario esbozar una justificación racional ni hacerla pública. La auténtica libertad eximiría al individuo de exponer públicamente su posición y de conectarla con la idea del bien común.

Los simpatizantes y los críticos exponen dos visiones clásicas de la política legítima. La disputa normativa depende de lo que es más de-

<sup>22</sup> La deliberación, como sostiene Michael WALZER, aspira a ser un procedimiento que convierta a los participantes «libres de dominación, subordinación, servilismo, miedo, sumisión, de cada residuo y rastro de la jerarquía histórica» (WALZER, 1990: 227).

<sup>23</sup> MANIN, 1987.

<sup>24</sup> La deliberación negaría de algún modo el papel inevitable de la pasión en la política. Cfr. MOUFFE, 2000a y 2000b.

<sup>25</sup> Las preferencias políticas, por tanto, son actos privados, y en nombre de la privacidad, los actores deben estar exentos de explicarlas. Cfr. ELSTER, 1997: 11. Christian ROSTBOLL rechaza que la deliberación esté sujeta a una objeción paternalista y define lo siguiente: «Algunas personas quieren tomar sus decisiones de forma espontánea, sin deliberación racional, insistiendo en que se escuchen sus argumentos racionales (por su propio bien), esto es paternalismo» (ROSTBOLL, 2005: 385).

<sup>26</sup> La carga racionalista de la deliberación obligaría a la política a encajar en un modelo de argumentación similar al Derecho. Véase SCHROEDER, 2002.

<sup>27</sup> SCHMITT, 2007.

fendible y factible. El defensor de la deliberación afirma que una política de respeto es factible y superior a una política de individuos egoístas y desunidos, o de «dictados y decretos»<sup>28</sup> impuestos por una jerarquía. Para él, la libertad de guardar silencio cuando se trata de asuntos colectivos simplemente no es aceptable. O, en una visión más refinada, en lo que respecta a los fundamentos constitucionales, las preferencias obsoletas y no probadas no podrían ser válidas<sup>29</sup>. Los elementos constitucionales esenciales, por lo menos, deberían basarse en juicios racionales y en la obligación de justificar integralmente.

Por tanto, sería la ausencia, que no la presencia, de deliberación la que no cumple con el logro moral que pretende esa práctica. No es intrusiva ni demasiado racionalista, sino simplemente un deber razonable de quienes quieren construir un tipo de comunidad inspirada en dichos valores. La deliberación no es, por tanto, antipolítica, sino claramente política: se niega a tomar la política como el concierto de las referencias impulsadas por el mercado, que no pueden imbuir tipo alguno de autonomía loable<sup>30</sup>. Para la deliberación, las decisiones colectivas legítimas dependen de la exposición de razones en el foro público.

Si la política es más que la mediación de los intereses personales, es también la búsqueda del bien común por medio de la práctica de razonar juntos sobre una acción colectiva, y estas decisiones deben ser justificadas públicamente. Por esta razón, una teoría debe proporcionar una gramática de argumentación política, es decir, categorizar los diferentes tipos de razones válidas y las reglas de prioridad que las regulan<sup>31</sup>. La provisión de tal teoría es una carga central de la literatura deliberativa. Los liberales, los republicanos y los comunistas ciertamente no están de acuerdo con las características de tal concepto<sup>32</sup>. Entrar en esta disputa no es el propósito de este libro. El debate sobre las razones que pueden utilizarse en la deliberación política se abordará en el contexto institucional preciso de una Corte Constitucional. Al respecto me pronunciaré en el capítulo VII. Por tanto, para el propósito del presente capítulo basta con destacar el núcleo normativo común de las teorías deliberativas.

<sup>28</sup> PETTIT, 2006: 153.

<sup>29</sup> RAWLS, 1997.

<sup>30</sup> Christian ROSTBOLL afirma: «En la deliberación, debemos respetar el estatus del otro como personas libres, en el entendido de personas con quienes vale la pena discutir y como personas que pueden contribuir y responder apropiadamente a las razones argumentativas» (ROSTBOLL, 2005: 389).

<sup>31</sup> El liberalismo político, por ejemplo, establece una prioridad de derechos y libertades sobre el bienestar general. Véase RAWLS, 2005. También la idea de «derechos como triunfos» es otro ejemplo. Véase DWORKIN, 1978.

<sup>32</sup> Michael SANDEL, por ejemplo, afirma que los requisitos rígidos de la razón pública liberal llevarían a una «política de evitación» en lugar de una «política de compromiso moral» (SANDEL, 2010: 270).

#### 4. LAS PROMESAS Y LOS PELIGROS DE LA DELIBERACIÓN POLÍTICA

Existe una diferencia entre lo que es la deliberación política y lo que se puede esperar de ella. También hay una disimilitud entre los valores intrínsecos de la deliberación y las consecuencias que se le atribuyen<sup>33</sup>. No es trivial reiterar esto<sup>34</sup>. Para evitar caer en confusiones o en argumentos circulares, resulta necesario distinguir entre lo que es constitutivo de la deliberación y lo que se deriva de la misma<sup>35</sup>.

El marco conceptual de la deliberación le indica a todos aquellos que quieran participar en la misma los valores que deben cultivar. Los valores de la deliberación proporcionan, a su vez, los fundamentos intrínsecos de la misma, propios de una concepción no consecuencialista de la deliberación. Ambas nociones conceptuales fueron desarrolladas en las dos secciones anteriores. La teoría política, sin embargo, también ha avizorado los resultados esperables de la deliberación. En este sentido, las razones instrumentales hacen parte de este marco teórico que presenta la deliberación como un medio para alcanzar deseables fines externos. Estos fines ponen de presente los logros colectivos que puede alcanzar quien participa en la deliberación. Los defensores de la deliberación, una vez más, no carecen de fundamento para defenderla. Los escépticos también reclaman su lugar en esta discusión y destacan los efectos no tan positivos, e incluso contraproducentes, que se pueden seguir de la deliberación. La deliberación política, afirman los escépticos, no está libre de riesgos ni es infalible. Sus posibles fracasos no son despreciables y, en algunos contextos, pueden superar sus beneficios accidentales.

Los defensores empíricos de la deliberación señalan cuatro tipos de logros deliberativos: *i*) epistémico, *ii*) comunitario, *iii*) psicológico y *iv*) educativo. Desde el punto de vista epistémico, la deliberación promovería, al menos, claridad sobre qué cuestiones están en juego; a lo sumo, llegaría a la verdadera y mejor respuesta. Desde la perspectiva comunitaria, la deliberación propiciaría el consenso (o al menos minimizaría el disenso), fomentaría la legitimidad social y profundizaría el sentido de comunidad. Desde el punto de vista psicológico, la deliberación inculcaría en los deliberadores el sentimiento de respeto. Por último, educaría a los deliberadores tanto sobre el tema respectivo como sobre las habilidades deliberativas. Estos resultados pueden coexistir y reforzarse mutuamente. No son apuestas poco ambiciosas y sus méritos tampoco son exclusivos de la deliberación. Sin embargo, sus defen-

<sup>33</sup> Esto no quiere decir que la deliberación sea puramente formal, como han argumentado GUTMANN y THOMPSON, 1996.

<sup>34</sup> Como afirma Diana MUTZ: «En la práctica, la buena deliberación a menudo se define como la deliberación que produce las consecuencias deseadas descritas en la teoría. Esta circularidad hace que sea imposible utilizar este enfoque para evaluar las afirmaciones de la teoría deliberativa» (MUTZ, 2008: 527).

<sup>35</sup> Véase el debate entre MUTZ, 2008, y THOMPSON, 2008.

sores dan crédito a la deliberación como el medio más poderoso para fomentarlos.

Los logros deliberativos, advierten los escépticos, podrían ser menos dignos de elogio que esas promesas optimistas, dados sus riesgos inherentes. Desde el punto de vista epistémico, en vez de aclarar las cosas, la deliberación podría caer rehén de la retórica distorsionadora<sup>36</sup>, lo cual podría degenerar en engaños y malentendidos. Desde el punto de vista comunitario, la deliberación puede generar desacuerdos y confrontaciones. Además, empoderaría la retórica y la demagogia, con lo cual se afectaría a los vulnerables. Desde el punto de vista psicológico, la deliberación no necesariamente genera sentimiento de respeto entre los interlocutores; por el contrario, serviría para reforzar jerarquías preexistentes. Contrariamente a lo que se podría esperar, la deliberación fomentaría un pensamiento conductual estratégico, que no una conducta inspirada en el espíritu público. Finalmente, la deliberación puede simplemente ser ineficiente, una pérdida de tiempo, dinero y energía, entre otros recursos políticos escasos.

¿Por qué se debe aceptar que la deliberación cumple esas promesas? ¿Y bajo qué base puede la teoría normativa predecir los resultados de un cierto proceso de toma de decisiones? Estas conjeturas empíricas se realizan por medio de estimaciones de probabilidad, que pueden ser confirmadas o falseadas por la investigación empírica<sup>37</sup>. Hasta que se refuten, se les concede el beneficio de la duda. A nivel de la teoría normativa, los debates sobre las promesas de la deliberación se establecen en términos de plausibilidad y probabilidad. Los peligros, por el contrario, son, en su mayoría, señalados por refutaciones empíricas de las expectativas normativas. Por tanto, a continuación describiré en qué términos las promesas de la deliberación se consideran plausibles<sup>38</sup>.

El acto de develar, desde múltiples perspectivas, las razones que subyacen a cada concepción del bien común y de desplegar premisas y someterlas a la críticas tendría la virtud manifiesta de desmentir los mitos, deconstruir los prejuicios, sanear los malentendidos, desencadenar nuevas ideas y, sobre todo, estructurar los argumentos de una manera más clara. Parece razonable suponer que, salvo por medio de la comunicación interactiva, las premisas divergentes preexistentes no llegarían a ser conocidas ni mucho menos probadas o transformadas. Si no es posible llegar a un acuerdo, al menos los deliberadores serían capaces de identificar sobre qué y por qué no están de acuerdo. En este sentido, por medio de la revelación de sus puntos de vista, cada

<sup>36</sup> La deliberación no está necesariamente en desacuerdo con la retórica, sino con un tipo particular de retórica. Véanse CHAMBERS, 2009; DRYZEK, 2010, y FONTANA, 2004.

<sup>37</sup> Véase THOMPSON, 2008.

<sup>38</sup> Los hallazgos empíricos parciales afirman que algunas promesas son exageradas, mientras que otras pueden confirmarse en el contexto correcto. Para una revisión general de la literatura empírica véanse DELLI CARPINI, 2004, y RYFE, 2005.

participante en este proceso maximiza la información que podría ser útil para decidir<sup>39</sup>. La amalgamación muda de las preferencias propias sería entonces una alternativa mucho más precaria para adelantar las tareas epistémicas de *i*) revelación de premisas y *ii*) recopilación de información<sup>40</sup>. Algunos prefieren esta opción, se detienen aquí y consideran que esto es suficiente, pero otros van más lejos. La deliberación alimentaría la capacidad del grupo para llegar a soluciones no previstas por un individuo en solitario. La deliberación sería, por tanto, un *iii*) activo ejercicio de creatividad<sup>41</sup>. Por último, la deliberación también desempeñaría, mejor que los métodos alternativos, una cuarta y menos modesta misión epistémica: si el proceso deliberativo logra ser, a la vez, un *buen desinfectante* y un *informador competente*, se tornaría en un *iv*) privilegiado instrumento para buscar la verdad.

La verdad, en términos políticos o morales, no se encuentra alejada de la controversia. La gente discute —y generalmente no está de acuerdo— acerca de cuál es la verdadera respuesta. Si la verdad es realmente en la búsqueda del bien común ¿que podría significar esto? Además, ¿cuál es la verdad para la deliberación política? No es necesario plantearse los debates cognitivos o metaéticos para aclarar la denominada promesa epistémica de la deliberación, pues la literatura sobre la deliberación en sí misma no suele seguir ese camino. Muy frecuentemente en la teoría normativa se evita el tono metafísico y el lenguaje polémico de la verdad y se prefiere el uso de expresiones menos polémicas tales como una «mejor respuesta» o una «respuesta razonable»<sup>42</sup>. Evidentemente existe el riesgo de desnaturalizar o exagerar esta última premisa y, por supuesto, no existe una única versión de esto<sup>43</sup>.

Una de tales premisas es valiosa para los propósitos de este capítulo. Dado que la verdad sobre el bien común es, en definitiva, inde demostrable<sup>44</sup>, las decisiones políticas deben estar anteceditas de un

<sup>39</sup> DA SILVA, 2013.

<sup>40</sup> Para Jane MANSBRIDGE y otros, cuando los conflictos son irreconciliables, «la deliberación idealmente no termina en consenso, sino en la clarificación del conflicto y la estructuración del desacuerdo, que prepara el escenario para una decisión por métodos no deliberativos» (MANSBRIDGE, BOHMAN, CHAMBERS, ESDUND, FOLLESDAL, FUNG, LAFONT, MANIN y MARTÍ, 2010).

<sup>41</sup> Ian SHAPIRO argumenta: «Independientemente de los posibles efectos transformadores o catárticos sobre las preferencias, la deliberación puede arrojar formas de tratar con conflictos que de otro modo no pasarían a primer plano» (SHAPIRO, 2002: 199). Véase también GRIMM, 2003.

<sup>42</sup> Este es el lenguaje del liberalismo político. Véase RAWLS, 2005.

<sup>43</sup> Los argumentos epistémicos clásicos se basan en la idea de «varias mentes», no exactamente en la deliberación: ARISTÓTELES (sabiduría de las multitudes), ROUSSEAU (voluntad general) y CONDORCET (el teorema del jurado, una formalización de la percepción de ROUSSEAU). Para ROUSSEAU y CONDORCET, en particular, la deliberación perturbaría en lugar de ayudar. MILL y DWORKIN encajarían mejor. Otros proponentes contemporáneos son ESDUND, 2008; CABBEN, 1997; NINO, 1996, y MARTÍ, 2006.

<sup>44</sup> Como ha señalado DWORKIN, 1986, el hecho del desacuerdo no dice nada sobre la existencia de la respuesta correcta. La ontología, por tanto, debe separarse de la epistemología. Para WALDRON, 2001, la pregunta ontológica es irrelevante en el ámbito de la política,

procedimiento decisorio respetable. No obstante, sería contraproducente concluir que, por la dificultad de dicha demostración, los procedimientos deberían preocuparse solo por su respetabilidad formal y renunciar a cualquier pretensión epistémica. Si, bajo esta premisa, aceptamos que la legitimidad de las decisiones políticas depende tanto de la calidad de los procedimientos como de los resultados, el procedimiento debe cumplir de alguna manera tanto el *test de entrada moral* como el *test de salida epistémico*. Por ende, la deliberación es el único procedimiento que es a la vez moralmente atractivo y en el cual es más probable que se den las alternativas para alcanzar una verdad empírica. ¿Y por qué es más probable? Debido a que amplifica el alcance de los puntos de vista, somete las opiniones al escrutinio racional permanente y crea un ambiente que es lógicamente más hospitalario para que la verdad emerja<sup>45</sup>. Podemos encontrar la verdad por casualidad, por una mente individual astuta o por otros medios, pero la confianza en un descubrimiento fortuito o ingenioso individual no puede ser aprehendida por un procedimiento establecido *ex ante* y, en cualquier caso, fallaría el test de entrada moral. Quizá «la verdad», por todo su carácter universal y ahistórico, además de sus controvertidas implicaciones, sobrecargaría la cuarta ventaja epistémica. Si cambiamos el término «verdad» por «razonable», tal vez sin tanto compromiso con una noción unitaria de verdad, sería posible reivindicar la cuarta ventaja epistémica y esta recuperaría su poder argumentativo<sup>46</sup>.

Esto parecería una suerte de «historia justa», una narración reconciliadora, que pasa por alto las compensaciones inevitables entre propósitos confusos (el aporte respetuoso y el resultado adecuado). Esta, sin embargo, sería una conclusión prematura a la luz de un resumen poco elocuente. Para poder ser más exactos, esta afirmación epistémica necesitaría aclarar, entre otras cosas, ¿cómo se aplicaría de considerarse que existen diferentes tipos de bienes comunes?<sup>47</sup> Y ¿qué espacio concede este planteamiento a la experticia en el marco de la deliberación?<sup>48</sup> También se acepta que el procedimiento ideal sigue siendo falible y que no excluye un criterio sustantivo independiente para juzgar los resultados<sup>49</sup>. Equiparar el resultado del proceso delibe-

---

que debe abordar el desacuerdo de una manera respetable. Sobre el procesalismo epistémico véase también ESTLUND, 2008.

<sup>45</sup> Sobre cómo MARCUSE aceptó condicionalmente la interrupción como una forma de expresión política véase ESTLUND, 2004.

<sup>46</sup> GUTMANN y THOMPSON, 1996, defienden la inseparabilidad del procedimiento y la sustancia en el análisis de la legitimidad y proponen una formulación bastante similar.

<sup>47</sup> Aquí podría decirse, con razón, que a las decisiones colectivas de diferentes tipos sería engañoso colocarlas bajo una etiqueta general de bien común. Las distinciones entre las preguntas puramente contingentes y esencialmente valiosas que impregnan los dilemas colectivos son necesarias para perfeccionar esta posición. DWORKIN, 1996, establece una distinción similar entre las preferencias «sensibles» e «insensibles» o entre normas y derechos.

<sup>48</sup> Volveré brevemente a este punto sobre la experiencia en la sección posterior sobre lugares de deliberación

<sup>49</sup> Una presunción clásica hecha por ROUSSEAU y más recientemente reformulada por otros como COHEN, 1997. Frederick SCHAUER describe los problemas relativos a considerar la

rativo a «la verdad» sería suprimir la continua apertura al reto crítico que resulta ser una propiedad inherente a la deliberación. Bastaría decir que, para que los preceptos de esta teoría puedan cumplir con las cuatro tareas acumulativas epistémicas, la gente debería exponer sus argumentos de una manera más completa y, así, deliberar mejor, pues de existir medios alternativos para los mismos fines, estos serían inferiores. Por supuesto que sin especificar quiénes, cuándo y sobre qué deliberar, este planteamiento permanece aún inconcluso. Al respecto me pronunciaré en las siguientes líneas.

La segunda muy conocida promesa de la deliberación es de orden comunitario. A la luz de esta promesa, la deliberación es un medio adecuado para llegar a un consenso o reducir el disenso. De nuevo esta premisa parecería una firme predicción probabilística basada en que, si todos los participantes se comprometen a perseguir el bien común y, además, a persuadirse mutuamente por el intercambio de razones públicas, tal interacción podría, con el tiempo, disminuir el desacuerdo en mayor medida que cualquier otro proceso. Gracias a la fuerza del mejor argumento, la verdad prevalecería después de un escrutinio cuidadoso y, naturalmente, el asentimiento general.

Esta idea optimista fue acogida con entusiasmo por una primera generación de demócratas deliberativos<sup>50</sup>, incluso con la idea inverosímil, aberrante e indeseable, de llamar al consenso en una sociedad pluralista. La mayoría de ellos han abandonado esa idea, al menos en sus versiones originales<sup>51</sup>. Ante tal abandono, si bien los críticos se regocijaron y dieron el debate por terminado, lo cierto es que una calificación de los posibles significados de consenso podría situar la discusión en un suelo más fértil. A continuación se presentan más detalles.

En cuanto a sus orígenes, se pueden concebir cinco tipos de consenso: *i)* espontáneo, *ii)* producto de la asociación, *iii)* pragmático, *iv)* poco escrupuloso o sin principios, y *v)* coercitivo<sup>52</sup>. El consenso espontáneo puede desplegarse automáticamente en el ejercicio de la deliberación: la gente habla y se convence entre sí, sin tener que recurrir a otros métodos para crear un terreno común. Cuando la deliberación

---

deliberación como constitutiva de la verdad política. Para él, debe haber una «brecha entre la verdad política y la verdad constitucional, con la segunda, pero no la primera, definida por el proceso de deliberación» (SCHAUER, 1992: 1201).

<sup>50</sup> HABERMAS, 1996, y COHEN, 1997. Para ser justos, HABERMAS en realidad habló sobre el consenso como consecuencia de una hipotética «situación de lenguaje ideal», no necesariamente en una situación de lenguaje «real».

<sup>51</sup> Desde la perspectiva de la psicología social, la unanimidad podría ser una fuerte formación de preferencias no autónomas. Como dijo JON ELSTER: «La decisión colectiva es más confiable si es menos unánime» (ELSTER, 1997: 17). El consenso original puede ser opresivo, ineficiente e innecesario. La noción de SUNSTEIN, 1994, de «acuerdos teorizados de manera incompleta» y los «acuerdos de trabajo» de DRYZEK, 2000, fueron provistos para proporcionar un método para alcanzar el segundo mejor acuerdo.

<sup>52</sup> MANSBRIDGE y algunos otros proponen una clasificación algo similar. Comprende cuatro tipos: convergencia, acuerdos teorizados de manera incompleta, negociación integradora y negociación distributiva totalmente cooperativa.

no logra este ambicioso objetivo de persuasión profunda, es posible emprender algunas estrategias de construcción de consenso menos óptimas e intermedias. Finalmente, el consenso podría ser alcanzado por el simple uso de la fuerza.

El compromiso es el motor de las estrategias intermedias. Puede ser de tres tipos. Como una cuestión de principio, es posible aliviar las posturas iniciales y hacer concesiones de dos maneras. Puede ser moralmente loable ceder a la posición del interlocutor si no se está seguro acerca de la respuesta correcta. Esto es una muestra de modestia cognitiva y flexibilidad. También es posible hacer concesiones bajo la idea de que un acuerdo para buscar una segunda mejor opción a veces es superior al *statu quo*. Puede ser prudente renunciar al primer mejor ideal en aras de evitar quedar atrapado en el peor escenario. En la primera situación, al no tener una convicción firme sobre el bien común, pero sí un acuerdo sobre la solidez de otras alternativas sobre la mesa, surgen las concesiones en aras de la asociación y la confianza. En la segunda situación, a pesar de estar seguro de su propia postura, se percibe que una decisión es mejor que la indecisión o parálisis. Ambas situaciones y actitudes son de principios, de espíritu público, y tienen el bien común en mente. En la tercera situación, el compromiso podría ser sencillamente sin escrúpulos y canalizar meros intereses privados. A diferencia del tipo pragmático, que todavía tiene una concepción ideal del bien común en el horizonte y se repliega a lo que parece políticamente alcanzable, en este último escenario la negociación básicamente se ocuparía de concesiones mutuamente ventajosas.

Por último, el consenso puede imponerse exógenamente. La fuente de dicho consenso proviene justamente de los participantes en la deliberación, algunos de los cuales tienen formas más o menos encubiertas de influir o amenazar a los demás a converger y consensuar, lo cual implica la coacción y la dominación real.

Entonces, ¿cuáles de estos cuatro tipos de consenso no espontáneos son compatibles con la deliberación? Por razones obvias, cuando la coerción se infiltra, el consenso resultante no puede ser debidamente clasificado como deliberativo (ni siquiera como un auténtico consenso). Esta práctica viola casi todos los parámetros normativos propuestos en el marco conceptual antes delimitado.

El compromiso, en todas sus variantes, es más delicado. Si la deliberación no disuelve los desacuerdos, los participantes pueden mantener su propia posición intacta y decidir por votación. En consecuencia, se recurre a la votación cuando no hay consenso sobre el fondo de la cuestión. La política necesita tratar con el hecho del desacuerdo insoluto y el votar es un instrumento práctico para alcanzar decisiones. La votación, sin embargo, no podría entrar en juego sino es precedida por un metaconsenso subyacente sobre la aceptabilidad de

tal procedimiento de votación<sup>53</sup>. No obstante, tal método puede simplemente no estar disponible. Además, las divisiones podrían ser tan fragmentadas y obstruccionistas como para inhabilitar la votación para solucionar el problema. Puede haber una situación en la que el compromiso sea imperativo. El compromiso de asociación no solo es compatible con, sino que en realidad supone un proceso deliberativo, ya que para disentir del punto de vista de su interlocutor es necesario, en primer lugar, estar familiarizado con su postura. El consenso pragmático, a su vez, aunque no sea solo alcanzable por medio de la deliberación en su sentido amplio, sí se realiza de mejor manera por este medio. Solo es posible evaluar de manera más adecuada si las alternativas disponibles son mejores que el *statu quo*, o compararlas con las primeras concepciones formuladas, siempre que se compartan con otros tomadores de decisiones. Por último, el consenso inescrupuloso, por sus características, es incompatible con la deliberación: es una defraudación al bien común.

Para que el compromiso sea compatible con la deliberación, tal como se definió anteriormente, no solamente se debe tener una formación de preferencias endógena y autónoma, sino también de principios<sup>54</sup>. En todo caso, los principios no son negociables y no están sujetos a concesiones. Por ello es inconcebible plantear un «compromiso aproximado de principios», ya que sería una entidad bastante enigmática. ¿Cómo puede una concesión sobre los principios ser de principios?<sup>55</sup> Una posible salida de ese rompecabezas es diferenciar los dos tipos de principios en juego: un principio de primer orden (como concepción particular del bien común) y un principio de segundo orden (una razón sobre el beneficio del consenso en sí mismo)<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> WOLLHEIM, 1962, señala que esto genera la paradoja de la democracia: alguien puede estar de acuerdo (procesalmente) y estar en desacuerdo (sustancialmente) con una decisión al mismo tiempo.

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> Uno podría asociar este problema con la práctica de «ponderar principios», que es común en la jurisprudencia contemporánea de los derechos, o, más en general, como una característica constitutiva de la ética aplicada. «Ponderar principios» no debe confundirse con «transigir principios».

<sup>56</sup> No tengo la intención de proporcionar una teoría normativa completa de compromiso o negociación (tampoco quiero involucrarme con la teoría de juegos y los enfoques económicos de la misma). Mi idea es que esta tipología elemental capture arquetipos básicos. Un análisis profundo sobre el fenómeno del «compromiso» tendría que profundizar en los diversos tipos de concesiones que se derivan y cómo encajan dentro de un estándar de legitimidad: podría haber concesiones mutuas con respecto a un tema específico por medio del cual los participantes alcanzan el término medio, o podría haber, dentro de un caso de múltiples problemas, una concesión de A respecto del tema X a cambio de una concesión de B en relación con el problema Y. Los participantes aún pueden negociar concesiones entre los casos. Estas ramificaciones son meramente rudimentarias y exploratorias. Otras permutaciones aún serían posibles. Mi tesis general, una vez más, es que algunos, pero no todos, los compromisos son aceptables, y que la deliberación también puede ser poderosa para rasgearlos. El capítulo V volverá a esto para dar cuerpo al significado de la colegialidad dentro de la Corte.

Las instituciones basadas en el consenso (como los jurados, por ejemplo) pueden ayudar a iluminar la distinción anterior. En estas instituciones, los responsables de la toma de decisiones se ven obligados a converger a cualquier costo, so pena de no poder decidir. Ellos solo pueden decidir por acuerdo general. Esta es una de las situaciones en las que la votación por mayoría no está disponible, lo cual también podría clasificarse como un consenso coercitivo. Sin embargo, hay una diferencia significativa que requiere una apreciación más exacta. En lugar de coerción y jerarquía entre los deliberadores, es el carácter mismo de la institución el que impone ese resultado. Esta característica modifica la naturaleza del proceso de formación de la decisión. La necesidad de consenso puede ser un fuerte incentivo para el compromiso deliberativo y conducir a una suerte de consenso espontáneo<sup>57</sup>. No obstante, no se puede asumir, en cualquier circunstancia, ni la espontánea ni la coerción en las decisiones consensuales dictadas por estas instituciones. Cada uno de los cinco tipos anteriores de consenso es un candidato potencial. El consenso espontáneo, de hecho, puede surgir. Los compromisos pueden ser frecuentes y están a merced de quien designe el procedimiento de creación de mecanismos para minimizar lo indeseable. Existen justificaciones defendibles para este tipo de instituciones<sup>58</sup>; sin embargo, es necesario tener siempre en cuenta los costos ocasionales: la necesidad de consenso puede, ocasionalmente, perjudicar la integridad de la deliberación.

También puede ocurrir que el consenso, en algunas instituciones, a pesar de no ser obligatorio o una condición necesaria para decidir, es recomendado por razones subsidiarias, tanto de razonamiento como de conveniencia<sup>59</sup>. Esta cuestión se tratará más adelante al abordar la virtud de la colegialidad (capítulo V) y el control de constitucionalidad (capítulo VIII).

Existen otros ángulos desde los cuales se puede clasificar el consenso. En relación con su objeto, el consenso puede afectar al procedimiento o el fondo de una decisión. Con respecto a su sustancia, el consenso puede basarse en principios o razones de política<sup>60</sup>. Frente a su centralidad política, el consenso puede versar sobre la Constitución o las políticas ordinarias<sup>61</sup>. Con respecto a su profundidad, el consenso

<sup>57</sup> Algunas instituciones, sin embargo, pueden no estar basadas en el consenso interno, sino que deben manifestarse al público de manera unitaria cuando, por ejemplo, se permite decidir mediante votación de cualquier tipo, pero solo se publica la posición ganadora como la institucional. El capítulo VI abordará brevemente esta variación institucional.

<sup>58</sup> El simbolismo político o la imagen supraindividual de la unidad es un posible ejemplo. Volveré a consideraciones similares en el capítulo II.

<sup>59</sup> El Estado de Derecho y sus demandas parciales de claridad y previsibilidad serían un ejemplo de lo primero, mientras que la efectividad y la reputación de la institución serían un ejemplo de lo segundo.

<sup>60</sup> Esta es la distinción liberal tradicional elaborada completamente por DWORKIN, 1978.

<sup>61</sup> Existen en varios autores criterios razonablemente similares para distinguir, como cuestión de centralidad política, la Constitución de la política ordinaria. La noción de RAWLS, 1997, de elementos esenciales constitucionales y la distinción de ACKERMAN, 1984, entre po-

puede ser superficial o profundo.<sup>62</sup> Con respecto a su trayectoria, el consenso puede ser de principio a fin<sup>63</sup> o viceversa<sup>64</sup>. Estas categorías se diferencian entre sí de varias maneras e iluminan otras variaciones que un escéptico del consenso pasa por alto.

Algunos detractores del consenso lo conceptualizaron de una manera rígida y compacta. Como era predecible, frente a una sociedad pluralista, esta versión se descartó rápidamente con justa razón<sup>65</sup>. Es excesivamente exigente y pierde de vista las indispensables unidades intermediarias de consenso constitutivas de una vida comunitaria. La tesis de un profundo desacuerdo resulta contraproducente si se lleva hasta el fondo de la misma<sup>66</sup>. Hay que señalar una línea al respecto: es necesario disponer de cierto campo para que las comunidades políticas cooperen<sup>67</sup>. La cuestión principal, entonces, es si la deliberación ayuda a trazar esta línea o resulta útil para avanzar en un mínimo consenso. Los defensores pueden decir que, entre esos diversos tipos de consenso, la mayoría son compatibles, son su producto y se construyen por medio de la deliberación.

A continuación se recapitulará lo anterior. Dos tipos de argumentos son analizados, los cuales no deberían apartarse entre sí. Con el fin de refinar la conocida afirmación instrumental de que la deliberación induce al consenso y de enfrentar al escepticismo en contra de tal afirmación, he tratado de distinguir diferentes tipos de consenso y examinar si la deliberación puede ayudar a lograr tales fines. Paralelamente he señalado también cuáles son normativamente aceptables y cuáles no. Conocer los tipos de consenso legítimos no implica que deliberar sea el medio para fomentarlos. El consenso social, por supuesto, también es tácito, producto de la rutina, de la autoaplicación y de la inercia. Mi objetivo es entonces recordar al lector que, incluso si los escépticos aciertan al sostener que el consenso espontáneo es improbable, la deliberación puede ser aún consecuente para configu-

---

lítica constitucional y política normal son ejemplos de esto. SCHMITT, 2008, desde un ángulo diferente, también distingue entre la Constitución y el Derecho constitucional.

<sup>62</sup> Este es un debate acerca de cuán lejos deberían estar los límites de la razón pública establecidos por el liberalismo político (RAWLS, 2005). SANDEL, 2010, afirma que las deliberaciones políticas deberían ser inclusivas y llegar a ser tan profundas como las doctrinas integrales.

<sup>63</sup> Jon ELSTER da un ejemplo de principio a fin cuando examina la estrategia común de las asambleas constituyentes para acordar los amplios principios políticos en lugar de políticas detalladas y prácticas (ELSTER, 1998: 97).

<sup>64</sup> La noción de SUNSTEIN, 1994, de «acuerdos teorizados de manera incompleta» es un ejemplo.

<sup>65</sup> MANIN, 1987, por ejemplo, rechaza los argumentos de unanimidad para la legitimidad política y los reemplaza con deliberación.

<sup>66</sup> ESTLUND, 2000, critica, sobre esta base, la excesiva confianza de WALDRON en el desacuerdo como una base para defender el dictamen de la mayoría.

<sup>67</sup> De manera similar, HART, 1961, afirma que es necesario un cierto nivel significativo de apoyo social para las reglas secundarias de un sistema legal. La noción de «consenso supuestado» de RAWLS, 2005, es otro ejemplo de la necesidad social de al menos un acuerdo.

rar otros tipos de consensos legítimos que pueden haber sido pasados por alto.

En conjunto, las premisas epistémicas y comunitarias son importantes justificaciones para la deliberación, directamente relacionadas con su marco conceptual: si un grupo calificado de personas está discutiendo públicamente acerca de la mejor concepción del bien común en un momento dado, se espera que esas cuatro consecuencias epistémicas surjan del debate. Si, además de postular razones públicas, los deliberadores también están involucrados en un proceso de persuasión, no debería ser una sorpresa si se llegase a algún tipo de consenso.

Alguien puede perseguir el bien común sin molestarse en persuadir a sus interlocutores o, por el contrario, buscar el consenso independientemente del bien común. En uno u otro caso, tanto el consenso como el bien común pueden surgir como efectos colaterales. Sin embargo, los dos comportamientos no satisfacen los estándares del marco conceptual de la deliberación, en el que ambas lógicas —la búsqueda epistémica del bien común y el esfuerzo comunitario de persuadir— van de la mano.

Una operación semejante no es inmune a las concesiones. Si se participa en la discusión pública con el único propósito de encontrar la mejor respuesta, las partes no se darán por satisfechas a menos que estén realmente convencidas. Si el acuerdo es, hipotéticamente, su objetivo exclusivo, no les importará el resultado sustantivo que finalmente resulte. Alguna suerte de conversación podría ser un medio funcional para alcanzar ambos fines, pero en los dos casos no existiría una deliberación genuina. Sin embargo, si aparte de perseguir la mejor respuesta, también se concediera cierto peso a los valores comunitarios, por tanto, la participación en la persuasión, las actividades epistémicas y las comunitarias tendrían que ser equilibradas. Una vez más, como ya se ha descrito, las partes tendrían que comprometerse a que no haya preeminencia de una promesa sobre la otra<sup>68</sup>. Si los valores epistémicos y los comunitarios necesitan ser armonizados, la deliberación sería el mecanismo para promover esta suerte de proyecto conjunto (incluso si, posiblemente, no es la única manera de promover cualquiera de los fines de manera independiente)<sup>69</sup>. El equilibrio ade-

<sup>68</sup> Esta tensión entre las promesas epistémicas y comunitarias puede sonar similar a la tensión entre entrada y salida que es inherente a la promesa epistémica, como se describió anteriormente en este epígrafe. Allí, debido a la falta de demostrabilidad de la verdad, recurren a la verosimilitud y respetabilidad de un procedimiento. Aquí, a pesar de una convicción ocasional que pueda tenerse con respecto a la mejor respuesta, puede comprometerse esta en aras de un valor comunitario.

<sup>69</sup> Uno puede discernir una falacia aparente en este argumento: si se estipula que la deliberación incorpora tanto una búsqueda epistémica como una actividad comunitaria, no es sorprendente que, más que otros procedimientos, la deliberación tienda a alcanzar la verdad y el consenso simultáneamente. La premisa se introduce en la conclusión, que no trae

cuado entre la búsqueda del bien común y el consenso es un desafío clave para los deliberadores en cada contexto particular.

La deliberación política todavía guarda la promesa de desplegar un particular efecto psicológico: las personas que participen pueden llegar a sentirse respetadas e incluidas como miembros iguales de una comunidad política<sup>70</sup>. La deliberación —*más probable que las prácticas no deliberativas*— fomentaría este objetivo. En este sentido, en el acto deliberativo no se trata de determinar si se gana o se pierde después de contar las cabezas de la mayoría, sino más bien de que los deliberadores estén comprometidos tanto con el proceso como con el resultado final. La deliberación, así entendida, crearía, incluso entre los discordantes, una percepción de membresía e igual estatus<sup>71</sup>. El efecto psicológico es diferente al comunitario. En lugar de influir en el consenso, la deliberación implica un verdadero sentido de respeto a pesar del desacuerdo. Es posible que los deliberadores estén en desacuerdo con el resultado, pero aun así estén inclinados a cumplir. La deliberación, en este caso, también se proyectaría como un medio para lograr la legitimidad social<sup>72</sup>, independientemente de la verdad o el consenso, lo cual, en sí mismo, sería una realización mayor<sup>73</sup>.

Algún lector podría encontrar una suerte de tautología en este planteamiento. El marco conceptual define la deliberación como una práctica que requiere, entre otras actitudes, respeto e inclusión hacia cualquier otro deliberador. La promesa psicológica, a su vez, espera que cada participante realmente se sienta respetado e incluido. Los medios y los fines se vuelven borrosos: si la deliberación es en sí misma un ejercicio de respeto, no hay nada nuevo en el resultado de que los deliberadores se sientan respetados. Esta inferencia, sin embargo, confundiría un principio normativo y una consecuencia potencial: una cosa es que un ideal normativo prescriba respeto y otra que las personas se sientan respetadas<sup>74</sup>. El primero estará sujeto a contro-

---

nada nuevo. Por tanto, el razonamiento sería circular. Este razonamiento no siempre es lógicamente inválido y, en cualquier caso, no es precisamente este el caso que aquí nos ocupa.

<sup>70</sup> La noción de participación no es completamente clara, ya que se volverá más clara cuando lleguemos a los «sitios» de la deliberación. Uno puede participar en la deliberación bajo el estatus de tomador de decisiones o de interlocutor formal e informal a quienes los responsables de la toma de decisiones escuchan. Ya sea más o menos directo, el efecto psicológico bien podría aplicarse, de manera particular, a todos esos actores.

<sup>71</sup> Véase la noción de DWORKIN, 1995, sobre la concepción de asociación de la democracia.

<sup>72</sup> Asumiendo que podemos concebir diferentes tipos de legitimidad: normativa (porque es moralmente correcta), legal (porque está consagrada en la ley, como quiera que esté definida) y social (porque las personas realmente obedecen y asienten). Sobre esta distinción véase FALLON, 2005.

<sup>73</sup> Para Ian SHAPIRO el intercambio de justificaciones genera confianza mutua (SHAPIRO, 2002: 198).

<sup>74</sup> WALDRON, por ejemplo, critica a DWORKIN por reducir los fundamentos morales de la participación política a las consecuencias positivas que podrían derivarse: los ciudadanos podrían percibirse como miembros iguales de la comunidad, cuyos puntos de vista son considerados razonablemente, etc. DWORKIN subestimaría los fundamentos intrínsecos de la participación. Véase WALDRON, 2005b: 22.

versia en el ámbito de la teoría abstracta. El segundo dependerá de las idiosincrasias psicológicas de cada participante. Alguien puede sentirse respetado o incluso incluido pese a que las actitudes de los deliberadores se alejen de cualquier estándar de respeto concebido normativamente. Lo contrario también es plausible, lo cual indica que no existe, en este punto, una suerte de relación causal. Por lo cual, no es circular ni descabellado argumentar que, sin embargo, puede existir una dinámica mutua entre la práctica del respeto genuino, de alguna manera teóricamente definido, y la percepción del respeto como resultado del proceso. Incluso si no existe una causalidad apodíctica entre los dos, alguna correlación sí podría predicarse.

Por último, la deliberación espera que las personas que constantemente la practican adquieran cada vez más conocimientos y destrezas. Hay dos dimensiones de este aprendizaje: primero, los deliberadores podrían cultivarse más en el tema respectivo sobre el cual se delibera; segundo, y más convincente, no se puede aprender a deliberar si no por la misma práctica de deliberar. La promesa educativa supone que si una comunidad debe desarrollar una política argumentativa y respetuosa, sus ciudadanos tienen que asimilar y aprehender esas virtudes. No podría haber un mejor medio para alcanzar esos objetivos que deliberar <sup>75</sup>.

Hasta aquí se ha presentado un retrato incompleto de los resultados que se asocian a la deliberación política según la versión optimista de sus defensores. Hay una manera menos formal de abordar esta temática a partir de los cuatro ángulos de las consecuencias de la deliberación. La deliberación política puede ser menos atractiva de lo que las imágenes anteriores sugieren. De acuerdo con los escépticos empíricos, la deliberación puede, de manera frecuente, fallar en cada una de las cuatro dimensiones <sup>76</sup>.

Desde el punto de vista epistémico, no hay garantía de que la deliberación aclare, sino que, por el contrario, puede confundir y oscurecer. Los intentos de deliberar pueden frecuentemente culminar en la manipulación retórica y en la demagogia, lo que socava el presunto

<sup>75</sup> La tesis es avanzada, por ejemplo, por MILL, 1998; PATEMAN, 1970, y RAWLS, 1997a. Bernard MANIN comparte este punto de vista: «La deliberación política y la argumentación ciertamente presuponen una audiencia relativamente razonable [...] pero constituyen procesos de educación y/o capacitación en sí mismos». Sería «educación sin un maestro único y eminente» (MANIN, 1987: 354). Lynn SANDERS va más allá en la función educativa ideal: «Mejora intelectualmente a todos los ciudadanos al aumentar su capacidad de considerar problemas políticos; personalmente, al permitirles realizar sus capacidades no explotadas de observación y juicio, y moralmente o cívicamente, enseñándoles sobre las preocupaciones políticas de otros ciudadanos y fomentando el respeto mutuo» (SANDERS, 1997).

<sup>76</sup> Para ser justos, un escéptico empírico no es necesariamente un adversario de la deliberación. Incluso puede compartir la postura normativa de los defensores, pero profundizar en probar las consecuencias de un proceso, mostrando sus peligros y posibles defectos, tratando de mapear su causalidad y determinar bajo qué condiciones pueden obtenerse esas promesas. El compromiso mutuo entre defensores y críticos ha producido cierta convergencia. Véanse MUTZ, 2008; HABERMAS, 2005; MANIN, 2005, y CHAMBERS, 2003.

logro epistémico<sup>77</sup>. Las restricciones de la razón pública pueden encontrar la superficialidad y la hipocresía, y la atracción gravitacional esperada de la mejor razón no es más que un inocente mito<sup>78</sup>. La denominada razón pública puede ser cínica, que no enmarcada en un auténtico espíritu público. Sin sinceridad no hay posibilidad de contemplar un auténtico resultado epistémico<sup>79</sup>. Las dinámicas de la interacción grupal, en lugar de seguir la verdad, podrían conducir a diversas formas de «pensamiento grupal»<sup>80</sup>. El defensor de la deliberación podría decir, en su defensa, que si la insinceridad o el engaño aparecen no es entonces un tipo de deliberación más, sino un tipo de comunicación que escapa de este marco conceptual. En respuesta, el escéptico empírico se quejaría de que ello sería una válvula de escape demasiado segura para la defensa de la deliberación que tornaría esta teoría prácticamente incontrovertible<sup>81</sup>. Si el umbral es demasiado estricto, la deliberación se convierte en un fenómeno totalmente irrealista, fácil de reivindicar en el mundo ideal y, por el contrario, difícil de encontrar, y, por tanto, de acreditar, en el mundo real.

Desde la perspectiva comunitaria, el consenso es poco probable en una sociedad pluralista donde se susciten desacuerdos fundamentales que no pueden ser disueltos mediante la deliberación, como se ha anticipado anteriormente. Por el contrario, en estos escenarios, la deliberación puede conducir a la polarización o al fortalecimiento del conflicto<sup>82</sup>. Además, el escéptico encuentra en la perspectiva comunitaria de la deliberación su aspecto elitista: es un proceso que excluye o desatiende la voz del común y privilegia aquella del aristócrata intelectual o social<sup>83</sup>. En lugar de transformarla, afianza y perpetúa las desigualdades y la opresión simbólica que ya se encuentran en el fondo. La de-

<sup>77</sup> Véase ROUSSEAU, 1994.

<sup>78</sup> Como sostiene Frederick SCHAUER, puede ser que, como una variante de la Ley de Gresham, «los malos argumentos lleven al bien» (SCHAUER, 1992: 1200).

<sup>79</sup> STOKES, 1998: 133. Para Adam PRZEWORSKI, las conversaciones estratégicas podrían empeorar los resultados: «Agrega una dosis de interés propio y la mezcla olerá a “manipulación”, “adoctrinamiento”, “lavado de cerebro”, como quiera llamarlo. Algunas personas son títeres: conocen mejor y son cómplices en engañar a los demás» (PRZEWORSKI, 1998: 148-150).

<sup>80</sup> «Pensamiento grupal» o «*group-think*» es un fenómeno psicológico estudiado por Irving JANIS que ahora se difunde en la literatura democrática deliberativa. Véanse SUNSTEIN, 2002, y MANIN, 2005.

<sup>81</sup> Véase MUTZ, 2008.

<sup>82</sup> Cass SUNSTEIN define la polarización: «Cuando personas de ideas afines se reúnen regularmente sin una exposición sostenida a puntos de vista opuestos, los movimientos extremos son todos los más probables» (SUNSTEIN, 2002).

<sup>83</sup> Véase SCHAUER, 1992: 1200. Lynn SANDERS apunta a un problema similar: los prejuicios y los privilegios no surgen en los entornos deliberativos como malas razones y no se contrarrestan con buenos argumentos. Son demasiado furtivos, invisibles y perniciosos para ese proceso razonable (SANDERS, 1997: 353). También informa que los estudios empíricos han demostrado que, en cierta medida, la cantidad prevalece sobre la calidad (se puede percibir que el «promotor comunicativo» tiene buenas razones simplemente hablando más) y el estatus prevalece sobre la habilidad (los peores deliberadores podrían ser más capaces de persuadir por su mero estatus). YOUNG, 2001, también muestra que, bajo condiciones de fondo desigual, los discursos hegemónicos pueden prosperar en formas no percibidas.

liberación silenciaría y subyugaría a los débiles, en vez de potenciar o canalizar su voz.

Si las dos objeciones anteriores son fundadas, los efectos educativo y psicológico tampoco serían positivos. En lugar de educar para la cooperación interpersonal, la deliberación fomentaría tácticas políticas de manipulación. En vez de sentirse respetados, los participantes en la deliberación pueden sentirse devaluados, molestados o engañados. La deliberación trae consigo una compleja dinámica de relaciones personales que puede llegar a ser contraproducente y cada vez más degradante, lo que perjudica la motivación necesaria para mantener el proceso deliberatorio mismo en marcha.

Un enfoque agnóstico podría cuestionar el privilegio probatorio que los defensores de la deliberación tratan de ganar argumentando sobre la base de estimaciones de probabilidad. Un cambio en la carga de la prueba sería más justo y políticamente sabio: hasta que se descubran claramente los beneficios de la deliberación, ninguna defensa convincente en su favor puede ser postulada. La deliberación consume demasiada energía política para permitir que las compensaciones y los beneficios colectivos sean etéreos e impredecibles. Tomar la deliberación por su propio bien, aun cuando no estamos seguros de si es beneficiosa, sería una forma perjudicial de tomar decisiones colectivas y esperar su cumplimiento.

La deliberación política fue conceptualizada fuera de un contexto específico. En todo caso, es el contexto el que finalmente desarrolla su viabilidad<sup>84</sup>. Me he preguntado, en términos abstractos, qué es deliberación, cómo practicarla, por qué es valiosa y qué esperar de ella. Estas preguntas no pueden ser respondidas completamente sin mayor investigación. La anterior presentación puede haber sugerido que la política legítima versa sobre el sometimiento de las personas a un proceso de intercambio de razones en aras de que aflore el mejor argumento. Raramente este es el caso, tal como los estudios empíricos lo han demostrado. La deliberación, en algunos casos, simplemente no es apropiada. La política, por lo demás, implica prácticas no deliberativas que también son legítimas. Los elementos contextuales ayudan a detectar cómo los defensores y antagonistas de la deliberación pueden ser reconciliados y su disputa mejor entendida.

La investigación empírica, aunque compleja e incipiente, ofrece importantes lecciones<sup>85</sup>. La deliberación es un fenómeno de doble filo.

<sup>84</sup> Diana MUTZ critica la celebración de la deliberación en ausencia de suficiente conocimiento empírico sobre sus causalidades exactas: «Desafortunadamente, hasta la fecha, la "caja negra" de deliberación ha sido exactamente eso: un marasmo de condiciones necesarias y suficientes, todas juntas, sin especificación de por qué cada uno de estos diversos componentes es necesario ni de teoría alguna que vincule a cada uno de ellos con un resultado deseable específico» (MUTZ, 2008: 530).

<sup>85</sup> Pero Simone CHAMBERS advierte: «La investigación empírica puede ser inestimable para mantener a los teóricos normativos en alerta y concentrarse en algunas cuestiones es-

A veces, podría producir buenas consecuencias que dependerán de las circunstancias propias en las que se dé. Otras veces, sería mejor evitarla. Una defensa incondicional de la deliberación o una transferencia de la conveniencia de la deliberación en el mundo ideal al mundo imperfecto de la política real es altamente problemática<sup>86</sup>. Aclarar las circunstancias en las que la deliberación es deseable, y especialmente cuando no lo es, es una de las cargas de cualquier teoría de la deliberación.

Un enfoque contextual de la deliberación tiene que preguntarse cuándo y dónde deliberar. Siempre y en todas partes no son respuestas atendibles. Esta solución rápida y fácil simplemente no está disponible. Abordar «el cuándo» exige analizar las circunstancias de la deliberación, lo cual será objeto de la siguiente sección. Explorar «el dónde» implica no solo quiénes y cuántos deliberan, también en qué estatus y con qué particular propósito epistémico lo hacen. Estos elementos determinan el sitio de la deliberación, el cual será analizado en la sexta sección. Si los deliberadores son capaces de diagnosticar y administrar las circunstancias, y si los sitios de la deliberación están debidamente diseñados, algunos de los peligros de la deliberación indicados anteriormente pueden ser dejados de lado. Por tanto, la defensa de la deliberación se torna más limitada, más matizada y más convincente.

## 5. LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA DELIBERACIÓN POLÍTICA

¿Cuándo una comunidad debe invertir sus escasos recursos políticos en la deliberación? No siempre, advierten muchos<sup>87</sup>. Si es así, ¿cuándo no?, ¿qué factores pueden anular una postura predeterminada en favor de la deliberación como el estándar principal de legitimidad? El valor y las promesas de deliberación ayudan a prever por qué su deseabilidad presuntiva es razonable, pero no se refieren a las excepciones que anulan tal presunción. Al respecto, subrayo tres tests que alivian esa llamada normativa. Cada test es el corolario de una de

---

pecíficas de diseño institucional. Sin embargo, la investigación empírica no puede ser ni la última palabra ni la principal en la teoría democrática deliberativa» (CHAMBERS, 2003: 320).

<sup>86</sup> Frederick SCHAUER destaca este aspecto: «¿Nos mejoramos ahora buscando más foros de deliberación? ¿O reconocemos que la deliberación ahora existe en un mundo no ideal donde la conversación puede oprimir y también liberarnos, donde la deliberación puede producir una tiranía mayoritaria, así como la liberación individual, y donde la identificación social de los principales participantes en una deliberación es tan probable que refuerce las estructuras sociales existentes que en este mundo no ideal determina quién habla y con quién se habla, quién controla y quién se controla, y quién tiene el poder y quién está sujeto a él? Hasta que nos enfrentemos a estas preguntas, el salto de la deliberación como un ideal a la deliberación como política es mucho más difícil de lo que Ackerman ha reconocido todavía» (SCHAUER, 1992: 1202).

<sup>87</sup> Cass SUNSTEIN resume la idea de «circunstancia» como una variable de desempeño deliberativo: «El valor de la deliberación, como fenómeno social, depende en gran medida del contexto social, de la naturaleza del proceso y de la naturaleza de los participantes» (SUNSTEIN, 2002: 124).

las tres variables que dan forma a las circunstancias deliberativas: las condiciones de fondo; la existencia y el tipo de desacuerdo, y el nivel de urgencia. Estos juicios detectan los contextos hostiles o favorables a la deliberación.

El primer test contempla la posibilidad misma de la deliberación política y la disposición de los participantes a seguir sus demandas. La deliberación, como ya se ha destacado, no corresponde a todo tipo de comunicación sobre las políticas. El concepto adoptado aquí, ampliamente compartido por los teóricos deliberativos, es en verdad complejo, pues no solo introduce la deliberación en un proceso de toma de decisiones reales e ilumina sobre el carácter provisional de cada decisión, también añade los requisitos del intercambio de razones públicas, el compromiso argumentativo, el respeto interpersonal, la inclusión, la empatía y la capacidad de respuesta. Los deliberadores solo se deciden después de las rondas de audición y respuesta. Deben estar comprometidos con la argumentación, estar abiertos a persuadir y ser persuadidos. En suma, deben tomar en serio sus cargas deliberativas y ser responsables ante cada una de ellas. En ausencia de todos estos componentes, la deliberación no se realiza integralmente.

En este sentido, el marco conceptual define la condición lógica y los respectivos límites de la deliberación. Si la práctica definida por el marco se debe emprender, algunos dilemas no están lógicamente abiertos a la deliberación<sup>88</sup>. El acuerdo subyacente básico no puede ser cuestionado en el curso de la deliberación sin que se desfigure. Esta cuestión de segundo orden —*si la deliberación es valiosa*— debe ser resuelta como un compromiso previo, por más que sea tácito o no. Solo hasta entonces se podrá emprender la deliberación. Esta conclusión simplemente explica lo que implica y aporta el marco conceptual, ya que en un foro deliberativo, por tanto, no todo está en juego. Los deliberadores deben compartir lealtad en relación con los principios deliberativos éticos y políticos.

Sin embargo, los escépticos detractores advierten que la plausibilidad de este proyecto es contingente sobre los factores estructurales del argumento en el que se funda. La deliberación no es una panacea para las afecciones sociales preexistentes y es más probable que prospere bajo ciertas condiciones, ya que esas exigencias de actitud y los logros esperados difícilmente podrían obtenerse en ausencia de una «base social de autorespeto»<sup>89</sup>. Estas condiciones previas de la deliberación son socioeconómicas y políticas. En cuanto a las primeras, la desigualdad excesiva alimenta el poder de las jerarquías y la autosubordinación, los cuales no pueden ser disueltos por la deliberación o por la mera justicia procesal, y abre vías para amenazas y sanciones que perpetúan la

<sup>88</sup> Véase GUTMANN y THOMPSON, 1996, sobre lo que está y lo que no está abierto a la deliberación.

<sup>89</sup> Cfr. RAWLS, 1971.

injusticia<sup>90</sup>; en cuanto a las segundas, las interacciones individuales reguladas por el miedo, la intolerancia y la incivildad obstaculizarían cualquier intento de deliberar<sup>91</sup>. En ciertos escenarios, de hecho, debido a las relaciones sociales degeneradas, el intento de vivir a la luz de tales estándares está llamado al fracaso. La deliberación simplemente no puede tener lugar. El intento mismo de deliberar podría conducir a consecuencias desordenadas e indeseadas.

El test de las condiciones previas determina si ese tipo de comunicación comprometida y participativa es alcanzable bajo ciertas circunstancias, ya que podría preverse que el intento de deliberar tiene altas posibilidades de ser maligno (dirigir, por ejemplo, al aumento de las minorías privadas o la polarización extremista). Podría, de otra parte, considerarse la deliberación como posible, e incluso, benigna, sin un claro riesgo de deteriorarse en violencia o manipulación. Esta es una primera respuesta reconciliadora a los críticos de la deliberación: en la medida en que existen evidencias precisas y convincentes sobre los efectos de la desigualdad y la intolerancia, los defensores de la deliberación tendrían que modular su defensa y aceptar que las condiciones previas deben cumplirse en primer lugar. La defensa de la deliberación en tales escenarios tendría que ser cualificada. Lo anterior hace eco de un consejo propio de la teoría de la guerra justa: «una guerra solo será justa si hay posibilidades razonables de éxito».

El segundo test examina cuán contenciosa es una determinada materia y se pregunta si la deliberación será consecencial. Si hay un acuerdo estable a través del tiempo, podría ser sensato prescindir de la deliberación por completo. Después de todo, no hay disputa para discutir. Insistir en la deliberación sería una pérdida de tiempo.

El tercer test analiza si la deliberación es conveniente habida cuenta de la urgencia de una decisión. Una decisión rápida tiene un valor propio que puede competir con la deliberación. Demasiado retraso e indecisión, de otra parte, puede injustamente privilegiar el *statu quo*. Las instituciones deliberativas necesitan «preservar la capacidad del gobierno para actuar de forma decisiva»<sup>92</sup>.

Los tres juicios deben sopesar las ganancias y las pérdidas del proceso deliberativo. El primero necesita indagar, a la luz de los valo-

<sup>90</sup> Bajo tal contexto de jerarquía de poder, como se mencionó anteriormente, se puede alcanzar un consenso coercitivo, pero, una vez más, es compatible con el ideal deliberativo.

<sup>91</sup> Al presuponer una igualdad de condiciones sobre la base de la cual la deliberación puede prosperar (lo que llamé préstamos de RAWLS, «base social de autorrespeto»), no supongo que sea posible igualar todas las fuentes de poder, eliminar todas las formas sutiles de coerción o expulsar las debilidades psicológicas y físicas que distorsionan la aspiración de la pureza de la persuasión racional. En la medida en que finalmente no sea factible neutralizar estos factores distorsionadores, la deliberación siempre será un proceso imperfecto. Este esfuerzo por conceptualizar e instanciar ese campo de juego nivelado no ayuda a iluminar los prerrequisitos mínimos por medio de los cuales, sin embargo, la deliberación imperfecta se vuelve valiosa y productiva. Véase ESTLUND, 2004.

<sup>92</sup> FERREJOHN, 2000.

res intrínsecos, cuánto riesgo vale la pena tomar en el intento de deliberar. Este test permite determinar hasta qué punto las promesas de la deliberación simplemente se desmoronan o si diferentes promesas y peligros pueden desplegarse simultáneamente, justificando algún tipo de compensación. Las condiciones nunca son perfectas y los resultados no son del todo previsibles. El segundo analiza si, a pesar de un acuerdo aparente, resulta valioso reactivar la deliberación para mantener los argumentos vivos y protegerlos de caer en un «dogma muerto»<sup>93</sup>. Por último, sería necesario verificar si la urgencia de una decisión sobrepasa los beneficios de la deliberación. Algunas veces, el costo de la deliberación podría ser justificable. Incluso cuando «Roma está ardiendo» sería preferible esperar un poco más antes de reaccionar<sup>94</sup>.

Pasar los tres mencionados tests implica que, después del equilibrio, se concluya que la deliberación es posible, que no es incendiaria o destructiva; consecencial, que no fútil; oportuna, que no inútil o perversa. Estos tests podrían ser incluso más complejos. A menudo, la cuestión no es si deliberar o no, sino cuánto deliberar y cuándo detenerse para tomar una decisión (incluso si ello es inevitablemente provisional)<sup>95</sup>. Estos tests permiten identificar el punto de inflexión en el cual la insistencia en la argumentación deja de ser útil. El nivel de urgencia y el grado de relevancia de la materia pueden indicar diversas soluciones en cuanto a la cantidad deseable de deliberación. En ciertos contextos, la alternativa más sabia puede ser menos deliberación combinada con una negociación cuidadosamente desarrollada o con otra forma de votación silenciosa. En otros, tal vez sea aconsejable dejar que la deliberación prosiga sin la perspectiva inmediata de una decisión.

En entornos formales, dichos tests pueden ser resueltos parcialmente y por anticipado por el diseño institucional<sup>96</sup>. Sin embargo, cierto margen de discrecionalidad permanecerá siempre en manos de los deliberadores. En este sentido, su actividad es más intrincada de lo inicialmente imaginado, ya que, antes de la deliberación de primer orden, el examen de las circunstancias exige una discusión de segundo

<sup>93</sup> Al igual que John Stuart MILL, definió el valor de la libertad de expresión y la importancia de que uno desempeñe el papel de defensor del diablo. MANIN, 2005, explora la visión de MILL y defiende la exposición a puntos de vista opuestos como necesarios para la deliberación.

<sup>94</sup> Ian SHAPIRO sostiene: «A veces por diseño, a veces no, la deliberación puede constituir un toque colectivo mientras “Roma arde”» (SHAPIRO, 2002: 96).

<sup>95</sup> Según Adrian VERMEULE y Elizabeth GARRETT: «Sin duda, la deliberación también sufre patologías, aparte de los costos de oportunidad: puede reducir la franqueza, alentar la postura, desencadenar un comportamiento difícil y silenciar a los disidentes. Sin embargo, la alternativa a la deliberación es simplemente votar sin discusión, un procedimiento que la legislatura moderna y pocos o ningún cuerpo colegial en general alguna vez adoptarían [...]. La verdadera pregunta no es si la deliberación es beneficiosa, sino ¿cuánta deliberación es óptima?» (VERMEULE y GARRETT, 2001: 1292).

<sup>96</sup> Los plazos para la decisión (que establece el nivel de urgencia por adelantado) y la agenda obligatoria son solo algunos ejemplos.

orden. En otros términos, los deliberadores deben decidir, en un meta-nivel, si resulta necesario y, en tal caso, cuánto se debe deliberar. Con este objetivo, ellos necesitan, primero, ser conscientes del valor e importancia de las circunstancias y, por consiguiente, estar equipados para identificarlas y manejarlas. Estos juicios no pueden, sin duda, emprenderse sin obstáculos. ¿Cómo pueden los deliberadores estimar de antemano si la deliberación es posible, consecuenencial y conveniente? Los tests son dispositivos interpretativos que permiten determinar cuándo la deliberación resulta o no necesaria.

El primer test, en particular, trae consigo una paradoja: ¿cómo se puede deliberar sobre la posibilidad misma de la deliberación? La posibilidad, más que abierta a la deliberación, sería de hecho presu- puesta o instintivamente dada por cierta. Sin embargo, contrario a la intuición, algunas circunstancias pueden permitir el segundo orden de deliberación sin permitir su primer orden. Los miembros de una comunidad política altamente dividida, por ejemplo, pueden reunirse y, por razones de conveniencia, decidir no deliberar sobre los puntos que probablemente reabrirán rivalidad explosiva o animosidad. En momentos de reconstrucción política dentro de una comunidad con recuerdos colectivos trágicos, puede ser aconsejable posponer estos encuentros emocionalmente complejos. O, al contrario, algunos modos graduales de deliberación pueden ser el instrumento mismo para permitir el restablecimiento de los lazos sociales respetuosos<sup>97</sup>. Este test puede ser comprendido si desagregamos a los agentes de la deliberación del primer y del segundo orden<sup>98</sup>. Una institución aislada, por ejemplo, puede deliberar sobre si es conveniente someter un tema candente y controversial a la comunidad en general o, por el contrario, mantenerlo en secreto<sup>99</sup>. Habida cuenta de que las circunstancias no siempre son estacionarias, sino volátiles y mutables, esta decisión tendrá, una vez más, un alto grado de incertidumbre y fallibilidad. Todos los deliberadores pueden tomar lecciones de sus registros históricos, experimentando y calibrando sus prácticas deliberativas, y luego comparando, con el beneficio de la retrospectiva, sus logros y fracasos.

El segundo y el tercer test son probablemente más fáciles de ver en la rutina cotidiana de los regímenes políticos sólidos. El segundo test explora los dilemas en los cuales aparentemente hay un alto consenso

<sup>97</sup> La literatura sobre justicia transicional abunda sobre qué tipo de procesos pueden facilitar la transición y garantizar su calidad moral. Para un ejemplo reciente véase MINOW y ROSENBLUM, 2003. La literatura sobre diseño institucional para sociedades divididas también contribuye al examen de cómo diagnosticar y domesticar las circunstancias. Para un conjunto impresionantemente amplio de monografías en transiciones recientes véase MILLER, 2010.

<sup>98</sup> Esta disyunción entre quienes deliberan y aquellos que están expuestos a la deliberación será más detallada en el siguiente epígrafe, cuando definiré los sitios de la deliberación.

<sup>99</sup> Hay varias razones que pueden justificar el secreto de los foros deliberativos. Veré sobre esto en el capítulo VI para discutir el diseño institucional.

en el presente. Este test aborda los debates que se supone han terminado<sup>100</sup>. A veces, la carga deliberativa sobre tales debates se ha agotado en el pasado. La reserva de las deliberaciones de nuestros antepasados fundamentaría nuestro actual consenso subyacente. Por otra parte, la opción de que una nueva generación revise dichos consensos puede ser justificable para evitar que tal consenso, en lugar de un principio arraigado<sup>101</sup>, se convierta en una suerte de mantra irreflexivo. Evaluar cuánto realmente estamos de acuerdo en nuestros supuestos consensos puede ser un ejercicio político sano o puede ser inútil, innecesario e incluso arriesgado. Por último, en el tercer test, la urgencia de la decisión determina la cantidad de deliberación justificable y ayuda a identificar el momento en que los costos de continuación de la discusión son más grandes que sus dividendos potenciales. Dado que las decisiones, en un enfoque deliberativo, se entienden abiertas a la revisión en el largo plazo y no como últimas palabras definitivas, los deliberadores pueden dejar algunas sutilezas de la discusión pendientes para la posteridad. La agudeza para percibir la dosis adecuada de deliberación para cada decisión, evitando el exceso inocuo o la escasez inapropiada, y al mismo tiempo consciente de que la deliberación puede continuar también después de la decisión, es la pesada carga que deben asumir los cuerpos deliberativos<sup>102</sup>.

En conclusión, existe una defensa *por defecto* de la deliberación. La deliberación no es, sin embargo, una práctica incondicionalmente recomendable, y la carga de la prueba para su realización debe llevarse a cabo mediante una deliberación de segundo orden que se encarga de aplicar los tres tests mencionados. Un foro deliberativo competente debe aspirar a tener tal versatilidad y competencia.

El reconocimiento de que las circunstancias importan se basa en una suposición, algunas veces asociada a la teoría normativa, según la cual los contextos requieren diferentes normas de conducta. En escenarios no ideales puede ser perjudicial y contraproducente actuar como si estuviéramos en los ideales, donde los estándares prescriptivos funcionan como se predijo<sup>103</sup>. La deliberación podría, más

<sup>100</sup> Jeremy WALDRON presenta una idea ligeramente relacionada al distinguir entre «debates que se terminaron» (como tortura, esclavitud y segregación racial) y debates pendientes que aún merecen una atenta consideración: «Creo que ahora estamos más allá del escenario en el que necesitamos un debate sólido sobre cuestiones como la raza que debería soportar los costos de ataques a la dignidad y la reputación de los grupos minoritarios en interés del discurso público y la legitimidad política» (WALDRON, 2010: 1649-1650).

<sup>101</sup> O en lugar de una postura consciente desde el «punto de vista interno» en los términos de HART, 1961.

<sup>102</sup> GUTMANN y THOMPSON, 1996, se encuentran entre los que más incisivamente subrayaron la continuidad de la deliberación. La deliberación debe preceder y seguir las decisiones. Rodrigo URBINATI también destaca esto: «Nada es definitivo en un escenario de deliberación política cuya presunción de legalidad cambiante es su estructura constitutiva. La apertura a la revisión es la respuesta democrática a las decisiones democráticas insatisfactorias» (URBINATI, 2010: 84).

<sup>103</sup> Jon ELSTER argumentó a la fuerza sobre este dilema. Algunos de los primeros enfoques deliberativos de la política, según él, fallaron en absorber las lecciones de la «teo-

que una mera situación ideal, «atrincherar la no idealidad» (*entrench nonideality*)<sup>104</sup>. No es, por tanto, el remedio apropiado invariablemente, sobre todo si se tiene en cuenta que nunca estamos realmente en la «situación ideal». En otros términos, un poco de deliberación, parafraseando otro viejo refrán<sup>105</sup>, puede ser una cosa peligrosa, tal vez peor que la ausencia absoluta de deliberación. ¿Deberíamos todavía confiar en la deliberación en condiciones no ideales? ¿Cómo llegamos de aquí a allá? ¿Es la deliberación una estrategia sabia para pasar de lo no ideal a lo ideal?<sup>106</sup>

Los tres tests ofrecen una respuesta tentativa a esas preguntas<sup>107</sup>. Los tres comparten la creencia de que la deliberación no es solo para el mundo ideal, siempre y cuando los riesgos sean apartados y su conveniencia debidamente medida<sup>108</sup>. De lo contrario, imaginar el mundo ideal como un dispositivo crítico heurístico resultaría vacío. Tal dispositivo, sin duda, puede ser mal utilizado si, como se ha mencionado, conduce a un comportamiento insensible a las peculiaridades de las condiciones políticas reales. Incluso produce el efecto secundario opuesto fundado en que, dado que nunca llegaremos allí, un ideal fabricado en la imaginación no tendría rol alguno. Correctamente entendida, esta corriente de pensamiento político ayuda, en primer lugar, a diseñar instituciones que clonen, en la medida de lo posible, el escenario ideal eliminando posibles fuentes de jerarquía y cumpliendo así las condiciones previas de la deliberación.

Lo anterior no pretende hacer eco del viejo dicho de que lo perfecto es enemigo de lo bueno. La advertencia de la sabiduría popular, en este caso, es engañosa. En la política, el ideal, bien entendido, no es tanto el enemigo de lo factible, sino un impedimento para avanzar. Por el contrario, es un punto de vista crítico que guía la acción. Los hallazgos empíricos son cruciales para perfeccionar esta empresa de construcción institucional y para plantear nuevas cuestiones que inspiren una elaboración normativa más profunda. Una solución fácil a las potenciales trampas de la deliberación podría ser suprimirla a favor de una política silenciosa, agregativa y no argumentativa. Esto sería abso-

---

ría económica del segundo mejor» y cayeron en la «falacia del supuesto de aproximación». En sus palabras: «Uno no puede suponer que de hecho se acercará a la buena sociedad actuando como si ya hubiera llegado allí [...]. En particular, una pequeña discusión, como un poco de racionalidad o un poco de socialismo, puede ser algo peligroso» (ELSTER, 1997: 18). De acuerdo con esto, si el socialismo completo no es posible, no se sigue que el pequeño socialismo, o tanto socialismo como sea posible, sea deseable.

<sup>104</sup> Cfr. SCHAUER, 1992.

<sup>105</sup> «Un poco de conocimiento es algo peligroso».

<sup>106</sup> Véanse FUNG, 2005; YOUNG (2001); ESTLUND, 2004, y SANDERS, 1997.

<sup>107</sup> ESTLUND, 2004, escribe sobre las excepciones correctivas al deber de civismo. FUNG, 2005, a su vez, propone un ideal de «activismo deliberativo» para regular cómo las condiciones de fondo pueden atemperar los deberes presupuestados en la deliberación.

<sup>108</sup> Incluso en el mundo real, la deliberación puede no ser deseable, como se muestra en las pruebas segunda y tercera.

lutamente desacertado. Justamente el desafío gira en torno a cómo alcanzar la modulación apropiada <sup>109</sup>.

El concepto de circunstancia aquí elaborado tiene un aguijón normativo. Este justifica que los deliberadores estén exentos de deliberar, defiende una deliberación de segundo orden e ilumina sobre las tensiones que deben ser manejadas en cada caso concreto. Esta deliberación de segundo orden no cuestiona el valor de la deliberación, sino que simplemente acepta excepciones a la luz de las cuales la deliberación de primer orden no es recomendable (ya sea porque sus costos son demasiado altos o porque el mismo intento colapsaría) <sup>110</sup>.

## 6. LOS LUGARES DE LA DELIBERACIÓN POLÍTICA

Finalmente, entraremos a analizar la variedad de lugares donde se puede practicar la deliberación. Ya que, sin hacer esa pregunta, cualquier representación de la deliberación política sigue siendo incompleta. Dejarlo al final del capítulo me permitió dar una explicación general sin atarla a las particularidades y a los límites de cada lugar deliberativo <sup>111</sup>. Sin embargo, solo al examinar cada sitio, la verosimilitud de las afirmaciones anteriores es inteligible y comprobable. En lugar de sugerir una mera justificación por defecto de la deliberación, la discusión sobre la misma gana color y textura.

Un sitio está compuesto de distintas variables <sup>112</sup>. El nivel de formalidad es el componente elemental a partir del cual construiré mi argumento. Existen sitios informales y formales en los que tiene lugar la deliberación. Lo que básicamente distingue a ambos ambientes es el poder de tomar decisiones autorizadas en nombre de toda la comunidad política y que sean aplicables a toda ella. Los espacios formales, a

<sup>109</sup> Ian SHAPIRO obtiene algo similar a lo que él llama la «tesis deliberativa de la suma positiva»: el intento de maximizar las formas de deliberación que mejoran nuestras vidas y minimizar las que no, creando así la «deliberación óptima» (SHAPIRO, 2002: 196). Reconoce que los beneficios de la deliberación no son inequívocos y dependen de contingencias específicas: «A veces la deliberación crea costos sin los beneficios que se obtienen» (*ibid.*: 201).

<sup>110</sup> SANDERS, 1997, por ejemplo, manifiesta estratégicamente su escepticismo sobre el valor de la deliberación que se basa en una evaluación de segundo orden de las condiciones no ideales. En lugar de rechazar el valor de la deliberación, sostiene que la política estadounidense debería posponer esta meta «por el momento» y eliminar primero las desigualdades de poder y estatus que obstaculizan cualquier intento de deliberar.

<sup>111</sup> También han sido comunes otras expresiones como «foro deliberativo» o «escenario». Elegí «lugar», siguiendo mi preferencia terminológica, porque se refiere a la ubicación de la deliberación de la manera más libre posible, independientemente del nivel de formalidad.

<sup>112</sup> La variable geográfica (entendida como los contornos territoriales sobre los cuales se aplica la deliberación, ya sea local, nacional, internacional o supranacional) sería relevante en un enfoque integral que no es el caso aquí. Otras variables podrían incluir: entre cara a cara y escrito; sincrónico y diacrónico; a corto y largo plazo. No las considero aquí, pero sí se hará en el capítulo VI cuando se enumeren los dispositivos relevantes de una Corte Constitucional.

diferencia de lo informal, están institucionalizados. El Derecho les adscribe su propia competencia y jurisdicción <sup>113</sup>.

La esfera pública informal comprende, de hecho, una variedad de prácticas, desde deliberaciones puramente espontáneas hasta controladas. Estas últimas surgen por medio de una construcción premeditada de condiciones amigables para la deliberación <sup>114</sup> y las primeras aparecen en las interacciones sociales ordinarias <sup>115</sup>. Una se forma artificialmente, mientras que la otra evoluciona naturalmente. La deliberación espontánea la realizan los individuos en su calidad de ciudadanos, independientemente de sus identidades personales o profesionales. Esta deliberación simplemente está presente en los contextos sociales en los que los individuos participan. La deliberación controlada, por su parte, recrea un ambiente que puede ser mucho más mixto en términos ideológicos, sociales y de antecedentes profesionales. La diversidad en todas estas dimensiones es una cualidad poco probable de la primera, pero puede estar ensamblada con éxito en la segunda.

La formalidad de las instituciones añade una complejidad, ya que, aparte de ser diseñadas intencionadamente, es inherente al poder político <sup>116</sup>. Por tanto, la legitimidad se convierte en una preocupación principal. Su atributo de toma de decisiones llama a una teoría de la autoridad, una historia moral convincente sobre por qué obedecer o mandar. La deliberación puede ser parte de esa historia legitimadora, aunque no necesariamente.

No todas las instituciones están diseñadas para ser deliberativas. Es más, no todas las diseñadas como deliberativas son iguales. No todas las instituciones buscan en la deliberación lo mismo. La forma en que la deliberación operará depende de cómo se configura realmente el lugar en el que tendrá lugar <sup>117</sup>. Distintas instituciones deliberativas tratan sobre cosas distintas desde diferentes ángulos. La identidad, la ca-

<sup>113</sup> Esto hace eco de la concepción de HABERMAS de un proceso político de dos vías. Tiene una estructura centro-periferia, girando entre lo formal y lo informal, entre las instituciones del gobierno representativo y la esfera pública. Este último contribuiría a la formación de opinión, mientras que el primero conduciría a la formación de voluntad colectiva. Véanse HABERMAS, 1996, y CHAMBERS, 2009.

<sup>114</sup> Incluso podrían llamarse «semiformales» porque, a pesar de la falta de autoridad legal, sus procedimientos pueden ser muy sofisticados y disciplinados. MANIN, 2005, divide los estudios empíricos en tres categorías generales: «experiencias de laboratorio», «experiencias de la vida real» (jurados de prueba, paneles de jueces, jurados de ciudadanos) y «cuasiexperimentos» (como sondeos deliberativos).

<sup>115</sup> La esfera pública espontánea podría incluir: familia, asociaciones privadas, lugar de trabajo, universidades, etc.

<sup>116</sup> Philippe SCHMITTER también nos recuerda que en entornos formales no solo los individuos, sino también las organizaciones basadas en intereses son parte del proceso deliberativo (SCHMITTER, 2005: 432).

<sup>117</sup> Infinitas configuraciones son posibles: día deliberativo, referendos deliberativos, elecciones deliberativas, asambleas populares, asambleas ciudadanas, reuniones municipales, sin mencionar las instituciones convencionales de las democracias liberales (Parlamentos, tribunales, jurados, agencias, comités, comisiones).

pacidad y la cantidad de deliberadores también divergen. Estas son trivialidades que vale la pena tener en cuenta, ya que a menudo han sido pasadas por alto por algunos de los recientes relatos de la democracia deliberativa que tratan la deliberación como un paquete único del mismo tamaño <sup>118</sup>.

La conexión entre la deliberación y la democracia no es directa. Tampoco debe reducirse este vínculo conceptual a la dimensión de «quién» delibera. Bajo esta restringida perspectiva, la deliberación será democrática en la medida en que los ciudadanos tengan voz en ella. Los foros populistas cumplirían ese umbral, mientras que los elitistas no lo harían. Si el enfoque se centra exclusivamente en el componente democrático de la ecuación, suponiendo que ese elemento se conciba de forma estricta como «quién decide», los beneficios putativos de la deliberación *per se* pueden perderse. Además de «quién», otras variables necesitan ser analizadas.

La investigación principal del diseño se refiere a la definición del propósito institucional. Cada institución, para usar el lenguaje convencionalizado anteriormente, tiene una tarea epistémica, entendida como una carga para producir la mejor decisión posible a la luz de esa función asignada. Sin embargo, en momentos en que el principio democrático ha ganado rol preponderante, la tarea epistémica no puede determinar, por sí sola, los otros rasgos institucionales. La pura y simple *epistocracia* no alcanza ese punto de referencia de la legitimidad precisamente porque algunas funciones básicas de la democracia no pueden ser manejadas por la experticia <sup>119</sup>. En la democracia, las instituciones deben basarse, directa o indirectamente, en algún rastro de valor intrínseco, el propio del autogobierno colectivo.

En consecuencia, la definición de «quién», «cuántos» y «cómo» decidirán se deriva de este pulso gravitatorio mixto, un equilibrio razonable entre razones instrumentales e intrínsecas. El diseñador, por tanto, se debe preocupar tanto de la competencia institucional —construyendo la capacidad de hacer (o de maximizar las posibilidades de hacer) algo competente— como de su respetabilidad moral. Por medio de esta combinación traza numerosas mezclas institucionales. En la mayoría de las democracias contemporáneas, alguna versión del principio de la separación de poderes, con sus cadenas de jerarquía y delegación, organiza este esquema general de autoridad y el papel relativo de cada foro.

Este es un tema vasto y entrar en más detalle desviaría la ruta tomada hasta ahora. Mi intención es localizar la deliberación dentro de esa empresa de construcción institucional. La deliberación es un modo de proceder sobre la forma de tomar una decisión. Parte de su versátil

<sup>118</sup> SCHMITTER, 2005, por ejemplo, critica a GUTMANN y THOMPSON por discutir sobre la liberación fuera de un contexto particular.

<sup>119</sup> Véase ESTLUND, 2000.

atractivo proviene del hecho de que contribuye con razones intrínsecas e instrumentales al discurso normativo sobre «cómo» decidir.

Sería falso afirmar, sin embargo, que la deliberación puede cumplir con éxito una cierta tarea epistémica independientemente de quién y cuántos deliberan. Aún más, su capacidad de crear algún tipo de consenso, de ser percibido como respetuoso o de educar a los deliberadores también depende de quién y cuántos deliberan. Incluso la afirmación de que la deliberación tiene un valor en sí mismo también debe ponerse en perspectiva. Una caracterización abstracta, como la proporcionada anteriormente, no da cuenta de las infinitas variaciones posibles sobre lo que es probable que la deliberación logre y también de sus inevitables falencias.

Una vez más, cada institución tiene un propósito epistémico. Cada propósito probablemente exige diferentes logros de la deliberación, diversos tipos y números de deliberadores, y una arquitectura especial. Nadie podría creer, por ejemplo, que un grupo de personas, sean quienes fueren, por numerosas que sean, deliberando sobre cualquier tema, en cualquier circunstancia, se vuelvan más informados y creativos, descubran profundas premisas y lleguen a la mejor respuesta.

Al comienzo de este capítulo sostenía que, para que la afirmación epistémica sea convincente, es necesario especificar tipos de bien común y el lugar de experticia dentro de la política. Una institución puede tener que deliberar sobre cosas tan complejas como la categorización de los hechos, el peso de los valores colectivos, la elucidación conceptual de las reglas, el vínculo entre los medios adecuados para realizar ciertos fines, la exactitud o la fiabilidad de las predicciones científicas, entre otros. Para algunas de estas tareas, la experiencia científica puede ser indispensable. Otras, a su vez, son menos receptivas y recomiendan, en cambio, a no expertos. Si un cuerpo debe ser tecnocrático en tal sentido es, en sí mismo, una elección política crucial.

Dependiendo de cómo se diseñen los foros se puede priorizar una promesa de la deliberación sobre la otra. Ningún foro deliberativo sobresaldrá por completo de los cuatro pilares sobre los que se sistematizó la base instrumental de la deliberación en las anteriores líneas. Seguramente, no de la misma manera.

Una vez que el propósito institucional está claro —y asumiendo que la deliberación es parte de su función— definir quiénes serán los participantes es una tarea ardua. En relación con su identidad, los participantes pueden ser ciudadanos comunes con un interés más o menos directo en la causa, diletantes políticos, expertos, políticos elegidos, jueces, etc. También varían en función de sus antecedentes ideológicos y sociales, así como de su formación profesional. Constituir un cuerpo ideológicamente diverso, por ejemplo, puede revigorizar su capacidad de amplificar los argumentos y la información sobre la mesa. Si la di-

versidad es un rasgo institucional deseable para llevar a cabo una tarea epistémica particular, estaría justificada su realización. Por otro lado, la diversidad puede tener desventajas también. Con respecto a ciertas cuestiones, la diversidad puede acarrear una capacidad menor para producir un acuerdo. Incluso para otras cargas epistémicas, la diversidad podría ser irrelevante o contraproducente. El capítulo VI volverá a estas variables institucionales con más detalle.

Curiosamente, las instituciones deliberativas también pueden interactuar con la esfera pública de maneras especiales. Los argumentos, con o sin intención, pueden circular entre espacios formales e informales. Este intercambio puede realmente influir en cómo se forman las opiniones y se toman las decisiones. Una institución deliberativa, a diferencia de las no deliberativas, puede ser diseñada para beneficiarse de esta porosidad de doble vía, para estimular la deliberación fuera de sus fronteras y beneficiarse de ella. Esto complica la investigación de quién delibera, es decir, de la identidad de los deliberadores.

Por esta misma razón, es iluminador explorar tal porosidad y enriquecer algunas de las categorías empleadas aquí. Primero, los deliberadores pueden concebirse como una amplia clase de actores. Los responsables de la toma de decisiones reales, por este motivo, no son los únicos. Los deliberadores potenciales son todos aquellos que pueden, oficialmente o no, directamente o no, participar en el proceso de persuasión. Los interlocutores externos, a pesar de no tener el poder de decidir, son parte de este proceso, aunque de forma representativa. Las cargas políticas de inclusividad, empatía y capacidad de respuesta también se refieren a ellos<sup>120</sup>. Cuando un deliberador está formando su postura, incluye todos los argumentos que escuchó, imagina qué argumentos hipotéticos y no escuchados podrían agregarse, y responde a todos ellos (los comparte o no).

En consecuencia, es más fértil una institución deliberativa que la deliberación intramuros entre los responsables de la toma de decisiones. La deliberación extramural entre la institución y sus interlocutores puede ser una práctica iluminadora, y cualquier relato que ignore tal actividad sería parcial e inacabado. Considerando que la deliberación implica la interacción entre los actores formales e informales, y habida cuenta de su permanente continuidad, se podría hacer un refinamiento adicional para aislar las tres fases en las que tiene lugar la deliberación: la predecisional, la decisional y la posdecisional. La deli-

<sup>120</sup> En esa cuenta, los interlocutores pueden comprender a aquellos que están formalmente autorizados a presentar argumentos al organismo de toma de decisiones, aquellos que simplemente debaten en la esfera pública o incluso aquellos meros espectadores o interesados cuyos argumentos deben ser imaginados empáticamente. Las minorías sordas, marginadas e insulares, los niños, las personas con discapacidad mental y las generaciones futuras son ejemplos de esto último. Algunas instituciones, debido a su cultura interna, pueden no estar abiertas a la participación de interlocutores. Otras, gracias a dispositivos institucionales, están abiertas a la participación de interlocutores formales, pero aún son sordas a otras voces. Sin embargo, cualquier institución puede involucrarse en una imaginación empática.

beración es un proceso continuo marcado por la circularidad, secuencia iterativa de una comisión política incesante a largo plazo. La decisión es un acontecimiento a lo largo del camino. Los tomadores de decisiones deliberan solo en la fase decisional (el momento exclusivamente intramural)<sup>121</sup>.

Las distinciones estilizadas entre los tipos de deliberadores (la deliberación intra y extramural) y las fases deliberativas son útiles para diseñar la deliberación o para dar cuenta de las instituciones políticas por medio de las lentes deliberativas. Del mismo modo, la simbiosis entre esferas formales e informales es fundamental para maximizar la plausibilidad de los cuatro principales propósitos de la deliberación<sup>122</sup>. Las instituciones son más o menos permeables a la deliberación y para canalizarla pueden ser tanto catalizadores deliberativos como entes deliberativos en sí mismos. Un diseñador experto toma estas variables en cuenta.

Podrían plantearse objeciones contra esta expansión conceptual. Si la deliberación política tiene un elemento decisorio necesario, ¿cómo pueden los meros interlocutores caracterizarse como deliberadores? Hay maneras de responder a esto. La deliberación, tal como se define aquí, es un proceso de razonamiento práctico interpersonal sobre un curso de acción colectiva. Esto no implica que todos los deliberadores deban tener el poder de decidir. Reducir los deliberadores a los que tienen la autoridad real sería miope. Aquellos que carecen de tal autoridad pero están dispuestos a participar en la argumentación y estar sujetos a sus cargas éticas, pueden contribuir a la calidad del proceso. Sería una pérdida cognitiva perder de vista esto. De lo contrario, la deliberación solo sería concebible en lugares formales entre los tomadores de decisiones. Todos los demás procesos comunicacionales estarían fuera de su alcance.

Esto no es subestimar la mayor responsabilidad de quienes toman las decisiones, la presión que enfrentan o la falta de originalidad de la fase decisional<sup>123</sup>. No hay simetría exacta entre ambas situaciones. No estoy comparando estas dos categorías del género «deliberadores». Por un lado, los encargados de la toma de decisiones tienen la importante tarea de resolver el asunto (por lo menos provisionalmente) y los interlocutores carecen de ese poder solemne y de sus de-

<sup>121</sup> Por intramuros no me refiero a que la institución delibere en secreto, libre del escrutinio de la esfera pública más amplia. Secreta o pública, la deliberación será intramuros para el presente libro siempre que los responsables de la toma de decisiones se involucren solo entre ellos.

<sup>122</sup> Como se describe al comienzo del capítulo: epistémico, comunitario, psicológico y educativo.

<sup>123</sup> El concepto, por supuesto, está estipulado contingentemente y otras formulaciones o terminologías también podrían realizar las mismas distinciones. El carácter decisonal de la deliberación como elemento del marco solo descarta las conversaciones que no están comprometidas con la búsqueda de soluciones para los dilemas de acción colectiva. Separo la deliberación del poder para decidir, pero no de la decisión. Cuando los académicos, por ejemplo, escudriñan las opciones específicas de política pública, también están deliberando.

beres. Por tanto, es tentador afirmar que los tomadores de decisiones sean los únicos auténticos deliberadores. Por otro lado, los interlocutores son deliberadores en el sentido más débil pero fundamental de presentar las reivindicaciones que deben ser tenidas en cuenta por los tomadores de decisiones. Tanto la interacción entre interlocutores como entre los propios responsables de la toma de decisiones son fenómenos deliberativos distintos y mutuamente implicados. Es más, el hecho de que entre los deliberadores algunos tengan la autoridad de decidir y otros no no resulta incompatible con la presuposición de que tienen estatus moral equivalente. La contingencia institucional que prevalece de aquellos con autoridad no significa que los interlocutores y sus argumentos sean moralmente inferiores.

Por último, los números también son importantes. ¿Cuán numeroso debería ser un foro deliberativo? ¿Cuántos tomadores de decisiones son necesarios para una óptima deliberación intramural? El tamaño de cualquier institución deliberativa oscila entre «los pocos», «los muchos» y «los demasiados»<sup>124</sup>. Pueden incluso formar «el uno», una vez que analizamos seriamente una noción expansiva de deliberadores<sup>125</sup>. Los umbrales son seguramente inexactos, pero estos tipos proporcionan patrones evocadores que tienen una influencia evidente en cómo serán las instituciones deliberativas y en lo que pueden ofrecer. Las variaciones en el número de tomadores de decisiones, para bien o para mal, inciden en los logros deliberativos<sup>126</sup>. La cuestión depende, de nuevo, del propósito asignado al respectivo órgano. Si la representación y la diversidad son rasgos indispensables de su legitimidad, o si la participación directa se valora por sus efectos psicológicos y educativos, sería aconsejable un cuerpo numeroso, a pesar de perder en eficiencia, agilidad y capacidad para promover el consenso<sup>127</sup>.

No se puede concebir conscientemente la deliberación, por tanto, sin conocer, además de las circunstancias, el lugar en el que se desarrollará. Esto ofrece una imagen más clara sobre la viabilidad del marco, la idoneidad de las promesas y postula una respuesta a la mayoría de los peligros señalados por los críticos<sup>128</sup>.

<sup>124</sup> Esta sería una ligera adaptación de la clasificación numérica clásica de ARISTÓTELES de las instituciones políticas (entre unas pocas y muchas), de donde deriva tipos de régimen. Hay diferentes magnitudes de los «muchos» alrededor de una docena de miembros (como tribunales, agencias, comisiones), algunos cientos (como los Parlamentos) o algunos millones (como el electorado).

<sup>125</sup> Los cuerpos monocráticos o estructuras de decisión *primus inter pares*, por ejemplo, que, a pesar de tener solo un responsable de la toma de decisiones, están rodeados por otros deliberadores.

<sup>126</sup> Los estudios dedicados a la búsqueda del tamaño ideal de las instituciones de toma de decisiones, aunque no profusos, han sido realizados por la literatura de ciencias políticas y psicología social. Véanse LUTZ, 2006, y HESSICK y JORDAN, 2009.

<sup>127</sup> HESSICK y JORDAN, 2009, proporcionan una amplia revisión de la literatura empírica.

<sup>128</sup> David ESTLUND lo entiende como: «La combinación correcta de circunstancias, arreglos institucionales y carácter personal que aparentemente a menudo puede minimizar los efectos negativos» (ESTLUND, 1993: 72).

## 7. LAS ASPIRACIONES REALISTAS DE LA DELIBERACIÓN POLÍTICA

La deliberación política es un ejercicio intelectual dentro de una política real. No es un experimento del pensamiento comprobar qué principios derivarían de una posición original hipotética<sup>129</sup> ni un mero dispositivo heurístico para prever qué resultados surgirían de una situación ideal<sup>130</sup>. La deliberación política tiende a ser un admirable juego de imaginación política. Intenta introducir la facultad de la razón en el dominio de la interacción humana definido por el ejercicio de la fuerza coercitiva. Trata de confrontar el poder bruto con razones que son públicamente aceptables.

Se delibera porque, al votar a favor y hacer cumplir unilateralmente la posición mayoritaria, se quiere convencer a su oponente de que se tiene razón o resultar convencido de que se está equivocado. De una manera modesta, los deliberadores quieren saber por qué piensan diferente y por qué no están de acuerdo, a pesar de mantener el respeto mutuo y compartir el terreno común suficiente para ser miembros de la comunidad política. Es una manifestación pública de su compañerismo<sup>131</sup>, un reconocimiento de que están dentro de las fronteras de una comunidad política. Tan vieja como la misma filosofía política, esta empresa resulta notablemente deseable. Pero, al mismo tiempo, para el observador de la política real parece bastante rara e improbable.

La deliberación no suprime automáticamente las ansiedades colectivas que surgen del pluralismo profundo, del sentido de que las personas deben participar en la política o de la esperanza de que las instituciones políticas tomarán decisiones buenas y apropiadas. La empresa deliberativa no espera ni pretende extinguir al compañero de la negociación, de la agregación o similares. Sin embargo, sería incongruente afirmar que no debería ocupar ningún espacio en la política legítima. Deliberar o no es una cuestión engañosa para empezar si no se ubica en un contexto particular. Con toda justicia, ninguna de las críticas ha ido tan lejos. El escepticismo varía en exactitud, pero parece compartir la idea de que cuándo y dónde, o el escrutinio de las circunstancias y lugares, son las tareas intelectuales y prácticas que se deben emprender.

El capítulo todavía ha dejado una cuestión pendiente sin ser problematizada. Se señaló a la deliberación como un principio deseable de la toma de decisiones para algunas, pero no todas, las circunstancias, y se sostuvo que cada lugar tiene un perfil deliberativo peculiar, dependiente de variables institucionales. De este modo, existe un con-

<sup>129</sup> RAWLS, 1971, deriva esto en sus «principios de justicia».

<sup>130</sup> HABERMAS, 1996, «lo desarrolla en la ética del discurso».

<sup>131</sup> Lo cual sería capturado por RAWLS, 2005, en la noción de «amistad cívica».

junto de razones tanto para la práctica como para la suspensión de la deliberación según las circunstancias de tiempo y lugar. La deliberación, bajo este marco instrumental, podría ser descartada en virtud de un análisis coste-beneficio.

Si se admite que algunas circunstancias pueden superar el valor de la deliberación y liberar a los miembros de una comunidad política de ese deber, se está asumiendo una relación justificativa más intrincada y casuística entre razones intrínsecas e instrumentales que aquella sugerida en las secciones iniciales. Es reconfortante argumentar que la deliberación tiene un fundamento intrínseco que la exime de mostrar cualquier influencia instrumental. Aunque tentadora, esta sería una respuesta precipitada. Las consideraciones consecuencialistas son ineludibles y sacuden los fundamentos intrínsecos al revelar su relatividad. Es incorrecto decir que la deliberación es un bien en sí misma y, por tanto, sus consecuencias, cualesquiera que sean, no importan. Otros valores compensan el valor supuestamente intrínseco <sup>132</sup>.

Jon Elster ha criticado una visión no instrumental específica de la política. En su opinión, una visión puramente intrínseca es autodestructiva y narcisista. Su argumento arroja luz sobre la pregunta anterior:

La política se ocupa de la toma de decisiones sustantivas y, por tanto, es instrumental. Verdad, la idea de la política instrumental podría también ser tomada en un sentido más estricto [...]. Pero más ampliamente entendido implica que solo la acción política es primariamente un medio para alcanzar un fin no político, solo secundariamente, si es que lo hace, un fin en sí mismo [...]. La parte no comercial de la política podría ser la más valiosa, pero el valor es contingente a la importancia de la parte comercial [...]. Aunque la discusión y la deliberación en otros contextos puedan ser fuentes independientes de disfrute, la satisfacción que se deriva de la discusión política es parasitaria a la toma de decisiones. El debate político es sobre qué hacer, no sobre cuál debería ser el caso. El debate político está definido por este propósito práctico, no por su objeto <sup>133</sup>.

Siendo así, la toma de decisiones revela para qué sirve la política. La política no puede ser un instrumento para acomodar nuestros deseos privados, sino un medio para una acción colectiva apropiada. Se trata de hacer algo. Si las personas entran sin importarles la política, traicionarían esa línea de base. La política, por sí misma, así como la deliberación política comprendida como un fin en sí mismo, serían, en última instancia, ideas sin sentido <sup>134</sup>. Las razones intrínsecas no pue-

---

<sup>132</sup> Al menos en las circunstancias 2 y 3, la deliberación es posible. En cuanto a la circunstancia 1, podría argumentarse que el valor de la deliberación ni siquiera está en juego, porque el mismo intento de deliberar se mantendrá. Cualquier comunicación se reducirá en el marco conceptual.

<sup>133</sup> ELSTER, 1997: 19, 24 y 25, respectivamente. Más tarde este mismo autor agrega: «La política en este punto de vista no se trata de nada. Es la exhibición agonística de la excelencia o la muestra colectiva de solidaridad, divorciada de la toma de decisiones y ejercer influencia sobre los eventos».

<sup>134</sup> Ian SHAPIRO tiene una hostilidad algo similar contra esta visión fetichista de la polí-

den ser inferiores. Cualquier razón, sola, no es suficiente para captar por qué la deliberación es significativa. Si están aisladas, tales razones proporcionan un terreno algo precario. Existe una relación de interdependencia entre estas razones.

Si, por una parte, la justificación se basara solo en razones intrínsecas, sería imposible prever que algunas circunstancias anulen esas razones por sí mismas. La deliberación, además, dejaría de lado un punto funcional. Si, por otra parte, la justificación se basara solo en razones instrumentales, no se evidenciaría que hay algo que vale la pena que suceda a lo largo del camino para una decisión, independientemente de los resultados que se deriven. La deliberación, si se basa exclusivamente en motivos instrumentales, seguiría siendo vulnerable a objeciones empíricas y seguiría siendo demasiado frágil en la economía de las concesiones propia de la toma de decisiones y el diseño institucional. Ninguna de las dos alternativas agota el trabajo de justificación.

¿Cuál es entonces la relación entre ambos tipos de razones? ¿Cuál es el equilibrio apropiado? El balance involucra un ejercicio interpretativo controvertido. Mientras la deliberación no cause un daño excesivo, debe practicarse incluso si no se despliegan beneficios claros. La deliberación puede no ayudar ocasionalmente a conseguir cierto resultado y todavía ser valiosa. Sin embargo, solo lo será en la medida en que no causa daño en un grado inaceptable. Las nociones de «peligro» o «perjuicio» requieren un juicio delicado de acuerdo con las particularidades del caso. Las razones intrínsecas, por esa razón, están subordinadas a un umbral instrumental, pero no a un mero apéndice. De allí, la prioridad lógica se invierte, la carga de la prueba cambia. El reto para las instituciones es detectar esa frontera precisa.

La deliberación es valiosa por derecho propio, por tanto, hasta cierto punto<sup>135</sup>. Una vez que se nos asegura que no surgirá nada extremadamente perturbador, la deliberación puede llevarse a cabo independientemente de si las consecuencias positivas finalmente se producen. La deliberación gana un estatus autónomo en este momento preciso y no en otro momento. El cambio de la condición instrumental a la conexión intrínseca independiente, como el viejo dicho sobre las guerras justas («solo las guerras ganables son justas»), depende de un juicio político difícil y serio.

Existe un límite, por tanto, a la aclamación de la deliberación por sí misma. Es, como la política en general, una servidora de las decisiones colectivas. Si se comprueba que, en determinadas circunstancias, la deliberación es perjudicial, debe revocarse cualquier deber de perseguirla. Una vez que hay necesidad de decidir, debemos elegir el mé-

tica: «Hacer las cosas democráticamente es importante, pero raramente, si lo es alguna vez, este es el objetivo del ejercicio» (SHAPIRO, 2002: 207).

<sup>135</sup> *Ibid.*: 203.

todo que es moralmente superior entre aquellos que cumplen con el requisito mínimo. La deliberación es una manera loable de llegar a la decisión, pero está condicionada por ese test. Para evitar el riesgo de una visión narcisista de la deliberación es indudable que hay que estar atento a sus consecuencias, pero solo hasta cierto punto. Tallar este terreno intermedio, una vez más, es una tarea tanto para el diseñador como para los propios deliberadores.

Los defensores de la deliberación aprendieron gradualmente a perfeccionar la comprensión de las circunstancias y las variables no triviales detrás de cada lugar. En un foro magistralmente diseñado, muchas objeciones empíricas se desmoronan. Las instituciones son dispositivos imperfectos y no eliminan *ex ante* todas las huellas de los peligros latentes, que habrán de ser abordadas *ex post* por los propios deliberadores en una deliberación de segundo orden. Por muy bien que el sitio de la deliberación fuera diseñado, las circunstancias no pueden ser totalmente anticipadas o domesticadas.

El libro no plantea una fe irredimible en la deliberación ni una defensa al por mayor e irrestricta de la misma. Esto debería haber quedado claro. La deliberación, como traté de transmitirlo, debe ponerse en perspectiva. En lugar de un fetiche, puede inspirar una creencia autoconsciente. La deliberación no solo es imperfecta porque no puede neutralizar todas las fuentes de influencia ilegítima que distorsionan la persuasión franca y dañan furtivamente la autonomía, sino que también es fluida: una sola discusión puede oscilar entre las fases deliberativa y no deliberativa. Es un logro permanente y sirve como un índice importante para la calidad de una comunidad política.

La deliberación, por esa razón, es un fenómeno resbaladizo y multidimensional. Un modelo útil de desarrollo deliberativo debe captar esa complejidad. El desarrollo, en la política, implica el logro de objetivos políticos claros. El desarrollo deliberativo, a su vez, se refiere al cumplimiento de ciertas normas de excelencia en la deliberación. Antes de que se pueda medir la calidad deliberativa de los diferentes lugares desde donde emanará la voluntad política, hay un trabajo teórico importante por hacer. Los Parlamentos, las Cortes, los gabinetes ejecutivos, los cuerpos tecnocráticos, los jurados de ciudadanos o las asambleas populares requerirán una comprensión teórica específica. Estando todas las cosas iguales, una institución que maximice su desempeño deliberativo intensifica su legitimidad política. Este indicador de producto, debo aclarar, debe ser parte de cualquier evaluación de legitimidad.

La literatura sobre la deliberación adopta aproximadamente tres enfoques generales hacia las instituciones democráticas actuales: suplantadas, complementarlas con nuevas instituciones y revigorizar sus capacidades y actuaciones deliberativas. Este libro encaja en este tercer camino y persigue un objetivo en particular. Por medio de las categorías presentadas en este capítulo es posible tener una mejor

perspectiva sobre las partes restantes del libro. Los capítulos II y III describen las características básicas del sitio peculiar que una Corte colegiada —y, más específicamente, una Corte Constitucional— ostenta. El capítulo IV presenta una defensa general del desarrollo deliberativo de las Cortes Constitucionales. El capítulo V expone la ética que el marco conceptual de la deliberación presupone, mientras que el capítulo VI traza las variables institucionales que facilitan la deliberación en ese sitio en particular. El capítulo VII propone el tipo de razón pública que corresponde a las Cortes Constitucionales. El contenido de la deliberación judicial debe ser desarrollado con una teoría sobre el razonamiento legal, y este capítulo intenta trazar los principios básicos de tal teoría. El capítulo VIII trata sobre algunas de las circunstancias permanentes en la toma de decisiones constitucionales. Cualquier postura prometedora en materia de deliberación política tiene que abordar todas estas cuestiones y demostrar cómo pueden articularse las respuestas. Este es el reto de este libro.

## CAPÍTULO II

# DELIBERACIÓN POLÍTICA Y TOMA DE DECISIONES LEGALES

### 1. INTRODUCCIÓN

Destacados defensores del control de constitucionalidad han señalado que las Cortes Constitucionales son foros deliberativos de un tipo distinto y se han esforzado por demostrar la plausibilidad e implicaciones de esta tesis<sup>1</sup>. No obstante, dichos defensores no han abordado las preguntas relativas al tipo de requisitos que se deben cumplir para que tales Cortes sean auténticos foros deliberativos. Muchas de estas preguntas importantes permanecen sin respuesta, mientras que otras ni siquiera se han formulado. En consecuencia, el discurso constitucional se ha privado de un conjunto de estándares cualitativos que nos guíen en la evaluación de la forma en que las diferentes Cortes, para bien o para mal, operan como foros deliberativos.

De esta manera, la premisa según la cual las Cortes Constitucionales son foros deliberativos es una suposición que no ha sido elaborada por completo y que, por tanto, necesita ser desarrollada. El capítulo actual examina cómo una Corte de cualquier tipo puede ser imaginada como un foro deliberativo. La deliberación, por supuesto, no es ciertamente una característica indiscutible del Derecho y de las decisiones judiciales. Por ende, antes de hablar sobre una Corte deliberativa, algunas objeciones teóricas deben ser abordadas.

Conectar la decisión judicial con la deliberación es una tarea delicada. Hay dos ángulos principales por medio de los cuales esta premisa puede ser conceptualizada. Primero, debe existir un vínculo conceptual dentro del propio razonamiento jurídico: el Derecho es deliberativo en la medida en que permite sopesar diversas razones de acción basadas en reglas u otro tipo de normas. Sería imposible vivir bajo el Derecho sin *comprometerse discursivamente* con el mismo. Segundo, también debe existir un vínculo institucional: los jueces delibe-

---

<sup>1</sup> Esta tesis será diagnosticada y descrita detalladamente más adelante en este capítulo.

ran entre sí en el marco de la decisión colegiada<sup>2</sup>. En el primer sentido, la deliberación corresponde a la mera naturaleza reflexiva de la decisión judicial; en el segundo sentido, corresponde al compromiso argumentativo interpersonal definido en el capítulo precedente.

Este capítulo presentará ambas aserciones teóricas. La segunda sección sostiene que el Derecho es inherentemente deliberativo, y la tercera, que la administración de justicia colegiada debe ser deliberativa. No todo el mundo cree en ambas aserciones, por tanto, presentaré sus argumentos y los controvertiré. La tercera sección, a su vez, profundizará en el carácter único de las Cortes Constitucionales y describirá cómo estas se han concebido como instituciones deliberativas.

El propósito de la estrategia expositiva de este y los siguientes capítulos es sentar las bases para seguir, refinar y delimitar el campo teórico en que se fundarán los principales argumentos del libro. El curso de las cuestiones y de las posiciones que se abordan es instrumental en aras de hacer que la deliberación judicial sea significativa, aceptable y deseable, antes de proponer un modelo evaluativo del desempeño deliberativo de las Cortes Constitucionales.

## 2. DELIBERACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: ¿POLITIZACIÓN DEL DERECHO?

¿La deliberación encaja bien en el Derecho y en la administración de justicia? Algunos son escépticos al respecto. En el capítulo anterior se presentó la premisa según la cual la deliberación, con todos sus protocolos, legalizaría la política. Argumenté que una concepción defendible de la política minimiza tal objeción. Esta sección aborda la hipótesis inversa: la deliberación politizaría el Derecho y la administración de justicia, las transfiguraría en un ejercicio de razonamiento práctico y, esencialmente, las abriría a consideraciones no jurídicas. Permítanme explorar estas ideas.

Un argumento que intente combinar la deliberación con el Derecho o sostener que los razonadores jurídicos deliberan necesita anclarse en una concepción del Derecho (o al menos rechazar aquellas que están en desacuerdo con la deliberación). Esta concepción no será totalmente controvertida. La deliberación, para algunos, estaría más en sintonía con la política y la moral que con el Derecho; con la legislación que con la administración de justicia; con la creación del Derecho que con la aplicación del mismo; con casos difíciles que con casos fáciles. En consecuencia, para algunos, el Derecho sería antideliberativo. Pero, ¿qué

<sup>2</sup> Usaré las palabras «colegiado» y «colegial» con diferentes significados en todo el libro. «Colegiado» es una definición formal y técnica: el mero hecho de un cuerpo decisonal de múltiples miembros, con todos ellos responsables de la decisión. «Colegial» es una definición ética y cultural: en actitud hacia los deliberadores, persiguiendo una decisión supraindividual y despersonalizada. «Colegialidad», a su vez, puede referirse a ambos.

puede significar esa postura radical? Presentar y delimitar esta postura es necesario para evidenciar en qué términos la articulación entre el Derecho y la deliberación puede ser plausible y cómo la deliberación judicial puede ser defendible.

La primera versión de esta clase de objeción se basa en una dicotomía rudimentaria. Esta versión representa una brecha insuperable entre la creación del Derecho y su aplicación; una estricta división del trabajo entre el legislador y el juez. Las dos funciones estarían completamente asignadas y desarrolladas por las dos instituciones. Por ende, cualquier ejercicio deliberativo habría precedido a la ley misma. En el momento en que se adopte una decisión colectiva en el Derecho, el sistema jurídico funcionaría de manera automática y autosuficiente, sin más consideración. El Derecho sería completo y sin espacio para dudas, no dejando margen para un caso difícil ni ninguna posibilidad de confrontación argumentativa en la sombra de las dudas de las reglas jurídicas. Por lo cual, la aplicación de las reglas, en oposición a la creación de las mismas, implicaría un tipo rígido de proceso mental dominado por expertos y aislado de ejercicios densos. Solo entonces el Estado de Derecho cumpliría su promesa de certeza y previsibilidad.

Morris Cohen bautizó de manera elocuente tal posición y, hace casi cien años, denunció su perversidad. Él lo llamó una «concepción fonográfica de la decisión judicial»<sup>3</sup>, según la cual los jueces deben solamente vocalizar la regla jurídica que aplican<sup>4</sup>. En su opinión, este mito perverso conduce a la confusión y es una máscara demagógica que «anula la necesaria reflexión»<sup>5</sup>. El Derecho no puede operar, según él, sino por un «proceso continuo de creación de Derecho complementario y reformas graduales» que los jueces desarrollan a diario<sup>6</sup>. Los jueces no tienen otra opción que crear Derecho continuamente y, sin ser cándidos al respecto, protegerse de la crítica pública<sup>7</sup>. Tal «teoría de la pasividad judicial», basada en una ruptura rígida entre un «creador activo» y un «aplicador pasivo», exonera a los jueces de una responsabilidad onerosa<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Para este punto de vista, un juez sería «una especie de fonógrafo impersonal que simplemente repite lo que la ley prescribe» (COHEN, 1915: 475).

<sup>4</sup> Para Franz NEUMANN, la «teoría del fonógrafo» de la sentencia describe el acto de juzgar como un mero «acto de reconocimiento» de lo que «ya está contenido en la norma general de una manera abstracta». El juez está a cargo de una «subsunción lógica» que conecta la premisa mayor, la ley, con la premisa menor, los hechos, para llegar a una decisión. Esta teoría supuestamente evitaría «el establecimiento de una regla de jueces», pero terminaría ocultando su poder creativo (NEUMANN, 1986: 225-228).

<sup>5</sup> COHEN, 1914: 175. Y agrega: «La teoría aceptada impide a los jueces cambiarla cuando deberían y disfraza el proceso cuando lo hacen».

<sup>6</sup> COHEN, 1915: 479.

<sup>7</sup> «Mientras estén obligados a crear Derecho es mejor que lo hagan con los ojos abiertos en lugar de cegarse a sí mismos a lo que están haciendo mediante el uso de la ficción plausible» (*ibid.*: 475).

<sup>8</sup> COHEN, 1914: 195.

Existen innumerables planteamientos acerca de esta idea. No se trata solo de una construcción caricaturesca fabricada con fines pedagógicos. Pese a lo poco plausible que parezca hoy en día, esta «brecha entre decir y hacer»<sup>9</sup> sobrevive como una maniobra fraudulenta que facilita la legitimación judicial a costa del autoengaño colectivo, como un síntoma de inmadurez resiliente de una cultura pública democrática<sup>10</sup>. Gracias a su naturaleza seductora y pegajosa, esta postura sigue arraigada entre el imaginario colectivo<sup>11</sup>. La belleza y la limpieza de su planteamiento parecen intimidantes, pues el Estado moderno creó una división de trabajo que parece demasiado impecable e inequívoca. Esta imagen promueve un curioso tipo de oscurantismo político ocultando en lo público lo que, en el peor de los casos, parece conocerse en privado.

Así, la primera objeción, según la cual puede haber deliberación en la creación del Derecho, pero no en su aplicación, es, por decir lo menos, erróneamente imperfecta. Su error principal no se encuentra en la disruptiva distinción entre *la creación del Derecho y su aplicación*, sino en la creencia según la cual, en este último escenario, no hay lugar para el debate ni para la controversia razonable. Sin embargo, existe una objeción más sofisticada que rechaza la anterior visión, pero también rechaza la articulación entre el Derecho y la deliberación. Esta objeción plantea que las razones jurídicas anteceden otra clase de consideraciones sustantivas detrás de las reglas jurídicas. Por eso, difícilmente podría haber deliberación en la argumentación sobre el Derecho.

Joseph Raz presenta su versión del positivismo en estos términos. Para él, el Derecho puede ser incompatible con la deliberación en un sentido muy específico: el Derecho excluye las razones utilizadas para justificar la promulgación de una norma en el debate político. Una vez que este «momento decisivo» ha pasado, esas premisas no están disponibles para un razonamiento jurídico adicional. El Derecho facilita la coordinación social resolviendo los dilemas por adelantado y economizando la deliberación abierta y sin fin. Las razones basadas en normas jurídicas suplantán, más que complementan, las razones de fondo que fueron determinantes para la promulgación de la regla jurídica misma<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Véase MACCORMICK y SUMMERS, 1997: 500.

<sup>10</sup> Incluso los codificadores franceses, a quienes algunos atribuyen esa ingenuidad vulgar, eran realmente sensibles al aspecto creativo de la decisión (ATRIA, 2009: 128-129).

<sup>11</sup> Tal vez el ejemplo más intrigante de la capacidad de recuperación de ese cambio sea el Derecho constitucional estadounidense y sus crudas versiones del originalismo como método de interpretación. En las dos últimas audiencias en el Senado de los nominados a la Corte Suprema de Estados Unidos, los jueces Sotomayor y Kagan proporcionaron varias instancias nuevas de la obsesión con una idea de «fidelidad al Derecho» elaborada en esos términos (véase DWORKIN, 2009 y 2010a). Los lemas distractivos y no teorizados que envenenan estas sesiones (aplicar, no hacer la ley, justicia imparcial, ninguna agenda de política personal, ley, no política) han estado subvirtiendo el debate público al menos desde el rechazo de la nominación de Robert Borkt en 1987.

<sup>12</sup> Como resume Joseph RAZ: «Al considerar el peso o la fuerza de los motivos de una acción, los motivos de la regla no se pueden agregar a la regla en sí misma como razones

Las razones jurídicas, en su rol de razones legítimas de autoridad, precluirían la deliberación independiente acerca de si las reglas deberían aplicarse o no. La existencia de una norma jurídica no es un motivo meramente auxiliar de acción. Por el contrario, es un terreno autónomo que sustituye a los otros motivos ocasionales que originalmente justificaban la norma. La autoridad legítima se basa en ese andamio protegido y niega el acceso a la provincia del Derecho a las razones desarrolladas en el terreno de la política y que no emanan directamente del texto de la norma jurídica misma. Esto bajo el entendido de que no se debe reavivar el debate prelegal.

Los no positivistas descartan este planteamiento. Para ellos, existe una conexión conceptual entre el Derecho y la moralidad que rompe inexorablemente tal intento de separación. Dworkin lo traduce por medio de su premisa ideal de integridad<sup>13</sup>. Alexy, a su vez, lo expresa por medio de la «pretensión de corrección» que se escondería detrás de cualquier argumento que se pueda formular sobre el Derecho<sup>14</sup>. El concepto de Derecho, para Alexy, es global: combina una dimensión fáctica y otra ideal en la realización de un «acoplamiento óptimo de la seguridad jurídica y de la justicia»<sup>15</sup>. No se puede conocer el Derecho simplemente leyendo las normas; tampoco se puede argumentar sobre el Derecho sin partir de una teoría ideal y comprometer sus propios valores, como diría Dworkin<sup>16</sup>. Esto no conduce a una mera exposición de las preferencias individuales, sino más bien a un tipo de razonamiento estructurado y restringido.

Los casos difíciles son la referencia convencional para captar lo que está en juego entre estos contendientes, los «sensores por los cuales puede establecerse la naturaleza del Derecho». Cada escuela propone un enfoque para aproximarse a los casos difíciles. Los positivistas, lejos de lo planteado por los defensores del mito fonográfico, defienden que solo subsiste la discrecionalidad en la situación en que se agotan las normas y las razones jurídicas. Los positivistas no se limitan a la historia del juez como la boca de la ley, pero tampoco ofrecen «salidas dignas de la agonía del manejo autoconsciente del poder», tal como ha sido planteado por Bhagwati. Estos aceptan que la fidelidad al Derecho es un ideal más oneroso que una repetición mecánica de las reglas.

---

adicionales. Debemos contar uno o el otro, pero no ambos. Todo lo contrario es ser culpable de contar dos veces. Este hecho es un reflejo de la función de las reglas en el razonamiento práctico. Median entre consideraciones de nivel más profundo y decisiones concretas. Proporcionan un nivel intermedio de razones a las cuales se apela en casos normales donde surge la necesidad de una decisión» (RAZ, 1986: 58).

<sup>13</sup> Véase DWORKIN, 1986.

<sup>14</sup> Robert ALEXY básicamente transfiere los requisitos formales de la teoría del discurso al Derecho, lo que equivale a inculcar las demandas de corrección, justificación y generalización a reclamos legales: «En el proceso de promulgar y aplicar el Derecho, un reclamo de corrección es necesariamente hecho por los participantes, es un reclamo que abarca corrección moral» (ALEXY, 1989: 173). Véase también ALEXY, 2002: 35.

<sup>15</sup> ALEXY, 2007: 336.

<sup>16</sup> Bhagwati, expresidente de la Corte Suprema de la India, 1992: 1262.

Los positivistas plantean un poder sin restricciones para decidir. Ni Hart ni Raz, por ejemplo, aceptan que el juez este autorizado a decidir, arbitrariamente, por su propia voluntad. Por tanto, el Derecho no es una máquina, pero tampoco diluye las razones legales en cualquier consideración adecuada para resolver un caso difícil<sup>17</sup>. Incluso cuando las normas se agotan, existe una disciplina racional que, ya sea dentro o fuera de los límites del Derecho, limita a los jueces.

Hart, por ejemplo, ha clasificado provocativamente las teorías americanas de las decisiones judiciales entre dos polos. En uno, «la pesadilla», la decisión judicial sería pura creación desde cero, como «criptolegislación». En el otro, el «sueño noble», la decisión judicial estaría enteramente contenida por los límites lingüísticos del Derecho. El verdadero contexto decisional de los jueces radica, para Hart, en alguna parte entre ambos extremos. Él caracteriza la decisión judicial como continua con la legislación y, parafraseando a Holmes, sostiene que tiene un «poder de creación de Derecho genuino, aunque distanciado». La textura abierta del lenguaje jurídico crea escenarios de penumbra, lo cual lleva a los jueces a tomar decisiones creativas en los límites de las reglas teniendo como fin la conservación del «significado central». Los jueces llenan este vacío reflexionando sobre lo que debería ser. Ello implica una decisión intencionada e inteligente, que no arbitraria<sup>18</sup>.

Raz sigue exactamente la misma dirección. Aunque el Derecho, en su opinión, no es un «sistema de absoluta discreción», ello no significa que los jueces sean meros «computadores» o que no deben «ejercer su juicio para alcanzar la mejor solución»<sup>19</sup>. Las lagunas del

<sup>17</sup> La noción de discreción de Herbert HART es más sutil que la que aparentemente defendió DWORKIN: «Las decisiones judiciales, especialmente en asuntos de gran importancia constitucional, a menudo implican una elección entre valores morales y no meramente la aplicación de un único principio moral sobresaliente, porque es una locura creer que donde la mecánica del Derecho está en duda, la moralidad siempre tiene una respuesta clara para ofrecer. En este punto, los jueces pueden hacer nuevamente una elección que no es arbitraria ni mecánica, y aquí a menudo muestran virtudes judiciales características, cuya adecuación especial a la decisión legal explica por qué algunos se sienten reacios a llamar a tal actividad judicial “legislativa”. Estas virtudes son imparcialidad y neutralidad al estudiar las alternativas, consideración del interés de todos los que se verán afectados y la preocupación de implementar algún principio general aceptable como base razonada para la decisión. Sin duda, debido a que una pluralidad de tales principios siempre es posible, no se puede demostrar que una decisión sea únicamente correcta, pero puede hacerse aceptable como el producto razonado de la elección impersonal informada. En todo esto tenemos la característica de “pesar” y “equilibrar” el esfuerzo por hacer justicia entre intereses en competencia» (HART, 1961: 204-205).

<sup>18</sup> Para Herbert HART, los errores ocasionales de una visión del Derecho formalista no afectan a la solidez de la tesis de la separabilidad: «No se sigue de eso, porque lo opuesto a una decisión tomada ciegamente de manera formalista o literal es una decisión inteligente; alcanzado por referencia a alguna concepción de lo que debe ser, tenemos una unión del Derecho y la moral» (HART, 1958: 610). El inevitable aspecto creativo de la decisión judicial no es incompatible con la suposición de que la administración de justicia consiste en emitir un juicio (un reclamo intersubjetivo de corrección) en lugar de expresar una preferencia o deseo. Véase KORNHAUSER y SAGER, 1986: 83.

<sup>19</sup> RAZ, 1979: 197.

Derecho surgen de la naturaleza incompleta y de la vaguedad del Derecho; sin embargo, tampoco suponen escenarios para la «pura creación del Derecho»<sup>20</sup>. La aplicación y la creación del Derecho coexisten, según su criterio.

Los no positivistas, a su vez, exigen una investigación sobre los principios fundamentales del Derecho y se niegan a aceptar la discrecionalidad en la aplicación de este. Incluso en casos difíciles, las limitaciones del razonamiento legal no desaparecen. El Derecho, como empresa justificativa, es completo en un sentido preciso: es necesario desenterrar sus principios básicos sin los cuales dicha empresa se torna insensata e inarticulable. No es posible entender lo que el Derecho es en un caso difícil sin recurrir a sus principios fundamentales que dan cuenta de la racionalidad del sistema jurídico. Estos principios fundamentales no son visibles en la superficie del Derecho, sino que son tácitos y solo pueden ser descubiertos por medio de la interpretación jurídica. De acuerdo con los no positivistas, sostener que existe discreción supone una aprehensión inexacta del fenómeno y subestima la carga de la argumentación. El juez no puede librarse de esta carga y simplemente optar por el silencio, y las razones sobre las que se funda su decisión deben ser solo de naturaleza jurídica.

Con o sin discreción, con o sin razones jurídicas debidamente concebidas, lo que permanece invariable es el intercambio de argumentos más o menos vigoroso para arribar a la mejor solución de los casos fáciles y difíciles. Esto debería ser suficiente para conciliar, al menos en el sentido débil definido en esta sección, el Derecho con la deliberación desde ambas perspectivas. En los casos difíciles, hay deliberación (denominada legal o extralegal) al construir una solución argumentativamente. En los casos fáciles, donde esa oposición polémica pierde gran parte de su práctica, también puede haber deliberación, aunque permeada por razones limitadas y basadas en normas jurídicas. La deliberación es sensible cuando la decisión no es obvia ni puramente arbitraria. La toma de decisiones legales no tiene ninguna de estas dos calidades. Así, los jueces no pueden ser pintados como fonógrafos o máquinas tragamonedas, las imágenes antípodas que se idearon para transmitir. Para los primeros, la esperanza de la total certidumbre y, para estos últimos, la miseria de la absoluta arbitrariedad. Los positivistas y los no positivistas se unen en contra de ambas caricaturas distorsionadoras.

Como se señaló en el capítulo anterior, las instituciones constituyen el teatro deliberativo y, al hacerlo, limitan la deliberación no solo desde el punto de vista procesal, sino también en términos de las razones válidas en tal contexto. El funcionamiento de cualquier sistema jurídico denota un grado adecuado de formalidad, una capacidad para seleccionar las razones que son aceptables en el discurso legal independientemente de su calibre sustantivo. Al argumentar en el terreno

---

<sup>20</sup> *Ibid.*: 195.

del Derecho, algo está excluido de nuestro baúl de «todas las razones consideradas»<sup>21</sup>. Algunos filtros reducen el número y la calidad de las razones disponibles<sup>22</sup>. Tal cierre del lenguaje jurídico, presupuesto por el Estado de Derecho, corresponde a una suerte de «canon». Según varía este canon de argumentos legales, los límites de la deliberación dentro del Derecho también lo hacen. Sin embargo, el carácter formal del Derecho no debe ser exagerado. Cualquier foro deliberativo, ya sea judicial o no, necesita seleccionar cuáles son las razones aceptables o, como se dijo anteriormente, separar las razones públicas de las no públicas. La política democrática también presupone una formalidad en la argumentación política. El Parlamento no es diferente.

Sería erróneo contemplar el positivismo y el no positivismo como excluyentes de la formalidad o del carácter deliberativo del Derecho. El punto de controversia no es si el Derecho es deliberativo, sino cuán deliberativo es; se trata entonces de una cuestión de grado, que no de clase. El positivismo y el no positivismo pueden diferenciarse en relación con si sería apropiado clasificar entre razones jurídicas y no jurídicas. Algunos adoptan un acercamiento más expansivo a la formalidad del Derecho y distienden el filtro para permitir un análisis más profundo en los subterráneos supuestos de las normas. Otros restringen ese alcance.

Las asociaciones fáciles de la tradición positivista con la concepción fonográfica de la decisión judicial son completamente erróneas. Son mundos aparte: una es una ficción nociva, mientras que la otra permanece como una postura teórica prestigiosa. El error de la objeción de la que se partió fue inferir de manera anticipada la calidad de una concepción totalizadora del Derecho que agota, de antemano, lo que se puede o se debe argumentar en casos reales. Una vez que perdemos esa piedra angular (que en realidad nunca estuvo allí, sino para confundir), ponemos en práctica una concepción del Derecho que es cándida a su inherente carácter discutible.

Neil MacCormick también ha perseguido sin evasivas ese camino. Se esforzó por reconciliar el ideal del Estado de Derecho con el carácter controversial de los casos. Sostiene que este ideal fija previamente un marco normativo que permite a los individuos planificar su conducta de acuerdo con las expectativas normativas públicas. A él no le resulta intrigante que tal capacidad de planificación esté inevitablemente contaminada por cierta incertidumbre. Más que una lamentable imperfección, esta característica es una parte integral de lo que es valioso sobre ese ideal. Así, MacCormick armoniza dos bases dignitarias del Estado de Derecho: por un lado, la certeza y, por otro, el dere-

<sup>21</sup> Fernando ATRIA define «un tipo de discurso normativo donde los participantes están justificados al no considerar las cuestiones sustantivas que son, o podrían ser, relevantes para una decisión tomada en conjunto» (ATRIA, 2002: 218).

<sup>22</sup> Según Fernando ATRIA, para saber qué argumentos se clasificarán como legales o no, no se debe mirar a las reglas, sino a la «imagen del Derecho», una construcción social inserta en una cultura legal que pone en marcha el aparato legal (*ibid.*: 218).

cho a la defensa, «dejando que todo aquello que resulte argumentable sea argumentado»<sup>23</sup>. En otras palabras, MacCormick refuta un relato monolítico del Estado de Derecho que sacraliza un valor dominante a expensas del otro<sup>24</sup> y arroja luz sobre su «cadena de certezas aparentes que son, en todo punto, controvertibles». Como resume el dinamismo del ideal: «la certeza del Derecho es, entonces, certeza objetable»<sup>25</sup>.

El reconocimiento de un «elemento de evaluación de principios» en el razonamiento jurídico es, para MacCormick, un «correctivo a un legalismo puramente estrecho». Además, dicho elemento aproxima el razonamiento jurídico al razonamiento moral, sin eludir la distinción entre ambos. El primero, a diferencia del segundo, tiene una medida de heteronomía, la institucionalidad autorizada del Derecho es la clave para realizar sus objetivos. A diferencia de la deliberación moral, la deliberación jurídica no nos une por completo a nuestra propia voluntad. El Derecho proporciona un conjunto de textos que constituyen un «punto de partida fijo para la deliberación interpretativa»<sup>26</sup>.

Podría decirse que el enfoque no positivista del Derecho realza el carácter deliberativo del Derecho, y esta percepción puede resultar cierta si definimos y medimos la deliberación por el tipo de razones que son accesibles. Sin embargo, de ello no se sigue que el enfoque positivista sea no deliberativo. Cualquiera que sea la concepción del Derecho que un teórico adopte, la deliberación será parte de la vida del Derecho. No hay nada en la formalidad del Derecho que lo haga anti-deliberativo, aunque diferentes grados de formalidad implican diversos grados en la deliberación del Derecho. La deliberación no desaparece bajo ninguna de estas comprensiones.

La conclusión de esta sección es en gran medida negativa. Se busca dejar a un lado el referente concerniente a que la deliberación podría no ser un asunto propio del Derecho. Este es el producto de la confluencia de distintas preguntas sobre la relación entre el Derecho y la moral, el carácter argumentativo del Derecho, las razones que se deben tener en cuenta en los casos difíciles y en los fáciles. ¿La deliberación politiza el Derecho? No necesariamente o no en ningún sentido censurable. Para insistir en esa división dudosa entre positivistas y no positivistas, estos últimos afirman que el Derecho está inevitablemente politizado en la medida en que lo entendemos como la articulación de profundos principios políticos. Sin embargo, los primeros sostienen que puede estar más o menos politizado en casos difíciles, en los que las razones no legales son ineludiblemente tomadas para llenar el espacio de discreción de una manera no arbitraria. Es más,

<sup>23</sup> MACCORMICK, 2005, 31.

<sup>24</sup> Este desequilibrio se capta así: «La representación original del Estado de Derecho como antítesis del carácter discutible del Derecho era una declaración errónea en el énfasis que daba a la certeza del Derecho» (*ibid.*: 28).

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> *Ibid.*: 83.

los casos fáciles también pueden implicar la deliberación entre razones legales estrictamente basadas en normas, y no hay nada cuestionablemente político en ello.

Esta conclusión no es del todo trivial. Sin embargo, las controversias más fértiles se relacionan con el tipo y la cantidad de razones que están disponibles para el razonador jurídico. El capítulo VII desarrolla un relato moralizador más constructivo del Derecho constitucional que puede informar mejor acerca de la deliberación. Lo enunciado anteriormente es suficiente por el momento.

### 3. DECISIONES JUDICIALES INDIVIDUALES Y COLECTIVAS

Existe otra forma de ventilar dudas escépticas sobre el carácter deliberativo del Derecho o, más precisamente, de las decisiones judiciales. Esta surge desde el mismo marco institucional: las Cortes colegiadas promueven el encuentro de jueces que deben tomar una decisión conjunta. Existen múltiples herramientas procedimentales que permiten a un cuerpo colegiado llegar a una decisión colectiva. En este contexto, la cuestión es si la deliberación, tal como se define en el primer capítulo, debe integrar este conjunto de herramientas, regular la conducta judicial e informar nuestras expectativas sobre el fallo colegiado.

En este contexto institucional podría afirmarse que, si los jueces adoptan la más cruda noción de la teoría fonográfica y consideran la decisión judicial como un simple descubrimiento de lo que realmente es el Derecho, ello implica alguna suerte de deliberación que, si bien débil, podría ser posible. Gracias a que, pese a la plenitud del Derecho, los fonógrafos podrían discordar, estos podrían optar por deliberar entre ellos. A la inversa, asumiendo que los jueces adoptan una concepción del Derecho abierta y basada en principios, esto no implica automáticamente que ellos deliberen o deban deliberar. Por consiguiente, los jueces pueden o no deliberar sin importar la concepción del Derecho en que se inspire la decisión judicial. Una vez que los jueces se adhieren a este modo de interacción interpersonal, se podría afirmar que la deliberación sería mejorada si todos compartieran esta última visión sobre el Derecho. Así, las perspectivas conceptuales e institucionales serían, por tanto, relativamente independientes<sup>27</sup>.

Una Corte colegiada no es, en sí misma, un órgano deliberativo. No obstante, existen buenas razones para que las Cortes adopten esta práctica aspiracional. Esta sección esboza una defensa del carácter deliberativo de la decisión judicial colegiada. Se centra en la decisión judicial en general y evita, por ahora, algunas complicaciones de la decisión judicial constitucional. Antes de especificar los valores intrínsecos que subyacen y los beneficios o consecuencias que pueden surgir de la deliberación

<sup>27</sup> Esta conexión variable entre la concepción compartida del Derecho y su impacto en la deliberación de la decisión judicial colegiada se abordará en el capítulo VII.

judicial, resulta necesario referirse a la siguiente pregunta preliminar: ¿por qué la decisión judicial debe ser colegiada? El planteamiento de esta cuestión ayuda a dejar de lado la tentadora inferencia que derivaría del mero carácter colegiado de las Cortes, un deber de deliberación. La defensa de la deliberación demuestra que esto no es tan simple.

Dicho interrogante sugiere un ejercicio interpretativo, un intento de someter esa práctica al mejor análisis<sup>28</sup>. Las Cortes colegiadas no fueron creadas por una casualidad histórica y sus huellas documentadas son, en cierta medida, particulares a cada comunidad política. Sin embargo, las opciones institucionales contingentes no deberían normalizarse como si la tradición, por sí misma, pudiera satisfacer este requisito justificativo. La trayectoria puede explicar cómo evolucionó una institución, pero no es razón suficiente para justificar su subsistencia. Independientemente de los factores causales reales y de los propósitos originales, se debe investigar más a fondo si este tipo de órgano colegiado todavía puede mantenerse sobre la base de los nuevos principios. Este ejercicio disecciona y actualiza los valores que fundamentan una forma organizativa tradicional.

Existen diferentes maneras de institucionalizar la aplicación del Derecho a disputas concretas. La dicotomía elemental entre las decisiones judiciales individuales y colegiadas es un paso básico. Los sistemas judiciales estatales contemporáneos usualmente adoptan una mezcla de ambos formatos; sin embargo, en la mayoría de los casos se concede a los órganos colegiados la competencia para adoptar las decisiones de última instancia. La estructura colegiada plantea consecuencias teóricas peculiares y significativas que pueden encontrarse ausentes en el entorno de la decisión judicial unipersonal.

Un conjunto de problemas es de naturaleza operacional: como cualquier institución con multiplicidad de miembros, una Corte colegiada debe enmarcar un procedimiento que permita la conversión de «muchos» en «uno» para definir «la decisión de la Corte». Las preguntas relacionadas con las reglas decisorias, con el estilo de juzgar o con la redacción de la decisión, entre otras, deberán ser confrontadas y resueltas conscientemente. Existe, además, una cuestión de ética institucional relativa a los estándares morales que debe observar la interacción entre jueces. Finalmente, existe una carga argumentativa en cuanto a la articulación de las razones por las cuales una Corte colegiada, en cada escenario, es la elección correcta sobre una opción unitaria.

La deliberación no es el referente más obvio para enmarcar un discurso argumentativo que fundamente a las Cortes colegiadas. Existen fuertes argumentos, aparte de la deliberación, para institucionalizar la decisión judicial en un órgano colectivo. Al reconocer tales razo-

<sup>28</sup> Ronald DWORKIN proporciona la definición de ejercicio interpretativo a partir del ejemplo de la institución de la cortesía: se pueden buscar las razones que justifiquen o sustenten la necesidad de ajustes de esta práctica (DWORKIN, 1986: 47).

nes es posible evitar una defensa unilateral de la forma colegiada. Estas razones independientes de la deliberación no son solo componentes auxiliares, sino esenciales del argumento en general. Proporcionan una base normativa autónoma para la adopción de las Cortes colegiadas, independientemente de que deliberen o no. Hay mucho más que decir en favor de las decisiones judiciales colegiadas que su especial sensibilidad a la deliberación. Estas razones independientes de la deliberación forman parte de la respuesta a la cuestión relativa a por qué un solo juez inteligente no es un sustituto adecuado de una Corte deliberativa.

De ahí la pregunta que se deriva de este ejercicio: ¿por qué una Corte con multiplicidad de miembros en lugar de un juez sabio, autorreflexivo y unipersonal? Existen cuatro razones interrelacionadas, e independientes de la deliberación, que justifican la existencia de Cortes con multiplicidad de miembros, al menos en las más altas posiciones de la rama judicial.

Primero, un cuerpo colegiado se beneficia del fenómeno de la *despersonificación*. En lugar de poner todo el peso de declarar lo que significa el Derecho sobre los hombros de un solo hombre, este tipo de cuerpos permite que la responsabilidad decisional se separe de los individuos y se imponga en la institución, la cual gana una identidad propia y disociada de sus miembros. El «Estado de Derecho» evadiría el «Estado de los hombres» dominando las idiosincrasias individuales por medio de la impersonalidad institucional.

Sin embargo, esta cualidad impersonal tiene las dos caras de Jano. Esta cualidad tiene una relación ambivalente con la estructura unipersonal o colegiada de la decisión judicial. Si, por un lado, las decisiones unipersonales se personifican porque, aunque sea simbólicamente, se asocian con un funcionario, estas, a su vez, se despersonifican con la producción de una decisión judicial singular y cohesionada. Si, por otra parte, un cuerpo colegiado despersonaliza la decisión porque involucra a varias personas y diluye la asociación con individuos particulares, esta se personificaría en la medida en que consista en una suerte de mosaico no sistemático de opiniones individuales en lugar de una sola decisión. En la medida en que no se alcance una «decisión de la Corte», sino la agregación de un puñado de opiniones, la decisión judicial puede ser la agregación de cada rostro personal que capta cada posición individual. Se puede personificar y despersonificar una decisión judicial por el número, y personificar por el contenido.

Segundo, una Corte puede ser colegiada sobre la base de la prudencia política en dos sentidos complementarios. Por un lado, su carácter supraindividual evita la concentración de un poder exagerado en las manos de una sola persona, evitando así los abusos. Por otro lado, al mismo tiempo que inhibe el exceso indebido y mantiene la autoridad de cada uno bajo control, empodera a la institución para tomar las decisiones, momentáneas y a veces políticamente polémicas, que el Derecho re-

quiere. Por ejemplo, un solo juez difícilmente tiene la fortaleza para concluir que cientos de congresistas se equivocaron o para enfrentarse a un poder socioeconómico influyente. Si bien un grupo de jueces no es lo suficientemente poderoso para derribar o resistir una ofensiva antijudicial altamente disciplinada, está mejor protegido que el juez solitario.

Tercero, existe un reconocimiento simbólico sobre la naturaleza del Derecho, así como de que la interpretación jurídica, y, en especial, la constitucional, es una tarea compleja que debe estar abierta a diversas voces y dejar espacio para el desacuerdo. Esta justificación probablemente estaría en desacuerdo con una comprensión fonográfica del Derecho que repudia la presunta variación de sus principios. Sin embargo, si dejamos de lado esa visión arcaica, un foro colegiado puede expresar públicamente mejor que un juez unipersonal el carácter abierto y argumentativo del Derecho. Este atributo simbólico, de hecho, podría entrar en tensión con la primera razón: en la medida en que la despersonalización tenga éxito, esa variación se va disolviendo. Sin embargo, el mero hecho de que un grupo de jueces adopten una decisión conjunta *per se* expresa esta apertura deseable del Derecho a diversas percepciones individuales. Un cierto equilibrio entre la decisión judicial *seriatim* y *per curiam* podría crear un espacio razonable para ambas virtudes.

Cuarto, puede resultar astuto adoptar una Corte colegiada por razones de probabilidad epistémica. La lógica es bien conocida: dos cabezas, la mayoría de las veces, pensarían más agudamente que una, y habría una menor falibilidad si a un grupo de jueces, en lugar de a uno solo, se les concediera el poder de decidir cuestiones jurídicas complejas. Esta es una afirmación epistémica puramente numérica propia de Condorcet que no depende de la deliberación<sup>29</sup>. Cuanto mayor sea el número de miembros de un cuerpo decisorio, siempre que cuenten con algunas calificaciones personales, mejor perciben los matices del caso y ponen más puntos de vista al frente. Esto es una característica de la búsqueda de un mejoramiento informativo que pueda ser aprehendido. Además, es probable que más encargados cubran una amplia gama de conocimientos jurídicos en la medida en que el Derecho se vuelve cada vez más complejo.

Es discutiblemente posible, aunque menos probable, que un solo juez alcance ese estándar. Para el diseñador institucional, confiar en un juez unipersonal y esperadamente astuto sería arriesgado. Así, incluso por un modo puramente agregativo de toma de decisiones, a medida que el número de jueces aumenta, menos falible resulta el órgano decisorio. Este es un argumento epistémico de «muchas mentes». A medida que las Cortes estén compuestas por solo unos «pocos», pueden tener menos adherencia que un cuerpo formado por «muchos». No

<sup>29</sup> El teorema del jurado de CONDORCET requiere independencia entre las cabezas que se contarán. Véanse CONDORCET, 1976, y también ESTLUND, 1989.

obstante, estos «pocos» serían aún más competentes que «uno» y ello minimizaría el peligro de la falta de visión individual<sup>30</sup>.

Estos cuatro argumentos son la estructura teórica de un cuerpo colegiado suficientemente fundado. Reducen los peligros de fijar el tamaño de una institución en la magnitud de «uno» para así recoger los beneficios de los «pocos». Sin embargo, algún modo de decisión plural debe ser puesto en práctica. No es correcto afirmar que una Corte colegiada no tiene otra opción que deliberar. Las alternativas no deliberativas están disponibles. Para que una decisión conjunta sea factible, de hecho, los jueces tienen que interactuar y comunicarse de alguna manera. Por tanto, no hay agregación sin comunicación; sin embargo, esta no tiene porqué ser tan onerosa como la deliberación.

Las principales alternativas a la deliberación se mencionaron en el capítulo inicial. Primero, un organismo de varios miembros puede optar por negociar, pero la misma objeción general contra la negociación es tanto más aplicable en el ámbito de la administración de justicia: los intereses privados no cumplen con los estándares de razonamiento imparcial del Derecho. Por tanto, la negociación de intereses y agendas personales recaudando votos por medio de casos o los argumentos mitigantes en el caso concreto, si son motivados por el interés propio, son claramente incompatibles con la administración de justicia. Existen otros dos tipos de compromisos: la asociación y la pragmática, que todavía pueden ser ajustados a la decisión judicial colegiada, pero son un producto más que un sustituto de la deliberación.

La negociación es un objetivo demasiado fácil. Si la imparcialidad se requiere al menos para algunos estadios específicos de razonamiento político, el razonamiento jurídico en su conjunto es ciertamente uno de ellos. La segunda opción —la agregación— no es tan simple; sin embargo, se descarta. Las mismas calificaciones anteriores están en orden. Existen tres clases de agregación y esta puede ser la suma de cualquiera de tres entidades: intereses eminentemente privados, preferencias autorreflexivas<sup>31</sup> o preferencias totalmente deliberativas además de divergentes. La primera, por las mismas razones que la negociación, está fuera de discusión. El núcleo de la cuestión gira en torno a los dos tipos restantes. Para decirlo de manera más directa: ¿debería un grupo de jueces preferir agrupar sus opiniones jurídicas de inmediato o deberían, en su lugar, deliberar y someter sus posiciones inicia-

<sup>30</sup> Estoy usando las categorías clásicas de «uno», «pocos» y «muchos» para transmitir medidas conceptuales imprecisas pero útiles para clasificar el tamaño de los órganos de decisión. Supongo que las Cortes colegiadas, en general, tienen un tamaño que está muy por debajo del número habitual de miembros de los Parlamentos electos (en la escala de cientos) y que normalmente asciende a un número inferior a diez o apenas supera a un número de alrededor de veinte. Independientemente del número exacto, es indudable que estos cuerpos están organizados en diferentes órdenes de magnitud, y esto tiene implicaciones para el tipo de promesa epistémica que puede hacer plausiblemente.

<sup>31</sup> Lewis KORNHAUSER y Lawrence SAGER llamarían a eso una «generación hermética de juicios» (KORNHAUSER y SAGER, 1986: 100).

les al filtro deliberativo? <sup>32</sup> ¿Por qué la agregación después de la deliberación en lugar de la agregación sin ningún matiz de deliberación?

La cuestión principal es entonces si resulta necesaria la deliberación judicial <sup>33</sup>. Las razones distintas a la deliberación no se oponen a la agregación. Para responder a esa pregunta, las razones intrínsecas e instrumentales para la deliberación deben ser recuperadas y adaptadas a este ámbito en particular.

Existen Cortes de diversos tamaños, jurisdicciones y competencias, las cuales conocen diferentes tipos de controversias legales y están inmersas en tradiciones legales heterogéneas. Además de esto, se encuentran ubicadas en diferentes niveles de la jerarquía judicial. Habida cuenta de esta amplia gama de variaciones, es útil comenzar considerando las Cortes en su sentido genérico. En el próximo capítulo, y durante el resto del libro, se profundizará sobre los confines más precisos de las Cortes Constitucionales, algunos de los cuales tienen implicaciones notables en los límites y posibilidades del ideal político deliberativo. En este punto basta con sostener premisas muy básicas tales como las siguientes: las Cortes son órganos con la función de resolver controversias de Derecho cuando son provocadas por actores externos o litigantes; la decisión colegiada (ya sea un panel o en plenaria) está compuesta por un pequeño grupo <sup>34</sup> de jueces que, formalmente reconocidos como expertos o no, deben razonar sobre la base de las normas jurídicas aplicables.

Se debe examinar entonces si esas razones todavía son aplicables a un sitio ampliamente definido por estas características preliminares. Se iniciará por las razones instrumentales. Las cuatro dimensiones de la promesa epistémica parecen ser plausibles para cualquier cuerpo deliberativo. El tipo de compromiso interpersonal definido por el marco conceptual, más que la decisión silenciosa, resulta más apto para *i)* aclarar y estructurar las premisas que están en juego, *ii)* maximizar la información que podría ser útil para decidir, *iii)* permitir soluciones

<sup>32</sup> Una agregación del primer tipo resultaría materialmente en una decisión «no deliberativa *seriatim*», un mosaico de opiniones individuales preestablecidas. Una agregación de este último, a su vez, culminaría en una «decisión deliberativa *seriatim*» o en una única opinión de la Corte con opiniones concurrentes y disidentes ocasionales que se comunican con la opinión de la mayoría. Estas variaciones se explorarán más a fondo en los próximos capítulos.

<sup>33</sup> John ORTH defiende el modelo deliberativo: «Juzgar apelaciones, por otro lado, se ve como un proceso deliberativo que se beneficia de las contribuciones de muchas mentes» (ORTH, 2006: 15).

<sup>34</sup> El número de deliberadores afecta a la calidad de la deliberación y, por tanto, a la plausibilidad de las promesas deliberativas. Existe una tensión entre lo que las lógicas de los argumentos epistémicos deliberativos y agregadores requieren en términos numéricos, mientras que la deliberación óptima debe ser hecha por una agregación óptima «no muy pequeña, pero no demasiada». Considerar las implicaciones de los diversos tamaños de Cortes agregaría otra capa de complejidad que no quiero seguir aquí. Corregí mis afirmaciones, nuevamente, sobre generalizaciones aproximadas que podrían ser más o menos aplicables a casos atípicos. Para una extensa discusión entre el tamaño de la Corte y la precisión véase KORNHAUSER y SAGER, 1986: 97. El capítulo VI abordará además esta variable institucional al referirse a algunas investigaciones empíricas.

creativas no anticipadas por cualquiera de los deliberadores y, por último, *iv*) arribar a una decisión sustancialmente superior. Incluso si se permanece escéptico frente a la ambiciosa promesa epistémica de elaborar una respuesta correcta, el atractivo empírico de las otras tres es difícil de disputar<sup>35</sup>. Si todas las demás cosas permanecen constantes, un grupo de jueces que deliberan tiende a superar, la mayoría de las veces, a un grupo poco comunicativo o, más aún, a un juez individual. En consonancia con esta creencia, «varias cabezas deliberando» tienen una mejor oportunidad de adoptar una buena decisión que «varias cabezas agregadas» (aun cuando agreguen posiciones individuales inteligentes y reflexivas)<sup>36</sup>.

La segunda promesa de deliberación hace hincapié en su capacidad para que, por medio de la persuasión racional, se pueda construir un consenso o minimizar el disenso entre los deliberadores<sup>37</sup>. En un órgano judicial que necesita tener cierto nivel de acuerdo para decidir, la deliberación puede ser un recurso indispensable no solo para reducir el desacuerdo cuando sea posible, sino también para la creación de compromisos legítimos. Ambos tipos de compromisos pragmáticos y de asociación no se obtienen sin deliberación. En el contexto de la administración de justicia, algunos valores fundamentales del Estado de Derecho, como la inteligibilidad y la uniformidad, pueden funcionar como razones de segundo orden pertinentes que propician compromisos de asociación. Si un juez no tiene una opinión firme sobre un tema, puede muy bien diferir a una posición mayoritaria en nombre de una decisión legal más cohesionada. Las Cortes son agentes operativos del Estado de Derecho y sus juicios moldean la comprensión social del Derecho. La provisión de racionalidad a las reglas y principios del Derecho es una de sus principales responsabilidades, y los compromisos pueden ser aceptables para ese propósito.

Las promesas psicológicas y educativas de la deliberación también pueden influir en la decisión judicial colegiada, aunque a veces no se observe con claridad. A diferencia de las dos primeras promesas, que se supone tienen impacto sobre la calidad de la decisión en sí, de es-

<sup>35</sup> De hecho, los argumentos epistémicos como los propuestos por ROUSSEAU y CONDORCET fueron principalmente agregativos y, para algunos, antideliberativos. Véase ESTLUND, WALDRON, GROFMAN y FELD, 1989. Este punto ya fue mencionado en el capítulo I.

<sup>36</sup> Lewis KORNHAUSER y Lawrence SAGER destacan el punto de la decisión colegiada: «Por tanto, si favorecemos la deliberación como un medio para mejorar el juicio grupal, debe ser porque suponemos que sus aspectos que mejoran la decisión son mayores que sus características perjudiciales para la decisión. A pesar de la falta de pruebas empíricas que conceden, “la suposición general que favorece la deliberación como una ayuda para corregir la decisión parece razonable a la luz de la experiencia común”» (KORNHAUSER y SAGER, 1986: 102, énfasis añadido).

<sup>37</sup> Una vez más, Lewis KORNHAUSER y Lawrence SAGER observan esta virtud comunitaria de persuasión: «A menos que uno presuponga que los jueces entran en este proceso plenamente conscientes de todos los puntos y contrapuntos o fijados obstinadamente tanto en el resultado como en la justificación sin referencia al rango completo de argumentación posible, debe darse el caso de que algunos jueces emerjan del proceso deliberativo con juicios sobre el resultado apropiado o la razón de ser diferente de los iniciales» (*ibid.*: 101).

tos otros dos se espera que causen un efecto beneficioso sobre las personas involucradas. Esta participación personal puede referirse tanto a aquellos que participan directamente en la extenuante práctica de deliberación como a aquellos fuera del foro, pero cuyos intereses están en juego en la decisión.

Así, los jueces que toman parte en la deliberación tienden, según lo establecido por la premisa psicológica, a sentirse respetados por sus compañeros. Este sentimiento de respeto es una condición volátil de las relaciones interpersonales y su mantenimiento puede acelerar un ambiente colegial que facilite la cordialidad en la cotidianidad interna para el buen funcionamiento de la institución. Esto permite que la institución permanezca abierta a la deliberación (lo cual sería ventajoso, por supuesto, si la deliberación se considera deseable en primer lugar). Además, un cierto sentimiento de respeto también puede ser sentido por los propios litigantes. La percepción de que a su punto de vista, como litigante, se le dio el debido peso y consideración contribuye a la aceptación de la decisión y al contenido de la misma<sup>38</sup>. Como han demostrado las investigaciones empíricas, la percepción de que los procedimientos son justos es, en general, al menos tan importante como una decisión favorable para la satisfacción de las partes con el resultado judicial<sup>39</sup>.

Finalmente, los defensores de la deliberación también esperan que produzca dos tipos de efectos educativos sobre aquellos que están involucrados en el proceso. La deliberación entrenaría tanto las habilidades deliberativas como inculcaría el aprendizaje sustancial del tema en que ellas se centren. ¿En qué medida estos efectos son plausibles en el contexto de la decisión judicial colegiada como generalmente se concibe? Se supone que los jueces son expertos en los asuntos de Derecho respecto de los cuales deciden y, de ser así, la deliberación no necesariamente fortalecería este último aspecto. Sin embargo, las habilidades deliberativas solo pueden desarrollarse por medio de su propia práctica (y este resultado sería atractivo, una vez más, si la deliberación se considera positiva en primer lugar). A medida que la deliberación es rutinaria, este atributo educativo puede volverse gradualmente menos significativo para los jueces, pero no puede ser descuidado con respecto a los jueces recién llegados y neófitos. Por último, los efectos educativos que la deliberación produciría sobre los litigantes probablemente sean inciertos y remotos, además de depender de rasgos institucionales muy específicos que cada Corte pueda tener. A este nivel de generalidad no se puede decir mucho al respecto, pero volveré sobre

<sup>38</sup> Para Lewis KORNHAUSER y Lawrence SAGER, además de la precisión, la dimensión psicológica es también una medida central del rendimiento de la agregación de juicio. Lo llaman «apariencia», la capacidad de la decisión de inspirar la creencia de que es adecuada (*ibid.*: 91). Robert LELLAR sigue la misma línea: «La garantía razonable de una decisión sólida y la confianza del público en esa solidez respaldan el sistema de múltiples jueces» (LEFLAR, 1983: 723).

<sup>39</sup> La literatura sobre la psicología de la justicia procesal ofrece evidencia en esa dirección. Véase THIBAUT y WALKER, 1978.

este tema para evaluar el potencial deliberativo de las Cortes Constitucionales en los próximos capítulos.

Estas promesas de deliberación revitalizan aún más la mayoría de las razones para defender una decisión colegiada al margen de la deliberación. Un cuerpo colegiado deliberativo se despersonaliza porque su producto es diferente de la suma de opiniones predeliberativas (incluso si la decisión es *seriatim*), convierte la apertura del Derecho en la pluralidad de voces aún más inequívoca (ya que la deliberación pone de manifiesto voces o puntos de vista que no estén en la sala) y cambia así la clave epistémica de un modo puramente cuantitativo a un modo argumentativo.

Este conjunto de consecuencias beneficiosas, en suma, es más probable que se produzca por medio del compromiso deliberativo que por medio de la agregación. De igual manera, se podría decir algo más a favor de la deliberación. Además de estas razones consecuenciales, también están en juego valores inherentes a la deliberación misma. La pregunta restante es si en esta Corte colegiada puede subsistir cualquier razón intrínseca creíble. ¿Es valioso que los jueces deliberen independientemente de cualquier consecuencia beneficiosa que dicho ejercicio acarree?

En el primer capítulo se sostuvo que existe una defensa normativa no consecuencialista para la deliberación, siempre que se satisfagan los tests de las circunstancias. Por eso, siempre y cuando no se produzcan resultados excesivamente perturbadores, siempre que haya un nivel relevante de desacuerdo y cuando la urgencia decisional es manejable, la deliberación debe ser practicada incluso si los efectos potenciales estimados probablemente no se produzcan. Argumenté que, más allá de cierto umbral, después de que los tests de segundo orden se hayan superado satisfactoriamente, las razones intrínsecas superan a las advertencias consecuencialistas. La base prioritaria de la defensa normativa cambia de una categoría de razón a otra. En otras palabras, una vez que el procedimiento está protegido de una repercusión desordenada se vuelve valioso por sí mismo. Ambos tipos de razones, por tanto, están interconectados. La circunstancias reales son las que determinan la prioridad para uno u otro lado de la balanza.

Dicho esto, cuando analizamos una Corte, suponiendo que ya ha cruzado el umbral condicional y ha superado los tests de segundo orden, la dominancia presuntiva de razones intrínsecas no se sigue automáticamente de ahora en adelante. Esa línea de argumentación no se traslada fácilmente al medio institucional sin mayores calificaciones. Las instituciones administran una disyunción entre los tomadores de decisiones y la comunidad política, entre los deliberadores y los espectadores. La defensa normativa abstracta presentada en el capítulo anterior no tomó esta disyunción en cuenta.

Si un régimen político elogia la igualdad de condiciones de sus miembros, el compromiso político, formal o informal, debe respetar las

normas prescritas por el marco conceptual de la deliberación. Ese fue el concepto normativo de legitimidad política que se adoptó en el capítulo anterior. Una interacción interpersonal regulada por esos parámetros reconoce el rango de igualdad de cada individuo, con mayor consideración y simpatía por el punto de vista de cada uno. Probablemente por eso las aserciones clave de muchos demócratas deliberativos se dirigen a la esfera pública informal o a las instituciones formales participativas. En ambos contextos, la genuina deliberación encarna un logro cívico que, cualquiera que sea su consecuencia, es políticamente significativo. Es importante para la identidad de una comunidad política en su conjunto y encarna una ética general de la ciudadanía.

En el momento en que un subgrupo de ciudadanos se convierte en tomadores de decisiones se les otorga autoridad y se les segrega dentro de un cuerpo aristocrático. Como Cortes, agencias administrativas o Parlamentos elegidos<sup>40</sup>, la forma en que interactúan se torna tenue. Ese elemento intrínseco potente no puede ser simplemente transferido en bloque. No, al menos, con su misma fuerza. La brecha entre ciudadanos y jueces no puede ser ignorada. Las Cortes, al igual que la mayoría de las instituciones, desempeñan una función política que tiene un compromiso predominantemente epistémico. El hecho de que los jueces deliberen entre sí no lleva nada auténticamente loable en ese sentido impositivo. Si no por los resultados gratificantes que pueden tener éxito, la deliberación judicial estaría, desde un punto de vista político, más allá. El reconocimiento de la igualdad de los ciudadanos no se traduce, por sí solo, en la deliberación entre jueces.

En consecuencia, antes que cualquier otra cosa, debe haber una deliberación intrainstitucional completa. Los jueces o cualquier otro funcionario encargado de la toma de decisiones no deben deliberar *per se*; deben hacerlo para llegar a los mejores resultados posibles sobre la tarea decisional respectiva que les fue otorgada. El eje de la deliberación judicial es principalmente epistémico. Si esto es cierto, la plausibilidad de la promesa epistémica es una condición necesaria para exigir que los jueces deliberen. Si, a su vez, esta expectativa probabilística es verdaderamente sólida, puede ser posible rescatar, de manera condicional, ese fundamento intrínseco: puesto que la deliberación aumenta las posibilidades de una mejor decisión, su práctica denota consideración por parte de los jueces. Esto será valioso incluso si, finalmente, los jueces no cumplen esa promesa epistémica. Una vez que se acepta que, probabilísticamente, la deliberación es el medio más plausible para alcanzar la mejor respuesta, el mero intento de deliberar tiene un valor en sí mismo.

<sup>40</sup> Igualar los Parlamentos y las Cortes como cuerpos aristocráticos es ciertamente inexacto. A medida que se crea una distinción entre los cuerpos gobernantes y los ciudadanos gobernados, entre los cuerpos formales y la esfera pública informal, se inserta un elemento aristocrático indeleble en un régimen político. Véase MANIN, 1997: 149-150. Sobre la «distancia entre la gente y las decisiones que determina el Derecho» véase WALUCHOW, 2007: 16-18.

En suma, la defensa de una Corte deliberativa se basa en la unión entre las razones independientes de la deliberación de un órgano colegiado y las promesas de la deliberación. Juntos ofrecen ventajas notables sobre las alternativas. Podría decirse que si las razones independientes de la deliberación no eran plausibles, un arreglo *primus inter pares* podría responder igualmente a la llamada a la deliberación. Esta configuración podría retener los aspectos positivos de la deliberación sin disminuir la autoridad. Un gabinete altamente deliberativo con ministros encabezados por un presidente o por un primer ministro, por ejemplo, también podría beneficiarse de la deliberación para tomar las decisiones apropiadas. Un solo juez también podría tener condiciones similares *primus inter pares*: los funcionarios judiciales y los testigos expertos, a su manera, pueden deliberar con él. Un foro deliberativo no tiene que ser rigurosamente colegiado. En un órgano colegiado, todos comparten la misma responsabilidad de decidir y la deliberación no parte de este presupuesto <sup>41</sup>. Sin embargo, aún debe probarse si la asimetría que configura el diálogo en un entorno tan jerárquico como este podría arriesgar la realización de algunas de las promesas de la deliberación, especialmente las epistémicas y las comunitarias.

#### 4. CONCLUSIÓN

Algunos pueden sostener que el Derecho, la decisión judicial y el razonamiento jurídico no están abiertos a la deliberación, ya que estos se asocian con la experiencia, el cierre y el elitismo. Por medio de este estudio he intentado despejar el terreno para esta combinación aparentemente explosiva. La decisión judicial deliberativa sería una contradicción de estos términos. Las teorías fonográficas han mantenido vivo ese mito dañino inspirado en un acuerdo tácito de que los jueces se proponen, quizá sinceramente, no ser creadores de Derecho. Esta línea de pensamiento, a pesar de ser anticuada y obsoleta, es esporádicamente resucitada. Argumenté que, una vez que se elimina esa deplorable visión mecánica, la cuestión de si el Derecho es hospitalario con la deliberación se convierte en una cuestión de grado. El espectro de las razones disponibles para la argumentación jurídica fluctúa según el canon apropiado del argumento mismo. Por muy variable que sea este canon, no hay impedimento para articularlo con la deliberación.

La decisión judicial colegiada, a su vez, no es necesariamente deliberativa. Argumenté, sin embargo, que existe una respetuosa defensa normativa *prima facie* para tal enfoque decisional. Esta defensa comprende los beneficios instrumentales de la deliberación que, con varias calificaciones, siguen siendo plausibles en el contexto de la administración de justicia colegiada y se refuerza con un valor inherente.

<sup>41</sup> La distinción entre interlocutores y tomadores de decisiones como dos tipos de deliberadores la acepta.

## CAPÍTULO III

# DELIBERACIÓN POLÍTICA Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

### 1. INTRODUCCIÓN

No se puede presumir que el juez sea una figura solitaria. De hecho, rara vez el juez es solitario. Esto resulta importante para una teoría de la decisión judicial<sup>1</sup>. La decisión judicial constitucional tampoco es un acto solitario<sup>2</sup>. Sin embargo, el pensamiento contemporáneo parece haber ignorado ampliamente esta característica institucional<sup>3</sup>. La mayoría de teorías siguen siendo indiferentes en relación con si, o hasta qué punto, es aceptable que los órganos colegiados decidan de manera no deliberativa. Esta cuestión no parece haber suscitado investigación.

Esto no quiere decir que las decisiones judiciales unipersonales estén relacionadas con el ideal de la deliberación. Desde una perspectiva diferente, una decisión individual puede seguir algunos estándares deliberativos generales, independientemente de cualquier diálogo interpersonal. La reflexividad no es una característica exclusiva de la interacción grupal, sino más bien un enfoque general del razonamiento práctico<sup>4</sup>. Este último sentido intrapersonal no fue el definido por el

---

<sup>1</sup> Las teorías de la adjudicación para Lewis KORNHAUSER y Lawrence SAGER son «curiosamente incompletas». Y añaden: «La decisión de la apelación es el enfoque común, casi exclusivo, de las teorías de adjudicación. Es, por tanto, esencialmente un proceso grupal, pero las teorías existentes ni explican la naturaleza grupal del proceso ni lo toman en cuenta. “El hecho de la toma de decisiones grupales” debe ser incorporado al análisis» (KORNHAUSER y SAGER, 1986: 82-83).

<sup>2</sup> Algunos sistemas de control de revisión constitucional aceptan que las decisiones monocráticas de primera instancia cuestionen la constitucionalidad de la legislación en un caso concreto, que generalmente se llama control «difuso» en lugar de «concentrado». Este libro, sin embargo, se refiere al control de constitucionalidad de último recurso que es operado por un cuerpo colegiado.

<sup>3</sup> KORNHAUSER y SAGER, 1993. Aharon BARAK también nos recuerda que: «Los académicos no consideran suficientemente el hecho de que el juez a menudo actúa como parte de un panel» (BARAK, 2006: 209).

<sup>4</sup> Es por eso que algunos prefieren evitar el término «deliberativo» y prefieren usar

marco conceptual y no es el objeto de este libro. La colegialidad es un dato cierto en las Cortes Constitucionales y la teoría constitucional debe tener esto en cuenta.

Las consideraciones del capítulo anterior tienen que ser redirigidas a la luz del Derecho constitucional y la decisión judicial en materia constitucional. Este análisis será dividido en tres partes. La segunda sección aborda la naturaleza singular y la especificidad política de la función desempeñada por las Cortes Constitucionales en oposición a las Cortes ordinarias y a los Parlamentos. La tercera sección estudia en qué términos el ideal de la deliberación política ha estado ligado, aunque de manera incompleta, a las Cortes Constitucionales, y, además, diagnostica las carencias en estas conexiones inciertas. En el siguiente capítulo se discutirá de qué manera ese carácter distintivo refuerza la llamada a la deliberación y concebirá los elementos centrales del ideal para el desempeño deliberativo.

## 2. LA SINGULARIDAD DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

«Administrar justicia» resulta ser una etiqueta engañosa para estudiar el quehacer de las Cortes Constitucionales. Este término se refiere a una forma específica de toma de decisiones que usualmente se asocia a la confrontación bilateral de alegatos que informan, a la vez que delimitan, la sentencia emitida por una tercera parte imparcial a la disputa. Como Fuller señaló, el proceso de adopción de una decisión judicial otorga a las partes afectadas una «oportunidad institucionalmente garantizada de presentar pruebas y argumentos en aras de obtener una decisión favorable»<sup>5</sup>.

«Administrar justicia», finalmente, es una expresión inapropiada para tal propósito por razones que se harán claras más adelante. El quehacer de las Cortes Constitucionales es, en el mejor de los casos, *sui generis* en el marco de este patrón de toma de decisiones. Las disputas en ese contexto institucional van más allá de enfrentamientos bilaterales. Incluso cuando el proceso está formalmente estructurado alrededor de un demandante y un demandado, y la Corte ha de pronunciarse en el código binario de constitucionalidad e inconstitucionalidad, estas dicotomías serán periféricas al proceso decisorio mismo. Algunas formalidades y rituales hacen que el quehacer de las Cortes Constitucionales parezca mera administración de justicia. Esta confusión es natural, dado que esa función ha sido en su mayoría operada

---

«discurso» o «conversación» para referirse a este ideal mejorado de democracia. Véase DRYZEK, 1994. «Deliberativo», por sí solo, no especificaría el carácter interpersonal del fenómeno. Robert GOODIN enfatiza este lado «reflexivo interno»: «La deliberación consiste en sopesar las razones a favor y en contra de un curso de acción. En ese sentido, puede y finalmente debe tener lugar dentro de la cabeza de cada individuo» (GOODIN, 2003: 169).

<sup>5</sup> FULLER, 1960: 3.

por «Cortes» conformadas por «jueces», generalmente ubicados dentro de la «rama judicial» y que, en algunos casos, ejercen competencias y tienen responsabilidades judiciales ordinarias. Esta percepción pierde de vista la esencia del trabajo de las Cortes Constitucionales. En estos organismos hay algo distintivo detrás de ese camuflaje.

A partir de ahora adoptaré una expresión más limpia que, si bien no es impecable, al menos libera la función de las Cortes Constitucionales de los significados técnicos que acompañan a la administración de justicia en su sentido estricto. Las Cortes Constitucionales se encargan de operar el control de constitucionalidad de los actos del Congreso<sup>6</sup>. Analizar las funciones y los roles de las Cortes Constitucionales es una investigación más esclarecedora que esforzarse en acomodar su quehacer a cualquier definición a modo de camisa de fuerza. Para los propósitos de este libro, eso sería seguir una ruta de mera distracción. No obstante, se intentará analizar esta función.

Previamente es relevante especificar lo que se asume como estructura institucional de una Corte Constitucional. Este término no se utiliza en sentido técnico ni en el convencional sentido insignificante en que se utiliza por una parte importante de la doctrina<sup>7</sup>. Mi definición es más bien mínima. Una Corte Constitucional tiene tres propiedades institucionales. Primera, se trata de un pequeño órgano colegiado formado por miembros no electos democráticamente y que, por tanto, no están sometidos a la certificación periódica y competitiva como lo hacen otras ramas del poder público. En su lugar, sus jueces son nombrados por medio de distintos métodos políticos. Segunda, la mayoría de las veces no tiene iniciativa directa y está caracterizada por cierta «inercia», ya que los casos son presentados por actores externos, no por iniciativa interna. Se supone que estos dispositivos nutren las condiciones institucionales para un juicio no sesgado. La elección popular de sus miembros y el poder de actuar *ex officio* podrían menguar su imparcialidad. Tercera, tiene el poder de anular los actos del Parlamento en virtud de la supremacía constitucional. Estos son los contornos institucionales que todas las Cortes Constitucionales comparten. La definición anterior tiene un nivel de generalidad que evade cualquier apego a un sistema específico. Este análisis permanece en el nivel general del diseño institucional.

El control de constitucionalidad es diferente tanto para la legislación como para los casos ordinarios desde varias perspectivas. Ahondaré en algunas formas tradicionales de comparar y estable-

<sup>6</sup> ZURN, 2007, también trata de separar la función de la etiqueta y la llama «control constitucional».

<sup>7</sup> Yo equiparo, para los propósitos de este libro, una distinción relevante entre «Cortes supremas» y «Cortes Constitucionales» *sensu stricto*. Las diferencias con respecto al tipo de control de constitucionalidad (difuso y concreto en oposición a concentrado y abstracto) y cómo son situadas en el sistema judicial no son triviales. Sin embargo, utilizo el término «Cortes Constitucionales» en sentido lato. Sus diferencias pueden requerir adaptaciones de mis planteamientos, pero no invalidan el argumento general.

cer distinciones funcionales, así como de delimitar lo que se considera el criterio fundamental para definir la naturaleza del control de constitucionalidad.

La dicotomía entre la creación de la ley y su aplicación implica dos ejercicios distintos que pueden ser comparados: el control de constitucionalidad sería, según un cierto sentido común, más creativo y discrecional que la administración de justicia ordinaria, pero, en todo caso, menos que la legislación. En un espectro polarizado por las dos categorías ideales, el control de constitucionalidad se ubicaría en algún lugar intermedio. Sin embargo, esto es una mera representación algo inexacta de la diferencia esencial que se pretende abordar en esta investigación.

Si se yuxtapone a la administración de justicia ordinaria, ¿qué hay de nuevo en el control de constitucionalidad? Una manera común de responder a esa pregunta apela al carácter abstracto del lenguaje constitucional. Dada la textura abierta del texto que orienta el control de constitucionalidad, además de los conceptos morales y políticos que contiene, la interpretación constitucional se torna en un territorio completamente diferente en el que una cantidad anormal de discrecionalidad tendría lugar. Para resolver casos con base en estos «conceptos esencialmente controversiales»<sup>8</sup>, una Corte Constitucional desarrollaría, de manera inexorable, una actividad constructiva, supuestamente ausente en la administración de justicia ordinaria. El razonamiento silogístico, si bien en absoluto plausible, difícilmente podría aplicarse de la misma manera en el control de constitucionalidad. La Corte está menos limitada por el Derecho y menos restringida por las directrices del sistema legal.

Este contraste entre discrecionalidad sin obstáculos y una aplicación no volitiva del Derecho no permite individualizar el control de constitucionalidad. En verdad, la textura abierta no es una cualidad peculiar del lenguaje constitucional; los conceptos abiertos abundan dentro del sistema legal. La actividad de administrar justicia, fundada o no en la Constitución, no se trata del descubrimiento de significados ocultos impresos en el texto normativo. Dicha actividad comprende, en diferentes grados, voluntad y preferencia justificada<sup>9</sup>.

Podría decirse, al realizarse un análisis más detallado de este contraste, que es una cuestión de énfasis: mientras que el control de constitucionalidad contemplaría este paisaje legal totalmente discrecional, la administración de justicia ordinaria lo haría de manera menos frecuente. A pesar de lo didáctico de este ejemplo, este criterio es repetidamente controvertido por ejemplos contrarios concretos. Los casos difíciles no son exclusivos del control de constitucionalidad ni la administración de justicia ordinaria solo se ocupa de los casos fáci-

<sup>8</sup> Véase GALLIE, 1964.

<sup>9</sup> Para una construcción radical de la administración de justicia neutral véase KENNEDY, 1998.

les<sup>10</sup>. El juez ordinario no solo puede tratar las disputas que le otorgan un amplio margen interpretativo y un gran poder creador de Derecho; también el juez constitucional puede ejercer sus competencias en asuntos meramente legales que no generen controversia alguna. En tales términos, este criterio resulta resbaladizo y se apoya en fronteras inestables. Bajo esta perspectiva se perciben, en ambos escenarios, sombras de actividades no tan diferentes. Si realmente existe alguna diferencia entre ambos, el lenguaje normativo es un criterio muy pobre que permite determinar las especificidad de uno u otro.

También se sostiene comúnmente que las Cortes Constitucionales no se ocupan de resolver disputas mediante la aplicación de la ley a los hechos como la justicia ordinaria, sino más bien de analizar la compatibilidad textual entre dos normas jerárquicamente diferentes (un ejercicio puramente abstracto). En este sentido, la perspectiva de las Cortes Constitucionales es prospectiva, no retrospectiva. Sobre este particular, lo cierto es que existen verdaderas diferencias entre las distintas jurisdicciones. Dadas estas diferencias, lo cierto es que esta perspectiva pierde de vista aquellos sistemas en los que las Cortes ordinarias y los jueces unipersonales se involucran en el razonamiento de tipo constitucional e incluso tienen el poder de desautorizar la aplicación de la ley por su inconstitucionalidad.

La diferencia restante entre la administración de justicia ordinaria y el quehacer de las Cortes Constitucionales en un sistema de control difuso de constitucionalidad es el alcance y el efecto de la decisión: la decisión de la Corte ordinaria afecta solo a las partes del caso *inter partes*, mientras que la decisión de la Corte Constitucional es válida *erga omnes* y prácticamente elimina la ley del ordenamiento jurídico<sup>11</sup>. Esto

<sup>10</sup> Para Ronald DWORKIN, no es la textura abierta *per se* lo que tipifica los casos constitucionales difíciles, sino más bien la división política especial del lenguaje constitucional, en oposición al carácter relativo técnico o menos polémico del lenguaje reglamentario ordinario. De nuevo, aunque sea estéticamente preciso, este criterio todavía debe enfrentar contraejemplos (DWORKIN, 2004: 80).

<sup>11</sup> Como inevitablemente ocurre con la teoría de nivel medio, las excepciones a la regla general o a los denominadores mínimos que supongo deben obtenerse universalmente pueden existir y traicionar esas suposiciones. Estas excepciones pueden ser más o menos importantes para el argumento que desarrollo. Esta asociación entre, por un lado, el control concentrado y el efecto *erga omnes*, y, por otro, el control difuso y el efecto *intra partes*, puede resultar falsa o relativa en algunos casos. Tres ejemplos recientes en Estados Unidos muestran el impacto potencialmente mayor de las decisiones de los jueces de distrito: *Perry v. Schwarzenegger*, decisión en la cual el juez federal del distrito Vaughn Walker invalidó la Proposición 8, que prohibió el matrimonio homosexual en el Estado de California (4 de agosto de 2010); *Log Cabin Republicans v. United States of America*, caso en que la jueza federal del distrito Virginia Philips emitió un mandato que prohíbe la aplicación de la infame política «No preguntes, no digas» contra personas abiertamente homosexuales en el ejército de Estados Unidos (12 de octubre de 2010); *Cuccinelli v. Sebelus*, caso en el que el juez de distrito Henry Hudson dictaminó que parte del plan de salud (a saber, el requisito de que las personas tengan seguro) no era consensual (13 de diciembre de 2010). En Brasil, el juez federal Julier Sebastiao da Silva impulsó la creación de la política de «Visita a Brasil» ordenando a los funcionarios de inmigración de todos los aeropuertos internacionales brasileños dispensar a los estadounidenses que llegan, en nombre de la reciprocidad, los mismos procedimientos

abre una perspectiva más prometedora para diferenciar finalmente ambas iniciativas. Declarar la inconstitucionalidad de la legislación o determinar las opciones hermenéuticas conforme a la Constitución son competencias que implican un poder político potencialmente elevado y acarrear importantes repercusiones que son incomparablemente más profundas. El voltaje político de este tipo de casos requiere sensibilidad política para anticipar las distintas reacciones y, en atención a ello, modular la decisión.

El criterio lingüístico sugerido anteriormente como parámetro diferenciador es débil y poco convincente, pero la distinción entre los diferentes tipos de impacto de la decisión es, de hecho, crucial. Sin embargo, ello no agota este análisis. Antes de continuar con el mismo, la comparación entre la actividad de las Cortes Constitucionales y la de los Parlamentos puede iluminar al respecto. La actividad de las Cortes Constitucionales tiende a ser asociada con la legislación. Kelsen sostuvo que la Corte, al cancelar la validez de la ley por su incompatibilidad con la Constitución, estaría legislando en un sentido negativo. Más adelante él mismo admitió que también había un elemento inevitable de la legislación positiva en el quehacer de estos órganos<sup>12</sup>. El carácter potencial de creación de Derecho en estos órganos se ha ido aclarando gradualmente a medida que los mismos comenzaron a imponer límites interpretativos más estrictos a los Parlamentos. Incluso la idea comprometedora de «legislación intersticial»<sup>13</sup>, sugerida por Holmes, se convirtió en irreal. Una declaración judicial de inconstitucionalidad configura, en su mayor parte, el significado de la Constitución. Dicha declaración delinea los perímetros de la futura legislación para que el legislador cumpla con las directrices de la Corte.

La legislación, en sentido abstracto, no es una categoría suficientemente clara como para distinguir las funciones de ambas instituciones<sup>14</sup>. Las diferencias sustanciales no pueden ser ignoradas. Los legisladores crean las leyes en un sentido muy preciso, ya que promulgan regulaciones abstractas. En cambio, las Cortes actúan caso por caso por medio de infusiones fragmentadas en el sistema legal. Las Cortes

---

de identificación rigurosos a los cuales los brasileños han sido sometidos en los aeropuertos estadounidenses debido a las políticas antiterroristas posteriores al 11 de septiembre (1 de enero de 2004). Además, se pueden invocar otros tecnicismos para diferenciar las formas formales de «eliminar el estatuto del sistema legal». La Corte Suprema de Estados Unidos lo hace por medio de *stare decisis*, sin que esté previsto en los estatutos, mientras que la mayoría de los sistemas continentales lo hacen anulando realmente un estatuto. Esta diferencia técnica no tiene importancia práctica en este libro.

<sup>12</sup> Kelsen, 1931 y, especialmente, 1942.

<sup>13</sup> Juez Holmes, opinión disidente en *S. Pac. Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 221 (1917).

<sup>14</sup> Ya es un lugar común que las Cortes Constitucionales legislan en un sentido específico. Muchos autores comparten esa percepción. Véase FEREJOHN, 2008: 204. Alec STONE-SWEET también señala «cómo las Cortes Constitucionales, lejos de ejercer un veto simple a la legislación "inmediata, directa y negativa", también legislan en sentido positivo "prospectiva, indirecta y creativa"» (STONE-SWEET, 2000: 73).

tendrían así un poder creador de Derecho incremental y usualmente menos perceptible: lo hacen en dosis leves, no de manera extensa; en polémicas concretas y definidas, no en paquetes legislativos amplísimos<sup>15</sup>. Además, los legisladores pueden ser proactivos y pueden trabajar de oficio, mientras que las Cortes son principalmente reactivas y no pueden gobernar su propia agenda (incluso cuando puedan delimitarla por medio de algún filtro)<sup>16</sup>.

A pesar de importantes diferencias estructurales, ambos comparten de manera dinámica un rol de agentes creadores de Derecho<sup>17</sup>. Ambos se pueden ver, por así decirlo, como *colegisladores*. Esta conclusión apunta a un entendimiento institucional excéntrico y revelador, ya que deja ver una división turbulenta del trabajo dentro de la separación de poderes. Sin embargo, el hecho curioso de su redundancia funcional no los convierte en equivalentes institucionales. Sus peculiaridades estructurales y procedimentales forjan contextos decisorios marcadamente diferentes: divergen en sus capacidades epistémicas, su valor simbólico, su capital político y su ritmo decisional. Su coexistencia, a pesar de la superposición funcional, se puede justificar sobre la base de sus diversos diseños: dos instituciones deben participar de una función análoga siempre que algo valioso se esconda detrás de su interacción. Existen razones históricas y teóricas para ello que están articuladas por la lógica de los frenos y contrapesos y en la supremacía constitucional. La siguiente sección esboza esta lógica para resumir la doctrina pertinente para esta investigación.

Hasta el momento se ha sostenido que el control de constitucionalidad se desvía de la administración de justicia ordinaria principalmente por su impacto y por la consiguiente susceptibilidad política que una Corte Constitucional necesita desarrollar. Debido tanto al contexto político como a la complejidad de sus casos, las Cortes Constitucionales enfrentan restricciones que son diferentes a aquellas propias de las Cortes ordinarias. Esto no quiere decir que, como se señaló al principio, la fraseología de los principios normativos que rige la discrecionalidad de las Cortes Constitucionales no tiene importancia para distinguirlas de las Cortes ordinarias. Los términos equívocos y polémicos, de hecho, abundan en las Constituciones modernas. Cuanto más objetivo sea el lenguaje normativo, se podría señalar que la Corte tendería a inmiscuirse menos en los matorrales políticos. Estadísticamente, tal vez el ángulo lingüístico puede explicar por qué las Cortes Constitucionales, más que las ordinarias, están investidas de una discreción de gran alcance. Sin embargo, este ángulo es aún demasiado propenso

<sup>15</sup> Wil WALUCHOW se basó en gran medida en este criterio, caso por caso, del control constitucional.

<sup>16</sup> Como el escrito de *certiorari* en la Corte Suprema de Estados Unidos.

<sup>17</sup> Históricamente, la «materialización» de la ley por medio de las políticas de bienestar se considera una causa crucial de la ruptura de la distinción liberal entre legislación y adjudicación. Véase HABERMAS, 1996: capítulo 5. Sin embargo, en el ámbito del control de constitucionalidad esta zona gris ha quedado clara mucho antes.

a los errores para realizar dicho contraste. Por otra parte, reducir el control de constitucionalidad a la mera política, como a un choque de fuerzas, también pierde de vista el eje central de la cuestión y no permite responder a la pregunta sobre su propia naturaleza. Es posible afirmar que tal perspectiva «capta correctamente los árboles, pero todavía ignora el bosque».

Dejando a un lado las diferencias en las consecuencias y las variaciones de diseño, las Cortes Constitucionales y los Parlamentos tienen, al menos parcialmente<sup>18</sup>, un rol muy similar. Una idea generalizada podría señalar que la Corte, en oposición al Parlamento, tiene la responsabilidad exclusiva de garantizar la supremacía de la Constitución. Esta declaración describiría esa función en un marco estrictamente formalista, relacionado con la jerarquía normativa más que con su contenido. Por otra parte, una comprensión sustancial se aparta en gran medida de este sentido común, pues plantea una percepción menos estricta que percibiría que las Cortes Constitucionales no se dedican simplemente a crear Derecho sin más, sino que en ellas opera un tipo único de creación normativa, el cual se encuentra en las fronteras de la política. No obstante, esta idea requiere una formulación cuidadosa.

Morris Cohen, refiriéndose a su ataque a la teoría fonográfica, argumentó que: «Nuestras Cortes Constitucionales son convenciones o acuerdos constitucionales continuos, excepto que su decisión no necesita la ratificación por el pueblo»<sup>19</sup>. «Las convenciones constitucionales continuas» es una frase gráfica para encapsular el peso de esa función de decisión y el significado más profundo de su faceta política, pero quizá deviene en mero sensacionalismo retórico, con lo cual se frustra su claridad conceptual.

En otras palabras, el control de constitucionalidad es una técnica institucional para poner en movimiento permanente la «función metapolítica» del constitucionalismo de «constituir el cuerpo político», en los términos de Walker<sup>20</sup>. Puede ser que, según las variaciones de cada sistema de control de constitucionalidad, una Corte no desempeñe esta función constitutiva de amplio alcance todo el tiempo. Los textos de las Constituciones modernas contienen varias disposiciones que no pertenecen a ninguna noción plausible de «constitución material», pero pueden servir como base para el control constitucional de la legislación.

Por tanto, una noción de constitución material es indispensable para detectar cuándo las Cortes Constitucionales y los Parlamentos están llevando a cabo esta función constitutiva compleja o cuándo

---

<sup>18</sup> Mientras que las Cortes Constitucionales pueden acumular funciones ordinarias, los Parlamentos a menudo pasan la mayor parte del tiempo lidiando con asuntos legislativos de naturaleza no constitucional.

<sup>19</sup> COHEN, 1915: 484.

<sup>20</sup> WALKER, 2009: 8.

pueden estar implicados en el giro ordinario de la política. Una Constitución material no solo empodera y limita a las instituciones gubernamentales y a sus funcionarios, no solo habilita e inhabilita a los individuos en la realización de sus vidas públicas y privadas, sino que, al hacer todo eso, sienta los cimientos de la identidad colectiva de una comunidad política. Una Constitución moldea el gobierno y, por tanto, influye en las decisiones sobre políticas públicas.

¿Cómo pueden las Cortes Constitucionales, por medio de la producción de normas, afectar la Constitución material? Se necesita una precisión conceptual para clasificar la calidad de producción de normas. En las Cortes Constitucionales, dicha producción de normas puede ser innovadora, pero no es ilimitada. Entiendo que la producción de normas en las Cortes Constitucionales comprende cinco fenómenos gradualmente más amplios y políticamente más estrictos: creación normativa como interpretación, para llenar el vacío semántico del texto constitucional; como transformación, al cambiar los significados consolidados de los asentamientos pasados; como invención, creando una disposición que está fuera de las fronteras semánticas del texto, pero sin perturbar la estructura constitucional básica<sup>21</sup>; como enmienda, reformando el propio texto constitucional, y como una refundación, al inaugurar una nueva forma de organización política.

Sería demasiado exagerado afirmar que una Corte Constitucional altera la decisión política fundadora que se esconde tras el texto constitucional, pues debería entenderse que una Corte no puede transfigurar el «tipo y la forma de la existencia política», como Schmitt definió la Constitución<sup>22</sup>. El control de constitucionalidad es un poder constituido, no un acto de voluntad política arbitraria, independiente o previa a cualquier contexto normativo. Si bien es cierto que la Corte Constitucional se involucra en una especie de creación normativa constitucional, también es preciso reconocer que esta no tiene una gran notabilidad ni tampoco enmienda el propio texto constitucional. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional comparada está llena de ejemplos de los otros tres fenómenos. Al intercambiar, aumentar o disminuir el significado práctico de los conceptos fundamentales, se promueven reconfiguraciones sutiles y no textuales del Derecho constitucional que de manera inevitable impactan los bordes del «tipo y forma de existencia política» adoptados en la Constitución. Si esto puede denominarse propiamente in-

<sup>21</sup> En la doctrina del Derecho constitucional convencional, la «interpretación» es el único concepto aceptable y en ocasiones puede comprender la idea de «transformación», pero difícilmente la de «invención».

<sup>22</sup> Véase SCHMITT, 2008: 125 y 130. De la misma forma en que SCHMITT distingue la Constitución del Derecho constitucional, es posible conceptualizar actos de «constitución de decisiones» y de «elaboración de Derecho constitucional». Es principalmente con este último que se refiere a una Corte Constitucional. Sin embargo, en la medida en que haya interconexiones entre el Derecho constitucional y la Constitución así definida, el control de constitucionalidad también tendrá un impacto en la segunda.

interpretación<sup>23</sup>, transformación<sup>24</sup> o invención<sup>25</sup>, y en qué medida esto es «constitutivo» o no, será una cuestión controvertida, pero, en todo caso, las categorías ayudan a graduar matices innegables.

La Corte no está delimitando los márgenes de la política por sí sola y tampoco es libre de reinventar la identidad política desde sus bases. No solo se enfrenta a límites legales, sino también a límites políticos, en el sentido propuesto por Schmitt. Sin embargo, la Corte está a cargo de la demarcación rutinaria del significado del proyecto constitucional. La Corte Constitucional habla en nombre y en relación con toda la comunidad política, no solo hacia un número limitado de litigantes. La Corte Constitucional no solo se ocupa de los asuntos políticos cotidianos de la comunidad, sino del propio carácter de dicha comunidad. Sin embargo, su función está lejos de abarcar todo y ejercer una suerte de poder ilimitado en el momento crítico señalado por Schmitt.

Los casos constitucionales difíciles son cualitativamente diferentes de los casos difíciles ordinarios no necesariamente por razones jurídicas, sino debido a la política. La política, justamente en este caso, debe ser cualificada. Ello abarca no solo la dimensión de lucha por el poder y el matiz de la *realidad política* que rodea a la Corte y con la que debe convivir, sino también la trascendencia comunitaria de la resignificación de la Constitución. Por tanto, la Corte no es solo una fuerza política que juzga su fuerza y separa de esta a sus aliados y adversarios, sino que es, ante todo, un *coartífice* de lo político.

Esta línea de pensamiento también hace eco del influyente concepto de Ackerman acerca del «momento constitucional», que le ayudó a narrar el desarrollo constitucional estadounidense, a desacreditar el mito de su continuidad constitucional y a defender normativamente la idea de una democracia dualista<sup>26</sup>. Los momentos consti-

<sup>23</sup> Corte Constitucional de Sudáfrica, caso *Grootboom: Gobierno de la República de Sudáfrica Ors v. Grootboom Ors*, 2000 (ii) BCLR 1169. Este es un caso histórico de derechos sociales en el que la Corte Constitucional de Sudáfrica, con base en el art. 26 de la Constitución, reconoció el derecho de una persona a exigirle al Estado que actúe razonablemente al desarrollar una política de vivienda.

<sup>24</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Este es un buen ejemplo de cuando la interpretación también conduce a la transformación: la inversión de *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), que aceptó la constitucionalidad de la doctrina «separados pero iguales».

<sup>25</sup> Corte Suprema de Canadá, *Reference Re Secession of Quebec* [1998], 2 S.C.R. 217. La Corte Suprema de Canadá reconoció el derecho de secesión a pesar de la falta de una disposición constitucional remotamente clara. Véase CHOUHRY, 2008.

<sup>26</sup> Una democracia dualista se caracteriza por la alternancia entre dos momentos cualitativamente diferentes de importancia política: en tiempos de «política normal», el «pueblo» se concentra en sus asuntos privados y las decisiones colectivas son tomadas por los políticos elegidos básicamente para coordinar el interés propio; en tiempos de «polilíneas constitucionales», la gente despierta al bien común y lidera cambios de compromiso cívico excepcional y calidad deliberativa. El papel de la Corte Suprema, en este marco, es proteger la voz de las personas manifestadas en tales «momentos constitucionales». Para Bruce ACKERMAN, en la historia de Estados Unidos fueron tres: los periodos de la Fundación, la Reconstrucción y el New Deal (ACKERMAN, 1984 y 1995).

tucionales son eventos intensos de movilización cívica que conducen al cambio constitucional sin una enmienda o reforma constitucional formal. La Constitución muta eludiendo el correspondiente procedimiento de reforma constitucional. Por una parte, la Corte Suprema de Estados Unidos puede ser, para Ackerman, una protagonista legitimista de tal proceso al reconocer la calidad deliberativa del compromiso cívico que propicia tal modificación. Para Choudhry, estos momentos representan «actos inconstitucionales de creación constitucional». El caso de la Secesión de Quebec, decidido por la Corte Suprema de Canadá, ofrece un ejemplo inigualable de un acto que, para él, equivalía a «enmendar la Constitución canadiense de manera extralegal bajo la apariencia de una interpretación constitucional»<sup>27</sup>.

Sin embargo, el concepto proporciona una buena aproximación a la propia naturaleza y al alcance potencial del control de constitucionalidad. En la versión de Ackerman, los momentos constitucionales reales son raros y extraordinarios, pero las propiedades básicas de estos «eventos constitucionales gruesos» no necesitan ser tan estrictamente selectivas<sup>28</sup>. Es posible que el «proceso de enmienda extratextual sea continuo», «más fluido que esporádico»<sup>29</sup>. El Parlamento y las Cortes Constitucionales oscilan permanentemente entre «cuestiones generativas de la política» y «cuestiones sobre el programa de las políticas»<sup>30</sup> que no son fácilmente distinguibles. Ampliando la noción de actuación constitucional para abarcar estos eventos aparentemente ordinarios de creación normativa y apartándose de lo demasiado exigente que resulta la participación deliberativa de la esfera pública que Ackerman enuncia, puede darnos más elementos para percibir mejor los cambios sutiles en las fronteras inconstantes de lo político y observar cómo la Corte participa en este escenario.

Cualquiera que sea la expresión alternativa que parezca más plausible y veraz para referirse a las Cortes Constitucionales como una «tercera cámara legislativa», un «poder constituyente derivado» o un «subordinado a la divinidad constitucional», el aspecto llamativo es que interactúan con los electos congresistas en un proceso legislativo dinámico y superior de creación normativa que trasciende los muros de las legislaturas. Asimismo, su actividad no se adapta a las nociones rígidas de la legislación o de la administración de justicia de manera sencilla. Deseable o no, el control de constitucionalidad es, en relación con el Parlamento, un test exógeno con atributos constitucionales de creación normativa<sup>31</sup>. Sin embargo, no debe exagerarse el alcance de

<sup>27</sup> CHOUDHRY, 2008: 229 y 198.

<sup>28</sup> WALKER, 2003: 8.

<sup>29</sup> SCHAUER, 1992: 1194 y 1195.

<sup>30</sup> WALKER, 2003: 3.

<sup>31</sup> Se puede recordar que el Consejo Constituyente francés es más bien un control endógeno del proceso legislativo. Sin importar cuán preciso pueda ser y a pesar de las calificaciones con respecto al modelo francés, el hecho es que opera una revisión de la decisión del Parlamento elegido.

este test exógeno, que opera bajo consideraciones significativas. Los intentos de demarcar rigurosamente el ámbito del control de constitucionalidad de aquel propio de la legislación sobre la base de la dicotomía «creación de normas y aplicación de normas» se deslizan por las manos del observador. El control de constitucionalidad desempeña una función revisora que puede distinguirse de la actividad del legislativo solo en términos temporales y estructurales más que funcionales.

Si asimilamos el Derecho constitucional a «la combinación de cánones textuales, casos interpretativos y entendimientos políticos», la Corte Constitucional está obviamente participando en su elaboración<sup>32</sup>. Pues, dependiendo de las circunstancias políticas, una Corte Constitucional puede participar en decisiones constitucionales de bajo o alto calibre. Ahora bien, si esto es o no justificado es una cuestión diferente. Este libro abordará esa cuestión partiendo de la idea del desempeño deliberativo como una medida de legitimidad comparativa. Hasta ahora, simplemente reconocí el poder de creación normativa propio de las Cortes como un hecho extendido, en diferentes grados, sobre las democracias constitucionales contemporáneas. El paso de lo analítico a lo normativo aún no se ha realizado.

### 3. LA CONCEPCIÓN DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES COMO INSTITUCIONES DELIBERATIVAS

Las fricciones políticas entre los Parlamentos y las Cortes no nacieron en suelo norteamericano propiamente con el advenimiento del control de constitucionalidad de la legislación a principios del siglo XIX. Las crónicas del moderno Estado de Derecho muestran que sus orígenes se remontan muchos años atrás<sup>33</sup>. Tampoco estas discusiones se han formulado siempre en la perspectiva de la legitimidad democrática de un órgano no elegido con la competencia legal para anular los actos de un órgano elegido.

Sin embargo, el surgimiento del control de constitucionalidad, y especialmente su gradual expansión en el tiempo, ha dramatizado significativamente esa tensión histórica. Estos interrogantes resonaron en la teoría constitucional y desencadenaron nuevos tipos de preguntas inspiradas en el ideal democrático. Lo que originalmente era una característica estadounidense, más tarde en el siglo XX se convirtió en una característica multinacional por medio del florecimiento

<sup>32</sup> Véase SCHAUER, 1992: 1189.

<sup>33</sup> Algunas marcas históricas de los mismos se mencionan en términos generales. Una clásica se atribuye al juez Edward Coke, quien, antes de la Gloriosa Revolución inglesa de 1688, estableció la doctrina de la supremacía de la ley común sobre la ley estatutaria (*caso Bonham*). Esta doctrina reverberó en las colonias inglesas con anterioridad a la independencia en América del Norte para enfrentar a los Parlamentos coloniales y también, después de la independencia, para contrarrestar las asambleas legislativas de los estados activistas bajo el temor del despotismo mayoritario. Véanse GARGARELLA, 1996: 17, y THAYER, 1893: 139.

de las Cortes Constitucionales y la judicialización de la política en las democracias occidentales.

La genealogía del control constitucional tiene tres protagonistas principales: Hamilton, quien delineó los fundamentos del control de constitucionalidad años antes de que este fuera ejercido<sup>34</sup>; el juez Marshall, quien derivó ese poder de lo que entendía como una lógica implícita de la Constitución<sup>35</sup>, y Kelsen, quien desarrolló una teoría general e inspiró la creación de un nuevo modelo de control de constitucionalidad en Austria<sup>36</sup>. Los tres se ocuparon de institucionalizar la supremacía de la Constitución y el núcleo de sus planteamientos era básicamente el mismo: la validez de una ley o regulación depende de su compatibilidad directa con la Constitución; los jueces se encargan de aplicar la Constitución y, por tanto, están autorizados a inaplicar las leyes o regulaciones que sean inconstitucionales. Sin esta agencia externa extraparlamentaria, la supremacía constitucional no se garantizaría y el Parlamento sería libre de enmendar la Constitución bajo el disfraz formal de la legislación ordinaria.

La supuesta necesidad lógica del control de constitucionalidad se propagó sin amplia argumentación teórica. La falacia de su racionalización se evidenció mucho más tarde<sup>37</sup>. Además de su solidez lógica, la existencia de una institución debe fundarse en otro tipo de razones. La conveniencia del control de constitucionalidad se consolidó históricamente, si bien no como producto de una inferencia lógica, sí como un «edificio de prudencia política liberal»<sup>38</sup>. En esta modesta versión, el control de constitucionalidad es un mal necesario que se debe tolerar para la autoprotección de la comunidad contra los abusos de poder.

Esta postura prudencial de ninguna manera cierra el debate. La controversia sobre la legitimidad democrática de la existencia del control constitucional y sobre el alcance válido de su ejercicio ha sido desde entonces intensa en Estados Unidos. Primero, Thayer y, décadas más tarde, Bickel abordaron esta preocupación de la manera más notoria. El temor a la «debilitación democrática»<sup>39</sup>, para el primero,

<sup>34</sup> Como dijo Alexander HAMILTON: «Ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto sería afirmar que [...] los representantes del pueblo son superiores a las personas mismas [...]. Es mucho más racional suponer que los tribunales fueron diseñados para ser un cuerpo intermedio entre la gente y la legislatura» (HAMILTON, MADISON y JAY, 2003: 379). Véase también BRUTUS, XII: 507.

<sup>35</sup> Véase *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

<sup>36</sup> Véanse KELSEN, 1931, y NINO, 1996: 187.

<sup>37</sup> Para un análisis exhaustivo de la falacia detrás de los argumentos de MARSHALL y KELSEN, debido a la fusión entre dos concepciones diferentes de validez legal, véase NINO, 1996: 193. Para una descripción histórica del legado de *Marbury vs. Madison* véase NELSON, 2000.

<sup>38</sup> Estas son las palabras de MICHELMAN, 1999: 135. Dieter GRIMM comparte esta opinión. Para él, el punto del control de constitucionalidad «no es uno de los principios, sino uno de la pragmática» (GRIMM, 2000: 105).

<sup>39</sup> THAYER, 1893.

y la molestia causada por la «dificultad contramayoritaria»<sup>40</sup>, para el segundo, proporcionaron lemas llamativos fundados en la arraigada concepción jacksoniana de la democracia que persevera en parte en la mentalidad política estadounidense.

Esta postura populista de la democracia no fue enteramente adoptada por los ciclos posteriores de desarrollos constitucionales en las democracias occidentales. Las Cortes Constitucionales creadas por los regímenes constitucionales de la posguerra, posfascistas o poscomunistas, no fueron vistas como «instituciones desviadas»<sup>41</sup>. Tampoco la «dificultad contramayoritaria» estuvo presente en la creación de estas Cortes. No obstante, no es posible asumir que la justificación teórica de las Cortes Constitucionales es pacífica o que estas Cortes de la posguerra no se enfrentaban a desafíos semejantes en su funcionamiento cotidiano. La discusión está, entonces, lejos de cerrarse.

Los defensores del control de constitucionalidad sobre la legislación a menudo lo conciben como un mecanismo reconciliador del constitucionalismo (liberal) y de la democracia (representativa)<sup>42</sup>. El control de constitucionalidad sería, así, un compromiso institucional que reconoce la prioridad de lo correcto sobre lo bueno<sup>43</sup>, o la cooriginalidad de los derechos individuales y la soberanía popular<sup>44</sup>. El control de constitucionalidad institucionalizaría la irreductible tensión entre los procedimientos y los resultados en el marco del concepto de legitimidad política, y reconoce que el respaldo electoral no es siempre una razón suficiente para la supremacía decisional en una democracia.

Las variaciones de esta idea abundan, pero no existe ninguna, hasta ahora, que conecte las Cortes Constitucionales con la deliberación. De hecho, los defensores de la deliberación guardan sospechas de las perspectivas deliberativas de las Cortes. Para Gutmann y Thompson, por ejemplo, la cuestión de si la protección de los derechos debe atribuirse a las Cortes es más empírica que orientada por principios y, en todo caso, requiere mayores evidencias concretas de las que se han podido ofrecer. Su teoría de la democracia deliberativa no pretende encontrar, en ningún caso, la «provincia primaria de la deliberación», sino extender los foros de la deliberación tanto como sea apropiado. Las Cortes pueden ser uno de estos foros, pero difícilmente los principales<sup>45</sup>. Los promotores de la deliberación deben mirar indudable-

<sup>40</sup> BICKEL, 1961: 16-18.

<sup>41</sup> Otra expresión de BICKEL, 1961: 18. Sobre los ciclos del constitucionalismo véase GRIMM, 2000.

<sup>42</sup> O, en palabras de Dieter GRIMM, como una «finalización necesaria del constitucionalismo» (GRIMM, 2009: 23).

<sup>43</sup> Véase RAWLS, 1917: 31.

<sup>44</sup> Véase HABERMAS, 1996.

<sup>45</sup> Como afirman estos autores: «Relegar la política de principios al poder judicial sería dejar la mayoría de la política sin principios» (GUTMANN y THOMPSON, 1996: 46).

mente más allá de «la sala de la Corte» si se espera que la calidad de la democracia mejore en esa dirección <sup>46</sup>.

Los demócratas deliberativos se resisten a poner demasiado peso en las Cortes habida cuenta de su carácter elitista. Asumen esta postura porque parten del código supuestamente restrictivo que configura las habilidades argumentativas de este foro. Las Cortes estarían esposadas por los estrictos vectores del lenguaje jurídico. Nada podría estar más en desacuerdo con la apertura del ideal deliberativo que dicha limitación. Waldron, Glendon, Zurn y otros han expresado sus dudas acerca de las posibilidades de la argumentación jurídica para abarcar consideraciones morales más profundas <sup>47</sup>. En este sentido, el discurso judicial sería legalista y miope; una mera distracción del asunto de lo que realmente es importante. Sus patrones de razonamiento les impedirían a los jueces apreciar, en toda su dimensión, lo que está en juego. Su deber profesional de tener en cuenta los referentes legales implicaría perjudicar la deliberación directa. La operación del Derecho simplemente no concuerda con las aspiraciones transformadoras a las que la deliberación política debe ser permeable <sup>48</sup>. Esta preocupación es grave, pero no puede ser generalizada, de manera apresurada, como una característica inevitable o universal de las Cortes Constitucionales <sup>49</sup>. Además, esta consideración tiene muy poca evidencia en el Derecho comparado y, por lo general, se basa en la experiencia de la Suprema Corte de Estados Unidos <sup>50</sup>.

### 3.1. Las Cortes Constitucionales como «guardianas» de la deliberación pública

Este enunciado no implica que ningún deliberador conciba el control de constitucionalidad en el marco de una democracia deliberativa, ya que, de hecho, muchos lo hacen. Pese a las dudas y reservas a aceptar cualquier tipo de relevancia de la deliberación en el proceso de control de constitucionalidad, esta encontraría un lugar al menos tras las bambalinas de esta institución. Habermas, por ejemplo, solicita a la Corte que asegure la «autodeterminación deliberativa» del proceso de creación del Derecho y que evalúe si el proceso legislativo

<sup>46</sup> *Ibid.*: 47.

<sup>47</sup> Véanse WALDRON, 2006a, 2006b, 2009a y 2009b; GLENDON, 1993, y ZURN, 2007.

<sup>48</sup> El capítulo VII presenta una concepción mínima del Derecho constitucional que atenúa tentativamente esta característica del razonamiento constitucional.

<sup>49</sup> Mattias KUMM, por ejemplo, rechaza esta generalización al mostrar cómo el «paradigma racional de los derechos humanos» empleado por varios tribunales europeos evita esta trampa legalista (KUMM, 2007).

<sup>50</sup> GLENDON reconoce explícitamente que la Corte Suprema de Estados Unidos adopta un «dialecto» peculiar del lenguaje de los derechos que no se reproduce necesariamente en ninguna otra parte. Las afirmaciones de WALDRON y ZURN, por otro lado, parecen tener un alcance más general, a pesar de invocar casi solo ejemplos de Estados Unidos.

se emprendió bajo circunstancias deliberativas decentes<sup>51</sup>. En su opinión, la Corte necesita mediar entre el ideal republicano y las prácticas degradadas de la política real. La Corte es, así, un tutor que garantiza los adecuados canales procesales para las decisiones colectivas racionales más que un regente paternalista que define el contenido de esas elecciones. La Corte no sustituye los juicios morales propios del legislador, sino que investiga el entorno procesal bajo el cual se formaron estos juicios<sup>52</sup>. Zurn reproduce, en gran parte, esta justificación, reservando un espacio para el control de constitucionalidad dentro de su «versión procesalista del constitucionalismo democrático deliberativo». Él acepta una agencia externa para hacer cumplir los procedimientos, pero, al igual que Habermas, se niega a concederle a la Corte la competencia para tomar elecciones morales sustantivas. La Corte no sería una cuestionadora del Parlamento, sino que solo se aseguraría de que este órgano tenga un buen funcionamiento. Su noción de «procedimiento», sin embargo, es robusta y la medida en que se separa exitosamente de la esencia sigue siendo una pregunta abierta<sup>53</sup>.

Nino y Sunstein, a su manera, juegan al unísono con esta lógica. Nino no duda de que una Corte Constitucional es un cuerpo aristocrático ni de la asunción según la cual cualquier tipo de defensa de la superioridad judicial para garantizar derechos evoca el «elitismo epistémico»<sup>54</sup>. Sin embargo, acepta que la creencia en el valor de la democracia presupone ciertas condiciones. Las excepciones a la preferencia por defecto de los procesos mayoritarios constituyen el mandato de las Cortes y son de tres tipos: primero, la Corte debe trazar la línea entre los derechos *a priori* y *a posteriori*, y proteger a los primeros si la verdadera deliberación democrática se siguiese. Segundo, en nombre de la autonomía personal, la Corte debe anular la legislación perfeccionista que sobrepasa el dominio de la moralidad intersubjetiva y establece un ideal de excelencia humana. Finalmente, la Corte debe preservar la Constitución como una práctica social estabilizada ante los intentos de rupturas abruptas<sup>55</sup>.

Sunstein también defiende que la Suprema Corte tiene un papel que desempeñar en el mantenimiento de la «república de razones», con la que, según él, la Constitución americana se ha comprometido. Su consejo de «dejar las cosas sin decidir» por medio de una estrategia minimalista para encender la deliberación más amplia por parte

<sup>51</sup> Véase HABERMAS, 1996: capítulo 6.

<sup>52</sup> HABERMAS está complementando y puliendo el argumento clásico presentado por ELY dos décadas antes. Para ELY, la Corte debe restringirse a un rol de «refuerzo de la representación», que definió como nada más que la protección de la libertad de expresión, el derecho a la no discriminación y a votar libremente. Véase ELY, 1977. Véase también DA SILVA y MENDES, 2008.

<sup>53</sup> Ronald DWORKIN una vez objetó los intentos pioneros de ELY de encontrar una «ruta desde la sustancia» (DWORKIN, 1985: 58).

<sup>54</sup> NINO, 1996: 188.

<sup>55</sup> *Ibid.*: 199-205.

de la ciudadanía es la parte más conocida de su relato. La parte menos conocida es su complemento: cuando están en juego «las condiciones previas para el autogobierno democrático», el enfoque maximalista es, según él, el adecuado<sup>56</sup>. En algunas circunstancias, en lugar de elaborar «acuerdos incompletamente teorizados», la Corte debe buscar acuerdos completos<sup>57</sup>. Sin embargo, Sunstein supone que el costo del maximalismo es el consiguiente empobrecimiento de la deliberación en la esfera pública con respecto a estos asuntos judicialmente descubiertos y decididos.

### 3.2. Las Cortes Constitucionales como razonadoras públicas e interlocutores

Existen tres maneras más exactas de relacionar a las Cortes Constitucionales con la deliberación. Están relacionadas con los imaginarios enunciados en la introducción del libro. En lugar de ser un simple custodio de los procesos deliberativos democráticos, la Corte puede ser un participante más intrusivo de la deliberación de la sociedad, ya sea como «un razonador público», como «un interlocutor» o como «un deliberador» mismo. El razonador público y el interlocutor proporcionan razones públicas para la audiencia externa. Ambos planteamientos ignoran cómo los jueces se comportan internamente y dejan de lado si han negociado o agregado posiciones individuales para llegar a un consenso común. La diferencia es que un interlocutor, al contrario de un razonador público, está atento a los argumentos expresados por las otras ramas y responde dialécticamente a ellos. Finalmente, la Corte puede ser imaginada como un deliberador. Aparte de ser un interlocutor interinstitucional, la Corte también se caracteriza por la deliberación interna entre jueces. Cuando las Cortes son entendidas como «instituciones deliberativas» no siempre está claro cuál de estos tres sentidos específicos está bajo referencia. Por lo que se esbozará cada uno de ellos para que sus debilidades ocasionales se vuelvan más claras.

«Razonador público» es un término completo y evocador que abarca una diseminación prolífica de imaginarios. Rawls y Dworkin son probablemente los principales autores que defienden esta postura. Su propuesta de una Corte como un «ejemplar de razón pública» o como un «foro de principio» no es solo una descripción de la Suprema Corte estadounidense, sino también una prescripción de cómo esta función debe ser incorporada en una democracia. Otras dos posturas creativas caben en esta categoría. Alexy piensa en una Corte Constitucional como un «lugar para la representación argumentativa»

<sup>56</sup> Esta no es la única hipótesis para permitir que el maximalismo suplante el minimalismo. Véase SUNSTEIN, 2001: 57.

<sup>57</sup> SUNSTEIN, 1994.

y Kumm, a su vez, lo concibe como un «estadio de debate socrático». A continuación se analizará cada uno.

Rawls es un entusiasta defensor del control de constitucionalidad. Afirma que «en un régimen constitucional, la razón pública es la razón de su Corte Suprema»<sup>58</sup>. Incluso señala que «en una sociedad bien organizada los dos se superponen más o menos»<sup>59</sup>. En sus pasajes más pertinentes sugiere una prueba de fuego para saber si se está siguiendo la razón pública: «¿Nos sorprendería si nuestro argumento en determinado asunto fuere incorporado en una decisión de la Corte Suprema?»<sup>60</sup>. Para él, la restricción de la razón pública se aplica a todas las instituciones, pero en una forma excepcionalmente onerosa para el control de constitucionalidad: «El rol especial de la Corte la convierte en la institución ejemplar de la razón pública»<sup>61</sup>. En otros escritos moderaría dicha afirmación y señalaría que la Corte «puede servir como el órgano ejemplar de la razón pública», al igual que las otras ramas<sup>62</sup>. La ventaja comparativa de las Cortes es, sin embargo, que usan la razón pública como su único idioma. Las Cortes serían «la única rama del poder público en cuyo rostro se refleja únicamente la criatura de la razón pública».

En tal sentido, la Corte es un dispositivo clave para que el régimen cumpla con la exigencia liberal de legitimidad: una política de razonabilidad y justificación merecida por todos y cada uno de los ciudadanos como miembros iguales y libres de la comunidad política. La coerción solo es admisible sobre la base de argumentos que «razonablemente se espera que todos apoyen»<sup>63</sup>. La razón pública es, por tanto, el eje de tal mecanismo<sup>64</sup>. La disposición y la voluntad de explicar las acciones colectivas en términos que podrían ser aceptados por otros es justamente la virtud democrática fundamental, denominada «deber de civilidad» o manifestación de la «amistad cívica». No todas las razones son, por tanto, razones públicas, solo aquellas que se niegan a involucrarse en una doctrina comprensiva del bien y se ubican dentro de los límites de una concepción estrictamente política de la justicia. Esta disciplina, además, no se aplica a ninguna cuestión, sino solo a los fundamentos constitucionales y a las cuestiones de justicia básica<sup>65</sup>. El deber de la Corte es desarrollar razones públicas con las que se propicie y mantenga «la vivacidad y vitalidad en el foro público» para forzar el debate público a ser im-

<sup>58</sup> RAWLS, 1997a: 108.

<sup>59</sup> *Ibid.*: nota 10.

<sup>60</sup> *Ibid.*: 124.

<sup>61</sup> *Ibid.*: 95. Véase también RAWLS 2005: 231, y 1997b: 768.

<sup>62</sup> RAWLS, 1997a: 111.

<sup>63</sup> *Ibid.*: 95.

<sup>64</sup> *Ibid.*: 765.

<sup>65</sup> *Ibid.*: 93. Los elementos esenciales constitucionales se refieren a los derechos y libertades centrales y las estructuras de poder. Los asuntos de justicia básica están relacionados con asuntos socioeconómicos.

buido por principios. En este aspecto también se encontraría su calidad educativa <sup>66</sup>.

Dworkin adopta un enfoque similar. La distinción entre principios y políticas está en el centro de su teoría. Los principios fundamentan decisiones basadas en los derechos morales de cada individuo, mientras que las políticas informan las decisiones relativas al bienestar general y al bien colectivo. Ambos coexisten en una democracia. Ambos encarnan dos tipos diferentes de legitimación, uno basado en razones y el otro basado en números. Lo complejo es que, cuando se presenta un conflicto, el primero supera al último. Ni el Derecho como integridad ni la democracia como asociación (que en «el dilema del erizo» de Dworkin son interdependientes) <sup>67</sup> pueden ser agotados por argumentos de política. No pueden ser limitados con esta perspectiva puramente cuantitativa.

Para Dworkin, el control de constitucionalidad es la reserva democrática del discurso de principios, es un «foro del principio». Solo una comunidad regida por principios logra promover la afiliación moral de cada individuo. La autoridad política es digna de respeto gracias a su capacidad de expresar argumentos y mostrar «igual preocupación y respeto», y no por su habilidad de contar individuos. Las instituciones de dicho régimen deben fomentar la representación comunitaria, aparte de la representación meramente estadística. Los jueces, por esa razón, no representan a los constituyentes en particular, sino una supraentidad individual: la comunidad política en su conjunto. Un cuerpo elegido no puede ser suficientemente valorado «foro de principios» debido a los contraincentivos que enfrenta.

Por tanto, eliminar las cuestiones de principio de la lucha política ordinaria es la misión de la Corte. Otros tipos de argumentos pueden afectar la centralidad del principio. No existe un déficit de legitimidad en ese acuerdo porque la democracia, entendida correctamente, es una forma de gobierno procesalmente incompleta; no existe un procedimiento correcto para confirmar si se cumplen sus condiciones previas. La promoción de dichas condiciones previas puede surgir en cualquier lugar. Sin embargo, cuando se trata de principios, el test de legitimidad es de naturaleza consecuencialista: examina *ex post*, evaluando si una decisión es correcta o al menos intentando proporcionar la mejor justificación posible. Los insumos de procedimiento no importan para ese propósito. La Corte no es infalible, pero el intento de institucionalizar un lugar exclusivo para la promoción de los principios no podría ser ilegítimo debido a su inevitable falibilidad <sup>68</sup>. Una menor falibilidad, siempre que sea plausible, resulta suficiente. La legitimidad de

<sup>66</sup> RAWLS, 1997a: 112-114.

<sup>67</sup> DWORKIN, 2010.

<sup>68</sup> Las piezas de este argumento están dispersas en muchas publicaciones de DWORKIN. Véase principalmente DWORKIN 1985: 34; 1986: capítulo 6; 1990; 1995; 1996: capítulo introductorio, y 1998.

la Corte depende, pues, de su independencia de la política ordinaria y, sobre todo, de su «capacidad de respuesta a los cambios en la opinión pública y en el principio público»<sup>69</sup>.

Alexy sigue la misma línea. El control de constitucionalidad es reconciliable con la democracia si se le considera un mecanismo para la representación del pueblo. Sin embargo, se trata de una peculiar representación: más que elecciones o votos, funciona por argumentos<sup>70</sup>. Un régimen que no representa sino por medio de órganos electorales encarnaría un «modelo de democracia puramente decisonal». Alexy, sin embargo, cree que la democracia debe contener argumentos, además de las decisiones, que «constituirían una democracia deliberativa». Los Parlamentos elegidos, en la medida en que también argumentan, pueden tomar ambos tipos de representación —volitivo o decisonal, así como argumentativo o discursivo—, ya que la representación expresada por la Corte Constitucional es exclusivamente argumentativa. Las dos condiciones para la representación argumentativa son la existencia, por un lado, de «argumentos sólidos y correctos» y, por otro, de personas racionales, «capaces y dispuestas a aceptar argumentos correctos o persuasivos». El ideal del constitucionalismo discursivo, según Alexy, pretende institucionalizar la razón y la corrección. El control de constitucionalidad es un dispositivo bienvenido si tiene la capacidad de cumplir con dicho objetivo<sup>71</sup>.

Para Kumm, el control de constitucionalidad es valioso porque institucionaliza una práctica de debate socrático. Esta práctica involucra a las autoridades «para evaluar si las distintas solicitudes están basadas en buenas razones»<sup>72</sup>. En su opinión, el constitucionalismo democrático liberal tiene dos compromisos complementarios: por un lado, las elecciones promueven el igualitario derecho al voto y, por el otro, el debate socrático garantiza que los individuos tienen derecho a cuestionar los actos públicos y a recibir una justificación razonada de ellos. Los Parlamentos y las Cortes Constitucionales son las respectivas «expresiones arquetípicas» de ambos compromisos. Si la legitimidad, en este marco liberal, depende de la calidad de las razones que fundamentan las decisiones colectivas, el control de constitucionalidad es un dispositivo de control que impide que la demanda de dichas razones disminuya con el tiempo. El hábito socrático de someter cada enunciado cognitivo a una duda rigurosa ayuda a la democracia a resaltar y probar la calidad de los resultados sustantivos, en lugar de descansar pasivamente en procedimientos justos. Las Cortes Constitucionales, por medio de esta «función editorial», mantienen a los Parlamentos responsabilizados de las razones con base en las cuales deciden.

---

<sup>69</sup> Entrevista de radio en <http://www.podcastdirectory.com/podshows/868705>, visitada en octubre de 2010 (ya no está disponible).

<sup>70</sup> ALEXY, 2005: 578-579.

<sup>71</sup> *Ibid.*: 581.

<sup>72</sup> KUMM, 2007: 3.

Las Cortes profieren decisiones colectivas y, al hacerlo, obtienen una ventaja epistémica consistente en dejar a un lado, al menos, las decisiones legislativas que no son razonables<sup>73</sup>.

La anterior descripción superficial de los argumentos de cada autor no da cuenta rigurosa de la complejidad de sus teorías. Sin embargo, evidencia cuán similar resulta la lógica de sus argumentos. Todos abordan igualmente una imagen monótona de la democracia que responde al unísono a las objeciones en contra de las instituciones que no son propiamente parlamentarias, como el control de constitucionalidad. El coro de sus posturas es: «La democracia no es solo eso, sino que la democracia está más bien formada por una dualidad». Sin importar cómo se llame este componente menos intuitivo (razones públicas, principios, argumentos racionales, discusión), sin su existencia tampoco existiría una democracia genuina. La Corte no tiene el monopolio de dicho componente, sino que tiene la virtud de operar exclusivamente sobre esa base. La Corte es monolingüe. Ese es precisamente su principal activo institucional. Evita el peligro del poliglotismo político, la cacofonía de razones que pueden conducir a compromisos perjudiciales y postran en permanente peligro el complejo ideal de autogobierno colectivo.

No se pretende discutir si los argumentos de estos autores sobre la legitimidad del control constitucional son sólidos<sup>74</sup> ni tampoco si los Parlamentos elegidos o las otras instituciones podrían desempeñar esa función como las Cortes. Sin embargo, la descripción de las expectativas relacionadas con las Cortes permite comprender algunas implicaciones que se señalarán más adelante.

Las Cortes como «razonadores públicos» abarcan mucho más de lo que fue prescrito por Habermas y otros defensores de la deliberación. La imagen de las Cortes como «interlocutores» surge de las «teorías del diálogo», que se remiten a una vieja intuición de Bickel, para quien la Corte debería prudentemente comprometerse en un continuo «coloquio socrático» con las otras ramas del poder público y la sociedad<sup>75</sup>. Estas teorías han tenido desarrollos sofisticados desde 1980<sup>76</sup>. Algunos de sus desarrollos subrayan lo que otros de los mencionados autores también afirman: la Corte puede catalizar la deliberación fuera de ella. Para estas teorías, la Corte no debe ser un encendedor vacío de la deliberación externa ni una fuente pontifical de respuestas correctas que se deben obedecer sumisamente. La Corte es más bien un participante argumentativo y, a diferencia de los proveedores de razones de la «torre

<sup>73</sup> KUMM, 2007: 31. KUMM articula de manera interesante el requisito liberal de las razones públicas adelantadas con el discurso de derechos de ALEXY estructurado en torno a la proporcionalidad y la definición republicana de PETTIT de la democracia como «discusión». Véase PETTIT, 1997.

<sup>74</sup> Lo hice en otro lugar. Véase MENDES, 2009a y 2009b.

<sup>75</sup> Véase BICKEL, 1962: 70-71.

<sup>76</sup> Véase MENDES, 2009b.

de marfil»<sup>77</sup>, como sugiere la imagen anterior, «los interlocutores» se unen en la interacción de una manera más modesta y horizontal. Ellos no reclaman la supremacía en la definición del significado de la Constitución. Las Cortes dialógicas saben que, a largo plazo, las últimas palabras son provisionales y se desdibujan en la secuencia de las decisiones legislativas que siguen desafiando las decisiones judiciales, sin importar la supremacía formal de las Cortes.

### 3.3. Las Cortes Constitucionales como «deliberadoras»

Las Cortes Constitucionales se han visto hasta ahora como promotoras de deliberación, pero no como órganos deliberativos en sí mismos. Estas visiones, en mi opinión, son insatisfactorias e incompletas. Fallan en que no logran abrir la caja negra de las Cortes colegiadas y explorar si esas expectativas sobre las Cortes son plausibles o bajo qué condiciones y en qué grado son alcanzables. Estas visiones parten de una presunción optimista: ya que los jueces no son elegidos popularmente, estos son más aptos para trabajar con razones públicas. Esta inferencia esconde varios pasos mediatos. Hay mucho que decir y hacer entre la premisa y el efecto que se le atribuye. Es intrigante analizar cómo esa presunción podría pasar por alto la dinámica interna de esta institución colegiada y conflictiva.

Esta cuestión no ha sido discutida de manera prolífica en la teoría constitucional. Aparte de algunos testimonios de famosos jueces constitucionales<sup>78</sup>, el valor específico de la deliberación colegiada de las Cortes Constitucionales aún no se ha explorado completamente. ¿Los roles de «razonador público» o «interlocutor» requieren algún tipo de deliberación interna o son compatibles con la agregación no deliberativa? Si la práctica de la discusión socrática entre las ramas del poder público es probable que mejore los resultados de los procesos políticos, ¿no es plausible argumentar que el compromiso deliberativo entre los jueces probablemente mejorará a su vez la calidad sustantiva de la discusión socrática? ¿Sería aceptable reemplazar a una Corte colegiada por un juez unipersonal probo que produzca de-

<sup>77</sup> Esta imagen es más similar al puñado de imágenes peyorativas que se esparcen en la literatura (filósofos-reyes, grupo de guardianes platónicos, etc.).

<sup>78</sup> Según Albie SACHS: «Descubrimos que una Corte colegial es más que la suma de sus partes. Tiene su propia vitalidad, su propia dinámica, su propia cultura. Nos sumergimos en ella» (SACHS, 2009: 270). Para Aharon BARAK: «Cuando el juez se sienta en un panel de jueces múltiples, el juez debe consultar con sus colegas. El juez debe convencerlos. Una buena Corte es una Corte pluralista, que contiene puntos de vista diferentes y diversos, en una sociedad multicultural. Siempre hay persuasión mutua e intercambio de ideas» (BARAK, 2006: 209). Dieter GRIMM dice: «Los argumentos legales se marearon y sucedió con bastante frecuencia que los miembros de la Corte cambiaron de opinión debido a los argumentos intercambiados en la deliberación» (GRIMM, 2009: 31), y también dice: «La Corte Suprema de Estados Unidos desperdicia esta fuente de iluminación al no deliberar lo suficiente» (GRIMM, 2003).

cisiones bien fundamentadas? Michelman explica por qué este no sería el caso:

Hércules, el juez mítico de Dworkin, es solitario, es demasiado heroico. Sus construcciones narrativas son monólogos, no conversa con nadie, excepto por medio de los libros, no tiene encuentros. No tiene alteridad. Nadie lo sacude. Ningún interlocutor viola su insularidad inevitable de su experiencia y perspectiva [...]. Dworkin ha producido una apoteosis de juez de apelaciones sin prestar atención a lo que parece la característica institucional más universal y sorprendente de la sede de apelación: su pluralidad. Debemos considerar para qué es esa pluralidad. Mi sugerencia es que es necesario un diálogo, en apoyo de la razón práctica judicial, como un aspecto del autogobierno judicial, en el interés de nuestra libertad <sup>79</sup>.

«La pluralidad» y «el diálogo», a la luz de la «razón práctica judicial» y por el bien del «autogobierno judicial», son también algunas de las virtudes deliberativas señaladas anteriormente. Se ignora cómo las Cortes deliberan bajo nuestro propio riesgo teórico, sin entender que se estaría perdiendo algo potencialmente valioso y se inmunizaría a los jueces de los desafíos críticos siempre que ellos desatiendan los argumentos de sus colegas y opten por actuar como unipersonales o negociadores estratégicos. Aún se carece de cualquier modelo crítico. Podría ser apropiado pedir a los jueces más de lo que han dado hasta ahora.

La suposición superficial, aunque ampliamente aceptada, de que las Cortes son foros deliberativos especiales requiere refinamiento. No se dice mucho de lo que implica un foro deliberativo, pues esta afirmación se deriva simplemente del hecho institucional de que las Cortes no están vinculadas a la dinámica del comportamiento electoral, de lo que se seguiría su imparcialidad y mejores condiciones para la deliberación. Ciertamente, no se debe subestimar que las Cortes ocupan una posición institucional apropiada para la deliberación. Sin embargo, todavía no está claro si las Cortes son tan deliberativas como se presume o por qué estas deberían ser premiadas para deliberar. En los regímenes contemporáneos se encuentran todo tipo de Cortes Constitucionales, algunas mejores que otras en el ejercicio deliberativo y otras que simplemente no son deliberadoras. Ni los fundamentos normativos ni mucho menos las fuerzas causales de tal objetivo se especifican.

Rawls y Dworkin concibieron la capacidad deliberativa de las Cortes solo como proveedoras de razones. Ellos no respondieron a la pregunta acerca de cómo las Cortes pueden oscilar al perseguir esta función o sobre cómo se puede discernir sobre esa oscilación. Ambos ciertamente estarían de acuerdo en que algunas Cortes son mejores que otras como proveedoras de razones o que la misma Corte alcanza

<sup>79</sup> MICHELMAN, 1986: 76. Jürgen HABERMAS incorpora las críticas de MICHELMAN a Hércules (HABERMAS, 1996: 223).

o frustra esas expectativas según el caso que someta a su estudio. No obstante, para evaluar esta calidad volátil no ofrecen muchos recursos analíticos aparte de una teoría liberal de la justicia. Para ello se tendría que enfrentar esta controversia sustantiva de frente: sobre si los resultados son correctos o incorrectos, mejores o peores, más cerca o más lejos de su concepción de la justicia. A su vez, Alexy y Kumm ofrecen la estructura del razonamiento del principio de proporcionalidad. Aunque menos sustantivo, este principio tampoco dice mucho sobre qué más puede o debe rodear al proceso de toma de decisiones.

La Corte como órgano interlocutor tiene un atributo sutil frente al imaginario de la Corte como proveedora de razones: es más cauto en la modulación del tono decisonal y en la demostración de que todos los argumentos reciben la debida consideración. Demuestra que, además de ser una buena argumentadora, la Corte es también una buena oyente y digiere las razones desde una esfera exterior. Ambas imágenes capturan, en cualquier caso, una imagen aún defectuosa del potencial de la Corte Constitucional como una institución deliberativa. Las Cortes pueden ser, y, por diversas razones, a menudo son, deliberativas en un sentido más fecundo. Su contexto institucional y su equipamiento procesal crean condiciones peculiares para hacerlo. Entender la Corte como proveedora de razones es perder de vista un fenómeno más amplio. Los observadores institucionales deben medir estas variaciones y ver si tienen alguna implicación para la legitimidad del control de constitucionalidad.

Ferejohn y Pasquino ayudaron a que ese debate entrara en una etapa más fructífera<sup>80</sup>. Ambos están de acuerdo en que las Cortes enfrentan una regulación más estricta con respecto a la presentación de razones. Para ellos, la separación de poderes abarca varios tipos de rendición de cuentas, cada uno de los cuales ocupa puntos distintos de una «cadena de justificación». Cuanto más largo es el hilo de la delegación o más distante es una autoridad de la elección, mayor será su deber de proveer razones. Por un lado, una carga deliberativa más pesada compensa el déficit electoral. Por otro, el déficit deliberativo se compensa con la cercanía del pueblo<sup>81</sup>. Estas cargas variables «están inversamente correlacionadas con la democracia»<sup>82, 83</sup>.

<sup>80</sup> Véase DA SILVA, 2009.

<sup>81</sup> Esta concepción de la rendición de cuentas se deriva de lo que John FERREJOHN llama una «teoría popular de la democracia», que exige procedimientos estrictos de SCHUMPETER en oposición a requisitos sustantivos más fuertes. «Se puede esperar que un sistema político/jurídico que funciona bien muestre una gama de relaciones de rendición de cuentas que va más o menos de lo político a lo legal o, si se prefiere, de lo arbitrario o voluntario a lo razonable o deliberativo» (FERREJOHN, 2007: 9-10).

<sup>82</sup> FERREJOHN, 2008: 206. Hay una escala de demandas deliberativas decrecientes según cuatro grados de separación de las personas: tribunales, agencias públicas, legislaturas y votantes. Las urnas son una «zona libre de motivos»; en esta etapa solo importan los números. Véase FERREJOHN y PASQUINO, 2002: 26.

<sup>83</sup> Según John FERREJOHN: «Se espera que los tribunales deliberen y se les den procedimientos elaborados para forzar la deliberación a fin de garantizar que lo hagan [...]. Dicho

Por tanto, comparten con Rawls la afirmación de que las Cortes son «instituciones deliberativas ejemplares»<sup>84</sup>. No obstante, advierten que no existe una sola manera de ser deliberativo. La deliberación puede ser interna o externa y tiene un objetivo distinto en cada caso: «para que el grupo decida sobre un curso de acción común», en el primero, y «para afectar las acciones tomadas fuera del grupo», en el segundo. Uno «implica dar y escuchar las razones de otros dentro del grupo», mientras que el otro «involucra al grupo, o sus miembros, dando y escuchando razones que provienen de fuera del grupo»<sup>85</sup>.

Esta distinción es útil e iluminadora sobre las funciones separadas y los ajustes de ellas. El reconocimiento de la Corte como «deliberadora» resulta más evidente. Los jueces deliberan, internamente, en aras de arribar a un arreglo consensuado y, externamente, en la medida en que exponen su decisión al público. Los autores entonces comparan las características de las Cortes por medio de estos lentes. De los resultados de dichos análisis se deducen dos patrones principales: la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, que representa un modelo que se centra en la deliberación externa, con poca participación cara a cara entre los jueces y una liberalidad para expresarse en múltiples voces individuales, y las Cortes kelsenianas, que valoran la claridad y, por tanto, tienden a comunicarse, tras debatir en la deliberación secreta, por medio de una sola voz en la mayoría de los casos<sup>86</sup>. Un arquetipo es exterior, mientras que el otro prioriza el interior. A pesar de todas las disimilitudes entre las Cortes, los autores observan que todos, a su manera, «conservaron el carácter deliberativo ejemplar» proclamado por Rawls<sup>87</sup>.

A esta descripción le siguen algunas hipótesis intrigantes. El modelo kelseniano, en el que la autoridad del control se concentra exclusivamente en una Corte especial, requeriría más unidad «si las Cortes ordinarias pueden aplicar las decisiones de la Corte Constitucional»<sup>88</sup>. El modelo estadounidense, caracterizado por una autoridad difusa para declarar la inconstitucionalidad por medio del poder judicial, requeriría una mayor coordinación entre la Corte Su-

---

de otro modo, debido a que los tribunales no tienen acceso directo al poder político, se ven obligados a confiar en razones» (FEREJOHN, 2008: 205).

<sup>84</sup> Además de ser una directiva basada en principios de rendición de cuentas, el proveer razones también es una necesidad pragmática: permite que el tribunal sea predecible y desempeñe un papel coordinador. Véase FEREJOHN, 2002: 24.

<sup>85</sup> FEREJOHN y PASQUINO, 2004: 1692.

<sup>86</sup> La Corte Suprema de Estados Unidos y las Cortes Constitucionales alemana, italiana y española. También examinan el Consejo Constitucional francés, pero no se ajusta a estos patrones porque un sistema de soberanía parlamentaria trae variables que impiden una categorización tan estable.

<sup>87</sup> FEREJOHN y PASQUINO, 2002: 22. Esta no es una lectura precisa de John RAWLS, que en realidad ha dicho «ejemplo de la razón pública» (RAWLS, 1997a y 1997b). La fungibilidad entre «razón pública» y «deliberativa», aparentemente asumida por ambos autores, insinúa su limitación en la deliberación.

<sup>88</sup> FEREJOHN y PASQUINO, 2002: 33.

prema y los jueces inferiores. De ahí que las múltiples voces individuales permiten a los demás actores del sistema jurídico anticipar las acciones de la Corte, identificando quién es quién dentro de la Corte y cómo puede decidir cada miembro <sup>89</sup>.

Cada patrón deliberativo dependería de la situación política de la Corte. Esta variable independiente determinaría cómo opera la deliberación en cada contexto. Tanto los aspectos internos como los externos están siempre presentes, pero «parcialmente en el conflicto»: «Si los jueces individuales se ven involucrados en una gran discusión en la esfera pública, pueden estar menos inclinados a comprometer sus propios puntos de vista con sus colegas» <sup>90</sup>. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos sería mucho más «externalista» que sus homólogas europeas.

Una vez que los dos patrones son definidos, Ferejohn y Pasquino culminan en una evaluación crítica de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos y en un llamamiento normativo para una deliberación interna más densa (al estilo de las Cortes europeas). Los jueces norteamericanos «deberían comprometerse en tratar de adoptar una decisión que todos sus integrantes puedan apoyar» <sup>91</sup>. Algunas reformas serían necesarias para estimular a los jueces a «gastar menos tiempo y esfuerzo como individuos tratando de influir en públicos externos» y centrarse en encontrar un terreno común, como los órganos genuinamente deliberativos lo harían <sup>92</sup>. A pesar de los aspectos positivos que múltiples decisiones han tenido en algunas circunstancias, creen que la Suprema Corte de Estados Unidos ha ido demasiado lejos. El oportuno retroceso, según ellos, comprende los dos frentes que influyen en el comportamiento político: primero, los autores recomiendan una reforma institucional para hacer que la Corte sea menos partidista, a saber, un nuevo modo de nombramiento y permanencia; segundo, los autores instan a la comunidad jurídica a exigir de los jueces el cumplimiento de las normas deliberativas orientadas a la búsqueda del consenso y de una ética de compromiso y autocontrol respecto a la exposición pública de idiosincrasias personales.

Sus series de artículos, sin duda, trajeron consigo un progreso significativo, pues proporcionaron una comprensión más amplia de cómo las Cortes podrían o deberían ser deliberativas. La conceptualización de dos sentidos de deliberación y el llamado a las reformas en relación con el diseño y las cuestiones éticas son logros notables. Su preocupación es razonable: la liberalidad por las voces múltiples y la ausencia

---

<sup>89</sup> En parte, esto es necesario por el hecho de que la Corte no tiene el monopolio de la interpretación constitucional y actúa para regular el proceso por el cual la Constitución es aplicada por otros tribunales. Esta función coordinadora o reguladora obliga al Tribunal a hacer su trabajo de manera pública y transparente» (*ibid.*: 35).

<sup>90</sup> FEREOHNS Y PASQUINO, 2004: 1679-1698.

<sup>91</sup> *Ibid.*: 1673, nota 9.

<sup>92</sup> *Ibid.*: 1700.

de cualquier restricción, ética o de otro tipo, contra tal práctica daña la capacidad de la Suprema Corte de Estados Unidos para desempeñar un papel deliberativo más profundo en la política estadounidense. Sin embargo, no han ido lo suficientemente lejos en la elaboración de lo que ese papel significa. Además, la forma en que sugieren un conflicto parcial entre lo interno y lo externo es, a menudo, engañosa.

Para empezar, la definición de «deliberación externa» es inestable. Es posible captar en sus escritos al menos tres sentidos de ese concepto: como proveedora de razones en público *tout court*, que es un rasgo común de cualquier Corte; como un múltiple proveedor de razones por medio de opiniones individuales, o como una actitud individualista hacia el público por medio de la divulgación de desacuerdos atomizados y no deliberados<sup>93</sup>. En ocasiones, los autores parecen señalar que la deliberación externa corresponde al estilo de Estados Unidos, que permite a los jueces individuales publicar sus propias declaraciones, independientemente del diálogo interno. En otros pasajes adoptan una noción más flexible y aceptan que hay maneras diferentes de ser deliberativas externamente, incluso por medio de opiniones únicas<sup>94</sup>.

La relación externa de la deliberación y el estilo formal de la decisión dada públicamente es, al menos, ambigua: si esto significa simplemente el uso de la razón con el propósito de incitar y afectar el debate público, tanto la decisión individual como aquella adoptada por múltiples voces potencialmente lo pueden hacer; si esto significa exponer el desacuerdo interno de la Corte, la voz múltiple sería el único camino a seguir.

La conexión entre lo interno y lo externo también es problemática. Estos autores sugieren dos causalidades poco convincentes o, en el mejor de los casos, infrademostradas: primero, un vínculo entre una decisión *per curiam* y la prevalencia de la deliberación interna a expensas de lo externo; segundo, un vínculo entre una decisión *seriatim* y la deliberación externa que dominaría la interna<sup>95</sup>. Incluso si el retrato descriptivo de ese puñado de Cortes era relativamente preciso, la inferencia de un vínculo causal inevitable entre la manera en que los jueces

<sup>93</sup> Algunos extractos de John FERREJOHN y Pasqual PASQUINO dan una idea de la variedad de definiciones de deliberación externa: «La Corte rara vez trata de hablar con una sola voz; al parecer, prefiere dejar que el conflicto y el desacuerdo se fermenten» (FERREJOHN y PASQUINO, 2002: 36); «parte del proceso público más amplio de decidir lo que la Constitución nos exige como ciudadanos y posibles actores políticos». O más tarde: «Puede llevar a ciudadanos y políticos a tomar o abstenerse de acciones de diversa índole, o tal vez a respetar la Corte y sus decisiones. Sin embargo, no hay un enfoque singular en un curso de acción particular que los políticos o los ciudadanos deben tomar para participar en un diálogo externo abierto sobre normas constitucionales con actores externos» (FERREJOHN y PASQUINO, 2004: 1697-1698). «Su objetivo es convencer a quienes no están en la sala» (FERREJOHN, 2008: 209).

<sup>94</sup> Según John FERREJOHN y Pasqual PASQUINO: «Hay varias formas en que un tribunal puede desempeñar un papel en la deliberación externa» (FERREJOHN y PASQUINO, 2004: 1698).

<sup>95</sup> Pero aparentemente estos autores también se contradicen aquí: «La deliberación interna puede o no estar regulada por una expectativa compartida de que el tribunal publique una sola opinión o que también se publiquen múltiples opiniones» (FERREJOHN y PASQUINO, 2002: 23).

interactúan entre sí y la forma en que la decisión se presenta formalmente al público sigue siendo estricta y poco iluminadora.

Este criterio formal no transmite mucho acerca de la calidad sustantiva de la decisión y su capacidad para generar y dar forma a la discusión ciudadana. Si la Corte se manifiesta por medio de decisiones *seriatim*, *per curiam* o algo en el medio rara vez importa mucho para el bien del debate público. Mientras no sea oculta o hermética, cualquier decisión puede realmente provocar una deliberación externa tal como la definieron<sup>96</sup>. Una Corte podría luchar internamente, pero aun así manifestarse en *seriatim*<sup>97</sup>, o ser internamente no deliberativa y expresarse *per curiam*. Por tanto, el grado de deliberación externa no se deriva exclusivamente de la forma, sino más bien del contenido de la decisión y de las demás circunstancias que la rodean. El constitucionalismo comparado tiene varios ejemplos de decisiones *per curiam* que encendieron el compromiso argumentativo de la sociedad o, a la inversa, de decisiones *seriatim* de las que no se tuvo noticia en especial.

De nuevo, a partir de la supuesta exactitud descriptiva de ambos patrones, no se sigue que se registren inevitables concesiones entre los dos o que la maximización de uno precipite la respectiva minimización del otro. Todavía no se ha verificado que una Corte no podría sobresalir en ambos. Se podría afirmar que, cuanto más delibere internamente una Corte, existe mayor posibilidad de llegar a un consenso y manifestarse por medio de una sola opinión. Sin embargo, esto no desalentaría a la deliberación externa. De otro lado, no se puede afirmar que las más consensuales Cortes europeas motiven la deliberación externa.

A menos que las Cortes rehúsen a presentar las razones en que se fundan sus decisiones, la posibilidad de incitar deliberación externa no es una opción. La audiencia exterior estará en condiciones de controvertir esas razones sin importar la particular forma en que han sido comunicadas —*per curiam* o *seriatim*—. Sin embargo, dos dilemas fértiles permanecen intactos. Primero, la Corte necesita decidir si desarrolla deliberación interna, la cual, contrario a la externa, sí es una opción. Segundo, los jueces deben aún contemplar, a la luz de otras muchas consideraciones, si, tras la deliberación, ellos deben expresarse por sí solos, individual o colectivamente. Las Cortes europeas ciertamente divergen de la Suprema Corte de Estados Unidos sobre este particular. Sin embargo, ello no se debe a su capacidad o disposición de incitar deliberación externa, sino a un factor cultural: un objetivo fuerte de unanimidad inspira su proceso interno y se espera que profieran una decisión mínimamente dividida<sup>98</sup>. La práctica americana, consolidada

<sup>96</sup> Incluso las decisiones estrechamente razonadas pueden despertar la deliberación. Esto es, por ejemplo, la defensa del minimalismo de SUNSTEIN. Véase SUNSTEIN, 1994, 1996 y 2000.

<sup>97</sup> «Un ejemplo clásico es la Cámara de los Lores». Véase PATERSON, 1982.

<sup>98</sup> FERREJOHN Y PASQUINO, 2004: 1692.

en las últimas décadas, se aparta de la europea, siempre que es posible, hacia una sola voz.

En general, Ferejohn y Pasquino han planteado importantes preguntas normativas, pero no las han respondido de una manera completa, pues su intento de relacionar el control de constitucionalidad con la deliberación sigue siendo, si no demasiado apresurado, inconcluso. Existen al menos seis aspectos que deben explorarse más a fondo. Primero, la noción de deliberación externa, excesivamente ligada a uno de los foros de la exhibición pública, falla en su intento de capturar en qué medida el fundamento de la decisión, *seriatim* o *per curiam*, puede ser importante desde las perspectivas empíricas y normativas. Existen maneras de razonar que, aunque se comuniquen *per curiam*, incorporan sensiblemente los desacuerdos y los presentan respetuosamente. Obviamente, una decisión *seriatim* críptica obtendría una valoración más baja en ese sentido y simplemente evitaría lo concerniente a la discusión externa. El siguiente capítulo estudia la noción de la decisión escrita deliberativa para abordar esa preocupación normativa. En lugar de una relación de causalidad entre lo interno y lo externo, se presentará la hipótesis de fenómenos que se refuerzan mutuamente.

Segundo, su noción de deliberación externa aún pasa por alto dos etapas y prácticas diferentes en este ámbito público: la fase predecisional, en la que la Corte puede incitar el debate público y administrar diversas técnicas para recibir distintos insumos argumentativos, y la fase posdecisional, en la que la Corte entrega su producto hasta que una próxima ronda de deliberación sobre el mismo tema se produzca. La tarea y el valor de cada momento y las respectivas virtudes que son necesarias para llevarlas a cabo no son meras coincidencias. La distinción entre las fases predecisional y posdecisional, por tanto, no es trivial. Equiparar a ambas como «externo» o simplemente ignorar la primera y resaltar la última pierde de vista los aspectos deliberativos.

Tercero, Ferejohn y Pasquino, a pesar de defender la deliberación interna, no dan una explicación suficiente ni completa de por qué esta puede ser deseable, excepto por los valores de uniformidad, previsibilidad y coordinación. En otras palabras, la deliberación interna sería valiosa solo para satisfacer estos principios formales y convencionales del Estado de Derecho. Esta es una perspectiva parcial. Podría haber más beneficios para la deliberación que la inteligible provisión de razones<sup>99</sup>. La deliberación no solo tiene por objeto ofrecer certeza ni únicamente prestar un servicio al Estado de Derecho. La disposición a persuadir y a ser persuadido en un ambiente de reciprocidad, como la deliberación fue definida anteriormente, no puede conducir a un consenso, pero no es menos importante cuando el disenso resiste.

<sup>99</sup> Ian SHAPIRO señala la distinción: «Algunos comentaristas intentan captar este aspecto de la deliberación haciendo referencia a la acción de proveer razones, como cuando se dice que las Cortes son instituciones más deliberativas que legislativas sobre la base de que proporcionan razones públicas para sus decisiones» (SHAPIRO, 2002: 197).

Cuarto, al considerar el diseño institucional, estos autores exigen un *cuórum* legislativo calificado en el proceso de nombramiento y definiendo periodos fijos para los jueces. Para ellos, esta reforma aproximaría la Suprema Corte de Estados Unidos a las Cortes europeas, porque su composición estaría menos impulsada por el comportamiento partidista. A pesar de ser crucial, este dispositivo aún no agota el conjunto de incentivos que pueden empujar a la Corte a ser más deliberativa. Esta aproximación todavía es muy reducida y estrecha.

Quinto, añaden a su sugerencia de diseño institucional un llamado a la adopción de normas deliberativas, es decir, a una ética que reconozca la importancia de la deliberación. Este planteamiento no está desarrollado. Detrás de la exhortación abstracta de involucrarse en el proceso de persuasión existen virtudes minuciosas que pueden llevar a hacer esta tarea más discernible.

Finalmente, suponiendo que la legitimidad de las Cortes Constitucionales está, de alguna manera, conectada a su cualidad deliberativa y que la deliberación es un fenómeno fluctuante, una teoría debe ser capaz de medir diferentes grados de logro de este ideal. Dicho de otra manera, necesita concebir medidas de desempeño deliberativo. Por tanto, si una Corte Constitucional se convierte en un deliberador plausible, y no solo dador de razones, o un interlocutor, es una cuestión adicional que tiene que ser abordada. El presente libro pretende llenar, aunque sea parcialmente, estas seis lagunas. Este diagnóstico es el punto de partida de los próximos capítulos.

#### 4. CONCLUSIÓN

En una democracia constitucional existe una variedad de instituciones más o menos deliberativas. Se sitúan en un cierto punto entre la creación del Derecho y su aplicación, entre compases discrecionales más amplios o más estrechos. Por muy trivial que sea esto, las Cortes, por una definición convencional, se acercan más al último extremo del espectro (estrecho); más cerca que las legislaturas, la mayoría de las veces. Las Cortes Constitucionales están situadas en una posición única de la arquitectura política. Las distinciones entre la legislación y la decisión judicial, por un lado, y entre la política y el Derecho, por el otro, se hacen mucho menos rígidas que en los casos ordinarios. Esto no se debe, como suele sostenerse, a la fraseología abierta del texto constitucional, sino más bien a la calidad subyacente del control de constitucionalidad; enmarcada, en una asociación conflictiva, con el legislador y los límites del dominio político.

Los esfuerzos para encapsular el control de constitucionalidad dentro de la rígida dicotomía entre la legislación y la aplicación de la ley son anacrónicos. La jurisprudencia constitucional contemporánea hace que esta insuficiencia sea notablemente visible. La incapacidad de ha-

blar de ello de manera descriptivamente significativa refleja el déficit, en cierta medida, de nuestra moderna lógica de conceptos políticos y evidencia la necesidad de una mayor elaboración sobre la función de las Cortes Constitucionales.

El control de constitucionalidad consiste en delinear los límites morales de las decisiones colectivas, desenterrando los principios que originariamente dieron origen a una asociación política. Es un paso atrás a lo básico de la vida comunal, no a la conversación política prosaica. La virtud del control de constitucionalidad abierto sería, sin embargo, articulada explícitamente, al igual que las elecciones colectivas contra los compromisos de fondo que encarnaban la alianza política. La inmediatez de la política ordinaria suele desdibujar ese horizonte más amplio. El control de constitucionalidad, a su vez, mantiene despierta esta dimensión de la existencia política.

Las Cortes Constitucionales no tienen exclusividad sobre el control de constitucionalidad. Sin embargo, es un hecho que participan en tal empresa. Esta peculiaridad ha cargado naturalmente a estas Cortes de una pesada carga justificativa. La aprehensión de una Corte Constitucional por medio de los lentes de sus circunstancias y capacidades deliberativas supuestamente especiales puede ser un componente significativo de tal postura. Esta base, sin embargo, sigue siendo frágil hasta ahora. Si la deliberación mejora la condición existencial de las Cortes Constitucionales, esas Cortes deben ser más que «ejemplares de la razón pública» o «foros de principios», más que proveedores de razones o interlocutores. Estas expresiones, y las expectativas respectivas que transmiten, son todavía superficiales. El siguiente capítulo introduce un modelo de desempeño deliberativo y, al hacerlo, explica mejor la magnitud de las carencias de esta teoría.



## CAPÍTULO IV

# LA DELIBERACIÓN DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES

Si me preguntaran: «¿Extrañas la Corte?». Yo diría: «Sí, extraño las deliberaciones»<sup>1</sup>.

### 1. INTRODUCCIÓN

Como juez de la Corte Constitucional alemana, Dieter Grimm tuvo una visión privilegiada de las fortalezas y debilidades de este órgano<sup>2</sup> en la política de su país. A diferencia de los observadores externos, que no pueden dar fe de ello, pero que aun así confían en que la Corte sea un órgano sumamente deliberativo, él conoció la Corte desde dentro. Su testimonio de lo que hace esa Corte en secreto, encapsulado en el título de este capítulo, confirma de una manera aparente esa creencia de sentido común. Pero ¿qué es lo que él extraña exactamente? ¿Y cuál es el valor de lo que extraña para la legitimidad de las Cortes Constitucionales? No se refirió acerca de estos interrogantes de manera específica, aparte de exaltar esta «fuente de iluminación»<sup>3</sup> y señalar el hecho de que, «muy a menudo», él y sus colegas cambiaron sus posiciones de partida a la luz de los argumentos mutuos. Este capítulo trata de imaginar lo que él podría o, idealmente, estaría sugiriendo.

La promoción del control de constitucionalidad campea en una particular zona de confort teórica. Sus premisas están relativamente estabilizadas, tal como se señaló en el capítulo anterior. Las Cortes Constitucionales han sido elogiadas como foros deliberativos únicos, sin mucho refinamiento en lo que eso implica. La literatura no ha desarrollado una investigación meticulosa sobre esta propiedad institucional y asume de manera apresurada que, gracias al aislamiento de la política electoral y a que las decisiones judiciales están basadas en ra-

---

<sup>1</sup> GRIMM, 2003.

<sup>2</sup> Entre otros, véase FERREJOHN y PASQUINO, 2004.

<sup>3</sup> GRIMM, 2003.

zones públicas (una demanda supuestamente menos rígida en los Parlamentos), la Corte tendría mejores condiciones para proteger los derechos y, generalmente, para garantizar la Constitución.

Ambos atributos no son meras características periféricas del contexto institucional de una Corte. La ausencia de elecciones y las cargas argumentativas más complejas probablemente inducirán un nuevo escenario. Sin embargo, estos factores todavía no revelan, por sí mismos, lo que es, puede o debe ser la contribución judicial al proceso constitucional.

Este estándar de la teoría normativa, ciertamente, no defiende el control de constitucionalidad a cualquier precio. Dicho estándar le confiere legitimidad a este órgano bajo la condición de un desarrollo deliberativo singular. En este sentido, una Corte Constitucional se convierte en un candidato primordial para ser una «institución deliberativa ejemplar». No obstante, este título tan oneroso no se puede presumir, tiene que ser merecido. La teoría constitucional justamente tiene que enfrentarse a esta laguna. A día de hoy, no se sabe qué pedir ni qué esperar de una Corte deliberativa, ni mucho menos del apremiante llamado a una justificación pública basada en principios constitucionales. Poco se ha dicho sobre las prácticas que debían precederla, los valores que debían guiarla o las implicaciones que podrían seguirse.

Se han diagnosticado con anterioridad las carencias de esa posición. El presente capítulo va un paso más allá y desvela lo que implica que una Corte sea mínimamente deliberativa. Este capítulo pone de actualidad el trabajo prescriptivo adicional que todavía está por realizarse. Si la deliberación política, tal como se ha señalado, es un buen elemento y si, por esa razón, se sigue también que una Corte Constitucional deba ser deliberativa, resulta necesario investigar cuáles son los componentes de tal empeño en lugar de darlo por sentado. Por supuesto, la deliberación es un logro que se construye caso por caso, no un reflejo automático de esas escasas características institucionales de donde emanan esas teorías. En este capítulo se intentará cerrar esa brecha con un modelo de desarrollo deliberativo.

Su propósito no es insinuar la superioridad de la deliberación judicial en relación con otra institución, sino justificar su lugar en un sistema global de toma de decisiones colectivas. El libro torna la postura principal más compleja y destaca su potencial vulnerabilidad y vigor. Con ello da cuenta de una historia más colorida sobre el significado de una Corte deliberativa, con una trama más intrincada y diversos personajes. No promete un final feliz, pero cree que las Cortes pueden contribuir a la tarea del razonamiento basado en principios que sustenta los dilemas constitucionales de una comunidad democrática. Cómo y cuándo las Cortes pueden deliberar son preguntas que no deben ser contestadas en abstracto. Las respuestas variarán indudablemente de acuerdo con el contexto y el contexto está formado por una serie de variables legales, políticas y culturales. Sin embargo, la teoría

normativa de nivel medio puede divisar estándares normativos sobre lo que es atractivo y aceptable para este tipo de institución.

A diferencia de los tres primeros capítulos, que trataron de delimitar los diferentes temas de las preguntas teóricas y las respectivas referencias literarias, este capítulo emprende una aventura más constructiva y ensayística. Esta transición reúne las piezas hasta ahora esbozadas y ensaya un proyecto de investigación teórica cuyas espaldas dorsales se desarrollan aquí. Está estructurado en cuatro secciones adicionales: el segundo presenta la anatomía de un modelo de rendimiento deliberativo de tres niveles; el tercero explica el primer nivel de ese modelo: el «significado básico»; el cuarto explora las implicaciones que la estructura del «significado básico» puede tener en la distinción entre la deliberación externa e interna esbozada en el anterior capítulo, y el quinto resume los pasos hasta ahora tomados y prepara el terreno para los dos capítulos siguientes.

## 2. EL MODELO DE TRES NIVELES DE LA DELIBERACIÓN

De las tres imágenes de las Cortes Constitucionales exploradas en el último capítulo, el proveedor de razones (un actor que habla y justifica sus decisiones por medio de razones públicas), el interlocutor (que no solo habla, sino que escucha e incorpora las razones de otros actores) y el deliberador, justamente este último sigue siendo el más misterioso. Esto es así no solo porque muy pocos autores han llegado tan lejos, sino porque genera las preguntas más difíciles que tales imágenes incitan. Puede haber formas alternativas para llenar ese vacío. En este capítulo se sugiere un modelo particular para medir el desempeño deliberativo. Este está estructurado en torno a tres niveles interrelacionados: el «significado básico», los «facilitadores» y los «límites» del desempeño deliberativo.

El «significado básico» corresponde al comportamiento inmediatamente observable de una Corte deliberativa en funcionamiento, es decir, el núcleo de la deliberación misma. Este primer nivel proporciona herramientas conceptuales para detectar el conjunto básico de compromisos deliberativos que tienen lugar en el ámbito particular de una Corte Constitucional. Este nivel identifica quién puede ser considerado como un deliberador; especifica quién, entre ellos, tiene poder para tomar decisiones, e identifica las distintas etapas de ese proceso, sus respectivos objetivos y valores.

El segundo, los «facilitadores», contempla los dispositivos institucionales que pueden activar la deliberación o, alternativamente, obstaculizarla y desalentarla. Esta idea se basa en el supuesto empírico de que el comportamiento político es una función de una fricción intrincada e inconstante de la mentalidad y de los incentivos institucionales. Una cierta variedad de rasgos y disposiciones que ponen en mo-

vimiento estos dispositivos debe ser parte de esa explicación. En este sentido, una comunidad política debe decidir qué procedimientos van a canalizar sus deliberaciones colectivas y, además, debe ser capaz de seleccionar y capacitar a aquellos que ocuparán tales posiciones de autoridad. Si se espera que las Cortes sean deliberativas, los procedimientos y las virtudes también deben ser apreciados bajo este prisma.

El tercer nivel conceptualiza los «límites» del desempeño deliberativo. Delimita lo que a una Corte le compete deliberar. Tales límites comprenden el telón de fondo legal y las circunstancias políticas de la deliberación. El primero determina el tipo de razones públicas que son aceptables para una institución y que se derivan de un concepto mínimo de la argumentación constitucional. El segundo traza los dilemas políticos de los que la institución necesita encargarse para que sus decisiones sean aceptadas y efectivamente impuestas. En una democracia institucional, cada institución política está de alguna manera empoderada y limitada por las directivas normativas del Derecho y las fuerzas de la política. Las Cortes también, a su manera.

Los tres niveles están interconectados. La deliberación no es una conversación obligatoria y de cualquier tipo, pues presupone un perímetro sustantivo fuera del cual esta conversación no alcanzaría el umbral deliberativo, así como sensibilidad política alguna, sin la cual la deliberación puede ser arriesgada, inoportuna o inocua. Por tanto, el «significado básico» no es suficiente para afirmar que la deliberación esté prosperando. Sin dar cuenta de cómo los «límites» moldean un evento deliberativo en particular, el «significado básico» solo daría lugar a una fachada para la deliberación. Comprobar si una Corte Constitucional está deliberando presupone, por tanto, un escrutinio de su contenido específico y su contexto.

Los facilitadores, a su vez, no son la deliberación *per se*, sino que indican sus perspectivas y elucidan sus causas. Ellos develan lo que se esconde detrás del «significado básico». No se explicaría el desempeño de una determinada institución sin tener presente este componente adicional. Las maneras en que la calidad de la deliberación y los dispositivos institucionales se interrelacionan en la práctica son, posiblemente, difíciles de formalizar o de predecir. La mera existencia de vías procesales favorables no garantiza una actuación deliberativa constante, sino que constituye las condiciones básicas para tal fin.

Mientras que el significado básico y los límites corresponden a la actualidad del desempeño deliberativo, los facilitadores aluden a su potencialidad. Las dos primeras categorías ayudan a evaluar si el resultado producido por una institución es, de hecho, deliberativo, mientras que la tercera revela el probable conjunto de agentes causales correlativos.

Sería erróneo concluir que los límites no juegan un papel explicativo o no ayudan a medir el potencial deliberativo. Al prescribir cuál

debe ser la sustancia de la deliberación, los límites, al mismo tiempo, ayudan a determinar la probabilidad de deliberación misma, pues un alto desempeño deliberativo será más probable, por ejemplo, cuando una Corte conoce de un caso concreto que aborda cuestiones polémicas muy controvertidas en Derecho y tiene muy pocos obstáculos políticos para adoptar una efectiva decisión. Si, por otra parte, el caso versa sobre cuestiones de Derecho razonablemente pacíficas y afronta una obstrucción política previsible, no sería inesperado un bajo desempeño deliberativo. Esta doble naturaleza de los «límites», prescriptiva y explicativa, tanto delimitando el real desempeño como iluminando el desempeño potencial, estará más clara en los capítulos VII y VIII. El desempeño deliberativo, por tanto, es la consecuencia de una compleja interacción entre los dispositivos institucionales, los caracteres éticos de los deliberadores, los materiales legales y los escenarios políticos.

Este esqueleto formal y tripartito puede ser útil para la evaluación del desempeño deliberativo de cualquier institución. Sus categorías esenciales, de hecho, podrían exportarse plausiblemente a otros entornos de toma de decisiones. La siguiente sección y también los próximos capítulos tratarán con mayor profundidad cómo estas nociones formales pueden tener una influencia en las Cortes Constitucionales.

### 3. EL SIGNIFICADO BÁSICO DE LA DELIBERACIÓN

El significado básico del desempeño deliberativo explora dos categorías preliminares presentadas en el primer capítulo. Primero, la distinción entre tres fases deliberativas: predecisional, decisional y posdecisional. Esto corresponde a tres momentos en los que se puede discernir y apreciar el rendimiento de tres sectores de un proyecto en general. El modelo distingue tres actividades para diagnosticar y evaluar diversos tipos de problemas y logros en distintos casos de deliberación.

A este respecto, una Corte deliberativa se manifiesta en tres instantes consecutivos. Puede ser deliberativa en una instancia, pero no en la otra. Un tipo de Corte deliberativa ideal, como veremos, es magistral en las tres instancias. Por medio de estas categorías diacrónicas, el modelo incorpora y refina las nociones de la deliberación externa e interna. La deliberación interna correspondería, según la tipología sugerida aquí, a la fase decisional, mientras que la externa se referiría principalmente a la fase posterior a la decisión. La fase predecisional, bajo ese marco, está eclipsada. La desventaja heurística de esa división dualista es su carácter monótono, que pasa por alto los aspectos deliberativos precisos que pueden y deben ser observados en las fases pre y posdecisional. Esa dualidad es indiferente a esta dimensión temporal.

En un sentido totalmente informal, la fase posdecisional podría ser vista como la predecisional del siguiente caso (y ambas se unen en la categoría genérica de deliberación «externa»). En aras de la claridad analítica, sin embargo, este libro estipula que la fase predecisional está vinculada a un caso formal existente y, por tanto, es impulsada por el litigio concreto. La fase posdecisional, a su vez, comprende, primero, la redacción de la decisión escrita y, después, todo el conjunto de debates que siguen en la esfera pública informal, independientemente de un nuevo caso. Los tipos de tareas deliberativas de las fases pre y posdecisional pueden tener similitudes; sin embargo, estas no deben confundir sus propias peculiaridades. La amalgama de ambas como una deliberación «externa», de una manera indiferenciada, podría pasar por alto aspectos importantes.

<i>Fases deliberativas</i>	<i>Tareas deliberativas</i>
Predecisional	Discusión pública
Decisional	Compromiso colegiado
Posdecisional	Decisión deliberativa escrita

Esta distinción, por lo demás, podría ser más o menos artificial si se mira el funcionamiento de las Cortes en el mundo real, en el cual las tres fases se interpolan generalmente en grados variables (a veces, por ejemplo, las fases 1 y 2 pueden alternarse, y las 2 y 3 pueden superponerse la una a la otra, etc.)<sup>4</sup>. En el mismo sentido, puede ser engañoso si este proceso se entiende como una línea de tiempo totalmente recta, con límites claros entre el momento en que una etapa se detiene y la siguiente comienza. Sin embargo, por razones de análisis, es útil mantener estas categorías a la mano, pues nos hacen sensibles a los factores distinguibles y a los tiempos en los que el rendimiento real se puede medir. A pesar de ser mutuamente permeables, algo único sucede en cada etapa, lo cual debe ser apropiadamente capturado por un modelo idóneo de desempeño deliberativo.

Segundo, es preciso discernir sobre quiénes van a deliberar, pues los tomadores de decisiones (en este caso, los jueces) y los interlocutores son los dos tipos de deliberadores pertinentes. La comunidad de interlocutores incluye a todos los actores sociales que, formal o informalmente, presentan los argumentos públicos ante la Corte y expresan posiciones públicas respecto a los casos que se están decidiendo. Ellos proporcionan argumentos externos para la decisión judicial y pueden influir, así como persuadir, pero no deciden. Los interlocutores forma-

<sup>4</sup> La distinción entre las tres fases definidas encaja bien, por ejemplo, con el proceso continuo entre las sesiones de audiencia, las reuniones de la Corte y la redacción de la decisión en la Suprema Corte de Estados Unidos.

les involucran a todas aquellas partes que están calificadas y tienen derecho a participar en el caso concreto. Los interlocutores informales son aquellos que, en un intento por ejercer una influencia indirecta en la Corte, participan en los debates de los diversos medios de comunicación de la esfera pública. El desarrollo deliberativo en la etapa previa a la decisión depende, en gran medida, de cómo los interlocutores asumen y desempeñan su responsabilidad. Los fracasos deliberativos en esta etapa también pueden atribuirse a los interlocutores e incluso afectar la calidad de la deliberación en las etapas posteriores.

La deliberación política es un difícil proceso de toma de decisiones cuyas razones de un tipo específico se intercambian en el intento de persuadir y llegar a un consenso. Si es pertinente calificar esas tres fases como deliberativas, el mismo concepto de deliberación debe ser lo suficientemente maleable como para permitir tales instancias. El intercambio de razones en cada fase no se hace entre los mismos personajes y en el mismo espíritu. El conjunto de valores y promesas inmersas en una definición general de deliberación, como el bosquejado en el primer capítulo, también puede necesitar ajustes en cada una de las tres instancias.

Con estas distinciones renovadas, un tipo ideal de Corte deliberativa es aquel que maximiza la gama de argumentos de los interlocutores promoviendo la discusión pública en la fase predecisional; que energiza a aquellos que deben tomar una decisión en un proceso sincero de participación colegiada en la fase decisional, y que elabora una decisión escrita deliberativa en la fase posterior a la decisión. En otras palabras, si alguien quiere verificar si una Corte Constitucional está cumpliendo con sus deberes deliberativos debe inspeccionar la interacción escrita y aquella cara a cara entre interlocutores y jueces, luego la interacción entre los jueces mismos y, finalmente, la decisión escrita emitida por la Corte. Cada uno de estos elementos merece un examen adecuado, de acuerdo con indicadores personalizados, y cada uno tendría una puntuación específica.

Una Corte Constitucional, por tanto, se conforma de tres sitios distintivos de deliberación y cada uno debe enfrentar sus propios patrones deliberativos. En las fases pre y posdecisional, la propia institución interactúa con la esfera pública. Se espera que los interlocutores participen activamente presentando sus casos y, posteriormente, examinando la decisión de la Corte. En la fase decisional, hay una deliberación intramural entre los jueces y los interlocutores permanecen como espectadores. El diseño exacto de cada sitio dependerá, en última instancia, de los detalles del diseño de cada Corte, pero cualquier proceso de toma de decisiones encaja en estas categorías deliberativas elementales.

El modelo desagrega la deliberación en tres prácticas que, en aras de la simplificación, serán denominadas, por tanto, «discusión pú-

blica», «compromiso colegiado» y «decisión escrita deliberativa». Estos son índices cualitativos de este proceso de tres fases.

### 3.1. **Discusión pública**

La discusión pública es generada por un actor o por un grupo de actores que tienen el poder formal de presentar un caso ante una Corte Constitucional mediante intervención directa o cualquier recurso. Desde ese momento hasta que los jueces se reúnen para emitir una decisión final, el proceso dialógico entre interlocutores y aquellos que deben tomar la decisión contiene potenciales beneficios deliberativos.

En la práctica, la calidad de la discusión pública variará según la importancia del caso y la forma en que una comunidad se movilice para contribuir a las cuestiones colectivas que se abordan. Por tanto, los interlocutores comparten la responsabilidad del desempeño general en esta fase.

Como aspiración prescriptiva, la discusión pública corresponde, por un lado, a la participación real de todos los actores interesados en la presentación de argumentos ante la Corte y, por otro, al serio compromiso de la Corte al recibir estos argumentos y sondearlos públicamente. Los interlocutores hablan mientras los que toman las decisiones (en este caso, los jueces) escuchan y cuestionan activamente.

Una Corte Constitucional puede tener mecanismos institucionales fuertes para canalizar esas voces. Sin embargo, ante la falta de mecanismos formales, nada impide estar alerta ante la pluralidad de posiciones que se emiten en la esfera pública informal<sup>5</sup>. Los interlocutores, por tanto, pueden ser incluidos mediante los canales argumentativos institucionales y extrainstitucionales disponibles en una comunidad política.

En tal sentido, la Corte debe dirigir la fase predecisional con una serie de propósitos en mente: recoger, en la medida de lo posible, los argumentos de los interlocutores y desafiar públicamente estos argumentos para que los interlocutores tengan la oportunidad de refinarlos, y, sobre todo, mostrar una apertura institucional a los actores que puedan tener algo que añadir a la cantidad de argumentos que se refieren al caso. El desempeño de la Corte en esta etapa debe ser juzgado por estos tres patrones generales.

<sup>5</sup> Los mecanismos formales, como veremos en el capítulo VI, pueden comprender diferentes tipos de peticiones o cara a cara, y pueden incluir audiencias públicas o sesiones de audiencias típicas. Según Alan PATERSON, las sesiones de audiencia de la Cámara de los Lores fueron, al menos durante el periodo que estudió, el momento principal en el que ocurre la persuasión real. Fue un tipo de deliberación oblicua, en la cual los jueces no se dirigieron directamente entre sí. Sin embargo, por medio de las preguntas dirigidas a los litigantes, generalmente tenían la intención de convencer a sus colegas (PATERSON, 1982: 72). Dependiendo de qué tan flexibles y versátiles sean estos mecanismos para capturar varios tipos de argumentos y permitir que varios actores reivindiquen sus posiciones, la disputa pública podría verse como un mecanismo de democracia participativa.

### 3.2. Compromiso colegiado

El compromiso colegiado es la aspiración rectora de una Corte Constitucional en lo que respecta a su fase decisional. Es el estándar apropiado para disciplinar y evaluar el proceso intramural que ocurre entre los propios tomadores de decisiones. En lugar de mirar hacia fuera para recopilar y probar argumentos que los interlocutores podrían forjar, los jueces interactúan entre sí para tomar una decisión.

Se asume que la asepsia institucional apropiada está en su lugar cuando los tomadores de decisiones se reúnen para deliberar, ya que, de lo contrario, el compromiso colegial no sería una directriz plausible. Por tanto, este escenario debe mitigar, por mucho que se pueda anticipar, algunas de las objeciones contra los peligros de la deliberación: al involucrar a sus colegas profesionales, los riesgos de reforzar y reproducir las desigualdades sociales por medio de la deliberación no están obviamente en juego; al esperar que todos los tomadores de decisiones tengan la apropiada capacidad argumentativa y la resistencia mental, se controla el riesgo de opresión y otros tipos de formación no autónoma; al exigir a los encargados de la toma de decisiones que estén adecuadamente versados en cuestiones constitucionales, los peligros de las jerarquías epistémicas son improbables.

La deliberación no es un duelo verbal. No está, por tanto, orientada en el mismo espíritu de una competencia<sup>6</sup>. El estándar de compromiso colegial obliga a los jueces a escuchar e incorporar las razones de sus compañeros en la suyas, ya sea para adherir o para disentir. Sin embargo, no están obligados a esconder o suprimir el desacuerdo, sino que se comprometen a una argumentación franca en busca de la mejor respuesta. Es relevante que la Corte «se esfuerce más por llegar a opiniones comunes», como Ferejohn y Pasquino desean que la Corte Suprema de Estados Unidos lo haga<sup>7</sup>. Las propiedades formales del Estado de Derecho pueden ser razones de segundo orden que impulsan compromisos en los que es arduo llegar a un acuerdo sustantivo. La deliberación no es solo un instrumento para fabricar el consenso, sino también para tratar de llegar a una buena decisión independientemente de la unanimidad.

Una Corte deliberativa busca el consenso y las buenas decisiones al ser permeable a una amplia gama de argumentos razonables que pueden haber sido impulsados por diversas fuentes. La Corte debe asimilar no solo los argumentos razonables que fueron presentados

<sup>6</sup> Ian SHAPIRO cree que los jueces estadounidenses lo hacen: «Más bien intentan mostrar que tienen la opinión más convincentemente razonada, el mejor argumento. Esta es una empresa de justificación competitiva, no cooperativa. El argumento es sobre ganar, que es lo que los abogados están capacitados para hacer. La deliberación se trata de obtener la respuesta correcta» (SHAPIRO, 2002: 197).

<sup>7</sup> FEREOHNS y PASQUINO, 2004: 1702.

oficialmente por los interlocutores, sino también los que fueron informalmente ventilados sobre el tema respectivo por otros interlocutores y los que se pueden imaginar de manera razonable. La Corte, por tanto, tiene la carga de representar e inspeccionar tales argumentos al calor de la deliberación decisional. Los déficits procesales ocasionales que impiden que los interlocutores interesados presenten formalmente sus razones, y, por tanto, dificultan la capacidad de la Corte para ampliar su repositorio argumentativo en la fase anterior, pueden ser compensados por la capacidad y aptitud de la Corte para escuchar a la esfera pública exterior y para imaginar otros puntos de vista posibles. Esta es la única manera de contrarrestar o incluso neutralizar una pobre actuación de los interlocutores en la fase anterior.

La fuerza motriz del compromiso colegial es, en consecuencia, triple: el esfuerzo para tomar en cuenta todas las posiciones que la Corte fue capaz de recolectar y de concebir, la búsqueda de la mejor respuesta basada en principios y la búsqueda del consenso o, si no se presenta, la búsqueda de un mínimo disenso. Corresponde a cada Corte equilibrar estas demandas cuando se mueven en direcciones diferentes<sup>8</sup>. Especialmente en lo que respecta a las promesas epistémicas y comunitarias, como se sugirió en el primer capítulo, es probable que surjan dilemas serios.

### 3.3. Decisión escrita deliberativa

Una decisión escrita deliberativa es aquella que traduce los compromisos éticos de la deliberación en una pieza escrita. Aparte de bien razonada, tiene la carga de ser sensible y entendible por el público. Evaluar si una decisión escrita es deliberativa, en el sentido aquí definido, requiere algo más que el ejercicio de examinar si la Corte ha abordado los argumentos de los litigantes, más que simplemente contar los puntos de una lista de verificación. La decisión deliberativa es caracterizada, sobre todo, por su estilo literario.

En contraposición a las dos fases anteriores, en las que la Corte se concentró en recoger, digerir e imaginar diversos puntos de vista para tomar una decisión, el foco de atención aquí es comunicar, de manera cuidadosa, la decisión ya tomada. Una decisión escrita deliberativa, por tanto, no es un anuncio críptico y arcaico de una supuesta respuesta correcta<sup>9</sup>, y tampoco es una afirmación apodéctica de lo que

<sup>8</sup> Como resumió Albie SACHS: «El objetivo es alcanzar un consenso de principios siempre que sea posible» (SACHS, 2009: 243).

<sup>9</sup> Este contraste se asemeja a la distinción bien conocida de Karl LLEWELLYN entre dos estilos de razonamiento judicial: el estilo formal, que «corre en forma deductiva con un aire o expresión de inevitabilidad de línea única», y el gran estilo, que se ocupa del principio detrás de la regla, recurre al «sentido de la situación» y proporciona orientación para el futuro (LLEWELLYN, 1960). Cada uno tendría distintos «impulsos estéticos», mientras que el estilo formal busca la claridad fría, el gran estilo busca ser «funcional». Véase TWINING, 1973: 210.

la Constitución significa en virtud de los supuestos superpoderes interpretativos de la Corte. Es más bien el producto de un esfuerzo para tratar todos los puntos de vista de manera exhaustiva.

Una Corte deliberativa es consciente de su falibilidad y de la inevitable continuidad de la deliberación en la esfera pública y en posibles casos futuros. La decisión escrita debe transmitir esta actitud mediante una retórica cuidadosa y laboriosa. A pesar de consumir efectos concretos, la decisión también invita a nuevas rondas deliberativas. Sachs ha expresado de manera directa cómo se las arregló para afrontar tal desafío. La decisión, para él, en lugar de dividir la nación entre «iluminados» e «ignorantes», debe demostrar un respeto especial a aquellos cuyas creencias profundas resultan afectadas por la decisión. En otras palabras, la decisión tiene un estilo que evita tratar a las partes como ganadoras y perdedoras de una discusión interpretativa. Los interlocutores deben ser considerados como miembros de una comunidad que seguirá debatiendo sobre esa controversia específica mientras persista el desacuerdo<sup>10</sup>.

El texto de una decisión deliberativa suele ser una rearticulación embellecida del compromiso colegial. Necesita transformar un proceso complicado de argumentación interpersonal cara a cara, o de otro modo, en un discurso accesible. Como Sachs ha recomendado, el proceso de redacción tiene una calidad «de limpieza» que es fundamental para la función prominente que desempeñan las Cortes Constitucionales<sup>11</sup>.

Esta fase de redacción debe esforzarse por convertir el compromiso colegial en una decisión supraindividual, en aras de producir el tipo especial de despersonalización que solo la deliberación transmite. Una Corte deliberativa, en esta fase, tiene que equilibrar la necesidad de construir una identidad institucional y respetar el lugar y el valor de las opiniones disidentes. Esta institución debe prestar especial importancia a la autoría institucional, pero no oculta, en la medida en que las circunstancias lo recomiendan, el desacuerdo interno en la Corte. Una Corte deliberativa no muestra públicamente ningún tipo de desacuerdo, sino solo aquellos que resisten el compromiso colegial. Las divisiones, cuando estas persisten, son serias y respetables.

<sup>10</sup> Albie SACHS ejemplificó este desafío con la decisión de la Corte Constitucional sudáfricana que confirmó el matrimonio entre personas del mismo sexo: «Si bien defiende inequívocamente el derecho de las parejas del mismo sexo a ser tratadas con el mismo respeto dado a las parejas heterosexuales, al mismo tiempo reconocería y daría reconocimiento constitucional a la creencia de las profundidades de la conciencia sostenida por miembros de la fe que tuvieron una opinión diferente» (SACHS, 2009: 7). «Los tribunales deberían buscar, siempre que sea posible, comprometerse con toda la nación. Los juicios de las Cortes no deben dividir a la nación entre progresistas y reaccionarios» (*ibid.*: 254).

<sup>11</sup> Según Albie SACHS: «Trabajamos con palabras y nos convertimos en los contadores de historias más influyentes de nuestra época. La forma en que contamos una historia suele ser tan importante como lo que decimos. La tecnología que utilizamos no puede ser la de un discurso despersonalizado y divino que declara soluciones a problemas de la vida humana por medio de la enunciación de lo puro y de lo clásico» (*ibid.*: 270).

Desde el punto de vista formal, una decisión deliberativa puede manifestarse tanto como una sola voz o como múltiples voces. Puede ser una decisión *per curiam* o *seriatim*, o estar en algún lugar en el medio, compuesto por una opinión de la mayoría conjunta más las opiniones concurrentes y disidentes ocasionales. No hay una causalidad inmediata o infalible entre el compromiso colegial y una sola voz ni entre la falta de deliberación interna y la decisión a múltiples voces. La presencia o la ausencia de deliberación en la fase decisional no determinan automáticamente los formatos *per curiam* o *seriatim*. El compromiso colegial de buena calidad no puede presumirse fácilmente desde esa superficie formal<sup>12</sup>. Las permutaciones de estas dos variables producen una tipología de decisiones escritas. Los cuatro tipos pueden representarse gráficamente de la siguiente manera:

<i>Formato deliberativo</i>	<i>Seriatim</i>	<i>Per curiam</i>
No deliberativo	1	2
Deliberativo	3	4

Una decisión *seriatim* no deliberativa podría simbolizar no solo una falla, sino, muy probablemente, la mera falta de esfuerzo para converger que debería animar la interacción colegiada. Incluso de estar precedida por una pequeña comunicación informativa —que es necesaria para cualquier agregación— queda incompleta, como una pieza escrita, del estándar normativo esbozado anteriormente. En tales términos, la decisión no deliberativa eclipsa la institución bajo la sombra de sus miembros individuales, quienes tienden a convertirse en personas públicas y terminan siendo percibidos por lo que piensan personalmente, no por lo que son capaces de proponer o por sus resultados cuando actúan como foro colegiado. Esta indolencia institucional es lamentable, por cuanto renuncia a las promesas de la deliberación (incluso si cada opinión fragmentada se esfuerza fundarse en los mejores argumentos) y, por tanto, trivializa el valor de los dilemas constitucionales. Una decisión *seriatim* no deliberativa es el arquetipo

<sup>12</sup> Existe una verdadera diferencia entre el estilo inglés, legal, común y tradicional, y el estilo de la Corte Suprema de Estados Unidos. En el primero, las opiniones tanto de la mayoría como de la minoría están casi siempre separadas. En el segundo, a menos que la opinión mayoritaria se diluya en una serie de coincidencias, generalmente hay una única «opinión del tribunal», unida a discrepancias y concurrencias ocasionales. Como afirman Lewis KORNHAUSER y Lawrence SAGER, el paso del estilo inglés al estadounidense «implica más que el hecho mecánico de una economía en el número de opiniones [...]. Se trata de un compromiso y una demanda de deliberación colegial, y apoya el ideal de una Corte de jueces múltiples que actúe como una entidad, no meramente una agregación de jueces individuales» (KORNHAUSER y SAGER, 1993: 13). Con respecto a lo formal, por tanto, parece haber una diferencia de grado a lo largo de un *continuum* entre el *seriatim* y el *per curiam* (porque la Corte estadounidense puede llegar, incluso excepcionalmente, a un *seriatim extremo*). Detrás del formato, sin embargo, se encuentra una diferencia cualitativa esencial relacionada con el *ethos* interno de la Corte, como lo señalaron KORNHAUSER y SAGER.

de la personificación y está compuesta por un mosaico de opiniones individuales que no se conversan mutuamente. La falta de comunicación entre las opiniones de los distintos jueces hace que sea aún más perjudicial, además, para el Estado de Derecho, por cuanto no ofrece una clara *ratio decidendi*.

Una decisión *per curiam* no deliberativa, en cambio, es una decisión singular que no satisface los estándares éticos antes descritos. Incluso de lograrse la de personificación de la decisión, así como satisfacer algunos requisitos del Estado de Derecho, como claridad y coordinación, no necesariamente satisface el test de sensibilidad y empatía. Este tipo de decisión se ubica cerca de una mera exposición hermética y oscura de directivas normativas. Empíricamente, dicha decisión puede estar precedida por cierto compromiso colegial, pero puede ser adoptada en virtud de otro tipo de consideraciones. En el canon de Derecho comparado, el estilo francés, seco y sinóptico, de razonamiento judicial se asemeja a este tipo de decisión de manera más clara <sup>13</sup>.

En cuanto a los otros dos tipos de decisiones, tanto la deliberativa *per curiam* como la deliberativa *seriatim* siguen ese estilo de razonamiento a plena voz <sup>14</sup>. La primera, sin embargo, está despersonalizada en un sentido más amplio, mientras que la segunda contiene múltiples voces que, al contrario de la versión no deliberativa, sí se comunican entre sí <sup>15</sup>. En lugar de un frágil mosaico, sus opiniones están entrelazadas de una manera más explícita: los argumentos mutuos se enfrentan, se responden las objeciones y se toman posiciones.

Todas las decisiones escritas dictadas por una Corte colegiada se pueden clasificar en una de estas cuatro categorías. Una Corte deliberativa debe, en principio, favorecer el tercer o el cuarto tipo, los cuales comparten ese estilo. No significa, sin embargo, que se trate de un dilema periférico o que una Corte deliberativa deba ser indiferente con respecto a la elección entre ellos. Diferentes contextos pueden requerir otros tipos de consideraciones que podrían impulsar a uno u otro. En la medida en que el contexto político exacto de la decisión es desconocido, ambos formatos son compatibles con el ideal deliberativo. Para la teoría normativa de nivel medio, no existe suficiente información para una elección incuestionable.

<sup>13</sup> LASSER, 2004.

<sup>14</sup> Neil MACCORMICK considera que la tradición *seriatim* del sistema británico es la mejor manera de comunicar toda la gama de argumentos y contraargumentos: «Una fuerte razón para articular claramente estos argumentos contrarios es que un juez disidente puede haber expresado en forma fuerte los mismos motivos que es necesario contrarrestar para justificar la opinión mayoritaria para que se levanten [...]. Ciertamente, es una consecuencia de la configuración dialéctica del juicio de apelación británico que, de forma característica, una exploración mucho más completa de los argumentos de una manera u otra establecidos en aquellos sistemas que en efecto expresan solo un conjunto de razones justificativas suficientes para lo que puede ser solo una decisión mayoritaria, y que no necesitan ensayar ni contrarrestar ningún posible argumento opuesto» (MACCORMICK, 1978: 10).

<sup>15</sup> El grado en que un *seriatim* deliberativo puede ser personificado depende de otras variables de diseño, como la alternativa del anonimato. Lo consideraré en el capítulo VI.

Probablemente con la excepción de una decisión *seriatim* no deliberativa, la elección entre las otras tres opciones formales podría resultar más compleja debido al contexto político del control de constitucionalidad. Incluso una decisión *per curiam* no deliberativa, lamentablemente por las razones ya articuladas, podría ser importante cuando las circunstancias políticas así lo indiquen. El elemento político de los límites del desempeño deliberativo orientará esa elección. La siguiente sección volverá a esto.

En resumen, la promoción de la discusión pública, el fomento del compromiso colegial y la elaboración de una decisión escrita deliberativa son las tres tareas básicas de una Corte deliberativa. El capítulo V complementa y descompone las virtudes específicas que estas tres tareas requieren de los jueces. A los efectos de este capítulo, todavía vale la pena explorar cómo las promesas y los valores de deliberación, descritos genéricamente en el capítulo I e indistintamente aplicados a las Cortes colegiadas en el capítulo II, todavía pueden tener algo que decir sobre una Corte Constitucional en cada uno de estos tres momentos de deliberación.

#### 4. DELIBERACIÓN INTERNA Y EXTERNA: UNA RECONFIGURACIÓN

El capítulo anterior presentó las razones por las cuales debemos preferir una Corte colegiada a un solo juez, al menos para que tome las decisiones de última instancia. Las respuestas invocaron preocupaciones de prudencia política, despersonalización, reconocimiento simbólico y probabilidad epistémica. Sin importar las causas históricas que han llevado a la adopción y la evolución de las Cortes colegiadas, existen una serie de razones normativas convincentes para elegir este arreglo institucional en lugar de los alternativos. Pero ¿por qué debería deliberar una Corte de múltiples miembros? Se argumentó que la mayoría de las promesas de deliberación son aplicables a las Cortes colegiadas y que, mientras la probabilidad epistémica sea confiable, existe un valor intrínseco en el intento de cumplirla. En suma, un conjunto de razones independientes de la deliberación justifica la decisión colegiada y razones adicionales fundamentan la defensa de una Corte deliberativa.

Esa defensa de una Corte colegiada deliberativa es totalmente aplicable a una Corte Constitucional. En este contexto, sin embargo, hay más en juego. La función trascendental del control de constitucionalidad hace que las fases predecisional y posdecisional sean relevantes desde perspectivas no apreciadas anteriormente. Las decisiones judiciales ordinarias están privadas de ese peso político.

Por tanto, las Cortes Constitucionales deberían ser instituciones deliberativas en un sentido más amplio. Hay más que ganar con ellas.

Esta afirmación no es evidente por sí misma y necesita revelar por qué la deliberación, en asuntos constitucionales, es excepcionalmente valiosa. La tabla siguiente enumera las cualidades deliberativas potenciales de las tres fases.

<i>Discusión pública</i>	<i>Compromiso colegial</i>	<i>Decisión deliberativa escrita</i>
Débil/epistémica	Fuerte/epistémica	Fuerte/epistémica
—	Comunitaria (interna)	Comunitaria (externa)
Fuerte/psicológica	Débil/psicológica	Fuerte/psicológica
Fuerte/educativa	Débil/educativa	Fuerte/educativa
Fuerte/intrínseca	Débil/intrínseca	Fuerte/intrínseca

Esta esquematización no debe ser entendida como una sugerencia de un proceso discontinuo con características apretadas y diferenciadas. Sin embargo, desvela las diferentes formas y grados en que los valores y las promesas de la deliberación están en juego.

En la medida en que hay un valor epistémico en el quehacer de las Cortes deliberativas, una parte de ello se puede identificar a lo largo de las tres fases. La discusión pública contribuye a la multiplicación de puntos de vista sobre una cierta controversia. Puede, por lo menos, ser una práctica fuerte de consecución de información. Además, es consecuente e indispensable para el potencial epistémico del compromiso colegial que se debe seguir. En el momento decisivo, la interacción argumentativa en la búsqueda de un movimiento institucional, más que una mera agregación no deliberativa, puede, de manera más probable, conducir a una decisión ajustada que permita una construcción transparente de los desacuerdos que realmente subsistan. La revelación de la premisa, la efervescente creatividad y la búsqueda de la verdad, como se define en el capítulo I, es más probable que deriven de un compromiso colegial que de técnicas de agregación alternativas. Finalmente, la producción de una decisión escrita deliberativa tiene la función epistémica no despreciable de complementar los próximos casos con precedentes densamente redactados. Sin tales precedentes, un caso futuro tendría que volver a inaugurar la cadena deliberativa desde cero, perdiendo los logros argumentativos y los avances de casos anteriores. Destruiría, en otras palabras, los dividendos deliberativos que los casos actuales pueden recibir de la acumulación de precedentes.

El objetivo comunitario de un consenso es menos preocupante para la fase predecisional, que básicamente aporta insumos a una próxima decisión. La discusión pública, indudablemente, se inspira en el propósito de la persuasión. Sin embargo, en esta etapa temprana no puede tener un compromiso especial para reducir el desacuerdo. Este es un momento adverso propio del litigio, preocupado especial-

mente por recoger argumentos y exponer posiciones. El compromiso colegial, por otra parte, tiene la responsabilidad de construir una decisión institucional y despersonalizada. La deliberación aquí es una manera apropiada (aunque no sea la única concebible) de llegar a un consenso entre los tomadores de decisiones. Finalmente, en la medida en que una decisión escrita es capaz de documentar la identidad institucional fuera de la deliberación interpersonal, es más probable que una decisión no deliberativa reduzca los desacuerdos entre los interlocutores de la Corte.

En cuanto a la promesa psicológica —el sentido de respeto inculcado entre los participantes de la deliberación—, una Corte Constitucional deliberativa probablemente hará un mejor trabajo en las siguientes fases: una discusión pública nutrida y una decisión cuidadosamente redactada. El respeto intrainstitucional, como ya se argumentó en el capítulo anterior, permite a la Corte mantenerse colegiada y mantener su capacidad de deliberación.

La deliberación puede también servir de medio para educar a los deliberadores<sup>16</sup>. La participación activa en el proceso de discusión pública y, más tarde, en la revisión de la decisión judicial final puede educar a los interlocutores en las habilidades argumentativas y en los atributos morales requeridos por la deliberación y, además, ilustrarlos en el propio tema. En cuanto a los jueces de una Corte Constitucional, los cuales deliberan de manera rutinaria, la mera mejora de habilidades sería una expectativa frívola. Además, la deliberación puede ser una manera peculiar de refinar sus conocimientos sobre el tema respectivo.

Las razones instrumentales para la deliberación, por tanto, son ampliamente aplicables a las tres actividades bajo análisis. Cada una tiene algo que decir acerca de los posibles roles y la deseabilidad de cada tarea deliberativa, pues proporcionan una ruta justificada para la empresa deliberativa de las Cortes Constitucionales. Este tipo de razón se establece en términos de un cálculo de probabilidad acerca de las posibilidades de que la Corte se dé cuenta de esos fines. Incluso si la deliberación falla ocasionalmente, su práctica somete y hace más probable que la Corte llegue a una mejor decisión desde el punto de vista epistémico, supere una mera decisión supraindividual, incluya y responda todos los argumentos en juego, así como nutra el sentimiento de respeto e ilumine a los participantes de este proceso.

Estas bases instrumentales son posiblemente suficientes. Sin embargo, se puede buscar una base más vigorosa en la que se pueda basar la deliberación judicial en sus diversas manifestaciones. Las razones instrumentales permiten al teórico normativo asumir la probabilidad de ciertos resultados deseados. El teórico no suele acompa-

---

<sup>16</sup> Véase, para una declaración más reciente, STONE-SWEET, 2000: 194-204. La función pedagógica de las Cortes Constitucionales es un viejo punto ya formulado, entre otros, por BICKEL, DWORKIN y RAWLS.

ñar la especulación de vínculos causales no demostrados o, a veces, no demostrables. Las razones intrínsecas y persuasivas alivian la carga de probar las causalidades de una manera perentoria, ya que cambian el código del debate y sobreviven, hasta cierto punto, a una evidencia empírica ocasional que contribuye a cuestionar el potencial de la deliberación para alcanzar dichas promesas optimistas.

¿Qué razones intrínsecas —si existen— apoyan o promueven la discusión pública, el compromiso colegiado y las decisiones escritas deliberativas? Ha sido popular argumentar, de acuerdo con la descripción del último capítulo, que el punto del control de constitucionalidad es, como una cuestión de respeto a los ciudadanos, ofrecer razones públicas para las decisiones que afectan a los fundamentos constitucionales de la identidad política de la comunidad. Independientemente de que los ciudadanos acepten el contenido particular de las decisiones, merecen, como miembros iguales, esta retroalimentación colectiva. La idea de una decisión escrita deliberativa profundiza este compromiso y, por tanto, es más ambiciosa. Es necesaria entonces una decisión receptiva por el bien de cómo los interlocutores, de acuerdo con este exigente estándar de legitimidad, deben ser tratados por las instituciones políticas. Esta idea justifica el control de constitucionalidad sobre la base del importante servicio que presta a los interlocutores mismos.

Un argumento muy similar se aplica para la discusión pública. Una Corte que abre los canales institucionales para que los interlocutores argumenten muestra no solo un compromiso epistémico para entregar una buena decisión, sino también demuestra respeto. Los interlocutores tienen la oportunidad de hacerse oír y de ejercer su autonomía argumentativa frente a la Corte. Con lo cual podría afirmarse que el valor de la deliberación en la fase predecisional es contingente, en cierta medida, sobre el desempeño efectivo de la Corte en el momento de la decisión, pues serían, de alguna manera, interdependientes, porque la Corte solo logrará elaborar una respuesta genuinamente deliberativa si se ha comprometido con los interlocutores. En otras palabras, la discusión pública difícilmente será valiosa si, en última instancia, la Corte emite una decisión oracular o semejante a un decreto, ya que la fase previa a la toma de decisiones no tendría valor si no se tratara de un resultado deliberativo. Separados o combinados, sin embargo, el rendimiento en ambas fases tiene un valor intrínseco visible.

Parece menos difícil ilustrar el peso moral de la deliberación en las fases pre y posdecisional. Una Corte que ejerce el control de constitucionalidad interactúa no solo con los litigantes, sino también con la esfera pública ampliamente concebida. La Corte tiene la oportunidad de actuar como un catalizador de la deliberación externa y de trabajar como un «foro de discusión»<sup>17</sup> abierto y accesible. Es valioso tener un foro donde el imperativo moral de igual respeto no derive del

<sup>17</sup> KUMM, 2007.

derecho al voto, sino del derecho a ser escuchado y a recibir una respuesta rigurosa<sup>18</sup>.

En este sentido, una Corte Constitucional será bienvenida siempre que active un proceso de deliberación entre los ciudadanos. Los jueces, sin embargo, no necesitan deliberar entre ellos para lograrlo. Discutiblemente se puede afirmar que un juez unipersonal o una Corte no deliberativa pueden satisfacer esta expectativa. En la medida en que los jueces activen un proceso de deliberación, la forma en que estos interactúen entre sí no tiene relevancia. Sería, entonces, necesario dejarlos actuar como ellos quieran, siempre que satisfagan las expectativas deliberativas de las fases pre y posdecisionales, las oportunidades apropiadas para argumentar y una decisión escrita adecuada. Por consiguiente, no se puede deducir automáticamente que una Corte colegiada, para estimular los debates externos, debería ser internamente deliberativa en un sentido ambicioso, pues la dinámica interna con el propósito de provocar una conversación social sería superflua.

¿Por qué deben los interlocutores merecer el compromiso institucional de la Corte para elaborar de forma deliberada la mejor respuesta conjunta que los jueces puedan crear? La capacidad de estimular la deliberación externa no debe, de hecho, ser descuidada como un logro sin importancia de las Cortes, que, si bien no son deliberadoras, son óptimas proveedoras de razones. Cualquier sugerencia de interdependencia causal entre el compromiso colegial y las decisiones escritas deliberativas parece, si bien creíble, ligeramente exagerada en este nivel teórico. Sin embargo, a la luz del conjunto de razones antes compiladas, la deliberación es aún más fiable que las alternativas para producir la mejor decisión. Una Corte que renuncia a la deliberación pierde esta «fuente de iluminación»<sup>19</sup> epistémica. Una Corte que ejerce la deliberación, a su vez, demuestra *per se* que hace todo lo posible por alcanzar la decisión más razonable. Los jueces seguramente no deben deliberar por el bien de la deliberación. En la medida en que probablemente la deliberación incluye una propiedad epistémica, el mero intento de realizarla es valioso.

De acuerdo con el significado básico, una vez más, una Corte Constitucional será plenamente deliberativa si sobresale en esas tres tareas. El modelo arroja luz sobre los tres objetivos sin establecer ninguna jerarquía normativa entre ellos, lo cual escaparía del dominio propio de la teoría de nivel medio. Diversas circunstancias pueden exigir y justificar esos objetivos en diferentes escalas o intensidades. Las hipótesis causales que intentan relacionar empíricamente estas fases también podrían ser ensayadas y probadas en varias Cortes. Se podrían revelar compensaciones ocasionales entre la discusión pública, la participación colegiada y una decisión escrita deliberativa, y estas pueden

<sup>18</sup> En una concepción dualista de la democracia véase PETTIT, 2005.

<sup>19</sup> GRIMM, 2003.

ayudar a construir una defensa de una Corte deliberativa. Tales inquietudes extrapolarían mis propósitos.

El significado básico mejora algunas de las conclusiones subdesarrolladas por Ferejohn y Pasquino que se diagnosticaron en el capítulo III. Su distinción entre deliberación interna y externa, a pesar de ser sensata, todavía no capta las propiedades específicas de la fase predecisional. Su caracterización de la deliberación externa como decisiones de múltiples voces y de deliberación interna como toma de decisiones consensuales tuvo el efecto engañoso de sugerir un equilibrio inevitable entre ambas tareas. Su distinción entre las decisiones de una sola voz y las de múltiples voces era puramente formal, sin tener en cuenta cómo, a veces, el contenido y el estilo del texto decisonal pueden ser aún más importantes para desencadenar la deliberación externa que la mera exposición de un conjunto que separa las opiniones, sin importar cómo están redactadas. Por último, estos autores ignoran que la deliberación interna, además de incrementar las posibilidades de reducir los desacuerdos, lo que sería importante para satisfacer las demandas formales del Estado de Derecho, acumula un conjunto de otras promesas plausibles que a veces pueden incluso superar su virtud de consenso. El compromiso colegial es deseable por muchas otras razones más allá del único atractivo, en ciertas circunstancias, de una decisión clara y unitaria de la Corte.

## 5. PRÓLOGO A LOS SIGUIENTES CAPÍTULOS

Una Corte Constitucional podría aspirar a ser una solucionadora pragmática de problemas y de controversias, independientemente de las razones. Podría ir más allá y desempeñar el papel de una proveedora de razones y de consistencia del Estado de Derecho. O podría ser, más ambiciosamente, una defensora de los procesos socioculturales más amplios sobre la identidad política de una comunidad. Solo una Corte deliberativa, por medio de las facetas identificadas anteriormente, alcanza estos tres logros acumulativos. Se está mejor, como comunidad política, si la razón judicial es más deliberativa que profética, si contiene argumentos buenos en lugar de declaraciones superfluas. Y el esquema de gobierno que rige sería más legítimo si el control de constitucionalidad fuera emprendido de esa manera.

La deliberación judicial, por supuesto, es muy estructurada. Al igual que todas las instituciones deliberativas, una Corte está restringida tanto por los rituales procesales como por los cánones del razonamiento, lo que quedará más claro en los próximos capítulos. Esto no debe conducir a conclusiones rápidas sobre sus méritos o defectos<sup>20</sup>. Los foros de toma de decisiones colectivas están todos enmarcados por reglas formales y tácitas, por cánones de razonamiento y con-

---

<sup>20</sup> Jeremy WALDRON, por ejemplo, deriva algunas generalizaciones pesimistas sobre la

venciones de interacción interpersonal. Estas reglas dan forma a las oportunidades para discutir y decidir. La informalidad y la espontaneidad no son cualidades típicas de las instituciones políticas. Cada una puede ser deliberativa a su manera.

La jurisprudencia tradicional no nos ha enseñado a evaluar las decisiones judiciales en términos de desempeño, pues está más preocupada por encontrar la respuesta correcta. Las herramientas para lograrlo abundan: métodos de interpretación y teorías de la justicia. Esta empresa se queda atrapada en una camisa de fuerza entre la interpretación correcta y la incorrecta. Además, la jurisprudencia no suele prestar atención al hecho de que las Cortes Constitucionales son instituciones colegiadas. Las teorías normativas de la decisión judicial permanecen en gran medida impasibles sobre esta característica institucional vital y no han percibido debidamente sus implicaciones relevantes.

Este capítulo presentó el modelo de desempeño deliberativo en tres niveles y se concentró en el primer nivel. Dicho nivel esboza lo que un régimen probablemente gana o pierde sin una Corte Constitucional deliberativa. Este modelo propicia, pero no puede garantizar, una decisión sustantivamente buena. Se basa en una probabilidad plausible de que la deliberación genera un mejor resultado. No obstante, existe mucho más que eso en una Corte Constitucional deliberativa.

Las decisiones sustancialmente erróneas, según la evaluación de un observador crítico, pueden salir de una Corte altamente deliberativa. El desempeño deliberativo, después de todo, es un test de salida de tipo procedimental. Sin embargo, este no es indiferente sobre la sustancia decisional, por cuanto la promesa epistémica es una de sus bases fundamentales. Ambos son objetivos que deben perseguirse. Siendo deliberativas, las Cortes Constitucionales buscan la respuesta correcta. Sin embargo, la teoría sustantiva que determina esa respuesta estará, por sí misma, sujeta a una deliberación controvertida.

Una Corte Constitucional deliberativa se compromete a tomar decisiones sustantivamente buenas, cuando sea posible y deseable, de una sola voz o, cuando sea justificable, en múltiples voces, siempre y cuando sean completamente sensibles y precedidas por una seria discusión pública y un compromiso colegial. La deliberación no debe ser subestimada como un medio para aquellos atractivos externos y, sin embargo, se esfuerza por ganar respeto y prestigio no solo por estas cualidades sustantivas y formales de sus resultados, sino por la forma en que trata a sus interlocutores.

Sin duda, tales esperanzas pueden ser frustradas. Incluso es posible predecir las circunstancias en las que estas expectativas epistémicas y comunitarias pueden fracasar o triunfar. Una vez más, una

---

capacidad judicial para el buen razonamiento moral tomando la Corte Suprema de Estados Unidos como su principal fuente de referencia (WALDRON, 2009a y 2009b).

buena decisión unitaria no es necesaria para dar fe del desempeño deliberativo. Las tres tareas deliberativas, en principio, deben ser desarrolladas incluso cuando es posible argumentar que no es probable que cumpla con esas promesas. Hasta cierto punto, las tres tareas son autónomas e irradian importantes valores intrínsecos: el esfuerzo institucional para tomar las declaraciones de los interlocutores con consideración y producir una respuesta éticamente aceptable, a pesar del desacuerdo que subsiste. Este intento en sí mismo, independientemente del resultado, es un logro laudable de un régimen político pluralista.

El lector puede estar de acuerdo o en desacuerdo con el modelo en diferentes niveles. Primero, se necesita una explicación genérica de la deliberación para comprender sus promesas y los puntos de referencia que pueden usarse para evaluar este aspecto particular del desempeño institucional. Los tres capítulos anteriores contribuyeron a este fin. El capítulo I aclaró cómo la deliberación está asociada con varias virtudes en la política y sus condiciones, el capítulo II delimitó cómo se podía ajustar la deliberación con la administración de justicia en general y el capítulo III contempló la decisión judicial constitucional en particular.

Segundo, es fecundo distinguir entre tres niveles de desempeño institucional. El capítulo actual presentó el significado básico de una Corte deliberativa de tipo ideal, pero al evaluar el desempeño deliberativo genuino, tal como se imagina, presentó dos niveles adicionales. Esta estructura de tres niveles forja la espina dorsal del modelo.

Tercero, es posible desagregar cada uno de estos niveles y criticar sus componentes internos. Sin embargo, las iniciativas para mejorar la toma de decisiones por una Corte Constitucional deben abordar todas estas dimensiones. Los tres niveles indican un camino para aumentar la capacidad deliberativa de estas Cortes.

Este modelo es lo suficientemente flexible y completo como para capturar, desde cierto ángulo, la mayoría de las variaciones en la toma de decisiones judiciales constitucionales desde una perspectiva comparativa. Al arrojar luz sobre la ética judicial y sobre aspectos del diseño institucional en el contexto legal y en las circunstancias políticas de la deliberación constitucional, se pretende hacer comparaciones entre el potencial deliberativo y el desempeño real de las Cortes Constitucionales. Este modelo ofrece, entonces, un retrato holístico de lo que está en juego en una institución deliberativa y, en particular, en una Corte Constitucional deliberativa.

Un observador curioso podría conjeturar, después de inspeccionar la superficie de la mayoría de las democracias contemporáneas, que las Cortes Constitucionales son el lugar desde donde, en promedio, han surgido las decisiones colectivas más cuidadosamente consideradas sobre los principios políticos. Esas decisiones supuestamente constituyen el principal compendio de la filosofía política aplicada pro-

ducida por estos regímenes<sup>21</sup>. Nada comparable a esto, podría anotar dicho observador, emana de los Parlamentos. Esta percepción está en consonancia con la abundancia de los estudios sobre las Cortes Constitucionales y con la exigua cantidad de publicaciones sobre los Parlamentos, especialmente en lo que se refiere a la promoción de los derechos y al razonamiento público<sup>22</sup>. Sin embargo, esta conclusión sería apresurada. Los juristas han sido tradicionalmente menos propensos a escudriñar los diversos canales del razonamiento legislativo. Los debates parlamentarios, por otra parte, no se documentan y se publican de la misma manera. Las decisiones judiciales suelen ir acompañadas de un conjunto de argumentos relativamente estructurados que justifican el resultado. Las razones en que se fundan las leyes, por otra parte, pueden difícilmente identificarse en los debates desordenados que preceden a la votación legislativa. Estos diversos estilos no prueban, por sí mismos, que los Parlamentos sean inferiores a las Cortes con respecto a la toma de decisiones basada en principios.

Este libro no busca ponderar la deliberación a expensas de otros foros deliberativos potenciales, sino que resalta qué sería lo mejor de la deliberación judicial. Consiste en una exhortación normativa para que las Cortes Constitucionales promuevan la discusión pública, el compromiso colegial y la decisión escrita deliberativa (diferentes dosis y mezclas de diseño institucional y de ética deliberativa pueden terminar superando esos tres objetivos). En el capítulo V se explican las virtudes de los tres componentes del desempeño deliberativo y en el capítulo VI se esclarecen los contornos institucionales que podrían motivarlos. El postulado normativo a partir del cual se desarrollan los próximos capítulos es que las Cortes Constitucionales deben ser deliberativas. De ahora en adelante, la propia conveniencia de una Corte deliberativa sale del centro de atención.

---

<sup>21</sup> Véase ROBERTSON, 2010.

<sup>22</sup> Los estudios comparativos recientes de las Cortes incluyen GOLDSWORTHY, 2006, y ROBERTSON, 2010. Sobre los Parlamentos véase BAUMAN y KAHANA, 2006.

## CAPÍTULO V

# LA ÉTICA DE LA DELIBERACIÓN POLÍTICA

### 1. INTRODUCCIÓN

La discusión pública, el compromiso colegiado y la decisión escrita deliberativa son logros institucionales. Representan los tres índices de actuación deliberativa y los tres objetivos a los que va dirigido este órgano colegiado. Sin embargo, resulta necesario investigar las actitudes individuales que se esconden detrás de tal búsqueda colectiva, traducir esos tres objetivos en un conjunto de microvirtudes que los jueces deben desarrollar y practicar si están comprometidos con esos objetivos. La investigación cambia de nivel grupal a nivel individual. ¿Qué tipo de comportamiento se debe esperar de los jueces que participan en una Corte Constitucional deliberativa?

La deliberación política, tal como se definió en el capítulo I, y el desempeño deliberativo de las Cortes Constitucionales, tal como se presentó en el capítulo IV, implican una ética, es decir, un conjunto de criterios que trazan una línea entre las acciones correctas e incorrectas. De los muchos elementos que dan forma a la deliberación, según la definición del capítulo I, algunos invocan actitudes éticas de manera más inmediata. La deliberación denota la ausencia de coerción, la argumentación interpersonal separada de los intereses egoístas, la tolerancia hacia un desacuerdo duradero tras el agotamiento del horizonte argumentativo, la presunción de igualdad de estatus entre los participantes y una clara manifestación de respeto. Los deliberadores son propensos tanto a escuchar como a hablar y están dispuestos a cambiar sus preferencias previas a la luz de los nuevos argumentos que se plantean durante la discusión.

Estas afirmaciones, que integran el mantra de la literatura deliberativa, no son todavía demasiado contundentes. En verdad, aun no solucionan las dificultades que enfrentan los deliberadores y las opciones polémicas que deben tomar en el transcurso de esa actividad. La manera en que los deliberadores se comportan y se relacionan entre sí debe ser teorizada más profundamente. Se necesitan otras pautas con-

ductuales para hacer frente a los diversos dilemas que rutinariamente surgen de una interacción tan compleja. La deliberación tiene lugar en diversos lugares, cada uno de ellos con distintas prioridades y expectativas. Las circunstancias son mutables, y las de una Corte Constitucional pueden, de hecho, demandar diferentes respuestas éticas.

Este capítulo pretende iluminar este difícil fenómeno que subyace a la deliberación en las Cortes Constitucionales. Está compuesto de cuatro secciones adicionales. El segundo aproxima la discusión preliminar sobre el carácter propio de la ética de la deliberación y los siguientes tres epígrafes abordan las específicas cargas éticas que están más o menos presentes en cada una de las fases de la deliberación. En suma, este capítulo abarca aquello que es exigido por los tres índices del desarrollo deliberativo por parte de los jueces que integran una Corte Constitucional deliberativa.

## 2. LA NATURALEZA DE LA ÉTICA DE LA DELIBERACIÓN

Las investigaciones éticas normativas a menudo comienzan ubicándose en algún lugar dentro de una tríada clasificatoria. «Ética de la virtud», «deontología» y «consecuencialismo», con sus respectivas variables internas, son las alternativas genéricas ofrecidas por la tradición filosófica<sup>1</sup>. La ética de la deliberación podría ser discutida de diferentes maneras y, por tanto, aproximarse a cada una de estas tres ramas del pensamiento ético.

Si se ideara en términos consecuencialistas, por ejemplo, la deliberación sería mejor o peor, y los deliberadores serían más o menos dignos de elogio, en la medida en que se despliegan los cuatro resultados esperados: epistémicos, comunitarios, psicológicos y educativos. Aunque las consecuencias de la deliberación podrían ser relevantes, ese enfoque sería equivocado o seguramente empobrecedor. La ineptitud de una formulación exclusivamente consecuencialista no se debe al hecho de que la deliberación, teniendo también un valor en sí misma, debería ser practicada en cualquier momento y en cualquier lugar, independientemente de sus resultados.

Esta defensa moral simplista ya estaba descartada. Cuando se trata de una institución decisoria, ese camino justificativo autónomo se vuelve aún más débil. Las instituciones no deben deliberar por deliberar, sino que lo hacen con alguna finalidad instrumental. La deliberación no es indiferente a sus consecuencias. La dificultad es que un enfoque basado únicamente en las consecuencias no representa ni explica las acciones apropiadas que probablemente producirán esos apreciados efectos. Tal enfoque no hace justicia a la experiencia fenomenológica de un deliberador. Incluso si la deliberación autoriza a los par-

<sup>1</sup> ARISTÓTELES, KAM y BENTHAM son considerados los padres espirituales de estas tradiciones. Véase OAKLEY, 1996.

participantes a esperar más o menos beneficios y resultados o incluso exigirles que busquen esos productos, su misma definición es indiferente a las consecuencias que, en la práctica, finalmente se deriven.

Una ética robusta de la deliberación, propia de esa tricotomía, tendría que ser desarrollada más en términos deontológicos o como una instancia de la ética de la virtud. Esta división es más intrincada. En todo caso, para situar de forma rigurosa las proposiciones del capítulo actual bajo cualquiera de estas rúbricas se requeriría un análisis más técnico de la filosofía moral del que se propone este libro <sup>2</sup>.

Es difícil referirse a la deliberación sin adentrarse en el vocabulario de la virtud. Las virtudes inspiran un acto sincero más que una obediencia estratégica a una regla. Actuar de manera justa en la deliberación no es simplemente cumplir con los deberes o patrones de conducta correcta. El «espíritu» de la deliberación exige más que conformidad «a la literalidad de una regla» <sup>3</sup>. Transmite algo más allá del simple deber de intercambiar argumentos. Los individuos no pueden deliberar sino con las motivaciones correctas (aparte de las expectativas consecuencialistas incrustadas en las promesas de la deliberación). De lo contrario, una parte relevante del llamamiento normativo de la deliberación se desvanecería. Las ambiciosas promesas epistémicas y comunitarias, al menos, se volverían falsas. La búsqueda de la mejor respuesta y el intento de persuasión deben ser genuinos y no «solo para el espectáculo».

Si una virtud es solo una «disposición sincera a actuar» por el motivo de una determinada razón o una predisposición sin vacilar derivada de rasgos de carácter profundos y arraigados, es una discusión en la ética normativa sobre la cual no se puntualizará. La ética de la deliberación no se puede comprender por completo en términos deontológicos, pero esta afirmación, por sí sola, no es suficiente para salvar esa disputa clasificatoria.

La distinción entre motivaciones, hechos y consecuencias de los hechos es indispensable para comprender la deliberación. Si no se acompaña de las motivaciones correctas, no se puede considerar que una interacción argumentativa sea verdaderamente deliberativa <sup>4</sup>. La deliberación, en este sentido, comprende los hechos y las motivacio-

<sup>2</sup> Para llamarlo una ética de la virtud tendría que entrar en el debate sobre las emociones y la moral, la posibilidad de salir de dilemas resolubles, irresolubles y trágicos con manos limpias o sucias, etcétera. Véase HURSTHOUSE, 2002: capítulos 2 y 3.

<sup>3</sup> Según Rosalynn HURSTHOUSE: «El diablo, después de todo, puede citar las Escrituras para servir a sus propios propósitos: uno puede ajustarse a la letra de una regla mientras viola su espíritu» (*ibid.*: 32). O en otro pasaje: «Claramente, uno puede dar la apariencia de ser una persona generosa, honesta y justa sin serlo, asegurándose de que uno actúe de ciertas maneras. Y eso es suficiente para mostrar que hay más en la posesión de una virtud que estar dispuesto a actuar de ciertas maneras, al menos uno tiene que actuar de esa manera por cierto tipo de razones. Pero, de hecho, pensamos que tales rasgos de carácter implican mucho más que tendencias o disposiciones para actuar, incluso por ciertas razones» (*ibid.*: 11).

<sup>4</sup> Los deliberadores primero deben creer que hay un punto para deliberar. Una analogía útil puede tomarse de la provocación de Alan WOLFE contra los conservadores: «Los conservadores no pueden gobernar bien por la misma razón que los vegetarianos no pueden

nes detrás de ellos. Si debiéramos elaborar la ética de la deliberación en forma de un conjunto de deberes o codificarla por medio de una lista de reglas, las propias reglas tendrían que incluir rasgos de carácter. Esto, a su vez, aparentemente rompería la distinción entre la deontología y la ética de la virtud misma. Sin embargo, como lo demuestra Hursthouse, este no es necesariamente el caso <sup>5</sup>.

Las virtudes no son un tema demasiado explorado en la jurisprudencia contemporánea. Solum, sin embargo, ha estado enfatizando en el papel de las virtudes en la práctica de la administración de justicia. En lugar de concebir las virtudes judiciales —como la templanza, el coraje, la inteligencia y la sabiduría— como medios útiles para alcanzar buenas decisiones legales, las cuales son compartidas por toda teoría plausible sobre la justicia, él le otorga a las virtudes un papel más importante <sup>6</sup>.

Este papel está especificado por dos proposiciones polémicas: *i*) «una decisión legítima es una decisión que sería característicamente tomada por un juez virtuoso en las circunstancias que son relevantes para la decisión» y *ii*) «una decisión justa es idéntica a una decisión virtuosa» <sup>7</sup>. Solum busca presentar una posición que considere la decisión justa como lógicamente anterior a la virtud de la justicia. Para que sea verdaderamente «centrado en la virtud», una teoría de la decisión judicial no puede basarse exclusivamente en estándares independientes de decisión judicial correcta.

Duff elogia el esfuerzo de Solum para identificar las «cualidades sustantivas de carácter que equiparán o capacitarán a la persona para tomar decisiones correctas» <sup>8</sup>. Sin embargo, afirma que las virtudes siguen siendo derivadas y dependientes de un relato previo a la buena decisión <sup>9</sup>. En su opinión, las virtudes judiciales conservan una importante función epistemológica, pero no metafísica. Un juez, para él, no podría justificar su propia decisión apelando a sus presuntas virtudes, sino solo por medio de alguna explicación previa de lo que es una interpretación exacta o razonable del Derecho.

---

preparar un *boeuf bourguignon* de clase mundial. Si crees que lo que tienes que hacer es malo no es probable hacerlo muy bien» (WOLFE, 2006).

<sup>5</sup> Para una explicación clara sobre estos matices y también sobre cómo la mera referencia a la virtud no hace una teoría ética parte de la «ética de la virtud» véase HURSTHOUSE, 2002. Los valores tanto como las reglas generan prescripciones y prohibiciones. No es correcto afirmar que los especialistas en ética de la virtud están «centrados en el agente», no proporcionan una guía de acción o una noción de acción correcta, o que los deontólogos, «centrados en reglas», no puedan tener una noción de carácter o juicio, o que no se preocupen por las consecuencias (porque, a veces, saber qué es virtuoso o correcto depende de estimar sus consecuencias) (*ibid.*: 28-29).

<sup>6</sup> SOLUM, 2003.

<sup>7</sup> *Ibid.*: 199.

<sup>8</sup> DUFF, 2003: 221.

<sup>9</sup> Según Antony DUFF: «Podemos necesitar virtud para discernir qué requiere la justicia, pero lo que constituye un resultado como lo que exige la justicia no es que este resultado sea visto por el ojo de la virtud» (DUFF, 2003: 221).

La crítica de Duff puede haber sido demasiado rápida. Solum sostiene que: «Si bien podría decirse que una decisión justa es independiente de la virtud del juez particular que tomó la decisión, no es el caso que la justicia de la decisión sea independiente de la virtud judicial»<sup>10</sup>. Solum propone una distinción que Duff puede haber pasado por alto: la decisión correcta no está determinada por un «juez particular» que se proclama virtuoso, sino por una reflexión sobre lo que un juez idealmente virtuoso haría en una situación concreta. Por tanto, al contrario que Duff, Solum podría decir que un juez, de hecho, no justificaría su decisión diciendo que es virtuosa, sino mostrando que la decisión materializa lo que un hipotético juez virtuoso, en esas circunstancias, haría.

Sin embargo, la postura de Solum parece plantear una reflexión. Su argumento conceptual es incorporar en el conjunto de virtudes judiciales la virtud de la legalidad —la capacidad de comprender y aplicar adecuadamente el Derecho a la luz de la cual el juez virtuoso es uno que, gracias a su sentido de legalidad, puede llegar a decisiones legales aceptables—. Primero habrá que discutir qué es una decisión legítima para saber cómo decidiría un juez virtuoso. Solum, por tanto, no logra realmente eludir la necesidad de un criterio de resultado justo independiente de la virtud: para poder llenar el significado de «legalidad» en cada caso se procedería por la vía que estaba tratando de evitar.

Una teoría normativa de la decisión judicial, en la medida en que busca especificar los resultados correctos de la aplicación del Derecho, no puede estar «centrada en la virtud», en la forma en que Solum la define. Sin embargo, una teoría normativa de la deliberación puede hacerlo. Las verdades no son solo un medio para una buena deliberación; más bien la práctica de un conjunto específico de virtudes encarna la deliberación misma. Las virtudes, de hecho, son un medio para los resultados queridos que se supone derivan de la deliberación, y la corrección de estos resultados debería ser calificada con criterio independiente, lejos de lo sostenido por Solum. La plausibilidad del compromiso epistémico de la deliberación, en otras palabras, depende de actos francamente virtuosos. Las virtudes, sin embargo, no son estándares apropiados para medir aquello que es correcto desde el punto de vista epistemológico.

Se elucidarán las virtudes que conducen a la deliberación y los dilemas ocasionales que pueden surgir en el curso de la promoción de la discusión pública, fomentando el compromiso colegial y redactando una decisión escrita deliberativa. Todas las virtudes enumeradas, hasta cierto punto, están en juego a lo largo de las tres fases, y desentrañarlas demasiado sería artificial. Sin embargo, es útil subrayar qué virtudes sobresalen en cada fase.

<sup>10</sup> SOLUM, 2003: 199.

Este conjunto de virtudes dota a la Corte de una suerte de norte. En su conjunto, estas virtudes construyen una cultura de toma de decisiones que es indispensable para la credibilidad de una Corte deliberativa. Sin esta creencia compartida sobre los beneficios potenciales de la deliberación, el desempeño deliberativo se vería obstaculizado. El siguiente diagrama ilustra las virtudes a describir en los siguientes epígrafes:

<i>Etapas</i>	<i>Virtudes</i>
Predecisional	De los interlocutores: Curiosidad respetuosa.
Decisional	De los colegas de la judicatura: Colegialidad. Modestia cognitiva. Ambición cognitiva. Empatía.
Posdecisional	De los interlocutores: Sensibilidad. Claridad. Sentido de falibilidad y provisionalidad.

### 3. FASE PREDECISIONAL Y DISCUSIÓN PÚBLICA

¿Cómo se traduce la discusión pública en las actitudes de los jueces? Los jueces de una Corte deliberativa no solo se dirigen a los interlocutores de la Corte al proferir una decisión escrita. Su interacción con los interlocutores durante la fase predecisional es esencial para lo que la deliberación pueda significar en este punto.

Las Cortes Constitucionales contemporáneas, de hecho, en aras de la independencia y la imparcialidad, tienden a restringir las oportunidades para tal interacción y a dar prioridad a la pasividad judicial. El diseño formal, sin duda, puede nutrir o prevenir el potencial de la discusión pública. Esta cuestión, en cualquier caso, se tratará en el próximo capítulo. Para los propósitos presentes se elabora una imagen de lo que implica la discusión pública bajo la suposición de que las variables de diseño no imponen ningún obstáculo infranqueable en su contra. La discusión pública se caracteriza, por lo que se refiere al papel de los jueces, por la virtud de la «curiosidad respetuosa».

#### 3.1. Curiosidad respetuosa

Una Corte Constitucional deliberativa debe tener la capacidad de escuchar a un grupo plural de interlocutores y de estar atenta ante diversos tipos de argumentos externos. Debe aprovechar al máximo los diversos enfoques que pueden informar de manera óptima sus delibe-

raciones posteriores, pero no desde una óptica formal o simplemente atendiendo a la cantidad de puntos de vista. Debe, por lo demás, ofrecer a una amplia gama de interlocutores la oportunidad de hablar y desarrollar un filtro cualitativo para los argumentos razonables que tendrán que ser trabajados en profundidad.

En esta etapa, los jueces están interesados en escuchar y comprender activamente lo que los interlocutores tienen que decir, en lugar de debatir entre ellos. Pueden ocasionalmente argumentar con el propósito de investigar la consistencia y aclarar las afirmaciones del interlocutor, lo cual es, en sí mismo, parte de la «escucha activa». Su propósito, sin embargo, no es tan persuasivo como inquisitorial e informativo.

La curiosidad respetuosa, por tanto, consiste en poner en práctica la «escucha activa», cuidando los riesgos que esta puede traer. A pesar de sus inclinaciones naturales predeliberativas, los jueces deben resistir la formación de sus posiciones antes de que experimenten la secuencia de la interacción argumentativa en la que se supone que participarán posteriormente. Aparte de estar abiertos a escuchar antes de apegarse a sus inclinaciones predeliberativas ocasionales, los jueces deben ser lo suficientemente sensibles para demostrar que su decisión aún no está tomada y que están desarmados. Esto no significa, una vez más, que no puedan plantear preguntas agudas y desafiar la calidad de los argumentos que se proponen.

La técnica para plantear estas preguntas de una manera no tendenciosa es considerando las respectivas posiciones y vulnerabilidades políticas de los interlocutores, además de la originalidad de sus argumentos, lo cual exigirá habilidad y un juicio acorde. La curiosidad respetuosa no significa necesariamente que a cada interlocutor se le debe conceder exactamente igual oportunidad y tiempo para manifestar su opinión. Este tratamiento flexible y selectivo puede justificarse a la luz de todas las promesas de la deliberación. Incluso la equidad puede recomendar en algunos momentos esa flexibilidad si se asume una perspectiva de deliberación menos formalista. Un procedimiento rígidamente ritualizado, que impide que la Corte calibre la adecuada participación de cada interlocutor, podría obstaculizar la discusión pública. Este dilema, sin embargo, se refiere a un cálculo de diseño institucional que se abordará en el próximo capítulo.

La discusión pública, por supuesto, no puede ser garantizada solo por la curiosidad judicial respetuosa. Esta depende de la contribución que los interlocutores pueden o desean hacer. Esa virtud puede, no obstante, instruir a los jueces acerca de cómo reunir y presentar sus argumentos de una manera que sea compatible con el rol de la Corte Constitucional como foro deliberativo.

#### 4. FASE DECISIONAL Y EL COMPROMISO COLEGIAL

El compromiso colegial es un modo complejo de deliberación que se orienta al consenso, pero no depende de este. El compromiso colegial versa sobre la tensión entre las premisas epistémicas y comunitarias, y también sobre razones de segundo orden para llegar a la unanimidad. Los encargados de la toma de decisiones tienen la responsabilidad de llegar a una solución autorizada para el caso, de convertir posiciones individuales en posturas institucionales y de suprimir el desacuerdo. Para poder cumplir su responsabilidad de manera deliberativa, los jueces deben tener en cuenta cuatro virtudes: la colegialidad, la empatía, la modestia cognitiva y la ambición cognitiva.

##### 4.1. Colegialidad

La colegialidad es la primera y, usualmente, la única virtud desarrollada por la literatura jurídica que vincula a las Cortes con la deliberación<sup>11</sup>. Existe una suposición común según la cual la colegialidad conduce a una decisión *per curiam*, mientras que la individualidad provoca una decisión *seriatim*. La unanimidad, por tanto, señalaría la presencia de la colegialidad, mientras que las opiniones múltiples harían eco de su ausencia. Estas inferencias, por creíbles que sean, deben ser manejadas con cuidado. En las Cortes donde se prohíben las múltiples opiniones, la presencia o ausencia de colegialidad no es motivo de preocupación. En aquellas Cortes en las que se permiten opiniones múltiples, los efectos de la colegialidad pueden ser diversos. En cualquier caso, una Corte deliberativa es colegiada en un sentido más ético que numérico. Pero ¿qué implica esta virtud?

Existen múltiples definiciones de colegialidad. En sus formas primitivas, la colegialidad evoca camaradería, sociabilidad y exclusividad, así como estrechez de puntos de vistas y corporativismo<sup>12</sup>. La colegialidad consistiría en la creación de relaciones personales cercanas de clase para la búsqueda de objetivos orientados a ciertos intereses<sup>13</sup>. Un poco refinada, la colegialidad también puede significar el «uso constructivo de las relaciones con otros profesionales en la toma de decisiones profesionales»<sup>14</sup>.

La colegialidad como virtud de la deliberación tiene un sentido más preciso. Está, de hecho, vinculada a un proyecto colaborativo, en par-

<sup>11</sup> Hay una serie de artículos sobre colegialidad en la literatura estadounidense. La mayor parte de ellos están escritos por los propios jueces recordando su propia experiencia en una Corte colegiada. La discusión generalmente se concentra en si, cómo y cuándo disentir. No toca completamente las otras cualidades de la deliberación.

<sup>12</sup> Véanse EDWARDS, 2003: 1666, y COLLIER, 1992: 7.

<sup>13</sup> DA SILVA, 2013.

<sup>14</sup> COLLIER, 1992: 4.

ticular, aquel que se ocupa de la cultura institucional interna que favorece la deliberación y la búsqueda de la unidad<sup>15</sup>. La colegialidad, así, genera las condiciones para una «controversia cómoda»<sup>16</sup> y desarrolla una intimidad más allá del afecto<sup>17</sup>, en las elocuentes expresiones de los jueces norteamericanos.

Edwards ofrece una comprensión más útil. Para él, en lugar de consenso, la colegialidad implica «que discutamos seriamente y respetablemente las opiniones de los demás y que escuchemos con mentes abiertas»<sup>18</sup>. En una versión más elaborada, afirma que los jueces colegiales están dispuestos a «escuchar, persuadir y convencerse, en una atmósfera de dignidad y respeto», y que tal proceso «ayuda a crear las condiciones para un acuerdo de principios»<sup>19</sup>.

La colegialidad, por tanto, es un concepto sombriamente que podría descomponerse en otras virtudes. Comprende un cierto nivel de respeto, un compromiso con la argumentación y la cooperación, y una disposición a esforzarse por una decisión supraindividual. La colegialidad, así entendida, es más amplia y matizada que la «ética del consenso», mencionada en el primer capítulo, pero ciertamente incluye este «objetivo compartido de unanimidad»<sup>20</sup>.

Una empresa colegial implica «un cambio en la agencia de desempeño del individuo al grupo»<sup>21</sup>. En el caso de la decisión judicial colegiada, la agencia de desempeño es la Corte, no el juez. La colegialidad es una aguja magnética que apunta hacia la convergencia. Sin esta fuerza gravitatoria, la interacción se convierte en mera justificación mutua y en ocasional aquiescencia pasiva, en lugar de auténtica deliberación. La colegialidad, por tanto, está claramente opuesta a la figura del juez, que, a pesar de estudiar cuidadosamente el caso y elaborar razones bien definidas para decidir, no siente ninguna responsabilidad de interactuar y comunicarse con sus colegas. Este es un ejemplo fácil de la falta de colegialidad. Esta virtud puede tener que armonizar dilemas éticos más intrincados. Tales dilemas se materializan cuando, a pesar del esfuerzo mutuo de argumentar y persuadir,

<sup>15</sup> Según Lewis KORNHAUSER y Lawrence SAGER: «La colaboración y la deliberación son marcas comerciales de la empresa colegial» (KORNHAUSER y SAGER, 1993: 2).

<sup>16</sup> Para Deanell Reece TACHA: «La colegialidad es un debate animado, tolerante y reflexivo, es el intercambio abierto y franco de opiniones, es una cómoda controversia, es el respeto mutuo obtenido por medio del intercambio vigoroso» (TACHA, 1995: 587).

<sup>17</sup> Para Frank MOREY COFFIN: «La colegialidad tiene varias caras. Una es intimidad. Pero es la intimidad más allá del afecto. Se alimenta de la primavera de nuestra empresa común» (COFFIN, 1980).

<sup>18</sup> EDWARDS, 1998: 1361.

<sup>19</sup> EDWARDS, 2003: 1645.

<sup>20</sup> Según John FERREJOHN y Pasqual PASQUINO: «Si bien permiten opiniones discrepantes, parece que existen fuertes normas internas contra tal manifestación pública de desacuerdo. De hecho, en la mayoría de los tribunales europeos casi siempre los jueces intentan deliberar sobre un consenso o una decisión común: unanimidad siempre que sea posible» (FERREJOHN y PASQUINO, 2004: 1692, énfasis agregado).

<sup>21</sup> KORNHAUSER y SAGER, 1993: 5.

persisten los desacuerdos. En estas situaciones, los deliberadores pueden comprometerse y encontrar un terreno común de acuerdo o, como medida de último recurso, de disenso. Estas puertas de escape alternativas del consenso convierten las Cortes en escenarios «imperfectos o, al menos, complejamente colegiales», de ser comparadas con la totalidad de los proyectos colaborativos <sup>22</sup>.

Cuando el consenso esporádico, o incluso una mayoría mínima, no se presenta, el compromiso puede ser una solución aceptable. Las razones de segundo orden pueden empujar a un juez que cree que tiene razón a abandonar su primera mejor opción y unirse al grupo. A veces, los jueces pueden actuar en nombre del poder simbólico y político de una decisión unánime, en oposición a las susceptibilidades de los individuos. La gestión de esta variable política es parte del quehacer cotidiano de las Cortes Constitucionales que permiten opiniones disidentes. Esta discusión se pospone para el capítulo VIII. Por ahora, vuelvo a un punto más general sobre la aceptabilidad del compromiso.

El compromiso, especialmente en el dominio de la decisión judicial, puede traer una idea de *aura moral sospechosa*. Frecuentemente, esta noción se ve envuelta en tipos de negociación menos legítimos que, aunque estimulados en otros foros, no pueden ser tolerados por las normas de imparcialidad que la aplicación del Derecho suponen. Brennan, por ejemplo, supuestamente una vez afirmó: «Mi negocio es conseguir mayorías». Muchos lo han entendido como la confirmación del modelo de conducta judicial que solo implica negociación estratégica en una Corte colegiada. Sin embargo, no se le puede dar valor real a esta afirmación aparentemente cínica, sino que también puede ser leída por medio de un prisma deliberativo. Para alcanzar una mayoría o un consenso, los jueces pueden deliberar y alcanzar compromisos basados en principios. Los capítulos I y II sostuvieron que existen tipos de compromisos no objetables <sup>23</sup>. Sin embargo, estos compromisos presuponen un cierto nivel de confianza interpersonal que solo la colegialidad puede engendrar plausiblemente.

La colegialidad empuja a las deliberaciones a encontrar un compromiso basado en principios donde el acuerdo espontáneo resulta inviable. El desacuerdo solo persiste cuando no es posible un compromiso de principios <sup>24</sup>. Un cuerpo colegiado induce un espíritu de acomoda-

<sup>22</sup> Lewis KORNHAUSER y Lawrence SAGER tienen en mente, por ejemplo, los científicos que desarrollan un proyecto de investigación juntos, los escritores que son coautores de una novela y así sucesivamente (*ibid.*: 56).

<sup>23</sup> Para recapitular, un deliberador puede llegar a un compromiso de asociación (difiere porque, no teniendo sentimientos profundos sobre su propia posición, valora la unidad institucional) o a un compromiso pragmático (defiende cambiar el *status quo* en una dirección favorable, aunque la solución aún se queda corta respecto de su posición ideal). La frontera entre el compromiso de principios y la negociación puede ser menos clara cuando las concesiones se hacen no dentro de un tema polémico de un caso, sino entre cuestiones (en un caso de múltiples cuestiones) o incluso entre casos.

<sup>24</sup> Brandeis insinúa una idea de compromiso: «No siempre puedo disentir. A veces res-

ción, una preferencia por defecto de comprometerse en lugar de concurrir o disentir, una voluntad de localizar puntos de conflicto y disolverlos<sup>25</sup>. La colegialidad implicaría, así, una suerte de presión para ceder en deferencia del punto de vista de un colega<sup>26</sup>.

Es más fácil encontrar un terreno común en una Corte que comparte algunas estructuras metodológicas de interpretación, como, por ejemplo, la Corte Constitucional alemana y su recurso habitual a la ponderación y la proporcionalidad<sup>27</sup>. En un escenario más polarizado como el de la Corte Suprema de Estados Unidos, donde la disputa entre originalistas, textualistas y otros es presentada de una manera tan adversa (e incluso partidista), es más difícil encontrar un terreno común. Existen niveles de análisis en los que la comunicación simplemente se rompe, lo cual es lamentable para las perspectivas de deliberación.

La colegialidad, en suma, es una virtud que no puede imponerse por el diseño, aunque algunas restricciones procedimentales pueden estimularla. Esta lleva a un juez a actuar «de acuerdo con sus colegas»<sup>28</sup> o espera que los jueces «se comporten como colegas»<sup>29</sup>. Pero no es incompatible con una manifestación individual ocasional, siempre que esté institucionalmente permitido. Un juez puede coincidir o disentir y seguir siendo colegiado<sup>30</sup>. Esto dependerá, entre otras variables, de su esfuerzo inicial para converger, de la razonabili-

---

paldo una opinión con la que no estoy de acuerdo. Acepto» (BICKEL, 1957: 18). Holmes también es cauteloso al disentir: «Si tuviera que escribir en todos los casos donde no estoy de acuerdo con algunas de las opiniones expresadas en las opiniones, usted y todos mis otros amigos dejarían de leer mis opiniones por separado» (GINSBURG, 1995: 142).

<sup>25</sup> «En la mayoría de los casos, debatimos los temas hasta que haya suficiente terreno común para que se produzca un juicio unánime» (SACHS, 2009: 209).

<sup>26</sup> Para Lewis KORNHAUSER y Lawrence SAGER, la colegialidad no riñe con el compromiso, pero obviamente rechaza el comportamiento estratégico: «Para un juez colegiado, el comportamiento estratégico es un comportamiento que transgrede tanto sus propias convicciones *per se* como sus convicciones debidamente modificadas para responder a las presiones de unidad colegiada y el resultado colegiado sólido [...]. Un juez tiene derecho a deflactar su conducta en deferencia a sus colegas, pero no tiene derecho a tergiversar sus puntos de vista o redirigir su conducta electoral para avanzar mejor sus propios candidatos para justificación y resultado» (KORNHAUSER y SAGER, 1993: 56).

<sup>27</sup> GRIMM, 2000.

<sup>28</sup> EDWARDS, 2003: 1661.

<sup>29</sup> KORNHAUSER y SAGER, 1993: 2.

<sup>30</sup> Hay formas y maneras de disentir. Algunas son compatibles con la colegialidad y otras no. Véanse O'CONNOR, 1998, y STACK, 1996. Las opiniones de las minorías no restan valor a una auténtica empresa colegiada siempre que los jueces minoritarios consideren la opinión mayoritaria como la «opinión del tribunal». El disidente declara implícitamente: si tuviera que decidir por el tribunal, lo haría así. Es por eso que los disidentes «leerían en el subjuntivo» (KORNHAUSER y SAGER, 1993: 38). Lewis KORNHAUSER y Lawrence SAGER resaltan los aspectos internos y externos de un cambio colegiado: «Internamente —dentro de la Corte misma— la disidencia promueve y mejora la deliberación y el juicio. Los argumentos en ambos lados de un desacuerdo ponen a prueba la fortaleza de sus rivales y demandan atención y respuesta [...]. Externamente, para los tribunales inferiores, las partes y los transeúntes interesados, las opiniones concurrentes y disidentes son guías importantes para el “significado” dinámico de una decisión del Tribunal» (*ibid.*: 8).

dad de su apartamiento del voto mayoritario y de la frecuencia con la cual disiente<sup>31</sup>. La colegialidad genuina evita el riesgo de «indulgencia en la escritura de opinión separada»<sup>32</sup> y «nutre un estilo institucional de decidir, incluso en caso de disenso»<sup>33</sup>. La colegialidad se niega a convertir la decisión en «un escaparate de los mínimos autónomos de los jueces»<sup>34</sup>.

Si se garantiza el derecho a la disidencia, la colegialidad vuelve su ejercicio oneroso y condicional. Una disidencia colegiada se percibe como una medida de último recurso<sup>35</sup>. Su uso licencioso socavaría la colegialidad y, en consecuencia, las mismas condiciones para la deliberación. ¿Cómo distinguir una opinión disidente justificada de aquella vana e insulsa?<sup>36</sup>

La colegialidad es lo que inspira el dilema del disidente, pues es una elección moral difícil que un juez individualista ignora y que involucra un complejo balance entre posturas que compiten<sup>37</sup>. ZOBELL cree que el juez tiene el deber de disentir cuando piensa que su opinión «puede contribuir a la corrección eventual de una decisión que él cree que es incorrecta», siempre y cuando esto sea menos costoso que «el reflejo de una Corte desintegrada»<sup>38</sup>. Para POUND, los disidentes son bienvenidos en la medida en que proporcionan una crítica útil a la decisión de la Corte<sup>39</sup>. Incluso la Asociación Americana de Abogados recomendó alguna vez un esfuerzo de autocontrol: «Excepto en caso de divergencia de conciencia sobre los principios fundamentales, las opiniones disidentes deben ser desalentadas en las Cortes de úl-

<sup>31</sup> La discusión sobre los dilemas del disenso no es de ninguna manera exclusivamente estadounidense. Esta es una pregunta relevante, por ejemplo, para la mayoría de las Cortes Constitucionales de América Latina y Europa. El Consejo Constitucional francés y la Corte Constitucional italiana siguen siendo los pocos casos excepcionales en que la disidencia está absolutamente prohibida.

<sup>32</sup> GINSBURG, 1992a: 1191.

<sup>33</sup> GINSBURG, 1992b: 199.

<sup>34</sup> KELMAN, 1985: 227.

<sup>35</sup> Algunas veces, el derecho a disentir se ve como un corolario de la «independencia judicial». Esta es una visión arriesgada y atomística del juicio colegial, que mezcla el aislamiento de la institución contra la presión externa y la libertad de ser solista dentro de un organismo plural. La disidencia efectiva, para RUTH GINSBURG, «explica las diferencias sin poner en peligro la colegialidad o el respeto público y la confianza en el poder judicial» (GINSBURG, 1992a: 1196).

<sup>36</sup> Muchos consideran que la práctica de la disidencia por parte de la Corte Suprema de Estados Unidos es patológicamente personalizada. Véanse QUICK, 1991: 62, y GINSBURG, 1992b. Para KARL ZOBELL: «La disidencia se convirtió en un instrumento por el cual los magistrados afirmaban una responsabilidad personal o individual que consideraban de un orden superior a la responsabilidad institucional que cada uno tenía ante la Corte o la Corte ante el público» (ZOBELL, 1958: 203).

<sup>37</sup> GINSBURG, 1990b: 150. Según AHARON BARAK: «El juez debe equilibrar la ventaja de insistir en su opinión con la desventaja creada por la propia expresión de la disidencia [...] equilibrar la ventaja de expresar una disidencia que en el futuro puede convertirse en la opinión de la mayoría con la desventaja de la incertidumbre que la disidencia puede generar dentro del sistema legal» (BARAK, 2006: 209-210).

<sup>38</sup> ZOBELL, 1958: 213.

<sup>39</sup> POUND, 1953: 795.

tima instancia»<sup>40</sup>. Para Bickel, solo el instinto nos dirá cómo encontrar el equilibrio entre estos estándares abstractos<sup>41</sup>.

El dilema del disidente puede ser más gravoso debido a una dimensión temporal relevante. Tras disentir una vez, ¿debe un juez seguir disintiendo en los casos que plantean problemas similares en el futuro o simplemente basarse en los precedentes? ¿Tiene algún sentido ético persistir en los disensos que ya estaban claramente establecidos en el pasado?<sup>42</sup>

La colegialidad nutre la presupuesta psicología de grupo de un cuerpo deliberativo<sup>43</sup>. Esta no da buen recibo a los solistas, quienes no dudan en suscribir disensos mezquinos y caprichosos. Un foro deliberativo debe inmunizarse contra el culto de la celebridad. Por supuesto que la atmósfera de la colegialidad puede, seguramente, oscilar en el tiempo, no se puede asumir como dada por cierta. El abuso de los disentimientos y otras clases de actitudes individualistas deteriora la capacidad deliberativa de la Corte. Los jueces de una Corte deliberativa terminan por conocer muy bien las destrezas intelectuales de cada uno<sup>44</sup>. Su interacción cotidiana puede atrincherar las disposiciones teóricas y conducir hacia un callejón sin salida. La deliberación se reduce cuando las diferencias se paralizan y la colegialidad se evapora, desafío este que puede ser abordado por herramientas institucionales.

Lo que conlleva la colegialidad en una Corte, en suma, es diferente a lo que conlleva en un juego de golf. La colegialidad en una Corte no implica interactuar con los colegas en aras del disfrute mutuo. Implica más que ceder ante los colegas para encontrar un terreno común, inde-

<sup>40</sup> «Cánones de ética judicial», ABA, 1924.

<sup>41</sup> Alexander BICKEL, por ejemplo, reconoce la tensión: «Así es el dilema. Permanecer en silencio, sin llamar la atención sobre una doctrina posiblemente naciente que uno considera perniciosa, no colaboradora, o disentir. El silencio bajo tales circunstancias es una apuesta tomada con la esperanza de un nacimiento muerto. El riesgo es que si el nacimiento es exitoso, el silencio obstaculizará la futura oposición. Por tanto, uno es responsable de la autocría. Su disidencia puede servir solo para delinear claramente lo que la mayoría se mostró tímida para decir» (BICKEL, 1957: 30).

<sup>42</sup> Maurice KELMAN, por ejemplo, distingue entre un disenso que es «reemplazado» por *stare decisis*, un disenso «sostenido» y un disenso «suspendido», que se caracteriza por aquiescencia temporal (KELMAN, 1985: 238). Robert BENNETT también ve la disidencia sostenida como problemática: «La primera vez que surge un problema, hay un importante propósito institucional atendido. La cuestión es muy diferente cuando surge una cuestión ya resuelta» (BENNETT, 1990-1991: 259). Para Lewis KORNHAUSER y Lawrence SAGER habría una «licencia no comprometida para disentir en un caso de primera impresión», mientras que los disidentes en los casos posteriores estarían «gravados por las obligaciones contrarias de los precedentes» (KORNHAUSER y SAGER, 1993: 8-9).

<sup>43</sup> Dieter GRIMM, nuevamente, narra cómo la colegialidad está arraigada en la cultura decisional de la Corte Constitucional alemana. La renuencia a presentar una opinión disidente o incluso solicitar el aplazamiento del juicio, según él, sería percibida como «muy antipática con los colegas» (GRIMM, 2003).

<sup>44</sup> Frank Morey COFFIN ha sugerido una dicotomía que capta esto: la colegialidad anticipatoria conlleva «sensibilidad a las sensibilidades de los colegas», mientras que la colegialidad receptiva corresponde al «reconocimiento escrito por un juez de los sentimientos de otro colega» (COFFIN, 1980: 181-192).

pendientemente de cuál sea esa razón común. La colegialidad implica la creencia en un bien supraindividual que los jueces solo pueden alcanzar juntos y sobre el cual, en lo externo, penderá la respetabilidad de su decisión. Este bien debe sobrepasar normalmente las posiciones individuales de los jueces. Renunciar a ese bien priva a la institución de una importante fuente de legitimación.

#### 4.2. Modestia cognitiva

La colegialidad resulta ser una virtud central si la fase decisional se propone satisfacer las demandas deliberativas. Sin embargo, el compromiso colegial no es reducible a esta solamente. Tres virtudes complementarias ayudan a tipificar esta práctica con mayor agudeza. La primera es la modestia cognitiva, una condición lógica y moral de la transformación de las preferencias. Esta virtud puede ser vista como la colegialidad subyacente, pero vale la pena tomar nota de su papel particular en la configuración de la deliberación.

La deliberación supone que sus participantes no se adhieren a sus disposiciones predeliberativas y *no están demasiado seguros de las conclusiones alcanzadas individualmente*. Los deliberadores, por tanto, se hacen vulnerables al debate con sus colegas. La modestia es presupuesto de la persuasión y las concesiones mutuas.

La modestia cognitiva exhorta a los jueces a investigar profundamente lo que comparten y a intentar resolver sus malentendidos, a tomar en serio las opiniones de los demás y a ejercer, al límite, el método de la duda de sí mismo<sup>45</sup>. La deliberación judicial requiere, además del equipo intelectual apropiado<sup>46</sup> para comprender y hacer frente a la complejidad jurídica, una actitud no pretenciosa hacia el conocimiento. El carácter y el papel de la modestia se asemeja a la noción de «caridad interpretativa»: su punto no es «rendir homenaje, deferencia o respeto a los interlocutores», sino más bien inspirar una actitud constructiva para la adquisición de ideas<sup>47</sup>.

#### 4.3. Ambición cognitiva

La ambición cognitiva es el opuesto de la modestia cognitiva. La deliberación pide su coexistencia. Consiste en la voluntad institucional

<sup>45</sup> «Hay una modestia inherente en la función judicial que me impide convencerme de que necesariamente tengo razón, o mejor dicho, que solo hay una respuesta correcta a un problema legal [...]. Mi modestia es institucional, no personal» (SACHS, 2009: 143).

<sup>46</sup> Como fue proclamado por SOLUM, 2003.

<sup>47</sup> «El objetivo de la caridad interpretativa no es la generosidad hacia los demás ni nada de eso. No es para rendir homenaje, deferencia o respeto a nuestros interlocutores o para evitar ofender [...]. El objetivo es aprender. Es aprender lo que hay que aprender de los acertijos que nos plantean los interlocutores, suponiendo que hay un método en su locura y hacemos todo lo posible para descubrirlo» (MICHELMAN, 2008: 4).

o en la disposición colectiva para esforzarse y persistir en la búsqueda de la mejor decisión posible. Alimenta la colegialidad con una energía de investigación sin la cual la promesa epistémica de deliberación se tornaría anémica y desaparecería. La ambición cognitiva proporciona a la deliberación, por tanto, un impulso epistémico más poderoso que la colegialidad<sup>48</sup>.

Los deliberadores inspirados por esa virtud no están contentos, por tanto, con llegar a un acuerdo, sino con tratar de someter una convergencia ocasional a nuevas pruebas de argumentación. Si se sienten incómodos con un acuerdo demasiado apresurado, vuelven a los contraargumentos que podrían plantear como «abogados del diablo». Los deliberadores, en este sentido, no son «defensores de una posición», sino «estudiantes de una cuestión»<sup>49</sup>, y son implacables en la búsqueda de la mejor decisión.

El compromiso colegial es el escenario en el cual el ideal del mejor argumento se articula más estrechamente a lo largo de las tres fases de la estructura de la decisión de una Corte Constitucional. La articulación entre modestia y ambición cognitiva, es decir, entre la actitud proclive a la duda del deliberador y su compromiso de persistir en buscar la respuesta correcta y desafiar los acuerdos superficiales, es lo que maximiza la plausibilidad epistémica de la deliberación judicial en lo que respecta a las actitudes judiciales. El diseño institucional, como se presentará, puede proporcionar las condiciones adecuadas para que esta articulación florezca.

#### 4.4. Empatía

Por último, la empatía cualifica la ambición cognitiva. Esta virtud se relaciona con la capacidad de imaginarse los puntos de vista que no se expresaron formalmente en el curso del proceso judicial o de «sumergirse en los relatos de otras personas»<sup>50</sup>. Este es el principal correctivo que una Corte Constitucional puede tener contra una mala fase deliberativa predecional. Cuando los obstáculos institucionales impiden a los interlocutores defender plenamente sus posiciones o cuando los propios interlocutores no logran hacer justicia a la complejidad del caso, los jueces comprometidos con la deliberación, de alguna manera, pueden llenar ese vacío<sup>51</sup>. La empatía así entendida permite que

<sup>48</sup> Harry EDWARDS, por ejemplo, considera el beneficio epistémico que deriva solo de la colegialidad: «Dado que la colegialidad fomenta mejores deliberaciones, los jueces colegiados tienen más probabilidades de encontrar la respuesta correcta en cualquier caso» (EDWARDS, 2003: 1684). Deanell Reece TACHA también va en la misma dirección: «A menudo estas deliberaciones no cambian el voto de un juez o el resultado de un caso, pero la razón detrás del voto está más plenamente informada e intelectualmente sólida debido a la interacción colegial» (TACHA, 1995: 587).

<sup>49</sup> TACHA, 1995: 587.

<sup>50</sup> WILLS, 2010.

<sup>51</sup> La empatía está implícita en la preocupación de Lewis KORNHAUSER y Lawrence SAGER

la Corte amplifique «a quiénes escuchará la Corte antes de decidir y a quién empoderará para que hablen después de su decisión»<sup>52</sup>.

Una Corte Constitucional, en este sentido, puede ir más allá de los argumentos que pudo reunir en la fase predecisional por medio de la imaginación de la comunidad potencial de interlocutores. Esto puede ser particularmente relevante para una institución que suele considerarse «elitista» y con capacidad comparativa más débil para ser heterogénea y representativa (aunque puede atenuarse ligeramente, como veremos en el siguiente capítulo). Sachs se refirió a la empatía propia del juez constitucional de manera especial. Como juez constitucional, de acuerdo con sus memorias, trató de ser sensible no al público real, sino al «potencial lector que dé sus decisiones». Eso implicaba, para él, tener en cuenta al mayor público imaginable<sup>53</sup> y desarrollar una «ampliación de la mentalidad»<sup>54</sup>.

## 5. FASE POSDECISIONAL Y LAS DECISIONES DELIBERATIVAS ESCRITAS

Una decisión escrita deliberativa concluye el proceso comunicando al público y les informa sobre qué decisión colegial fue capaz de producir y el amplio conjunto de argumentos que fueron debidamente sopesados. Expresa una identidad institucional despersonalizada, cualquiera que sea el formato que tome. Una vez más, la elección entre *per curiam* y *seriatim* es relevante y debe hacerse de acuerdo con los criterios contextuales. Pese a que la pretensión de despersonalización de una decisión *seriatim* pudiere ser contraintuitiva, existen dispositivos institucionales para lograrlo.

---

con la necesidad de «tratamiento justo de las partes no representadas», lo que indicaría la complementariedad entre los intercambios adversos en la fase previa a la decisión y la deliberación en la decisión: «Mientras cada partido defenderá posiciones más favorables a ello, esta defensa asegura que cualquier parcialidad de los jueces está expuesta a argumentos y puntos de vista contradictorios [...]. Nuestra comprensión de que las decisiones judiciales afectan a las partes no ante la Corte y nuestra concepción del trato justo de estas partes no representadas sostiene que los jueces deben considerar los intereses de esas partes no ante la Corte, porque el proceso adversarial no necesariamente producirá argumentos y opciones favorables para estas personas» (KORNHAUSER y SAGER, 1986: 101).

<sup>52</sup> THOMPSON, 2004: 84.

<sup>53</sup> Albie SACHS define a su audiencia en un sentido amplio, no formalista: «Es una comunidad teórica, formada por todos aquellos que sienten que usan sombreros de Derecho cuando se trata de un problema» (SACHS, 2009: 143, énfasis añadido). Y consideraba que el «lector potencial» era su principal criterio: «Por más reducido que sea el lector real de cualquier sentencia mía, su número potencial de lectores es enorme. El objetivo no es agradar o disgustar a nadie, sino conversar con tanto rigor e integridad y la conciencia de nuestras responsabilidades constitucionales como sea posible, con la audiencia más amplia que se pueda imaginar» (*ibid.*: 149).

<sup>54</sup> Para Albie SACHS: «Una visión activa que le permite a él o ella elevarse por encima de la idiosincrasia individual para cubrir el punto de vista de otros que pertenecen a la comunidad para ser persuadidos» (*ibid.*: 143).

Más importante que el formato, una decisión escrita deliberativa incorpora un estilo argumentativo. Y un estilo argumentativo, como señala Walzer, es también un estilo moral<sup>55</sup>. La Corte tiene la responsabilidad de contar su historia sobre el caso de una manera particular<sup>56</sup>. Esta narración dependerá del ejercicio de tres virtudes principales: la capacidad de respuesta, la claridad y un sentimiento de falibilidad y provisionalidad<sup>57</sup>. Las promesas deliberativas que están en juego en esta fase dependerán, una vez más, de la capacidad de la Corte para adoptar estas virtudes.

### 5.1. La capacidad de respuesta

La capacidad de respuesta requiere una habilidad para seleccionar cuál de los argumentos planteados por los interlocutores, formales e informales, merece una respuesta adecuada. Más que un deber de responder a todo lo que fue públicamente expresado, la Corte tiene que ejercer, como cuestión de practicidad y equidad, un juicio razonable. Este es el corolario del filtro cualitativo aplicado en el momento de la discusión pública. La capacidad de respuesta, por tanto, a diferencia de su sentido sociológico común, esto es, una mera reacción a una acción anterior, está basada en el contenido. Además de los interlocutores, una Corte con capacidad de respuesta debe considerar la cadena de precedentes en la que se inscribe el caso, de modo que la decisión contribuya a la coherencia y a la sistematicidad del Derecho, cuestión que se abordará en el capítulo VII.

Además, la capacidad de respuesta también se refiere al tono de la respuesta. Las Cortes Constitucionales toman decisiones en nombre y dirigidas a toda la comunidad política. Tienen que adoptarse elecciones moralmente controvertidas, las cuales están inmersas en escenarios de desacuerdo<sup>58</sup>. La decisión tiene el arduo, y a veces irrealizable, reto de hacer que los interlocutores en el lado perdedor del conflicto se den cuenta de que sus posiciones fueron tomadas en serio y que

<sup>55</sup> Michael WALZER resume el estilo moral deliberativo: «Una forma de argumento político matizado, inquisitivo y concreto, de principios pero abierto al desacuerdo, sin consignas, sin jerga, sin suposiciones no expuestas. Este estilo argumentativo, que también es estilo moral» (WALZER, 2008: IX).

<sup>56</sup> «Trabajamos con palabras y nos convertimos en los cuentistas más influyentes de nuestra época. Cómo contamos una historia que a menudo es tan importante como lo que decimos. La voz que usamos no puede ser la de un oráculo despersonalizado y divino que declara soluciones a los problemas de la vida humana por medio de la enunciación de la sabiduría pura y desaparegada» (SACHS, 2009: 270).

<sup>57</sup> Estas tres virtudes se asemejan a las tres demandas que Dennis THOMPSON requiere de un tribunal éticamente responsable: el reconocimiento de la agencia, la justificación y la interlocución. Como él sostiene: «Los ciudadanos pueden responder mejor a una decisión judicial si el juez la reconoce como propia, da razones para que los ciudadanos puedan entenderla y respalda prácticas que le permitan impugnarla» (THOMPSON, 2004: 74).

<sup>58</sup> Para Dennis THOMPSON: «La resolución de tales desacuerdos implica elegir para toda la sociedad un conjunto de valores y rechazar los demás» (*ibid.*: 72).

no fueron desatendidos sus fundamentos. En otras palabras, la Corte tiene que «hablar con igual voz a ambos grupos»<sup>59</sup>. Este es un aspecto digno del tono decisorio. Este tono también tiene un lado político que será tratado en el capítulo VIII.

## 5.2. Claridad

«Simple, claro y persuasivo para la comunidad legal, ese es mi sueño»<sup>60</sup>. La claridad es probablemente una virtud demasiado obvia propia de las decisiones judiciales. Añadirle no diría mucho acerca de la especificidad deliberativa<sup>61</sup>. El sueño de Sachs, sin embargo, revela que lograr este requisito previo de comunicación en el ámbito del razonamiento legal es un trabajo arduo. La claridad exige más que poca inteligibilidad. Califica la capacidad de respuesta: una decisión escrita deliberativa es lo opuesto a una declaración oracular y no puede convertirse en una suerte de legalidad enrarecida, por muy difícil que esto se pueda demostrar en la práctica.

La claridad es una virtud que presupone una buena escritura, pero va más allá. Se deriva, en primer lugar, de la suposición de que las decisiones legales, y especialmente las constitucionales, necesitan hablar a un público más amplio que la comunidad legal profesional. La exclusión y la opacidad no son características de la decisión. Una medida de autocontrol retórico y franqueza favorece al potencial lector de una decisión<sup>62</sup>.

Un juez deliberativo, cuando es el encargado de redactar una decisión, toma a los lectores públicos como su principal responsabilidad. Si una Corte Constitucional se propone atraer y permitir que la comunidad más amplia participe en la deliberación política sobre los principios fundamentales, debe transmitir un mensaje accesible también para aquellos que no son expertos en Derecho. Es esta apertura a la comunicación abierta lo que una Corte deliberativa se propone para obtener la confianza pública.

<sup>59</sup> «La sentencia debe intentar hablar con la misma voz a ambos grupos [...]. Descubrir la humanidad, la integridad, la honestidad en todos y presentar su respuesta de forma que todos puedan decir: "Entiendo lo que se dice"; tengo graves dudas sobre el resultado, pero la sentencia reconoce lo que estoy pensando, sabe dónde estoy y tiene en cuenta mis convicciones y respeta mi conciencia y mi dignidad; no me definen con la respuesta de lo que parece ser una forma completamente neutral de enmarcar los problemas y llegar a conclusiones; mis convicciones, valores y perspectivas se toman en serio y se los trata con consideración y respeto» (SACHS, 2009: 239).

<sup>60</sup> *Ibid.*: 58.

<sup>61</sup> La claridad es una cualidad inherente del Estado de Derecho en sí. Véase FULLER, 1968: 63.

<sup>62</sup> «Las tentaciones del populismo judicial, que ofrece sonidos superficiales y judiciales sin ningún contenido real de jurisprudencia, son geniales [...]. Pero no creo que haya nada de malo en emplear una frase resonante o una imagen nítida que sea potencialmente memorable» (SACHS, 2009: 57).

### 5.3. Sentido de falibilidad y provisionalidad

Por último, y más allá de la calificación de su tono, una decisión escrita deliberativa expresa un sentimiento de falibilidad y provisionalidad. Reconoce que la decisión está históricamente situada, que la Corte pudo haber cometido un error y que la deliberación debe continuar mientras persista el desacuerdo o cuando este emerja. Esta virtud requiere un cuidadoso equilibrio de la forma en que la Corte avizora y proclama la supremacía judicial<sup>63</sup>. En otras palabras, la decisión refleja la conciencia de la Corte acerca del «desafío moral continuo»<sup>64</sup> sobre el cual se erige la legitimidad de las decisiones colectivas<sup>65</sup>.

Hay algo moral y políticamente relevante en una decisión que expresa, incluso de manera sutil, la conciencia de su reversibilidad potencial en el futuro (incluso si la reversión real resulta no ser el caso). La deliberación política es un proceso incorregiblemente iterativo. La perspectiva de incesante iteración obliga al juez a dar cuenta de su decisión y a explicarse en público.

Una técnica convencional para transmitir este mensaje de continuidad es una opinión disidente<sup>66</sup>. Los disidentes pueden sembrar las semillas de un posible cambio jurisprudencial en el futuro, o por lo menos así se ha creído, en gran medida por una historia algo idealizada sobre disidencias judiciales en la Corte Suprema de Estados Unidos<sup>67</sup>. A pesar de esta visión romántica, e incluso si los actuales cambios jurisprudenciales no pueden atribuirse a la existencia de valientes opiniones disidentes en el pasado, no se debe ignorar su papel en señalar la falibilidad y la provisionalidad. Los disidentes son una suerte de parámetro para que la calidad de la decisión pueda ser evaluada<sup>68</sup>. En

<sup>63</sup> THOMPSON, 2004: 91.

<sup>64</sup> Según Dennis THOMPSON: «Si ni los ciudadanos ni los jueces pueden finalmente justificar la elección autorizada de valores fundamentales para la sociedad, debemos preservar la posibilidad de un desafío moral continuo a las elecciones de valores que los funcionarios públicos inevitablemente hacen para nosotros» (*ibid.*: 73).

<sup>65</sup> Para Dennis THOMPSON, las decisiones judiciales responsables deben ofrecer «oportunidades genuinas para que los ciudadanos respondan» (*ibid.*: 84). «Los funcionarios responsables fomentan la respuesta a sus decisiones» (*ibid.*: 73).

<sup>66</sup> Según Maurice KELMAN, los votos minoritarios tendrían una «jurisdicción concurrente sobre el futuro»: «Para un disidente hay una apelación formal para una nueva audiencia por parte de la Corte en el futuro, si no en la próxima ocasión» (KELMAN, 1985: 238). Lo opuesto a esta cualidad potencial de las decisiones divididas sería la tradición francesa de opiniones corporativas: «Fomentar el mito de la impersonalidad y la inexorabilidad del Derecho» (*ibid.*: 227).

<sup>67</sup> Los tres disidentes más épicos en la historia de la Corte Suprema de Estados Unidos [publicados por los jueces Curtis, en SCOTT (1857); Harlan, en PLESSY (1896), y Holmes, en LOCHNER (1905)] forman el panteón de los «grandes disidentes». Benjamin CARDOZO, entre otros, ayudó a nutrir esta visión heroica del disidente, a quien ve como un «gladiador que hace una última resistencia contra los leones» (CARDOZO, 1934: 34). Se cree que Holmes, por sus disidencias, contribuyó a desacreditar el mito de la justicia certera, a costa de vigorizar el mito de que «los jueces disidentes anticipan tendencias futuras» (ZUBELL, 1958: 202).

<sup>68</sup> Según William BRENNAN: «La disidencia por sí misma no tiene valor y puede ame-

cualquier caso, con o sin disidencias, una decisión deliberativa debe encontrar su forma adecuada de invitar a las respuestas.

## 6. CONCLUSIÓN

La deliberación requiere una disposición moral, intelectual y psicológica que es difícil de desarrollar y mucho menos de mantener regularmente con el tiempo. La persuasión es un proceso a largo plazo y no la conclusión de una conversación cotidiana. Este capítulo ha descrito la experiencia moral de los deliberadores en el lenguaje de las virtudes y ha establecido indicadores para la evaluación del desempeño deliberativo. La deliberación es una forma de hacer las cosas; es, por así decirlo, un procedimiento basado en la virtud. Debe distinguirse del resultado que le sigue y habrá criterios independientes para juzgar la justicia sustancial de tal resultado. La noción de virtud no es ciertamente el criterio para valorar la corrección del resultado (como Solum trató de hacer con respecto a la decisión judicial en general). Sin embargo, es el estándar apropiado para evaluar la calidad del proceso interactivo que precede a la decisión. Un deliberador no simplemente sigue los deberes, pues uno no puede buscar la mejor respuesta posible, estar abierto a la persuasión y así sucesivamente, como una cuestión de deber.

La deliberación no puede reducirse a una sola virtud. La colegialidad no es la única en juego. Un juez antideliberativo sería pasivo y ritualista, en lugar de respetuosamente curioso; individualista y pedante, más que colegial; cognitivamente más confiado en sí mismo, que modesto y susceptible a la persuasión; indolente, en lugar de ambicioso; egocéntrico, en lugar de empático. Una decisión antideliberativa sería el reflejo de una torre de marfil que provee razones, en lugar de luchar por responder a los argumentos pertinentes; sería oscura y críptica, en lugar de clara y transparente; ofrecería una declaración apodíctica y supremacista de la respuesta correcta, en lugar de reconocer la continuidad de la deliberación. La actitud antideliberativa, en suma, es terca y conflictiva. Sin importar su diseño, una Corte Constitucional solo deliberará si los jueces le hacen frente a estos vicios.

En una Corte no deliberativa no puede haber acuerdo o desacuerdo propiamente dicho. Los tomadores de decisiones celebran la autoría individual y no se preocupan por lo que otros piensan. No reconocen que una decisión supraindividual incorpora un valor especial, pues el acuerdo o el desacuerdo son meros accidentes de un proceso decisonal fragmentado y personalizado.

---

nazar la colegialidad del tribunal. Sin embargo, cuando existe un desacuerdo importante y profundamente arraigado, los miembros de la Corte tienen la responsabilidad de articularlo [...]. Una disidencia desafía el razonamiento de la mayoría, pone a prueba su autoridad y establece un punto de referencia contra el cual el razonamiento de la mayoría puede continuar siendo evaluado, y tal vez, a tiempo, reemplazado» (BRENNAN, 1985: 435).

¿Hércules tiene las virtudes requeridas por la deliberación? ¿O es el estereotipo del juez antideliberativo? Michelman, como hemos visto antes, entendió a Hércules como un juez solitario, una crítica que Habermas acogió<sup>69</sup>. Hércules sería demasiado autoseguro y egocéntrico para participar en un encuentro deliberativo. Incluso cuando llega al Olimpo (es decir, cuando es ascendido a la Corte Suprema)<sup>70</sup> parece que no se preocupa mucho por sus colegas. Esto podría o no podría ser una lectura justa y caritativa de Dworkin. Cualquiera que sea la comprensión apropiada del papel que Hércules juega en la teoría de Dworkin, sería refrescante pensar, con la misma vitalidad idealista, cómo un juez mítico con tal vigor intelectual debería comportarse en un cuerpo colegiado.

Un juez deliberativo no busca un solo objetivo, sino que equilibra todo un conjunto de consideraciones. Cuándo comprometerse, concurrir o disentir, qué interlocutores merecen una respuesta más completa, por cuánto tiempo deliberar, entre otros, son solo algunos de los dilemas éticos que dicho juez enfrenta. El cuerpo decisorio en el que participa no puede reducirse «ni a uno ni a muchos»<sup>71</sup>, y la elaboración de este punto medio requiere una densa reflexión moral.

La discusión pública, el compromiso colegial y la decisión escrita deliberativa no son objetivos simples y rápidos, sino complejos e interconectados. Todos ellos desempeñan un papel en hacer más plausibles las promesas de la deliberación. Las virtudes descritas anteriormente capturan mejor esas metas y son también instrumentos para lograr las promesas de la deliberación. La modestia cognoscitiva y la colegialidad, por ejemplo, son indispensables para cualquier tipo de persuasión comunitaria. La ambición cognitiva, a su vez, es una parte esencial de lo que implica el compromiso colegial y es también un medio necesario para obtener la promesa epistémica de la deliberación.

La existencia de la respuesta correcta en la interpretación constitucional es irrelevante para la siguiente pregunta: considerando que no estamos de acuerdo sobre qué es la verdad moral o jurídica y que no podemos demostrar haber llegado a la verdad, ¿qué actitud ética se debe desplegar frente a cualquier ciudadano que defienda una interpretación diferente de la Constitución? Este capítulo argumenta que merece ser tratado como un interlocutor. Esto implica un serio reconocimiento de la complejidad moral de los conflictos constitucionales. En las circunstancias adecuadas, la deliberación es, en comparación con los métodos alternativos de toma de decisiones, una manera poderosa de alcanzar buenas decisiones. Sin embargo, encima de esta crucial tarea epistémica, la deliberación tiene un reto no despreciable: involucrar a los agentes altamente comprometidos a transitar este proceso ex-

<sup>69</sup> MICHELMAN, 1986: 76, y HABERMAS, 1996: 223.

<sup>70</sup> DWORKIN, 1986: 379.

<sup>71</sup> Para reformular ligeramente el título de KORNHAUSER y SAGER «The one and the many» (1993).

tenuante por el respeto que simboliza. Las instituciones deliberativas, que deciden en nombre de toda la comunidad política, toman en serio esta complejidad moral. Al tratar de producir la respuesta correcta, entregan también bienes políticos suplementarios.

La ética de la deliberación se ha esbozado aquí de manera integral. Se ha descrito una lista de rasgos que caracterizan la forma en que los deliberadores están moralmente inclinados a actuar, no solo una lista de habilidades que deben ser técnicamente dominadas por ellos. Estos rasgos representan una parte relevante de la experiencia fenomenológica de un juez constitucional que se ocupa del ideal de la deliberación. El capítulo VIII sumará a esta fenomenología algunos dilemas creados por las circunstancias políticas de la deliberación constitucional, a las que deben enfrentarse otras dos virtudes: la prudencia y el coraje.

## CAPÍTULO VI

# DISEÑO INSTITUCIONAL: AUMENTO DEL POTENCIAL DELIBERATIVO

### 1. INTRODUCCIÓN

Al comienzo de este libro se definió la Corte Constitucional de una manera bastante minimalista y general<sup>1</sup>. Sin embargo, ese concepto es frecuentemente usado en un sentido más preciso. Para los fines de este libro, la Corte Constitucional es un órgano relativamente pequeño, no conformado mediante elecciones populares, que tiene el poder de revisar, supervisar e incluso invalidar la legislación con base en la Constitución. En lugar de actuar de oficio, normalmente sus funciones se activan mediante diferentes dispositivos que le permiten estudiar y decidir los casos sometidos a su jurisdicción. Más allá de estos tres denominadores comunes de diseño institucional, los cuales podrían ser razonablemente generalizados para analizar los sistemas de control de constitucionalidad, lo cierto es que las Cortes Constitucionales existentes son, naturalmente, más coloridas. Otros innumerables dispositivos y características moldean su peculiar naturaleza. En las democracias contemporáneas, las Cortes Constitucionales no son reducibles a un simple «paquete institucional».

Las variaciones y características pasadas por alto u omitidas por tal definición minimalista no son menores. Por el contrario, determinan las posibilidades de que una Corte sea un órgano más o menos deliberativo. El Derecho constitucional comparado ha consolidado algunas categorías taxonómicas para organizar los sistemas de control de constitucionalidad. Si bien tales categorías son útiles, estas grandes clasifi-

---

<sup>1</sup> Véase el capítulo III. Como ya dijimos al principio del libro, por la falta de un término mejor con suficiente grado de generalidad, la «Corte Constitucional» se usa en un sentido no técnico. Es el género del cual las Cortes Constitucionales europeas, la Corte Suprema de Estados Unidos y otros «tribunales supremos» son especies. Podría decirse que utilizo la «decisión constitucional» o «el control de constitucionalidad» para eludir esa dicotomía convencional. Sin embargo, esa opción aún sería engañosa, porque estas alternativas resaltan la función (que puede extenderse a diferentes cuerpos), que no el cuerpo específico al que quiero referirme.

caciones son insuficientes para comprender el conjunto de incentivos o desincentivos para la deliberación en las Cortes. Esas clasificaciones tienen en cuenta macrovariables que, en realidad, tienen muy poco impacto en la deliberación o no tienen ninguno <sup>2</sup>.

Al respecto, tres distinciones convencionales resultan valiosas. Primera, los sistemas de control de constitucionalidad pueden clasificarse en atención a la forma en que se asigna dicha función dentro del sistema judicial. Bajo tal prisma, los sistemas pueden variar entre sistemas de control de constitucionalidad concentrados y difusos, es decir, entre la jurisdicción exclusivamente ejercida por una sola Corte superior o aquella que se extiende y es ejercida por todo el poder judicial <sup>3</sup>. En el primer sistema, solo una Corte Constitucional tiene el poder de declarar la inconstitucionalidad de la legislación y, en el segundo, cualquier juez podría hacerlo en un caso concreto, aunque la Corte Constitucional tendría la última palabra sobre el asunto <sup>4</sup>.

Algunos han argumentado, de hecho, que en un sistema difuso la Corte superior se beneficiaría de la acumulación de argumentos en instancias inferiores. Al llegar a la última instancia, el caso sería denso y estaría bien madurado, por lo que estaría listo para la deliberación propia de la Corte. Esta afirmación, por más plausible que sea, pasa por alto que se puede llegar a presentar una «destilación progresiva del argumento» <sup>5</sup> mediante otros mecanismos y dispositivos. Dicha dicotomía, por tanto, permanece demasiado distante para tener impactos concretos en la deliberación.

Segunda, con respecto al tipo de casos que se somete a su jurisdicción, una Corte Constitucional puede estar a cargo del control constitucional abstracto o concreto. Las descripciones tradicionales suelen confundir esta dicotomía con la anterior. De hecho, en los sistemas constitucionales más prestigiosos y conocidos tienden a unirse. Sin embargo, se refieren a diferentes aspectos de la jurisdicción constitucional. Aquí, el criterio básico es la existencia o no de un conflicto concreto. El control abstracto evalúa la compatibilidad de la legislación con la Constitución sin la necesidad de que haya surgido un conflicto real e individualizado. Por el contrario, el control concreto ocurre como un incidente de litigio real que involucra a partes interesadas en relación con hechos específicos que, a diferencia del control abstracto,

<sup>2</sup> Virgilio Afonso DA SILVA argumentó convincentemente a favor de tal refinamiento en esta revisión taxonómica convencional: «En el ámbito legal, el debate sobre el control de constitucionalidad por lo general se concentra en acciones procesales o en los efectos de las decisiones judiciales, y las únicas conclusiones posibles terminan restringidas a la elección de este o ese modelo para recurrir a esta o aquella acción legal. Ha llegado el momento de ir más allá de ese enfoque» (DA SILVA, 2009).

<sup>3</sup> FERREJOHN y PASQUINO, 2003.

<sup>4</sup> Aún podría invocarse una distinción adicional sobre los efectos de las decisiones tomadas por medio de un control concentrado o difuso (entre *erga omnes* e *intra partes*), pero son menos relevantes para los propósitos del presente texto. Véase CAPPELLETTI, 1984.

<sup>5</sup> LE SUEUR y CORNES, 2000: 13.

supuestamente añade «factores palpables» a la controversia. En líneas generales, la combinación de las dos variables da forma a dos modelos prominentes: el americano, que es a la vez difuso y concreto, y el kelseniano, que es a la vez concentrado y abstracto <sup>6</sup>.

Algunos han argumentado, en defensa del modelo difuso, que la revisión concreta permitiría a la Corte aprovechar la riqueza fáctica propia del caso concreto. Esta inferencia, sin embargo, parece exagerada y pasa por alto el argumento contraempírico, según el cual la riqueza fáctica de una controversia constitucional no necesariamente depende del caso individual y concreto. El control de constitucionalidad concreto puede ser, a veces, tan árido como el control abstracto, mientras que el control abstracto puede ser tan factual o multicolor como en los casos concretos. Incluso si estadísticamente este contraste tiene cierto grado de veracidad, la rápida inferencia causal en este caso no parece convincente.

Por último, las creaciones institucionales recientes en el marco del denominado «constitucionalismo de la *Commonwealth*» dieron lugar a una tercera y nueva distinción que tiene en cuenta el peso mismo del control de constitucionalidad: modelos débiles y fuertes. Los modelos débiles responden y tratan de aliviar la ansiedad populista con la supremacía judicial *vis-a-vis* los Parlamentos elegidos. Es decir, en lugar de conceder a la Corte el poder de «la última palabra» sobre el significado de la Constitución (como lo harían los modelos «fuertes»), crean una válvula de escape institucional para que los Parlamentos reaccionen contra las decisiones judiciales. Esta dicotomía es paralela a las dos anteriores: las versiones del modelo americano y kelseniano son propias del modelo de control de constitucionalidad «fuerte», en oposición al modelo débil <sup>7</sup>.

Este capítulo no tiene por objeto analizar estas grandes categorías clasificatorias, pese a que no se soslaya su relación con la deliberación <sup>8</sup>. Sin embargo, hay mucho más que decir acerca de las diferencias y simi-

<sup>6</sup> John FERREJOHN y Pasqual PASQUINO prestan cierta atención a esta variación y afirman que el modelo kelseniano enfatiza el lado legislativo más que el judicial del control de constitucionalidad (FERREJOHN y PASQUINO, 2003: 256). Sin embargo, se debe tener cuidado de no exagerar este contraste y derivar de ello una diferencia demasiado fuerte, ya que el aspecto legislativo puede sobresalir en el contexto del modelo estadounidense.

<sup>7</sup> Véase GARDBAUM, 2001 y 2010. Los modelos «débiles» del control constitucional son los creados por la «Carta Canadiense de Derechos y Libertades» (1982), la «Ley de Declaración de Derechos de Nueva Zelanda» (1990) y la «Ley de Derechos Humanos del Reino Unido» (1998). Todavía se podría mencionar una cuarta distinción relevante entre el modo *a priori* o preventivo y el modo *a posteriori* o represivo de control de constitucionalidad. Básicamente, el primero tiene lugar antes de la promulgación de un proyecto de ley y el último puede ocurrir después. A pesar de ser importantes, todos los sistemas conocidos de control judicial son represivos, mientras que los mecanismos preventivos generalmente se encuentran en otros lugares, especialmente dentro de los parlamentos. El Consejo Constitucional francés es el ejemplo habitual de un organismo cuasijudicial ubicado dentro de la legislatura y que aplica una revisión *a priori*. Véase STONC-SWEET, 2000.

<sup>8</sup> Cuando FERREJOHN y PASQUINO, 2003, elogian el modelo europeo por ser internamente más «deliberativo», en realidad apuntan a otros factores causales (principalmente al modo de nombramiento y la presión para el consenso), no a esas grandes variables.

litudes de los sistemas existentes<sup>9</sup>, aunque enfatizar en estas categorías tiende a oscurecer en lugar de iluminar<sup>10</sup>. Detrás de ellas, mucho menos visibles, están microdispositivos que son más significativos para que una Corte delibere. Estos microdispositivos ofrecen una perspectiva más rica para la mejora institucional que la propia de las dicotomías mencionadas. Además, no necesariamente siguen las dicotomías ortodoxas y no son prototípicos de ninguna de ellas. Por último, estos dispositivos pueden enriquecer el repertorio clasificatorio del Derecho comparado.

¿Cuáles son, entonces, los incentivos centrales para la deliberación? A nivel macro, algunos de los denominadores comunes que se tomaron al principio —la ausencia de elecciones, el pequeño formato múltiple y la inercia— delimitan un marco para la toma de decisiones que, según los proponentes de dicho arreglo institucional, es más favorable a la deliberación. Pero ¿qué otra cosa puede desencadenar la deliberación? ¿Qué conjunto de dispositivos institucionales pueden permitirle a la Corte generar discusión pública, promover el compromiso colegial y elaborar una decisión escrita deliberativa?

Este capítulo proporciona una respuesta tentativa. Ofrece una imagen concisa de las opciones más relevantes. Aparte de esas tres características mínimas, todo lo demás está abierto a la pregunta. Si la deliberación es un objetivo que debe perseguirse y fortalecerse, ninguna de las siguientes opciones debe darse por sentada.

El capítulo está estructurado en cinco secciones adicionales. El siguiente epígrafe explora la noción de facilitadores de la deliberación y las cuatro secciones subsiguientes enumeran cuatro tipos de dispositivos institucionales: los que tienen una función constitutiva y los que moldean las fases predecisional, decisional y posdecisional.

## 2. DISEÑO INSTITUCIONAL COMO FACILITADOR DE LA DELIBERACIÓN

Aislar a los principales predictores institucionales del comportamiento político sería la ambición central de los estudios institucionalistas. Ellos intentan identificar y estructurar las causas de los procesos políticos controlando las variaciones entre los dispositivos procesales, considerados variables independientes, y sus respectivos resultados. Los estudios culturalistas, en el otro extremo del espectro, adoptan el enfoque opuesto al del comportamiento político. Es la cul-

<sup>9</sup> DA SILVA, 2009, ha avanzado en este punto: «Tan importante como estas dicotomías es el análisis sobre cómo se lleva a cabo la deliberación en los tribunales a cargo de revisar la constitucionalidad de la legislación» (traducción del autor).

<sup>10</sup> La política comparada proporciona una analogía útil del oscuro diagnóstico causal que las categorías canónicas pueden generar: la distinción entre el presidencialismo y el parlamentarismo, por ejemplo, se pensó que era el factor definitivo para establecer la relación entre los Parlamentos y los ejecutivos. Sin embargo, la investigación posterior demostró una imagen menos lineal. Véase PRZEWORSKI, 1996.

tura, o un conjunto de creencias y valores compartidos, en lugar de instituciones, lo que puede explicar, en última instancia, lo que determina los procesos y los resultados políticos. Tal dicotomía puede ser exagerada, pero sí ilumina un importante eje teórico por medio del cual las ciencias sociales pueden leer y elucidar fenómenos políticos. Para evitar el riesgo de determinismo cultural o institucional, los enfoques híbridos tienden a mezclar ambos tipos de explicaciones, es decir, hacen concesiones de ambos lados.

Cualquier prescripción del diseño institucional presupone algún tipo de teoría explicativa del comportamiento político<sup>11</sup>. La noción de facilitadores de la deliberación presentada en este capítulo apoya esa premisa metodológica mixta y reconoce que hay límites en cuanto a la medida en que la deliberación puede ser mejorada mediante la creación o la reforma de las instituciones. Las profundas mejorías también exigirían una ética adecuada de compromisos comunes que regulen la conducta del tipo descrito en el capítulo anterior<sup>12</sup>.

El diseño institucional es, como el Derecho moderno, una «empresa útil»<sup>13</sup> que ingenia los procesos a la sombra de una suposición plausible de comportamiento político. Yo no supongo que los jueces sean dechados de virtudes, en línea directa con la ética descrita anteriormente. Esto, de cierta manera, tornaría el diseño fútil<sup>14</sup>. Por tanto, una de las tareas del diseño orientado a la deliberación debería ser minimizar los incentivos para que los jueces se comporten de otra manera.

Los dispositivos procesales son fuerzas para ejercer presión sobre el comportamiento político. El vector resultante dependerá de cómo interactúan los dispositivos y las actitudes de los individuos que los operan.

<sup>11</sup> Esta postura es válida incluso para aquellos dispositivos institucionales que están justificados por un valor intrínseco. No se puede ignorar los posibles resultados que las instituciones, por más moralmente loables que sean, pueden producir. Como han sostenido John FERREJOHN y Pasquale PASQUINO: «Si queremos fomentar la moderación, la paciencia y la tolerancia judicial para deliberar internamente, necesitamos entender las circunstancias en que los tribunales tenderán voluntariamente a adoptar una práctica deliberativa interna. Es decir, necesitamos una teoría explicativa de la práctica deliberativa. Basándose en las experiencias europeas, los elementos de tal teoría parecen estar a la mano» (FERREJOHN y PASQUINO, 2004: 1702). Sin embargo, como se señaló anteriormente, reducen su análisis al modo de nombramiento y permanencia, así como los principales mecanismos desde donde la deliberación tendería a seguir o no.

<sup>12</sup> Para John FERREJOHN: «Requerirá más atención lo que podríamos llamar ética democrática: normas que apuntan a regular cómo las personas se comportan al deliberar, decidir, interpretar, criticar y llevar a cabo cursos de acción públicos» (FERREJOHN, 2000: 87).

<sup>13</sup> FULLER, 1968. La misma idea del diseño de intervenir racionalmente en el mundo político para lograr fines deseables es parte de la ambición modernista que el constitucionalismo evoca en el ámbito de la política. Véase HIRSCHL, 2008. Donald LUTZ lo resume así: «El constitucionalismo dice que debemos hacer lo mejor que podamos en el mundo imperativo que esperamos mejorar» (LUTZ, 2006: 244).

<sup>14</sup> No del todo inútil, seguro. Si bien una ética adecuada es una parte importante del desempeño deliberativo, debe haber cierta «seguridad procesal» para que la deliberación se constituya en primer lugar. Como advierte John FERREJOHN: «La forma que el sistema ético debería tomar dependerá de qué es lo que las instituciones no pueden hacer de manera confiable» (FERREJOHN, 2000: 75). Y Walter MURPHY señala el límite del diseño en sí mismo: «De hecho, todos los diseñadores constitucionales deben tener en cuenta la cultura. Puede ser maleable, pero no infinitamente así» (MURPHY, 2009: 1320).

En cualquier caso, es de fundamental importancia percibir si, y en qué términos, los dispositivos institucionales favorecen o dificultan la deliberación o, tomando como referencia las palabras de Duverger, si funcionan como un «acelerador» o como «un freno»<sup>15</sup> para esta. Sin importar las actitudes de los jueces, como advierte Ferejohn, es sensato buscar un marco institucional que no obstruya el proyecto deliberativo<sup>16</sup>. El vínculo es bidireccional: de un lado, los dispositivos adecuados tienden a fomentar las actitudes deliberativas y, del otro, las actitudes correctas pueden conducir a un refinamiento constante de los procedimientos mismos. Esto no obstaría para que una Corte bien diseñada no tenga el mejor desempeño o viceversa. Sin embargo, esto no debe ocultar el hecho de que un buen diseño es un buen punto de partida.

Cuando se lleva a cabo un cálculo *ex ante*, el diseñador institucional intenta maximizar la probabilidad de que se alcance un cierto rendimiento (sin importar cómo se define este rendimiento). Si la deliberación está en juego, el diseño institucional debería, por tanto, aumentar el potencial deliberativo y bloquear las tendencias antideliberativas. Los dos capítulos anteriores avanzaron sobre tres índices de desempeño deliberativo: la discusión pública, el compromiso colegial y la decisión escrita deliberativa. Consideraré cada dispositivo a la luz de la contribución particular que puede aportar a estos objetivos abstractos.

El criterio básico que guía las secciones posteriores reproduce la división entre las tres fases de la deliberación: existen dispositivos que tienen una relación específica con las etapas predecisional, decisional y posdecisional. Y existe, además, una preocupación institucional, que viene antes de la fase predecisional, relacionada con aquellos dispositivos que son constitutivos de las características centrales de la propia institución.

La lista, por supuesto, no agota todo lo que debe ser tratado en el diseño de una Corte, sino que comprende selectivamente aquello que impacta de manera directa, entre otras tareas, en la deliberación. Esto combina el diseño institucional «*writ large*» y «*writ small*»<sup>17</sup>. La primera se refiere a variables a gran escala, como las que inspiran las clasificaciones principales descritas, de manera breve, anteriormente, mientras que la segunda se relaciona con reglas de menor escala que deben adoptarse una vez se definan las grandes variables<sup>18</sup>. Estas re-

<sup>15</sup> Como argumentó Maurice DUVERGER con respecto a los sistemas electorales: «La influencia de los sistemas electorales podría compararse con un freno o un acelerador. La multiplicación de partidos que surge de otros factores se ve facilitada por un tipo de electorado y obstaculizado por otro» (DUVERGER, 1964: 205). Le agradezco a DA SILVA, 2006: 37, por tal referencia.

<sup>16</sup> Según John FEREOH: «No tengo nada negativo que decir acerca de un enfoque dirigido a encontrar mejores normas o prácticas deliberativas e inculcarlas en los líderes, así como en el público en general; de hecho, creo que la investigación es igualmente necesaria. Creo que no es prudente dar demasiado peso a la probabilidad de lograr mejoras en la práctica democrática únicamente por medio de las transformaciones éticas de los ciudadanos» (FEREOH, 2000: 100).

<sup>17</sup> Véanse VERMEULE, 2007, y VERMEULE y GARRETT, 2001.

<sup>18</sup> Adrian VERMEULE y Elizabeth GARRETT, por ejemplo, eluden la controversia sobre el diseño fundacional. Como reformistas incrementales y de pequeña escala, intentan mejorar la capacidad interpretativa del Congreso por medio de mecanismos institucionales que

glas permiten prever reformas incrementales que se pueden hacer fuera de las variables fundacionales. La distinción, ciertamente, no es de tipo, sino de grado. Se mueven a lo largo del espectro desde los dispositivos constitutivos hasta los posdecisionales. La mayoría de las variables demuestran que las mejoras deliberativas pueden requerir «ajustes institucionales»<sup>19</sup> en lugar de rediseños monumentales.

Por último, los dispositivos también deben analizarse según quién es o quién debería ser su diseñador. Al considerar la amalgama de elementos que conforman una Corte Constitucional es posible notar que algunos son definidos exógenamente (por un actor exterior, como el legislador) y otros endógenamente (por medio de la autorregulación). Y entre los elementos endógenos es necesario distinguir entre los dispositivos que se fijan de antemano como reglas generales y los que se desarrollan caso por caso.

Podría resultar inteligente, desde la perspectiva institucional, que los dispositivos estuvieran sujetos a una autorregulación flexible que realizara la noción de diseño como un esfuerzo permanente en lugar de un plan maestro fijo. Esto le permitiría a la Corte ajustar estrategias diferentes a distintas circunstancias, probar y gestionar sus propios procedimientos sin necesidad de movilización externa para la reforma<sup>20</sup>. ¿Qué parte del diseño institucional debe decidirse por fuentes externas (constitucionales o legislativas) y qué parte por la propia Corte? Esta es una importante pregunta normativa cuya respuesta normalmente proviene de los sistemas domésticos.

La relación causal exacta entre las variables de diseño institucional enumeradas depende de las pruebas empíricas. A pesar de la falta de evidencia empírica sobre la conexión entre la conducta judicial y cada uno de los dispositivos, además de la interacción entre las variables, el capítulo presenta conjeturas que se basan en el conocimiento ampliamente aceptado sobre las correlaciones plausibles<sup>21</sup>. El estado del arte de nuestra disciplina nos priva de conclusiones sobre cada uno. Si, por un lado, no es posible discernir causalidades fuertes, por otro, algunas correlaciones son visibles en la experiencia comparativa<sup>22</sup>. Es posible, al menos, destacar los principales agentes causales relevantes para la

---

compartirían todas las teorías interpretativas; mecanismos que pueden simular «la cantidad y calidad adecuadas de la deliberación del Congreso sobre cuestiones constitucionales» (VERMEULE y GARRETT, 2001: 1277).

<sup>19</sup> MURPHY, 2008: 1336.

<sup>20</sup> El margen de autorregulación permite al tribunal, como sugiere la metáfora hortícola proporcionada por William ESKRIDGE y John FERREJOHN, ser su propio «jardinero»: «La perspectiva hortícola requiere que el diseñador o sus asociados sean partes interesadas con una relación continua con el diseño» (ESKRIDGE y FERREJOHN, 2008: 1273).

<sup>21</sup> Lo que Adrian VERMEULE afirma sobre la incorporación de «jueces legos» a la Corte Suprema de Estados Unidos ciertamente podría generalizarse más ampliamente: «Sobre el estado actual del conocimiento empírico, podemos hacer mucho más que adivinar estas cosas. Sin embargo, lo que he enfatizado es que nuestras prácticas actuales ya implican inevitablemente una conjetura sobre lo mismo» (VERMEULE, 2006: 33).

<sup>22</sup> Véase FERREJOHN y PASQUINO, 2004: 1702.

deliberación, incluso si no estamos seguros acerca del peso agregado o el efecto neto exacto que tendrán en cada circunstancia.

El diseño institucional implica, invariablemente, compromisos. Es por eso que el lenguaje del equilibrio impregna tal discusión; un reconocimiento de que los múltiples propósitos contradictorios no pueden ser obtenidos simultáneamente. Las tensiones pueden ocurrir dentro de un solo dispositivo o en diferentes dispositivos. Intentaré ilustrar las decisiones que el diseñador debe tomar, además de sus costos y beneficios. No existe una fórmula de oro para moldear una Corte Constitucional. Las variables deben adaptarse contextualmente de acuerdo con las prioridades y el énfasis de cada comunidad política. Las siguientes secciones, en resumen, muestran los dispositivos institucionales que aumentan o disminuyen la probabilidad de la deliberación. Estas secciones proporcionarán una caja de herramientas para el diseño de diversas Cortes. Los principales elementos, en mi opinión, están aquí.

El siguiente análisis presenta un conjunto de preguntas empíricas, pero no necesariamente intenta responderlas. Esto es así no solo porque las recomendaciones específicas dependerían de pruebas empíricas, sino porque sobrepasarían los propósitos de este argumento de teoría normativa de nivel medio. Las opciones sobre los diferentes énfasis y prioridades son difíciles y, en abstracto, mejores que otras. Por tanto, este capítulo no contiene sugerencias concretas para la reforma<sup>23</sup>. Tampoco asume una postura definitiva sobre ninguna de las alternativas. En cualquier caso, el capítulo exige una elección consciente con respecto a cada una de las variables.

### 3. DISPOSITIVOS CONSTITUTIVOS

<i>Dispositivos</i>	<i>Dilemas</i>
<i>i) Ubicación institucional</i>	Entre una jurisdicción especializada y una no especializada
<i>ii) Número de los agentes que toman decisiones</i>	Entre unos pocos y «demasiados pocos»
<i>iii) Naturaleza de los agentes que toman decisiones</i>	Entre pluralidad u homogeneidad
<i>iv) Modo de nombramiento</i>	Entre partidarios o consensuales
<i>v) Permanencia</i>	Entre un término fijo o de forma vitalicia

#### 3.1. Ubicación institucional

La introducción de este capítulo presentó las categorías comparativas tradicionales de las Cortes Constitucionales, pero omitió una im-

<sup>23</sup> Reformas como las propuestas, por ejemplo, por VERMEULE, 2006; ZURN, 2007, o GHOSH, 2010.

portante: si la Corte superior es especializada en asuntos constitucionales o abarca todas las áreas del Derecho. Los dos «tipos ideales» de Cortes Constitucionales existentes, de acuerdo con esta tipología convencional, confunden una tríada de rasgos: el modelo de Kelsen propone el control concentrado y abstracto en una Corte especializada, mientras que el modelo americano, de control difuso y concreto, opera con una Corte no especializada que actúa como última autoridad de apelación<sup>24</sup>. A partir de este punto de partida clasificatorio y sesgado, los sistemas atípicos se clasifican como «mixtos»<sup>25</sup>. Nuevamente, estas son características diferentes que necesitan ser desagregadas.

Las Cortes Constitucionales especializadas se han asociado generalmente con los países pertenecientes al *civil law*, mientras que las Cortes Supremas no especializadas se han relacionado con los países pertenecientes a la tradición del *common law*, que ha resistido la especialización. La razón de esto se deriva de la necesidad lógica de ambas familias del Derecho y es atribuible a las tendencias históricas en el momento en que estas Cortes fueron creadas<sup>26</sup>.

La pregunta para la investigación normativa sería: ¿existe algún beneficio deliberativo en una jurisdicción especializada? La sabiduría convencional en este asunto sostiene que las Cortes no especializadas —que acumulan las jurisdicciones constitucionales y ordinarias— dejan que el primer tipo de casos se sumerja bajo este último tipo. El control de constitucionalidad solo constituye una competencia más diluida entre muchas otras. Y esto tendría dos desventajas.

En primer lugar, desde el punto de vista epistémico, la Corte no especializada tendría probablemente una menor capacidad de comprender el «tipo distintivo del caso constitucional» y su correspondiente «tipo de razonamiento y argumento constitucional»<sup>27</sup>. Algunas pruebas anecdóticas apoyan la hipótesis, por ejemplo, de que las Cortes no especializadas tienden a enredarse más en los tecnicismos del razonamiento legal que aquellas especializadas, así como a perder de vista la complejidad constitucional del caso. Sin embargo, esto no puede ser

<sup>24</sup> Neil WALKER proporciona una tipología más refinada de diseño constitucional comparativo. Señala dos ejes de variación: en el horizontal, relacionado con la organización funcional, encontramos tribunales generalistas y especializados; en el vertical, relacionado con los diferentes niveles de gobierno, la jurisdicción de apelación puede ser centralizada o descentralizada. Cruzando estos dos ejes encuentra cuatro arquetipos (WALKER, 2010: 34-35).

<sup>25</sup> Las Cortes Constitucionales especializadas pueden hacer algo más que un control abstracto en el que los litigantes tengan acceso directo a la jurisdicción original de la Corte. Algunos también hacen una revisión concreta cuando los casos ordinarios que plantean un incidente constitucional se remiten a la Corte, que es el caso de Alemania, España e Italia. Véase *ibid.*: 42.

<sup>26</sup> Como Neil WALKER reconoce: «La tendencia general puede ser histórica-común en lugar de familiar-específica. Las Cortes Constitucionales especializadas, incluida la nueva Corte sudafricana, son típicamente un fenómeno de los siglos XX y XXI, como productos de la tradición civil, mientras que las Cortes supremas generalistas son típicamente criaturas de los siglos XVIII y XIX, como productos de la tradición del Derecho consuetudinario» (*ibid.*: 43).

<sup>27</sup> WALKER, 2010: 46-47.

atribuido a la mera falta de especialización tan rápidamente<sup>28</sup>. La ventaja de las Cortes no especializadas sería la posibilidad de comprender el sistema legal como una unidad comprensiva, más que una fracción de la misma. Esto, a su vez, podría ser una estrategia institucional más efectiva para perseguir el ideal de integridad<sup>29</sup>.

En segundo lugar, la objeción a una Corte no especializada es que, independientemente de la mayor o menor capacidad epistémica de los jueces, el público tendería a ignorar la distinción constitucional y la importancia de los casos que se entremezclan con otros. La falta de atención en los casos de magnitud constitucional, por tanto, dificultaría la capacidad de la Corte para desempeñar una función más relevante desde el punto de vista educativo.

### 3.2. Número de agentes que toman decisiones

Históricamente, el tamaño de una Corte Constitucional, así como otros factores institucionales, rara vez han sido analizados desde el punto de vista teórico en relación con su función institucional<sup>30</sup>. En cambio, las luchas políticas<sup>31</sup>, la dependencia o las preocupaciones gerenciales pueden explicar mejor por qué se han tomado ciertas resoluciones sobre el número de los agentes que toman las decisiones<sup>32</sup>. Sin embargo, la cuestión del tamaño óptimo de un foro deliberativo define una de sus características cruciales y circunscribe lo que tal foro puede plausiblemente ser o aquello que se puede esperar del mismo<sup>33</sup>.

Existe una abundante literatura en ciencias políticas, inspirada por Condorcet<sup>34</sup>, que discute cómo el número de agentes puede impactar sobre la capacidad epistémica de los cuerpos encargados de tomar decisiones. Algunos defienden los beneficios de «*los muchos*», mientras que otros apuntan a las cualidades de «*los pocos*». Sin embargo, no existen

<sup>28</sup> Investigar quiénes son los jueces, por ejemplo, también puede generar correlaciones plausibles. Independientemente de la especialización del tribunal, también se pueden encontrar diferencias en el razonamiento jurídico entre tribunales compuestos por jueces de carrera y tribunales compuestos por jueces que tienen una formación profesional más plural. Mientras que el primero estaría más inclinado a los detalles legales, este último estaría más abierto a un enfoque argumentativo flexible.

<sup>29</sup> Como DWORKIN, 1986, lo define.

<sup>30</sup> Véase HESSICK y JORDAN, 2009.

<sup>31</sup> Los planes de empaque de la Corte no son solo un episodio anecdótico de las tensas relaciones de Roosevelt con la Corte Suprema de Estados Unidos durante la década de 1930, sino que se pueden encontrar como una medida recurrente de otros regímenes autoritarios para frenar la autoridad de los tribunales (véanse, por ejemplo, los casos de Brasil y Argentina).

<sup>32</sup> Para una cuenta introductoria sobre esta pregunta cuantitativa véase ORTH, 2006.

<sup>33</sup> Para Andrew HESSICK y Samuel JORDAN: «Ya sea elegido deliberadamente o por casualidad, el tamaño de la Corte tiene consecuencias institucionales» (HESSICK y JORDAN, 2009: 708).

<sup>34</sup> Sobre el «teorema del jurado» véanse, por ejemplo, ESTLUND, WALDRON, GROFMAN y FELD, 1989, o KORNHAUSER y SAGER, 1993.

investigaciones con recomendaciones precisas con respecto a las Cortes Constitucionales y al papel específico que estas deben cumplir.

Especificar el número exacto de integrantes de un órgano de toma de decisiones presupone una noción sobre las expectativas que están en juego. Los resultados que se consideran que la deliberación produce, como hemos visto, son múltiples. Podemos percibir que la variación en número puede favorecer un objetivo a expensas del otro. No hay manera de salir de un análisis de costo y beneficio de los muchos y de los pocos. Esta pregunta puramente cuantitativa no tiene que llegar a un número claro, pero patrones distintos tienden, de hecho, a producir diferentes implicaciones. Los cuerpos colegiados de 3, 15, 50 o 500 miembros son, cada uno de ellos, mejores en la realización de ciertas tareas en lugar de otras. Las Cortes han variado históricamente entre las dos primeras magnitudes, pero esto no se puede tomar como un hecho irrefutable.

La sabiduría convencional, una vez más, afirma que el principal equilibrio existe entre el propósito de la uniformidad y el consenso, por un lado, y, por el otro, la promoción de la apertura y el dinamismo del Derecho, lo que también aumentaría la probabilidad de una decisión más precisa.

A medida que el grupo crece, mayor será la probabilidad de que alguien exprese su desacuerdo y, aunque no esté a punto de llegar a un consenso al final, de refinar las posiciones en conflicto<sup>35</sup>. Los grupos más grandes, por otra parte, tienden a aumentar considerablemente la cantidad y calidad de la información disponible. Sin embargo, estas ganancias epistémicas con el tamaño no son ilimitadas. En cierto punto, el grupo puede llegar a ser tan grande como para inhibir el intercambio productivo de información por medio de la deliberación, subestimando así los beneficios informativos de un tamaño más grande<sup>36</sup>.

La probabilidad de acuerdo, si no es totalmente dependiente del número de deliberantes, tiene ciertamente relación con ello. Un tamaño pequeño reduce el peligro del «demasiados cocineros en el síndrome de la cocina», como lo ha expresado Shapiro<sup>37</sup>. Cuanto menor sea el número, aumentan las posibilidades de que el órgano sea percibido como no-representativo de la pluralidad de posiciones que una sociedad heterogénea puede tener y menores son las posibilidades de encontrar soluciones que respondan adecuadamente a esa heterogeneidad.

<sup>35</sup> Según Andrew HESSICK y Samuel JORDAN: «La presencia de un abogado del diablo obliga a un grupo a probar suposiciones y generalmente puede reducir la incidencia de fallas deliberativas, como el pensamiento grupal y las cascadas informativas» (HESSICK y JORDAN, 2009: 681).

<sup>36</sup> *Ibid.*: 649. Este artículo examina una extensa literatura de ciencias sociales y psicología social sobre la toma de decisiones y su relación con el tamaño de los grupos. Además, aumentar el tamaño del grupo puede generar un problema de *free-rider*: cuanto más diluido sea el peso individual, menor será el incentivo para estar informado y menor será la competencia individual. Véase MUKHOPADHAYA, 2003.

<sup>37</sup> SHAPIRO, 2002: 199.

Algunas patologías de formación de la voluntad<sup>38</sup>, que conducen a no menos que decisiones autónomas o individuales, con mayor probabilidad surgen en cuerpos grandes<sup>39</sup>. Este ajuste fino puede ser hecho por medio de una regulación flexible de las circunstancias en las que la Corte debería decidir en pleno o en pequeños grupos<sup>40</sup>.

La cuestión numérica implica, por tanto, no solo un delicado equilibrio entre las promesas comunitarias y epistémicas de la deliberación, sino también entre qué aspectos de la propia promesa epistémica (que comprenden la información, la clarificación, la creación de soluciones originales y la mejor respuesta) deben ser priorizados<sup>41</sup>. No obstante, el decidir sobre «qué grupo de metas institucionales es más valioso»<sup>42</sup> no admite una respuesta universalmente válida.

### 3.3. Naturaleza de los agentes de toma de decisiones

Una de las más sorprendentes banderas de los debates de la reforma judicial en los últimos tiempos acentúa el valor de la diversidad<sup>43</sup>. La sección anterior se ocupó de la diversidad numérica. Sin

<sup>38</sup> Como pensar en grupo, cascadas, polarización y preferencias adaptativas. Véase VERMEULE, 2006.

<sup>39</sup> Por tanto, el tamaño será importante para alcanzar la precisión, en la medida en que la dinámica del grupo no conduce a fallas deliberativas. Benjamin ALARIE, Andrew GREEN y Edward IACOBUCCI notan que: «Ciertos tipos de deliberación requieren menos jueces. Por ejemplo, supongamos que un juez tiende a persuadirse consistentemente por otro. Tener ambos en el mismo panel no aumenta la precisión relativa, ya que, en efecto, solo hay una decisión que afecta a ambos votos. Por otro lado, otros tipos de deliberaciones requieren más jueces. Supongamos que cada juez tiene alguna probabilidad de pensar en alguna idea que cuando se comparte con otros jueces no es decisiva, pero aumenta la probabilidad de que otros jueces alcancen el resultado» (ALARIE, GREEN y IACOBUCCI, 2011: 11).

<sup>40</sup> Una de las ventajas de una Corte que se presenta en *banc* es evitar críticas sobre cómo la composición del panel fue determinante para el resultado. Esta ha sido una discusión cortante en el contexto de la Corte Suprema del Reino Unido. Para una descripción del debate sobre el número de jueces que deberían sentarse en los paneles de la Corte Suprema del Reino Unido véase LE SUEUR, 2008. ALARIE, GREEN y IACOBUCCI, 2011, por ejemplo, llevan a cabo un estudio de caso en la Corte Suprema de Canadá y defienden la definición discrecional de tamaño del panel. Tal margen de maniobra capacitaría a la institución para adaptar el tipo apropiado de ambiente deliberativo para cada circunstancia y asignaría de manera inteligente su escasa energía institucional.

<sup>41</sup> Un tamaño mayor, según Andrew HESSICK y Samuel JORDAN, tiende a promover la diversidad y la precisión a costa de disminuir las perspectivas de consenso y competencia, de inhibir la participación y perjudicar la colegialidad. Por tanto, el inevitable equilibrio costo-beneficio: «La Corte tiene un tamaño óptimo cuando el beneficio marginal de la adición de un juez es igual a su costo marginal. Pero averiguar ese tamaño ideal es más fácil decirlo que hacerlo. Para empezar, es difícil determinar qué tamaño maximizaría cualquier beneficio, en particular de forma aislada. Esa dificultad se ve agravada por la interacción de beneficios competidores [...]. Por tanto, cómo establecer el tamaño depende de cómo prioricemos los objetivos de la Corte» (HESSICK y JORDAN, 2009: 696).

<sup>42</sup> *Ibid.*: 649.

<sup>43</sup> En el Reino Unido, por ejemplo, el caso de una judicatura más diversa no solo busca la igualdad de oportunidades o la diversidad de la sociedad. También tiene una razón epistémica: «Los jueces provenientes de una amplia gama de antecedentes y experiencias aportarán distintas perspectivas para abordar cuestiones legales críticas» («Informe del Panel

embargo, esto no se trata solo de números <sup>44</sup>, sino sobre ¿quién debe sentarse en una Corte Constitucional para atender asuntos de una manera más seria? ¿Qué otra clase de pluralidad debería promoverse al diseñarse una Corte deliberativa? La diversidad tiene una conexión obvia con el potencial deliberativo de una institución. Esto se sostiene ampliamente y algunos estudios empíricos demuestran <sup>45</sup> que los foros plurales tienden a ser más deliberativos y más fructíferos en llevar una mayor variedad de experiencias y percepciones <sup>46</sup>.

Se cree que los grupos diversos crean una tensión que es análoga a la que existe entre las variaciones puramente numéricas vistas más arriba: un cuerpo más plural sería más susceptible y poroso a la variedad de argumentos dentro de una controversia. Sin embargo, las perspectivas de ruptura comunicativa, el desacuerdo intratable y la resistencia a la persuasión, una vez más, serían mayores <sup>47</sup>.

El carácter de los deliberadores es una variable institucional que abarca la tensión entre las promesas epistémicas y comunitarias de la deliberación, pero va más allá de ellas. Una Corte plural, incluso más que una muy numerosa, puede simbolizar el reconocimiento de que interpretar y aplicar el Derecho es una actividad que incluye diferentes tipos de voces. Por tanto, las promesas psicológicas y educativas también están en juego. Tener una descendiente africana, una «mujer latina sabia» <sup>48</sup>, un exrefugiado o un excombatiente antiapartheid <sup>49</sup> dentro de la Corte sería un logro expresivo de las Cortes en sociedades heterogéneas.

Así, se espera que la diversidad desempeñe un papel importante. La diversidad se defiende como un fin en sí mismo, ya que, según se dice, alimenta la simbólica inclusión de diversos grupos <sup>50</sup>, y como un medio, tanto para la aceptación social como para la exactitud de las decisiones. Por tanto, una Corte diversa no representaría simplemente a múltiples grupos demográficos, sino que sería más propensa a lograr o a cumplir sus fines. También haría que sus voces participaran real-

---

Asesor sobre Diversidad Judicial 2010»). Neil WALKER también afirmó la importancia de una Corte no homogénea. Para él, debería ser «ampliamente representativa de la población a la que sirve» e incorporar «diversa gama de antecedentes, experiencias y perspectivas» (WALKER, 2010: 51).

<sup>44</sup> «Una Corte puede ser grande y homogénea» (HESSICK y JORDAN, 2009: 682).

<sup>45</sup> LE SUEUR y O'REILLY, 1998, proporcionan una amplia revisión de la literatura sobre los efectos de la diversidad en la toma de decisiones. Existe evidencia consolidada que muestra que la diversidad puede aumentar el rendimiento del grupo, según la naturaleza de la tarea.

<sup>46</sup> Sobre cómo se aplicaría ese estándar para medir la calidad deliberativa de la Cámara de los Lores del Reino Unido véase PARKINSON, 2007: 380.

<sup>47</sup> HESSICK y JORDAN, 2009: 689.

<sup>48</sup> Como la jueza Sonia SOTOMAYOR profesó en una conferencia en 2001: «Espero que una mujer latina, feliz con la riqueza de sus experiencias, a menudo llegue a una mejor conclusión que un hombre blanco que no ha vivido esa vida» (SOTOMAYOR, 2009).

<sup>49</sup> Como los jueces Sachs y Yacoob de la Corte Constitucional de Sudáfrica.

<sup>50</sup> Para Andrew HESSICK y Samuel JORDAN: «Si el valor de la diversidad es la inclusión simbólica, entonces las únicas formas de diversidad que valoramos son aquellas cuyo simbolismo importa» (HESSICK y JORDAN, 2009: 659).

mente en la decisión final, cuyo contenido y calidad como consecuencia de ello probablemente serían superiores<sup>51</sup>.

La dificultad, sin embargo, estriba en que la diversidad demográfica y la representación simbólica no conducen necesariamente a la diversidad informativa o a la comunicación productiva, de la que depende la promesa epistémica. Esta feliz superposición no es nada obvia. Por el contrario, en ciertos contextos, la diversidad puede plantear «barreras de comunicación» y activar «estereotipos»<sup>52</sup>. Una Corte solo podría evadir esas trampas y aprovechar plenamente la diversidad si, de alguna manera, la colegialidad impregnara la cultura decisional de la institución<sup>53</sup>.

Existen, por tanto, múltiples señales de diversidad que pueden ser tomadas en cuenta para impulsar la deliberación: género, raza, etnicidad, geografía y origen socioeconómico son las más recurrentes. Sus tendencias disruptivas pueden ser reducidas por una cultura colegiada. Existe otro factor, menos intuitivo, que merece especial consideración. Por lo general, se supone que las Cortes Constitucionales deben estar conformadas por abogados profesionales o jueces de carrera. Bajo esta suposición, el control de constitucionalidad sería un asunto para expertos en Derecho. Esta es una razón central por la cual las Cortes son vistas como cuerpos elitistas que operan bajo un estrecho margen mental. ¿Cuáles son los beneficios, si es que los hay, en que una Corte, además de abogados, también esté compuesta por historiadores, filósofos, científicos naturales, economistas, etcétera, no elegidos popularmente? ¿La pluralidad profesional agrega habilidades al control de constitucionalidad? ¿Perdemos algo al flexibilizar la suposición de que todos los jueces constitucionales deben ser juristas?

<sup>51</sup> WILLI argumenta que la diversidad no solo promueve la «represión física», sino también la «representación de la voz» (WILLI, 2006: 1274). Sherrilyn IFFIL comparte esa visión y recuerda que mirar a los jueces minoritarios solo como modelos sirve para legitimar el *status quo* (IFFIL, 2000: 479). Para Harry EDWARDS, la diversidad produciría «un poderoso impacto en cómo los jueces, abogados y litigantes que no pertenecen a minorías ven a las minorías» y amplía «la variedad de voces y perspectivas en el proceso deliberativo» (EDWARDS, 2002: 329). Por ejemplo, afirma que las mujeres pueden hacer una contribución peculiar por su *i*) presencia, ayudando a romper los estereotipos de género; por su *ii*) participación, reduciendo los resultados sesgados de género debido a su mayor empatía con los problemas de las mujeres, y por su *iii*) perspectiva, agregando una forma única de ver el mundo, una que es más contextual y virtuosa. Su presencia y participación son importantes como un correctivo para las condiciones no ideales, es decir, situaciones donde la discriminación está arraigada. Su perspectiva es deseable incluso en contextos ideales. Véase SHERRY, 1986.

<sup>52</sup> HESSICK y JORDAN, 2009: 682.

<sup>53</sup> EDWARDS, 2003: 1669. En otro artículo, Harry EDWARDS también indica el beneficio epistémico y la colegialidad: «Un proceso deliberativo potenciado por la colegialidad y un amplio rango o perspectivas necesariamente da como resultado mejores y más opiniones matizadas» (EDWARDS, 2002: 329). Andrew HESSICK y Samuel JORDAN comparten la misma idea: «Los grupos colegiales son mejores para promover la participación de todos los miembros, evitar estereotipos y fallas de comunicación que pueden acompañar a la diversificación demográfica» (HESSICK y JORDAN, 2009: 684).

Para Vermeule, la diversidad profesional aliviaría la « semejanza mental que proviene de la formación profesional común »<sup>54</sup> —una causa elemental del colapso deliberativo— y aumentaría aún más la capacidad epistémica de la Corte<sup>55</sup>. En otras palabras, además de « diluir el pensamiento grupal » y evitar las patologías deliberativas (como el pensamiento gregario, las cascadas y la polarización), se internalizarían fuentes de conocimiento no jurídico que son funcionales para las buenas decisiones constitucionales<sup>56</sup>. Los daños y los peligros de la homogeneidad profesional y la presión para la conformidad no pueden ser compensados por los mecanismos convencionales, caso por caso, para la incorporación de la pericia (como los *amicus curie*, los testigos expertos o peritos, etc.). Los interlocutores y los agentes que toman decisiones desempeñan papeles distintos en la deliberación y uno o más expertos no jurídicos entre los tomadores de decisiones sería, según Vermeule, una mejoría tecnocrática sustancial<sup>57</sup>.

En resumen, el tamaño del cuerpo y la pluralidad de los agentes encargados de tomar las decisiones están íntimamente conectados. De hecho, el número es en sí una señal de pluralidad. Una matriz causal que combina las dos variables podría iluminar las múltiples variaciones entre ambos polos: de más plural y más numeroso a cuerpos más homogéneos y más pequeños. En este último sería más probable llegar a un consenso, a la claridad y a la certeza. Los primeros darían mejores resultados en relación con las otras promesas deliberativas, pero solo hasta el punto en que los beneficios de la pluralidad numérica basada en los caracteres sean más propensos a la ruptura.

Las teorías de la democracia deliberativa ponen mucha esperanza en la diversidad de los deliberadores<sup>58</sup>. Si asumimos que una Corte Constitucional, a la luz de su complejo carácter institucional, no puede ser demasiado numerosa<sup>59</sup>, habrá un límite inexorable en cuanto a su pluralidad y representatividad. A este respecto, los Parlamentos elegidos obtendrían una puntuación más alta, por muy defectuoso que estuviera el sistema electoral. La diversidad de los agentes encargados de la toma de decisiones, con la limitación propia de estar en una Corte Constitucional, puede todavía aumentar la potencialidad de la delibe-

<sup>54</sup> VERMEULE, 2006: 10.

<sup>55</sup> Según Adrian VERMEULE: «En una variedad de situaciones, la deliberación entre personas de ideas afines puede empeorar las decisiones, no mejorarlas» (*ibid.*: 20).

<sup>56</sup> *Ibid.*: 21.

<sup>57</sup> «Diferentes puntos de vista deben incorporarse en el proceso de toma de decisiones de la Corte por medio de la representación estructural, dado que no hay un sustituto cercano para tener personas de diferentes puntos de vista en la sala donde se toman las decisiones» (*ibid.*: 26). Para explorar un argumento que radicaliza la idea de «jueces legos» basado en la idea de representación más que en la experiencia como el de VERMEULE véase GHOSH, 2010. Provoca un «Tribunal de Ciudadanos» en la forma de un jurado constitucional, que mejoraría la legitimidad general del sistema político».

<sup>58</sup> Véase, por ejemplo, FISHKIN, 2009, y su idea de consulta pública.

<sup>59</sup> En otras palabras, si suponemos que no puede ir más allá del patrón aproximado de «los pocos», como lo mencioné brevemente al comienzo del capítulo.

ración<sup>60</sup>. Los dos dispositivos siguientes —el modo de nombramiento y la permanencia— son también instrumentales para ese propósito<sup>61</sup>.

### 3.4. Modo de nombramiento

Con el fin de implementar el valor de la diversidad o cualquier otro valor que deba promoverse en una Corte Constitucional, el procedimiento de nombramiento debe ser diseñado. Aparte de un instrumento para la aplicación de la variable anterior (el carácter de los jueces), el nombramiento puede ser una herramienta de legitimación en sí misma: la naturaleza del proceso político que conduce al nombramiento puede abrir caminos más amplios o más estrechos para la participación de diversos actores<sup>62</sup>. Esta es una cuestión normativa primordial del diseño institucional: ¿cómo elegir a aquellos que desempeñarán una función específica?

Las técnicas existentes de nombramiento de los integrantes de las Cortes Constitucionales tienden a seguir esa dicotomía inicial entre los modelos americano y europeo: en el primero, el presidente nombra y una audiencia del Senado en pleno confirma la nominación. En el segundo, se presenta una participación más compleja de los órganos que integran el Parlamento<sup>63</sup>. Más importante aún, el primero tiende a ser un proceso altamente partidista<sup>64</sup>, mientras que el último adopta mecanismos para una decisión bipartidista consensual<sup>65</sup>. Los sistemas existentes varían entre los dos tipos ideales.

El partidismo está en desacuerdo con la deliberación. El esfuerzo sincero de discutir y persuadir, escuchar y reflexionar, sobre la soli-

<sup>60</sup> Las investigaciones empíricas indican la cantidad de deliberadores que tiende a optimizar la interacción interpersonal de diversidad. Según Andrew HESSICK y Samuel JORDAN: «Encontrar la combinación ideal de diversidad y tamaño requiere la maximización de una combinación de perspectivas informativas y participación en el proceso grupal. Sobre esta base, muchos estudios han concluido que los grupos de cuatro a seis miembros pueden incorporar mejor las perspectivas de todos ellos» (HESSICK y JORDAN, 2009: 684).

<sup>61</sup> Aunque este epígrafe se titula «carácter de los que toman las decisiones» no hablaba de «rasgos de carácter», como se expresa convencionalmente en la ética de las virtudes. Para una defensa de las virtudes, en lugar del número y la divergencia, como un posible criterio para la selección y el nombramiento de los que toman las decisiones véase SOLUM, 2004b y 2004c.

<sup>62</sup> Según John FERREJOHN: «Dado que los tribunales están legislando, todos tenemos un interés legítimo en quién se sienta en ellos» (FERREJOHN, 2002: 43).

<sup>63</sup> Algunos sistemas también involucran al poder judicial mismo en el proceso de normalización u otros actores políticos. Véanse, por ejemplo, los casos de las Cortes Constitucionales chilena y colombiana. Diferentes actores políticos son responsables de designar un número específico de miembros en estos tribunales.

<sup>64</sup> En Estados Unidos, los grupos de interés luchan por dotar de personal a los tribunales con jueces que adoptan opiniones jurisprudenciales que coinciden con sus posiciones ideológicas. Según John FERREJOHN: «No es de extrañar que sea fácil caracterizar jueces y tribunales en términos partidistas dentro de dicho sistema» (FERREJOHN, 2002: 64-65).

<sup>65</sup> El modelo europeo está menos politizado en el sentido partidista. Para una tabla comparativa sobre el reclutamiento y la composición de las Cortes Constitucionales europeas véase STONE-SWEET, 2000: 49.

dez de su propia posición, en contraste con las alternativas, es contrario al compromiso predeterminado con un grupo predefinido en virtud de la mera pertenencia a ese grupo. Las elecciones, por tanto, al menos del tipo que las democracias modernas consolidaron —estructuradas alrededor de los partidos políticos y con la posibilidad de reelección—, no pueden ser replicadas en las Cortes. Las elecciones pueden hacer que los jueces sean vulnerables a incentivos de comportamiento que no son fáciles de percibir o de controlar y, además, hacerlos responsables ante la opinión pública de manera perniciosa. Las elecciones serían más bien, de hecho, un desincentivo para la deliberación. Sin embargo, este instrumento no necesita ser desechado. La administración de justicia imparcial no puede sobrevivir a cierta clase de elecciones, pero hay poca experimentación comparativa para formular generalizaciones rápidas. Si la pluralidad es uno de los valores que hay que perseguir, una combinación más cuidadosamente adaptada de técnicas electorales y cadenas de delegaciones podría probarse provechosamente <sup>66</sup>.

Los defectos del actual modo de nombramiento estadounidense han sido ampliamente expresados <sup>67</sup>. Los correctivos sugeridos se suelen extraer del conocimiento empírico generado a partir del estudio de las Cortes europeas. Su experiencia acumulada se convirtió en la sabiduría convencional actual del comportamiento institucional: los métodos de nombramiento por mayorías no cualificadas atraen a miembros no partidistas <sup>68</sup>. En cuanto a su poder de creación de Derecho, las Cortes europeas son tan políticas como cualquier otra. Sin embargo, sus jueces tienden a ser «moderadores jurisprudenciales por diseño» <sup>69</sup> en lugar de «apologistas ideológicos» <sup>70</sup>. El patrón básico de una propuesta de reforma es: cuanto más centrista es la Corte, más inclinada a deliberar; cuanto más partidista y polarizada, se produce lo contrario, lo que explicaría la reputación no deliberativa de la Corte Suprema de Estados Unidos. Esta regla empírica puede ser más o menos generalizable en diferentes contextos.

En lugar de las supermayorías, una forma alternativa bien conocida de proteger las nominaciones contra el partidismo tóxico y la politiquería son las «comisiones de nombramientos judiciales» <sup>71</sup>. Dado que dicho organismo está relativamente aislado —o al menos no con-

<sup>66</sup> Sin duda, parte de los miembros del Tribunal Constitucional chileno, por ejemplo, son elegidos por las Cámaras del Parlamento y el Tribunal Supremo.

<sup>67</sup> El modo de nombramiento de la Corte Suprema de Estados Unidos ha sido ampliamente criticado por varios autores. Las sugerencias de cambio son prolíficas. Para ejemplos recientes véanse FERREJOHN, 2002a; FERREJOHN y PASQUINO, 2004; DWORKIN, 2006, y EISGRUBER, 2009.

<sup>68</sup> FERREJOHN, 2002a: 66.

<sup>69</sup> FERREJOHN, 2002b: 67.

<sup>70</sup> FERREJOHN, 2002a: 58. Véase también FERREJOHN y PASQUINO, 2004: 1701.

<sup>71</sup> La Reforma Constitucional del Reino Unido de 2005 creó una comisión de nombramiento judicial para mejorar la independencia judicial. Aunque los miembros de la Corte Suprema del Reino Unido no son seleccionados por dicha comisión, este acuerdo estimula la reflexión sobre formas menos partidistas de nombramiento en los tribunales superiores.

trolado por las partes en el poder—, es menos probable que el proceso sea politizado y que este sea mejor para promover la diversidad.

El desafío en el diseño de las Cortes en relación con la deliberación es crear un procedimiento que aumente las posibilidades de una composición óptima de la Corte. El diseñador tendrá que decidir quién debe tener el poder de nombrar y cómo debe ser ejercido este poder de forma discrecional. Si tiene razones para no confiar en que el nominador hará un uso juicioso de ese poder, tal prerrogativa podría ser más estrictamente regulada. Si cualquier tipo de diversidad moldeará la Corte, el procedimiento de nombramiento debe planificarse teniendo en cuenta estas consideraciones. Aparte de ser instrumental para promover las promesas deliberativas que se esconden detrás de la composición de la Corte, también puede cumplir una función de legitimación de la misma institución.

### 3.5. Permanencia

Uno de los instrumentos centrales para forjar la independencia e imparcialidad judicial es la garantía de que el juez no será destituido y no tendrá ninguna preocupación de complacer o molestar a un electorado. Tal estabilidad se ha construido por medio de un periodo no renovable, como en las Cortes europeas, o de manera vitalicia, como en la Corte Suprema de Estados Unidos<sup>72</sup>. Existen otras variaciones, entre ellas, modulando la duración de la permanencia o estableciendo una edad de jubilación obligatoria<sup>73</sup>.

La permanencia y el procedimiento de nombramiento son los mecanismos conjuntos para hacer frente al riesgo de partidismo y otros fracasos deliberativos<sup>74</sup>. Comúnmente se sostiene que no debe haber premio alguno para un juez que cumple con las líneas del partido o una sanción para el que no las cumple. La cantidad de tiempo que los jueces permanecen en el cargo y cómo la composición de la Corte gradual y permanentemente se renueva forma una cierta dinámica de grupo. Dicha dinámica, a su vez, afecta a la calidad de la deliberación de manera positiva o negativa.

No hay mucha controversia acerca de la importancia de algunas medidas de estabilidad en aras de la colegialidad. El modelo de permanencia óptimo bajo esa suposición de comportamiento no debería ser demasiado corto, lo que probablemente impediría que la colegialidad floreciera, ni demasiado largo, lo que podría conllevar, a su vez, a desarrollar fracasos deliberativos y a afianzar posiciones in-

<sup>72</sup> Para una propuesta de reforma que cambie el sistema de permanencia de los jueces en Estados Unidos véase LEVINSON, 2006: capítulo 4.

<sup>73</sup> Me gusta el sistema brasileño, en el que la Constitución (art. 40) exige la jubilación obligatoria a los setenta años.

<sup>74</sup> Para una defensa de los periodos vitalicios en el Reino Unido (Cámara de los Lores) véase PARKINSON, 2007.

transigentes. Por ejemplo, las «deudas de deferencia» acumuladas a lo largo del tiempo podrían inducir a «un sutil intercambio de votos no articulado»<sup>75</sup>. Un espíritu de camaradería podría crecer entre los grupos de jueces y, a su vez, influir en las decisiones de manera irracional<sup>76</sup>. La socialización entre los jueces ejerce una presión hacia la homogeneización, lo cual gradualmente disminuiría el peso epistémico que puede desempeñar la diversidad de perspectivas y opiniones.

Así, dos cuestiones vitales surgen con respecto a la permanencia de los jueces. En primer lugar, un diseñador debe decidir sobre la duración de esta: si debe extenderse de manera vitalicia, ser fija o ser regulada por una fórmula intermedia. En segundo lugar, decidir cómo se renovará la Corte: si debe haber intervalos diferenciados pero lineales para que cada juez se retire, un sistema en el que se reemplacen bloques más grandes de jueces a la vez o una fórmula intermedia.

La deficiencia crítica de los modelos de permanencia extremadamente extensos, ya sea de manera vitalicia o no, es que no permiten la renovación o esta se da a un ritmo demasiado lento, con lo cual se corre el riesgo de fosilizar posiciones y de hacer que la Corte no responda a nuevos argumentos y problemas. La posibilidad de rendición de cuentas del sistema de nombramientos se diluye porque los jueces se separan por completo de las fuerzas políticas que los nombraron inicialmente. Los errores se vuelven más difíciles de revertir. Es más probable que la energía deliberativa y la disposición de la Corte se agoten, así como su jurisprudencia se estanque de manera duradera.

Se cree que la permanencia vitalicia impediría a los jueces tener planes de carrera después de abandonar la oficina, lo que tendría sesgos en sus decisiones. El incentivo para enmarcar una decisión bajo la perspectiva de una posición tras salir de la Corte puede ser aliviado mediante arreglos de cuarentena, pero inevitablemente es un costo que se tendrá en cuenta en el sistema si se adopta un plazo más corto. Cuando un sistema se combina con un modo extremadamente partidario de nombramiento, como en Estados Unidos, el potencial deliberativo de la Corte queda aún más gravemente afectado: los jueces tienen la discreción de tiempo de su jubilación según el partido en el poder y la Corte resulta atada, de manera incorregible, a clivajes partidarios<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> RICHMAN y REYNOLDS citados por EDWARDS, 2003: nota 22.

<sup>76</sup> HARRY EDWARDS, por medio de una noción más fuerte de colegialidad, ha respondido a aquellos que «se preocupan porque, cuando los miembros de un tribunal tienen fuertes relaciones colegiales, los jueces pueden ser reacios a desafiar a sus colegas y pueden unir sus opiniones para preservar las relaciones personales» argumentando que «menos colegialidad, por tanto, puede aumentar la independencia, una virtud de buen juicio» (EDWARDS, 2003: 1646).

<sup>77</sup> FERREJOHN y PASQUINO, 2004: 1704.

#### 4. DISPOSITIVOS PREDECISIONALES: PROMOCIÓN DE LA DISCUSIÓN PÚBLICA Y PREPARACIÓN DEL COMPROMISO COLEGIAL

<i>Dispositivos</i>	<i>Dilemas</i>
Selección de asuntos	Entre la discrecionalidad y la obligatoriedad
Agenda de los asuntos	Entre la discrecionalidad y la obligatoriedad
Carácter de los interlocutores	Entre filtros amplios o estrechos
Modo de interacción	Forma, procedimiento y estilo

##### 4.1. Selección de asuntos

La fase predecisional comienza cuando los casos son llevados a la Corte. Allí debe adoptarse una decisión sobre cuáles y cuántos casos serán seleccionados. Me refiero a estos filtros cualitativos y cuantitativos discrecionales como selección de asuntos. La deliberación es un proyecto que requiere mucho tiempo y una institución no puede ser verdaderamente deliberativa si esa condición no se considera debidamente<sup>78</sup>. Las prioridades sobre el recurso tiempo, por tanto, deben ser consideradas<sup>79</sup>.

Al diseñarse la institución debe no solo tenerse en cuenta el número óptimo de casos<sup>80</sup>, así como la relevancia y oportunidad de los asuntos que deben abordarse, sino también quién debe tomar ambas decisiones. La discrecionalidad le da a la Corte cierto margen de maniobra para manejar ambos filtros y más autonomía para ponderar cuánto tiempo demandará cada caso sobre la base de su propia estimación<sup>81</sup>. Además, la discrecionalidad dota a la Corte del poder de hacer su propio juicio sobre qué cuestiones constitucionales deben priorizarse por razones de principio o de conveniencia.

<sup>78</sup> Como ha declarado el juez Powell, el aumento del número de casos puede «llegar al punto en que la competencia y la destreza de la Corte se vean perceptiblemente afectadas» (BICKEL, 1973: 14).

<sup>79</sup> Alexander BICKEL incluso propone una fórmula para alcanzar la selección ideal de asuntos y factores, aparte del tiempo y la cantidad de presión en el cálculo: «Las horas reales y los días reales no son la única consideración. La ecuación apropiada es: carga = tiempo + presión. Una agenda del tamaño de la presente [...] ejerce presión que drena energía y desvía la atención» (BICKEL, 1973: 31).

<sup>80</sup> La carga de trabajo tiene una relación obvia con cuán meticulosa puede ser la deliberación en cada caso. Por razones evidentes, las condiciones deliberativas de un tribunal que decide veinte o treinta casos por año, como la Corte Constitucional de Sudáfrica (véase ROUX, 2003: 94), y uno que decide casi cien mil casos por año como el Supremo Tribunal Federal de Brasil (véase VERISSIMO, 2008), son drásticamente diferentes.

<sup>81</sup> La Corte Suprema de Estados Unidos, por ejemplo, utiliza el mandato de *certiorari* para definir discrecionalmente su agenda. La Corte Constitucional de Sudáfrica puede usar tanto las denegaciones de acceso directo como las denegaciones de permiso para apelar los medios para gestionar su agenda. Véase KLUG, 2011.

La obligatoriedad en la selección de los asuntos, por otra parte, a pesar de tener el riesgo de privar a la Corte de tal discreción conveniente y de sobrecargarla posiblemente con demasiados casos, puede ser beneficiosa en sociedades en las que es razonable sospechar que las Cortes realizarían tal tarea de manera parcial y selectiva, negando a algunos intereses no privilegiados la oportunidad de suscitara la discusión pública y de obligar a la Corte a adoptar una postura pública sobre las controversias más apremiantes. Por último, los sistemas mixtos pueden combinar tanto selecciones de casos obligatorias como discrecionales con respecto a diferentes acciones judiciales<sup>82</sup>.

## 4.2. Agenda de los asuntos

La configuración de la agenda, para los propósitos de este capítulo, está relacionada con el momento de la decisión (y de los actos procesales previos) una vez que un caso ha sido seleccionado por la Corte. El uso ordinario del término generalmente comprende la selección de los asuntos. Combinarlos puede desdibujar dos actos distintos. Decidir que un caso será decidido no es lo mismo que decidir cuándo se resolverá. En la mayoría de las Cortes Constitucionales esta distinción puede parecer vana, pues se supone que si un caso es seleccionado, la Corte decidirá necesariamente dentro de un plazo definido, sin mucha flexibilidad.

Sin embargo, formal o informalmente, algunas Cortes tienen un margen de acción adicional<sup>83</sup>. Una vez más, la agenda puede beneficiar a la deliberación de múltiples maneras, ya que la Corte puede dosificar el ritmo y la intensidad en las que se tomará una decisión y en las que la discusión pública continuará. Sobre temas que no fueron suficientemente debatidos en la esfera pública, por ejemplo, puede resultar necesario que la decisión se aplaze. Simplemente, en lugar de no seleccionar un caso, la Corte puede seleccionarlo, pero, al mismo tiempo, decidirlo a ritmo lento. También tiene una segunda oportunidad para estable-

<sup>82</sup> La Corte Suprema de Canadá, por ejemplo, tiene discreción para otorgar «el grado de apelación» en algunos casos, pero en otros opera el «*heard of as a right*». La Corte Constitucional colombiana y el Supremo Tribunal Federal de Brasil también son híbridos con respecto a la discreción en la selección de asuntos. Véase VERISSIMO, 2008.

<sup>83</sup> El caso brasileño brinda nuevamente un ejemplo interesante. Hay una serie de prácticas informales toleradas que hacen extremadamente difícil predecir si un caso será decidido en uno, cinco o más años por el Tribunal Supremo. El presidente del Tribunal Supremo (cuyo periodo es de dos años), tiene el poder de definir la agenda. Los jueces individuales, a su vez, pueden interrumpir la deliberación pública (que consiste principalmente en la lectura pública de las opiniones individuales) y pedir más tiempo para sí mismos, lo que podría tomar entre meses o años. Véase DA SILVA, 2013. La Corte Suprema de Estados Unidos no tiene ese margen de maniobra. Ha adoptado una regla informal según la cual debe disponer todos los casos discutidos antes del receso: «Esta regla está diseñada para garantizar que la Corte se mantenga al tanto de su carga de trabajo y puede alentar a los jueces a llegar a un compromiso más temprano que tarde». Véase HESSICK y JORDAN, 2009: 703.

cer prioridades sobre la base de principios o de conveniencia. El poder de dar prioridad a asuntos urgentes en la esfera pública puede aumentar la calidad y la relevancia de la discusión pública manejada por la Corte. Por otra parte, el riesgo de la fijación discrecional de la agenda es básicamente el mismo que el de la selección discrecional de los casos: la Corte podría utilizarla de manera injusta. En las culturas judiciales donde existe una predisposición discriminatoria, esto puede ser perjudicial para las perspectivas deliberativas de la Corte.

La discrecionalidad en la selección de los casos y en la agenda de los asuntos hace que los principios de pasividad judicial y de justicia natural sean relativos. Por motivos de imparcialidad, por lo general las Cortes no pueden elegir los casos y mucho menos el momento en que los decidirán. Dado que la función esencial de las Cortes Constitucionales va más allá de la solución de los conflictos individuales (si se trata de una función en absoluto), una estricta aquiescencia a esos principios empobrecería significativamente los otros fines que se supone persigue la Corte. Con respecto a la función deliberativa, esa adhesión en blanco privaría a la fase predecisional de la flexibilidad y el enfoque a los que aspira la discusión pública, desperdiciaría el tiempo con casos de menor importancia política o jurídica y reduciría la probabilidad de compromiso colegiado y decisiones escritas deliberativas.

#### 4.3. **Carácter de los interlocutores**

La elección entre diversidad y homogeneidad no solo importa para definir quiénes son aquellos que tomarán las decisiones. El grado de diversidad de los interlocutores potenciales también es crucial en la determinación del desempeño deliberativo global y, en especial, de la discusión pública. Wendell Holmes dijo una vez que «la justicia y el alto desempeño judicial requieren que la magistratura y los intervinientes actúen de común acuerdo»<sup>84</sup>. El mismo consejo aplica para el desempeño deliberativo: la apertura a una variedad de interlocutores puede no solo contribuir a aumentar la gama de perspectivas que serán abordadas por la Corte, potenciando su capacidad epistémica, sino que también tienen un impacto importante en términos de los efectos psicológicos y educativos de la deliberación. Las mismas razones intrínsecas e instrumentales para la diversidad de los agentes que toman la decisión —mencionadas anteriormente— pueden repetirse también con los interlocutores.

El punto crucial de esta elección, por tanto, es conformar una lista de actores que pueden ser activadores o partícipes en un asunto constitucional<sup>85</sup>. En otras palabras, circunscribir a quién podrá escuchar la

<sup>84</sup> Citado por COLEMAN, 1983: 35.

<sup>85</sup> Instrumentos como *amicus curiae* y sesiones de «consulta pública» son formas bien conocidas de hacer que la Corte sea más permeable a las voces de diversos grupos sociales.

Corte por medio de sus mecanismos formales. Aunque esta siempre puede estar atenta a lo que los interlocutores informales discuten en la esfera pública o incluso imaginar empáticamente puntos de vista que no se expresaron, la habilitación de varios actores para hacerlo y el aumento de su foro formal puede facilitar este propósito.

Al diseñarse la Corte, por tanto, debe idearse un procedimiento que sea lo suficientemente versátil como para canalizar los argumentos de un grupo heterogéneo de interlocutores. Estos pueden ser de diversos tipos: las propias partes, los abogados que representan a las partes y otros tipos de actores interesados o aportadores de pruebas (como expertos y *amici curiae*).

En este sentido, las reglas individualistas de legitimación en la causa, que encapsulan definiciones reduccionistas de «introspección directa», parecen estar en desacuerdo con una Corte deliberativa<sup>86</sup>. Como Thompson ha sugerido, el umbral de la legitimación no debe ser demasiado alto, sino «cívico» y orientado al desarrollo de los principios morales generales<sup>87</sup>. Cuando el acceso a la justicia constitucional se reserva solo a aquellos que pueden permitirse un «precio de admisión»<sup>88</sup> alto, político o estrictamente financiero, la Corte es desposeída de una gran parte de su potencial deliberativo<sup>89</sup>.

#### 4.4. Modo de interacción entre los tomadores de decisiones y los interlocutores

Durante la fase predecisional, el modo de interacción entre los tomadores de decisiones y sus interlocutores puede asumir diferentes formas, procedimientos y estilos. Este modo estructura la discusión pública y debe proporcionar las condiciones para que una respetuosa curiosidad se desarrolle. Con respecto a la forma, el intercambio de argumentos de los interlocutores y de los tomadores de decisiones

<sup>86</sup> Una creación interesante a ese respecto es la institución del litigio de intereses públicos por la Corte Suprema de la India, que aumentó sustancialmente el acceso a la Corte. Pratap Bhanu MEHTA explica brevemente que: «La Corte flexibiliza los requisitos legales normales de “legitimación” y “súplica” que requieren que un litigante sea presionado directamente por una parte o partes directamente afectadas, y permite que cualquier persona se acerque buscando la corrección de un supuesto mal o injusticia. En estos casos frecuentemente se abandona el proceso probatorio adversarial y se reemplaza por comisiones de investigación de la propia Corte» (MEHTA, 2007: 71).

<sup>87</sup> Para Dennis THOMPSON, una regla más inclusiva mejoraría la responsabilidad judicial (THOMPSON, 2004: 88).

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> El acceso a la justicia constitucional, en sintonía con los pensamientos de THOMPSON, puede conceptualizarse a la luz del ideal de la democracia participativa. «Democratizar» las reglas de legitimación y hacer que el valor de la diversidad realmente determine quiénes son los responsables de la toma de decisiones y los interlocutores puede llevar a tribunales que difícilmente podrían llamarse «elitistas». El ejemplo de la «acción de tutela» en la Corte Constitucional de Colombia, un instrumento fácil y poco costoso para ser utilizado por cualquier ciudadano, no debe separarse de los lentes de la democracia participativa. Véase UPRIMNY, 2003: 61.

puede combinar encuentros cara a cara en sesiones de audiencia y peticiones escritas. Con respecto al procedimiento, el número de peticiones escritas, la duración y la cantidad de las audiencias también pueden ser reguladas de manera flexible para facilitar un conjunto más amplio de razones.

En un nivel más general, una Corte Constitucional necesita tomar una posición entre los estilos de interacción adversarial e inquisitorial. Esta es una vieja controversia de la teoría del proceso. Por un lado, los sistemas contradictorios garantizarían que las disputas bilaterales, siempre que exista «igualdad de armas»<sup>90</sup>, se traten con justicia. El juez no tiene el deber de buscar la verdad, sino simplemente de mediar entre lo que se dice. Por otro, el principio inquisitorial permite al juez intervenir más activamente sobre lo que argumentan las partes. Bajo este esquema podría ponerse en riesgo la imparcialidad.

Cuando se trata del control de constitucionalidad parece claro que un apego rígido al principio adversarial obligaría a la Corte no solo a quedarse en silencio mientras los interlocutores hablan, sino también a contemplar, para tomar una decisión, solo lo que han dicho los interlocutores, lo cual reduciría drásticamente la probabilidad de una deliberación productiva. Si la Corte no es libre de desafiar explícitamente los argumentos de los interlocutores e invitar a una respuesta adicional ni imaginar argumentos que no se plantearon, y si el proceso se moldea en una forma rígidamente ritualista y contradictoria, el papel de la Corte como deliberadora disminuiría drásticamente<sup>91</sup>.

La voz «control de constitucionalidad», en los términos expresados en el capítulo III, no hace referencia a las coordenadas elementales para la decisión del caso. La Corte necesita estar preparada institucionalmente para enfrentar problemas o enfoques policéntricos. Un problema policéntrico, tal como lo definió Fuller, puede ser representado como una «telaraña»<sup>92</sup>. Un tirón en una hebra distribuirá tensiones en la red como un todo. Tales problemas, por tanto, no encajarían bien en un método decisorio que consiste principalmente en distribuir derechos y deberes en una disputa bilateral para la cual los instrumentos contradictorios pueden ser útiles<sup>93</sup>. Los casos constitucionales tienen, a menudo, rasgos policéntricos discernibles y no podrían ser manejados adecuadamente por los principios típicos de la adjudicación ordinaria, y la interacción adversaria es uno de ellos<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> JOLOWICZ, 2003: 283.

<sup>91</sup> La jurisprudencia de la Corte Constitucional sudafricana, por ejemplo, ya se ha enfrentado a la cuestión de si puede plantear, independientemente de los argumentos de las partes, una cuestión constitucional diferente a la planteada en un caso. Bajo ciertas condiciones aceptó hacerlo. Véase KLUG, 2011.

<sup>92</sup> FULLER, 1978: 395.

<sup>93</sup> Para John FULLER, la dimensión policéntrica es una «cuestión de grado»: «Hay elementos policéntricos en casi todos los problemas sometidos a la decisión judicial» (*ibid.*: 397).

<sup>94</sup> Según John FULLER, «los problemas policéntricos a menudo se pueden resolver, al menos de cierto modo, mediante métodos parlamentarios que incluyen un elemento de

## 5. DISPOSITIVOS DECISIONALES: PROMOCIÓN DEL COMPROMISO COLECTIVO

<i>Dispositivos</i>	<i>Dilemas</i>
Sesiones	Entre públicas y secretas
Modo de interacción	Entre formal e informal, oral o escrita
Decisiones	Entre unanimidad y mayoría

### 5.1. Sesiones: entre públicas y secretas

Es una pregunta recurrente de la teoría deliberativa si los espectadores externos deben ser capaces de ver a los deliberadores mientras interactúan. Este, a su vez, es un problema que siempre ha enfrentado la democracia misma. Los espectadores constriñen a los que deliberan, especialmente cuando estos se sienten, de alguna manera, responsables ante los primeros<sup>95</sup>. No debe asumirse, sin más calificación, que la deliberación debe ser pública<sup>96</sup>.

La elección entre la publicidad y el secreto, y los compromisos aceptables entre ellos, es, por tanto, consecuencial. Como regla general, una cultura democrática tiene muchas razones para sospechar de la legitimidad de las prácticas gubernamentales secretas. La transparencia es más que un poderoso eslogan; es un mecanismo de control deseable. Sin embargo, a pesar de lo contradictorio en esta idea y dependiendo de cómo se implemente, la transparencia también puede ser perjudicial para la calidad de la deliberación. Shapiro señala, de manera elocuente, que: «La publicidad tiene ventajas para la política, aunque estas no son absolutas [...]. Cualquiera que sea la ventaja, no es la de la deliberación»<sup>97</sup>.

Las sesiones públicas, por tanto, pueden ser una invitación a la demagogia judicial o a excluir un verdadero diálogo<sup>98</sup>. Los jueces pue-

---

acuerdo en la forma del “trato” político» (*ibid.*: 400). Aunque no se había profundizado en lo que quiso decir con eso, una Corte Constitucional debe confiar en la deliberación para llegar a tal «acuerdo político».

<sup>95</sup> Jon ELSTER recuerda que en el modelo ateniense de democracia directa, por ejemplo, una «democracia de oradores» tiende a prevalecer. Allí, los oradores no pretenden convenirse entre sí, sino solo a la audiencia, que, a su vez, no habla. Con el paso de una democracia de la plaza pública a una democracia del Parlamento emerge un foro potencialmente más deliberativo. Sin embargo, el hecho de que estos miembros rindan cuentas a los electores aún debilita la deliberación. Véase ELSTER, 1998: 2.

<sup>96</sup> Para un acercamiento filosófico al dilema entre el secreto y la publicidad en la deliberación véase CHAMBERS, 2004.

<sup>97</sup> SHAPIRO, 2002: 198.

<sup>98</sup> DA SILVA (2013: 581). El juez Lewis POWELL JR. sostiene: «La integridad de la toma de decisiones judiciales se vería seriamente afectada si tuviéramos que llegar a nuestros juicios en la atmósfera de una reunión pública de ciudadanos. La confidencialidad de este

den desarrollar una faceta pública y una identidad particular ante la audiencia externa<sup>99</sup>. Tendrían un incentivo plausible para protegerse contra el «ridículo público»<sup>100</sup>, pues cambiar de opinión, después de todo, puede parecer una debilidad de carácter o de intelecto para el espectador curioso. Más en general, la publicidad va en contra de la colegialidad misma<sup>101</sup>. Para evitar la vergüenza pública o la intimidación, un juez puede resistirse a cambiar de opinión.

Un buen deliberador es indiferente ante el reconocimiento personal frente al cómo será públicamente percibido<sup>102</sup>. La publicidad no favorece particularmente ese rasgo individual. En sesiones secretas, de hecho, los defectos deliberativos simplemente se harían invisibles y protegidos contra el escrutinio público. Sin embargo, en las sesiones públicas, la auténtica deliberación podría incluso no ocurrir<sup>103</sup>. Una medida de secreto, según lo ha demostrado la experiencia documentada, proporciona la asepsia institucional apropiada para que la deliberación prospere. El diseñador institucional, por tanto, debe lidiar con la tensión entre la publicidad y el secreto<sup>104</sup>. Un cierto compromiso entre ambos podría ser rentable. El secreto combinado con la revelación futura es, para Freund, la mejor manera de hacerlo<sup>105</sup>.

---

proceso asegura que revisaremos cuidadosamente la solidez de nuestros juicios» (POWELL, 2004: 89).

<sup>99</sup> Según John FERREJOHN y Pasquale PASQUINO: «Esta “anonimidad” bien puede facilitar prácticas deliberativas ilegales al hacer que los miembros sean susceptibles de compromiso y persuasión mutua y no darles una razón para sentirse orgullosos de su coherencia jurisprudencial como jueces individuales» (FERREJOHN y PASQUINO, 2004: 1693) Las razones de John FERREJOHN para la deliberación interna presuponen una sesión secreta que «protegería a los miembros de las presiones de sobornos o intimidación de grupos externos» (FERREJOHN, 2008: 209).

<sup>100</sup> William REHNQUIST sigue esa línea: «Sin duda, esta franqueza hace avanzar el propósito de la Conferencia al resolver los casos que se le presentan. Nadie se siente inhibido por la posibilidad de que alguno de sus comentarios sea citado fuera de la sala de conferencias o que cualquiera de sus ideas a medias o mal concebidas, que todos nosotros tenemos a veces, se releguen más tarde al ridículo público» (REHNQUIST, 2004: 94-95).

<sup>101</sup> Como Albie SACHS afirmó: «No sería apropiado para mí dar a conocer los debates internos que tuvimos entre los once jueces que escucharon el asunto. La confidencialidad y la colegialidad son esenciales para el buen funcionamiento de cualquier tribunal» (SACHS, 2009: 242).

<sup>102</sup> Para Harry EDWARDS incluso la presencia de un solo científico social en la sala de la Corte dañaría la atmósfera adecuada de deliberación. No aprueba, por ejemplo, la autorización que Latour recibió para observar las sesiones secretas del Consejo de Estado francés: «Creo que la mera presencia de un antropólogo o sociólogo “neutral”, “incluso silencioso”, en nuestras deliberaciones cambiaría el carácter y el curso de las deliberaciones entre los jueces» (EDWARDS, 2003: 1688).

<sup>103</sup> La deliberación judicial en público es, comparativamente, una característica rara de las Cortes Constitucionales. Sin embargo, el Supremo Tribunal Federal de Brasil ha establecido esta tradición *sui generis* durante varias décadas. Dejar que los jueces deliberen en público ha sido considerado, por cierto sentido común brasileño, un modelo ejemplar de transparencia. Sin embargo, un observador puede diagnosticar fácilmente la artificialidad de un encuentro público que se transformó en una sesión de lectura larga e interactiva de opiniones individuales, lo que perjudica no solo la calidad de la deliberación, sino también la racionalidad de la decisión final en sí misma. Véase DA SILVA, 2013.

<sup>104</sup> Para un enfoque sobre el contexto parlamentario véase BESSETTE, 1994.

<sup>105</sup> Paul FREUND declara: «Lo que se quiere es una adaptación de dos verdades: esa perfecta franqueza en las conferencias que preceden a los juicios requiere secreto y que, en la

## 5.2. Modo de interacción: oral y escrito, formal e informal

El dilema entre publicidad y secreto no es el único que perturba al diseñador institucional cuando se trata de promover el compromiso colegial. La interacción entre los agentes que toman decisiones puede ser regulada y las prácticas arraigadas pueden fomentar o suprimir la deliberación. La promesa deliberativa fundamental de la fase decisional es la epistémica y un modo óptimo para mejorarla puede tomar diferentes formas.

Las razones pueden ser intercambiadas, una vez más, mediante interacción cara a cara o por medio de documentos<sup>106</sup>. En este último caso, parte de la fase decisional se fusionaría con la tarea posdecisional de la redacción de la decisión. Además, la interacción decisional puede ocurrir formalmente, por medio de convenciones más disciplinadas o de manera informal<sup>107</sup>. Determinar qué combinación de estas variables es más beneficiosa para la deliberación es una cuestión difícil que debe enfrentar cada Corte Constitucional.

A medida que la interacción se vuelve más rígida y codificada (como el ritual en el que el voto individual sigue un criterio de

---

frase de Lord Acton, lo que sea secreto degenera [...]. El problema de la reconciliación se ha cumplido satisfactoriamente en otros contextos: la correspondencia diplomática se hace pública después de un intervalo, las notas de Madison sobre los debates en la Convención Constitucional se publicaron una generación después del evento» (Introducción a BICKEL, 1957: XVI). La práctica de registrar sesiones secretas para divulgación futura, tal como lo practica la Reserva Federal de Estados Unidos, es un ejemplo de terreno intermedio. Si una técnica similar demuestra mitigar los daños de la publicidad sin socavar las condiciones para la deliberación en una Corte Constitucional, esa solución podría ser una sabia respuesta al dilema. Promovería un tipo de transparencia diferencial, incluso si se retrasa. Acerca de las prácticas de la Reserva Federal de Estados Unidos véase EHRMANN y FRATZSCHER, 2005.

<sup>106</sup> La Corte Suprema de Estados Unidos, por ejemplo, adopta una combinación de mecanismos: comienza por una «conferencia a puerta cerrada» cara a cara, cuando se define la opinión mayoritaria, y es seguida por meses de circulación de borradores de opinión «deliberación por texto». Véase GASTIL, 2008: 144. La comunicación interna, por tanto, procede por medio de notas escritas a la conferencia, circulación de proyectos de opinión y comentarios sobre los borradores. La conferencia, como han revelado varios testimonios, se ha convertido cada vez más en un intercambio rápido para verificar si hay consenso o no, no para discutir realmente. Véase COOPER y BALL, 1997: 224. Para un inventario extremadamente rico de «opiniones no publicadas» que se transformaron durante esta circulación de borradores véase SCHWARTZ, 1985, 1988 y 1996.

<sup>107</sup> Andrew LE SUEUR enfatiza la importancia de los encuentros informales para generar confianza mutua (LE SUEUR, 2008: 33). David ROBERTSON una vez criticó la falta de participación en las deliberaciones formales de la Cámara de los Lorens: «Los jueces ingleses no interactúan entre sí intelectualmente —sus posiciones pasan en gran medida por la vista alternativa sin comentarios—» (ROBERTSON, 2000: 20). En la comunicación privada con Le Sueur y Comes, un juez de apelación impugnó la declaración de ROBERTSON. Aparentemente, ROBERTSON habría perdido las interacciones informales: «Además de las reuniones, hay un proceso dinámico constante de discusión sobre los casos antes de que se analicen, durante la audiencia de los casos, luego, en las reuniones, con referencia a los borradores circulados, etc. ¡Parece que nunca dejamos de hablar sobre nuestros casos!» (ROBERTSON, 2000: 15).

antigüedad)<sup>108</sup>, la deliberación pierde la espontaneidad. Y aunque la deliberación no puede ser vista como una mera conversación espontánea<sup>109</sup>, las virtudes de la colegialidad, la ambición epistémica, la modestia epistémica y la empatía no surgen ni evolucionan por el diseño formal, pero la completa ausencia de reglas puede debilitar esas virtudes y dar lugar a los fracasos deliberativos<sup>110</sup>.

Se podrían imaginar una cantidad infinita de fórmulas. Tales fórmulas, por supuesto, pueden basarse en las prácticas históricas de la administración de justicia colegiada. Una típica tradición asigna a un relator un conjunto de funciones relacionadas: administrará cómo evoluciona el caso en el procedimiento, conducirá las deliberaciones internas y, además, será quien redacte la decisión de la Corte (en caso de desacuerdo no requiere de alguien más para escribir la opinión de la mayoría)<sup>111</sup>. Se supone, por tanto, que ejercerá un liderazgo en todo el proceso<sup>112</sup>. La forma en que dicho liderazgo se ejerza, además de cómo los otros jueces respondan a ella, será crucial para las perspectivas de deliberación. Otras tradiciones de la decisión colegial permiten que el ponente o juez principal tome la dirección general del proceso<sup>113</sup>. Algunas, sin embargo, están más atomizadas y dan al ponente o al juez principal un papel burocrático marginal<sup>114</sup>. Sea cual sea la mejor estrategia en cada circunstancia, el diseñador no puede subestimar cómo la deliberación podría ser estimulada y mejorada por las reglas internas de ese tipo.

### 5.3. Decisión: entre unanimidad, mayoría simple y mayoría cualificada

La deliberación presupone la necesidad de tomar una decisión colectiva; por ello debe existir un criterio de decisión para defi-

<sup>108</sup> Para Robert LEFLAR, el orden tiene implicaciones «en la oportunidad de un juez de influir en la decisión» y, por tanto, debe ser variado y no guiado por la antigüedad. Dibuja una distinción interesante entre establecer puntos de vista preliminares y votar: «Una declaración de puntos de vista y razones puede indicar cómo el juez espera votar, pero ningún juez debe realizar una votación final antes de escuchar los análisis de todos los jueces presentes. Los primeros en hablar deben dejarse libres para cambiar de opinión. Debería ser posible que todas las opiniones tengan efectos sobre el voto de cada juez» (LEFLAR, 1983: 726).

<sup>109</sup> Como afirma Harry EDWARDS: «La colegialidad no consiste en conversaciones espontáneas en el refrigerador. Consiste principalmente en una deliberación ordenada en la que todos los puntos de vista se ventilan y se consideran a satisfacción de todos los jueces» (EDWARDS, 2003: 1665).

<sup>110</sup> Algún tipo de restricción de participación, por ejemplo, puede evitar que sus opiniones no estén expuestas al grupo: «Uno de los mayores obstáculos para lograr los beneficios de la diversidad es la ineficacia para extraer e integrar perspectivas competitivas de los miembros del grupo» (HESSICK y JORDAN, 2009: 683).

<sup>111</sup> El criterio para elegir al relator a veces se piensa en términos deliberativos. Por ejemplo, la experiencia legal particular de cada juez se puede tener en cuenta para aumentar el potencial epistémico de la decisión y la eficiencia en la recopilación de información.

<sup>112</sup> Véase, por ejemplo, el proceso del Tribunal de Justicia Europeo.

<sup>113</sup> Por ejemplo, como la Corte Suprema de Estados Unidos.

<sup>114</sup> Nuevamente recurro al ejemplo del Supremo Tribunal Federal como arquetipo de Corte atomista. Véase DA SILVA, 2013.

nir cuándo se llegó a un acuerdo y, por tanto, el proceso ha llegado a su fin. En otras palabras, debe haber un método para convertir el «muchos» en «uno». Este estándar puede variar entre la regla de la unanimidad, la regla de la mayoría simple o la regla de la mayoría cualificada. La elección de un criterio de decisión no debe combinarse con la elección entre las decisiones *per curiam* o *seriatim*, a las que me referiré más adelante. Una Corte podría decidir sobre la base de la regla de la mayoría y manifestarse públicamente por medio de la opinión *per curiam*. O incluso adoptar la regla de unanimidad, dejando que los jueces individuales escriban su propio razonamiento concurrente<sup>115</sup>.

Las dinámicas de deliberación pueden ser sustancialmente alteradas si se adoptan normas diferentes. Cuando la regla de unanimidad está en juego tiende a existir más presión para deliberar<sup>116</sup>. Sin una extensa persuasión, compromiso de principios o negociación, la institución se bloquea. La desventaja es que el poder de un solo individuo para impedir la decisión puede ser excesivamente obstructivo y forzar compromisos inaceptables por el bien del consenso. Tal sistema, si no se acompaña de una ética compartida de la colegialidad, puede alentar la mera negociación en lugar de la deliberación<sup>117</sup>. Incluso si la equidad entre los jueces, a la manera de «un hombre, un voto», no es vista como un valor político intrínseco, la regla de la unanimidad puede ser inapropiada si termina por impedir la deliberación.

La regla de mayoría simple, por otra parte, es un método tradicional de agregación que tiene tanto un atractivo moral —igualdad de valor de cada individuo— como una dimensión fiscalista —la superior fuerza de la mayoría para prevalecer—<sup>118</sup>. Sin embargo, no es obvio que sea adoptada como un criterio de decisión dentro de una Corte Constitucional. La extensión de la persuasión requerida por tal regla es menos ambiciosa y puede fomentar otro tipo de comportamiento estratégico interno: si no se llega a un consenso, la negociación podría usarse para formar coaliciones. Una mayoría cualificada puede alcanzar un equilibrio razonable entre ambos extremos.

No existe un solo método de agregación más deliberativo. Una Corte deliberativa no está en desacuerdo con ninguna de las alternativas. La forma en que opere cada criterio dependerá, en gran me-

<sup>115</sup> Esta distinción solo tendría sentido, sin duda, si el tribunal delibera en sesiones secretas.

<sup>116</sup> Véase, por ejemplo, el estudio de LASSER sobre el Consejo de Estado francés (2004).

<sup>117</sup> La Corte Constitucional italiana, por ejemplo, adopta la regla de la unanimidad: «Los miembros se reúnen y deciden sobre los casos cara a cara; decidir un solo asunto puede llevar días de discusión y persuasión. Los miembros se esfuerzan por encontrar una forma de escribir una opinión común y, por lo poco que se puede ver desde afuera, han ideado diversas técnicas de compromiso y acomodamiento. Sin la posibilidad de múltiples opiniones, los jueces se ven obligados a tratar de persuadir a sus colegas y reconciliarse con una decisión común». Véase FEREJOHN y PASQUINO, 2004: 1693.

<sup>118</sup> Véase WALDRON, 1999.

didá, de cómo los jueces comprendan su papel dentro de un órgano colegiado.<sup>119</sup>

## 6. DISPOSITIVOS POSDECISIONALES: ELABORACIÓN DE DECISIONES DELIBERATIVAS ESCRITAS

<i>Dispositivos</i>	<i>Dilemas</i>
Exhibición pública de la división interna	Entre <i>per curiam</i> y <i>seriatim</i>
Redacción de la decisión	Entre procesos más o menos interactivos
Comunicado	Varios instrumentos

### 6.1. Exhibición pública de la división interna

La fase posterior a la decisión tiene que ver con los cuatro procedimientos de deliberación. La decisión ya está tomada, pero la forma en que se publicará plantea nuevas cuestiones. Desde el punto de vista epistémico, la decisión escrita tiene dimensiones tanto hacia el pasado como hacia el futuro. Filtra qué precedentes y qué nuevos argumentos o información se reconocerán públicamente como relevantes para la declaración. Además, establece cómo se presentará la decisión como un nuevo precedente para los casos futuros y cómo se agregará al cuerpo del Derecho construido diacrónicamente. Desde la perspectiva comunitaria, si la decisión no fue unánime, queda por decidir, como pregunta de segundo orden, «si existen razones de unidad que superen el valor de revelar el desacuerdo»<sup>120</sup>. Las funciones psicológicas y educativas, por último, están íntimamente relacionadas con la forma en que la Corte comunica la decisión: debe inculcar el sentimiento de respeto a las partes interesadas y, además, ilustrarlas en la discusión de principios.

Por consiguiente, la elección principal es cómo se exhibirá la naturaleza colegial de la Corte. Una cosa es establecer un criterio para alcanzar una decisión colectiva y otra es definir cómo las divisiones ocasionales, en caso de que no sean unánimes, serán presentadas al

<sup>119</sup> El «protocolo de votación» es una complejidad adicional de decisión que no se tratará aquí. KORNHAUSER y SAGER, 1993, recomiendan que, en casos de múltiples problemas, donde las perspectivas del «dilema discursivo» son altas, se debe emprender una metadeliberación sobre el protocolo de votación (el «metavoto»). La cuestión de qué protocolo de votación (asunto por tema o resultado por resultado) convertiría el tribunal en más deliberativo no debe darse por sentada.

<sup>120</sup> Por supuesto, esta discusión puede volverse casi inútil si las sesiones internas de deliberación no son definitivas. Sin embargo, aún se puede reflexionar que, incluso si el desacuerdo queda expuesto gracias a la publicidad de la deliberación, no necesariamente se deduce que deba registrarse en la decisión escrita.

público. Ambos factores pueden fusionarse en la práctica, pero no es necesario. Una vez más, algunas Cortes pueden decidir por votación mayoritaria, pero deberán comunicarse al unísono<sup>121</sup>. Debido a la falta de consenso interno, la Corte todavía puede optar por mostrar la unanimidad al público. Un juez puede estar en minoría y, en todo caso, preferir no publicar el sentido de su voto. Otras Cortes podrían alcanzar consenso y dejar a los jueces en libertad para elaborar y publicar sus aclaraciones de voto en el espíritu de las tradiciones *seriatim*.

Una decisión escrita deliberativa, como se afirma en los capítulos IV y V, no requiere, en principio, un formato específico. Una decisión singular no es la única versión posible de alto desempeño deliberativo. Tampoco lo es una decisión plural. Sin embargo, esto no debe significar que, desde el punto de vista del diseñador institucional preocupado por promover la deliberación, los incentivos para que los jueces «se entreguen a su individualidad»<sup>122</sup> sean encomiables<sup>123</sup>. Dejar que los jueces elijan qué hacer sin ninguna carga colegial puede restringir las probabilidades de deliberación interna a largo plazo<sup>124</sup>.

Para que exista la colegialidad, el vector centrípeto debe ser más fuerte que el centrífugo, incluso si este está todavía presente<sup>125</sup>. La colegialidad, en otras palabras, no requiere integración forzada, sino que evita la desintegración sin consolidar<sup>126</sup>. Una prohibición general de disensiones y concurrencias, en lugar de mejorar la colegialidad, puede dañar las condiciones para nutrirla<sup>127</sup>. Además, esa prohibición priva al público de un criterio de crítica y control de la decisión de la Corte<sup>128</sup>.

<sup>121</sup> El Privy Council, por ejemplo, distingue claramente entre decisión y exhibición pública. La decisión de la mayoría se anuncia como decisión del conjunto. Los disidentes ocasionales permanecen sin ser reconocidos públicamente. Véase ZOBELL, 1958: 186.

<sup>122</sup> GINSBURG, 1990: 142.

<sup>123</sup> La Cámara de los Lores, por ejemplo, tradicionalmente tenía una inclinación inercial hacia el individualismo y las decisiones *seriatim*. Para Mary H. ARDEN, la reciente creación del Tribunal Supremo del Reino Unido es una rara oportunidad histórica para poner esa tradición bajo escrutinio (ARDEN, 2010: 9).

<sup>124</sup> Este miedo hizo que el Tribunal Constitucional italiano rechazara incluso la modesta propuesta de disidencia anónima: «Al final, incluso esta propuesta modesta pero interesante fue rechazada no solo porque desalentó la deliberación interna, sino también porque alentó una visión demasiado pluralista de la Constitución». Véase FERREJOHN y PASQUINO, 2004: 1696.

<sup>125</sup> DA SILVA, 2013.

<sup>126</sup> Para volver a una distinción anterior entre opiniones no deliberativas *seriatim* o *per curiam*, lo cierto es que una decisión *seriatim* no necesita encarnar tal «desintegración sin consolidar» en la medida en que las opiniones converjan entre sí.

<sup>127</sup> Uno podría pensar que la tendencia de la colegialidad de acomodarse crearía ambigüedad. Sin embargo, también puede dejar a los jueces más libres para disentir. Según Andrew HESSICK y Samuel JORDAN: «La colegialidad puede aumentar la coherencia, porque los grupos colegiados y sus miembros se sienten cómodos para expresar su desacuerdo, y, por tanto, pueden estar más dispuestos a disentir» (HESSICK y JORDAN, 2009: 691).

<sup>128</sup> William DOUGLAS concibe el derecho a disentir como un antídoto contra la sumisión política: «No se puede imaginar los tribunales de Hitler involucrados en un debate público sobre los principios del Der Fuehrer con una minoría de uno o cuatro denunciando los mismos principios» (DOUGLAS, 1948: 104). Kurt NADELMANN se hace eco de la misma idea: «El

Muchos creen que las decisiones singulares contribuyen a algunas cualidades formales del Estado de Derecho, como la claridad y la certeza. La obligación de llegar a un texto unitario puede contribuir inesperadamente a la opacidad y a la ambigüedad, en lugar de a la claridad, convirtiéndose así en «falsa unanimidad»<sup>129</sup>.

Las opiniones singulares acarrear otros dos tipos de peligros. Los primeros serían epistémicos, puesto que reflejan el más alto denominador común, carecerían de atención a los detalles y a las intuiciones individuales y, por tanto, al desarrollo del Derecho. Una cantidad relevante de energía deliberativa se desperdiciaría para casos futuros. Los segundos podrían llevar, en algunas instancias, a opiniones opresivas (incluso si la independencia judicial no se concibe como un derecho ilimitado a disentir). Esto es, por ejemplo, la esencia de la defensa del mantenimiento de la tradición *seriatim* de la Corte Suprema del Reino Unido<sup>130</sup>.

Como sucede, los costos existen en ambos lados y las compensaciones no pueden sino implicar cierta pérdida. Las circunstancias específicas y las culturas pueden aliviarlas o intensificarlas. Forzar el acuerdo en cualquier caso o ser demasiado permisivo para cualquier tipo de desacuerdo son generalmente opciones imprudentes<sup>131</sup>. Dejar que los jueces publiquen disidencias anónimas es una invención creativa que

---

control público de los tribunales se debilita si los disidentes están ocultos» (NADELMANN, 1959: 430). El juez Hughes destaca la importancia de los disidentes para la independencia de los jueces: «Cuando se puede obtener unanimidad sin sacrificio de convicción, se recomienda encarecidamente la decisión a la confianza pública. Pero la unanimidad meramente formal, que se registra a expensas de fuertes puntos de vista conflictivos, no es deseable en un tribunal de última instancia, cualquiera que sea el efecto sobre la opinión pública en ese momento. Esto es así porque lo que debe sostener al tribunal en la confianza pública es el carácter e independencia de los jueces». Véase DOUGLAS, 1948: 106.

<sup>129</sup> Este es un defecto que LIPTAK, 2010, identificó en la Corte Suprema de Estados Unidos. Él enuncia una corriente reciente de críticas sobre el tipo de decisiones unánimes producidas por el Tribunal de Roberts: «Lo suficientemente vagas como para que ambas partes pudieran, y de hecho lo hicieran, reclamar la victoria». OWENS y WEDEKIN, 2010, también afirman que un análisis de la claridad jurídica de la Corte Suprema de Estados Unidos revela que las opiniones disidentes tienden a ser más claras que las opiniones de la mayoría. Véase también WEST, 2006. La misma queja sobre la falta de claridad de las opiniones *por curiam* suele hacerse contra las opiniones del ECJ. Véase LE SUEUR, 2008: 31.

<sup>130</sup> Como afirmó Andrew LE SUEUR: «¿Realmente estaríamos mejor si, por ejemplo, no tuviéramos el beneficio de todas las ideas que Lord Hoffman ha producido a lo largo de los años? [...]. Una decisión única, con todos sus compromisos inevitables, habría dado una certeza espuria al Derecho que es genuinamente incierta» (LE SUEUR, 2008: 31). JOHN FERREJOHN defiende las concurrencias de una manera algo similar: «Las concurrencias tendrían el efecto de “señalización” de la presencia de puntos de vista contradictorios en la Corte y [...] esto tiene la capacidad de mejorar la capacidad de comunicación de las decisiones de la Corte» (FERREJOHN, 2000: 98).

<sup>131</sup> La Corte Constitucional italiana y la Corte Suprema de Estados Unidos parecen ser los ejemplos respectivos de los dos extremos. Las Cortes Constitucionales alemana y española, por otro lado, al permitir disensos con restricciones (que son principalmente culturales), han llegado a un término medio que acomoda los vectores centrípetos y centrífugos. Para una descripción general de cómo el debate sobre la revelación de disensiones ha inspirado las discusiones públicas desde la creación misma de las Cortes Constitucionales europeas de la posguerra véase NADELMANN, 1964.

puede ayudar a curar la retórica y la demagogia judiciales<sup>132</sup>. Sus efectos, sin embargo, aún no se han investigado. La cuestión de si esta compensación debe establecerse por una regla general o decidirse caso por caso, basándose en la cultura interna, es un dilema que no admite una única respuesta universal.

En el mundo real de las decisiones de las Cortes Constitucionales existen una serie de tradiciones colegiadas de toma de decisiones. La tradición francesa ofrece la versión estereotipada y abreviada de una decisión *per curiam*. La tradición alemana, a su vez, se considera como la versión estereotipada y razonada de una decisión *per curiam*. La tradición británica de *seriatim* y los estilos de pluralidad de Estados Unidos completan esta visión general comparativa<sup>133</sup>. Lo que estos patrones formales ganan o pierden en términos de desempeño deliberativo debe ser objeto de más investigación empírica. Lo que probablemente se puede afirmar es que, a este nivel de generalidad, el estilo de fórmula francés ciertamente no alcanza los estándares posdecisionarios del desempeño deliberativo<sup>134</sup>.

## 6.2. Proceso de redacción de las decisiones

Una decisión escrita que congregue la posición de más de un juez individual implica la coautoría. Una decisión unánime de la Corte, una decisión mayoritaria o una disidencia conjunta requiere, por tanto, un acuerdo sobre cómo redactarla colectivamente. Un proceso óptimo del equipo necesita ser fijado. Esto no es un problema, ya que, a veces, el proceso de redacción puede ser una extensión de la deliberación oral o cara a cara<sup>135</sup>. Esta variable parece y, hasta cierto punto, se superpone con el modo escrito de interacción retratado anteriormente.

Las Cortes normalmente asignan la tarea de redactar una decisión conjunta a un juez individual. Cuando haya un ponente se le impondrá tal tarea, a menos que acabe disintiendo. Por razones de practicidad y caridad parece que existe un consenso, en el panorama comparativo, en relación con que la redacción de opiniones conjuntas es un

<sup>132</sup> Ruth GINSBURG señala que la tradición del Derecho civil fusiona el anonimato con la unanimidad: «En el patrón del Derecho civil, el anonimato (juicios anónimos o sin nombre) y la unanimidad [...] van de la mano» (GINSBURG, 1990b: 138). Tal fusión, sin embargo, no es inevitable, y los jueces individuales pueden disentir pero permanecer en el anonimato. Esta sería una forma de despersonalizar una decisión *seriatim*.

<sup>133</sup> Para una distinción instructiva entre las opiniones «disidentes» y «derrotadas», que es central para entender el tipo de *seriatim* brasileño, véase DA SILVA, 2013: 583.

<sup>134</sup> LASSER, 2004, rehúsa asumir una postura normativa sobre la comparación que hace entre la Corte Suprema de Estados Unidos, el Tribunal Europeo de Justicia y el Consejo de Estado francés, pero proporciona suficiente información para que uno avance en ese paso crítico.

<sup>135</sup> Sobre el proceso de la Corte Suprema de Estados Unidos, Bernard SCHWARTZ, por ejemplo, proporciona una rica compilación de las opiniones inéditas de las Cortes Warren, Burger y Rehnquist. Véase SCHWARTZ, 1985, 1988 y 1996. Acerca de las opiniones inéditas de Brandeis véase también BICKEL, 1957.

trabajo de un juez<sup>136</sup>, pues este debería minimizar el riesgo de ambigüedad a pesar de no eliminarlo<sup>137</sup>.

A pesar de existir mayor probabilidad de ambigüedad en las opiniones conjuntas que en las individuales, las opiniones conjuntas tienen, a cambio, mayor posibilidad de producir una *ratio decidendi* clara del caso. A menos que haya un consenso visible que se superponga entre las distintas opiniones separadas de una decisión *seriatim*, las opiniones conjuntas que deciden en nombre de la Corte son más propensas a convertir a la Corte en creadora de precedentes eficaces, en lugar de una simple solucionadora de problemas<sup>138</sup>.

### 6.3. Comunicado

La decisión escrita es el principal instrumento por medio del cual la Corte se comunica con el público. Por tanto, el trabajo de cualquier intérprete riguroso de la decisión estará atado a este documento<sup>139</sup>. Sin embargo, podría haber instrumentos complementarios de comunicación. Una Corte que tiene en cuenta su papel deliberativo no debe ignorar la variedad de estrategias que puede adoptar para comunicarse con el público en general. Las Cortes a veces producen declaraciones cortas de la *ratio decidendi* y ponen en práctica otros tipos de técnicas de difusión de noticias. También pueden considerar mecanismos orales para sondear sus decisiones o incluso disensiones<sup>140</sup>. Estas, en lugar de la compleja y usualmente larga exposición argumentativa de la decisión, pueden ser cruciales para la deliberación externa que se producirá<sup>141</sup>. Aparte de comunicar decisiones particulares, una Corte Constitucional puede generar «momentos públicos»

<sup>136</sup> El Juez Brennan expresa la dificultad de escribir la decisión de la mayoría: «Tienes que crear artísticamente una opinión que sea tolerable para un segmento de la mayoría, mientras que, al mismo tiempo, soportable para otro segmento [...]. Escribir una opinión que apacigüe a todos los individuos que componen la mayoría tomará todas tus habilidades e intelecto y arte». Véase COOPER y BALL, 1997: 225. Para Ruth GINSBURG, la posibilidad de disentir es un incentivo para escribir buenas decisiones en los tribunales: «La perspectiva de un desacuerdo o concurrencia separada que señale las imprecisiones e insuficiencias de una opinión refuerza la prueba; aumenta el incentivo del escritor de la decisión para lograrlo» (GINSBURG, 1990b: 139).

<sup>137</sup> Véase OWENS y WEDEKIN, 2010.

<sup>138</sup> Todavía se podría argumentar, sin duda, que esto dependería de qué es exactamente el precedente: si es solo el *holding* de su decisión en lugar de su *ratio decidendi*, una decisión *seriatim* con opiniones totalmente dispares, de hecho, podría constituir un precedente.

<sup>139</sup> Así es como Linda GREENHOUSE define la naturaleza del periodismo de la Corte Suprema de Estados Unidos: «Cuando llegué a Washington DC para asumir mi nueva tarea en la Corte Suprema me encontré con el silencio» (GREENHOUSE, 1995: 1540).

<sup>140</sup> Como, por ejemplo, la opinión disidente del Juez Stevens en el caso *Citizens United*. Véase LIPTAK, 2010.

<sup>141</sup> Andrew LE SUEUR, por ejemplo, describe cómo los recientes debates sobre la Corte Suprema del Reino Unido han ido más allá de la máxima de que los tribunales superiores «hablaban solo con las palabras de sus decisiones y reflexionaban sobre la comunicación efectiva con el público: cómo resumir juicios, publicar comunicados de prensa, organizar información en el sitio *web* del tribunal, entre otras medidas» (LE SUEUR, 2008: 29).

cuando, en una fase predecisional, anuncia la agenda de los próximos casos o, en la etapa posdecisional, informa los casos que se decidieron durante un periodo determinado.

Diferentes tipos de interlocutores tendrán diferentes grados de interés en la decisión y capacidad diversa para involucrarse con ella. Hay una manera adecuada de hablar a «los públicos continuos»<sup>142</sup>, a la comunidad jurídica y a los «públicos intermitentes», así como a los interlocutores conectados de alguna manera a una causa particular. Esta última debe ser abordada de manera diferente si quiere ser plenamente incluida y estimulada a participar como interlocutora.

## 7. CONCLUSIÓN

El diseño óptimo de una institución que tenga por objeto de la deliberación constitucional es, en última instancia, una cuestión abierta. Este capítulo no ha ofrecido, como quedó claro, una «*receta única*» para una Corte Constitucional deliberativa. Las teorías del diseño institucional comienzan convencionalmente con una advertencia autoprotectora como esta. Ninguna teoría de este tipo ha prometido tanto. Sin embargo, en lugar de un vacío común, esa advertencia revela una característica inmanente de la construcción de las instituciones públicas.

Las Cortes Constitucionales del mundo real ofrecen un menú limitado de mezclas institucionales. Varias de estas opciones se han naturalizado y sobreviven casi sin ser cuestionadas. Sin embargo, no hay que dar por sentado estas opciones contingentes y perder de vista las alternativas que podrían ser experimentadas. Incluso si uno concede pragmáticamente que sus fundamentos o ejes básicos están históricamente consolidados y que existe una corriente prevalente, con un radar minucioso se podrían encontrar varios caminos adicionales para la mejoría institucional. Estas Cortes más deliberativas requerirían menos que «raíces y ramas sobrepasadas»<sup>143</sup>. Las reformas significativas se pueden hacer sin tener que cambiar sus grandes rasgos<sup>144</sup>. Este capítulo iluminó algunos de estos caminos.

La deliberación no es ciertamente el único propósito que se debe tener en cuenta en el diseño de una Corte Constitucional. Cada uno de los dispositivos tiene otras funciones y justificaciones más allá de facilitar la deliberación. Por tanto, su aspecto deliberativo debe ser sopesado con otros tipos de preocupaciones. El análisis de este capítulo no hizo justicia a toda la colección de consideraciones involucradas en ese

<sup>142</sup> Como Larry BERKSON califica las diversas audiencias de la Corte (BERKSON, 1978: 96-101). El autor hace varias otras sugerencias sobre estrategias de comunicación, como un comité de estilo, evitar los legalismos y un medio de comunicación de la oficina.

<sup>143</sup> BURNS, 2009.

<sup>144</sup> Esto también ha sido señalado por DA SILVA, 2009.

equilibrio, pero principalmente arrojó luz sobre el potencial deliberativo de cada variable.

Las Cortes Constitucionales, en suma, deben diseñarse teniendo en cuenta, entre otras cosas, su potencial deliberativo<sup>145</sup>. La deliberación, sin embargo, es un ejercicio multitarea y comprende un conjunto de promesas. Cada promesa, a su vez, puede articularse institucionalmente en formas conflictivas. Por desgracia, tales promesas no son óptimamente compatibles y el equilibrio de costos y beneficios es inevitable. Eso es todo lo que el diseño puede fomentar.

Hay dos puntos focales complementarios en las teorías del diseño institucional. Uno es priorizar la equidad de los insumos, mientras que el otro es analizar la probabilidad de productos deseables. Es poco probable que los procedimientos justos produzcan resultados justos y viceversa<sup>146</sup>. Este capítulo, en cierta medida, abarcó tanto el ángulo autorepresentado como, por medio de la especulación empírica, el ángulo consecuencialista de los dispositivos institucionales. Algunos de los dispositivos enumerados no solo facilitan, sino que son condiciones necesarias para la deliberación en las múltiples facetas definidas aquí. Algunos otros son valiosos por sí mismos.

La deliberación y la colegialidad son logros éticos colectivos que pueden maximizarse y disminuirse. Son fenómenos grupales, tan fluidos y complejos como las relaciones sociales más intrincadas. Los dispositivos pueden crear condiciones más deseables para que florezca la deliberación, pero no mucho más que eso<sup>147</sup>. Como se afirmó en el anterior capítulo, los deliberadores también necesitan desarrollar y cultivar virtudes deliberativas. Las virtudes no pueden ser determinadas únicamente por el diseño<sup>148</sup>. Si la cultura decisional es totalmente ajena a la deliberación, simplemente no se producirá. La deliberación es una ruta tortuosa entre la aparición de una controversia y una decisión colectiva. Los incentivos procesales no son suficientes para justificar el surgimiento de un impecable proceso deliberativo. Sin embargo, son un recurso indispensable para llevar a cabo esta y cualquier otra aspiración política.

---

<sup>145</sup> Para un análisis exhaustivo de las variables que convierten al Supremo Tribunal Federal de Brasil en algo particularmente antidelusivo o que configuran un estilo único de «decidir sin deliberar» véase DA SILVA, 2013.

<sup>146</sup> Véase FERREJOHN, 2000: 89.

<sup>147</sup> Sería imposible diseñar conscientemente un sistema que cultive la colegialidad para un tribunal o para cualquier otro grupo. Más bien, la colegialidad es un objetivo. Las características son definidas por aquellos que lo persiguen en sus interacciones. Toma diferentes formas en cada tribunal porque es una función del individuo mismo y la historia de la institución particular. Véase TACHA, 1995: 592.

<sup>148</sup> Como Ian SHAPIRO afirmó: «Según sus términos, la deliberación requiere una buena voluntad solícita, el ingenio creativo y el deseo de obtener la respuesta correcta. No se puede exigir. Incluso los jurados a veces optan por negociar en lugar de deliberar cuando quieren irse a casa, y cuando lo hacen, hay muy poco que alguien pueda hacer al respecto» (SHAPIRO, 2002: 211).

## CAPÍTULO VII

### EL CONTEXTO LEGAL DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

#### 1. INTRODUCCIÓN

Las Cortes Constitucionales, en opinión de muchos, se ubican en la intersección entre el Derecho y la política. La inexorabilidad de esta tensión, demostrada por las ciencias políticas positivas, pero no asimilada fácilmente por la teoría jurídica normativa, plantea difíciles cuestiones sobre la viabilidad de todo el proyecto de una Corte Constitucional en sí. Reducir las decisiones de constitucionalidad únicamente al razonamiento jurídico autónomo o al político ha demostrado ser inexacto. Sin embargo, evitar ambas posiciones pone al teórico en una situación bastante incómoda. No es capaz de proporcionar, a este nivel de abstracción, soluciones u orientaciones normativas a los dilemas que dependen del contexto y de una interpretación razonable de las normas constitucionales.

Las Cortes Constitucionales articulan sus posiciones y argumentos por medio del Derecho constitucional, pero no pueden sino practicar un mínimo de pragmatismo, que es ineludible en el dominio de la decisión constitucional. Los materiales legales y las presiones políticas son el alimento para ejercicios decisorios distintos. Sin embargo, estos elementos están en todos los casos y son difíciles de separar. El telón de fondo legal define el tipo de razón pública que este foro requiere, mientras que las circunstancias políticas definen los principales componentes de la maraña política en el que se ubica la Corte. La forma en la que la Corte responde en este escenario moldea su identidad jurídica; por su parte, la manera en la que la Corte maneja a este último moldeará su visión política. Sin embargo, la identidad jurídica y la perspectiva política son dos lados de la misma moneda.

Los siguientes capítulos no ofrecen un tratamiento profundo de los límites de la deliberación constitucional, ya que esto extrapolaría sus fines. Sin embargo, un argumento sobre el desempeño deliberativo seguiría siendo fragmentario si no se explora aquello que está

detrás de su significado central. Este no es un detalle menor. En realidad, abarca las más complejas discusiones teóricas sobre la teoría constitucional en la actualidad. El breve repaso de cada epígrafe deja de lado complejidades teóricas. Sin embargo, su objetivo está justificadamente delimitado (o al menos eso se espera). Combinar la decisión constitucional con el ideal de deliberación es un gran proyecto. El libro aborda el reto de esbozar un proyecto de este tipo y considera que es necesario presentar un panorama general a pesar de que no se profundice demasiado. Si hay algo nuevo en este panorama, ciertamente no está en cada pieza individualmente considerada, sino más bien en tratar de agruparlas de manera coherente, reconociendo las tensiones y derivando una orientación normativa para las Cortes que las enfrentan. Los obstáculos no son exclusivos de las Cortes deliberativas. Cualquier Corte a cargo del control de constitucionalidad se encuentra con estos, aunque, por regla general, las Cortes deliberativas lo hacen de una manera particular.

Se podría argumentar que el papel de la Constitución es exactamente aislar un contenido sustantivo fundamental de una discusión abierta y desenfrenada. Sería la esencia de las Constituciones modernas proteger las normas no negociables. El objetivo de la deliberación constitucional, sin embargo, no es negociar hasta el punto en el que la Constitución misma sea comprometida. Aquí se concibe la deliberación como una forma adecuada y deseable de construir, en lugar de descubrir, lo que la Constitución implica. El significado constitucional no está fijado en piedra, sino que está sujeto a controversias deliberativas, por lo cual una Corte deliberativa no oculta esta inexorable característica del razonamiento constitucional.

A continuación se desarrollarán dos epígrafes adicionales. El siguiente presenta los cinco componentes del contexto legal. Aquí se sostiene que, idealmente, una Corte deliberativa reconoce abiertamente la calidad moral del lenguaje constitucional, forja un hilo de jurisprudencia coherente por medio de sus precedentes, desempeña una función de coordinación con respecto a los tribunales inferiores, se percibe a sí misma como participante de una continua conversación entre las ramas del poder público y aprecia el ideal constitucionalista como una empresa cosmopolita, con la debida consideración a soluciones foráneas a dilemas constitucionales similares. El tercer epígrafe caracteriza el carácter exotérico de la deliberación sobre la base del contexto jurídico, en oposición al carácter esotérico de las consideraciones sobre las circunstancias políticas que se examinará en el próximo capítulo.

## 2. DELIBERANDO SOBRE LA CONSTITUCIÓN

Un modelo de desempeño deliberativo necesita arrojar luz y regular las razones que son aceptables en cada foro deliberativo. El Dere-

cho no es ajeno a la deliberación, pero representa solo un control formal sobre la argumentación. El razonamiento político en el Estado de Derecho está enmarcado por límites legales. En el caso de las Cortes Constitucionales, el canon argumentativo que legitima sus decisiones comprende varias fuentes y destinatarios, como se enumeran a continuación.

Existe una teoría minimalista del razonamiento constitucional que subyace a estas limitaciones. No es una teoría completa de la interpretación. A los efectos del desempeño deliberativo, las distintas estrategias interpretativas de estas restricciones podrían, por sí mismas, ser objeto de debate entre los jueces. Delinearé cómo se presenta el razonamiento de una Corte Constitucional deliberativa sin profundizar, en la medida de lo posible, en las delicadas controversias sobre los métodos de interpretación. Antes de adoptar un método particular, una Corte deliberativa debe comprometerse a un cierto enfoque hacia las fuentes legales. Mi argumento se sitúa en esta etapa previa y explora cómo una Corte deliberativa debe asimilar estas fuentes.

Además de la interacción entre los deliberadores, la calidad de las razones invocadas es un importante factor para la evaluación del desempeño deliberativo. Sin embargo, esta evaluación no necesita adoptar un estándar sustantivo de corrección ni una receta interpretativa completa. Una Corte deliberativa debe tratar de adoptar y fomentar una concepción del Derecho abierta a la deliberación. La línea entre las razones legales y las no legales o el perímetro de la formalidad del Derecho puede ser trazada en diferentes lugares, como se argumenta en el capítulo II. La siguiente lista dibuja parcialmente esa línea tentativa e incluye los géneros del argumento constitucional que pueden fortalecer el potencial deliberativo de las Cortes Constitucionales. La lista no está más allá del desacuerdo (y algunos de sus componentes son más discutibles que otros). Cuanto más rechaza una Corte esta lista, estimo que menor será su potencial deliberativo con respecto a la amplitud de razones disponibles. Por muy intensa que sea la interacción argumentativa entre los deliberadores, la deliberación constitucional no alcanzará su pleno potencial si las razones disponibles no hacen justicia a la complejidad jurídica y política de la controversia.

## 2.1. La calidad moral del lenguaje constitucional

El constitucionalismo moderno ha incorporado el lenguaje de los fundamentos constitucionales en los conceptos<sup>1</sup> morales abstractos.

<sup>1</sup> Los textos constitucionales seguramente incluyen, además de objetos constitucionales abstractos y compactos, algunas provisiones que también son bien definidas (TUSHNET, 2006: 360, considera las implicaciones institucionales de la distinción elemental entre disposiciones constitucionales abstractas y precisas). Esto es una justa generalización de las democracias constitucionales contemporáneas. En promedio, su estilo de redacción de la Constitución es sorprendentemente similar. Las leyes ordinarias no constitucionales también pueden

Los derechos y las normas estructurales se anuncian principalmente mediante principios sucintos y vagos. Como consecuencia de ello, la condición política de los individuos y, en cierta medida, la maquinaria operativa del gobierno reciben de los textos constitucionales poco material sustantivo. La responsabilidad de cargar el contenido suplementario a la norma se otorga a las autoridades constituidas (hay maneras más o menos deliberativas de hacerlo). En la medida en que el control de constitucionalidad se ejerce dentro de un telón de fondo normativo diluido, un enfoque genuinamente deliberativo requiere la apertura a estos conceptos<sup>2</sup> abstractos. El razonamiento abierto en este caso depende de revelar la teoría de la justicia que está en la raíz de ese tipo de valor político. Tal revelación reflexiva permite que la consistencia de esa teoría sea constatada.

Esta es una reafirmación de un enfoque que fue enfatizado con más fuerza y repetidamente por Dworkin<sup>3</sup>. Negar que los jueces constitucionales hagan consideraciones morales, según él, es una «deshonestidad costosa»<sup>4</sup>. Además, en mi criterio, perjudica el potencial deliberativo de las Cortes Constitucionales<sup>5</sup>.

Una Corte deliberativa, por tanto, se adhiere al ideal de Dworkin de la lectura moral de la Constitución sin dotarla necesariamente del preciso liberalismo dworkiniano. Tiene, en primer lugar, una actitud interpretativa hacia el texto constitucional. El punto de llegada será un producto de la deliberación. Los jueces deliberativos deben mostrar, en otras palabras, su conocimiento teórico activado. Una cultura jurídica que, conscientemente o no, ensombrece estos dilemas sustantivos básicos detrás de una «cortina de legalismos»<sup>6</sup> renuncia a la posibilidad de una deliberación abierta en el ámbito de la interpretación constitucional. Los jueces (o los legisladores) que quieren beneficiarse

---

incluir lenguaje abstracto, pero las implicaciones para la política y adjudicación son diferentes, como se explicó en el capítulo III.

<sup>2</sup> Ronal DWORKIN lo llamó «transparencia y sinceridad»: «El único motivo de su legitimidad —el único motivo— es la disciplina del argumento. Su compromiso institucional para no hacer nada de lo que no estén preparados para justificar mediante argumentos que satisfacen, a la vez, dos condiciones básicas. La primera es sinceridad [...]. La segunda es transparencia» (DWORKIN, 2002: 54).

<sup>3</sup> La seguridad en el poder del argumento para limitar la interpretación legal es su marca indeleble: «El vicio de malas decisiones es un mal argumento y una mala convicción; todo lo que podemos hacer acerca de esas malas decisiones es señalar cómo y dónde los argumentos fueron malos o las convicciones inaceptables».

<sup>4</sup> «La política constitucional ha sido confundida y corrompida por el pretexto de que los jueces [...] pueden usar estrategias políticamente neutras de interpretación constitucional. Los jueces que se unen en ese pretexto tratan de esconder la influencia inevitable de sus propias convicciones incluso de ellos mismos y el resultado es una deshonestidad costosa. Las razones actuales de decisión están ambas escondidas de la inspección legítima pública y del valioso debate público».

<sup>5</sup> Albie SACHS también reconoce ese desafío: «Al final tenemos que hacer juicios de valor y pronto nos daremos cuenta de la necesidad de explicar detalladamente de manera integral y con exactitud el fundamento de estos juicios» (SACHS, 2009: 208).

<sup>6</sup> La expresión del juez Handy en su opinión en el «caso de los exploradores de cavernas», famosa alegoría escrita por Lon FULLER.

de la deliberación no pueden ocultar o ignorar los juicios morales que los textos constitucionales requieren. Responsabilizar a otros órganos o instancias de las decisiones que inevitablemente se adopten en aplicación de la Constitución sería, en el mejor de los casos, engañoso<sup>7</sup> y, en el peor, daría lugar a mala jurisprudencia constitucional y dejaría a los jueces exentos de rendir cuentas.

El límite o la posibilidad misma de un control de constitucionalidad deliberativo está determinado por la forma en que se trata el lenguaje constitucional. Una Corte que, por cualquier razón, no logra escapar al fetiche del textualismo —entendido este como la búsqueda no volitiva de las palabras ocultas bajo las palabras escritas— es mercedoramente vulnerable a las objeciones que Waldron y otros han hecho<sup>8</sup>. La deliberación, con seguridad, no se puede constreñir en una camisa de fuerza formalista. El textualismo, sin embargo, es una estrategia conveniente y ampliamente utilizada para asegurar la legitimación judicial. Las declaraciones limpias sobre la aplicación de las normas deberían permitir que el público tenga la impresión de que es la voluntad colectiva traducida en la ley general la que es aplicada de manera neutral. De lo contrario, el público presumiblemente percibiría la decisión constitucional como algo dominado por creencias judiciales impresionistas y, por tanto, racionalmente incontrolables. Sin embargo, las Cortes Constitucionales solo llegarán a ser instituciones deliberativas siempre y cuando puedan abandonar esta pesada carga heredada de tradiciones de pensamiento que trataron de separar el razonamiento jurídico de la moral y, de paso, sanear la aplicación del Derecho.

¿Dónde?, ¿cuándo? y ¿cómo? puede ser factible la interpretación institucional es una cuestión de historia política, no de teoría normativa<sup>9</sup>. Las tradiciones legales, de hecho, pueden ser contrarias a tal reflexividad a la que la deliberación apunta. Una cultura política madura con respecto al razonamiento constitucional no debe sorpren-

<sup>7</sup> Para Roger BERKOWITZ, el miedo y la abdicación de la sentencia en la Corte Suprema de Estados Unidos traiciona su papel como Corte: «Los movimientos para fundar sentencias en una “intención original”, en “normas claras” y en invocaciones de *stare decisis* —de hecho, la ahora oposición bipartidista para la sentencia judicial de cualquier tipo— nacieron de una negación de la esencia misma de ser juez». Y cita al juez Souter para mostrar la inevitabilidad de la opción moral: «Queremos orden y seguridad, y queremos libertad. Y no queremos solo libertad, sino igualdad también. Estos deseos emparejados pueden chocar, y cuando lo hacen la Corte se ve forzada a decidir entre ellos, entre dos bienes constitucionales. La Corte tiene que decidir cuál de nuestros deseos aprobados tiene más derechos, aquí mismo, ahora mismo, y una Corte tiene que decidir de manera apropiada cuándo toma este tipo de decisión» (BERKOWITZ, 2010: 64).

<sup>8</sup> Véanse WALDRON, 2009a, 2009b y 2006; ZURN, 2007, y GLENDON, 1903.

<sup>9</sup> El panorama de las Cortes Constitucionales contemporáneas tiene ejemplos de diferentes tipos. La Corte Suprema de Estados Unidos ha mezclado una tradición ecléctica. Las Cortes alemanas, canadienses y sudafricanas han adoptado, en las últimas décadas, prácticas argumentativas que participan abiertamente con consideraciones morales. Véase GOLD-SWORTHY, 2006. El Consejo Constitucional francés, a su vez, conserva su estilo telegráfico. Véase LASSER, 2004.

derse con la brújula del poder interpretativo que tiene toda institución encargada de aplicar la Constitución. El reconocimiento abierto de tal poder es la condición de fondo para estar seguro de mantenerlo bajo control.

## 2.2. Profundidad histórica: precedentes

La postura contra el textualismo no supone que el texto no tenga ningún control interpretativo ni tampoco que los jueces deliberativos deben ser puros moralistas que simplemente tienen su «moralidad» en cuenta y nada más<sup>10</sup>. Acepta que el texto es un punto de partida vital en la búsqueda de un significado constitucional, un campo de juego documental como punto de partida para un tipo restringido de compromiso moral. El carácter normativo del Derecho constitucional, especialmente con respecto a las normas de textura abierta mencionadas anteriormente, no puede ser agotado por el texto constitucional en sí mismo. Solo proporciona un lenguaje compartido para las reivindicaciones políticas.

A pesar de este luminoso filtro del texto constitucional, las Cortes tienen más bases textuales para decidir. Su catálogo de precedentes crea una carga de coherencia narrativa que es derivada del principio general de «decidir igual en casos iguales»<sup>11</sup>. Las decisiones previas determinan en una gran parte lo que la Constitución realmente significa y representan una restricción crucial. Como cualquier otra empresa racional, las Cortes deliberativas están comprometidas con la coherencia y son responsables ante sus propias decisiones anteriores. El contexto ético en el que los precedentes operan, por tanto, está conformado por el ideal de equidad.

En la práctica, esta restricción se ha traducido en diversas técnicas de seguimiento de precedentes que varían según tres factores principales: primero, el criterio de identidad que permite distinguir un precedente; segundo, el método para construir la *ratio decidendi* para casos futuros, y tercero, el peso normativo que se concede a estos mismos precedentes. Diferentes opciones técnicas en cuanto a estas variables forman distintos sistemas precedentes. Cada uno adopta su patrón particular de semejanza y fuerza vinculante, y cada uno ocupará un lugar del espectro entre un sistema de estricta deferencia al *stare decisis* horizontal y otro de autoridad persuasiva flexible<sup>12</sup>.

En cualesquiera variables técnicas particulares que una Corte Constitucional utilice, su potencial deliberativo puede ser realizado

<sup>10</sup> MACCORMICK, 1989, dibuja la distinción entre un «argumento crudo moral» y un «argumento legalista» que puede ser imbuido con consideraciones morales.

<sup>11</sup> En «coherencia narrativa» véase MACCORMICK, 2005: capítulo 11.

<sup>12</sup> Para una elaboración conceptual comprendida sobre las fuerzas de precedente y una comparación entre las prácticas de razonamiento con base en precedentes en los sistemas jurídicos occidentales véase MACCORMICK y SUMMERS, 1997.

mediante una construcción reflexiva de la densidad jurisprudencial. La densidad consiste en desarrollar una racionalidad incremental prospectiva y retrospectiva, y evita la amnesia institucional o el reinicio de la historia constitucional en cada nuevo caso. No ignora, por otra parte, que la interpretación está sujeta a desarrollo y mutación, y no atribuye una deferencia absoluta a las posiciones previas. El hilo histórico permanece claro incluso cuando un precedente es finalmente rechazado. Un apego estricto a los precedentes genera profundidad histórica en la toma de decisiones de una Corte sin atarla a una posición estacionaria. Como práctica conmemorativa, la selección de precedentes elige, por ejemplo, qué recordar y qué olvidar. Al olvidar, sin embargo, una Corte deliberativa no oculta la existencia de un precedente, sino que explica su insostenibilidad.

Las Cortes deliberativas sienten la presión por la coherencia y la enfrentan abiertamente<sup>13</sup>. Son honestas con relación a por qué siguen o anulan un precedente y en qué medida los precedentes siguen siendo una razón independiente para decidir los casos. Además de una restricción argumentativa, los precedentes dan a la Corte un repertorio fértil de argumentos que pueden ser utilizados y revisados. Al investigar su «pasado utilizable», la Corte maximiza su capacidad deliberativa y economiza su escasa energía deliberativa. Es capaz de construir su memoria institucional y reconocer el valor de las deliberaciones previas. Sin embargo, una Corte deliberativa no da peso absoluto a un precedente. Al tomar un enfoque crítico de su pasado, la

<sup>13</sup> Las nociones de DWORKIN sobre «integridad», «fuerza gravitacional de precedentes» y «novela de cadena» (1986), la concepción de MACCORMICK sobre «coherencia narrativa» (2005), las afirmaciones de RAZ sobre «coherencia» (1979) y la idea de «ley común constitucional» de STRAUSS (1966) y WALUCHOW (2007), entre otros, son referencias primarias para construir una teoría normativa de precedentes constitucionales que es generalmente aplicable a los sistemas anglosajones y continentales. Esta dicotomía, al nivel del control de constitucionalidad, es cada vez menos precisa para comparar o describir las Cortes de uno u otro sistema (a pesar de algunas particularidades estilísticas restantes entre ambas tradiciones). La sabiduría convencional, según la cual la Corte Constitucional en los países de tradición romanista no tiene obligación de seguir precedentes, a diferencia de aquellas del *common law* en las que sucede lo contrario, es doblemente errónea. Desde el punto de vista de la teoría normativa, pasa por alto la importancia del precedente en la idea misma de la autoridad del Derecho; desde el punto de vista histórico, ignora el hecho de que los tribunales de Derecho del *common law* no son y no han sido acríticamente obedientes a precedentes, y que los jueces de Derecho civil, a su vez, sí siguen los precedentes, a pesar de no ser reconocidos como fuentes formales de ley. El juez William DOUGLAS da una pista sobre eso: «El *stare decisis* tiene un pequeño espacio en el Derecho constitucional. La Constitución fue escrita para todas las épocas y edades. Perdería su gran carácter y se volvería débil si le estuviera permitido convertirse en un documento incrustado con nociones legalistas estrechas que dominaron el pensamiento de una generación» (DOUGLAS, 1948: 106). Una lectura superficial de la jurisprudencia constitucional de Cortes tan diferentes como la estadounidense, canadiense, brasileña, la Corte Suprema de Argentina o la Corte Constitucional española, alemana, sudafricana e italiana demuestra que las diferencias importantes que puedan existir entre ellas son difícilmente capturadas por la dicotomía. Véase MACCORMICK y SUMMERS, 1997. Un acercamiento pragmático normativo a precedentes compete con el que intenta maximizar la coherencia. Mientras que este último se preocupa por la imparcialidad, el primero prioriza la previsibilidad y la certeza. Véase POSNER, 1999.

Corte puede mitigar su política conservadora y evitar caer rehén de su propia trayectoria.

Una Corte que se toma sus precedentes en serio logra deliberar con su pasado y consigo misma a futuro. En otras palabras, es autorreflexiva de una manera profundamente histórica. Debido a que la deliberación es un proceso a largo plazo, la acumulación de precedentes y la experiencia que ofrecen en cada etapa probablemente amplificarán la calidad epistémica de las decisiones futuras<sup>14</sup> de la Corte. Una decisión escrita deliberativa, como se señaló en el capítulo IV, conserva un valor epistemológico en la medida en que se reciba como precedente en casos futuros.

El anverso de este atributo es que una reserva suficientemente deliberativa de precedentes es un desincentivo justificado para nuevos ejercicios deliberativos. La longevidad de una controversia particular afecta a la necesidad de nuevas deliberaciones. En un caso de primera impresión, la carga deliberativa es más fresca y más onerosa. Sin embargo, si una Corte tiene una secuencia de precedentes consonantes y considera que no hay nada nuevo que decir, los casos similares no necesitan involucrar una deliberación prolongada. El desafío para una Corte que acepta que los buenos precedentes le eximen de rondas extradeliberativas solo es permanecer alerta a los matices que los nuevos casos pueden traer a viejas controversias. Las Cortes pueden llegar a posiciones establecidas pasado cierto tiempo y no estar demasiado interesadas en la reapertura. Una Corte deliberativa debe evitar el riesgo de cegarse a sí misma y mantener activa su sensibilidad histórica.

### 2.3. Coordinación intrajudicial

Los dos epígrafes anteriores aludieron a una vieja controversia sobre la naturaleza supuestamente dual del Derecho. Dworkin la articula por medio del ideal de «integridad»: una fusión entre «ajuste» y «justicia», una vinculación con un compromiso moral con los materiales jurídicos sobre la base de los principios profundos que justifican todo el sistema. Las tres restricciones adicionales que incluyo en lo que sigue no se consideran a menudo como tales. No explícitamente, por lo menos. Del mismo modo, estas tres restricciones también pueden leerse a la luz del ideal de la deliberación. Comienzo por la coordinación intrajudicial.

La relación que una Corte Constitucional deliberativa puede tener con el sistema judicial no solo se basa en su autoridad jerárquica (en-

<sup>14</sup> Como expresó Neil WALKER: «Solo en la medida en que un sistema legal autodeliberadamente se desarrolla como un sistema, en lugar de una mera agregación de reglas y casos sin ningún requisito robusto de coherencia interna por medio de tiempo y materia, estará luego en una posición de explotar efectivamente su depósito histórico y sistémico de experiencia y razón práctica» (WALKER, 2010: 56).

capsulada, por ejemplo, por el principio de *stare decisis* vertical). También es argumentativa de una manera especial. Hay algo más que la interacción dentro de su rama específica y que su deferencia jerárquica<sup>15</sup>. Los argumentos fluyen mediante sus diferentes canales y son vitales para el sustento de la coherencia del sistema.

Es un hecho que, comparativamente, existe una gran variación con respecto al lugar que ocupan las Cortes Constitucionales en relación con el resto del poder judicial<sup>16</sup>. Este es el resultado de cada tradición nacional en relación con la independencia judicial y el aislamiento del control de constitucionalidad. Cada sistema tendrá, por tanto, dinámicas internas particulares<sup>17</sup>. En algunos, quizá, la restricción de la comunicación intrarrama puede no ser una preocupación significativa. Aun así, muchas Cortes encargadas de operar el control de constitucionalidad tienen la responsabilidad de tomar en cuenta las decisiones pasadas y futuras de los tribunales inferiores al elegir y justificar su curso de acción.

Esta restricción, por tanto, se manifiesta de dos maneras. En primer lugar, a manera de aporte: los casos constitucionales que llegan a la Corte pueden haber provocado intercambios argumentativos y decisiones en los niveles inferiores de la judicatura mucho tiempo antes de la apelación final<sup>18</sup>. En segundo lugar, como cuestión de resultado: la decisión de la Corte Constitucional afectará a la forma en que los tribunales inferiores interpretarán y aplicarán la Constitución a partir de entonces, independientemente del principio de *stare decisis* vertical<sup>19</sup>.

Una Corte deliberativa está limitada en ambos sentidos: debe tener en cuenta lo que el sistema jurídico ha producido previamente, así como comunicar sus decisiones de una manera que preserve un hilo histórico coherente. Esto es más que una autoridad coordinadora en el

<sup>15</sup> FRIEDMAN, 2005: 295, destacó este aspecto político.

<sup>16</sup> La clasificación más común está entre el modelo americano, con la Corte Suprema ubicada en la cima del sistema de petición judicial, y las Cortes Constitucionales «kelsenianas», con la Corte Constitucional ubicada fuera de la judicatura y empoderada para hacer control abstracto. Véase CAPPELLETTI, 1984. Entre los tipos ideales de control difuso y concentrado, algunos sistemas mezclados han emergido también, como aquellos de Colombia, Brasil o Sudáfrica.

<sup>17</sup> La diferencia, por ejemplo, entre un sistema en el cual solo el tribunal superior tiene el poder de declarar la inconstitucionalidad de un estatuto, como el sistema kelseniano, y un sistema donde jueces inferiores también tienen este poder de reconocer la inconstitucionalidad de un estatuto en un caso concreto, es crucial determinar la relevancia y la intensidad de la restricción aquí explicada.

<sup>18</sup> La Corte Constitucional sudafricana, por ejemplo, está poco dispuesta a conceder el acceso directo y reconocerse como «una Corte de primera y última instancia». El Juez Ngeobo justifica la preferencia por la jurisdicción de apelación porque las decisiones serán «enormemente enriquecidas por su capacidad de pronunciarse sobre las opiniones de otras Cortes». Véase *The AParty et al. v. Minister for home affairs et al.* [2009] ZACC 4 [56].

<sup>19</sup> Adam LIPTAK retoma las críticas recientes contra la disminución de la «calidad de la artesanía judicial» de la Corte Suprema de Estados Unidos en el periodo del juez Roberts. Parte de esta disminución se atribuye al fallo de la Corte Suprema «de proveer orientación clara a Cortes inferiores, algunas veces aparentemente fundada en el deseo de unanimidad que puede conducir a gobernar de una manera rígida y borrosa» (LIPTAK, 2010).

poder judicial, más que mandar o hacer cumplir decisiones particulares desde la cima. Implica comunicar la interpretación constitucional de una manera inteligible, persuasiva y manejable. En algunos sistemas la Corte Constitucional ordenará, mientras que en otros sugerirá una solución jurídica para el resto del poder judicial<sup>20</sup>. En ambas circunstancias, sin embargo, una Corte deliberativa está limitada a responder al amplio conjunto de argumentos jurídicos inferiores que se han podido experimentar con varios tipos de soluciones. Al igual que con sus propios precedentes, una Corte Constitucional mejora su desempeño deliberativo si se compromete con las decisiones dictadas por las otras instancias de la judicatura.

#### 2.4. Deliberación de poderes

La separación de poderes es un concepto asociado con la disipación de la autoridad, el sello institucional del constitucionalismo liberal. Pone en marcha un control conocido como pesos y contrapesos, por medio del cual las instituciones se controlan mutuamente sin que alguna de ellas predomine. Este principio sirve al valor de la libertad diluyendo la amenaza de la tiranía<sup>21</sup>. Su lógica interna no encaja bien con el establecimiento de un soberano interno fijo<sup>22</sup>. Como requisito del Estado de Derecho moderno, el circuito decisonal necesita detenerse en alguna parte y debe tomarse una decisión colectiva final. La legalidad, como asume esta teoría, no sobreviviría a las tendencias anárquicas de las interminables disputas de poder<sup>23</sup>.

Una cierta persuasión democrática requiere que el pueblo esté personificado dentro de esta estructura<sup>24</sup>. Dicha persuasión sugiere a los parlamentarios elegidos como los candidatos naturales para desempeñar ese papel político y simbólico de supremacía, y a la legislación parlamentaria como fuente principal de la autoridad legal. Sin em-

<sup>20</sup> La distinción entre «ordenar» y «sugerir» no es exagerada, a pesar de ser poco común. El sistema brasileño de control constitucional, por ejemplo, es uno de los más complejos al respecto. No solo mixtura la dicotomía americana *versus* kelseniana, debido a la coexistencia de control difuso y concentrado, sino que también da discreción a la Corte Suprema para determinar si su decisión, en última instancia, tendrá un efecto vinculante en la judicatura o no. Este efecto vinculante, para añadir otra capa complicada, no es una decisión operada por la Corte Suprema como un todo, pero sí por un *binding summa* (una declaración corta parecida a una regla que define el *radio decidendi* del caso).

<sup>21</sup> La pregunta sobre si la separación de la cantidad de poderes conlleva una división de funciones o más bien un mecanismo que mantiene diversas fuerzas bajo control fue uno de los clásicos debates entre federalistas y antifederalistas. Véase MANIN, 1994.

<sup>22</sup> Esta característica es anterior al Estado moderno y puede ser encontrada en la tradición de la «Constitución mixta», la cual, más que separar poderes y funciones, busca un equilibrio entre estratos sociales. Véase VON FRITZ, 1954.

<sup>23</sup> Esta preocupación fue expresada, entre otros, por SCHAUER y ALEXANDER, 1997.

<sup>24</sup> Esto va en contra de la comprensión clásica del principio de «soberanía popular» desarrollado por SIÈYES. El principio se refiere a una manifestación preinstitucional y no formalizada del «pueblo» como «poder constituyente» al cual todo «poder constituido» es subordinado. Véase WALDRON, 2002.

bargo, los actos de los Parlamentos deben respetar la Constitución. A estos efectos, para los teóricos de otra línea, una agencia que verifique la constitucionalidad de las decisiones parlamentarias cotidianas sería necesaria. Esta función se ha atribuido normalmente a las Cortes Constitucionales. En consecuencia, cuando se trata de definir el significado de la Constitución, las Cortes tendrían la última palabra. De esta manera, el desafío político clave de los regímenes organizados bajo estas piedras angulares es encontrar una fórmula para articular el papel de los Parlamentos y las Cortes, así como los términos exactos de su coexistencia e interacción.

Esta es una versión abreviada de la historia teórica que sustenta una parte significativa de los debates contemporáneos sobre el control constitucional, como se describe en el capítulo III. Las teorías del diálogo trataron de romper esa búsqueda sin salida de la supremacía e idearon un terreno intermedio<sup>25</sup>. A pesar de algunas disparidades, las tesis dialógicas comparten mínimamente la postura de que la «última palabra» es una preocupación exagerada de la legitimidad política y que los Parlamentos tienen continuamente la oportunidad, con el tiempo, de responder a las decisiones judiciales de manera más o menos perceptible<sup>26</sup>. Y viceversa. Estas teorías evitan la pregunta de quién debe tener la última palabra y reflexionar sobre los estándares que deben guiar la interacción entre ramas. La ansiedad exagerada por localizar la última palabra habría enterrado esta última pregunta y, por encima de todo, desincentivado investigaciones más fecundas sobre las contribuciones de cada rama a ese proceso incesante<sup>27</sup>.

Entre sus ideas más importantes, estas teorías observaron que lo que la Constitución significa rara vez depende exclusivamente de quién tiene la última palabra. Los significados emergen de un proceso más complejo de «acción-respuesta-replica»<sup>28</sup> que algunas concepcio-

<sup>25</sup> DA SILVA, 2009.

<sup>26</sup> No solo en modelos «débiles» de control constitucional, donde la respuesta legislativa es formalmente institucionalizada, como en Canadá (véase HOGG y BUSHELL, 1997 y 2007), sino también en modelos «fuertes», donde las respuestas legislativas pueden colarse en maneras menos formales, como en el sistema de Estados Unidos (véanse FISHER, 1988; FISHER y DEVINS, 2004, o FRIEDMAN, 2003). Ya sea fuerte o débil, por consiguiente, las respuestas legislativas a un control constitucional son posibilidades omnipresentes, ambas al por mayor y al por menor. Las circunstancias políticas, en lugar de los textos constitucionales, explican de mejor manera cuándo sucede esto.

<sup>27</sup> William ESKRIDGE y John FERREJOHN, por ejemplo, plantean un contraste interesante entre el control de constitucionalidad de carácter «final de la deliberación» (lo cual impone la supremacía judicial) que ellos rechazaron y, por otra parte, el control de constitucionalidad de tipo «inducción de la deliberación» (la cual invita a la legislatura a responder), el «respeto de la deliberación» (el cual cede ante la calidad a los argumentos de la legislatura) y la «protección de la deliberación» (la cual salvaguarda las condiciones del debate público) (ESKRIDGE y FERREJOHN, 2008: 1285-1295). Ruth Bader GINSBURG también observa «el tono que invita al diálogo o no [...]. *Roe v. Wade*, en contraste, invitó al no diálogo con los legisladores. En cambio, parece remover exclusivamente el balón de la Corte de los legisladores» (GINSBURG, 1992a: 1204).

<sup>28</sup> Como MEHTA imagina la interacción de la Corte Suprema de la India con el legislador: «Episodios en un juego iterativo de acción-respuesta-replica que puede ser jugado numerosas veces».

nes de supremacía judicial simplemente no logran captar. Más importante aún, revelan una faceta poco explorada de la separación de poderes: junto a la disputa de fuerzas entre ramas existe o puede existir un intercambio de razones entre ramas. Dicho de otra manera, existe una tensión tanto política como deliberativa que coexiste y moldea la toma de decisiones colectiva en el circuito de la separación de poderes. Representan dos limitaciones paralelas.

Esta contraintuitiva doble cara capta tanto las facetas defensivas como constructivas de la separación de poderes. Reconoce que hay política después de las «últimas palabras» y defiende el diálogo como una forma atractiva, al menos parcialmente, de disciplina en esa interacción interminable<sup>29</sup>. El principio de la separación de poderes expresa, en otras palabras, un hecho a percibir: la provisionalidad de las decisiones colectivas o la continuidad de la política, y un ideal a perseguir: un modo de interacción deliberativo<sup>30</sup>.

La separación de poderes, por tanto, puede ser sensible a las razones<sup>31</sup>. Esta característica puede entenderse como una restricción del Derecho frente a las Cortes. El desempeño deliberativo en el espacio superpuesto que ocupan los Parlamentos y las Cortes Constitucionales es un parámetro útil en el cual se puede regular y criticar esa interacción. Cada participante de esta interacción tiene responsabilidades deliberativas. Una Corte deliberativa tiene en cuenta e interactúa con las razones proporcionadas por las otras ramas, evalúa sus respectivos potenciales deliberativos y, sobre esa base, decide si debe impugnarlas con mejores razones. Como se observó en el capítulo III, la redundancia funcional parcial entre los Parlamentos y los tribunales puede ser beneficiosa si se entiende y se practica por medio de lentes deliberativos.

La atención de la Corte ante la deliberación interinstitucional implica el rechazo de la supremacía judicial absoluta, de una visión que no considera los actos parlamentarios como interpretaciones consti-

<sup>29</sup> Para Dennis THOMPSON, la supremacía judicial podría desencadenar un «monólogo unilateral», un respeto general deferente al «foro de principio». La responsabilidad judicial, a su vez, requeriría un «diálogo bilateral», uno en el cual la Corte podría ser un «ágora de principio». La Corte no puede hablar sola, y sería relevante mejorar «el otro lado de la conversación». La única manera legítima de tratar con el hecho de un desacuerdo razonable, según él, es «aceptar el problema como permanente —dejar muchas mentes deliberar—» (THOMPSON, 2004: 85).

<sup>30</sup> Esta tentativa de golpear un punto de equilibrio entre la última palabra y el diálogo a largo plazo seguramente no está desprovista de dificultades. Una teoría de diálogo constante no está exenta de enfrentarse a preguntas como cuándo es justificable para una rama revocar los actos de la otra o dónde se ubica la última palabra, aunque sea provisional, y, en general, lo que la división del trabajo debe ser. Yo sugiero respuestas contextuales a estas preguntas. Véase MENDES 2008b, 2009a y 2009b.

<sup>31</sup> La posición de Dennis THOMPSON también está en sintonía con la idea de deliberación de poderes. Para él, la cultura de monopolio judicial sobre el significado constitucional «restringe la oportunidad a los ciudadanos de unirse en esa deliberación». Un papel judicial responsable tendría que abdicar de tal monopolio y fomentar a otros a «ser parte en la fabricación de las decisiones sobre los valores fundamentales para la sociedad» (THOMPSON, 2004: 91).

tucionales genuinas. Una Corte deliberativa no se entiende como la única y última palabra sobre la Constitución<sup>32</sup>. En un contexto de interacción continua, la Corte se dirige al Parlamento como un agente a ser persuadido, pero que también puede persuadir. Estimula un intercambio deliberativo en lugar de un *juego de suma cero* entre ganadores y perdedores. Las ramas del poder público están autorizadas para desafiarse mutuamente, siempre y cuando escuchen y presenten nuevas razones. Las Cortes, por esta razón, no son solo un contrapoder, sino que se convierten en un contraargumento.

Más concretamente, unirse a la vía deliberativa de la separación de poderes es construir una doctrina de la deferencia basada en el desempeño deliberativo<sup>33</sup>. El calendario de cada caso individual decidido por la Corte no siempre se puede articular con el lapso de persuasión colectiva o interinstitucional. La persuasión exige argumentación, pero también requiere la experimentación del mundo real que solamente el paso del tiempo permite. Así, puede requerir más de una sola ronda deliberativa. Las decisiones colectivas que emergen de las Cortes Constitucionales o de los Parlamentos son las obras de la comunidad en curso<sup>34</sup>. Por tanto, la etapa exacta y la calidad de la conversación son variables relevantes para determinar cuándo deferir y salir o cuándo seguir presionando por nuevas razones y rondas de discusión<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Jeremy WALDRON ataca esa postura judicial: «Para las Cortes rechazar alguna vez para deferir a tal contribución es insistir en que las decisiones constitucionales serias deben ser hechas para ellos y por ellos mismos» (WALDRON, 2002: 28).

<sup>33</sup> Una doctrina que podría informar, en palabras de ESKRIDGE y FERREJOHN, 2008, un control constitucional de «deliberación de respeto». Los estándares judiciales de deferencia son «autoimpuestos». Las políticas de justiciabilidad, precedente, etc., tienen naturaleza endógena. Véase FERREJOHN 2020: 49. Jeremy WALDRON establece la misma idea: «Cada caso en el cual la Corte decide anular una decisión legislativa es también un caso en el cual la Corte decide que ellos mismos no deben ser deferentes con el legislador» (WALDRON, 2009d: 141).

<sup>34</sup> Una decisión judicial podría ser «solo un segmento de un diálogo público continuo» (GREENHOUSE, 1995: 1544) o un «episodio en un diálogo permanente» (GREENHOUSE, 2005: 7). Para Albie SACHS, una «relación dialógica» entre el poder judicial y el gobierno es inherente, por ejemplo, para la constitución sudafricana: «El supuesto básico es que habrá conversaciones civilizadas en lugar de un discurso grosero entre las tres ramas» (SACHS, 2009: 147). La literatura sobre diálogo es numerosa y posiblemente incluye hilos empíricos y normativos. Para un examen amplio véase BATEUP, 2006.

<sup>35</sup> Las nociones de «etapa» y «calidad» de la conversación podría demandar calificaciones que van más allá del propósito del capítulo. La intuición básica es que el control de constitucionalidad es ejercido en diferentes contextos legislativos, del cual cada uno puede elevar diferentes cargas de legitimidad y razones para la deferencia. El contexto aquí está formado por múltiples variables: la antigüedad del estatuto (es diferente anular un estatuto promulgado hace generaciones a derogar un estatuto promulgado por la mayoría actual con nuevos argumentos); la calidad deliberativa de un estatuto (estatutos con una codificación global tienen mayor peso que estatutos efímeros y de corta vida). Los superestatutos, como John FERREJOHN y William ESKRIDGE los llaman, «penetran la cultura pública normativa e institucional de un modo profundo» (FERREJOHN y ESKRIDGE, 2001: 1215). La relación con los actos y las omisiones del Parlamento: llenar el vacío de la inercia legislativa no es lo mismo que revocar un estatuto. Las objeciones contundentes en contra del control constitucional pasan por alto estos matices. Los llamados «casos de segundo vistazo», donde la Corte evalúa una clase de «respuesta legislativa», motivaron en Canadá un gran debate sobre si la calidad de «el segundo vistazo» debe ser razón suficiente para apla-

Sin duda alguna surgen dificultades prácticas en el intento de implementar el ideal de la conversación entre las distintas ramas. Los Parlamentos y las Cortes no hablan igual. Convierten múltiples voces en una por medio de diferentes mecanismos formales. Una Corte, para entrar en un «diálogo» y para identificar los argumentos detrás de las leyes, podría acabar experimentando con entidades desconcertantes, como la intención original o la voluntad del legislador. Pero esto no siempre tiene que suceder. Algunas doctrinas existentes de deferencia practicadas similarmente en varias jurisdicciones han sido moldeadas por preocupaciones que no son tan disímiles a las indicadas anteriormente: una Corte deliberativa se percibe dentro de la separación de poderes de una manera particular. No es una institución modesta ni autosuficiente, sino curiosa y abierta a los argumentos que pueden oponerse a sus posturas. Un cierto sentido de falibilidad y provisionalidad, virtudes destacadas en el capítulo V, solo se puede encuadrar con esta concepción de la separación de poderes.

Waldron simpatiza con un enfoque similar una vez que suspende completamente su rechazo a la «misma existencia» del control de constitucionalidad como una opción de diseño institucional<sup>36</sup> y la reduce a la «forma en que se ejerce». Evita combinar el control de constitucionalidad con la supremacía judicial y considera a esta última una postura particular en el ejercicio de la primera. La noción de postura es iluminadora y capta lo que está en juego aquí<sup>37</sup>. Este autor deplora de una Corte que «se niega a mirar más allá de los materiales judiciales» o una que utiliza su «aura de legalidad» para silenciar a los opositores de la esfera pública<sup>38</sup> formal e informal. La deliberación entre las ramas del poder público atiende a esta preocupación exacta. Elogia una Corte Constitucional que está en sintonía con las deliberaciones externas y que, en consecuencia, delimita su espacio.

---

zar. El juez McLachlin, de la Corte Suprema de Canadá, negó la deferencia blanca y no deliberar: «El fomento sano e importante de un diálogo entre la legislatura y la Corte no debe ser degradado a una regla de “si al comienzo no lo logras, intenta otra vez”» (*Sauvé v. Canada*, 2002, SCC, 68). Véase también HOGG, 2007. Jeremy WALDRON, a su vez, criticó la Corte Suprema de Estados Unidos por atascarse con su propio precedente en un caso de segundo vistazo. En *City of Boerne v. Flores* [521, U.S. 507 (1997)] la Corte no participó con las nuevas razones legislativas y envió al Congreso un mensaje desafiante, en el cual típicamente caracterizó la postura de supremacía judicial (WALDRON, 2002: 25).

<sup>36</sup> Como en sus objeciones ampliamente discutidas en el control constitucional. Véase WALDRON, 1999, 2001 y 2006a.

<sup>37</sup> Jeremy WALDRON hace eco de la vieja doctrina de James THAYER del claro error en definir lo que la postura de la supremacía implica: «Supremacía tiene que ver con la postura que las Cortes adoptan —y la deferencia que le es concedida a esa postura— cuando las provisiones de la Constitución no son claras» (WALDRON, 2002: 21). Y agrega: «La supremacía judicial puede ser representada como la postura de una Corte que se rehúsa a mirar más allá de los materiales judiciales. Es la postura de una Corte que rehúsa a aceptar alguna orientación de la legislatura o del ejecutivo o de las resoluciones plebiscitarias de la gente sobre cómo la decisión que enfrenta la Corte debe ser resuelta (*ibid.*: 25).

<sup>38</sup> WALDRON, 2002: 34.

## 2.5. Repercusiones cosmopolitas

La Corte Suprema de Estados Unidos ha adoptado recientemente un nuevo punto de vista con respecto a la jurisprudencia extranjera<sup>39</sup>. Este episodio ha producido una intensa reacción académica acerca de las posibles implicaciones de ese hecho<sup>40</sup>. Comparativamente, la citación mutua entre países no es una práctica nueva. Otras Cortes Constitucionales de todo el mundo han estado leyéndose y citándose, con más o menos frecuencia, desde su misma creación<sup>41</sup>. Sin embargo, esta práctica aún no está respaldada por una teoría apropiada; todavía no está claro qué es lo que está en juego cuando las Cortes Constitucionales de diferentes países se citan entre sí; todavía no tenemos un panorama general acerca de cuáles son los principios políticos que pueden explicar, justificar y exigir esta creciente práctica judicial.

Waldron detectó esta carencia y propuso un marco normativo para regular este fenómeno. Lo hizo articulando dos argumentos principales. En primer lugar, afirmó que las Cortes debían identificar en la jurisprudencia extranjera (el *ius gentium* moderno) un conjunto de decisiones convergentes que se puedan incorporar como «fuente de conocimiento». A diferencia del Derecho natural, derivado de un ejercicio puramente racional, el *ius gentium* es producto de experiencias multinacionales repetidas que cristalizan una serie de soluciones comunes a problemas similares. No es un «garante de la verdad», sino que se basa en la «sabiduría acumulada del mundo sobre derechos y justicia»<sup>42</sup>. Tampoco es simplemente un consenso descriptivo, sino más bien un equilibrio reflexivo entre los asentamientos provisiona-

<sup>39</sup> Los artículos invariablemente comenzaron con un listado de una serie de casos, como *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), y *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), entre otros. Véase, por ejemplo, CHOUDHRY, 2006.

<sup>40</sup> Este es un tema controvertido en la literatura estadounidense contemporánea constitucional y ya ha hecho eco en otros países. Es digno empezar por WALDRON, 2005; SLAUGHTER, 2003; JACKSON, 2005 y 2010; CHOUDHRY, 2006, o McCURDJEN, 2008. Una interesante defensa de un enfoque abierto de la Corte Suprema de Estados Unidos hacia la jurisprudencia extranjera lo encontramos en GLENDON, 1992.

<sup>41</sup> Albie SACHS destacó este aspecto de su experiencia judicial: «Vivimos en un periodo en el que yo mismo me he sentido orgulloso no solo de ser juez en Sudáfrica, con su excepcional Constitución, sino también de pertenecer a una comunidad mundial de jueces que creen que los derechos básicos y la libertad importan» (SACHS, 2009: 33). Este autor señala la universalidad de este proceso a pesar de las diferencias: «Pese a las diferencias entre el trabajo de nuestra nueva Corte y de la madura Corte Suprema de Estados Unidos, creo que nosotros simplemente narramos los procesos universales de desarrollo de razonamiento judicial donde sea y sea cual sea la Corte» (*ibid.*: 52). En muchos otros pasajes de su memoria reafirma el deber de un juez constitucional de estar consciente de los precedentes extranjeros, incluso si hay que ponerlos de lado. Para él, los mismos dilemas se han movido por medio de tradiciones constitucionales. Esos casos podrían contribuir a una «jurisprudencia emergente mundial» en la cual la Corte sudafricana, en su opinión, luchó para contribuir.

<sup>42</sup> WALDRON, 2005: 138-139.

les del Derecho positivo y el sentido de la justicia <sup>43</sup>. Es, por esta razón, una construcción interpretativa.

En segundo lugar, Waldron sostiene que una Corte debe esforzarse por una expansión global de la integridad en el ámbito de la jurisprudencia de los derechos. Las decisiones extranjeras no deben ser entendidas como precedentes vinculantes, sino como decisiones que merecen «peso» o «importancia», independientemente de su corrección. Las comunidades políticas que comparten algunos compromisos morales fundamentales deben abarcar este ideal transnacional de integridad <sup>44</sup>. El propósito de tal práctica, en su opinión, no es «expandir nuestro sentido de autonomía», sino «nuestro sentido de comunidad». En este enfoque de abajo hacia arriba, una concepción del «Derecho como razón» disequilibra la concepción del «Derecho como voluntad» <sup>45</sup>.

Este fenómeno plantea una pregunta intrigante a mi investigación. Una Corte Constitucional deliberativa no es necesariamente cosmopolita. Tampoco una Corte parroquial es necesariamente no deliberativa (por lo menos en su significado central y en los cuatro elementos de los setos antes señalados). Una Corte que no tiene en cuenta sus propios precedentes, por ejemplo, puede ser censurable por incoherencia y excesivo casuismo, además de que el desempeño deliberativo se vería más claramente perjudicado en ese caso. Esta falta, sin embargo, no está en juego aquí. Despreciar la jurisprudencia extranjera, en cambio, conduce a la autoexclusión de un proyecto transnacional.

Sostengo que una Corte Constitucional puede mejorar su capacidad deliberativa al interactuar con la jurisprudencia comparada. Esta conexión es suave y requiere una elaboración más extensa. Por qué y cómo comparar son las preguntas elementales que deben abordarse al comienzo de cualquier proyecto comparativo. Sin embargo, las respuestas a ambas preguntas no proporcionan una orientación suficiente para una preocupación diferente. ¿Por qué y en qué términos deberían las Cortes utilizar el Derecho extranjero como una fuente válida de la argumentación jurídica? Estos dos niveles —comparación *per se* y comparación como ayuda para la decisión judicial— no siempre se distinguen. Cuando una Corte permite que una decisión extranjera sea parte de su *ratio decidendi* atribuye esa decisión a una especie de autoridad legal <sup>46</sup>. La comparación, en este segundo nivel, se

<sup>43</sup> *Ibid.*: 136.

<sup>44</sup> Jeremy WALDRON aclara lo que quiere decir por comunidad global: «No estoy hablando de una comunidad global y polivalente. Estoy hablando de algo como un club de todos nosotros, dedicado específicamente a avanzar la idea de derechos humanos» (WALDRON, 2007: 32). Las diferencias y discontinuidades con decisiones extranjeras deben ser vistas como un «tipo de vergüenza potencial», sobre todo si se basan en nuestras particularidades culturales en lugar de en buenas razones (*ibid.*: 37).

<sup>45</sup> *Ibid.*: 53.

<sup>46</sup> Este acto necesitará seguir algún «metaprincipio de autoridad legal». Véase WALKER, 2008. Según este autor, entre los diferentes tipos de autoridad que habitan el paisaje legal global, el diálogo entre Cortes es el producto de la «consideración favorable». Esto puede

convierte en algo más que un hábito intelectual esclarecedor: es otra fuente de Derecho.

La ética del Derecho comparado comprende tres principios: *i*) autocomprensión, *ii*) automejora y *iii*) cooperación mutua. El primero es identitario: al comparar, se ganan percepciones inesperadas sobre nuestro propio carácter<sup>47</sup>. Podemos darnos cuenta de que las diferencias aparentes son realidades comunes y viceversa. Como Michelman lo expresó, por el «encuentro comparativo» podemos «aclarar nuestra imagen de nosotros mismos»<sup>48</sup>. El segundo principio se deriva del anterior: al comparar, aparte de una comprensión más profunda, es posible criticar nuestro propio sistema. La comparación permite la flexibilidad y puede inducir mejoras morales. Estos dos valores son un lugar común. El tercero, sin embargo, capta un objetivo menos obvio y más ambicioso: la cooperación mutua devela que formamos parte de una comunidad única, de lo cual algunos desprenden un sentido de asociación y reciprocidad. El primer y el segundo principio son interiores: observamos el exterior por el bien de nosotros mismos. El tercero es exterior: contemplamos el exterior porque nos interesa lo que compartimos con los otros; comparamos con los demás por el bien de ambos.

Al aplicar estos tres principios generales al ámbito más específico de la jurisprudencia constitucional podemos refinarlos en una nueva capa: como cuestión de autocomprensión, comparar las decisiones de los derechos nos permite percibir nuestro propio dialecto en el lenguaje de los mismos<sup>49</sup>. Además, podemos ajustar nuestro dialecto e incorporar matices previamente no observados. Finalmente, como una cuestión de reciprocidad, podemos construir conjuntamente una narrativa coherente y desarrollar un sentido común<sup>50</sup>.

El lenguaje de los derechos tiene una perspectiva universalista y su moral no está atada a las jurisdicciones domésticas. Por supuesto, en el momento en que este lenguaje se institucionaliza por medio de los derechos se convierte en parte de un sistema jurídico doméstico y está ligado a una fórmula lingüística más precisa que se interpretará y desarrollará dentro de cada sistema jurídico. Sin embargo, las com-

---

ser leído por medio de un prisma modesto cognoscitivo —las Cortes pragmáticamente ven «cómo problemas iguales pueden requerir consideraciones iguales»— o mediante una aproximación más ambiciosa —las democracias constitucionales comparten una misma base moral y las decisiones extranjeras pueden merecer importancia— (*ibid.*: 383-384).

<sup>47</sup> BRAUDEL ofrece una mejor imagen: «Vive en Londres durante un año y no podrás llegar a conocer mucho sobre el inglés. Pero mediante la comparación, y para sorpresa de muchos, de repente llegarás a entender algunas de las más profundas e individuales características de Francia, las cuales anteriormente no entendías porque las conocías muy bien».

<sup>48</sup> MICHELMAN, 2003: 1758.

<sup>49</sup> GLENDON, 1970.

<sup>50</sup> Se podría argumentar que este fenómeno jurisprudencial no está restringido al dominio de los derechos. Como sea que suene esta aserción, es históricamente innegable que el Derecho jurisprudencial viaja con mayor facilidad entre las distintas jurisdicciones en lugar de las provisiones estructurales, las cuales son objeto de la correlación local de fuerzas.

paraciones revelan la contingencia y las limitaciones mismas de estos dialectos locales.

Tiene sentido tratar de armonizar las prácticas nacionales en materia de derechos, siempre y cuando nuestro sentido de comunidad transnacional pueda razonablemente mantenerse. La armonización no exige una homogeneidad absoluta, implica la búsqueda de la coherencia concebida no como simple uniformidad, sino como intercambio abierto de razones. Para decirlo de manera diferente, se puede concebir como una restricción para «decidir casos iguales» con un criterio más sensible a la mera « semejanza ». La coherencia es una propiedad bastante sofisticada de la razón práctica para permitir la distinción entre disimilitudes relevantes, que es parte integrante del razonamiento basado en precedentes o razonamiento analógico. Los países que comparten ideales políticos deben ser capaces de participar en este tipo de fertilización cruzada sin pasar por alto las peculiaridades locales.

Sin embargo, el valor del Derecho comparado no justifica inmediatamente que las Cortes domésticas incorporen material comparativo. De la posibilidad de que una jurisprudencia particular sobre los derechos *viaje* por medio de argumentos académicos o políticos no se sigue que debería viajar formalmente mediante decisiones judiciales. Se podría argumentar que existen formas más legítimas de internalizar soluciones extranjeras y todavía necesitamos, por tanto, razones normativas complementarias que articulen un metaprincipio de la autoridad <sup>51</sup>.

No basta con subrayar la importancia de aprender con la experiencia y la perspicacia de otros en materia de razonamiento constitucional. La autocomprensión y la automejoría no nos llevarían tan lejos. La cooperación mutua parece hacer un mejor trabajo, pero no aborda la cuestión de la legitimidad. Es necesario complementar esta defensa con argumentos adicionales. Este trabajo adicional podría hacerse mediante una mezcla de tres ideas: que la legitimidad democrática, aparte de la votación por mayoría situada en el tiempo y el espacio, implica el respeto de las decisiones colectivas centrales basadas en razones públicas; que el ideal cosmopolita, además de exigir un estatus moral igual para cada individuo, afecta e impacta el contenido de las razones públicas <sup>52</sup> y el Estado de Derecho en general, y que el constitucionalismo, más específicamente, debe ser permeable a una especie de autoridad basada en la persuasión y no de pura vinculación <sup>53</sup>.

El ideal de la conversación cosmopolita agrega sustento a este argumento y proporciona un sentido de dirección. Es una derivación de la ética del Derecho comparado generalmente aplicada a la interacción

<sup>51</sup> WALKER, 2008.

<sup>52</sup> Como afirmó Vlad PERJU, involucrarse con la jurisprudencia extranjera refuerza en lugar de debilitar la autonomía (PERJU, 2005 y 2010).

<sup>53</sup> WALDRON, 2005, apoya un argumento similar.

entre las Cortes Constitucionales. Existen vías institucionales alternativas para la búsqueda del mismo ideal, pero una «comunidad global de Cortes»<sup>54</sup> ha sido activa. Esta es la ruta que guía a este libro<sup>55</sup>.

Lo que emerge de este proceso no es un sistema de soluciones constitucionales de arriba hacia abajo. En cambio, es una reconstrucción racional de las decisiones legales dispersas, una «*novela en cadena*»<sup>56</sup>, multilingüe, conectada por un proyecto moral compartido. Los académicos y los jueces también están incluidos dentro de esta perspectiva global. Es selectiva, pero no necesariamente arbitraria: escoge las decisiones extranjeras de acuerdo con una cierta teoría de la justicia que informa el acto de reconocer a los miembros de una comunidad más amplia. No tiene la autoridad normativa de la espada, sino que da cuenta de una restricción relevante siempre que los jueces acepten el atractivo de la cooperación cosmopolita.

Participar en el desarrollo de este mosaico es una opción que la mayor parte de las Cortes puede no desear hacer. Algunas Cortes pueden preferir concentrarse en un diálogo regional o en un diálogo con Cortes insertas en tradiciones culturales y lingüísticas más cercanas. Otras pueden optar por permanecer fuera de esta construcción colectiva en conjunto<sup>57</sup>. Sin embargo, existe un coste deliberativo en el aislamiento.

La particularidad de una tradición local no es una excusa convincente para abstenerse de colaborar con esta deliberación transnacional. El carácter único del contexto puede, de hecho, justificar diversas soluciones que no pueden ser exportadas. El recurso fácil al «*contexto*», sin embargo, no libera a las Cortes de comprometerse con las razones que se ventilan en esta conversación cosmopolita sobre un conjunto similar de dilemas morales<sup>58</sup>. Las Cortes Constitucionales deben interactuar con la jurisprudencia extranjera a la luz de principios normativos sólidos.

<sup>54</sup> SLAUGHTER, 2003.

<sup>55</sup> Para un acercamiento algo análogo que considera la ruta legislativa para esta conversación internacional véase BARAK-EREZ, 2006.

<sup>56</sup> DWORKIN, 1986: capítulo 7.

<sup>57</sup> La división de la Corte Suprema de Estados Unidos en esta materia es un ejemplo pragmático. La vacilación de SOTOMAYOR para elaborar sobre el papel de precedentes extranjeros en las audiencias de confirmación del Senado es una reciente evidencia de eso. DWORKIN ha lamentado ese evento: «Compartimos tradiciones, problemas y desafíos con muchas otras naciones con culturas similares, y el hecho de que casi todas han concluido que algunos derechos individuales son fundamentales proporciona una razón, aunque no necesariamente decisiva, para suponer que es de fundamental importancia para nosotros también. Debemos siempre reexaminar cuidadosamente nuestras propias convicciones morales cuando encontramos que nadie más las comparte [...]. Pagamos un precio cada vez más pesado por nuestra terca fidelidad a un mito tonto».

<sup>58</sup> Como Paolo CAROZZA expuso: «El fracaso de reconocer y desarrollar los valores humanos universales que sustentan los derechos humanos no hace más que privarnos del lenguaje más importante de diálogo multicultural sobre los requerimientos de justicia en el mundo. Últimamente disminuye nuestra capacidad de entendernos a nosotros mismos y a nuestros propios recursos morales [...]. El precio de esa insularidad es una autosatisfacción que puede cegarnos de nuestra propia humanidad» (CAROZZA, 2003: 1088).

dos. Ese es el núcleo del mensaje comparativo inspirado por el cosmopolitismo moral<sup>59</sup>.

Los riesgos, por supuesto, también existen. El Derecho constitucional comparado no es una actividad neutral. Por un lado, puede desempeñar papeles valiosos y servir al progreso moral y político. Por otro, puede servir a los fines autoritarios y hegemónicos. El peligro de convertir este ejercicio en un instrumento de opresión geopolítica no está descartado.

Los términos de la interacción, según ese ideal, no pueden definirse *a priori* por los centros de poder político e intelectual sin el sentido de mutualidad requerido por la ética del Derecho comparado. Por supuesto, no tenemos que ignorar cómo ha funcionado tradicionalmente la geopolítica de la jurisprudencia comparada: de norte a sur, de ricos a pobres, de poderosos a débiles. La subversión de esta larga lógica a favor de una ética de la comparación más sólida es el reto que nos espera. Entre los muchos pecados comparativos, la subordinación geopolítica o la deferencia incondicional hacia los influyentes y el descuido hacia regímenes constitucionales menos prestigiosos son obstáculos cruciales para el logro de este ideal. La historia constitucional de los países en desarrollo está impregnada de esa actitud reverencial hacia las Cortes canónicas<sup>60</sup>. Esta ve al extranjero como una autoridad moral e intelectual, como un tapón de la conversación, no como un compañero. Estos países básicamente funcionan como pasivos «sitios de recepción» que importan soluciones constitucionales de los «sitios de producción»<sup>61</sup>.

La jurisprudencia extranjera no es una fuente legal autorizada, como parecen temer los escépticos. Una Corte deliberativa que se inclina a tomar en cuenta las decisiones foráneas no asume que estas sean sustancialmente buenas. Tampoco se trata simplemente de maximizar la información como si estar bien informado sobre el mundo o saber más en lugar de menos siempre fueran instrumentos para mejores decisiones. La jurisprudencia extranjera puede considerarse como un experimento de trabajo en el razonamiento moral, pero hay más al respecto. El valor que aquí se destaca no es epistémico, sino político: la disposición asociativa para integrar una cadena deliberativa más amplia.

La asociación implica que las comunidades se reconocen como miembros de una sola empresa y asumen la responsabilidad de hacer todo lo posible por construir una narrativa compartida. El acto performativo de reconocimiento —un juicio sobre las comunidades que

<sup>59</sup> En cuanto a las morales cosmopolitas en la jurisprudencia constitucional, la noción de WALDRON de *ius gentium*, la sugerencia de CAROZZA de «*ius comuna* de derechos humanos» y la idea de SLAUGHTER de una «comunidad global de Cortes» denotan ofertas muy similares.

<sup>60</sup> La obsesión retórica de tantos tribunales con la Corte Constitucional alemana o la Corte Suprema de Estados Unidos es un ejemplo claro.

<sup>61</sup> Véase MEDINA, 2004.

se reconocen como socios— es constitutivo. Una Corte con una curiosidad cosmopolita y que asimile ese ideal es probable que enriquezca su potencial deliberativo. Walker percibió una tensión entre la exploración de esta «riqueza de recursos» global y el «ideal de integridad<sup>62</sup>». El desafío que aporta esta fuente adicional de razones para decidir no es cualitativamente diferente de los otros enumerados anteriormente: una Corte deliberativa, una vez más, tiene la carga de adoptar decisiones en sintonía con esta atracción multidireccional de argumentos. Las decisiones deliberativas no logran encajar en el sistema legal abrazando mecánicamente ninguno de estos argumentos, sino mediante su compromiso de respuesta hacia ellos.

### 3. RESPONDIENDO AL DERECHO: DELIBERACIÓN EXOTÉRICA POR MEDIO DE RAZONES PÚBLICAS

Las restricciones del Derecho forman la malla argumentativa exotérica del proceso de decisión constitucional. Están dirigidas a y se supone que son comprensibles por la ciudadanía en general. Moldean las razones públicas que justifican la decisión de una Corte Constitucional. Ahí está su carácter exotérico, en oposición a un carácter esotérico definido en el próximo capítulo.

He esbozado una aproximación a un conjunto de fuentes argumentativas. Este enfoque, en lugar de oponerse, pretende aprovechar al máximo el ideal de la deliberación. La Corte puede dejar caer uno o más elementos de esta lista a expensas de oportunidades fructíferas de deliberación. Una Corte Constitucional difícilmente logrará estimular la discusión pública, promover el compromiso colegial y redactar una decisión escrita deliberativa, tal como se define en el significado básico del desempeño deliberativo, si no es por un enfoque de razonamiento jurídico que desacredita las restricciones legalistas.

La Corte puede hacerlo siempre y cuando sea sensible a la textura moral del lenguaje constitucional (en lugar de buscar rutas de escape de la responsabilidad de decidir), al valor de la densidad jurisprudencial (en lugar de ignorar o seguir indistintamente precedentes), a la faceta deliberativa de la comunicación entre ramas y la separación de poderes (en lugar de confiar en su autoridad puramente formal), y, finalmente, al carácter cosmopolita de la empresa constitucionalista (en lugar de permanecer reacios a aprender y cooperar con Cortes extranjeras)<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> «Hay una fina línea entre el enriquecimiento externo de una orden legal y la indiferencia de su integridad» (WALKER, 2010: 58).

<sup>63</sup> El contexto legal tiene una cercana conexión con el significado principal de funcionamiento deliberativo definido en el capítulo IV. Si se amplifica el alcance temporal de la empresa colectiva en el análisis y se va más allá del grupo actual de jueces que en este momento delibera y toma decisiones en un tribunal colegiado, otras capas pueden ser incluidas en la medida de la calidad de deliberación. Lewis KORNHAUSER y Lawrence SAGER pro-

Una Corte Constitucional deliberativa debe rendir cuentas ante el telón de fondo jurídico antes mencionado. Su tarea no se limita a ampliar la gama de argumentos o multiplicar la información en aras de una mejor decisión. También se trata de ser diligentes en la construcción de un sistema jurídico accesible desde el punto de vista de la argumentación. Expliqué cómo estas fuentes de razonamiento constitucional pueden mejorar o estropear la calidad de la deliberación constitucional. No hay un solo acercamiento al contexto legal. Sin embargo, algunos enfoques hacen que el razonamiento constitucional sea más deliberativo que otros. En las culturas jurídicas que son resistentes a estas recomendaciones mínimas, las Cortes no serán foros deliberativos. Sin embargo, esta conclusión universalizada no debe darse por cierta demasiado rápido, como si todas las Cortes Constitucionales estuvieran bloqueadas dentro de la contexto legal <sup>64</sup>.

---

veen un conveniente resumen: «Debemos considerar una Corte sola, con múltiples jueces en un tiempo particular, tales como la Corte Suprema de Estados Unidos en 1922, o esta institución desde su creación a hoy como “la empresa”. Esta segunda entidad supone el cambio de personal; el análisis de esta entidad requiere articular no solo la obligación de los jueces que integran dicho órgano al mismo tiempo, sino también a los jueces que los precedieron o reemplazarán. Una tercera empresa podría ser el sistema federal judicial en un tiempo determinado. Una cuarta podría ser “el Derecho” o “el Derecho consuetudinario” en total. Esta empresa global aparentemente tiene un carácter algo diferente que la sola Corte a la cual atendemos» (KORNHAUSER y SAGER, 1993: 5). El significado central de funcionamiento deliberativo se refiere a la primera empresa (jueces que actúan recíprocamente entre ellos), mientras que el telón legal se relaciona con las tres remotas empresas.

<sup>64</sup> Una generalización que WALDRON, 2009a y 2009b, parece promover en su diagnóstico de la Corte Suprema de Estados Unidos de los hábitos de razonamiento.

## CAPÍTULO VIII

# LAS CIRCUNSTANCIAS POLÍTICAS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

«El espectro de un gobierno de jueces  
no refleja la realidad política»<sup>1</sup>.

### 1. INTRODUCCIÓN

Las Cortes Constitucionales no deciden en un vacío político. En la medida en que la legislación no se limita a los Parlamentos, tampoco lo hace la política<sup>2</sup>. Esta repetida obviedad, aunque no tan escuchada por los especialistas del Derecho, tiene implicaciones importantes. Como condición para la toma de decisiones inteligentes y efectivas, además de la supervivencia institucional en sí misma, las Cortes deben ser perceptivas y reactivas al clima político circundante<sup>3</sup>. El tercer capítulo identificó dos aspectos políticos del control de constitucionalidad: el carácter político de sus decisiones y el correspondiente voltaje político de los conflictos que enfrenta<sup>4</sup>. Mientras que el carac-

<sup>1</sup> VANBERG, 2005: 177.

<sup>2</sup> Como dice John FERREJOHN, los tribunales no son inmunes a las presiones «asociadas con el ejercicio del poder legislativo»: «Siempre que se formulen reglas generales y prospectivas puede haber desacuerdo [...]. La competencia entre estas ideas en competencia es intrínsecamente política en el sentido de que la elección de una regla o interpretación sobre otra debe ser justificable en cierto sentido para aquellos a quienes la regla afecta [...]. Las personas tienen un interés legítimo en la creación de Derecho, donde sea que ocurra» (FERREJOHN, 2002: 51-53).

<sup>3</sup> Esta es una premisa común en los estudios de la decisión judicial, una verdad empírica con la cual las teorías normativas aún necesitan llegar a un acuerdo. John FERREJOHN se hace eco de este punto de partida compartido: «Asumo que los tribunales tenderán a ejercer su autoridad dentro de las restricciones poligonales. Es decir, no adoptarán cursos de acción que conduzcan a reversiones regulares y repetidas u otras reacciones agudas de las ramas políticas» (FERREJOHN, 2002: 59).

<sup>4</sup> Hay varias formas en que la adjudicación constitucional se asocia con la política o se la considera «política». Primero, al crear Derecho y dar forma a los límites de lo político; segundo, cuando tiene discreción gracias al carácter delgado y maleable de los parámetros legales; tercero, siguiendo y reaccionando a la política partidista; cuarto, porque los jueces serían ideológicos y orientados a ciertas políticas, incluso si no son aliados partidistas; quinto,

ter político de sus decisiones plantea una cuestión de teoría política preocupada por la legitimidad moral, el voltaje político de sus conflictos apunta a un problema de sociología política y presenta desafíos de capacidad política concreta y legitimación factual.

El control de constitucionalidad aviva múltiples fuerzas sociales. Si bien se encuentran aisladas de la presión electoral, las Cortes no están completamente a salvo de la regla de las acciones y las reacciones en la política. Los enfoques teóricos del papel de las Cortes no deberían ser indiferentes a ese hecho, pues estas deben tener en cuenta en la modulación de sus decisiones las amenazas latentes de incumplimiento (o de cumplimiento parcial). Las Cortes tienden a trabajar, al menos una parte de su tiempo, bajo coacción política extrema y esta presión viene, en diferentes formas y tamaños, de fuentes esperadas e inesperadas.

Las historias explicativas para el espacio en expansión ocupado por las Cortes Constitucionales en los regímenes democráticos contemporáneos no pueden, por tanto, ser agotadas por el texto constitucional, las ideologías judiciales o por los métodos de interpretación, sino basarse en gran medida en las circunstancias que permitieron a cada Corte tomar nuevas atribuciones o frustrar sus ambiciones institucionales y obligarlas a retroceder<sup>5</sup>.

Los actores políticos no suelen percibir a una Corte Constitucional como un agente inofensivo<sup>6</sup>. Las Cortes pueden ser un aliado estratégico para ser cooptadas o, a veces, un obstáculo para ser expulsadas. La resistencia contra las decisiones judiciales no deseadas se presenta en varias formas, algunas de las cuales se encuentran fuera de los procedimientos y escenarios institucionales. Las Cortes Constitucionales pueden afrontar, en determinadas circunstancias, fuertes desafíos para la eficacia de sus decisiones. Una gestión exitosa de estos desafíos va más allá de la interpretación jurídica y depende, en buena medida, de la destreza política.

Una Corte Constitucional, por lo general, tiene una serie de instrumentos para llevar a cabo la política de control de constitucionalidad. No necesariamente equivale a una política partidista y tampoco debe ser visto como la confirmación de la solidez de las teorías que consideran al control de constitucionalidad como política por otros medios. Es más bien un programa de autoprotección y autoafirmación.

---

porque los jueces forman coaliciones dentro de la Corte y se comportan de manera estratégica en lugar de colegial; finalmente, porque el tribunal responde a circunstancias políticas externas, calcula su impacto y anticipa las reacciones. Quiero abordar el «carácter político» en este último sentido. El capítulo III aceptó los dos primeros sentidos. Un tribunal deliberativo, por razones desarrolladas en el curso del libro, se resiste a los otros tres.

<sup>5</sup> Existen varias hipótesis explicativas para el proceso de judicialización de la política que tuvo lugar en las últimas décadas. Véase, por ejemplo, SHAPIRO y STONE-SWEET, 2002.

<sup>6</sup> Esta es una declaración empírica que se obtiene, en diversos grados, en la mayoría de las democracias contemporáneas. Véase VANBERG, 2005.

La Corte, en cierta medida, debe apoyarse en sus propios instintos para anticipar los contragolpes y medir su capacidad para mantenerlos bajo control. Las limitaciones de la política comprenden un conjunto de decisiones no legales más o menos inevitables que la Corte debe tomar. Estas son opciones que se encuentran más allá de los límites del Derecho. Es el espacio para las consideraciones pragmáticas y consecuencialistas. El diseño institucional influye en la forma en que pueden surgir algunas de estas limitaciones políticas<sup>7</sup>, pero no se les puede domesticar en su totalidad. Estas limitaciones trascienden la disciplina formal y solo pueden ser captadas por una clase diferente de lente. Su intensidad y configuración exacta seguramente variarán de una Corte a otra y de un caso a otro<sup>8</sup>.

Este capítulo tiene tres secciones adicionales. El segundo enumera las cinco principales decisiones políticas a las que se enfrenta una Corte Constitucional. El tercero caracteriza lo que el aspecto político del control de constitucionalidad implica para la deliberación interna de la Corte. El cuarto plantea las nociones de prudencia y coraje como virtudes suplementarias que configuran la ética de la deliberación y ayudan a la Corte a manejar esas limitaciones políticas.

## 2. DIVISANDO ESTRATEGIAS POLÍTICAS

La idea de una Corte con una estrategia política debe ser elaborada con el máximo cuidado. El terreno es polémico y ha encendido debates teóricos sulfúricos. Las apuestas son altas y cualquier formulación vaga puede conducir fácilmente a la mala interpretación. Esto perjudicaría una tendencia ya bloqueada en la teoría normativa que se esfuerza por aceptar y proporcionar orientación a un hecho que ha sido ignorado o convertido casi en un tabú en algunos círculos de la investigación judicial.

Por tanto, lo que sigue es un listado de las principales decisiones estratégicas que las Cortes Constitucionales deben tomar. Estas decisiones se refieren al momento del juicio (que incluye la fijación de la agenda y la duración), el estilo de la decisión (que atraviesa las cuestiones de anchura, profundidad y tono), los diversos mensajes simbólicos detrás de decisiones individuales o plurales, el nivel de intrusión en las otras ramas y la desviación de la opinión pública. Estas son las

---

<sup>7</sup> Restringir la discreción procesal por diseño (por ejemplo, cuestiones relacionadas con el establecimiento de la agenda) puede ser útil para proteger al tribunal de una presión política poco manejable sobre cómo ejercer esa discreción. Sin embargo, puede ser imprudente privar a la Corte de al menos algunas de las cartas que les otorgan maniobra política para desempeñar, con mayor habilidad, el juego político. A veces, en cualquier caso, las prácticas de procedimiento informales pueden eludir las limitaciones formales.

<sup>8</sup> Las diferencias con respecto al diseño del tribunal, a la tradición jurídica bajo la cual opera y al contexto político tienen implicaciones obvias sobre cómo se materializarán las restricciones.

principales variables extralegales que componen esta caja negra residual de la decisión constitucional.

La política circundante añade ingredientes esotéricos a la deliberación de la Corte. Estos ingredientes se refieren a las pruebas de las circunstancias que forman parte de la deliberación de segundo orden, la cual fue explicada en el primer capítulo. Los epígrafes siguientes se basan en hipótesis empíricas que son ampliamente aceptadas por los estudios judiciales<sup>9</sup>. Se hacen eco de cierto sentido común sobre las correlaciones en el comportamiento político. Corresponde a las Cortes comprobar, en cada circunstancia, el mejor camino para el mantenimiento de sus propósitos políticos.

Una Corte Constitucional que desconoce o es demasiado inocente sobre tales restricciones puede llegar a ser vulnerable a los asaltos externos. Puede arriesgar una confrontación innecesaria y hundirse gradualmente. Si, por el contrario, pretende aprovechar al máximo su potencial deliberativo, no puede sino participar en ese juego. Esto no requiere comprometer la independencia y la imparcialidad de la justicia. Por el contrario, los preserva. Las decisiones que adopte una Corte respecto de estas variables reflejarán su perfil político<sup>10</sup>.

## 2.1. Calendario: agenda y duración

El juez Frankfurter había declarado una vez en la negación de un *certiorari* que «la decisión sabia tiene su propio tiempo para madurar»<sup>11</sup>. El juez Brandeis, a su vez, acuñó otro famoso referente sobre el control de constitucionalidad: «Lo más importante que hacemos es no hacer»<sup>12</sup>. Más que avanzar en una filosofía de autocontención, discernieron sobre una variable no legal fundamental de la decisión constitucional que ha sido ampliamente examinada por la teoría constitucional. Ambos aforismos inspiraron, y hasta cierto punto resumieron, gran parte de las conocidas afirmaciones prudenciales de Bickel sobre el Derecho constitucional. Para Bickel, el mandato de *certiorari* fue una de las principales oportunidades para el ejercicio de las «virtudes pasivas».

<sup>9</sup> Véase SHAPIRO y STONE-SWEET, 2002.

<sup>10</sup> La Corte Suprema de la era Lochner, a diferencia de la época del New Deal, por ejemplo, cambió de postura política en lugar de meramente la hermenéutica. Me llama la atención lo que John FERREJOHN y Pasqual PASQUINO llaman «consideraciones institucionales»: «Debido a que su deseo de autoridad expansiva entra en conflicto con los intereses de los funcionarios políticos capaces de disminuir la autoridad judicial, su búsqueda debe (en cualquier sistema político) atemperarse por consideraciones institucionales. Como el primer conflicto (ideológico), el conflicto institucional es político en el sentido de que está arraigado en los deseos de mantener o aumentar la autoridad y no está necesariamente conectado a las normas de la legalidad en sí» (FERREJOHN y PASQUINO, 2003: 258).

<sup>11</sup> *Maryland v. Baltimore Radio Show*, 338 U.S. 912 (1950). El pasaje más largo: «Un caso puede plantear una pregunta importante, pero el registro puede estar nublado. Puede ser conveniente tener diferentes aspectos de un tema en los que los tribunales inferiores iluminen aún más. Una adjudicación sensata tiene su propio tiempo para madurar».

<sup>12</sup> BICKEL, 1962: 71.

El sentido de la oportunidad judicial que incitan las anteriores referencias se manifiesta en dos momentos. La Corte se pregunta cuándo debe comenzar la deliberación, incorporando un caso a su agenda y programando los actos procesales subsiguientes, además de cuándo deben cesar para tomar una decisión. Es cierto que estas variables pueden ser resueltas por diseño o acuerdo previamente; la jurisdicción obligatoria y un plazo para decidir pueden restringir o incluso abolir tal discreción<sup>13</sup>. Sin embargo, para las innumerables Cortes Constitucionales que tienen tanto un poder discrecional en la fijación de su agenda como un buen margen procesal para posponer o acelerar la adopción de la decisión, siguen siendo dispositivos fundamentales para calibrar la complejidad del expediente<sup>14</sup>. Un criterio predeterminado de equidad temporal «primer llegado, primer servido» no siempre puede ser adecuado para resolver los casos, atender su urgencia o su susceptibilidad política<sup>15</sup>.

Una buena institución deliberativa es aquella que responde en tiempo adecuado, no demasiado pronto ni demasiado tarde. Tiene un sentido de prioridad entre los casos. A veces es mejor responder con prontitud que buscar la mejor respuesta indefinidamente. Es, por tanto, sensible a la duración del caso de dos maneras: *i*) reconoce cuando la deliberación ya no funciona y se ha atrincherado en un punto muerto que no permite una mayor persuasión o de intercambio de razones; *ii*) acepta que, incluso cuando hay hipotéticamente más espacio para la transformación de preferencias o para el refinamiento de argumentos, la urgencia o los costos de la demora pueden superar el

<sup>13</sup> El Consejo Constitucional francés, por ejemplo, no puede jugar discrecionalmente con la variable temporal. Debido a que revisa un proyecto de ley antes de que se promulgue, tiene que actuar rápidamente en medio de una situación políticamente acalorada. En tal escenario, hay una coincidencia temporal entre el proyecto de ley que se controlará y la legislatura que lo elaboró. Véase FERREJOHN y PASQUINO, 2002: 32. No puede beneficiarse de la disonancia temporal, como sucede con la Corte Suprema de Estados Unidos y la mayoría de los tribunales latinoamericanos y europeos.

<sup>14</sup> El auto de *certiorari* de la Corte Suprema de Estados Unidos es un ejemplo. Las razones para otorgar *certiorari* pueden ser técnicas y, a veces, prudenciales. Véase GINSBURG, 1995: 2123. Para una visión más amplia de estas consideraciones véase la opinión de STEVENS en *Singleton v. Commissioner*, 439 U.S. 940 (1978). Las Cortes Constitucionales a veces idean instrumentos para mantener el debate en la agenda pública durante mucho tiempo, permitiendo que otros actores hablen mientras permanece la corte en silencio y luego publicando la decisión en porciones graduales. El Supremo Tribunal Federal de Brasil, por ejemplo, ha desarrollado una mezcla compleja de alternativas para alargar la duración de un caso: puede tomar una decisión «preliminar» y posponer la decisión «definitiva» durante años, puede suspender la sesión de juicio, a petición de un juez individual, después de que varios jueces hayan manifestado públicamente sus opiniones, y vuelve al caso meses o años después. Mientras tanto, el debate público alterna momentos de ruido y quietud.

<sup>15</sup> Linda GREENHOUSE conecta este sentido del tiempo con la etapa de conversación: «A veces llega un caso bastante temprano, a veces incluso demasiado temprano, en ese diálogo y, a veces, como ocurre con la acción afirmativa, llega cuando parece que no queda nada por decir». Ella señala el tiempo como una variable relevante para la deliberación: «Los jueces llegaron a la conclusión de que había llegado el momento en que ya no podían permanecer en silencio, incluso si no estaba claro en ese momento lo que finalmente dirían» (GREENHOUSE, 2005: 7-8).

potencial beneficio de una mayor deliberación. La deliberación está, entre otras cosas, al servicio de las mejores decisiones (en las diversas dimensiones esbozadas anteriormente). A veces, sin embargo, la urgencia no permite una exploración completa de los potenciales de la deliberación. La investigación sobre si la deliberación es viable, productiva y si además existe el tiempo y la búsqueda de su cantidad óptima son responsabilidades primarias.

El tiempo y la energía son recursos políticos escasos que deben asignarse de manera responsable. A la luz de la escasez es necesario fijar prioridades. Un sentido de oportunidad puede ayudar a una Corte Constitucional a decidir cuándo entrar o salir. Algunas veces, menos deliberación puede ser mejor. Una Corte deliberativa es oportuna al comprender el momento apropiado para sus decisiones. Es, en otras palabras, temporalmente estratégica para manejar sus dinámicas políticas<sup>16</sup>. El momento del caso es uno de los determinantes de las diversas repercusiones provocadas por una decisión judicial. Algunas ocasiones pueden ser mejores que otras para decidir. Siempre que exista discreción a este respecto, una Corte deliberativa debe manejarlo mediante un cálculo político prudente. Decidir para decidir es una primera decisión delicada de deliberación de segundo orden.

## 2.2. Dimensión, profundidad y tono

Una vez que una Corte Constitucional ha resuelto los dilemas ocasionales de la agenda y el tiempo de la decisión, todavía tiene que reflexionar sobre cómo comunicar sus decisiones. Parte de ello consiste en delinear su dimensión, profundidad y tono. Estas son opciones que, de nuevo, están marcadas por la resonancia política<sup>17</sup>. La amplitud y la profundidad son términos forjados por Sunstein para presentar su teoría minimalista del control de constitucionalidad. La amplitud opera en una escala horizontal y dirige la variedad de casos futuros sobre los cuales el caso en cuestión será un precedente. La profundidad, a su vez, se encuentra en una escala vertical y se refiere al nivel de la abstracción de los fundamentos de la decisión. Esta puede depender de grandes principios o de razones minuciosas específicas de cada caso<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Joseph Weiler señaló esta característica de la Corte Constitucional alemana: «No es más relevante que el Conseil Constitutionnel, la Corte Constitucional italiana o el Tribunal Supremo del Reino Unido, pero tiene una extraña habilidad para cronometrar y comunicar sus decisiones. Ladra sin morder» (intervención oral en un Fellows Forum con Dieter Grimm, New York University Law School, noviembre de 2009).

<sup>17</sup> Después de «decidir», la Corte debe equilibrar los términos de la decisión. Linda GREENHOUSE arroja luz sobre esta elección con lo que ella denomina «camino analítico»: «La Corte había llegado a la conclusión de que era hora de enfrentar Bowers y desmantelarlo [...]. La única pregunta era qué tan ampliamente decidiría la Corte y qué camino analítico tomaría» (GREENHOUSE, 2005: 9).

<sup>18</sup> He explorado la teoría de SUNSTEIN en otra parte. Véase MENDES, 2009b: 204-209.

El minimalismo judicial es la práctica de no decir más de lo necesario para justificar un resultado y de dejar en indecisión a la mayoría de las otras cosas discutibles<sup>19</sup>. Para usar la jerga de Sunstein, el minimalismo judicial elogia las decisiones más estrechas que profundas. Estas decisiones facilitan así la producción de «acuerdos incompletamente teorizados»<sup>20</sup> que permiten a los jueces que no están de acuerdo en relación con el contenido de los principios acordar sobre los resultados. Además de ser una técnica para reducir los desacuerdos, estimularía también, para Sunstein, la deliberación pública mediante el «uso constructivo del silencio»<sup>21</sup>.

Hay más en la decisión constitucional que la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad. Las numerosas maneras sutiles de practicar tal poder pueden ser rigurosamente disciplinadas por el Derecho. Sunstein articula las categorías de dimensión y profundidad con base en las cuales aboga por una postura judicial específica. Sin comprometerme con el minimalismo, tomé estas categorías formales para iluminar otra variable sobre la cual la Corte debe trabajar. Una Corte deliberativa no necesita estar tan segura como Sunstein sobre los efectos putativos del silencio. En lugar de abarcar totalmente el minimalismo, la Corte puede considerar que algunas circunstancias requieren maximalismo. Una Corte puede no presumir, como Sunstein, la superioridad por defecto de uno sobre el otro. La cuestión de si se decidirá de forma minimalista o maximalista, o el dilema entre ser un solucionador de problemas para el presente o un cuerpo creador de Derecho que crea patrones regulativos amplios para el futuro<sup>22</sup>, son temas para discutirse caso por caso. Los alcances verticales y horizontales de los efectos normativos de la decisión de la Corte dependerán de tal elección.

Junto con la dimensión y la profundidad, el tono decisional no es un factor estratégico despreciable para las externas intenciones deliberativas de las Cortes Constitucionales. Los jueces pueden converger en el grado de dimensión y profundidad, incluso pueden compartir los conceptos y principios jurídicos que afectan la controversia. Es políticamente sensato, sin embargo, elegir las palabras correctas para expresar o calificar lo que quieren transmitir. Decidir hablar en voz alta o hablar suavemente implica un juicio político agudo<sup>23</sup>. La posibilidad de reso-

<sup>19</sup> SUNSTEIN, 2001: 3.

<sup>20</sup> SUNSTEIN, 1994.

<sup>21</sup> Estudiar lo que dicen los jueces es, por tanto, tan importante como darse cuenta de lo que no dicen. Cass SUNSTEIN destaca los posibles propósitos del silencio: «Los jueces a menudo usan el silencio por razones pragmáticas, estratégicas y democráticas» (SUNSTEIN, 2001: 5).

<sup>22</sup> Amy GUTMANN hace eco de esta distinción clásica entre la legislación como una norma amplia, general, que lo abarca todo, y la decisión judicial como una norma limitada, encadenada (GUTMANN, 2006: X). Tal distinción también es importante para el constitucionalismo del *common law*. Véase VERMEULE, 2006b.

<sup>23</sup> Esta es la virtud que Jeffrey TOOBIN destaca sobre el traficante del juez Stevens para escribir una cuidadosa opinión mayoritaria en *Rasul v. Bush* [542 US 466 (2004)], «que fue es-

nancia vocal de sus decisiones y los mensajes más o menos explícitos enviados por medio de *obiter dicta* es otra variable a ser administrada.

Esto implica, en otras palabras, al aspecto retórico del control de constitucionalidad. La reputación de la retórica no ha sido seguramente estable ni lineal a lo largo de la historia de la filosofía política. La retórica, por ejemplo, estaría en desacuerdo con la deliberación<sup>24</sup>. Sería útil para engañar, desorientar y manipular a la audiencia apelar a la pasión a expensas del compromiso racional.

Como señala Chambers, un cierto tipo de retórica es, de hecho, una amenaza para la deliberación y para la democracia misma. Este tipo de retórica está dirigida exclusivamente a conseguir la lealtad del oyente, cualesquiera que sean los medios y motivaciones para este objetivo específico. En su opinión, este tipo de retórica plebiscitaria contrasta con la deliberativa, que pone las emociones al servicio de la franca argumentación<sup>25</sup>.

La retórica, como la forma en que un argumento se comunica en paralelo con su contenido, es obviamente inherente a cualquier interacción comunicativa, y la deliberación no puede ser esterilizada en su contra<sup>26</sup>. Incluso el sonido seco y experto que el discurso jurídico toma en algunas áreas del Derecho o de algunas tradiciones o razonamientos legales no puede ser visto como antirretórico, sino como un modo retórico particular y no necesariamente ilegítimo. El lenguaje constitucional, por lo general, tiende a ser mucho menos hospitalario a tal modo. Young advirtió que el discurso desapasionado imita la neutralidad y excluye las voces que no están preparadas para hablar con el mismo tono<sup>27</sup>. Su reclamo tiene un peso especial en el ámbito del control de constitucionalidad.

Una decisión escrita deliberativa, como se indicó en los capítulos IV y V, tiene el compromiso de responder a las reclamaciones razonables que se dirigen a la Corte. El tono de esta respuesta, sin embargo, trae un inevitable ingrediente político. Este es un área de gran discreción poco controlable por el diseño institucional<sup>28</sup>. La Corte bá-

---

crita en un tono especialmente discreto, en notable contraste con la rimbombante retórica que acompañó a la guerra contra el terror» (TOOBIN, 2010: 45).

<sup>24</sup> La retórica es un tema controvertido en la teoría deliberativa contemporánea y clásica. Su tensión ocasional con deliberación está bien mapeada por CHAMBERS, 2009; DRYZEK, 2010, y FONTANA *et al.* (eds.), 2004.

<sup>25</sup> La retórica plebiscitaria estaría «enfocada estratégicamente en obtener los números», mientras que la retórica deliberativa se enfocaría en «involucrar, persuadir e informar a los ciudadanos». Véase CHAMBERS, 2009: 341.

<sup>26</sup> Iris YOUNG entiende lo siguiente: «Comprender el papel de la retórica en la comunicación política es importante precisamente porque el significado de un discurso, su funcionamiento pragmático en una situación de interacción comunicativa, depende tanto de su retórica como de sus aspectos asertivos» (YOUNG, 2000: 65).

<sup>27</sup> «Lo que tal privilegio define como una expresión neutral, universal y desapasionada, en realidad lleva los matices retóricos de las posiciones y relaciones sociales situadas en particular» (*ibid.*: 63).

<sup>28</sup> Se podría decir, sin embargo, que algunas tradiciones judiciales tienen estilos de es-

sicamente tiene que elegir entre las varias maneras de expresar la respuesta que considera correcta. El papel de la deliberación, por tanto, no termina cuando se toma una decisión. La elección de la manera más sabia de hablar con el público externo es un remanente abrumador.

Si una Corte tiene un papel deliberativo en el debate público, debe tener una estrategia de comunicación pública. Una parte de esta estrategia se relaciona con la dimensión, la profundidad y el tono: la Corte modula el alcance del precedente que produce, gradúa la abstracción de sus razones y afina su retórica. Existen circunstancias que invitan a formulaciones más o menos vocales. Los participantes con una inclinación por las narrativas mesiánicas no siempre son bienvenidos, ya que no siempre son útiles para cumplir con su mandato constitucional. En algunos contextos, los estilos heroicos pueden ser contraproducentes y perjudiciales<sup>29</sup>.

### 2.3. Grado de cohesión

Los formatos *per curiam* o *seriatim* no son indicadores definitivos e indudables del compromiso colegial. Este criterio formal, como se afirmó en los capítulos IV y V, no comprende la calidad deliberativa de la decisión escrita y mucho menos de las fases precedentes. Sin embargo, existe algo más en juego. Siempre que la discrecionalidad del formato escrito específico no esté predispuesta por las normas institucionales, una Corte Constitucional puede tener la oportunidad de profundizar en diversas consideraciones antes de seleccionar el grado de cohesión que será formalmente documentado y presentado al público<sup>30</sup>. Las decisiones unánimes, por un lado, y las opiniones mayoritarias con concurrencias y disensiones, por el otro, tienen múltiples simbolismos y pueden explorarse de acuerdo con las circunstancias peculiares.

Por un lado, la manifestación de la institucionalidad orgánica por medio de una sola opinión favorece la seguridad jurídica como una propiedad formal del Estado de Derecho. Pero más allá de esta razón de voluntad, esta formación tiende a obtener mayor fuerza política, ya que denota autoconfianza en la interpretación del Derecho y puede ge-

---

critura tan arraigados como el telegráfico francés, pero esa discreción simplemente se evapora. Tal restricción, sin embargo, está establecida por un canon cultural, no por diseño.

<sup>29</sup> Sobre cómo la Corte Constitucional colombiana, por ejemplo, a pesar del intenso activismo contra los poderes presidenciales de emergencia, no desarrolló una doctrina consistente y ha sido estratégicamente ambigua véase UPRIMNY, 2003: 65. Sobre cómo la Corte Constitucional de Sudáfrica desarrolló estándares doctrinales sensibles al contexto, a fin de dejar la discreción para casos futuros y reducir el riesgo de incoherencia véase ROUX, 2009: 133.

<sup>30</sup> Este epígrafe, al igual que el anterior, se refiere a la decisión escrita. En la medida en que las variaciones de ancho y profundidad también pueden usarse como una forma de reducir el desacuerdo y alcanzar una mayoría o unidad viable (es decir, para dar forma al tipo de cohesión), ambos epígrafes están interrelacionados.

nerar una mayor deferencia hacia la Corte. La mera suma de individualidades generalmente no alcanza ese estándar, pues las Cortes pueden mantener el desacuerdo interno por razones estratégicas<sup>31</sup>. La imagen de neutralidad ofrecida por una sola opinión se percibe a veces como un valor en sí mismo.<sup>32</sup> Además, también puede ser un arma más resistente para ser utilizada como estrategia de supervivencia ante la probable resistencia externa<sup>33</sup>.

La fragmentación y la atonicidad, a su vez, develan la resiliencia del acuerdo interno. Pueden estimular más debate y develar el grado de incertidumbre que aún rodea el caso<sup>34</sup>. Este formato implica no solo a los jueces que salvan o aclaran su voto, sino también a los interlocutores que están en desacuerdo con la decisión. La Corte envía el claro mensaje de que la mayoría de los jueces pueden estar errados. El consenso artificial, por tanto, no es siempre ventajoso para la Corte<sup>35</sup>. Por medio de la exposición pública del desacuerdo, la Corte hace eco a

<sup>31</sup> Esta táctica había sido ampliamente utilizada, por ejemplo, por la Corte Suprema de Estados Unidos, especialmente durante las Cortes Marshall y Warren. Véase FERREJOHN, 2008: 209. En los últimos treinta años, ese tribunal tomó el camino opuesto, pero, como lo acordaron ampliamente los comentaristas, ha llegado demasiado lejos: «¿Es bueno para la Corte Suprema de Estados Unidos demostrar que las políticas establecidas en *Roe v. Wade* y los casos posteriores permanecen abiertas a graves dudas constitucionales y, aún más, siguen siendo vulnerables a medida que cambia la composición de la Corte?» (FERREJOHN y PASQUINO, 2004: 1698). Otros ejemplos involucran a la Corte alemana, que solo comenzó a aceptar las opciones de diseminación en 1969 de una manera muy controlada. Las experiencias alemanas e italianas confirman la idea de que los nuevos tribunales «no pueden permitirse, o no creen que puedan permitirse, presentar una imagen pública de discordia» (*ibid.*: 1698).

<sup>32</sup> Un buen ejemplo de búsqueda de consenso por el valor de la neutralidad es el caso en que la mayoría de la Corte italiana se enfrentó a una minoría muy flexible y se sintió obligada a conceder. Según John FERREJOHN y Pasquale PASQUINO: «Soto evita la división interna de la Corte, la mayoría aceptó una posición de reserva mucho más débil en lo que concierne a las divisiones internas en la Corte y permite que se presuma que un árbitro neutral entre los contendientes políticos [...]. Entonces otra vez hay razones para creer que Zagrebelsky realmente piensa que la neutralidad es un valor en sí mismo, no simplemente una estrategia de supervivencia en los periodos de transición, y que la neutralidad necesariamente implica un compromiso y no un mero acceso a decisiones mayoritarias» (FERREJOHN y PASQUINO, 2004: 1693, nota 98).

<sup>33</sup> La serie de opiniones únicas de la Corte de Warren en los casos de desegregación dan un ejemplo único y apropiado de la dimensión política de las decisiones unánimes. La Corte antes de Warren temía derrocar a *Plessy v. Ferguson* por una mayoría cercana. El supuesto logro de Warren fue restablecer la colegialidad y tomar una decisión unánime en un tribunal entrenado. Según Phillip COOPER y Howard BALL: «Earl Warren llegó a la Corte en octubre de 1953 frente a un grupo de jueces dividido y no colegiado. En el transcurso de los próximos siete meses, bajo el astuto liderazgo de Warren, el Tribunal pasó de una división de cuatro a cuatro a una decisión unánime en *BROWN*» (COOPER y BALL, 1997: 202). Karl ZOBELL respalda el mismo reclamo: «El impacto de la decisión fue en gran medida debido a la unanimidad con la que se anunció» (ZOBELL, 1958: 206).

<sup>34</sup> Los abogados continentales, según Neil MACCORMICK, tienden a preferir mantener el «fracaso en la relativa certidumbre del Derecho» en lugar de revelar su relativa incertidumbre. Subrayó la ventaja de una opinión *seriatim*: «Se sigue de la práctica de permitir que cada juez exprese públicamente su propia opinión, que los jueces en efecto entren en discusión pública entre ellos» (MACCORMICK, 1978: 10).

<sup>35</sup> Ian SHAPIRO insinúa la ocasional desventaja del consenso: «La deliberación no tiene que conducir a un acuerdo, y cuando lo hace puede no ser ventajoso» (SHAPIRO, 2002: 199).

otras voces que podrían sentirse ignoradas por una sola opinión<sup>36</sup>. La demostración escrita del esfuerzo deliberativo puede superar el valor de una sola opinión. El riesgo, sin embargo, es cuando la línea fina, como sostiene Greenhouse, comienza a ser percibida como una «institución encerrada e inmortal donde los números, en lugar de la fuerza de la argumentación, controlan el resultado»<sup>37</sup>.

Esto es, en términos toscos, la solución política intermedia. En algunas circunstancias podría ser mejor decidir con una sola voz (a costa de silenciar disidencias y restringirse a un denominador común por debajo de lo que sería alcanzable por la mayoría). En otros casos, el pronunciamiento de múltiples voces puede entronizar la deliberación externa. Suponiendo que la energía deliberativa de primer orden fuese drenada sin acuerdo, hay razones de segundo orden o de tipo político para que se adopte una opinión *per curia* o *seriatim*. Una Corte deliberativa puede usar esta variable conscientemente. Entre la unidad y los diversos niveles de pluralidad, la Corte elige el grado de cohesión políticamente adecuado<sup>38</sup>.

La tensión entre una imagen pública de concordia o discordia es, como lo llamó MacCormick, una «cuestión técnico-legal-política»<sup>39</sup>. La unidad, por un lado, favorece la estabilidad propia del Estado de Derecho. A su vez, en el ámbito del control de constitucionalidad, revitaliza a la Corte y la protege mejor de la presión política<sup>40</sup>. La pluralidad también puede analizarse por medio de estos dos prismas: desde un punto de vista de principios, da un reconocimiento oficial más fuerte de la plausibilidad de las posiciones derrotadas y estimula nuevas rondas de deliberación pública, pero incurre en el costo de dejar la inestabilidad; desde una perspectiva pragmática, las disidencias pueden animar a los interlocutores que fueron vencidos a persistir, por medio de nuevos casos, en su esfuerzo de persuasión<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> Los tribunales consensuales, como el italiano, se ven privados de dicha tarjeta política y no pueden equilibrar a ambas partes.

<sup>37</sup> Para muchos analistas, este es el estado actual de la Corte Suprema de Estados Unidos. Para Linda GREENHOUSE, la creciente frecuencia de «acciones de clase» puede dar esta impresión perjudicial (GREENHOUSE, 1995: 1551).

<sup>38</sup> Por ejemplo, en la actualidad existe un alto grado de ansiedad entre los académicos constitucionales estadounidenses sobre una eventual decisión de la Corte Suprema que anule la reforma de salud por una mayoría cercana. Barry FRIEDMAN declaró: «Por el bien de la República es mejor si no es de 5 a 4» (citado por LIPTAK, 2011). La alineación de los partidos en la Corte Suprema de Estados Unidos se ha vuelto más predecible que nunca después de las decisiones de *Bush v. Gore* (2000) y *Citizens United* (2010). Una nueva decisión dividida —se sostiene— dañaría aún más la legitimidad de la Corte.

<sup>39</sup> MACCORMICK, 1978: 10.

<sup>40</sup> Como afirma Learned HAND: «La desunión cancela el impacto de la solidaridad monolítica de la que depende en gran medida la autoridad de un tribunal» (HAND: 1964). Jerome FRANK también destaca que «los desacuerdos y las concurrencias deben salvarse para asuntos importantes si la Corte no parece indecisa y pendenciera, ya que la apariencia de indecisión y disputa agotan la energía de la institución, dejándola en una condición debilitada en aquellos momentos en los que el llamado al liderazgo público es mayor» (citado por GINSBURG, 1992b: 201).

<sup>41</sup> Las opiniones disidentes, en este sentido, pueden desempeñar un sabio papel polí-

También pueden sentirse alentados a reaccionar en formas menos institucionales<sup>42</sup>.

## 2.4. Cooperación de poderes

No solo una Corte Constitucional puede evitar, retrasar o asumir ciertas cuestiones mediante su poder de fijación de la agenda; aliviar o intensificar las repercusiones retóricas de sus decisiones mediante su libertad de redactarlas, y mostrarse como un cuerpo orgánico o dividido comunicándose, respectivamente, mediante decisiones individuales o plurales. También puede, en términos más sustantivos, en última instancia, retroceder en decisiones demasiado intrusivas o, a la inversa, interferir y colisionar con las posiciones de los actores externos. En los tres epígrafes anteriores se describen variables formales que pueden ser dosificadas políticamente. La medida de tal dosis puede ser calculada de acuerdo con cómo una Corte anticipa las reacciones de los dos principales vectores de las fuerzas políticas: las otras ramas del gobierno y la opinión pública. Comienzo con el primero.

La «*cooperación de poderes*» es una expresión de Barry Friedman que intenta asimilar la complejidad política en la manera en que interactúan las ramas del poder público. «*Cooperación*» no sugiere ingenuamente la ausencia de conflicto y discierne aspectos inevitablemente interdependientes de la separación de poderes. La tendencia a concebir este arreglo como una pura lucha adversarial o una competencia por la supremacía y la última palabra ha ofuscado la forma en que las políticas públicas realmente surgen. La Corte carece de poder para ejecutar sus decisiones y necesita la acción conjunta de las otras ramas para que esas decisiones sean efectivas. La cooperación entre diferentes ramas combina decisiones y no decisiones, actos y omisiones, sístoles y diástoles. Funciona sobre la base de acomodaciones prudenciales de la interpretación legal, de la política y de los principios. Como una puerta con muchas cerraduras, en palabras de Friedman, cada rama no puede tener todas las llaves<sup>43</sup>.

«*Deliberación de poderes*», como se muestra en el capítulo anterior, transmite el ideal de impregnar esa interacción continua por razones.

---

tico al permitir que la decisión del tribunal cumpla con las mayorías existentes, pero al enviar un mensaje sobre la dirección que el tribunal puede seguir en el futuro cercano. La decisión del tribunal puede leerse, en otras palabras, como un compromiso por el momento, pero convocando la movilización pública para finalmente realizar un cambio más profundo en un caso posterior.

<sup>42</sup> Véase FERREJOHN y PASQUINO, 2004: 1699.

<sup>43</sup> Según Barry FRIEDMAN: «La separación de poderes —y otras limitaciones estructurales— también puede considerarse como una “cooperación de poderes”. Cada rama o unidad gubernamental tiene un papel especial que desempeñar, pero los objetivos no pueden avanzar a menos que las ramas trabajen juntas en cierta medida. Imagínese una puerta asegurada con varias miradas, la llave de cada uno en las manos de los demás. Si la puerta debe ser desbloqueada, los poseedores de llaves deben llegar a un acuerdo para hacerlo» (FRIEDMAN, 1992: 772).

Sin embargo, no muestra el cuadro completo. Se complementa con una disputa intrincada que, a pesar del conflicto, debe llegar a productos conjuntos. Esto no se hace sin la negociación mutua y el compromiso. La lógica interior del aparato de «pesos y contrapesos» difícilmente puede ser capturada por un plano abstracto, dispuesto de antemano. Las líneas entre cada rama se vuelven a dibujar constantemente. En lugar de confiar en las barreras normativas previstas por un documento jurídico, su mecanismo de limitación es concreto y existencial: las ramas se enfrentan entre sí para demarcar su espacio propio. Los enfrentamientos y ajustes entre instituciones, no la simple obediencia a las reglas escritas, describen mejor dicho proceso. Esa es una concepción convencional clásicamente formulada por Madison y reiterada desde entonces.

Por tanto, una Corte Constitucional necesita saber, y, por lo general, sabe, que no puede ir donde quiera que el texto constitucional la conduzca. Los límites del control de constitucionalidad fluctúan con los vientos de la política. Sin la colaboración de las otras ramas, la Corte se vuelve impotente. El recurso al texto constitucional será inútil cuando otras fuerzas políticas sean suficientemente robustas para no cumplir.

## 2.5. Opinión pública

Una postura algo similar se aplica a la opinión pública. En realidad, la opinión pública no es solo una limitación política, sino que también se relaciona con la decisión constitucional de otras formas. Las teorías de la decisión constitucional han ofrecido pautas sobre cómo procesar la opinión pública como una cuestión de principio más que de política. Algunos entienden que la Corte tiene el deber de interpretar la Constitución de acuerdo con el estado en evolución de la opinión pública<sup>44</sup>. En el lado opuesto, otros han argumentado que la opinión pública debe ser ignorada para que los derechos y la estructura constitucional no se pongan en riesgo. La idea misma de una Corte como bastión de derechos se basa en su capacidad para aislarse de tales fuerzas<sup>45</sup>. Si la Corte fuese siempre e inevitablemente un rehén o un subordinado de la opinión pública, el control de constitucional carecería de sentido.

Junto con esa polémica dimensión de principios, de nuevo la política se arrastra inadvertidamente. La opinión pública puede ser, al menos a veces, una pesada carga sobre la autonomía de la Corte Constitucional para decidir. Las evidencias empíricas en los estudios

<sup>44</sup> Véase, por ejemplo, *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958), una decisión histórica para determinar la evolución del sentido de «castigo cruel e inusual» en la Constitución de Estados Unidos. *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), es un caso más reciente. Las teorías de la «constitución viva» a veces aceptan que la opinión pública es en sí misma un determinante legítimo de cómo evolucionan las interpretaciones constitucionales.

<sup>45</sup> MARSHALL, 2008: 13-14.

políticos comparados apoyan en gran medida esta idea <sup>46</sup>. Tener un radar de la opinión pública, por tanto, ayuda a la Corte a definir qué direcciones puede seguir, sin compensar decisiones impopulares con otras que sí lo sean puede ser un obstáculo para la eficacia de las decisiones de la Corte <sup>47</sup>.

Las conexiones empíricas entre la opinión pública y las decisiones constitucionales pueden visualizarse de una manera bidireccional <sup>48</sup>. En primer lugar, se puede estudiar cómo estas afectan a la primera. Desde esta perspectiva, la opinión pública en realidad puede permanecer indiferente a cambiar, a favor o en contra, la decisión de la Corte <sup>49</sup>. La opinión pública como una restricción política, sin embargo, se relaciona con la dirección causal inversa. No se refiere al efecto real de una decisión ya adoptada sobre la opinión pública a partir de entonces, sino a cómo afectan las tendencias de la opinión predecisional a la decisión judicial. Determinar cuándo una decisión debe apartarse de la opinión pública actual, estimar el impacto que va a promover y la capacidad de la Corte para hacer frente a ese impacto son factores propios del cálculo político en juego <sup>50</sup>.

Así, la opinión pública, tanto en su estado previo a la decisión como en la forma en que la Corte predice que reaccionará ante una decisión, no es algo que se pueda ignorar <sup>51</sup>. No se trata solo de un dato empírico proporcionado por la ciencia política: una fuerza política cruda que puede debilitar la credibilidad de la Corte. Es también un dato que se procesa y responde de manera argumentativa. Una Corte deliberativa no se aferra a la opinión pública sin comprometerse con ella y determinar si las decisiones futuras pueden profundizar un poco más en la misma línea de acción. La observación de estas señales es lo

<sup>46</sup> FRIEDMAN, 2010; VANBERG, 2005, y ROUX, 2009.

<sup>47</sup> Históricamente, por ejemplo, la Corte Suprema de Estados Unidos rara vez ha sido «sorda al estado de ánimo del público». Como cuestión de hecho, la Corte nunca se ha alejado demasiado de ella. Muy a menudo se mantiene en sintonía (incluso si está en contra del Parlamento). Esta práctica ha sido rigurosamente seguida por el Tribunal de Roberts. Es por eso que el contenido y el mal momento de *Citizens United v. FEC* [130 S.Ct. 876 (2010)] fueron, para muchos, aún más sorprendentes. Véase FRIEDMAN y LITHWICK, 2010.

<sup>48</sup> La literatura sobre la relación entre la Corte Suprema de Estados Unidos y la opinión pública es amplia. Véanse MARSHALL, 1989 y 2008; PERSILY, 2008, y FRIEDMAN, 2010.

<sup>49</sup> Esta es, para Nathaniel PERSILY, la «hipótesis nula», cuando a la opinión pública simplemente no le importa; la «hipótesis de legitimación», cuando la opinión pública se ajusta y se alinea con la decisión del tribunal, y la «hipótesis de retroceso», cuando la decisión judicial genera una reacción contraria (PERSILY, 2008: 9-12), como la reacción antihomosexual temporal en la cara de Lawrence Texas [539 U.S. 558 (2003)].

<sup>50</sup> Este cálculo político ciertamente no es elemental y directo. Las variables básicas que deben considerarse cuando se categoriza la opinión pública son el tipo de caso en cuestión (que podría variar entre casos destacados y no destacados), el tipo de soporte (que variará entre el endoso difuso a la institución y el apoyo específico a la caso) y el lapso de tiempo (corto y largo plazo). Las instituciones construyen capital político difuso a largo plazo y lo gestionan en decisiones específicas más o menos populares. Su rango de acción no se da en bloque, varía de un tema a otro de acuerdo con las particularidades del conflicto. Véanse FRIEDMAN, 2010, y MARSHALL, 1989.

<sup>51</sup> Véanse ROUX, 2009, y VANBERG, 2005.

que permite a la Corte desplegar la mayor parte de su poder argumentativo y político. Una Corte deliberativa debe ser políticamente sensible precisamente porque es consciente de que la deliberación, en circunstancias no ideales, es un esfuerzo arriesgado.

### 3. SOBRE LOS LÍMITES POLÍTICOS: INSTINTO POLÍTICO ESOTÉRICO

La política se esconde en la puerta trasera de las decisiones de las Cortes Constitucionales. Esto no es excusa para la ausencia de compromiso colegial, sino un recordatorio de que algunas consideraciones compiten con la práctica de la deliberación puramente exotérica. Esto exige analizar las circunstancias. He indicado más arriba cinco casos en los que surge un dilema extralegal. Una Corte deliberativa tiene que ser consciente de sus limitaciones por el bien de la eficacia de sus decisiones. Una «zancada enorme», como Ginsburg reconoció, puede dar lugar a «una reacción violenta demasiado contundente para contener»<sup>52</sup>. Las Cortes miden su poder, perciben cuándo han ido demasiado lejos, cuándo sus grandes decisiones fueron contraproducentes, cuándo la toma de riesgos vale la pena o es inútil. Las Cortes, además, son perceptivas a cuándo hay un espacio vacío para ser ocupado o una oportunidad política para avanzar; detectan y administran las reglas no declaradas de la política. En las palabras de Ferejohn, las Cortes Constitucionales «necesitan cuidarse frente al peso político de su función»<sup>53</sup>.

Las decisiones constitucionales promueven el impacto polémico, pueden hacer frente a la resistencia y no pueden sino confiar en la lealtad de los socios políticos a ser ejecutadas. Una Corte que es insensible hacia ese hecho es menos capaz de llevar a cabo sus mandatos constitucionales. Debe evitar, por tanto, movimientos impolíticos que eliminen su reserva de energía y respetabilidad. El intento de ser antipolítico puede socavar su propia viabilidad política.

Las Cortes, por tanto, no solo persiguen las decisiones correctas desde el punto de vista del Derecho. La supervivencia política es también una preocupación pragmática primaria. La Corte tiene que adivinar las consecuencias de sus decisiones en una zona de profunda incertidumbre. La facultad de previsión política tiene que integrar su arsenal decisional. Esto puede traducirse mejor como la «moral esotérica» detrás de la toma de decisiones constitucionales<sup>54</sup>. La moral eso-

<sup>52</sup> GINSBURG, 1992a: 1208.

<sup>53</sup> Según John FEREOHNS: «Existe la necesidad de que los tribunales se ocupen de trasladar las cuestiones de creación de Derecho específicas a los entornos legales, y para ello es necesario formular estándares normativas que guíen la asignación de la autoridad legislativa» (FEREOHNS, 2002: 64-65).

<sup>54</sup> Peter SINGER y Katarzyna DE LAZARI-RADEK hicieron una defensa reciente de la moral esotérica como un compromiso parcial de consecuencialismo en el dominio de la ética per-

térica comprende consideraciones que a menudo no se pueden revelar públicamente. Las Cortes pueden jugar con muchas tarjetas políticas, pero el éxito político depende en gran medida de mantener estas opciones en secreto, so pena de ser deslegitimizada o derrotada. Al menos algunas de ellas, por tanto, deben permanecer inescrutables. Lo que exactamente debe permanecer esotérico dependerá, en cierta medida, de cómo la Corte es percibida por una cultura política y lo confiada que es al desempeñar ciertos tipos de roles.

Esto no significa, sin embargo, que los observadores no puedan participar en un debate crítico sobre las decisiones políticas que, en su presencia, las Cortes están tomando. El modo del debate, en este caso, no está modelado ni concebido por razones públicas. No es posible mantener un diálogo franco con la Corte sobre sus opciones estratégicas si estas opciones no están abiertamente articuladas. Debido a las consecuencias que están en juego, solo la historia dirá qué actos fueron políticamente sabios. Estas elecciones pueden ser juzgadas retroactivamente, con un sesgo retrospectivo<sup>55</sup>.

Puede suceder que el diseño de la Corte obstruya su capacidad de ahondar en este tipo de consideraciones esotéricas colectivamente (es decir, comprometer a todos los miembros de la institución). Si la Corte no tiene un encuentro a puerta cerrada, por ejemplo, este tipo de presunción política, de existir, será individualizada. El riesgo, en este caso, es que la suma de diferentes estrategias individuales pueda desembocar en una estrategia institucional arbitraria o imprudente. La perspectiva política final de una Corte puede ser parcialmente controlada por su diseño, pero un margen de maniobra para las decisiones instintivas es ineludible y deseable.

A veces la deliberación produce daño, y este daño puede ser de tal tipo que anula cualquier valor intrínseco que la deliberación pueda tener. Las razones intrínsecas no pueden ser sostenidas hasta el final. Esa es una afirmación fundamental incluida en el capítulo I del libro. Cuando se trata de instituciones que separan a los encargados de tomar decisiones de los interlocutores, esta preocupación sigue siendo significativa. En efecto, intuir entre el daño tolerable e intolerable está a cargo de quienes toman la decisión<sup>56</sup>. Esto se lleva a cabo en el nivel de la deliberación de segundo orden.

---

sonal. La proposición básica de la moral esotérica es: «Puede ser correcto hacer y recomendar privadamente, bajo ciertas circunstancias, lo que no sería correcto abogar abiertamente» (SINGER y LAZARI-RADEK, 2010: 37).

<sup>55</sup> Para un ejemplo de este tipo de análisis especulativo de la sabiduría política que subyace a las decisiones de la Corte Constitucional sudafricana véase ROUX, 2009. Véanse también COUSO, 2003 (sobre la Corte Constitucional chilena); UPRIMNY, 2003 (sobre la Corte Constitucional colombiana), y MEHTA, 2007 (sobre la Corte Suprema de la India).

<sup>56</sup> Sobre el «intervalo de tolerancia» de las ramas políticas que los tribunales deben respetar véase ROUX, 2009: 113. Georg VANBERG también circunscribe el papel realista de los tribunales, que no pueden sobrepasar el «umbral de tolerancia de las mayorías gobernantes» a menos que reúna suficiente apoyo público para el enfrentamiento (VANBERG, 2005: 14).

Thompson rechaza el «esoterismo» de las decisiones políticas y afirma que los cálculos políticos deben ser abiertos y que esa publicidad es la única manera de promover la responsabilidad judicial<sup>57</sup>. Para él, los ciudadanos merecen saber cuándo los jueces deciden en parte sobre la base de tales premisas. El no niega que el cálculo político es a veces una parte inevitable de la decisión<sup>58</sup>, sino que hace un llamado por «una prueba más refinada de lo que debería contar como un principio en el razonamiento jurídico, que rechaza razones que afirman meras preferencias o prejuicios, pero admite razones que expresan los factores políticos relevantes»<sup>59</sup>.

La defensa de una racionalidad jurídica que incorpora el juicio político es controversial y su aceptabilidad variará según los cánones del razonamiento jurídico. Pese a lo plausible, no puede ir bastante lejos. Las razones que fundamentan algunas decisiones políticas no pueden ser publicadas porque su secreto es la fuente misma de su potencial éxito. Una Corte no puede declarar: «No vamos a ir tan lejos como la Constitución lo exige, porque no tenemos suficiente capital político para hacerla cumplir». Confesar su debilidad política es una manera imprudente de construir y manejar su reputación pública.

El instinto político no es un actor puramente irracional; en palabras de Bickel, un «sentimiento inarticulable del artesano»<sup>60</sup>. Las evidencias empíricas sobre el nivel de apoyo público que la Corte tiene y el historial de las interacciones políticas de la Corte pueden ayudarla a medir las opciones políticas viables<sup>61</sup>. En cualquier caso, las predicciones consecuencialistas se harán en contextos de gran incertidumbre. La deliberación política, incluso del tipo específico realizado por una Corte Constitucional, no puede funcionar por sí misma. Sus impurezas tienen implicaciones para una teoría normativa de la decisión constitucional<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> Con respecto a la afirmación del juez Neely de que no escribe necesariamente en sus decisiones todas las consideraciones que debían decidir, Dennis THOMPSON dice: «Tal vez pensó que expresar estos cálculos políticos vencería sus propósitos políticos. Pero su razonamiento político, al menos como complemento de los argumentos constitucionales y de otro tipo, puede ser una parte necesaria de la justificación» (THOMPSON, 2004: 80).

<sup>58</sup> «Si la norma judicial de racionalidad se interpreta como lo que generalmente es, a saber, excluir cálculos políticos de este tipo, entonces el propio proceso judicial contribuye a la irresponsabilidad judicial [...]. El juez debería hacer públicas las razones o reconsiderar la decisión en sí misma» (*ibid.*: 80-81).

<sup>59</sup> *Ibid.*: 80.

<sup>60</sup> BICKEL, 1957: 30.

<sup>61</sup> Lawrence SOLUM lo llama sabiduría práctica: «El juez, prácticamente sabio, tiene un sentido intuitivo de cómo los abogados y los partidos de la vida real reaccionarán ante las decisiones judiciales» (SOLUM, 2003: 193). Para Suzanna SHERRY: «Ya sea que uno lo llame prudencia, sabiduría práctica, razón práctica, pragmatismo o sentido de la situación, al final todo se reduce a un ejercicio de juicio» (SHERRY, 2003: 797).

<sup>62</sup> Según Michael WALZER: «Por tanto, no hay un resultado que sea puramente deliberativo, en oposición a lo político en el sentido pleno de ese término» (WALZER, 2004: 107).

#### 4. ENTRE LA PRUDENCIA Y EL CORAJE: UNA CORTE DELIBERATIVA COMO ACRÓBATA

Hércules no se compromete, un «juez mortal» sí lo hace. Hércules, a diferencia del juez mortal, no se enfrenta a problemas cotidianos o prácticos. Él es «libre de concentrarse en las cuestiones de principio» sin preocuparse por las perturbaciones del mundo real. Dworkin admite, sin embargo, que un juez real, en una Corte Constitucional, puede tener que «ajustar lo que cree correcto» con el fin de hacerle frente a la presión del «tiempo y del expediente» y para «obtener los votos de otros jueces» para que su decisión conjunta sea «suficientemente aceptable por la comunidad»<sup>63</sup>. Estas presiones mundanas no conciernen a Hércules. Después de todo, él es solo una construcción heurística para dejar claro que «los compromisos que los jueces reales consideran necesarios» son «compromisos con el Derecho mismo»<sup>64</sup>.

Pese a todos los logros impresionantes de la teoría normativa de Dworkin en la decisión constitucional, aconsejar a los jueces que «ajusten» sus decisiones a lo que es «aceptable para la comunidad» los deja a la deriva cuando surgen «problemas prácticos» de ese tipo. En el ámbito de la decisión constitucional, sin embargo, tales problemas prácticos no son meramente incidentes anómalos de días turbulentos<sup>65</sup>, sino más bien una parte inherente de su funcionamiento cotidiano.

El primer capítulo presentaba una defensa contextual de la deliberación con base en preguntas sobre sus aspiraciones realistas o elucidando algunos elementos que hagan necesaria la deliberación de segundo orden a la luz de los prerequisites consecuencialistas. El capítulo actual trata de dar efecto a ese hito en el ámbito del control de constitucionalidad. Aquí se explica cuándo y cómo una Corte Constitucional tiene que enfrentarse a la política, junto con el Derecho, y por qué esto es un problema para un modelo de desempeño deliberativo.

Las Cortes Constitucionales no solo pueden estar preocupadas por la calidad de sus decisiones y por las razones que las respaldan. Tampoco deben concurrir a una discusión puramente política. Cualquiera de las dos perspectivas, por sí sola, no hace justicia a la experiencia de sentarse en una Corte Constitucional y frustra las expectativas normativas que se otorgan o deberían otorgarse a estas Cortes.

<sup>63</sup> DWORKIN, 1986: 380. Este autor, en este pasaje conciso, se refirió al menos a cuatro de los elementos políticos enumerados anteriormente: tiempo, cohesión, cooperación de poderes y opinión pública.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> Podría decirse con toda justicia que este es un problema constitucional aún mayor en «nuevas democracias», como lo indica una gran cantidad de literatura. Véase ROUX, 2003, 2005 y 2009, y COUSO, 2003. Esto no significa que, en regímenes más consolidados, los tribunales no enfrenten obstáculos de naturaleza similar. Véanse VANBERG, 2005, y FRIEDMAN, 2010.

El desempeño deliberativo depende en gran medida de la capacidad de la Corte para armonizar el primer orden y el segundo orden de la deliberación, o para conciliar la deliberación exotérica y esotérica. La teoría normativa necesita saber cómo mantener las dos bolas en el aire sin minar el Derecho u ocultar la política. ¿Puede una Corte hacer ambas cosas sin dejar que la última erosione la primera? ¿El animal político y el deliberador de principios encajan en el mismo cuadro? ¿Puede una Corte aprender a sostener una relación constructiva entre ellos?

La decisión constitucional es impura en un sentido fuerte. En un escenario tan decisivo, la delgada línea entre el Derecho y la política se vuelve extraordinariamente errática. La política bien puede colonizar el Derecho. Las restricciones legales bien pueden cerrar y sumergirse en pura política. Estos son riesgos apremiantes para el proyecto del constitucionalismo, que sigue siendo viable en la medida en que los encargados del control de constitucionalidad reconocen la doble naturaleza de las limitaciones que enfrentan y se comprometen a manejarlas adecuadamente.

Bickel alguna vez sostuvo que las Cortes, como cualquier otra institución política, se enfrentan al conflicto inexorable y simultáneo entre el principio y la conveniencia. Esto sería parte del ADN de la política, de la cual una Corte difícilmente podría ser aislada. Las Cortes no solo se enfrentan a diferencias de opiniones de principios en la sociedad, sino también a un «juicio de fuerza política»<sup>66</sup>. No habría salida de esta «tensión lincolniana», como la etiquetó<sup>67</sup>. Este destino no implicaría, según él, un compromiso puramente de principio, sino que, por medio del ejercicio de las virtudes pasivas, la Corte debe evitar decidir siempre que sea posible. Así es como Bickel creía haber resuelto esa tensión. Para él, la Corte no puede decidir sino sobre la base de principios rígidos e innegociables<sup>68</sup>. Cuando la prudencia lo recomienda, la Corte debe simplemente optar por no decidir, permanecer en silencio en cuanto al fondo de la cuestión<sup>69</sup>. La Corte no debe y no sería capaz de provocar el cambio social por medio de la simple enunciación de un principio. Una Corte de «guerra», como la Corte de Warren de su tiempo, simplemente no perduraría. Al evadir la decisión, la Corte escapa a la carga de dar el estado oficial de principio a las soluciones que la sociedad aún no está preparada para aceptar<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> BICKEL, 1962: 130.

<sup>67</sup> «Ningún intento de sacar a la Corte de la tensión de Lincoln puede tener éxito» (*ibid.*: 131).

<sup>68</sup> «El control constitucional como un proceso de definición de principio que se aparta del mercado de la conveniencia» (*ibid.*: 69).

<sup>69</sup> «La negativa a otorgar *certiorari* y varias otras doctrinas de deferencia y justiciabilidad fueron sus sugerencias» (*ibid.*: 42).

<sup>70</sup> Alexander BICKEL compara, por ejemplo, los problemas de la segregación escolar y el castigo capital. Para él, la sociedad no estaba dispuesta a abrazar la inconstitucionalidad del líder, sino que ya iba en la dirección de lo primero ante las decisiones de la Corte Suprema

Sunstein, con un ánimo minimalista, propone algo más audaz. Como se señaló anteriormente, argumenta que, para fomentar la deliberación externa, la Corte, en lugar de no decidir, debe decidir lo menos posible. Las virtudes pasivas, para él, radican en la aptitud de la decisión de no sobrepasar las necesidades mínimas del caso. Grandes declaraciones de principios y un amplio alcance del precedente dificultaría futuros debates en otro ámbito. Al igual que Bickel, Sunstein observa que una Corte puede ser prudente no solo cuando pasa por alto la decisión, sino cuando decide modestamente.

Los consejos ofrecidos por ambos autores están profundamente inspirados por la circunspección política, pero siguen siendo insatisfactorios. La solución a la «tensión lincolniana» dada por Bickel es demasiado rígida: no decidir es la única alternativa para que la Corte pueda evitar el riesgo de resolver una solución basada en principios cuando las circunstancias no lo recomiendan. La propuesta de Sunstein, a su vez, sigue siendo vacilante en cuanto al papel de las Cortes. La supuesta superioridad del minimalismo y la suposición causal de que la deliberación externa se empobrecería si la decisión de la Corte llega a ser de largo alcance no está demostrada y es difícil de generalizar.

Sin embargo, ambos autores parecen aceptar que una atención estratégica es inevitable en la toma de decisiones. Con el fin de minimizar los daños que pueden causar los efectos decisivos e imprevistos, y teniendo en cuenta la delicada dignidad popular de la Corte, ambos favorecen una institución que se mantiene «limpia a sí misma». Para Bickel, el silencio no equivaldría a «discreción desconocida», a mera «corazonada» o «predilección», sino simplemente a «prudencia»<sup>71</sup>.

La política real nuevamente se esconde detrás del control de constitucionalidad. Las prescripciones para el comportamiento judicial deben tener en cuenta este hecho. Las Cortes no desempeñan un papel constitucional significativo sin fomentar el apoyo público y sin administrar hábilmente sus recursos políticos. Su espacio para la acción, como la ciencia política positiva ha estado constantemente mostrando, crece y disminuye. La relación entre la política y el Derecho, en tal dominio, se torna simbiótica.

Aunque el mito de la neutralidad judicial ha sido largamente desmentido, el de la independencia judicial persevera (tanto por quienes lo celebran como por quienes atacan su déficit democrático). Es común reconocer, por tanto, que las convicciones personales influyen

---

de Estados Unidos: «Incluso a partir de 1954, el consenso nacional sobre el problema racial era inmanente; no lo es sobre la abolición de la pena capital» (*ibid.*: 241).

<sup>71</sup> BICKEL sostiene, por ejemplo, que no decidir «no concede discreción no canalizada, no dirigida, inexplorada. No se debe conceder una decisión que proceda de un impulso, una corazonada, un sentimiento, una predilección inarticulable y carente de razón. La antítesis de los principios en una institución que representa la decencia y la razón no es capricho o incluso conveniencia, sino prudencia» (*ibid.*: 132-133).

en la decisión judicial. No muchos se dan cuenta, sin embargo, de que el comportamiento judicial también está determinado, hasta cierto punto, por restricciones políticas externas. Se supone generalmente que, puesto que la Corte tiene autonomía de elección, el juez está restringido, para los más optimistas, solo por el Derecho, y, para otros, ni siquiera por esto.

La ciencia política positiva destruye este último sentido común. Comparte tres afirmaciones empíricas que califican lo que la independencia judicial puede significar de manera creíble: *i)* las Cortes son a menudo políticamente vigilantes y ponen a prueba su capacidad para implementar decisiones y resistir las reacciones ocasionales; *ii)* la separación de poderes es un fenómeno dinámico y una división fija del trabajo es notable para capturar esta redistribución constante de fronteras, y *iii)* la propia legitimidad social de cada participante del juego oscila, lo cual determina el mayor o menor espacio que ocupará cada rama en el conjunto. La reactividad política, las adaptaciones prudentiales y las fluctuaciones de la legitimidad son, respectivamente, fenómenos previstos por *El Federalista*<sup>72</sup> y confirmados por la investigación empírica. La radiografía de la separación de poderes se ve diferente en el tiempo. Las instituciones no participan plenamente en este juego sin habilidades políticas.

Por tanto, incluso si los métodos interpretativos no limitan a los jueces en la medida en que algunos lo hayan deseado, la política sí lo hace<sup>73</sup>. Algunos ejemplos históricos bien conocidos pueden ilustrar esta hipótesis: la Constitución alemana de la posguerra y las Constituciones sudafricanas (*postapartheid*), así como sus respectivas Cortes Constitucionales, nacieron con una característica común: en un ambiente de profunda desconfianza contra los cuerpos políticos electorales, señalaron una ruptura con un pasado autoritario y dispusieron un programa de transformación social extenso. Ambas Cortes Constitucionales son consideradas, dados su origen y su fuerza significativa, protagonistas mayores en el papel de promoción de los derechos. Pero ese camino no ha sido fácil y libre de lucha política<sup>74</sup>. Este papel no puede ser explicado por la hermenéutica.

El desarrollo de la Corte Suprema de la India también evidencia la conexión entre el discurso interpretativo anunciado públicamente y la atmósfera política. Desde la independencia del país, y aún inmersa en la cultura británica de la soberanía parlamentaria, esta Corte ocupó un espacio tímido. En la década de 1970, sin embargo, este escenario se invirtió cuando el gobierno autoritario de Indira Gandhi socavó la reputación de los órganos representativos. Esto creó un vacío político

<sup>72</sup> Véase *El Federalista*: 47-51, en los que MADISON describió su teoría de la interacción entre las ramas del poder público.

<sup>73</sup> Barry FRIEDMAN los llamó como «círculos concéntricos de influencia y restricción» (FRIEDMAN, 2005: 263).

<sup>74</sup> GOLDSWORTHY, 2006: 320 y 339.

propicio para que la Corte reconstruya su imagen<sup>75</sup>. La decisión extremadamente intervencionista que anuló una enmienda constitucional sobre la base de la doctrina de la «estructura básica» se remonta a este periodo. Las tres Cortes antes mencionadas, en el apogeo del activismo, lograron que sus decisiones fueran cumplidas y no enfrentaron ninguna objeción fatal contra su legitimidad, ya que su fuerza brotó del mismo entorno político.

El caso australiano nos da el ejemplo opuesto. La postura extremadamente aprensiva y legalista de la Corte es, en opinión de muchos, la única manera en que logra mantener un mínimo de respetabilidad e independencia<sup>76</sup>. En el único momento en que la Corte ensayó una módica «creatividad» —la construcción de una declaración de derechos implícita— múltiples ataques de todas partes la llevaron a abandonar el plan y a retomar su lugar limitado. Por último, la historia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos ofrece ejemplos prolíficos para ilustrar los factores políticos que han impulsado estos sístoles y diástoles judiciales. Estas oscilaciones pendulares a veces se explican como una tradición de eclecticismo interpretativo<sup>77</sup>.

La ciencia política ofrece un consejo político directo a las Cortes Constitucionales: si van a enfrentar a las otras ramas, sería mejor tener un amplio apoyo público. Si es para hacer frente a la opinión pública, sería mejor tener aliados fuertes entre las otras ramas<sup>78</sup>. Necesita, en suma, suficiente munición política para hacerse respetar. Si ese no es el caso, debe retroceder, en una medida aceptable, a sus conclusiones ideales de principio. Esto explicaría no solo el papel político exitoso de la Corte Constitucional sudafricana<sup>79</sup>, sino también, por ejemplo, el supuesto conservadurismo de la Corte Constitucional chilena<sup>80</sup> y el activismo de la Corte Constitucional colombiana<sup>81</sup>.

<sup>75</sup> MEHTA, 2007.

<sup>76</sup> GOLDSWORTHY (ed.), 2006: 145.

<sup>77</sup> TUSHNET, 2006.

<sup>78</sup> VANBERG, 2005: 170, y ROUX, 2009: 110.

<sup>79</sup> ROUX, 2009, considera que la combinación de principio y pragmatismo explica el registro de dicha Corte. Contrasta dos grupos de casos para mostrar cómo las circunstancias políticas permitieron a la Corte seguir el principio o no comprometerse. Con respecto al primer tipo de casos, describe cómo el tribunal logró declarar la inconstitucionalidad de la pena de muerte, pese a la fuerte oposición de la opinión pública, gracias a «la alianza con el gobierno» (*Estado v. Makwanyane*, 1995) y logró imponer la distribución de medicamentos retrovirales a mujeres embarazadas, a pesar de la fuerte oposición del gobierno, gracias a la fuerte movilización de la opinión pública (Treatment Action Campaign, 2002). En el otro conjunto de casos, ROUX encuentra evidencia plausible para inferir que, en vez de un error, el tribunal realmente se comprometió por razones de principio a mantener su seguridad institucional.

<sup>80</sup> Para Javier COUSO, lo que explicaría por qué los tribunales de Chile otorgaron gradualmente una interpretación más liberal a la Ley de Amnistía no fue el surgimiento de un nuevo *ethos* jurisprudencial o político dentro de la Corte, sino una nueva correlación de fuerzas. La inclinación conservadora de los jueces es explicación insuficiente para que dejaran de ejercer sus poderes constitucionales. La principal evidencia, para este autor, es que han sido tan tímidos en los derechos de propiedad como lo son en los derechos civiles y políticos. Por tanto, no sería ni una cultura legal literalista ni un *ethos* conservador lo que expli-

Naturalmente, la literatura de ciencia política no duda en explicar estos acontecimientos por medio de la elucidación de las causalidades políticas. No solo los han descrito simplemente como productos de diferentes tradiciones y métodos de interpretación constitucional<sup>82</sup>. La insalvabilidad palpable de categorías puramente legales para explicar el mayor o menor activismo judicial de los episodios anteriores es sintomática de los límites de ese enfoque. La explicación no desarrollada, aunque más plausible, es que cada Corte, aparte de lidiar con sus fuentes legales, ha medido el grado de intervención según la expectativa social sobre su papel.

El recurso a las taxonomías binarias relativas a los métodos de interpretación jurídica no es suficiente para contar toda la historia<sup>83</sup>. Los hechos de la política no suelen incorporarse como parte de la explicación ofrecida por los juristas. Si tales variables son ineludibles, las prescripciones teóricas que las ignoran tienden a ser inofensivas. Esto no implica que, en todos esos casos, los métodos interpretativos fueran invocados como meras racionalizaciones de las opciones políticas. Estos ejemplos indican que el intento de aislar la causal determinante de la conducta judicial, ya sea en la política o en el Derecho, es fallido y no toma en cuenta su intrincado e inseparable vínculo.

---

caría la extrema diferencia de los tribunales y las ramas políticas. Tal comportamiento sería en realidad una estrategia de supervivencia después de eventos traumáticos contra la independencia judicial en la lujuria chilena. Como resume COUSO, la «pasividad deliberada» de los tribunales chilenos es una «respuesta razonable por parte de un sistema judicial que le da prioridad a su supervivencia» (COUSO, 2003: 88). Roberto GARGARELLA ofrece una explicación opuesta al fracaso de la Corte Suprema de Argentina para proteger los derechos humanos básicos en una variedad de casos en los que el determinante clave era la cultura elitista judicial en lugar del peligro de reacciones violentas. Para él, estas decisiones «no eran el producto de la dependencia política de los jueces, sino que se debían a su infundado conservadurismo o falta de compromiso con la democracia» (GARGARELLA, 2003: 194).

<sup>81</sup> La nueva Constitución colombiana de 1991 creó una Corte Constitucional que ha sido una de las Cortes más intervencionistas del mundo. Rodrigo UPRIMNY explica que, además de algunos elementos institucionales favorables, la Corte tomó ventaja de un contexto político de desconfianza de la política representativa y, aliándose con sectores sociales específicos, logró llenar un vacío de poder a pesar de la fuerte oposición que se ha desatado. Según sus palabras, la «Corte ha estado en la punta del cuchillo» resistiendo las ofensivas contrarias de reforma que no estaban muy lejos de lograrse. «El progresismo de la Corte es posible, a su vez, por la debilidad relativa hasta ahora de las fuerzas que se oponen y el fracaso de los intentos de contrarreforma constitucional» (UPRIMNY, 2003: 62-63). A partir de esta lista de ejemplos relacionados con las «nuevas democracias» no se debe inferir que el ambiente político de los tribunales en las democracias consolidadas no tiene límites. Sin duda, el control constitucional será más o menos capaz de cumplir mandatos constitucionales intrusivos según la etapa de desarrollo político de cada país. El control constitucional exitoso requeriría, para Javier COUSO, una democracia consolidada (COUSO, 2003: 88). Sin embargo, también existen serios problemas de implementación en estos últimos países. Véanse los casos de incumplimiento en la Corte Constitucional alemana y la Corte Suprema de Estados Unidos de VANBERG, 2005: 3-6.

<sup>82</sup> Como, por ejemplo, la interpretación constitucional comparativa de reservas editada por GOLDSWORTHY, 2006.

<sup>83</sup> Los tribunales que supuestamente están más apegados al texto se caracterizan como positivistas, formalistas o textualistas, mientras que los tribunales que se sienten más libres para expandir su rol se entienden como aplicadores estructurales, sistémicos, ideológicos o intencionales. Véase *ibid.*: 334.

Las evidencias empíricas y los argumentos normativos todavía no se comunican, a expensas de ambos<sup>84</sup>. Hércules es la figura que mejor ejemplifica ese desprendimiento de las instituciones. Las limitaciones que enfrenta un juez son datos del sistema constitucional. El juez no tiene otra elección, sino tenerlos en cuenta<sup>85</sup>. La sabiduría convencional no acepta que las habilidades políticas sean parte del repertorio decisional de la Corte, pero el cumplimiento de las decisiones judiciales no puede darse por sentado. ¿Cómo puede salir el control de constitucionalidad de la vida política?

Este capítulo enfrenta este desafío teórico. Se pregunta si es posible inculcar una medida de pragmatismo sin perder la dimensión del razonamiento de principios<sup>86</sup>. Se parte de la premisa de que un ideal sostenible de la decisión constitucional no puede ser retratado como un ejercicio formulado y apolítico, y debe ser sincero acerca de la inevitabilidad de los obstáculos políticos. Las reivindicaciones normativas necesitan tener una comprensión sensata de lo que realmente puede dar a la conducta judicial y, por tanto, de lo que realmente se esperara de ella. Sobre la base de estos hechos, ¿existe alguna historia normativa atractiva al respecto?<sup>87</sup>

Friedman no se aparta de esta cuestión normativa, pero sus sugerencias son todavía incipientes. Para él, la Corte básicamente necesita encontrar un equilibrio óptimo entre los dos polos dentro de los cuales se mueve: el mayoritario y el liderazgo deferente, la alineación y la disonancia, el dinamismo y la finalidad, los momentos visionarios y los reaccionarios<sup>88</sup>. La gestión virtuosa de estos ciclos sería, según él, la tarea de las investigaciones normativas consecuentes.

<sup>84</sup> Barry FRIEDMAN, entre otros, ha estado haciendo eco de este manifiesto metodológico sobre la importancia de aproximar los hallazgos de la investigación empírica con la elaboración normativa (FRIEDMAN, 2005 y 2006).

<sup>85</sup> «Que Hércules es un juez y no cualquier otro actor político es un hecho de enorme importancia; aún así, Hércules debe juzgar en un mundo político» (FRIEDMAN, 2005: 260).

<sup>86</sup> Ese es el argumento de Theunis ROUX: «Parece probable que una combinación de principios y pragmatismo proporcione la mejor manera para que un concepto constitucional en una nueva democracia establezca su legitimidad legal para salvaguardar su seguridad institucional. "Principio", porque decidir casos conforme a Derecho es lo que legitima a los tribunales en el sentido legal, y "pragmatismo", porque las Cortes Constitucionales en las nuevas democracias, dada la debilidad inherente de su posición, deben forzosamente cumplir su compromiso con los principios con cálculos estratégicos sobre cómo es probable que se reciban sus decisiones» (ROUX, 2009: 108).

<sup>87</sup> Para Barry FRIEDMAN: «El control constitucional puede entenderse como atractivo precisamente porque está incrustado en la política, pero no lo es del todo. La política y el Derecho no están separados, son simbióticos. Sería notable creer que el control de constitucional podría operar completamente independiente de la política o se toleraría como tal» (FRIEDMAN, 2005: 333).

<sup>88</sup> Según Barry FRIEDMAN: «El poder judicial puede ser a veces visionario y en ocasiones reaccionario, pero nunca demasiado [...]. El poder judicial es a la vez visionario y reaccionario simplemente porque siempre está un tanto fuera de sincronía con las oleadas de las ramas políticas, siempre avanzando poco a poco» (FRIEDMAN, 1993: 678). Este autor lo repite en varios lugares: «La finalidad reduciría la evolución de nuestra Constitución; el dinamismo lo alienta. Por supuesto, hay un equilibrio entre el dinamismo y la finalidad»

Su consejo taquigráfico, leído bajo los términos de Bickel, añade virtudes activas a las virtudes pasivas, complementa la prudencia con el coraje. Su Corte es un animal político prudente, pero valiente; consciente de sus límites, pero abierto a correr riesgos. Friedman no especifica la razón apropiada de cada uno, o si es preferible errar por el lado de la excesiva cautela o por el lado del excesivo coraje. Bickel tampoco elabora el equilibrio aceptable entre el principio y la conveniencia.

La prudencia y el coraje deben orientar el cálculo político en la decisión<sup>89</sup>. La característica primaria de una teoría normativa que incorpora la tensión entre el Derecho y la política es su incapacidad para arrojar recomendaciones abstractas y estables. Las circunstancias políticas están moldeadas por una multitud de factores singulares e incommensurables. La pauta normativa, si se puede llamar así, es abierta: la Corte debe decidir, de nuevo, según su instinto político.

La Corte no necesita abdicar los dictados del Derecho. Los argumentos legales exotéricos no son solo una fachada para la corazonada esotérica. Más bien, las consideraciones políticas ayudan a modular la intensidad de las decisiones de la Corte y a ajustar las posibilidades de interpretación del Derecho: ayudan a la Corte a alcanzar un equilibrio pragmático<sup>90</sup>. La política no engullirá el Derecho si los jueces son capaces de percibir cuándo tienen suficiente apoyo para enfrentar la oposición y cuándo deberían reducir su grado de intrusión. Una Corte deliberativa tiene un plan de la Constitución a largo plazo, es consciente del carácter posiblemente efímero de su decisión y puede promover cambios fragmentarios o reformas al por mayor de acuerdo con este equilibrio<sup>91</sup> entre las exigencias del Derecho y las restricciones de la política.

---

(*ibid.*: 652). «La Constitución otorga a Hércules un cierto grado de independencia, pero también lo incrusta en la política. Esto no es accidental: la Constitución representa un equilibrio deliberado entre, por una parte, la separación e independencia de las ramas y, por otra parte, la responsabilidad y la idea de controles y equilibrios» (FRIEDMAN, 2005: 260). «El truco está en lograr un equilibrio entre muy poca y demasiada capacidad de respuesta judicial» (FRIEDMAN, 2003: 2599).

<sup>89</sup> Suzanna SHERRY, con un espíritu similar, propone un equilibrio entre la humildad y el coraje en la decisión judicial: «Al final, la humildad y el coraje son como otras dualidades constitucionales: no existe un dispositivo mecánico que pueda mediar entre ellas. Pero los jóvenes que están inclinados a dudar ellos mismos y arriesgarse a equivocarse tienen más probabilidades de llegar a un final feliz que los jueces que están demasiado inclinados hacia la arrogancia o la timidez» (SHERRY, 2003: 810). Este es el breve consejo normativo que ofrece Georg VANBERG: «Para tener éxito en la configuración de la política, los jueces deben ajustar sus decisiones al entorno político en el que trabajan. No pueden simplemente actuar como juristas. Deben ser juristas prudentes» (VANBERG, 2005: 177).

<sup>90</sup> Para usar una analogía con la noción de equilibrio reflexivo de RAWLS, «como un método para la justificación en la ética, el equilibrio pragmático sería una forma de actuar en política».

<sup>91</sup> El juez Yacoob, de la Corte Constitucional de Sudáfrica, al comentar sobre el famoso caso de *Grootboom* (2000) relacionado con el derecho a la vivienda, una vez afirmó oralmente: «A menos que desarrollemos cuidadosamente esta área del Derecho, explotará». Esta es una formulación clara de una estrategia jurisprudencial incremental para desarrollar el contenido de un derecho con el paso del tiempo.

Las Cortes Constitucionales ciertamente pueden negarse a aceptar la realidad de las limitaciones políticas. Después de todo, el aislamiento de la competencia electoral y todos los demás ideales para una buena decisión presuntamente proscriben tal influencia. En última instancia, se deja campo a la estrategia el dominio de este asunto. El riesgo es un fracaso político.

## 5. CONCLUSIÓN

Una Corte Constitucional deliberativa no solo provoca a sus interlocutores formales e informales con el fin de reunir argumentos razonables en la fase predecisional. Tiene jueces que deliberan seriamente entre ellos en la fase decisional. Y, a su vez, redacta una decisión escrita deliberativa en la fase posterior a la decisión. Esto se hace dentro de un contexto legal y político específico. El significado básico es una representación formal del proceso. Los límites, a su vez, dan contenido a lo que se puede decir y hacer en la discusión pública, el compromiso colegiado y la decisión escrita deliberativa.

## CAPÍTULO IX

### CONCLUSIONES

#### NO CORTES HEROICAS, NO JUECES HEROICOS

Algunas teorías del control de constitucionalidad han confiado a los jueces constitucionales una tarea desalentadora. Suponen que los jueces deben escuchar a diversas voces y respaldar sus decisiones con buenas razones públicas a las que se puede esperar que una comunidad política se adhiera. Este libro argumenta que su responsabilidad es más profunda. Lo que importa para una Corte Constitucional decente no es solo qué voces se escuchan, qué decisiones se toman ni qué motivos las justifican, sino la forma particular en que esto se hace. La distinción es sutil pero seria. La deliberación, en sus variadas manifestaciones, es una manera decente de reconocer y hacer frente a la importante apertura de las disputas constitucionales y a la pesada carga política del control de constitucionalidad. La cuestión de ¿cómo? es tan importante como la del ¿qué? decide una Corte. La teoría constitucional se ha ocupado principalmente de esta última y ha permanecido ajena al primero.

Una Corte Constitucional deliberativa no debe ser vista como una contraparte institucional de Hércules, pues no está o no espera estar compuesta de clones de esa figura mitológica. No obstante, esto no implica que los estándares mezclados de desempeño deliberativo que se presentan aquí no sean comparativamente exigentes e idealistas. El estilo moral que transmiten, sin embargo, no depende exclusivamente de la aspiración de encontrar la respuesta correcta para los dilemas constitucionales. El compromiso de perseguir las promesas de la deliberación, con una conciencia aguda de sus limitaciones, es un esfuerzo más complejo y menos solitario.

Una Corte Constitucional, sin duda, no se preocupa por ser deliberativa. Podría argumentarse, tal vez, que no hay nada en la naturaleza de la decisión constitucional, histórica o teóricamente, que requiera o presuponga esa costumbre o conducta institucional. A pesar de lo plausible que pueda ser esa premisa, una Corte que se preocupa

y, de alguna manera, logra obtener beneficios deliberativos se beneficia de una poderosa credencial y logra una contribución distinta para el régimen político. Una Corte no deliberativa puede seguir siendo, por otras razones, funcional y justificable, pero pierde una oportunidad política especial. Esto implica la pérdida que este libro justamente trató de explicar.

Una recapitulación rápida del argumento es la siguiente. El libro se puede resumir en cuatro pasos principales: en primer lugar, destaca el papel de la deliberación política en general, luego lo especifica a la decisión colegiada, cualificándolo aún más en las Cortes Constitucionales, y, finalmente, describe cómo ello se exhibe idealmente en dicho foro. En el capítulo I se ofrece una definición de la deliberación política, seguida de una visión general de los valores morales intrínsecos que conlleva y de las expectativas instrumentales que inspira. Además, se detiene en las circunstancias en las que la deliberación es deseable y se presentan los diferentes escenarios en los que puede tener lugar. El capítulo, en suma, más que una defensa general e incondicional de la deliberación política, propone una específica. La deliberación es una práctica muy atractiva, pero solo bajo ciertas condiciones de tiempo y espacio. Además, depende también de la conducta y de la ética de sus participantes.

El capítulo II comienza con una discusión conceptual sobre la conexión entre el razonamiento jurídico y la deliberación. Demuestra que, a excepción de la obsoleta visión fonográfica de la aplicación del Derecho, otras escuelas de pensamiento jurídico comparten el carácter deliberativo del razonamiento jurídico. El capítulo presenta una discusión sobre el rostro institucional de esa conexión: la sentencia colegiada implica la toma de decisiones grupales y esta característica primaria, si no requiere, al menos se beneficia de un modo de interacción deliberativo.

El siguiente capítulo estudia la naturaleza particular del control de constitucionalidad y su ubicación dentro de los polos de creación y de aplicación del Derecho. Acepta la naturaleza legislativa (o «colegislativa») de tal empresa. Pero sostiene que, a pesar de la redundancia funcional, no puede considerarse meramente equivalente a las instituciones parlamentarias. El capítulo describe entonces de qué manera se ha observado y defendido una Corte Constitucional como un foro deliberativo, pero se diagnostica la insuficiencia de los argumentos hasta ahora presentados. Sostiene que seguimos una visión integral de lo que parece una Corte deliberativa y un estándar de evaluación que permite al observador evaluar diferentes grados de desempeño deliberativo.

El capítulo IV proporciona el significado básico del desempeño deliberativo. Examina una Corte deliberativa en la práctica, analizando sus fases procesales e indicando qué responsabilidades particulares exige cada fase. La discusión pública, el compromiso colegial y una

decisión escrita deliberativa son los objetivos respectivos de las fases predecisional, decisional y posdecisional. El capítulo plantea un estilo institucional particular, sin tener en cuenta un canon argumentativo preciso o perfil legal.

El capítulo V presenta más detalles sobre el significado básico al elaborar las virtudes necesarias para desarrollar en cada una de las fases. Esboza, en otras palabras, la ética de la deliberación o el carácter personal sin el cual ese ideal político se empobrece o es insostenible.

En el siguiente capítulo se presentan los dispositivos institucionales que facilitan la deliberación. Bajo el supuesto de que los procedimientos pueden ser herramientas importantes para constituir y estimular la deliberación, sean quienes sean los deliberadores, señale las inevitables tensiones que en el diseño de una Corte deliberativa se tienen que resolver. Como una práctica de propósito múltiple, un equilibrio necesita ser alcanzado cuando los objetivos de la deliberación entran en conflicto. Los dispositivos no determinan por completo el comportamiento político posterior, pero tampoco son epifenómenos. Como medida de la producción, el desempeño humano no puede ser asegurado, sino solo estimulado por el diseño institucional.

Los dos últimos capítulos del libro se refieren a los límites del desempeño deliberativo, los límites sustanciales en los que se produce la deliberación judicial. El capítulo VII cuestiona el contexto legal del control de constitucionalidad y sostiene que la deliberación óptima requiere ciertos compromisos mínimos sobre cómo acercarse e interpretar el Derecho constitucional. El reconocimiento de la calidad moral del lenguaje constitucional, el hilo diacrónico de los precedentes, la exigencia de la coordinación intrajurisdiccional, la faceta deliberativa de la separación de poderes y la dimensión cosmopolita del ideal constitucionalista pueden reforzar los atractivos argumentativos de la Corte en su desempeño deliberativo.

El capítulo VIII, finalmente, se ocupa de las decisiones estratégicas que una Corte Constitucional debe tomar para conservar su respetabilidad y el cumplimiento de sus decisiones. En tales circunstancias, los dilemas difíciles sobre cómo la Corte calibrará sus decisiones de principios a la luz de las presiones políticas. Una Corte deliberativa, por tanto, tiene una «voluntad de autoconservación y la conciencia de que no es un pabellón de guardianes platónicos<sup>1</sup>». El capítulo sostiene que la prudencia y el valor son las virtudes que deben motivar a una Corte Constitucional para hacer una buena deliberación que no es políticamente insensible y consciente de que a veces las circunstancias recomiendan menos en lugar de más deliberación.

Una Corte Constitucional deliberativa es todo menos un último guardián. Es un cuerpo respetuoso por la razón opuesta: es consciente y sincera en relación con su falibilidad, pero audaz para pre-

<sup>1</sup> GINSBURG, 1992a: 1208.

sionar las duras cuestiones constitucionales y, cuando es aconsejable, abordar el sistema político, la inercia silenciosa y la ociosidad argumentativa del mismo.

### ¿QUÉ HAY DE NUEVO?

¿Qué hay de nuevo en relación con los antiguos y nuevos argumentos? En el capítulo III se presenta un amplio estudio de la literatura que de alguna manera prevé una virtud deliberativa específica en la función del control de constitucionalidad de la legislación. Afirmé que esta corriente principal es incompleta desde diferentes perspectivas, pues se basa en una asunción demasiado precipitada sobre la capacidad deliberativa única de las Cortes Constitucionales gracias a sus mandatos institucionales.

Abordé una investigación teórica más amplia para llenar los vacíos que he diagnosticado en esa literatura. Se plantearon preguntas complementarias y, por medio del análisis de los diferentes aspectos deliberativos que se destacan en cada momento del proceso, se elaboró un retrato más completo de una Corte deliberativa. Las respuestas a esas preguntas, aunque tentativas, presentan algunas maneras de mejorar el estatus moral y político de la decisión constitucional.

Soy un amigo, no un adversario, de la empresa teórica que relaciona la deliberación con las Cortes Constitucionales. Pero yo soy menos automático. Mi punto de partida básico, desde donde se estructura mi argumento, es que estos autores no fueron lo suficientemente lejos. Continuamos privados de estándares que no solo presenten a las Cortes Constitucionales en su estado ideal, sino que también sean muy claros sobre las diversas formas en que pueden fracasar y en qué medida lo hacen. Además, esta teoría debe ser capaz de identificar las causas potenciales del fracaso y las vías de mejoramiento. La disputa normativa no se pierde necesariamente si una Corte no cumple con lo que los defensores esperan, siempre y cuando sean capaces de apuntar a un ideal atractivo y factible que aún no se haya realizado.

El libro no solo pretende agregar una imagen más a las imágenes cada vez frecuentes sobre lo que las Cortes Constitucionales hacen o prometen realizar. Por medio de un numeroso conjunto de variables, arroja luz sobre una fecunda manera de clasificar el control de constitucionalidad de la legislación. Recorre las categorías clasificatorias del diseño institucional (abstracto o concreto, débil o fuerte, etc.), la postura política (activista o de autocontención) o el método interpretativo (formalista, historicista, interpretativo, intencional, etc.), y no tiene ninguna relación causal inmediata con ellos.

La relación entre las Cortes deliberativas y no deliberativas puede capturar otros aspectos perspicaces sobre cómo comparar, criticar y refinar la decisión constitucional. Como lo recuerda Chambers, «las ca-

tegorías deliberativas son más o menos importantes» y debemos tener una «posición crítica para evaluar el quehacer de las Cortes» y para resaltar «grados de deliberación»<sup>2</sup>. Este libro presenta un camino teórico para perseguir tales objetivos.

## ¿QUÉ SIGUE?

Una amplia agenda de investigación surge naturalmente de este libro. Comparar el desempeño deliberativo de las actuales Cortes Constitucionales exigirá una profunda reflexión sobre la estabilidad empírica del modelo evaluativo aquí delineado. Todavía hay que desentrañar numerosas cuestiones técnicas de la metodología empírica para medir y contrastar la forma en que los ideales de la discusión pública, el compromiso colegial y la decisión escrita deliberativa se llevan a cabo en cada Corte, o la forma en que pueden ser analizados de manera distinta.

El libro, tal como se explicó en la introducción, propone un argumento de la teoría normativa de nivel medio. Así, espera ser ampliamente aplicable a una serie de Cortes Constitucionales reales, cada una perteneciente a diferentes tradiciones jurídicas y circunstancias políticas, pero compartiendo mínimos denominadores comunes que plantean cuestiones teóricas similares. Por la misma razón, sin embargo, no se desarrolla un equipo teórico completo para inspeccionar cada Corte en específico. Las consideraciones relacionadas con cada jurisdicción ciertamente tienen que completar esa empresa.

Además del desarrollo empírico, también pueden surgir consecuencias teóricas. Me concentré en conceptualizar y defender una Corte Constitucional como una Corte deliberativa. No me referí directamente al viejo debate relativo a la legitimidad: si las Cortes o los Parlamentos, según el principio democrático, deberían tener la última palabra sobre el significado de la Constitución. Evaluar las consecuencias de este libro para ese debate es un posible paso que debe tomarse en el terreno teórico.

La objeción democrática del control constitucional *per se* es, en particular, uno de los más fijos patrones de la teoría constitucional. Reducido en su esencia, básicamente critica al poder judicial (o a la entidad del mismo) para anular los actos de los Parlamentos elegidos. Tiene, sin duda, una resonancia y un peso diferentes en cada jurisdicción. Sin embargo, acompaña inevitablemente a las Cortes Constitucionales donde quiera que vayan.

Las respuestas a la objeción democrática, a su vez, surgen de diversos frentes mutuamente complementarios. Un tipo de respuesta deriva del campo de la interpretación jurídica. La Corte sería, para ese propósito, simplemente un órgano para hacer cumplir la Constitución. Siem-

<sup>2</sup> CHAMBERS, 2009: 344.

pre y cuando siga una cierta metodología interpretativa no habría mucho que temer. La Corte, en lugar de sustituir su voluntad por la del Parlamento, estaría siguiendo la voluntad de los fundadores constitucionales. Un segundo tipo de respuesta explora el concepto de la propia democracia y apunta a demostrar que la elección y la regla de la mayoría no son las únicas e inequívocas pruebas literarias de lo que la democracia significa. La democracia comprendería un conjunto diverso de decisiones competitivas. Principios que pueden interrelacionarse de múltiples maneras. El cuadro monolítico de la supremacía parlamentaria, por tanto, no agotaría las alternativas democráticas igualmente válidas de institucionalización. El control de constitucionalidad, aunque sea discrecional, sería un componente aceptable de ese proyecto. Tal defensa se ha fundado tanto sobre la base de instrumentos como de razones intrínsecas<sup>3</sup>.

Otras dos respuestas ponen el debate en un entorno más informado. Intentan demostrar que la premisa empírica en la que aparentemente se incrusta el debate es exagerada y poco realista. Las Cortes del mundo real no son limitadas ni ilimitadas. Los Parlamentos del mundo real, al mismo tiempo, están conformados por sistemas electorales y procesos legislativos inherentemente falibles. Las metáforas que insinúan que la supremacía judicial conduce a un «gobierno de jueces» o que la supremacía legislativa da lugar a un tipo más genuino de igualdad política sería un abuso retórico engañoso. Los críticos de las Cortes, por un lado, sobrevalorarían el poder de las Cortes para promover por sí mismos «un daño» tan importante a la supuesta voluntad democrática y, por otro, subrayan las perspectivas únicas y los efectos netos positivos que una Corte puede insertar en la toma de decisiones colectiva a lo largo del tiempo.

El ideal de una Corte Constitucional deliberativa aprobado en este libro contribuye también a esa respuesta. Se deriva, sin embargo, de otro frente. Proporciona una medida gradual de salida de la legitimidad y prescribe que la legitimidad de las Cortes Constitucionales varía según su desempeño deliberativo; es un proyecto eterno. Una Corte estará más o menos legitimada por lo que hace, no por el poder que ha recibido formalmente. La gente puede estar en desacuerdo, por supuesto, sobre la corrección de las decisiones de la Corte (en la misma medida en que están o no de acuerdo con la corrección de cualquier otra decisión política). Esto no puede probar que una comunidad política, como Waldron podría sugerir, recurriera automáticamente a la regla de la mayoría como el único y decisivo método decisional<sup>4</sup>. Una Corte que comparte las estructuras éticas e institucionales esbozadas en este libro tiene una contribución insustituible para hacer que esta declaración normativa pueda ser aplicable a tres escenarios teóricos imaginables.

---

<sup>3</sup> KUMM, 2007.

<sup>4</sup> WALDRON, 2001 y 2006a.

Una «modesta tercera mejor respuesta» podría reaccionar ante la objeción democrática al señalar las circunstancias en las que no existe una estructura decente de representación electoral que alimente el valor democrático práctico y simbólico de un Parlamento electo. Tal como Waldron señala, incluso en Cortes no deliberativas, el control de constitucionalidad podría justificarse en «casos no fundamentales»<sup>5</sup>. En circunstancias poco ideales para que la política electoral prospere, una Corte Constitucional, ya sea deliberativa o no, sería un dispositivo deseable. Sería difícil negar que si, en primer lugar, se justifica el control constitucional, la Corte pueda mejorarse si se vuelve deliberativa en la forma políticamente sensible definida en este libro.

Una «modesta segunda mejor respuesta» podría afirmar que, si aceptamos que el control de constitucionalidad es un hecho histórico, una Corte deliberativa es menos vulnerable a la objeción democrática que una Corte no deliberativa. Es un argumento defensivo que trata de acomodar al control de constitucionalidad dentro de las teorías mayoritarias o populistas de la democracia. Si las Cortes Constitucionales están «ahí fuera» y no estamos en un momento constitucional fundacional en el que se puedan promover reformas institucionales a gran escala, el comportamiento «menos antidemocrático» de las Cortes, de acuerdo con estas concepciones de democracia, sería uno deliberativo. Dadas las contingencias de la historia institucional, en otras palabras, la mejor Corte Constitucional que podría tener un régimen democrático sería la que se bosqueja en este libro.

Todavía se podría presentar una «ambiciosa primera mejor respuesta» que investigue cómo una Corte, en lugar de un lamentable remedio a una situación patológica (tercera mejor) o un lamentable accidente histórico que una comunidad política está obligada a tolerar (segunda mejor), puede ser una parte constitutiva de la democracia, siempre que este régimen sea concebido bajo el marco deliberativo. Tal posición teórica no necesariamente denotaría un «sesgo a favor de las Cortes»<sup>6</sup> o excluiría otros foros deliberativos atractivos. Sin embargo, apreciaría el carácter singular de la deliberación de la Corte<sup>7</sup>.

La defensa más pura para una Corte Constitucional deliberativa sería la que no solo niega a los Parlamentos elegidos un supuesto re-

<sup>5</sup> «Los casos no principales» a diferencia de «los casos principales» son circunstancias no ideales en las cuales el control constitucional sería defendible y la supremacía parlamentaria indeseable. Esto comprende un juego de rasgos empíricos unidos a la cultura política y a las prácticas institucionales. Véase WALDRON, 2006a.

<sup>6</sup> Esto es una calidad que Michael WALZER identifica en el debate americano sobre la democracia deliberativa (WALZER, 2004: 91). Este autor lamenta que las Cortes son el lugar «donde las tuercas y tornillos de la membresía (han sido) más frecuentemente dirigidas en épocas recientes» (*ibid.*: XIII).

<sup>7</sup> DA SILVA ofrece una fórmula similar de legitimidad: «Cuantas más modalidades de organización interna y prácticas acostumbradas de un tribunal dado funcionan como incentivos para la deliberación racional, más legítimo el control de constitucionalidad ejercido por este tribunal».

conocimiento democrático, sino que también logra demostrar que, cualquiera que sea el desempeño deliberativo de un Parlamento, una Corte deliberativa agrega una capacidad institucional no fungible forjada por sus numerosas características procesales distintivas. Bajo este prisma teórico, a una Corte Constitucional no se le concede fácilmente un título democrático, pero puede perseguirlo y aprovecharlo por medio de una deliberación de buena calidad. En ambientes ideales y no ideales, una Corte Constitucional deliberativa tendría un espacio digno de ocupar. Los demócratas deliberativos no deberían ignorar cómo las Cortes Constitucionales podrían mejorar su proyecto político. Esa es una cuestión que vale la pena desarrollar.

Mi análisis suspendió y anuló el marco tradicional en el que se ha abordado la legitimidad democrática de las Cortes Constitucionales. Trató de evitar el riesgo de quedarse atascado en la camisa de fuerza binaria que representa una oposición de todo o nada entre los Parlamentos elegidos y las Cortes no electas y, por tanto, elitistas. Este debate sin trabas sobrepasa un número significativo de variables institucionales y termina perdiendo diferentes grados de legitimidad que los estándares de desempeño captan. Independientemente de si aceptamos la presunta superioridad de la legitimidad de los Parlamentos elegidos, hay mucho trabajo teórico por hacer para poner a las Cortes en su peor estado y proceder a su reforma.

El libro, por tanto, no es de ninguna manera una disculpa incondicional o excesiva para las Cortes Constitucionales. El carácter sociopolítico estereotipado de la composición de una Corte, donde quiera que vaya en el tiempo y el espacio, ha estado más a menudo del lado de la conservación que del lado de la transformación. Este bagaje histórico ha generado, en una época democrática imperante, un amplio repertorio de consignas antijudiciales.

En este contexto, un lector puede inferir de este libro una defensa para una «deliberación senatorial intracurial» basada en la conducta o *ethos*, además de la ética de la elite y la virtud. Esa escéptica vacilación podría estar fundada sociológicamente. Sin embargo, cuando uno tiene que pensar en caminos alternativos para diseñar y mejorar las Cortes Constitucionales en democracia, ese juicio apresurado puede ser cognitivamente paralizante. La dignidad de una Corte deliberativa no se relaciona con las campanas y los murmullos de las liturgias misticadoras de la misma, sino con algo más significativo. Por muy plausible que sea el escepticismo como cuestión de historia política y por muy silencioso que sea en lo que respecta al carácter distintivamente elitista de los Parlamentos, el libro no excluye formas alternativas de diseñar el lugar y la función de una Corte Constitucional. En cambio, invita a nuevas experiencias institucionales.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, 1984: «The Storrs Lectures: Discovering the Constitution», *Yale Law Journal*, vol. 93, núm. 6, pp. 1013-1072.
- 1995: *We The People: Foundations*, Cambridge, Harvard University Press.
- ALARIE, Benjamin; GREEN, Andrew, y IACOBUCCI, Edward, 2011: «Is Bigger Always Better? On Optimal Panel Size, with Evidence from the Supreme Court of Canada», *Legal Studies Research Paper*, núm. 08-15, Universidad de Toronto.
- ALEXY, Robert, 1989: «On Necessary Relations Between Law and Morality», *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 2, pp. 167-183.
- 2002: *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press.
- 2005: «Balancing, Constitutional Review, and Representation», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, núm. 4, pp. 572-581.
- 2007: «Thirteen Replies», en George PAVLAKOS (ed.), *Law, Rights and Discourse*, Oxford, Hart.
- 2010: *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- ALFORD, Roger, 2006: «In Search of a Theory of Constitutional Comparativism», *UCLA Law Review*, núm. 52, pp. 639-714.
- ARAÚJO, Robert, 1991-1994: «Moral Issues and the Virtuous Judge: Reflections on the Nomination and Confirmation of Supreme Court Justices», *Catholic Lawyer*, vol. 35, núm. 4, pp. 178-213.
- ARDEN, Mary H., 2010: «A Matter of Style? The Form of Judgments in Common Law Jurisdictions», disponible en <http://www.judiciary.gov.uk>.
- ATRIA, Fernando, 2002: *On Law and Legal Reasoning*, Oxford, Hart.
- 2009: *La forma del derecho*, manuscrito del autor, y publicado como libro en 2016 por Marcial Pons (Madrid).
- BARAK, Aharon, 2006: *The Judge in a Democracy*, Princeton, Princeton University Press.
- BARAK-EREZ, Daphne, 2006: «An International Community of Legislatures?», en T. KAHANA y R. BAUMAN (eds.), *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, Cambridge University Press.
- BATEUP, Christine, 2006: «The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue», *Brooklyn Law Review*, vol. 71, núm. 3, pp. 1109-1180.
- BAUMAN, Richard y KAHANA, Tsvi (eds.), 2006: *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, Cambridge University Press.
- BENNETT, Robert W., 1990-1991: «A Dissent on Dissent», *Judicature*, núm. 74, pp. 255-260.
- BERKOWITZ, Roger, 2010: «Why We Must Judge. It's Not All Relative: Without Judgment, a Society Loses its Sense of Justice», *Democracy Journal*, núm. 18, pp. 56-69.

- BERKSON, Larry Charles, 1978: *The Supreme Court and its Publics*, Lanham, Lexington Books.
- BESSETTE, Joseph, 1994: *The Mild Voice of Reason*, Chicago, University of Chicago Press.
- BHAGWATI, P. N., 1992: «The Role of the Judiciary in the Democratic Process: Balancing Activism and Judicial Restraint», *Commonwealth Law Bulletin*, vol. 18, núm. 4, pp. 1262-1267.
- BICKEL, Alexander, 1957: *The Unpublished Opinions of Mr. Justice Brandeis*, Chicago, University of Chicago Press.
- 1961: «Foreword: The Passive Virtues», *Harvard Law Review*, núm. 75, pp. 40-79.
- 1962: *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis, Bobbs-Merrill.
- 1973: *The Caseload of the Supreme Court (and What, if Anything, to Do about It)*, Domestic Affairs Studies, 21, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research.
- BOHMAN, James, 1998: «The Coming of Age of Deliberative Democracy», *The Journal of Political Philosophy*, vol. 6, núm. 4, pp. 400-425.
- BRADY, Michael y PRITCHARD, Duncan, 2003: «Moral and Epistemic Virtues», *Metaphilosophy*, vol. 34, núm. 1, pp. 1-11.
- BRENNAN Jr., William, 1985: «In Defense of Dissents», *Hastings Law Journal*, núm. 37, pp. 427-438.
- BROWN, Donald E., 2004: «Human Universals, Human Nature & Human Culture», *Daedalus*, vol. 133, núm. 4, pp. 47-54.
- BURNS, John, 2009: «Beneath a British Scandal, Deeper Furies», *New York Times*, 23 de mayo de 2009.
- CAPPELETTI, Mauro, 1984: *O Controle judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, Porto Alegre, Fabris.
- CARDOZO, Benjamin, 1934: *Law and Literature*, New York, Harcourt Inc.
- CAROZZA, Paolo, 2003: «“My Friend is a Stranger”: The Death Penalty and the Global Jus Commune of Human Rights», *Texas Law Review*, vol. 81, pp. 1031-1090.
- CHAMBERS, Simone, 2003: «Deliberative Democratic Theory», *Annual Review of Political Science*, vol. 6, pp. 307-326.
- 2004: «Behind Closed Doors: Publicity, Secrecy and the Quality of Deliberation», *The Journal of Political Philosophy*, vol. 12, núm. 4, pp. 389-410.
- 2009: «Rhetoric and The Public Sphere: Has Deliberative Democracy Abandoned Mass Democracy?» *Political Theory*, vol. 37, núm. 3, pp. 323-350.
- CHOUDHRY, Sujit, 1999: «Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation», *Indiana Law Journal*, vol. 74, pp. 819-892.
- 2006: «Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law», en Sujit CHOUDHRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press.
- 2008: «Ackerman’s Higher Lawmaking in Comparative Constitutional, Perspective, Constitutional Moments as Constitutional Failures?» *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, núm. 2, pp. 193-230.
- CHRISTIANO, Thomas, 1997: «The Significance of Public Deliberation», en James BOHMAN y William REHG (eds.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, Cambridge, MIT Press.
- COFFIN, Frank Morey, 1980: *The Ways of a Judge: Reflections from the Federal Appellate Bench*, Boston, Houghton Mifflin.

- COHEN, Joshua, 1997a: «Deliberation and Democratic Legitimacy», en James BOHMAN y William REHG (eds.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, Cambridge, MIT Press.
- 1997b: «Procedure and Substance in Deliberative Democracy», en James BOHMAN y William REHG (eds.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, Cambridge, MIT Press.
- COHEN, Morris R., 1914: «The Process of Judicial Legislation», *American Law Review*, vol. 48, pp. 161-198.
- 1915: «Legal Theories and Social Science», *International Journal of Ethics*, vol. 25, núm. 4, pp. 469-493.
- COLEMAN JR., William T., 1938: «The Supreme Court of the United States: Managing its Caseload to Achieve its Constitutional Purposes», *Fordham Law Review*, vol. 52, núm. 1, pp. 1-35.
- COLLIER, Helen V., 1992: «Collegiality Among Judges: No More High Noons», *Judges Journal*, vol. 31, pp. 4-10.
- CONDORCET, Marquis de, 1776: «Essay on the Application of Mathematics to the Theory of Decision-Making», *Condorcet: Selected Writings*, Indianapolis, Bobbs-Merrill.
- COOPER, Phillip, y BALL, Howard, 1997: *The United States Supreme Court: From the Inside Out*, New Jersey, Prentice Hall.
- COUSO, Javier, 2003: «The Politics of Judicial Review in Chile in the Era of Democratic Transition, 1990-2002», *Democratization*, vol. 10, núm. 4, pp. 70-91.
- DAVIDSON, Donald, 1991: *Inquiries Into Truth and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press.
- DELLI CARPINI, Michael X.; COOK, Fay Lomax, y JACOBS, Lawrence R., 2004: «Public Deliberation, Discursive Participation, and Citizen Engagement: A Review of the Empirical Literature», *Annual Review of Political Science*, vol. 7, pp. 315-334.
- DOUGLAS, William, 1948: «The Dissent: A Safeguard of Democracy», *Journal of American Judicial Society*, vol. 32, pp. 104-107.
- DRYZEK, John S., 1994: *Discursive Democracy: Politics, Policy, and Political Science*. Cambridge, Cambridge University Press.
- 2000a: *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations*, Oxford, Oxford University Press.
- 2000b: «Discursive Democracy vs. Liberal Constitutionalism», en Michael SAWARD (ed.), *Democratic Innovation: Deliberation, representation and association*, London, Routledge.
- 2010: «Rhetoric in Democracy: A Systemic Appreciation», *Political Theory*, vol. 38, núm. 3, pp. 319-339.
- DUFF, Antony, 2003: «The Limits of Virtue Jurisprudence», *Metaphilosophy*, vol. 34, núm. 1-2, pp. 214-224.
- DUVERGER, Maurice, 1964: *Political Parties*, London, Methuen.
- DWORKIN, Ronald, 1978: *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press.
- 1985: *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press.
- 1986: *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press.
- 1990: «Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court», *Alberta Law Review*, vol. 28, núm. 2, pp. 324-346.
- 1994: *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, Vintage.
- 1995: «Constitutionalism and Democracy», *European Journal of Philosophy*, vol. 3, núm. 1, pp. 2-11.
- 1996: *Freedom's Law: A Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press.

- 1998: «The Partnership Conception of Democracy», *California Law Review*, vol. 86, núm. 3, pp. 453-458.
- 2002: «Introduction», en Ronald DWORKIN (ed.), *A Badly Flawed Election*, New York, The New Press.
- 2004: «The Secular Papacy», en Robert BADINTER y Stephen BREYER, *Judges in Contemporary Democracy*, New York, New York University Press.
- 2006: *Is Democracy Possible Here?*, Princeton, Princeton University Press
- 2009: «Justice Sotomayor: The Unjust Hearings», *New York Review of Books*, 24 de septiembre.
- 2010: «The Temptation of Elena Kagan», *New York Review of Books*, 19 de agosto.
- 2011: *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Harvard University Press.
- EDWARDS, Harry T., 1991: «The Judicial Function and the Elusive Goal of Principled Decision-Making», *Wisconsin Law Review*, vol. 5, pp. 837-865.
- 1998: «Collegiality and Decision-Making on the D.C. Circuit», *Virginia Law Review*, vol. 84, núm. 7, pp. 1335-1370.
- 2002: «Race and the Judiciary», *Yale Law and Policy Review*, vol. 20, núm. 2, pp. 325-330.
- 2003: «The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, núm. 5, pp. 1639-1689.
- EHRMANN, Michael, y FRATZSCHER, Marcel, 2005: «Transparency, Disclosure and the Federal Reserve», *ECB Working Paper 457*, at ssrn.
- EISGRUBER, Christopher L., 2009: *The Next Justice: Repairing the Supreme Court Appointments Process*, Princeton, Princeton University Press.
- ELSTER, Jon, 1997: «The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory», en James BOHMAN y William REHG, *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, Cambridge, MIT Press.
- (ed.), 1998: *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- ELY, John Hart, 1977: «Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review», *Maryland Law Review*, vol. 37, núm. 3, pp. 451-487.
- 1980: *Democracy and Distrust: A Theory of judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press.
- EPP, Charles, 1998: *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, University of Chicago Press.
- ESKRIDGE, William, y FERREJOHN, John, 2008: «Constitutional Horticulture: Deliberation-Respecting Judicial Review», *Texas Law Review*, vol. 97, pp. 1273-1302.
- ESTLUND, David M., 1993: «Making Truth Safe for Democracy», en David COPP, Jean HAMPTON y John ROEMER (eds.), *The Idea of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 71-100.
- 2000: «Jeremy Waldron on Law and Disagreement», *Philosophical Studies*, vol. 99, núm. 1, pp. 111-128.
- 2004: *Deliberation Down and Dirty: Must Political Expression Be Civil?*, Indiana, The Poynter Center for the Study of Ethics and American Institutions-Indiana University.
- 2008: *Democratic Authority*, Princeton, Princeton University Press.
- ESTLUND, David M.; WALDRON, Jeremy; GROFMAN, Bernard, y FELD, Scott, 1989: «Democratic Theory and the Public Interest: Condorcet and Rousseau Revisited», *American Political Science Review*, vol. 83, núm. 4, pp. 1317-1340.
- FALLON, Richard H., 2005: «Legitimacy and the Constitution», *Harvard Law Review*, vol. 118, núm. 6, pp. 1787-1853.
- FARBER, Daniel, y SHERRY, Suzanna, 2009: *Judgment Calls: Principle and Politics in Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press.
- FERREJOHN, John, 2000: «Instituting Deliberative Democracy», en Ian SHAPIRO y Stephen MACEDO, *Nomos XLII: Designing Democratic Institutions*, New York, New York University Press.

- 2002a: «Judicializing Politics, Politicizing Law», *Law and Contemporary Problems*, vol. 65, núm. 3, pp. 41-68.
- 2002b: «Constitutional Review in the Global Context», *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, vol. 6, pp. 49-59.
- 2007: «Accountability in a Global Context», *ILLJ Working Paper*, núm. 2007/5, NYU Law School.
- 2008: «The Citizen's Assembly Model», en Mark WARREN y Hilary PEARSE (eds.), *Designing Deliberative Democracy: The British Columbia Citizens' Assembly*, Cambridge, Cambridge University Press.
- FEREJOHN, John, y PASQUINO, Pasqual, 2002: «Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice», en Wojciech SADURSKI (ed.), *Constitutional Justice, East and West*, The Hague, Kluwer Law International.
- 2003: «Rule of Democracy and Rule of Law», en J. M. MARAVALL y A. PRZEWORSKI (eds.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- 2004: «Constitutional Adjudication: Lessons From Europe», *Texas Law Review*, vol. 82, núm. 7, pp. 1671-1704.
- 2010: «Constitutional Adjudication: Italian Style», en Tom GINSBURG (ed.), actas de una conferencia en la Universidad de Chicago, octubre de 2009.
- FEREJOHN, John, y ESKRIDGE, William, 2001: «Super-Statutes», *Duke Law Journal*, vol. 50, pp. 1215-1276.
- FISCHER, Louis, 1988: *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*, Princeton, Princeton University Press.
- FISCHER, Louis, y DEVINS, Neal, 2004: *The Democratic Constitution*, New York, Oxford University Press.
- FISHKIN, James, 2009: *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation*, Oxford, Oxford University Press.
- FONTANA, Benedetto; NEDERMAN, Cary J., y REMER, Gary (eds.), 2004: *Talking Democracy: Historical Perspectives on Rhetoric and Democracy*, University Park, The Pennsylvania State University Press.
- FREEMAN, Samuel, 2000: «Deliberative Democracy: A Sympathetic Comment», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 29, núm. 4, pp. 371-418.
- FRIEDMAN, Barry, 1992: «When Rights Encounter Reality», *Southern California Law Review*, vol. 65, pp. 735-797.
- 1993: «Dialogue and Judicial Review», *Michigan Law Review*, vol. 91, núm. 4, pp. 577-682.
- 1994: «Leadership and Majoritarianism: A Response», *Constitutional Commentary*, vol. 11, pp. 7-11.
- 2003: «Mediated Popular Constitutionalism», *Michigan Law Review*, vol. 101, núm. 8, pp. 2596-2636.
- 2005: «The Politics of Judicial Review», *Texas Law Review*, vol. 84, núm. 2, pp. 257-337.
- 2006: «Taking Law Seriously», *Perspectives on Politics*, vol. 4, núm. 2, pp. 261-276.
- 2010: *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York, Farrar, Straus and Giroux.
- FRIEDMAN, Barry, y LITHWICK, Dahlia, 2010: «Speeding Locomotive: Did the Roberts Court misjudge the public mood on campaign finance reform?», *Slate*, 25 de octubre de 2010.
- FULLER, Lon, 1958: «Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart», *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, pp. 630-672.

- 1960: «Adjudication and the Rule of Law», *American Society of International Law and Process*, vol. 54, pp. 1-8.
- 1968: *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press.
- 1978: «The Forms and Limits of Adjudication», *Harvard Law Review*, vol. 92, núm. 2, pp. 353-409.
- FUNG, Archon, 2005: «Deliberation Before the Revolution: Toward an Ethics of Deliberative Democracy in an Unjust World», *Political Theory*, vol. 33, núm. 3, pp. 397-419.
- GALLIE, W. B., 1964: «Essentially Contested Concepts», *Philosophy and the Historical Understanding*, London, Chatto & Windus.
- GARDBAUM, Stephen, 2001: «The New Commonwealth Model of Constitutionalism», *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, núm. 4, pp. 707-760.
- 2010: «Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, núm. 2, pp. 167-206.
- GARGARELLA, Roberto, 1996: *La justicia frente al Gobierno – sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel.
- 2003: «In Search of a Democratic Justice What Courts Should Not Do: Argentina, 1983-2002», *Democratization*, vol. 10, núm. 4, pp. 181-197.
- GASTIL, John, 2008: *Political communication and deliberation*, Thousand Oakes, Sage Publications.
- GHOSH, Eric, 2010: «Deliberative Democracy and the Countermajoritarian Difficulty: Considering Constitutional Juries», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, núm. 2, pp. 327-359.
- GINSBURG, Ruth Bader, 1990a: «On Muteness, Confidence and Collegiality: a Response to Professor Nagel», *Colorado Law Review*, vol. 61.
- 1990b: «Remarks on Writing Separately», *Washington Law Review*, vol. 65, pp. 133-150.
- 1992a: «Speaking in a judicial voice», *NYU Law Review*, vol. 67, núm. 6, pp. 1185-1209.
- 1992b: «Styles of Collegial Judging», *Federal Bar News & Journal*, vol. 39, núm. 3, p. 199.
- 1995: «Communicating and Commenting on the Court's Work», *Georgetown Law Journal*, vol. 83, núm. 6, pp. 2119-2128.
- GLENDON, Marry Arm, 1992: «Rights in the Twentieth-Century Constitutions», *The University of Chicago Review*, vol. 59, núm. 1, pp. 519-538.
- 1993: *Rights Talk: The impoverishment of Political Discourse*, New York, Free Press.
- GOLDSWORTHY, Jeffrey (ed.), 2006: *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, Oxford, Oxford University Press.
- GOODIN, Robert, 2003: *Reflective Democracy*, Oxford, Oxford University Press.
- 2006: «Democratic Deliberation Within», en Peter LASLETT y James FISHKIN (ed.), *Debating Deliberative Democracy*, Oxford, Blackwell Publishing.
- GREENHOUSE, Linda, 1995: «Telling the Court's Story: Justice and Journalism at the Supreme Court», *Yale Law Journal*, vol. 105, núm. 6, pp. 1537-1561.
- 2005: «What got into the court? What happens next?», *Maine Law Review*, vol. 57, núm. 1, pp. 1-12.
- GRIMM, Dieter, 2000: «Constitutional Adjudication and Democracy», en Mads ANDENAS (ed.), *Judicial Review in International Perspective, Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, Dordrecht, Kluwer.
- 2003: «To Be A Constitutional Court Judge», Serie «Conferencias de Compañeros Distinguidos» – Una conversación con el Profesor Dieter Grimm, NYU School of Law, Hauser Program, 3 de marzo. Transcripciones disponibles en la web de NYU.
- 2009: «Constitutions, Constitutional Court and Constitutional Interpretation at the Interface of Law and Politics», en Bogdan IANCU (ed.), *The Law/Pol-*

- itics Distinction in Contemporary Public Law Adjudication*, The Hague, Eleven Publishing.
- GUTMANN, Amy, 2006: «Foreword: Legislatures in the Constitutional State», en T. KAHANA y R. BAUMAN (eds.), *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, Cambridge University Press.
- GUTMANN, Amy, y THOMPSON, Dennis, 1996: *Democracy and disagreement*, Cambridge, Harvard University Press.
- 2002: «Deliberative Democracy Beyond Process», *The Journal of Political Philosophy*, vol. 10, núm. 2, pp. 153-174.
- HABERMAS, Jürgen, 1996: *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, William Rehg (trad.), Cambridge, MIT Press.
- 1997: «Popular Sovereignty as Procedure», en James BOHMAN y William REHG, *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, Cambridge, MIT Press.
- 2005: «Concluding Comments on Empirical Approaches to Deliberative Politics», *Acta Politica*, vol. 40, núm. 3, pp. 384-392.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James, y JAY, John, 2003: en Terence BALL (ed.), *The Federalist*, Cambridge, Cambridge University Press.
- HAND, Learned, 1964: *The Bill of Rights*, New York, Atheneum Books.
- HART, Herbert, 1958: «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, pp. 593-629.
- 1961: *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press.
- HESSICK, F. Andrew, y JORDAN, Samuel P., 2009: «Setting the Size of the Supreme Court», *Arizona State Law Journal*, vol. 41, pp. 645-708.
- HIRSCHL, Ran, 2008: «The “Design Sciences” and Constitutional “Success”», *Texas Law Review*, vol. 97, pp. 1339-1374.
- HOECKE, Mark Van, 2001: «Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation», *Ratio juris*, vol. 14, núm. 4, pp. 415-423.
- HOGG, Peter, y BUSHELL, Allison, 1997: «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)», *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, núm. 1, pp. 75-124.
- HOGG, Peter; BUSHELL, Allison, y WRIGHT, Wade K., 2007: «“Charter Dialogue” Revisited – Or Much Ado About Metaphors», *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, núm. 1, pp. 1-66.
- HURSTHOUSE, Rosalyn, 2002: *On Virtue Ethics*, Oxford, Oxford University Press.
- IFFIL, Sherrilyn, 2000: «Racial Diversity on the Bench: Beyond Role Models and Public Confidence», *Washington and Lee Law Review*, vol. 57, núm. 2, pp. 405-496.
- JACKSON, Vicki, 2005: «Constitutional Comparisons, Convergence, Resistance, Engagement», *Harvard Law Review*, vol. 119, núm. 1, pp. 108-128.
- 2010: *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford, Oxford University Press.
- JOLOWICZ, J. A., 2003: «Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, pp. 281-295.
- KELMAN, Maurice, 1985: «The Forked Path of Dissent», *Supreme Court Review*, vol. 1985, pp. 227-255.
- KELSEN, Hans, 1931: «Wer sol der Hueter der Verfassung sein?», *Die Justiz*, vol. 6, pp. 576-628.
- 1942: «Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution», *The journal of Politics*, vol. 4, núm. 2, pp. 183-200.
- KENNEDY, Duncan, 1998: *A Critique of Adjudication*, Cambridge, Harvard University Press.

- KLUG, Heinz, 2011: «Finding Its Place», *Constitutional Court Review*, vol. 3, pp. 33-44.
- KORNHAUSER, Lewis, y SAGER, Lawrence, 1986: «Unpacking the Court», *The Yale Law Journal*, vol. 96, núm. 1, pp. 82-117.
- 1993: «The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts», *California Law Review*, vol. 81, núm. 1, pp. 1-59.
- KUMM, Mattias, 2007: «Institutionalizing Socratic Contestation», *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, núm. 2, pp. 1-32.
- LASSER, Mitchell, 2004: *Judicial Deliberations*, Oxford, Oxford University Press.
- LEFLAR, Robert, 1983: «The multi judge decisional process», *Modern Law Review* vol. 42, núm. 4, pp. 722-731.
- LEGRAND, Pierre, 1996: «How to Compare Now», *Legal Studies*, vol. 16, núm. 2, pp. 232-242.
- LE SUEUR, Andrew, 2008: «A report on six seminars about the UK Supreme Court», *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper*, núm. 1/2008, SSRN.
- LE SUEUR, Andrew, y CORNES, Richard, 2000: «What Do Top Courts Do?», *UCL Constitution Unit Papers*, junio de 2000. Disponible en <http://www.ucl.ac.uk/spp/publications>.
- LEVINSON, Sanford, 2006: *Our Undemocratic Constitution*, Oxford, Oxford University Press.
- LIPTAK, Adam, 2010a: «In a Polarized Court, Getting the Last Word», *New York Times*, 8 de marzo de 2010.
- 2010b: «Justices Are Long on Words but Short on Guidance», *New York Times*, 17 de noviembre de 2010.
- 2011: «Doing the Judicial Math on Health Care», *New York Times*, 5 de febrero de 2011.
- LLEWELLYN, Karl, 1960: *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston, Little Brown & Company.
- LUTZ, Donald, 2006: *Principles of Constitutional Design*, Cambridge, Cambridge University Press.
- MACCORMICK, Neil, 1978: *Legal Theory and Legal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press (reimpreso en 2003).
- 1989: «The Ethics of Legalism», *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 2, pp. 184-193.
- 1995: «The Relative Heteronomy of Law», *European Journal of Philosophy*, vol. 3, núm. 1, pp. 69-85.
- 2005: *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- MACCORMICK, Neil, y SUMMERS, Robert, 1997: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Farnham, Ashgate Publishing.
- MANIN, Bernard, 1987: «On Legitimacy and Political Deliberation», *Political Theory*, vol. 15, núm. 3, pp. 338-368.
- 1994: «Checks, Balances and Boundaries: The Separation of Powers in the Constitutional Debate of 1787», en Biancamaria FONTANA (ed.), *The invention of modern republic*, Cambridge, Cambridge University Press.
- 1997: *The Principles of Representative Government*, Cambridge, Cambridge University Press.
- 2005: «Democratic Deliberation: Why Should We Promote Debate Rather Than Discussion», Paper presentado en el Seminario del Programa sobre Ética y Asuntos Públicos, Universidad de Princeton.
- MANIN, Bernard, y LEV-ON, Azi, 2009: «Happy Accidents: Deliberation and Online Exposure to Opposing Views», en Todd DAVIES y Seeta PEÑA GANGADHARAN (eds.), *Online Deliberation: Design, Research and Practice*, Stanford, CSLI Publications.
- MANBRIDGE, Jane; BOHMAN, James; CHAMBERS, Simone; ESDUND, David; FOLLESDAL, Andreas; FUNG, Archon; LAFONT, Cristina; MANIN, Bernard, y MARTÍ, José Luis,

- 2010: «The Place of Self-Interest and the Role of Power in Deliberative Democracy», *The Journal of Political Philosophy*, vol. 18, núm. 1, pp. 64-100.
- MARSHALL, Thomas R., 1989: *Public Opinion and the Supreme Court*, Boston, Unwin Hyman.
- 2008: *Public Opinion and the Rehnquist Court*, New York, State University of New York Press.
- MARTÍ, Jose Luis, 2006: «The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended», en Samantha BESSON y Jose Luis MARTÍ (eds.), *Deliberative Democracy and Its Discontents*, Farnham, Ashgate.
- MAVICIC, Arne, 2010: *A Tabular Presentation of Constitutional Judicial Review around the World*. Disponible en <http://www.concourts.net> (diciembre de 2010).
- MCRUDDEN, Christopher, 2008: «Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights», *The European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 4, *Oxford Legal Studies Research Papers*, núm. 24/2008, en SSRN.
- MEDINA, Diego Lopez, 2004: *Teoría Impura del Derecho*, Bogotá, Legis.
- MEHTA, Pratap Bhanu, 2007: «The Rise of Judicial Sovereignty», *Democracy*, vol. 18, núm. 2, pp. 70-83.
- MENDES, Conrado Hübner, 2008a: *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, São Paulo, Elsevier.
- 2008b: *Direitos Fundamentais, Separacao de Poderes e Deliberacao*, tesis doctoral aprobada por el Departamento de Ciencias Políticas de la Universidad de São Paulo.
- 2009a: «Is it All About the Last Word?» *Legisprudence*, vol. 3, núm. 1, pp. 69-110.
- 2009b: «Not the Last Word, But Dialogue», *Legisprudence*, vol. 3, núm. 2, pp. 191-246.
- MICHELMAN, Frank, 1986: «Traces of Self-Government», *Harvard Law Review*, vol. 100, 1, pp. 4-77.
- 1999: *Brennan and Democracy*, Princeton, Princeton University Press.
- 2003: «Reflection-Comparative Avenues in Constitutional Law», *Texas Law Review*, vol. 82, núm. 7, pp. 1737-1761.
- 2008: «On the Uses of Interpretive Charity: Some Notes on Application, Avoidance, Equality and Objective Unconstitutionality from the 2007 Term of the Constitutional Court of South Africa», *Constitutional Court Review*, vol. 1, núm. 1, pp. 1-61.
- MILL, John Stuart, 1998: «Considerations on Representative Government», *John Stuart Mill on Liberty and Other Essays*, Oxford, Oxford World Classics.
- MILLER, Laurel (ed.), 2010: *Framing the State in Times of Transition: Case Studies in Constitution Making*, Washington, United States Institute of Peace Press.
- MINOW, Martha, y ROSENBLUM, Nancy (eds.), 2003: *Breaking the Cycles of Hatred: Memory, Law, and Repair*, Princeton, Princeton University Press.
- MOUFFE, Chantal, 2000a: *The Democratic Paradox*, London, Verso.
- 2000b: «Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism», Institute for Advanced Studies, Vienna.
- MUKHOPADHAYA, Kaushik, 2003: «Jury Size and the Free Rider Problem», *The Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 19, núm. 1, pp. 24-44.
- MURPHY, Walter, 2009: «Designing a Constitution: Of Architects and Builders», *Texas Law Review*, vol. 87, núm. 7, pp. 1303-1338.
- MUTZ, Diana, 2008: «Is Deliberative Democracy a Falsifiable Theory?», *Annual Review of Political Science*, vol. 11, pp. 521-538.
- NADELMANN, Kurt, 1959: «The judicial Dissent: Publication v. Secrecy», *American Journal of Comparative Law*, vol. 8, núm. 4, pp. 415-432.
- 1964: «Non-disclosure of dissents in constitutional courts: Italy and West Germany», *American Journal of Comparative Law*, vol. 13, núm. 2, pp. 268-275.

- NELSON, William E., 2000: *Marbury v. Madison, The Origins and Legacy of Judicial Review*, Lawrence, University Press of Kansas.
- NEUMANN, Franz 1986: *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Oxford, Berg Publishers.
- NINO, Carlos S., 1996: *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press.
- OAKLEY, Justin, 1996: «Varieties of Virtue Ethics», *Ratio*, vol. 9, núm. 2, pp. 128-152.
- O'CONNOR, Francis, 1998: «The Art of Collegiality: creating consensus and coping with dissent», *Massachusetts Law Review*, vol. 83, pp. 93-96.
- ONWUACHI-WILLIG, Angela, 2006: «Representative Government, Representative Court? The Supreme Court as a Representative Body», *Minnesota Law Review*, vol. 90, pp. 1252-1274.
- ORTH, John, 2006: *How Many judges Does It Take to Make a Supreme Court?*, Lawrence, University Press of Kansas.
- OWENS, Ryan J., y WEDEKING, Justin, 2010: «Justices and Legal Clarity: Analyzing the Complexity of Supreme Court Opinions», *Law & Society*, vol. 45, núm. 4, pp. 1027-1061, en SSRN.
- PATERSON, Alan, 1982: *The Law Lords*, London, Macmillan Press.
- PARKINSON, John, 2007: «The House of Lords: A Deliberative Democratic Defence», *The Political Quarterly*, vol. 78, núm. 3, pp. 374-381.
- PASQUINO, Pasquale, 1998: «Constitutional Adjudication and Democracy: Comparative Perspectives: USA, France, Italy», *Ratio Juris*, vol. 11, núm. 1, pp. 38-50.
- 1999: «Lenient Legislation: the Italian Constitutional Court», Unpublished, provided by the author.
- PATEMAN, Carole, 1970: *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, Cambridge University Press.
- PERJU, Vlad, 2005: «Comparative Constitutionalism and the Making of a New World Order», *Constellations*, vol. 12, núm. 4, pp. 464-486.
- 2010: «Cosmopolitanism and Constitutional Self-Government», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, núm. 3, pp. 326-353, *Boston College Law School Legal Studies Research Paper*, núm. 201, en SSRN.
- PERSILY, Nathaniel, 2008: «Introduction», en N. PERSILY, J. CITRIN y P. EGAN, *Public Opinion and Constitutional Controversy*, Oxford, Oxford University Press.
- PETTIT, Philippe, 1997: *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press.
- 2004a: «Democracy and Common Valuations», *Associations*, vol. 8, pp. 71-75.
- 2004b: «Depoliticizing Democracy», *Ratio Juris*, vol. 17, núm. 1, pp. 52-65.
- 2005: «Two-dimensional Democracy, National and International», *IILJ Working Paper*, núm. 2005/8, en SSRN.
- 2006: «Deliberative Democracy, the Discursive Dilemma, and Republican Theory», en Peter LASLETT y James FISHKIN (eds.), *Debating Deliberative Democracy*, New Jersey, Blackwell Publishing.
- PICKERILL, J. Mitchell, 2004: *Constitutional Deliberation in Congress: The Impact of judicial Review in a Separated System*, Durham, Duke University Press.
- POSNER, Richard, 1999: *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Cambridge, Harvard University Press.
- POUND, Roscoe, 1953: «Cacoethes Dissentiendi: The Heated Judicial Dissent», *ABA, Journal*, September: 794-795.
- POWELL Jr., Lewis, 2004: «What Really Goes on at the Supreme Court», en David O'BRIEN (ed.), *Judges on Judging: Views From the Bench*, Washington, CQ Press.
- PRZEWORSKI, Adam, 1998: «Deliberation and Ideological Domination», en Jon ELSTER (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press.

- PRZEWORSKI, Adam; ALVAREZ, Michael; LIRNONGI, Fernando, y CHEIBUB, J. A., 1996: «Classifying Political Regimes», *Studies in Comparative International Development*, vol. 31, núm. 2, pp. 3-36.
- PUTNAM, Robert, 1993: *Making Democracy Work: Civic Traditions in Italy*, Princeton, Princeton University Press.
- QUICK, Brenda Jones, 1991: «Whatever happened with respectful dissent?», *ABA Journal*, junio, pp. 62-63.
- RAWLS, John, 1971: *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press.
- 1997a: «The Idea of Public Reason», en James BOHMAN y William REHG (eds.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, Cambridge, MIT Press.
- 1997b: «The Idea of Public Reason Revisited», *The University of Chicago Law Review*, vol. 64, núm. 3, pp. 765-807.
- 2005: *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press.
- RAZ, Joseph, 1979: *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- 1986: *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press.
- REHNQUIST, William, 2004: «The Supreme Court's Conference», en David O'BRIEN (ed.), *Judges on judging: Views From the Bench*, Washington, CQ Press.
- REMER, Gary, 1999: «Political Oratory and Conversation: Cicero versus Deliberative Democracy», *Political Theory*, vol. 27, núm. 1, pp. 39-64.
- ROBERTSON, David, 2000: «The House of Lords as a Political and Constitutional Court: Lessons from the Pinochet Case», en Diana ROODHOUSE (ed.), *The Pinochet Case: A Legal and Constitutional Analysis*, Oxford, Hart Publishing.
- 2010: *The Judge as a Political Theorist: Contemporary Constitutional Review*, Princeton, Princeton University Press.
- ROSTBOLL, Christian, 2005: «Preferences and Paternalism: on freedom and deliberative democracy», *Political Theory*, vol. 33, núm. 3, pp. 370-396.
- 2008: *Deliberative Freedom: Deliberative Democracy as Critical Theory*, Albany, State University of New York Press.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1994: *Discourse on Political Economy and the Social Contract*, Christopher Betts (trad.), New York, Oxford University Press.
- ROUX, Theunis, 2003: «Legitimizing Transformation: Political Resource Allocation in the South African Constitutional Court», *Democratization*, vol. 10, núm. 4, pp. 92-111.
- 2005: «The constitutional framework and the deepening democracy in South Africa» *Policy Issue & Actors*, vol. 18, núm. 6, pp. 1-17
- 2009: «Principle and pragmatism on the Constitutional Court of South Africa», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, núm. 1, pp. 106-138.
- RYFE, D. M. , 2005: «Does deliberative democracy work?», *Annual Review of Political Science*, vol. 8, núm. 1, pp. 49-71.
- SACHS, Albie, 2009: *The Strange Alchemy of Life and Law*, Oxford, Oxford University Press.
- SANDEL, Michael, 2010: *Justice: What's the Right Thing to Do?*, New York, Farrar, Straus and Giroux.
- SANDERS, Lynn, 1997: «Against Deliberation», *Political Theory*, vol. 25, núm. 3, pp. 1-17.
- SARTORI, Giovanni, 1970: «Concept misformation in comparative politics», *The American Political Science Review*, vol. 64, núm. 4, pp. 1033-1053.
- SCHAUER, Frederick, 1992: «Deliberating about Deliberation», *Michigan Law Review*, vol. 90, núm. 6, pp. 1187-1202.
- SCHAUER, Frederick, y ALEXANDER, Larry, 1997: «On Extrajudicial Constitutional Interpretation», *Harvard Law Review*, vol. 110, núm. 7, pp. 1359-1387.
- SCHMITT, Carl, 2000: *The Crisis of Parliamentary Democracy*, Ellen Kennedy (trad.), Cambridge, MIT Press.
- 2007: *The Concept of the Political*, Chicago, University of Chicago Press.

- 2008: *Constitutional Theory*, Jeffrey Seitzer (trad.), Durham, Duke University Press.
- SCHMITTER, Philippe C., 2005: «Two cheers for deliberation», *European Political Science*, vol. 4, núm. 4, pp. 430-435.
- SCHROEDER, Christopher H., 2002: «Deliberative Democracy's Attempt to Turn Politics into Law», *Law and Contemporary Problems*, vol. 65, núm. 3, pp. 95-132.
- SCHWARTZ, Bernard, 1985: *The Unpublished Opinions of the Warren Court*, Oxford, Oxford University Press.
- 1988: *The Unpublished Opinions of the Burger Court*, Oxford, Oxford University Press.
- 1996: *The Unpublished Opinions of the Rehnquist Court*, Oxford, Oxford University Press.
- SHAPIRO, Ian, 2002: «Optimal Deliberation?», *The Journal of Political Philosophy*, vol. 10, núm. 2, pp. 196-211.
- SHAPIRO, Martin, y STONE-SWEET, Alec, 2002: *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford, Oxford University Press.
- SHERRY, Suzanna, 1986: «The Gender of Judges», *Law and Inequality*, vol. 4, núm. 1, pp. 159-169.
- 1998: «Textualism and Judgment», *The George Washington Law Review*, vol. 66, núms. 5 y 6, pp. 1148-1152.
- 1998b: «Judicial Independence: Playing Politics with the Constitution», *Georgia State University Law Review*, vol. 14, núm. 4, pp. 795-815.
- 2003: «Judges of Character», *Wake Forest Law Review*, vol. 38, núm. 2, pp. 793-812.
- 2004: «Hard Cases Make Good Judges», *Northwestern University Law Review*, vol. 99, núm. 1, pp. 3-32.
- 2005: «Politics and Judgment», *Missouri Law Review*, vol. 70, núm. 4, pp. 973-987.
- SHERRY, Suzanna, y FARBER, Daniel 2009: *Judgment Calls: Principle and Politics in Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press.
- SILVA, Virgilio Afonso da, 2006: «Duverger's Laws: Between social and institutional determinism», *European Journal of Political Research*, vol. 45, núm. 1, pp. 31-41.
- 2009: «O STF e o controle de constitucionalidade: dialogo, deliberacao e razao pública», *Revista de Direito Administrativo*, vol. 250.
- 2013: «Deciding Without Deliberating», *International journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 3, pp. 557-584.
- SILVA, Virgilio Afonso da, y MENDES, Conrado Hübner, 2008: «Habermas e a jurisdicao constitucional», en M. NOBRE y R. TERRA, *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*, São Paulo, Malheiros.
- SINGER, Peter, y LAZARI-RADEK, Katarzyna de, 2010: «Secrecy in Consequentialism: a Defence of Esoteric Morality», *Ratio*, vol. 23, núm. 1, pp. 34-58.
- SLAUGHTER, Anne-Marie, 2003: «A Global Community of Courts», *Harvard International Law journal*, vol. 44, núm. 1, pp. 191-219.
- SOLUM, Lawrence B., 2003: «Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centred Theory of Judging», *Metaphilosophy*, vol. 34, núm. 1, pp. 178-213.
- 2004a: «The Aretaic Turn in Constitutional Theory», *University of San Diego School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series Research*, núm. 04-03.
- 2004b: «Judicial Selection: Ideology versus Character», *University of San Diego School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, núm. 04-07.
- 2004c: «A Tournament of Virtue», *University of San Diego School of Law, Legal Studies Research Paper Series*, núm. 05-16.

- SOTOMAYOR, Sonia, 2009: «A Latina Judge's Voice», *New York Times*, 14 de mayo de 2009.
- STACK, Kevin, 1996: «The Practice of Dissent in the Supreme Court», *Yale Law Journal*, vol. 105, núm. 8, pp. 2235-2259.
- STOKES, Susan, 1998: «Pathologies of Deliberation», en Jon ELSTER (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- STONE-SWEET, Alec, 1992: *The Birth of judicial Politics in France*, Oxford, Oxford University Press.
- 2000: *Governing With Judges*, Oxford, Oxford University Press.
- STRAUSS, David A., 1996: «Common Law Constitutional Interpretation», *University of Chicago Law Review*, vol. 63, núm. 3, pp. 877-935.
- SUNSTEIN, Cass, 1994: «Incompletely Theorized Agreements», *Harvard Law Review*, vol. 108, núm. 7, pp. 1733-1772.
- 1996: «The Supreme Court, 1995 Term-Foreword: Leaving Things Undecided», *Harvard Law Review*, vol. 110, núm. 1, pp. 4-101.
- 1998: *The Partial Constitution*, Cambridge, Harvard University Press.
- 2000: «Constitutional Agreements Without Constitutional Theories», *Ratio Juris*, vol. 13, núm. 1, pp. 117-130.
- 2001: *One Case at a Time Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press.
- 2002: «On a Danger of Deliberative Democracy», *Daedalus*, vol. 131, núm. 4, pp. 120-124.
- 2005: «Testing minimalism: a reply», *Michigan Law Review*, vol. 104, núm. 1, pp. 123-130.
- TACHA, Deanell Reece, 1995: «The "C" Word: on Collegiality», *Ohio State Law Journal*, vol. 56, pp. 585-592.
- TALBOT, Margaret, 2010: «A Risky Proposal: Is it Too Soon to Petition the Supreme Court on gay marriage?», *New Yorker*, 18 de enero.
- TAYLOR, Matthew M., 2009: «Curbing the Courts; Latin American Lessons on Curtailing judicial Independence», paper presentado en el Encuentro de la Asociación de Ciencias Políticas de 2009, Toronto, Canadá, 1-4 de septiembre.
- THAYER, James B., 1893: «The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law», *Harvard Law Review*, vol. 7, núm. 3, pp. 129-156.
- THIBAUT, John, y WALKER, Laurens, 1978: «A Theory of Procedure», *California Law Review*, vol. 66, núm. 3, pp. 541-566.
- THOMPSON, Dennis F., 2004: *Restoring Responsibility: Ethics in Government, Business, and Healthcare*, Cambridge, Cambridge University Press.
- 2008: «Deliberative Democratic Theory and Empirical Political Science», *Annual Review of Political Science*, vol. 11, núm. 1, pp. 497-520.
- TOOBIN, Jeffrey, 2010: «After Stevens», *New Yorker*, 22 de marzo.
- TROPER, Michel, 1999: «La máquina y la norma. Dos modelos de Constitución», *Doxa*, vol. 22, pp. 330-347.
- TSEBELLIS, George, 2002: *Veto Players: How Political Institutions Work*, Princeton, Princeton University Press.
- TUSHNET, Mark, 2006: «Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design», en T. KAHANA y R. BAUMAN (eds.), *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, Cambridge University Press.
- TWINING, William, 1973: *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, London, Weidenfeld and Nicolson.
- UPRIMNY, Rodrigo, 2003: «The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia», *Democratization*, vol. 10, núm. 4, pp. 46-69.

- URBINATI, Nadia, 2008: *Representative Democracy: Principles and Genealogy*, Chicago, University of Chicago Press.
- 2004: «Reading J.S. Mill's The Subjection of Women as a Text of Deliberative Rhetoric», en Benedetto FONTANA *et al.* (eds.), *Talking Democracy*, University Park, Pennsylvania State University Press.
- 2010: «Unpolitical Democracy», *Political Theory*, vol. 8, núm. 1, pp. 65-92.
- VANBERG, Georg, 2005: *The Politics of Constitutional Review in Germany*, Cambridge, Cambridge University Press.
- VERÍSSIMO, Marcos Paulo, 2008: «A Constituicao de 1988 Vinte Anos Depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial a Brasileira», *Revista Direito GV*, vol. 4, núm. 2, pp. 407-440.
- VERMEULE, Adrian, 2006a: «Should We Have Lay Justices?», *Harvard Public Law Working Paper*, núm. 134, en SSRN.
- 2006b: «Constitutional Amendments and the Constitutional Common Law», en T. KAHANA y R. BAUMAN (eds.), *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, Cambridge University Press.
- 2007: *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*, New York, Oxford University Press.
- VERMEULE, Adrian, y GARRETT, Elizabeth, 2001: «Institutional Design of a Thayerian Congress», *Duke Law Journal*, vol. 50, núm. 5, pp. 1277-1333.
- VOLCANSEK, Mary L., 2000: *Constitutional Politics in Italy*, New York, St. Martin's Press.
- 2001: «Constitutional Courts as Veto-players: Divorce and Decrees in Italy», *European Journal of Political Research*, vol. 39, núm. 3, pp. 347-372.
- VON FRITZ, K., 1954: *The Theory of the Mixed Constitution in Antiquity: A Critical Analysis of Polybius' Political Ideas*, New York, Columbia University Press.
- WALDRON, Jeremy, 1999: *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press.
- 2001: *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press.
- 2002: «Judicial Power and Popular Sovereignty», en Mark A. GRABER y Michael PERHAC (eds.), *Marbury versus Madison: Documents and Commentary*, Washington, CQ Press.
- 2005a: «Foreign Law and the Modern Ius Gentium», *Harvard Law Review*, vol. 119, núm. 1, pp. 129-147.
- 2005b: «Legitimacy and Electoral Legitimacy», manuscrito sin publicar, archivo con el autor.
- 2006a: «The Core of the Case Against Judicial Review», *Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 6, pp. 1346-1406.
- 2006b: «How Judges Should Judge», *New York Review of Books*, 10 de agosto.
- 2007: «"Partly Laws Common to All Mankind": Foreign Law in American Courts», *Conferencias Storrs 2007*, Yale Law School, 10-12 de septiembre, disponible en la web de la Yale Law School.
- 2009a: «Judges as Moral Reasoners», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, núm. 1, pp. 2-24.
- 2009b: «Refining the question about judges' moral capacity», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, núm. 1, pp. 69-82.
- 2009c: «Legislatures Judging in Their Own Cause», *Legisprudence*, vol. 3, núm. 1, pp. 125-145.
- 2010: «Dignity and Defamation: The Visibility of Hate», *Harvard Law Review*, vol. 123, núm. 7, pp. 1596-1657
- WALKER, Neil, 2003: «After the Constitutional Moment», *The Federal Trust for education & research*, paper online, núm. 32.

- 2008: «Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, núm. 3, pp. 373-396.
- 2009: «Beyond the Holistic Constitution?», *University of Edinburgh School of Law Working Paper*, núm. 2009/16, en SSRN.
- 2010: «Final Appellate Jurisdiction in the Scottish Legal System», Scottish Government, Legal Division. Disponible en <http://www.scotland.gov.uk/publications>.
- WALUCHOW, Wil, 2005: «Constitutions as Living Trees: An Idiot Responds», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 18, núm. 2, pp. 1-58.
- 2007: *A Common Law theory of judicial Review: The Living Tree*, Cambridge, Cambridge University Press.
- WALZER, Michael, 1989: «Two Kinds of Universalism», Conferencia Tanner sobre Valores Humanos, 1 y 8 de mayo.
- 1990: «Review Essay: The virtue of incompleteness», *Theory and Society*, vol. 19, núm. 2, pp. 225-229.
- 2004: *Politics and Passion: Toward a More Egalitarian Liberalism*, New Haven, Yale University Press.
- 2008: «Preface», en Alan JOHNSON (ed.), *Global Politics After 9/11: The Democratiya Interviews*, London, Foreign Policy Centre.
- WEST, Sonja, 2006: «Concurring in Part & Concurring in the Confusion», *Michigan Law Review*, vol. 104, núm. 8, pp. 1951-1960.
- WILLIAMS, Katherine Y., y O'REILLY, Charles A., 1998: «Demography and Diversity in Organizations: A Review of 40 Years of Research», en L. L. CUMMINGS y B. M. STAW (eds.), *Research in Organizational Behavior* 20, Greenwich, CT, JAI Press.
- WILLS, Garry, 2010: «Behind Obama's Cool», *New York Times*, 7 de abril de 2010.
- WOLFE, Alan, 2006: «Why Conservatives Can't Govern», *Washington Monthly*, 1 de julio.
- WOLLHEIM, R., 1962: «A Paradox in the Theory of Democracy», en P. LASLETT et al. (eds.), *Philosophy, Politics and Society*, Oxford, Blackwell.
- WOOLMAN, Stu, y BISHOP, Michael (eds.), 2008: *Constitutional Conversations*, Pretoria, PULP.
- YOUNG, Iris Marion, 1996: «Communication and the Other: Beyond Deliberative Democracy», en S. BENHABIB (ed.), *Democracy and Difference*, Princeton, Princeton University Press.
- 2000: *Inclusion and Democracy*, Oxford, Oxford University Press.
- 2001: «Activist Challenges to Deliberative Democracy», *Political Theory*, vol. 29, núm. 5, pp. 670-690.
- ZOBELL, Karl M., 1958: «Division of Opinion in the Supreme Court: A History of Judicial Disintegration», *Cornell Law Quarterly*, vol. 44, núm. 2, pp. 186-214.
- ZURN, Christopher, 2007: *Deliberative Democracy and the Institutions of judicial Review*, Cambridge, Cambridge University Press.

## Reportaje

- MINISTERIO DE JUSTICIA DE REINO UNIDO, «The Report of the Advisory Panel on Judicial Diversity 2010», 24 de febrero de 2010, disponible en [http://www.equality-ne.co.uk/downloads/759\\_advisory-panel-judicial-diversity-2010.pdf](http://www.equality-ne.co.uk/downloads/759_advisory-panel-judicial-diversity-2010.pdf).

