

## INTRODUCCIÓN

Con mis juveniles y desdeñosos modos admitía la existencia de sólo cuatro tipos de juicios; uno, el reflexivo, que proviene y es fruto del pensamiento y la razón; otro, el aleatorio, procedente y fruto del azar; el tercero, el intuitivo, basado y producto a un tiempo del sentimiento o «pálpito»; y el cuarto, el necio, aquel que proviene o es realizado por un asno. Y con esos mismos juveniles y desdeñosos modos veía a los tres últimos como meras variantes los unos de los otros, resultados de procesos ajenos todos ellos a la práctica de los buenos jueces<sup>1</sup>.

Iván KARAMAZOV dijo que si Dios no existe todo está permitido, y es muy probable que los juristas teóricos más tradicionales digan que si el legalismo (es decir, el formalismo jurídico, el razonamiento judicial ortodoxo, el «gobierno de las leyes y no de los hombres», el «imperio de la ley», en el sentido de la más noble retórica presente en el día de la celebración del derecho, etc.) no existe, entonces los jueces lo tienen todo permitido. Pero ¡atención! el legalismo sin duda existe y, por, tanto, no todo está permitido. Es cierto, sin embargo, que sus dominios se han visto mermados y que han palidecido hasta el punto de que en nuestros días el legalismo se halla en gran medida confinado a los casos rutinarios. Finalmente, pues, es mucho lo que se les permite a los jueces. Cuánto les está permitido y cómo hacen uso de esa libertad son los problemas sobre los que versará centralmente este libro. Que centremos nuestro interés en estos temas ha resultado ser algo especialmente oportuno si tenemos en cuenta el alarmante (aunque sólo sea así para el *naïve*) giro a la derecha experimentado por el Tribunal Supremo en su último mandato (que

---

<sup>1</sup> HUTCHENSON, Jr., 1929: 274, 275-276.

finaliza en junio de 2007)<sup>2</sup>. Ese giro resulta de la sustitución de un juez moderadamente conservador (O'CONNOR) por otro extremadamente conservador (ALITO), cambio que ha traído a un primer plano la pregunta acerca de cómo los elementos personales y políticos pueden influir en la actividad de juzgar y, con ello, el sentido en que el país está siendo gobernado por los jueces en lugar de por las leyes. Si un cambio en los jueces trae aparejado un cambio en el derecho, entonces no está claro siquiera qué es el derecho.

Siento cierta incomodidad al hablar sobre los jueces, en particular sobre los jueces de apelación (que son el centro de mi interés) siendo como soy, yo mismo, uno de ellos. Las biografías son más fiables que las autobiografías, y no se les consulta a los gatos acerca de los principios de la psicología felina. Con todo, me resulta llamativo, sin embargo, lo poco realistas que son las concepciones acerca de los jueces defendidas por esa mayoría de gente que nunca ha sido juez, incluyendo aquí a abogados e ilustres juristas académicos<sup>3</sup>, e incluso también a algunos jueces. Esta falta de realismo resulta de una diversidad de factores, entre ellos, las diferentes perspectivas de las diferentes ramas de la profesión jurídica, y también una cierta carencia de imaginación. Se debe también al hecho de que la mayor parte de los jueces son cautelosos, incluso evasivos, a la hora de hablar acerca de lo que hacen. Tienden a repetir como autómatas la visión oficial del proceso judicial (y a decir que está fuertemente vinculado por reglas) y a menudo se lo creen a pesar de que no describe su práctica efectiva<sup>4</sup>. También se tiene la sensación de que juzgar es realmente una profesión diferente a la de la práctica de la abogacía o a la de la enseñanza del Derecho, y que uno sólo la entiende si alguna vez la ha ejercido. Recuerdo que cuando fui nombrado recibí de un conocido mío que era juez de un tribunal de apelación de otra región judicial\* [*circuit*] una nota en la que me daba la bienvenida «al club». El presente libro descubre un poco sus cortinas.

La dificultad que los observadores externos tienen para comprender el comportamiento judicial proviene en parte del hecho de que los jueces deli-

---

<sup>2</sup> GREENHOUSE, 2007a: 1.

<sup>3</sup> Un ejemplo notable es el estudio cronológico de los jueces del Tribunal Supremo realizado por el profesor de Harvard Henry HART de cuyo análisis me ocupé en el capítulo X: H. M. HART, Jr., 1959: 84.

<sup>4</sup> Robert E. KEETON, juez de distrito federal y anteriormente profesor de la Harvard Law School, reconocía en su tratado sobre la jurisdicción que los jueces establecen reglas «valorativamente cargadas». KEETON, 1999: 15. Sin embargo, no reflexionó acerca de las fuentes de esos valores. Su tratado no contiene ninguna entrada en el índice analítico ni sobre «política» ni sobre «ideología».

\* *N. de T.*: el sistema judicial de los Estados Unidos está dividido en 94 distritos o zonas judiciales que, a su vez, están organizados en 12 regiones judiciales y en cada región o circuito judicial hay un tribunal de apelación.

beran en secreto, aunque sería más exacto decir que el verdadero secreto es que no deliberan demasiado (me refiero a que no deliberan colectivamente)<sup>5</sup>. La deliberación judicial está sobrevalorada. Tradicionalmente, los jueces ingleses no deliberaban en absoluto puesto que ello implicaba quebrar la «oralidad», principio rector según el cual toda la actividad de los jueces había de ser realizada en público con el fin de que la misma pudiera ser sometida a control<sup>6</sup>; de ahí todas esas opiniones *seriatim* que desconciertan al estudiante de derecho estadounidense y quizás también al inglés. En casi todos los casos, un breve debate entre los jueces antes de la decisión posibilita la convergencia en una fundamentación mayoritaria única del fallo de la sentencia en vez de que se genere una fundamentación por cada juez.

La confidencialidad del proceso judicial no afectaría en exceso a la comprensión y valoración del sistema jurídico si las consecuencias del comportamiento de los jueces pudieran determinarse con facilidad. Si uno puede determinar el grado de madurez de un melón presionando su corteza u oliéndolo, no se ve en la necesidad de indagar acerca de los procesos mentales del vendedor del producto. Pero las consecuencias del comportamiento judicial son a menudo más difíciles de determinar y evaluar incluso que las consecuencias de otros servicios de profesionales, como puede ser la medicina. Dado que en muchas ocasiones no puede probarse, en términos de consecuencias o de otros criterios, que las decisiones que constituyen el resultado final de un sistema jurisdiccional son «buenas» o «malas», es natural preguntarse si existen razones para confiar en el diseño de la institución y en la competencia e integridad de los jueces que en ella operan.

El secreto de las deliberaciones judiciales es un ejemplo de mistificación profesional. Profesiones como el derecho o la medicina proporcionan servicios esenciales que resultan difíciles de entender y evaluar por los profanos. A los profesionales les gusta que así sea porque eso contribuye a mantener su estatus privilegiado. Pero saben que tienen que acabar con la desconfianza del profano y lo hacen, en parte, desarrollando una mística que sobredimensiona no sólo la habilidad del profesional, sino también su carácter desinteresado<sup>7</sup>. Los jueces llevan haciendo lo anterior durante miles de años y han

---

<sup>5</sup> Aunque es un secreto más bien a voces. «Cuando llegué al tribunal por primera vez [a la Corte de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia], imaginaba que las reuniones [en torno a los casos] serían reflexivas, finas, analíticas, dinámicas. Habitualmente no son nada de esto. Nos sentamos alrededor de la mesa y cada juez, desde el más joven al más veterano, expone lo esencial de su posición y acaso una breve justificación de la misma. El debate es extremadamente escueto, incluso cuando los magistrados de la sala están divididos. La reunión modifica muy pocas opiniones. Las decisiones correspondientes se toman y la vida continúa». WALD, 1992: 173, 177. REHNQUIST, que fuera presidente del Tribunal Supremo, describió las reuniones de ese tribunal de manera parecida. Véase el capítulo X.

<sup>6</sup> MARTINEAU, 1990: 101-103.

<sup>7</sup> POSNER, 1999a: capítulo III.

llegado a ser muy buenos en ello, lo bastante como para haber logrado una cierta opacidad aun incluso para sus propios compañeros de profesión jurídica, incluyendo los profesores y los juristas prácticos. Los jueces han convencido a mucha gente —comenzando por sí mismos— de que hacen uso de esotéricos materiales y técnicas para construir de manera desinteresada un edificio de doctrinas libres de decisionismo, de política o de ignorancia.

Y aun así, existe un importante nivel de insatisfacción en relación con nuestro sistema jurídico<sup>8</sup>, como también con nuestro sistema público de seguridad social. Al igual que a este último, al derecho se le acusa de ser demasiado caro (su coste per cápita es ciertamente superior al de los sistemas jurídicos de los países con los que suele compararse a los Estados Unidos), de invadir en exceso la esfera privada y la mercantil, de ser demasiado propenso al error, demasiado inseguro y sencillamente demasiado grande (hay un millón de abogados en el país). Por estas razones se dice que es una fuente de inmensos costes indirectos que vienen añadidos a todos los gastos de los litigantes. Las acusaciones pueden ser ciertas, aunque determinar su grado de verdad no es el propósito de este libro y esto es particularmente desalentador, porque resulta que es aún más difícil estimar los beneficios de nuestro sistema jurídico que sus costes. Los derechos [*legal rights*] son opciones que pueden tener valor incluso cuando nunca se haya hecho uso de las mismas, pero ¿cómo valorar tales opciones? Y los deberes jurídicos disuaden de llevar a cabo la conducta dañosa, pero determinar hasta qué punto son eficaces es también extremadamente difícil.

Si aceptamos que estas críticas son merecidas, la cuestión es a quién hacer responsable. Si todo lo que hacen los jueces es aplicar reglas creadas por los legisladores o por los padres de la Constitución (o seguir precedentes, establecidos actualmente o en el pasado por otros jueces, precedentes que son puntualmente modificados si se pone de manifiesto que no se adecuan bien a las circunstancias presentes), entonces la responsabilidad por la falta de organización (si es que es tal el caso) debe recaer en los legisladores o en los constituyentes o, más en general, en el proceso político en su conjunto. Pero supongamos que la mayor parte de las reglas establecidas por los cuerpos legislativos sean correctas y que, por tanto, el problema radique en un decisionismo de los jueces que les lleva a construir sus propias reglas o, tal vez, a ignorarlas por completo, administrando una justicia de cortas miras a la luz de la peculiaridades [*equities*] de cada caso y generando, a resultas de ello, una enorme inseguridad jurídica. Las implicaciones políticas y, en consecuencia, las vías para la reforma dependen de cuál sea la explicación correcta (ambas podrían serlo). Pero ¿y si el problema de fondo es que la estructura del gobierno estadounidense y, en un sentido más amplio, la cul-

---

<sup>8</sup> Véase, por ejemplo, HOWARD, 2001; OLSON, 1991.

tura política estadounidense obliga a los jueces a hacer algo más que simplemente aplicar las reglas del derecho? Lo que a los ojos de los críticos de la judicatura aparece como decisionismo pudiera acaso tratarse en realidad del cumplimiento de buena fe de un rol judicial que resulta decisivo. Si es así, entonces, si los jueces rehusaran cumplir ese papel, empeñándose en lugar de ello en autolimitarse a aplicar pasivamente reglas elaboradas en otra instancia, tal y como les instan a hacer algunos teóricos del derecho (nos referimos de forma sintética a éstos como «legalistas»), el sistema jurídico sería peor.

Las respuestas que puedan darse están vinculadas con cuestiones relacionadas con la conducta judicial. A modo de ilustración, todo el mundo está de acuerdo en que los contratos son esenciales para el funcionamiento del mercado y casi todos coincidirán también en que la imposición jurídica de su cumplimiento es importante para la eficacia de los mismos. El derecho contractual es aplicado por los jueces. En ocasiones son jueces privados —árbitros—, pero la eficacia del arbitraje depende de la ejecutoriedad de los laudos arbitrales. Dado que forma parte del *common law*, también es un derecho creado por los jueces. Tanto el derecho que ellos crean como la manera en que lo hacen valer constituyen actos deliberados, como también lo son las decisiones mercantiles y las decisiones legislativas. Que las decisiones judiciales y las doctrinas elaboradas jurisprudencialmente sean buenas o malas puede depender de (ser función de) los incentivos que tengan los jueces, algo que, a su vez, puede depender de aspectos cognitivos y psicológicos de éstos, de cómo los individuos son seleccionados (incluyendo la autoselección) para ser jueces y de los términos y condiciones del empleo para la realización de ese trabajo. De modo similar, el derecho estadounidense en materia de competencia [*antitrust law*] es mucho más un producto de decisiones judiciales que resultado de una legislación sobre la materia: las leyes más importantes sobre la competencia son tan sumamente escasas y vagas como la mayoría de las disposiciones de la [*Bill of Rights*] Carta de derechos. Deberíamos pues prestar atención a la circunstancia de que las motivaciones, limitaciones y otros factores que influyen en los jueces son las que han conformado el derecho de la competencia. El Tribunal Supremo ha llegado a calificar a la Ley Sherman\* como una «ley [*statute*] del *common*

---

\*\* *N. de T.*: aprobada por el Congreso de 1890, esta ley, cuya denominación deriva de su principal artífice, el senador Sherman de Ohio, experto en la regulación del comercio, tenía como objetivo limitar las concentraciones de poder que interferían con el comercio y reducían la libre competencia en el mercado. Con este fin, la ley establecía que todo contrato o acuerdo conspiratorio tendente a restringir el comercio entre estados o con naciones extranjeras es ilegal y estipuló que cualquier tentativa de monopolio, tuviese éxito o no, sería una falta leve. A los tribunales les correspondía juzgar qué actos específicos eran ilegales. *Enciclopedia Britannica online*, voz *Sherman Antitrust Act*, <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/540115/Sherman-Antitrust-Act> (última consulta en junio de 2010).

*law*»<sup>9</sup>, y el *common law* es, por supuesto, un derecho elaborado por los jueces, no por los legisladores.

Estudiar la mentalidad judicial sería de poco interés si los jueces no hicieran otra cosa más que aplicar reglas jurídicas claras creadas por los legisladores, por los órganos o servicios administrativos, por los constituyentes y otras fuentes extrajudiciales (incluyendo la *lex mercatoria*) a hechos que tanto jueces como jurados consideraran probados sin mediar prejuicios ni preconcepciones. De ser así, los jueces estarían a un paso de ser reemplazados por programas digitalizados de inteligencia artificial<sup>10</sup>. Pero incluso los juristas teóricos que defienden fervientemente que los jueces no deben ser más que aplicadores de reglas y quienes, despojados de todo prejuicio, establecen qué hechos han de tenerse por probados no creen que ése sea el modo en que todos o siquiera la mayoría de jueces estadounidenses actúan durante todo el tiempo. Nuestros jueces tienen y ejercen discrecionalidad. Especialmente si son jueces de apelación, o aun incluso cuando pertenecen al nivel intermedio, son «legisladores ocasionales». Para entender la actividad legislativa que desempeñan es necesario entender la naturaleza de sus motivaciones, sus facultades, sus mecanismos de selección, las normas de su profesión y su psicología.

De esta forma, alcanzar una comprensión adecuada del comportamiento judicial reviste un interés mucho mayor que el meramente académico; es una clave para la reforma del derecho. Con todo, su interés académico es también importante por los inusuales incentivos y restricciones, tan diferentes de los presentes en la mayoría de trabajos, que conforman el comportamiento judicial, especialmente en el sistema federal de los Estados Unidos, y porque el análisis de ese comportamiento puede proporcionar elementos para la comprensión del problema general de la gestión de la incertidumbre<sup>11</sup>. La incertidumbre es un rasgo tan sobresaliente de nuestro sistema judicial como el gasto lo es de nuestro sistema médico, y la toma de decisiones en condiciones de incertidumbre es un tema de merecida importancia en la economía, en la teoría de la organización y en otros campos.

Como otros estudios sobre la judicatura realizados por jueces, este libro está fuertemente influido por mi propia experiencia como magistrado del Tribunal Federal de Apelación durante más de un cuarto de siglo (fui presidente durante siete años), con incursiones ocasionales en el tribunal de distrito para presidir juicios de primera instancia, principalmente juicios

---

<sup>9</sup> *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2705, 2720 (2007).

<sup>10</sup> No entiendo por qué los originalistas y otros legalistas no son entusiastas de la IA.

<sup>11</sup> Sobre lo cual he escrito extensamente tanto en relación con el riesgo de catástrofe como con la reforma del sistema de inteligencia de Estados Unidos. En este sentido, pueden consultarse mis trabajos, POSNER, 2004, 2005a, 2006b y 2007a.

civiles ante jurado. Pero el tono del libro es académico y no confesional. En este sentido, se parece a mi libro sobre la regulación de la sexualidad, tema este último que, como puede imaginarse, dista mucho del análisis del comportamiento judicial. Ese otro libro encontraba su motivación en mi «tardío descubrimiento de que los jueces no sabían prácticamente nada sobre sexo, más allá de su propia experiencia personal, que es limitada». Uno de mis objetivos de entonces fue «llamar la atención de la profesión jurídica sobre la rica literatura multidisciplinar» en la materia<sup>12</sup>. Los jueces, al igual que otras personas «refinadas» en nuestra sociedad, son reacios a hablar de sexo, pero son también reacios a hablar sobre la actividad de juzgar, especialmente a hablar de ese tema con franqueza, sea a sus colegas o a un auditorio profesional más amplio. Esta reticencia hace que el estudio académico del comportamiento judicial sea al mismo tiempo un desafío y algo imprescindible.

El libro pone el acento en un análisis descriptivo más que normativo —qué hacen los jueces y no qué deberían hacer— pero también someto a discusión cuestiones normativas y propongo algunas modestas reformas, al tiempo que hago de forma ocasional alguna sugerencia abriendo la posibilidad de una investigación ulterior. El análisis descriptivo y el normativo no pueden separarse con facilidad cuando se trata de acciones deliberadas llevadas a cabo por la gente. Y es que, a menos que se trate de sujetos perversos o cínicos, la mejor explicación de sus acciones probablemente no sea que desprecian de forma deliberada las normas de su sociedad. Si, como es el caso, resulta profundamente incorrecto que un juez decida arrojando una moneda al aire, es entonces difícil que una teoría aleatoria del comportamiento judicial sea la adecuada. Puede que las razones que lleven a la toma de determinadas decisiones judiciales sean incorrectas, pero lo más probable es que, sin embargo, no se encuentren más allá del terreno de juego de las normas y de los valores socialmente dominantes.

El principal foco de atención del libro son los jueces de apelación federales, incluyendo a los jueces del Tribunal Supremo (que son el objeto de la tercera parte de este trabajo, si bien aparecen también en las demás). Junto con lo anterior hay alguna reflexión acerca de los jueces de primera instancia, jueces de tribunales estatales, jueces de países extranjeros similares a los de Estados Unidos<sup>13</sup> y árbitros (jueces privados).

Comienzo con un análisis de las teorías existentes sobre el comportamiento judicial (actitudinal, estratégica, organizacional, económica, psicológica, sociológica, pragmática, fenomenológica y legalista) y de las razo-

---

<sup>12</sup> POSNER, 1992b: 1,4.

<sup>13</sup> Es decir, países que cuentan con un poder judicial independiente, algo que no sucede en muchos otros. Véase, por ejemplo, HELMKE, 2005; SCHÄFER y RAJA, 2006.

nes a favor y en contra de cada una de ellas. Estas teorías son expuestas en toda una rica literatura ignorada por la mayor parte de los juristas académicos (aunque esto está cambiando)<sup>14</sup> y por prácticamente todos los jueces<sup>15</sup>. Tales teorías suministran un trasfondo y apoyo a mi propio análisis, que recurre profusamente a la economía laboral y a la psicología cognitiva y de las emociones. Es precisamente el énfasis que hago sobre la psicología lo que me ha llevado a titular el libro *Cómo deciden los jueces* en lugar de *El comportamiento de los jueces*.

Mi análisis y los estudios sobre los que se construye llegan a la conclusión de que los jueces no son ni gigantes morales o intelectuales (qué se le va a hacer), ni profetas, oráculos, ni meros portavoces o máquinas calculadoras. Son trabajadores «humanos, demasiado humanos» que reaccionan del mismo modo que lo hacen otros trabajadores ante las condiciones del mercado de trabajo en el que actúan. Los jueces americanos, al menos, no son formalistas o (término que prefiero puesto que tiene menos carga) legalistas. Los legalistas resuelven los casos aplicando reglas preexistentes o, en algunas versiones del legalismo, haciendo uso de métodos de razonamiento que se pretenden distintivos, tales como «el razonamiento jurídico por analogía». Ni legislan, ni ejercen discrecionalidad, salvo en asuntos administrativos (como la programación del calendario de tareas), ni quieren saber nada de política y no miran fuera de los textos jurídicos convencionales —básicamente las leyes, las disposiciones constitucionales y los precedentes (decisiones judiciales autoritativas)— cuando buscan guías para la resolución de los nuevos casos. Para los legalistas, el derecho es un dominio autónomo de conocimiento y técnica<sup>16</sup>. Algunos legalistas sospechan incluso del precedente como fuente del derecho porque está infectado de creatividad judicial.

Pero si los jueces no son legalistas, entonces ¿qué son? ¿Acaso simplemente políticos con toga? Los científicos sociales han llegado a la conclu-

---

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, SISK y HEISE, 2005: 743.

<sup>15</sup> La riqueza de la misma está bien ilustrada por GIBSON, 1983: 7. Como indica la fecha de su trabajo, ya existe desde hace años literatura en la materia. Que no haya calado entre los juristas académicos puede deberse en parte a que no tiene ninguna repercusión en la comprensión o reforma de la doctrina jurídica y en parte a que pone en jaque la mística de una judicatura apolítica, con la que tanto abogados como profesores de derecho se hallan profundamente involucrados.

<sup>16</sup> «Los formalistas jurídicos hacen hincapié en las virtudes específicamente jurídicas de la claridad, la determinación y la coherencia del derecho, e intentan trazar con nitidez la distinción entre legislar y decidir judicialmente. En general, pueden ser clasificados en formalistas de reglas y formalistas de conceptos [*rule-formalists and concept-formalists*]. Los primeros otorgan más valor a la certeza, subrayando la importancia de que existan reglas claras e interpretación estricta, mientras que los segundos subrayan la importancia de la consistencia y de la coherencia de principios del derecho en cuestión», GREY, 2003: 473, 478. Los modernos formalistas norteamericanos —incluyendo lo que podría llamarse la Escuela de SCALIA— son fundamentalmente formalistas de reglas. GREY, 2003: 479. «Lo más importante [para SCALIA] es que el Derecho, siempre que sea posible, venga formulado mediante reglas». GREY, 2003: 499.



sión de que muchas decisiones judiciales, para nada sólo las del Tribunal Supremo, se ven fuertemente influidas por las preferencias políticas del juez o por otros factores extrajurídicos, tales como las características personales del juez y sus experiencias personales o profesionales, que pueden o bien conformar sus preferencias políticas o actuar directamente en la respuesta que hayan de darle a un cierto caso. Ningún estudioso del sistema judicial mínimamente cabal cree que «la política» (en un sentido que precisa ser explicado) o que la idiosincrasia personal determinan *la mayor parte* de las decisiones, salvo en el Tribunal Supremo, que en realidad, cuando resuelve los asuntos constitucionales, es esencialmente un tribunal político. El legalismo determina la mayor parte de las decisiones, aunque por lo general son las menos importantes cuando se trata del desarrollo de doctrinas judiciales o las que menor impacto tienen en la sociedad.

Sin embargo, hay que ser cautelosos a la hora de clasificar las decisiones judiciales (o a los jueces) en legalistas y políticas o —algo muy relacionado con lo anterior— hay que ser cautelosos a la hora de sentar un dualismo maniqueo entre derecho y política. El dualismo sólo funciona cuando «derecho» se hace equivalente a legalismo, y esto es demasiado restrictivo. El juez SCALIA no se salió ni por un momento de su estricto papel de juez cuando en *Richardson v. Marsh* dijo que «la regla según la cual se presume que los jurados deben seguir las instrucciones que se les dan es una regla pragmática cuyo fundamento estriba menos en la absoluta certeza de que la presunción es verdadera cuanto en la creencia de que representa un compromiso práctico razonable entre los intereses del estado y los del acusado en el proceso penal»<sup>17</sup>. Ésta es una declaración judicial tan adecuada como aquellas otras aseveraciones legalistas por las que SCALIA es más famoso (del tipo «el imperio del derecho» implica «un derecho de reglas»<sup>18</sup> [*the rule of law is the law of rules*])). Esto es así aun cuando la afirmación tiene implicaciones políticas. Los acusados en un proceso penal se encontrarían en posición de desventaja si los excesos del juez o de la acusación, pudieran quedar perdonados por el juez mismo ordenando al jurado que no tomara tales excesos en cuenta. Y es que «las campanas ya sonaron»: una vez escuchado aquello que nunca debieron escuchar, ¿cómo hacer que los miembros del jurado, cuando se plantean la culpabilidad del acusado, decidan como si nunca lo hubieran oído?

El derecho, en un escenario judicial, es simplemente el material, en el sentido más amplio, a partir del cual los jueces elaboran sus decisiones. Dado que los materiales para las tomas de decisión al modo legalista no

---

<sup>17</sup> 481 U.S. 200, 211 (1987).

<sup>18</sup> SCALIA, 1989b: 1175.

suministran respuestas razonables a todos los conflictos jurídicos sobre los que los jueces estadounidenses han de pronunciarse, tales jueces forzosamente han de recurrir de forma ocasional —de hecho, de forma bastante frecuente— a otras fuentes de enjuiciamiento, incluyendo a sus opiniones o juicios personales de naturaleza política y hasta a sus propias particularidades. Como resultado de ello, nos encontramos con que la política y muchas otras cosas que no encuentran encaje en un modelo legalista de decisión atraviesan el derecho.

La libertad de decisión que tienen los jueces es una libertad *involuntaria*. Es consecuencia de la incapacidad que tiene el legalismo en muchos casos para determinar cuál es el resultado (o para determinarlo bastante, una distinción que desarrollaré después) y la dificultad correlativa, a menudo la imposibilidad, de comprobar la corrección de ese resultado, ya sea atendiendo a sus consecuencias, ya sea a su lógica. Dicha incapacidad, y esa dificultad o imposibilidad, crean un zona de indeterminación en la cual los jueces poseen discrecionalidad decisoria —una tabla rasa en la cual grabar sus decisiones— en vez de verse constreñidos por «el derecho» a adoptar una decisión en particular. Cómo cierran de hecho los jueces esa zona abierta o indeterminada es la pregunta fundamental a la que trata de dar respuesta este trabajo; cierto es, sin embargo, que en el trasfondo late, pasando en ocasiones a un primer plano, la pregunta acerca de cómo deberían cerrarla.

Si bien los jueces a menudo formulan juicios de naturaleza política en esa zona abierta o indeterminada, «política» es un término equívoco que ha de ser sometido a un cuidadoso análisis antes de aplicarse provechosamente al análisis de la conducta judicial. Podría referirse a un juez cuyas decisiones reflejan su lealtad a un partido político. O a un juez cuyas decisiones son fiel reflejo del programa de un partido político, si bien como una cuestión de convicción más que de lealtad partidista. Podría referirse a un juez cuyas decisiones reflejan una ideología política coherente, que podría ser «liberal» o «conservadora» y, de este modo, estar correlacionada (aunque lo estuviera de forma imperfecta) con el programa del Partido Demócrata o del Republicano, pero que podría ser, en su lugar, una ideología no adoptada por ninguno de ambos partidos mayoritarios, como el libertarismo o el socialismo. Los trabajos de naturaleza empírico-descriptiva en los que se refuta que el legalismo sea una descripción completa o siquiera aproximada del comportamiento judicial efectivo no diferencian entre estos distintos matices de «política». «Políticas» podría ser la descripción adecuada incluso de decisiones basadas en juicios políticos puramente técnicos, juicios que implican determinar cuáles son los mejores medios para alcanzar determinados fines sobre los que existe acuerdo previo: cualquier asunto de política gubernamental es, en este sentido, «político». En el extremo opuesto, un juez podría ser «político» en un sentido totalmente desvinculado de las directrices

políticas gubernamentales: podría, como un legislador, utilizar el encanto, la astucia, el comercio de votos y la adulación para inducir a otros jueces a unirse a él, si bien su propósito podría ser producir decisiones legalistas. Sería entonces lo que en diversos contextos no políticos se conoce como «un buen político». La teoría estratégica del comportamiento judicial, que es analizada en el capítulo I, pone de relieve la idea de una forma de juzgar políticamente orientada, si bien que en el sentido de orientada por «medios» más que por «fines». Muchos legisladores carecen de preferencias políticas propias, son simples agentes políticos que actúan en nombre de sus electores. Los jueces, sin embargo, a menos que sean democráticamente elegidos, carecen de electores.

Podría parecer que darle el cambiazo a lo «político» por un significado u otro, nos permitiría agotar el recuento de los posibles factores no legalistas que están presentes en la adjudicación. Pero no es ni siquiera el comienzo. Otros posibles factores (llamémoslos «personales») incluyen los rasgos de la personalidad o los temperamentales (de este modo, la emotividad estaría en un extremo del espectro temperamental y la indiferencia en el otro), que constituyen características personales innatas. Incluyen características relacionadas con sus antecedentes personales, tales como la raza y el sexo, así como la experiencia personal y profesional. Los factores políticos o ideológicos que influyen sobre la toma de decisiones en sede judicial pueden ser ellos mismos un subproducto de factores personales en vez del resultado de un examen informado, desinteresado y fríamente analítico de los asuntos públicos. También influyen en la decisión judicial consideraciones estratégicas, a las que ya he aludido, que no tienen por qué estar relacionadas con las concepciones políticas ni con las características personales del juez. Un juez podría suscribir la opinión mayoritaria en un caso no porque esté de acuerdo con ella, sino porque cree que disentir públicamente podría traer aparejado ampliar el efecto de la opinión mayoritaria al atraer la atención sobre la misma. La «aversión al disenso» ayuda a explicar el desconcertante efecto al que da lugar la composición de los órganos judiciales, como veremos en el capítulo I. También influyen sobre el comportamiento judicial factores institucionales como la claridad o la falta de claridad del derecho, la remuneración y volumen de trabajo, y la estructura de promoción en la carrera judicial.

Los factores políticos y personales crean *preconcepciones*, muchas veces inconscientes, que el juez proyecta en cada caso. Esto puede explicar que los jueces piensen que sus decisiones no están siendo influidas por consideraciones políticas, al tiempo que un observador neutral detecte todo lo contrario. Esta explicación salva a los jueces de la acusación de hipocresía dominante, sin negar con ello la fuerza de la literatura descriptivo-empírica sobre los casos en los que la actividad de juzgar está orientada políticamente.

La mejor forma de llegar a entender las preconcepciones judiciales es, como veremos, con la ayuda de la teoría bayesiana de la decisión. Con esto no estoy afirmando que ésta sea la manera como los propios jueces describirían sus procesos mentales. Y eso de «teorema de BAYES» no será el único término que use que probablemente alarme a algunos de los lectores de un libro sobre jueces. Tampoco el término de «legislador ocasional» ni el de «aversión al disenso» serán los únicos que aparecen además del recién mencionado. Los lectores tendrán que prepararse para leer expresiones tales como «aversión inversa», «deriva ideológica», «ventanas o márgenes tolerables», «función de utilidad», «mala fe sartriana», «valor de la opción», «aversión al riesgo», «zona de razonabilidad», «monopsonio o monopolio de demanda», «cosmopolitismo», «personalidad autoritaria», «alienación», «costes de agencia», «pragmatista de reglas» y «pragmatista restringido». No pediré disculpas por el uso que hago de estos términos ni, en general, por hablar del pensamiento judicial mediante un vocabulario ajeno a la mayor parte de los jueces y abogados; y es que el comportamiento judicial no puede ser comprendido en el vocabulario que los propios jueces emplean, en ocasiones de forma maliciosa.

Dado que el comportamiento está motivado por el deseo, tendremos que tener en cuenta también qué es lo que quieren los jueces. En mi opinión, los jueces quieren los mismos bienes básicos que el resto de la gente, esto es, dinero, poder, reputación, respeto, autoestima y tiempo libre. Si hay una ponderación de estos distintos bienes que pueda presentarse como típicamente judicial ello será debido a los incentivos y límites que derivan del propio cargo de juez o, más ampliamente, del contexto de la práctica judicial. Un elemento que conforma ese contexto es el de la falta de certeza jurídica generada por la zona abierta o indeterminada en relación con la cual los métodos de análisis ortodoxos (los legalistas) arrojan o bien conclusiones insatisfactorias o, con frecuencia, ninguna conclusión en absoluto, permitiendo así, o incluso imponiendo, que sean la emoción, la personalidad, las intuiciones en relación con ciertas políticas, la ideología, la política, los antecedentes personales y la experiencia las que determinen la decisión del juez.

Entre los factores institucionales que influyen en el comportamiento judicial dentro de la zona abierta o indeterminada figura la propia estructura de la carrera judicial, que afecta tanto a la selección y a la autoselección en la judicatura como a los incentivos y restricciones que se ponen en marcha desde el momento en que una persona ingresa en la carrera. Comparo en este trabajo diferentes tipos de carrera judicial y diferentes tipos de organización de la judicatura y también examino distintas propuestas de modificación de la estructura de la carrera, como las basadas en el incremento gradual de las remuneraciones judiciales o en la limitación de los mandatos. El resultado

de mi análisis de la estructura de la carrera de los jueces de apelación federales (incluyendo a los magistrados del Tribunal Supremo) corrobora la ausencia de límites externos significativos sobre su comportamiento (tales como el sueldo, la promoción o la remoción) y, en consecuencia, el alcance de la libertad que tienen los jueces frente a los intentos de sus «superiores» (sean quienes sean éstos, cuestión que resulta bastante incierta) por someter a control a quienes son sus agentes.

Pero no ignoro que bien puede suceder que esta libertad se vea fuertemente restringida por un abanico de límites o constricciones internas, incluyendo lo que llamo el «método judicial». Éste consiste en una serie de dispositivos analíticos para la gestión de la incertidumbre y la producción de lo que los legalistas ven como decisiones objetivas. Veremos cómo los instrumentos legalistas —incluso aquellos más sagrados como son el razonamiento por analogía y la interpretación estricta de las leyes y las constituciones— se quedan cortos: el primero es vacío y el segundo, pese a las apariencias, posee un componente de discrecionalidad considerable.

Tampoco he de olvidar la crítica hecha desde la academia como factor potencial de presión sobre el comportamiento judicial y ello en la medida en que la ausencia de restricciones fuertes, abre un espacio para que las restricciones que son normalmente débiles pasen a tener una influencia significativa. Sin embargo, la crítica académica de la judicatura tiende a caer en saco roto en nuestros días y ello debido a que los cambios que se han venido produciendo en las facultades de derecho han supuesto una brecha intelectual tan grande entre jueces y profesores de derecho, que el profesorado de las facultades de derecho de élite se ha distanciado totalmente de la judicatura. Mi queja no es, como podría pensarse, que los académicos sean demasiado críticos con los jueces: en muchos sentidos son insuficientemente críticos. De lo que me quejo es de que la actual crítica académica de la judicatura adolece de falta de realismo en relación con los jueces, resulta inútil para ellos y está verdaderamente poco interesada en los mismos, salvo que sean magistrados del Tribunal Supremo.

Al subrayar la extensa (aunque no absoluta) libertad que los jueces estadounidenses poseen respecto de los límites internos y externos no pretendo sugerir que el comportamiento judicial sea aleatorio, decisionista o político en sentido partidista. La mayoría de los jueces, como la mayoría de los artistas entregados al arte, intentan hacer un «buen trabajo», siendo aquí «bueno» definido en términos de los estándares del «arte» en cuestión. En el arte judicial entran en juego de manera sobresaliente factores legalistas, y así tales factores figuran de forma destacada en las decisiones judiciales, algo que, por lo demás, es correcto. Pero los jueces innovadores desafían los estándares establecidos de su arte, del mismo modo que los artistas in-

novadores desafían los estándares establecidos de *sus* artes. Así como no existen criterios fijos y no controvertidos de la excelencia artística, tampoco hay criterios fijos y no controvertidos de la excelencia judicial. Y en el derecho como en el arte son los innovadores quienes mayor influencia tienen en la evolución de su campo.

Entonces, ¿qué es exactamente lo que hacen los jueces cuando toman decisiones dentro de la zona abierta? Si no están simplemente aplicando reglas preexistentes mediante procedimientos lógicos o de algún otro modo mecánicos ¿quizá estén poniendo en práctica algún modelo de filosofía judicial coherente? No es así. Veremos que las teorías filosóficas judiciales (como el «formalismo», el «originalismo», el «textualismo», el «refuerzo representacional»\*, el «republicanismo cívico» o —los últimos aspirantes— la «libertad activa»\*\* o el «cosmopolitismo judicial») no son sino racionalizaciones de decisiones que están basadas en otras razones o armas retóricas. Ninguna de ellas constituye una brújula políticamente neutral capaz de guiar la toma de decisiones por parte de los jueces.

¿Qué término sirve pues para describir mejor lo que hacen la mayoría de los jueces estadounidenses? Los lectores de mis anteriores trabajos sobre el comportamiento judicial pensarán que voy a decir que es el de «pragmatismo jurídico». Y también pensarán que voy a dividir a los jueces en legalistas y pragmatistas para luego, por la vía de clasificar al propio legalismo como una estrategia pragmática, convertir a todos los jueces en pragmatistas. Proceder así sería excesivamente superficial. Es cierto que el pragmatismo es un componente importante del comportamiento judicial estadounidense y, como se verá, tiene un lugar central en este libro. Muchas veces ha sido malinterpretado considerándose como un enfoque del «todo vale» aplicado a la actividad judicial, al modo de algunas versiones extremas del realismo jurídico. En modo alguno lo es. El juez pragmático es un pragmatista sometido a límites. Al igual que los demás jueces, se ve restringido por las normas que exigen a los juzgadores imparcialidad, conciencia de la importancia de que

---

\* *N. de T.*: concepción procedimentalista de la justicia constitucional que defiende que la función del Tribunal Supremo de los Estados Unidos no ha de ser la de introducir valores sustantivos —tarea que corresponde al legislador democrático— sino la de limpiar los canales de participación y proteger la representación de las minorías que son permanentemente apartadas del poder. Cfr. J. ELY, «Toward a representation-reinforcing mode of judicial review», en R. BELLAMY (ed.), *Constitutionalism and Democracy*, International Library of Essays in Law and Legal Theory, Dartmouth: 2006.

\*\* *N. de T.*: concepción de la justicia constitucional que defiende que los magistrados del Tribunal Supremo de los Estados Unidos al decidir los casos sobre los que hayan de pronunciarse deben tener presente el derecho de todo ciudadano del país a participar en el gobierno. Esta tesis, defendida por el magistrado Breyer (2006), es vista como la respuesta liberal a la concepción originalista del magistrado SCALIA. S. BREYER, *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution*, New York: Alfred A. Knopf, 2006.

el derecho sea lo suficientemente predecible como para guiar la conducta de los sujetos a los que se dirige (¡incluyendo a los propios jueces!) y debido respeto a la integridad de la palabra escrita en los contratos y las leyes. Sin embargo, el marco no es tan pequeño como para descartar que sea un juez político, al menos en un sentido no partidista. Pero no tiene por qué serlo, a menos que a «político» se le dé el sentido más amplio de los que antes se apuntaron, sentido en el cual lo «político» es cualquier cosa que tenga el más ligero aroma a interés por las guías para la dirección de lo público [*policy*]. Un juez pragmático evalúa las consecuencias de sus decisiones teniendo en cuenta la repercusión que crea que las mismas van a tener en aquéllas que él concibe como políticas públicas adecuadas. Esto no habrá de significar, sin embargo, que tales decisiones vayan a ser tomadas a la luz de consideraciones sobre la dirección de lo público [*policy*] fundadas en consideraciones políticas en el sentido que normalmente se le da a esta expresión.

Un juez puede ser político sin ser pragmatista. Un ideólogo no es un pragmatista. La mayor parte de los jueces que son contrarios a todos los derechos vinculados con el aborto lo hacen porque defienden determinadas creencias religiosas y no porque valoren en términos pragmáticos tales derechos. También muchos que apoyan esos derechos están orientados por su propia ideología. En un intento por ganar el apoyo de aquellos jueces que o no son religiosos o tienen convicciones religiosas que no comportan el rechazo al aborto, puede que los anteriores esgriman objeciones de tipo pragmático para apoyar su posición. Pero sería una pura fachada. Un pro vida, sea o no juez, a quien se le señale que uno de las consecuencias positivas del derecho al aborto es que con él se reducirán las tasas de criminalidad en el futuro, y ello en la medida en que es más probable que los niños no deseados, frente a los deseados, se conviertan en delincuentes al crecer<sup>19</sup>, antes nos mirará con espanto que nos elogiará por haberle mostrado un argumento interesante a incorporar al balance entre las buenas y las malas consecuencias del derecho al aborto con el fin de orientar su decisión.

La pregunta acerca de las influencias que entran en juego en el comportamiento judicial resulta crítica en el caso del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Los magistrados de este tribunal desempeñan su actividad incluso bajo menos límites que los jueces federales inferiores, salvo en lo que se refiere a la presión política impuesta por la opinión pública. Este límite es más fuerte en el caso de los magistrados del Tribunal Supremo porque sus decisiones tienen una mayor visibilidad y una mayor repercusión en la vida social (ésta es la principal razón de su mayor visibilidad). De este modo, es en el Tribunal Supremo —especialmente cuando

---

<sup>19</sup> DONOHUE III y LEVITT, 2001: 379.

debe decidir asuntos constitucionales— donde uno espera encontrarse, y de hecho se encuentra, con los más vigorosos, aunque también los menos exitosos, esfuerzos por demostrar que los jueces son, o pueden ser, legalistas. Y es así porque es ahí donde los intereses en juego son habitualmente más importantes, no sólo por la naturaleza de los asuntos sobre los que recae el derecho constitucional, sino también por la dificultad de modificar el derecho constitucional si no es por medio de que el Tribunal Supremo proceda a la revocación de sus decisiones anteriores. También donde los materiales jurídicos ortodoxos comportan una guía más laxa para la toma de la decisión. De forma que es aquí donde hallaremos numerosas propuestas de teorías globales competitivas, todas ellas orientadas a poner límite a la discrecionalidad judicial; me ocupo de examinar varias de esas teorías en la tercera parte de este trabajo. El intento más desesperado es el de la búsqueda de un consenso judicial global, una suerte de derecho natural secular. El cosmopolitismo judicial (que no debe confundirse con la influyente doctrina filosófica del cosmopolitismo) se manifiesta en la creciente propensión del Tribunal Supremo a citar decisiones judiciales extranjeras como decisiones que tienen autoridad en relación con los casos del derecho constitucional estadounidense. Al hacer eso, el Supremo no tiene en cuenta las profundas diferencias existentes entre los Estados Unidos de América y otros países en lo que se refiere a su estructura judicial y opiniones.

Si toda la argumentación del libro fuera que los jueces estadounidenses (a diferencia de la mayoría de los jueces extranjeros) tienen un gran margen de discrecionalidad —que no simplemente aplican reglas elaboradas por los poderes legislativo y ejecutivo, por generaciones anteriores de jueces o por jueces de tribunales superiores—, entonces muchos lectores responderían: «¿y qué hay de nuevo?». Pero la mayor parte del libro versa justamente sobre qué hacen los jueces cuando no se dedican simplemente a aplicar reglas. Se trata de un intento por desarrollar una reconstrucción que, basada en una teoría descriptiva de la decisión, dé cuenta del comportamiento judicial dentro de lo que vengo llamando la zona abierta o de indeterminación: esa zona en la que el juez es un legislador. Lo que sostengo es que las razones que explican el carácter legislativo de gran parte de la actividad judicial estadounidense están tan profundamente enraizadas en nuestros sistemas jurídico y político y en nuestra cultura, que ninguna reforma factible podría alterarlo y, más aún, que ese carácter de nuestro sistema judicial no resulta tan terrible como parece suponerse. El más falso de los falsos renaceres viene marcado por la creencia de que nuestro sistema avanzará por la senda de la reforma mediante un compromiso judicial con el legalismo, es decir, mediante un compromiso por parte de los jueces a concebir el rol judicial como un rol que se limita a la



aplicación de reglas creadas por las leyes y las constituciones, o al empleo de métodos analíticos que les permiten concentrar su atención sobre los materiales jurídicos ortodoxos permaneciendo apartados de todo tipo de consideraciones relativas a las políticas públicas.

Espero que estos argumentos sean convincentes, o al menos que el libro contribuya a una comprensión más integral y exacta de cómo actúan los jueces, de por qué actúan de tal forma, de cuáles son las consecuencias probables de tal comportamiento y de qué instrumentos intelectuales son más apropiados para analizar tales problemas.

