

Teoría de la argumentación constitucional: nuevos aportes sobre las deliberaciones virtuales de los Tribunales Constitucionales en la era digital

Theory of Constitutional Reasoning: new Contributions on Virtual Deliberations of Constitutional Courts in the Digital Age

André Rufino do Vale

Autor:

André Rufino do Vale
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e
Pesquisa (IDP), Brasil
andre.rufino@idp.edu.br

Recibido: 10/06/2022

Aceptado: 10/09/2022

Citar como:

do Vale, André Rufino (2023). Teoría de la argumentación constitucional: nuevos aportes sobre las deliberaciones virtuales de los Tribunales Constitucionales en la era digital. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 417-433. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.24>

Licencia:

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



© 2023 André Rufino do Vale

Resumen

Escrito en honor al profesor Manuel Atienza, con motivo de su jubilación como Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante (en 2022), el artículo recuerda la construcción de la teoría de la argumentación constitucional en esa universidad española, aborda los principales modelos de deliberación de los tribunales constitucionales identificados por esta teoría en el derecho comparado, y presenta las transformaciones institucionales actuales verificadas en estos modelos con la introducción de nuevas tecnologías para la práctica de las deliberaciones virtuales.

Palabras clave: argumentación constitucional; modelos de deliberación; tribunales constitucionales; deliberaciones virtuales.

Abstract

Written in honor of Manuel Atienza, on the occasion of his retirement as Professor of Philosophy of Law at the University of Alicante (in 2022), the article recalls the construction of the *Theory of Constitutional Reasoning* at that Spanish university, then addresses the main models of deliberation identified in constitutional courts by this theory in comparative law, and reveals the current

institutional transformations verified in these models by the introduction of new technologies for the practice of virtual deliberations.

Keywords: constitutional reasoning; models of deliberation; constitutional courts; virtual deliberations.

1. HOMENAJE A MANUEL ATIENZA

El año 2022 ya es un hito en nuestras vidas. El mundo supera poco a poco las agruras de la pandemia y cada día se presenta como una oportunidad sin precedentes para reaprender a vivir en una sociedad diferente y en constante mutación.

En el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, los cambios actuales adquieren características especiales, debido a la jubilación del profesor Manuel Atienza, un acontecimiento que de alguna manera impacta en la vida académica de todos los que son (y siempre seremos) sus alumnos y discípulos.

La importancia de su pensamiento y la grandeza de su influencia en la cultura jurídica iberoamericana justifican convertir los cambios en homenajes a su personalidad, reflexiones sobre su teoría y sincero agradecimiento por toda su dedicación y trabajo, durante los últimos 30 años, en la construcción de una Filosofía del Derecho para el Mundo Latino.

Volvemos a estar juntos en Alicante, en estos días tan especiales del 10 y 11 de junio de 2022, y esta es la primera vez, después de este oscuro periodo de la historia, que tenemos la oportunidad de reunir nuestros conocimientos para rendir el debido homenaje a nuestro querido Manolo Atienza.

2. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

Fue en 2010 cuando comencé a hablar con el profesor Atienza sobre la idea de desarrollar una teoría sobre la argumentación jurídica realmente practicada en los Tribunales Constitucionales. En ese momento, había percibido –debido a los estudios que venía realizando en Alicante y a la experiencia profesional en la Corte Constitucional de Brasil¹– que las teorías sobre el razonamiento judicial no sólo prestaban poca atención

1. Las ideas surgieron de la experiencia que acumulé durante varios años como Asesor de Ministro del Supremo Tribunal Federal de Brasil. En el momento alumno del curso de especialización (posteriormente convertido en Máster) en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante (UA), realicé un proyecto de investigación sobre el tema, bajo la supervisión de la profesora Claudia Roesler, de la Universidad de Brasilia (UnB), que fue aceptado y aprobado en el programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Alicante (en 2011), y también en el Doctorado en Derecho de la UnB (en 2012). Entre 2012 y 2014, asistí a varios tribunales en diferentes países para aprender sobre las prácticas de argumentación jurídica y en la investigación empírica me centré en las prácticas de deliberación del

a la naturaleza necesariamente colectiva de los tribunales, sino que también subestimaban los aspectos institucionales y las diferencias de estilo discursivo que condicionan la argumentación jurídica en estos entornos judiciales. Las preocupaciones esencialmente normativas y analíticas de las teorías hicieron de su objetivo principal, fundamentalmente, la construcción de modelos ideales de reglas y procedimientos para la argumentación jurídica y la justificación de las decisiones judiciales. El enfoque se dio en relación con el contexto de justificación de las decisiones, separando y dejando de lado todo el proceso de su formación discursiva (el contexto del descubrimiento). Y así, su objeto de estudio fueron especialmente los razonamientos judiciales revelados en los textos de las decisiones una vez publicadas en la prensa oficial y no los aspectos dialécticos y retóricos de los discursos que califican las interacciones argumentativas entre jueces en los momentos de deliberación colegiada. Los aportes de las teorías de la interpretación y de la argumentación jurídica fueron, por tanto, insuficientes y no sugerentes para que la teoría del derecho comenzara a estudiar, analizar y comparar las prácticas argumentativas que se desarrollan en los diferentes sistemas de jurisdicción constitucional, especialmente las deliberaciones entre los jueces que integran los órganos colegiados de los tribunales constitucionales.

A partir de la verificación de esta laguna teórica, comenzamos a desarrollar en Alicante las bases de una Teoría de la Argumentación Constitucional –la argumentación jurídica practicada en los Tribunales Constitucionales– más *empírica*, para entender cómo los tribunales constitucionales realmente argumentan y deciden, y más *pragmática*, para ofrecer propuestas de perfeccionamiento institucional de las prácticas argumentativas observadas en estos tribunales constitucionales. El foco de análisis comenzó a centrarse no en el razonamiento monológico desarrollado en los textos de las decisiones, tal como se presentan en las publicaciones oficiales, sino en las prácticas de deliberación entre los magistrados, como discursos argumentativos de carácter inter-subjetivo e interactivo en los órganos colegiados de los tribunales constitucionales, en los que los aspectos dialécticos y retóricos de la argumentación ganan protagonismo.

Tribunal Constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil, realizando entrevistas con algunos magistrados y funcionarios de estos tribunales. A principios de 2015, la tesis doctoral fue aprobada en las dos universidades (bajo régimen de co-tutela internacional) con la más alta calificación académica (*summa cum laude*) y en 2016 recibió el *Premio de Tesis UnB* (Premio UnB de Tesis n. 03/2016), otorgado a los mejores trabajos doctorales de esa universidad. En el mismo año, el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España (CEPC) otorgó a la obra el *Premio Iberoamericano de Ensayo en Derecho Constitucional*, por el estudio empírico y comparativo de la deliberación en los tribunales constitucionales, que en 2017 fue publicado por la editorial del CEPC en forma de libro con el título «*La deliberación en los Tribunales Constitucionales*», con el prólogo del profesor Manuel Atienza. En 2019, la editorial portuguesa Almedina publicó todo el contenido de la tesis, con el título «*Argumentación constitucional: un estudio sobre la deliberación en los Tribunales Constitucionales*». VALE, André Rufino do. *La deliberación en los Tribunales Constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2017. VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Almedina; 2019.

Los estudios desarrollados en el marco del programa de Doctorado en Derecho de la UA, con la dirección del profesor Atienza, adoptaron una fuerte perspectiva empírica, con una investigación sobre cómo de hecho se desarrollan las prácticas de deliberación entre los magistrados de diferentes tribunales constitucionales de distintos sistemas de jurisdicción constitucional. El universo de la investigación empírica se centró en dos tribunales: el Tribunal Constitucional de España y el Supremo Tribunal Federal de Brasil. Estos tribunales fueron elegidos como objeto principal de estudio no sólo porque pertenecen a los países donde se desarrolló principalmente la investigación doctoral, sino sobre todo porque actualmente son bastante representativos de los diferentes perfiles deliberativos que pueden configurar los diseños institucionales de los sistemas de jurisdicción constitucional en una perspectiva comparada. El tribunal español constituye un paradigma de modelo institucional de deliberación cerrada o secreta y decisión *per curiam* con publicidad de opiniones disidentes (los votos particulares). El tribunal brasileño es representativo de un modelo peculiar de deliberación y decisión *seriatim* ampliamente abierta y pública. Además de esta perspectiva empírica, la teoría de la argumentación constitucional implica una perspectiva pragmática que toma en serio los aspectos institucionales de los tribunales y trabaja con propuestas para su mejora. La adopción de ambas perspectivas pretende ofrecer parámetros teóricos que no se alejen demasiado de la realidad que pretenden describir y analizar. El objetivo es proporcionar una teoría de la argumentación más cercana a la práctica, con modelos crítico-analíticos más responsables y funcionales y proyectos factibles para mejorar las instituciones.

Los resultados de estos estudios empíricos fueron publicados en 2017 por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, en un libro con el título *La deliberación en los Tribunales Constitucionales*²; y la tesis doctoral completa se puede encontrar en la obra *Argumentación Constitucional: un estudio sobre la deliberación en los Tribunales Constitucionales*, de 2019³. Ambas obras cuentan con el merecido prólogo del profesor Manuel Atienza, cuya orientación teórica fue fundamental para el desarrollo de todo trabajo de investigación a lo largo de estos años, que dio lugar a la construcción de las bases de una Teoría de la Argumentación Constitucional, con modelos teóricos que explican los diferentes aspectos institucionales de las prácticas de deliberación en los Tribunales Constitucionales.

A partir del año 2020, el mundo comenzó a enfrentar la pandemia del COVID-19, una tragedia humanitaria que, al exigir medidas sanitarias de distanciamiento social (incluyendo medidas drásticas de confinamiento), impactó en todo el funcionamiento de las instituciones democráticas, y, por lo tanto, también repercutió en las prácticas de toma de decisiones de los tribunales constitucionales, que debían continuar la rutina de

2. VALE, André Rufino do. *La deliberación en los Tribunales Constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2017.

3. VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Almedina; 2019.

sentencias a través de deliberaciones virtuales. Ante este nuevo escenario de los tribunales en la era digital, cuyas características institucionales parecen hoy duraderas e incluso permanentes, la Teoría de la Argumentación Constitucional tiene el nuevo desafío de, en su perspectiva empírica, explicar las transformaciones institucionales en los modelos de deliberación provocadas por la implementación de mecanismos de juicio virtual, y en su perspectiva pragmática, ofrecer propuestas para el mejoramiento institucional de la capacidad deliberativa de los tribunales constitucionales. Los siguientes tópicos estarán destinados a presentar los diferentes modelos de deliberación identificados en el derecho comparado y a ofrecer un primer diagnóstico de los cambios en curso en los tribunales con las nuevas prácticas de las deliberaciones virtuales.

3. LA DELIBERACIÓN EN LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

En los Tribunales Constitucionales, la deliberación se caracteriza por el desarrollo intersubjetivo e interactivo del discurso argumentativo entre los magistrados, basado en razones legales o extralegales involucradas en la discusión de un caso determinado, en el que son relevantes los aspectos discursivos dialécticos y retóricos, lo que ocurre con mayor énfasis en las sesiones deliberativas de los órganos colegiados, pero que también puede ocurrir en otras ocasiones cuando esta interacción argumentativa tiene lugar dentro de la Corte. Las cuestiones relacionadas con las formas, los entornos, las prácticas y los procedimientos de deliberación reciben especial atención de la Teoría de la Argumentación Constitucional, con el fin de identificar líneas de abordaje de los aspectos institucionales que definen los modelos de deliberación en el derecho comparado.

3.1. Modelos de deliberación en el derecho comparado

La primera línea de abordaje teórica adopta un punto de vista que ve el lugar (*locus*) de la deliberación, enfatizando el entorno institucional donde se desarrollan las prácticas deliberativas. De acuerdo con este enfoque, la deliberación sigue dos modelos básicos y distintos: (1) el modelo de deliberación *cerrada* o *secreta* y (2) el modelo de deliberación *abierta* o *pública*. La segunda línea de abordaje sobre la práctica deliberativa de los tribunales constitucionales tiene en cuenta los diferentes formatos de redacción y publicación de las decisiones, y en este sentido adopta un enfoque en la *presentación institucional de los resultados de la deliberación*. En esta perspectiva de análisis, existen dos tipos de modelos básicos y distintos: 1) modelos de decisión de *texto único* o *per curiam*; 2) los modelos de *texto compuesto* o decisión *seriatim*. A continuación se hará un resumen de cada uno de estos distintos modelos.

3.1.1. Modelos de deliberación cerrada o secreta. El modelo de deliberación cerrada o secreta corresponde a la práctica de la mayoría de los órganos judiciales colegiados europeos (Francia, Alemania, Italia, España, Portugal, entre otros), donde los jueces analizan, reflexionan y discuten juntos los casos que se les presentan en entornos internos cerrados, sin la presencia tanto del público en general como de las partes y sus respectivos abogados, y en un régimen de total secreto en relación con su exterior. La deliberación suele tener lugar en una sala especial dentro del edificio del tribunal, que permanece «a puerta cerrada» durante toda la sesión, y en la que los magistrados suelen sentarse «cara a cara» para debatir los diversos temas, manteniendo siempre el compromiso de la garantía del secreto de todo lo que allí se dice y se escucha. En términos generales, por lo tanto, el modelo se caracteriza por dos requisitos básicos: 1) la deliberación entre los magistrados debe tener lugar solo dentro del tribunal, sin la presencia del público o incluso de las partes y sus abogados; 2) los debates entre los magistrados que tienen lugar en las sesiones del juicio o en otros momentos de deliberación interna deben mantenerse en absoluto secreto.

Como todo diseño institucional, el ambiente de deliberaciones no se define de manera aleatoria, y tiene como objetivo primordial asegurar, básicamente, dos garantías consideradas fundamentales por los ordenamientos jurídicos que lo adoptan: 1) la *independencia* de los magistrados; y 2) la *autoridad* del órgano judicial y sus decisiones. El espacio reservado para las deliberaciones se cierra intencionalmente al público externo con el fin de proporcionar a los magistrados un entorno donde el debate pueda desarrollarse, en la mayor medida posible, de manera abierta y libre de presiones externas. Se supone que en espacios cerrados, lejos de los ojos del público, cada miembro del colegiado puede sentirse más cómodo para reflexionar y lograr su convicción personal, inmune a presiones políticas de cualquier tipo, y así puede producir argumentos dialógicamente más sinceros y supuestamente correctos. Por ello, la garantía de independencia y libre expresión de los magistrados es vista como una justificación importante para este modelo. Además, la protección del secreto de todo lo que ocurre en los momentos deliberativos internos, preservando dentro del colegiado las divergencias entre sus miembros, tiene como objetivo cultivar posiciones unívocas que puedan transmitir al público externo una imagen más confiable de certeza y corrección de la decisión, creando un aura de seguridad jurídica, fundamento de la autoridad judicial. Se cree, por lo tanto, que la divulgación pública de los debates y los desacuerdos internos pueden convertirse en un obstáculo difícil para la pretensión de certeza, corrección y, finalmente, autoridad de las decisiones y de la propia institución judicial.

3.1.2. Modelos de deliberación abierta o pública. A diferencia de los modelos cerrados o secretos, los de carácter abierto o público (especialmente los observados en Brasil y México) se caracterizan, en términos simples, por el desarrollo de prácticas deliberativas en espacios dentro de los tribunales con libre acceso al público en general. El entorno institucional de las deliberaciones es caracterizado por la amplia apertura, la

libertad de acceso y, en consecuencia, por la presencia irrestricta no sólo de las partes y sus respectivos abogados, sino también de cualquier persona que tenga algún tipo de interés en el juicio. La regla general, por lo tanto, es la de la publicidad amplia, que sólo puede restringirse en casos excepcionales, cuando la deliberación a puerta cerrada está justificada por ciertos temas tratados (comúnmente en materia de derecho penal o derecho de familia) e intereses subjetivos involucrados (de menores, por ejemplo).

Los modelos de deliberación abierta o pública se caracterizan así por dos requisitos básicos: 1) las prácticas deliberativas deben desarrollarse en entornos dentro de los órganos judiciales que garanticen el libre acceso a las partes, abogados y público en general, sin distinciones de carácter personal, permitiéndose únicamente las limitaciones formales correspondientes a las normas del ceremonial judicial específicamente adoptadas por cada tribunal; 2) la publicidad sólo puede restringirse en hipótesis excepcionales, cuando el cierre del entorno deliberativo (normalmente la sala de sesiones o la sala de juicio) está justificado por razones derivadas de determinadas características (materiales o subjetivas) del caso. La justificación para la adopción de un modelo con estas características es bastante evidente y radica en el valor de la *transparencia* y en la idea de rendición de cuentas (*accountability*), tan cultivados en las democracias contemporáneas. En los países que lo adoptan, se entiende que la amplia transparencia de los actos judiciales, y en este caso especialmente de las deliberaciones, permite una mejor supervisión y un control más estricto de la actividad judicial, incluso dentro del ámbito de la jurisdicción constitucional, por parte de todos los ciudadanos.

3.1.3. Modelos de texto único o de decisión per curiam. La deliberación entre los magistrados de un Tribunal Constitucional suele concluirse mediante un procedimiento de votación, que puede dar lugar a resultados con total coincidencia de votos entre todos los deliberantes, en cuyo caso la decisión se considera unánime, o producir una pluralidad de opiniones expresadas en votos divergentes, cuya consecuencia es la decisión necesaria tomada por mayoría de votos en una dirección u otra. Algunos sistemas (como Italia, España, Portugal, Francia, entre otros) adoptan modelos para presentar el resultado de la deliberación que prescriben que, independientemente de si la decisión se tomó por unanimidad o por mayoría, debe publicarse en formato de texto único, dotado de una única estructura argumentativa –informe del caso, fundamentos jurídicos, parte dispositiva– que pueda considerarse válidamente como la opinión del tribunal en su conjunto o, en otras palabras, como una decisión *per curiam*. La expresión latina *per curiam* significa «por el tribunal» y por lo tanto se utiliza para dar sentido a los procesos de toma de decisiones que, resultando en posiciones unánimes o por mayoría de votos del colegiado de jueces, siempre deben presentarse al público como la expresión unívoca del órgano judicial considerado como una unidad institucional indivisible, sin tener en cuenta las posiciones individuales de los miembros del colegiado. Las decisiones *per curiam* se formatean y publican así como un texto escrito con un solo informe del caso, un único razonamiento jurídico que delimita y condensa las razones de decidir del

tribunal, y una parte dispositiva que presenta el resultado de la deliberación y, por lo tanto, la decisión del órgano colegiado. La redacción de este texto único que representará la posición del tribunal se confía normalmente a uno de los miembros del órgano colegiado, ya sea un magistrado habilitado para esa función como ponente o editor, o el propio presidente del órgano, que en este caso asume la responsabilidad de redactar la decisión del tribunal. La autoría de la decisión, sin embargo, será siempre del órgano colegiado plenamente considerado, y no del magistrado redactor.

El modelo de decisión *per curiam* está relacionado con los modelos de deliberación cerrada o secreta, ya que representan la forma adecuada de presentar la decisión del tribunal sin tener en cuenta los debates, divergencias internas y posiciones individuales externalizadas por cada miembro del colegiado en el momento de la deliberación. Precisamente porque no tiene en cuenta los votos individuales de cada miembro del colegiado, la práctica de escribir en formato de texto único plantea la cuestión de la necesidad de publicar junto con este texto las posibles opiniones disidentes expresadas en el momento de la deliberación por uno o más magistrados. Varios tribunales que adoptaron esta práctica de texto único terminaron incorporando (ya sea a través de cambios jurisprudenciales, legales o constitucionales) la publicación de *votos disidentes* (que difieren de la decisión tomada por el tribunal) y *votos concurrentes* (que difieren solo del razonamiento adoptado por el tribunal) en forma de un anexo a la decisión principal.

3.1.4. *Modelos de texto compuesto o de decisión seriatim.* En contraste con el modelo de decisión *per curiam*, que favorece la presentación del resultado de la deliberación como «opinión del tribunal» en un solo texto, el modelo de decisión *seriatim* (aplicado en Brasil, por ejemplo) se caracteriza por la producción de un agregado de las posiciones individuales de cada miembro del colegiado, cuyos votos se exponen «en serie» en un texto compuesto –ahí está el significado del término latino *seriatim*. En los tribunales que adoptan este modelo, la deliberación comúnmente no se desarrolla con el objetivo de producir un texto final con una única *ratio decidendi* que pueda representar la posición institucional de la Corte (unívoca e impersonal), sino como una proclamación sucesiva de las decisiones individuales de los miembros del tribunal, generalmente precedida por un discurso que cada juez tiene derecho a realizar, ya sea a través de un texto escrito por él preparado de antemano o mediante improvisación oral, para presentar públicamente su propio argumento y su juicio individual del caso. El resultado de la deliberación se presenta en un texto compuesto por los distintos votos y sus respectivas *ratio decidendi*, lo que complica bastante en algunas ocasiones la tarea de definir con precisión el fundamento determinante de la decisión del tribunal, que generalmente se puede llevar a cabo extrayendo el «mínimo común» entre los diferentes argumentos individuales. Así, en la práctica, una de las consecuencias de la adopción de este modelo es la mayor importancia que adquieren las *ratio decidendi* de cada juez considerado individualmente para la técnica de precedentes. Cada juez se queda vinculado a sus propias decisiones y argumentos, con el resultado de la posible

producción de un «*overruling* personal», en el caso de que un juez tenga que revisar su propia posición.

Los modelos de decisión *seriatim* están relacionados con los modelos de deliberación abierta o pública. La celebración de sesiones públicas de deliberación, en las que cada magistrado produce su voto como discurso personal, con sus propias razones para decidir, encuentra en este modelo *seriatim* una forma adecuada de presentar el resultado final de la deliberación a través de la presentación, en un texto compuesto, de todos los pronunciamientos individuales.

3.2. Deliberaciones virtuales

La crisis de la pandemia de COVID-19 ha acelerado los procesos de transición tecnológica en curso en diversas instituciones de las democracias constitucionales, especialmente en los tribunales constitucionales. La necesidad inmediata de observar las normas sanitarias restrictivas basadas en el distanciamiento social (incluidas las medidas drásticas de confinamiento) obligó a los órganos judiciales a reinventarse institucionalmente para continuar con los servicios judiciales a través de prácticas de toma de decisiones alternativas a las deliberaciones presenciales tradicionales⁴. Con los edificios cerrados y prohibidas las reuniones en los espacios físicos comunes de los tribunales, los magistrados tuvieron que hacer uso de los sistemas virtuales puestos a disposición por las nuevas tecnologías de comunicación en red (en internet) para seguir deliberando, pero a distancia. En pocos días y debido a circunstancias inesperadas, las deliberaciones físicas fueron reemplazadas por deliberaciones virtuales, evento que terminó desencadenando una de las transformaciones institucionales más profundas de las prácticas deliberativas de los órganos judiciales en toda su historia.

La adopción de deliberaciones virtuales a partir de 2020 resultó de la necesidad de una rápida adaptación institucional de los tribunales constitucionales para hacer frente a una crisis sanitaria. Pero los resultados positivos de su implementación durante la pandemia (2020-2022) terminaron demostrando que, en lugar de una medida solo de emergencia y temporal, las deliberaciones virtuales llegaron para dividir definitivamente los espacios institucionales de los tribunales con las tradicionales deliberaciones

4. En el contexto de los tribunales de España, el Real Decreto-ley 16 de 28 de abril de 2020 adoptó «medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia»; y en su artículo 19 estableció que «*las deliberaciones de los tribunales tendrán lugar en régimen de presencia telemática cuando se cuente con los medios técnicos necesarios para ello*». En el ámbito del Tribunal Constitucional español, La Nota Informativa n.º 73/2020 –Memoria del Tribunal Constitucional 2020– destaca que al inicio de la pandemia se produjo un gran cambio en los métodos de trabajo y sentencia del Tribunal, que pasaron en su casi totalidad a realizarse a través de «*sistemas remotos de teletrabajo, produciéndose, a su vez, una aceleración en la desmaterialización de los expedientes y procesos, especialmente en las reuniones de trabajo y deliberaciones*».

presenciales, reconfigurando todos los modelos conocidos de deliberación judicial en el derecho comparado.

En un trabajo reciente que analiza el funcionamiento *online* de los tribunales durante la pandemia⁵, Richard Susskind concluye que la introducción de sistemas virtuales de juicio en todo el mundo fue una experiencia institucional exitosa y que terminó «abriendo la mente» de muchos jueces y abogados que anteriormente criticaban cualquier tipo de actividad judicial no presencial. La implementación exitosa de sesiones de juicio virtuales en la Corte Suprema del Reino Unido, por ejemplo, se expresó en el discurso de Lord Reed: «*La reacción a las audiencias de video fue muy positiva... Las reuniones deliberativas en video se han convertido en una forma de vida. Los beneficios que descubrimos se mantendrán*»⁶. Como bien señaló Susskind, la crisis de la pandemia trajo toda una evolución de la percepción tradicional de los tribunales solo como un «lugar» (o un espacio físico), que dio paso a una visión del futuro de los tribunales en la sociedad digital como un «servicio», que puede ser proporcionado efectivamente por medios remotos (*remote courts*).

La observación empírica de los nuevos diseños de las prácticas judiciales deliberativas en diversas democracias en los años 2020-2022 puede demostrar que los cambios no se revertirán más y que los avances realizados en la transición tecnológica hacia un modelo de «cortes virtuales» o «cortes remotas» representan un punto de no retorno en la transformación institucional de los tribunales constitucionales en la era digital.

El diagnóstico de las deliberaciones virtuales del Supremo Tribunal Federal de Brasil durante el período de pandemia es bastante representativo de la etapa actual de transición tecnológica en los tribunales constitucionales. Los datos empíricos proporcionados por el propio tribunal⁷ muestran que las reformas recientes en los sistemas de juicios electrónicos han permitido al tribunal centrar gran parte de su actividad judicial en sesiones deliberativas virtuales. Desde 2007 la Corte Suprema venía desarrollando y mejorando sus mecanismos electrónicos para el juicio virtual⁸, de manera que en

5. SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press; 2021, p. XXI e ss.

6. SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press; 2021, p. XXXIV.

7. Brasil. Supremo Tribunal Federal. *O Plenário Virtual na Pandemia da Covid-19*. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão de Informação, 2022.

8. La Enmienda Regimental n.º 21, de 30.04.2007, creó en el Supremo Tribunal Federal el denominado Pleno Virtual (PV), destinado a ser utilizado, en ese momento inicial, para el análisis de la «repercusión general» como requisito de admisibilidad de los recursos extraordinarios. En 2010, la Enmienda Regimental n.º 42 (de 02.12.2010) hizo posible el juicio virtual de las decisiones de mérito de los recursos extraordinarios en las hipótesis en las que el entendimiento del relator se alinea con la jurisprudencia del tribunal sobre el tema. En 2016, la Enmienda Regimental n.º 51 (de 22.06.2016) hizo posible que, a discreción del ponente, los recursos internos y los embargos de declaración también se evaluaran en este entorno judicial virtual. En 2019, la Enmienda Regimental n.º 52 (del 14.06.2019) amplió aún más el alcance del Pleno Virtual, que pasó a tener jurisdicción para juzgar los recursos extraordinarios con repercusión general (no solo la sentencia de admisibilidad, sino también el mérito de las apelaciones),

2019 el tribunal ya había alcanzado el porcentaje del 81,9% de decisiones colegiadas como resultado de deliberaciones virtuales. Pero a partir de 2020, debido a la crisis de la pandemia y la suspensión de todas las actividades presenciales en el edificio del tribunal, el porcentaje de deliberaciones colegiadas virtuales se elevó al 95,5%; y en 2021, alcanzó el nivel del 98,4% (datos recogidos hasta junio de ese año). La comparación de los datos de los periodos anteriores y posteriores al inicio de la pandemia muestran un incremento del 21,5% en la proporción de decisiones colegiadas sujetas a deliberaciones virtuales⁹. En 2021, el porcentaje de deliberaciones no virtuales se situó en solo el 1,6% del total de decisiones colegiadas del tribunal. E incluso en estos casos, debido a la pandemia, las deliberaciones del pleno físico se llevaron a cabo en modo telepresencial (por videoconferencia) y por tanto se computaron en la investigación empírica en el conjunto de datos no relacionados con las sentencias del Pleno virtual. El hecho es que, en la Corte brasileña, en los últimos años (especialmente entre 2016 y 2022) se produjo este interesante fenómeno de inversión completa del papel de las deliberaciones físicas, que representaban más del 90% del total de las decisiones colegiadas y hoy alcanzan menos del 10% de este contingente, en relación con las deliberaciones virtuales, que anteriormente alcanzaban menos del 1% de las decisiones colegiadas y actualmente cubren más del 90% de todas las sentencias.

El rápido crecimiento de las deliberaciones virtuales como espacios privilegiados de toma de decisiones colegiadas ha tenido un impacto sin precedentes en el perfil deliberativo de los tribunales constitucionales. El resultado de este fenómeno reciente ha sido el importante rediseño institucional de los modelos de deliberación observados en el derecho comparado, con cambios relevantes en los entornos institucionales de los tribunales, en los momentos deliberativos y en los procedimientos colegiados de toma

los recursos internos y embargos de declaraciones, las medidas cautelares en las acciones de control abstracto de constitucionalidad y todos los demás procesos cuyos temas tienen jurisprudencia dominante de la corte. En 2020, con el inicio de la pandemia de COVID-19, la Enmienda Regimental n.º 53 (de 18.03.2020) permitió que cualquier proceso del tribunal fuera juzgado en el ambiente del Pleno Virtual. Además de la constante ampliación de las competencias del Pleno Virtual, la Corte Suprema ha mejorado los procedimientos de las deliberaciones virtuales. La Resolución STF n.º 642 (de 14.6.2019) reglamentó el procedimiento deliberativo virtual, estableciendo que, una vez que el proceso esté listo para el juicio, corresponde al relator insertar los textos del informe y del voto en el sistema virtual, momento a partir del cual se establece el plazo de 6 días (definido por la Resolución STF n.º 684, de 21.5.2020) para las manifestaciones de los demás Ministros, que también debe producirse mediante la inserción en el sistema de los textos de sus votos. Los informes de defensa de los abogados también deben insertarse a través de archivos de texto en el sistema virtual (Resolución STF N.º 669, de 3.19.2020). Los archivos de textos del informe del ponente, los votos de los Ministros y el informe de los abogados deben estar disponibles en el sitio web del tribunal durante la sesión virtual (Resolución N.º 675 de 22.4.2020). A lo largo de la sesión, las partes también pueden agregar en el sistema virtual textos con informes de aclaración sobre la cuestión de hecho con respecto al caso en juicio. Durante la sesión, los Ministros pueden presentar una solicitud de «destaque» del proceso, para que su juicio sea transferido al Pleno (físico) de la Corte.

9. Brasil. Supremo Tribunal Federal. *O Plenário Virtual na Pandemia da Covid-19*. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão de Informação, 2022.

de decisiones. La observación empírica de esta nueva realidad y su análisis a partir de los supuestos de la *Teoría de la Argumentación Constitucional* dan lugar a nuevas distinciones conceptuales que pretenden explicar los principales aspectos institucionales de las deliberaciones virtuales en los tribunales constitucionales.

3.2.1. Deliberaciones virtuales públicas y secretas. La introducción de formas virtuales de deliberación tiene un impacto especial en los entornos institucionales de las prácticas deliberativas de los tribunales, que se distinguen, como se ha visto anteriormente, en modelos de deliberación cerrada o secreta y modelos de deliberación abierta o pública. Además de la distinción entre entornos de deliberación institucional cerrados o abiertos al público, cobran relevancia los *espacios físicos de deliberación presencial*, por un lado, y los *entornos electrónicos de deliberación virtual o remota*. Esta característica de los peculiares entornos institucionales (sistemas electrónicos) de las deliberaciones virtuales resalta el perfil institucional de los tribunales como un *servicio*, que se puede realizar de forma remota, y no solo como un lugar o espacio físico (el edificio de la corte).

La observación preliminar del funcionamiento de estos nuevos entornos de juicio virtual demuestra que, hasta el momento, han sido adecuados a los aspectos institucionales de la publicidad o del secreto correspondientes a cada modelo de deliberación en el derecho comparado. Los tribunales que deliberaban a puerta cerrada adoptaron mecanismos de deliberación virtual de carácter cerrado, es decir, que se producen en entornos electrónicos de acceso restringido a los magistrados. En el caso de los tribunales que ya daban publicidad al momento de la deliberación presencial, la introducción de formas de deliberación virtual no tuvo repercusiones en el cierre de las sesiones deliberativas, que comenzaron a celebrarse en la modalidad de videoconferencia, pero con acceso remoto al público y, en el caso brasileño, transmitidas simultáneamente por la TV Justicia.

En el Supremo Tribunal Federal de Brasil, sin embargo, además de estas sesiones plenarias en modalidad de videoconferencia, comenzaron a celebrarse deliberaciones virtuales en el llamado *Plenario Virtual*, un sistema electrónico programado para dar publicidad a los votos de los magistrados solo cuando finalizado el juicio. La implementación de este sistema de deliberaciones virtuales repercute en el modelo de amplia publicidad característico del tribunal brasileño, en la medida en que introduce formas de deliberación cerradas al público en general.

En cualquier caso, es posible observar que, con la expansión de las formas de deliberación virtual en los diversos tribunales constitucionales, la distinción entre entornos institucionales físicos y entornos institucionales virtuales de juicio se ha vuelto relevante para la clasificación teórica de los modelos de deliberación pública o secreta. En el derecho comparado ahora se pueden identificar (1) *modelos de deliberaciones públicas físicas o virtuales*; y (2) *modelos de deliberaciones secretas físicas o virtuales*.

3.2.2. *Deliberaciones virtuales sincrónicas y asincrónicas.* El aspecto institucional más interesante y distintivo de las deliberaciones virtuales es la sincronía o asincronía de las interacciones argumentativas entre magistrados. Las tradicionales deliberaciones en los espacios físicos de los tribunales (en la sala del pleno) se caracterizan por los argumentos sincrónicos entre los magistrados presentes. Las sesiones deliberativas en entornos institucionales físicos están bien delimitadas en su *espacio* (lugar de deliberaciones), *participación* (presencia de deliberantes) y *tiempo* (duración de las sesiones) y por lo tanto producen una dialéctica argumentativa simultánea dentro del órgano colegiado, posibilitando la dinámica de argumentos y contraargumentos inmediatos. Por otro lado, las deliberaciones virtuales pueden desarrollarse en sistemas electrónicos que den lugar a argumentos no sincrónicos entre los magistrados. Los votos se pueden insertar en el sistema virtual de las deliberaciones de forma remota (desde lugares externos y distintos por magistrado) y en circunstancias temporales distintas (momentos de votación no simultáneos entre magistrados). Por lo tanto, la argumentación virtual puede ocurrir en distintas etapas en el espacio (*asincronía espacial*) y el tiempo (*asincronía temporal*), sin la producción de intercambios argumentativos simultáneos en el colegiado del tribunal.

La asincronía argumentativa no es una característica única de las deliberaciones virtuales. Algunos tribunales ya desarrollaban prácticas de deliberación (físicas o presenciales) con la producción de posiciones individuales de cada magistrado en diferentes momentos durante un largo período de deliberaciones internas (momentos deliberativos distintos de las sesiones del pleno). La práctica deliberativa de la Corte Suprema de los Estados Unidos, por ejemplo, es conocida por esta característica de ocurrir a través de un proceso de negociación de posiciones individuales, que emanan en diferentes momentos a lo largo de meses de deliberación, sobre un proyecto de voto mayoritario que puede configurar la opinión de la corte (*opinion of the court*). Sin embargo, la introducción de formas virtuales de deliberación en varios tribunales ha hecho de las argumentaciones no sincrónicas una característica determinante de las prácticas deliberativas virtuales. En la corte brasileña, por ejemplo, esta asincronía argumentativa es hoy uno de los principales aspectos distintivos de las deliberaciones producidas en el sistema electrónico del Pleno Virtual, que abre un período de seis días durante el cual los once ministros de la corte pueden insertar sus votos, de forma remota y en diferentes momentos¹⁰.

Existen formatos de deliberación virtual que pueden mantener la sincronía (temporal) de los argumentos, como ocurre en las sesiones deliberativas por videoconferencia, en las que los magistrados no están físicamente presentes en la sala de deliberación del tribunal (asincronía espacial), pero permanecen simultáneamente conectados en red

10. De acuerdo con la Resolución STF n. 642 (de 14.6.2019), que regula todo el procedimiento de deliberaciones virtuales, cuando el proceso esté listo para el inicio de la sesión virtual, el relator debe insertar los textos del informe, su voto y el resumen (ementa) de la decisión en el sistema virtual (sistema electrónico del Pleno Virtual), momento a partir del cual comienza el plazo de seis días (definido por la Resolución STF n. 684, de 5.21.2020) para las manifestaciones de los demás Ministros, que también debe ocurrir a través de la inserción en el sistema de los textos de sus votos.

y, por lo tanto, pueden, aunque de forma remota, interactuar argumentativamente (sincronía temporal). Por lo tanto, en vista de estos nuevos aspectos institucionales observados con la introducción de deliberaciones virtuales en los tribunales constitucionales, se pueden definir dos modelos deliberativos: 1) *modelo de deliberaciones sincrónicas*; y 2) *modelo de deliberaciones asincrónicas*.

3.2.3. *Deliberaciones virtuales y sus problemas*. Algunos de estos aspectos institucionales de las prácticas deliberativas en entornos virtuales plantean una serie de problemas desde la perspectiva de la Teoría de la Argumentación Constitucional. El primero está relacionado con esta característica asincrónica de los intercambios argumentativos realizados en algunos entornos de juicio virtual. La asincronía generada por la emisión de argumentos jurídicos bajo diferentes condiciones de espacio y tiempo impide el desarrollo de la dialéctica argumentativa dentro del colegiado de magistrados. La imposibilidad fáctica de argumentación simultánea (sincronía temporal) y cara a cara (sincronía espacial) entre los magistrados, como ocurre en las deliberaciones presenciales, innegablemente tiene consecuencias negativas para la calidad de los debates y, por tanto, de la deliberación.

La asincronía argumentativa conduce a un segundo problema, identificado en la propensión de este modelo de deliberaciones virtuales a generar *decisiones agregativas*, resultado de la mera agrupación de los votos emitidos por cada magistrado, y no de decisiones deliberativas efectivas, tomadas a partir de debates y argumentos intercambiados dialécticamente dentro del colegiado. En este sentido, las deliberaciones virtuales fomentan la adopción de modelos de decisión *seriatim* y, así, pueden aportar las mismas ventajas y desventajas institucionales de este tipo de modelo de decisión, entre las que se puede destacar la dificultad de formación, delimitación e identificación de la *ratio decidendi* del tribunal¹¹.

La producción de decisiones meramente agregativas puede generar un tercer tipo de problema, observado en el incentivo a votos deliberadamente divergentes, es decir, a posiciones disidentes cuyos argumentos están dialécticamente desconectados de la comprensión mayoritaria. En la deliberación virtual asincrónica con ausencia de dialéctica argumentativa, algunas opiniones divergentes pueden ser el mero resultado de la imposibilidad fáctica del convencimiento mutuo en la deliberación colegiada. La falta de un espacio institucional para el debate efectivo y la defensa dialéctica de los argumentos puede resultar en un aumento en el número de votos divergentes que no dialogan con la posición mayoritaria de la corte. Es interesante observar (pero sin sacar, en este momento, conclusiones empíricas al respecto) que los datos proporcionados por

11. Sobre las ventajas y desventajas institucionales de los modelos de decisión *seriatim*, véase: VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Almedina; 2019.

la Corte brasileña sobre el funcionamiento de su sistema de Pleno Virtual muestran que el número de decisiones en las que hubo al menos un voto divergente aumentó del 35% (en el período prepandémico) al 55% del total de decisiones (en el período de pandemia)¹². Estos datos pueden revelar una mayor diversificación argumentativa en las decisiones producidas en entornos virtuales¹³. Por otro lado, también puede plantear el mencionado problema de la argumentación asincrónica, en el que la ausencia de debates y la producción de decisiones agregativas fomentan divergencias que no dialogan con la posición mayoritaria.

Un cuarto tipo de problema se puede observar en los incentivos para la *acción estratégica* de cada magistrado en el uso del nuevo sistema de deliberaciones virtuales. La implementación de mecanismos virtuales de deliberación ha sido posible a través de la modificación (radical en muchos casos) de reglas y procedimientos de juicio, poniendo a disposición de los magistrados nuevos instrumentos de votación, que, como en cualquier sistema, abren posibilidades de uso estratégico para producir resultados planificados en las deliberaciones. Un caso interesante se puede encontrar en la práctica deliberativa virtual de la Corte brasileña. De acuerdo con los procedimientos adoptados actualmente en el sistema del Pleno Virtual, existe una disposición que, durante el plazo de presentación de votos, los ministros pueden hacer «solicitud de destaque» del proceso, de modo que la deliberación sea transferida al Pleno (físico) de la Corte, hipótesis en la que la votación debe volver a su punto de partida, aunque ya existan votos computados en un sentido u otro. Este instrumento del «destaque» de los procesos del Pleno Virtual para deliberación en el Pleno físico puede incentivar a cada magistrado individualmente al uso estratégico para obstruir juicios que en la deliberación virtual ya tienen una mayoría formada, trasladándoles al entorno de deliberación física. Teniendo en cuenta que el intervalo de tiempo entre el «destaque» del proceso en el sistema virtual y el reinicio del juicio en el entorno físico puede ser lo suficientemente largo como para que ocurran hechos que puedan tener repercusiones en la votación, como cambios de posición e incluso cambios en la composición de la Corte, la acción estratégica en este aspecto puede implicar no solo la obstrucción de la deliberación virtual, pero también la propia modificación de la decisión del tribunal.

12. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *O Plenário Virtual na Pandemia da Covid-19*. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão de Informação, 2022, p. 51.

13. Esta es la hipótesis de la investigación publicada por el Supremo Tribunal Federal de Brasil. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *O Plenário Virtual na Pandemia da Covid-19*. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão de Informação, 2022.

4. PERFECCIONAMIENTO INSTITUCIONAL DE LA CAPACIDAD DELIBERATIVA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA ERA DIGITAL

En 2014, cuando finalizamos el estudio empírico sobre las prácticas deliberativas de los Tribunales Constitucionales, elaboramos un *decálogo de directrices* para el perfeccionamiento institucional de la capacidad deliberativa de estos tribunales¹⁴. En ese momento, concluimos que «es necesario crear espacios alternativos de comunicación y debate interno entre magistrados, que puedan ser facilitados por la existencia de medios tecnológicos para el desarrollo de intercambios argumentativos virtuales (a través de internet) no abiertos al público»¹⁵. Ya éramos plenamente conscientes, por tanto, de que la introducción de sistemas electrónicos de comunicación virtual entre magistrados podría constituir una medida que los tribunales constitucionales podrían adoptar para la mejora de sus deliberaciones.

En los últimos años, especialmente debido a las políticas para combatir la crisis de la pandemia, los tribunales han tenido que reinventarse institucionalmente para implementar todos los nuevos recursos tecnológicos disponibles para la realización de juicios virtuales en entornos electrónicos. Los diseños institucionales de los tribunales se vieron profundamente impactados por la actual revolución tecnológica, convirtiéndolos en verdaderas cortes digitales. Los cambios implementados ahora pueden servir para la mejora de las prácticas deliberativas, de acuerdo con las directrices de la Teoría de la Argumentación Constitucional (autonomía del proceso deliberativo, independencia de los deliberantes, unidad institucional, colegialidad, cooperación, integridad, representatividad discursiva, amplitud informativa y cognitiva, inclusión y diversidad de las razones).

En la era digital, los tribunales constitucionales asumen este importante reto de transformarse en tribunales virtuales sin perder la capacidad institucional de la necesaria y continua mejora de sus prácticas de toma de decisiones. En la transición tecnológica, es esencial diagnosticar empíricamente los impactos y resultados prácticos de las reformas en los procedimientos de juicio virtual, con el fin de identificar problemas y hacer correcciones regulatorias. Como se describió en este artículo, la implementación inicial de sistemas virtuales de deliberación ya presenta una serie de problemas que impactan en los índices de calidad deliberativa de los tribunales, como la colegialidad, la unidad institucional, la integridad, etc. Durante la actual fase de experimentalismo institucional, los tribunales deben ser conscientes de los posibles déficits de argumentación jurídica

14. Este decálogo de directrices se puede encontrar en la obra: VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Almedina; 2019, capítulo 8.

15. VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Almedina; 2019, p. 436.

que pueden ocasionar las reformas tecnológicas en las formas de juicio, procediendo a los ajustes y correcciones necesarios.

Lo cierto es que los nuevos instrumentos tecnológicos puestos a disposición de los tribunales para la realización de sentencias en diferentes entornos y formas (presenciales, virtuales, síncronos y asincrónicos) abren un abanico de posibilidades para el desarrollo institucional y la mejora de su capacidad de deliberación y argumentación. En los próximos años, la Teoría de la Argumentación Constitucional, en sus perspectivas empírica y pragmática, debe estar atenta a todas estas transformaciones de las prácticas deliberativas de los tribunales constitucionales en la era digital.

BIBLIOGRAFIA

- Brasil. Supremo Tribunal Federal. *O Plenário Virtual na Pandemia da Covid-19*. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão de Informação, 2022.
- SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press; 2021, p. XXI e ss.
- VALE, André Rufino do. *La deliberación en los Tribunales Constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2017.
- VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Almedina; 2019.

