

EL ROL DEL JUEZ EN EL SIGLO XXI*

Richard A. Posner**

A pesar de que los artífices detrás de las normas son los legisladores, no son ellos quienes inciden de manera directa sobre el derecho material de los particulares. Tan grave responsabilidad está en manos de los jueces, quienes “aplican” el Derecho abstracto para solucionar casos concretos. Sin embargo, dicha “aplicación” del Derecho no alcanzará su objetivo si es que antes no se ha delimitado cuál es el rol que debe cumplir el juez en nuestra sociedad contemporánea. ¿Debe limitarse a leer, interpretar y aplicar la ley o debe traer a la mesa lo que cosecha de sus propias reflexiones e ideales?

En el presente artículo, el autor expone las distintas concepciones que han acompañado al rol judicial a través del tiempo y presenta una reflexión en torno a cuál será la más adecuada para los inicios de este siglo tan pragmático e informatizado. Aplicando un razonamiento inductivo tan característico del sistema anglosajón, el autor se autoanaliza como juez norteamericano para luego exponer consideraciones más abstractas acerca del rol que deben cumplir los jueces en nuestra actualidad social.

* El presente artículo fue publicado originalmente bajo el título “The role of the judge in the twenty-first century” en Boston University Law Review 86. 2006. La traducción fue realizada por Jorge Luis Morelli, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos al doctor Jorge Lazarte, abogado, Magíster en Derecho de los Negocios por la Universidad Francisco de Vittoria y asociado de Payet, Rey, Cauvi Abogados, por la supervisión de la traducción.

** Juez de la Corte de Apelación del Cuarto Circuito de los Estados Unidos de América; *Senior Lecturer* de la Universidad de Chicago. El autor agradece a Meghan Maloney por su asistencia tan colaboradora en la investigación y a Ward Farnsworth, Andrei Shleifer y a Adrian Vermeule por sus valiosos comentarios en una versión previa.

I.

“En mi propia forma jovial y desdeñosa, reconocí cuatro tipos de juicios: primero, el cogitativo, de y por la reflexión y la predicción del futuro; segundo, el aleatorio, de y por los dados; tercero, el intuitivo, de y por los sentimientos o las “corazonadas”; y cuarto, el idiota, de y por un idiota; y en esa misma forma jovial y desdeñosa, encontré los últimos tres como solamente una variante de ellos mismos, los resultados de procesos todos ellos ajenos a los buenos juicios”¹.

Hay ciertas ambigüedades interesantes en el título de este simposio y de mi charla. “El rol del juez” puede referirse al rol que los jueces cumplen en la realidad o el rol que deberían cumplir, lo cual puede ser diferente. Puede referirse al rol que los jueces norteamericanos cumplen en las cortes norteamericanas particulares o a un concepto más abstracto del rol judicial ¿Y la referencia en el título al Siglo XXI no vale nada o es que los participantes de este simposio esperan proyectar cambios en el rol judicial?

Me alegra tener aquí el suficiente espacio que dichas ambigüedades, tal vez deliberadamente, generan. Hablaré sobre los roles que las distintas escuelas de pensamiento legal le asignan a los jueces norteamericanos de apelación, así como también indicaré y describiré cuál pienso yo es la más realista y qué cambios podrían ser deseables. Concluiré con una sugerencia, que nuestros jueces deben ser menos formalistas y más pragmáticos. No trataré de predecir el futuro, excepto para demostrar tres puntos obvios. El primero es que el rápido y continuo avance en la ciencia les hará la vida más difícil a los jueces. Vivimos en una era de constante cambio tecnológico que arrojará problemas técnicos y científicos difíciles para los jueces, para los cuales muy pocos de ellos (de nosotros, debería decir) están preparados debido al excesivo énfasis retórico de la educación legal y el contexto científico débil de la mayoría de estudiantes de derecho.

El segundo punto es que si la carga procesal federal continúa creciendo—y eso es meramente posible, no inevitable²—las restricciones en las cortes federales de apelación como ahora están constituidas, incluyendo a la Corte Suprema, pueden volverse más agudas, inclusive insoportables. Hay enormes costos de eficiencia cuando las cortes de apelación se expanden. También hay un determinado número de circuitos en los cuales la Jurisdicción Federal de Apelación puede ser dividida, y la Corte

Suprema probablemente no puede ser agrandada o dividida en absoluto. Considere el dilema del Noveno Circuito, en donde veinticuatro de sus cortes federales de apelación solamente están en California.

Cuando se alcanza el punto de quiebre, la Judicatura Federal girará a la fuerza hacia el modelo europeo de cortes especializadas, puesto que la especialización permite acomodar más o menos sin esfuerzo una cantidad indefinida de carga procesal: uno puede tener tantas cortes como ramas del derecho existen, y si cada una tiene un dominio exclusivo, entonces la multiplicación de cortes no crea superposiciones y tampoco una resultante necesidad para encontrar métodos que resuelvan conflictos de competencia. Existen costos significantes en la especialización, como he sostenido en otro momento³, pero son tolerables si la presión generada por la carga procesal previene un sistema de cortes generales con (como consecuencia) jurisdicciones superpuestas.

Y, en tercer lugar, parece que la inteligencia artificial, avanzando por fin tras décadas de partidas en falso, empezará a alterar las prácticas judiciales. Estamos familiarizados con la forma cómo Amazon.com crea y modifica los perfiles de los lectores, y algunos estamos familiarizados con el “*data mining*”, que es el mismo procedimiento empleado cuando se cuelgan las resoluciones judiciales en Internet —la computadora identifica patrones y los actualiza conforme se recibe la nueva información. Espero con entusiasmo el día en que las computadoras creen perfiles de las filosofías de los jueces, partiendo de sus opiniones y sus declaraciones públicas, para actualizarlos continuamente conforme los jueces emitan opiniones adicionales. Los perfiles permitirían a los abogados y a los jueces predecir el comportamiento judicial de forma más precisa, y ayudará a los jueces a mantener consistencia con sus decisiones previas —cuando así lo quieran.

II.

Suficiente sobre el futuro; hay suficiente que pensar respecto al presente, a pesar de sentir cierta extrañeza al hablar de Jueces de Apelación puesto que soy uno de ellos. Las biografías son más confiables que las autobiografías, y uno no consulta a los gatos sobre los principios de la anatomía felina. Al mismo tiempo, me sorprende lo poco realista que son las concepciones de la gente sobre el juez, incluyendo abogados académicos distinguidos, como Ronald Dworkin —y la Facultad de Derecho

¹ HUTCHESON, Joseph C. Jr. “The Judgment Intuitive: The Function of the “Hunch” in Judicial Decision”. *The Cornell Law Quarterly* 14. 1929. pp. 274, 275-276.

² POSNER, Richard A. “The federal courts: challenge and reform”. 1996. pp. 53-64.

³ *Ibid.* pp. 244-270.

de Harvard entera, a excepción por supuesto de Charles Fried— quienes nunca han sido jueces⁴. Ese problema se debe, en parte, al hecho de que los jueces deliberan en secreto, aunque sería más preciso decir que el hecho de que no deliberan mucho es el verdadero secreto. La deliberación judicial está sobrevalorada. Los jueces ingleses tradicionalmente ni siquiera deliberaban, puesto que ello hubiera implicado violar el principio gobernante de la “oralidad”, por medio del cual toda actuación judicial debía realizarse en público para que su comportamiento sea monitoreado⁵; por lo tanto, existen esas opiniones en serie que desconciertan al estudiante de derecho norteamericano y tal vez al inglés también. Eso fue llevar la antipatía hacia la deliberación demasiado lejos. La deliberación judicial, en el más modesto sentido de averiguar los puntos de vista de cada juez antes de que la decisión sea tomada, para así evitar la redundancia y de ser posible incorporar las sugerencias de cada juez en un sólo documento, es un avance por encima de las opiniones en serie. La deliberación judicial es sobrevalorada por aquellos (principalmente profesores) que creen que la discusión prolongada entre jueces con puntos de vista fuertemente disímiles es productiva.

Las concepciones principales del rol judicial son los puntos de un triángulo equilátero. Son el formalismo, la política y el pragmatismo. El formalismo es la concepción convencional, uno podría decir hasta la oficial. Fue expresada, asumo que irónicamente, de una manera especialmente poco convencidora por ese talentoso abogado John Roberts en su triunfal audiencia de confirmación para ser Presidente de la Corte Suprema. Él dijo que el juez, incluso si es Juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, es sólo un árbitro, que decide las bolas de los *strikes*⁶. Roberts estaba actualizando, para un siglo loco por los deportes, la visión de Alexander Hamilton acerca del juez como el que ejercita el juicio pero no la voluntad⁷, y la perspectiva de Blackstone acerca de los jueces como oráculos de la ley⁸.

La concepción formalista del juzgamiento que tan crudamente describe Roberts está retocada en versiones para públicos académicos. Ninguna persona sería cree que las reglas que aplican los jueces, particularmente los jueces de apelación y más particularmente los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos, les han sido dadas de la misma manera como las reglas del béisbol son dadas al árbitro. Las reglas son creadas por los jueces mismos. Son creadas de materiales que incluyen lenguaje constitucional y estatutario, así como casos previos, pero estos materiales convencionales para la toma de decisión judicial rápidamente se agotan cuando surge un caso interesante; en esos casos, los materiales convencionales pueden influir, pero no determinan el resultado. Para decidirlos, los formalistas necesitan un meta-principio, como el originalismo o el textualismo, o la concepción moral de la Constitución de Dworkin⁹, o el concepto de “representación-revalorizante” de Ely¹⁰, o la “libertad activa” de Breyer¹¹. Estos principios no se encuentran en los materiales ortodoxos (aunque eso es, invariablemente, lo que simulan); son impuestos. Y no hay medida para arbitrar entre ellos, sólo contestaciones eternas. Eso no excluye la posibilidad que uno de ellos es correcto, pero si no hay forma de determinar cuál es el correcto, la elección entre ellos es racionalmente indeterminada.

En el extremo opuesto del formalismo está el “actitudinalismo”. En su versión más cruda, esta es la idea de que los jueces y los Vocales Supremos deciden según sus preferencias políticas, por lo que si sabes si son Demócratas o Republicanos podrás predecir sus decisiones; una versión más refinada sustituye la ideología por afiliación a partidos políticos¹². Es incuestionablemente verdad que hay jueces y Vocales Supremos liberales y conservadores, y si sabes a qué campo pertenece un determinado juez, sabrás bastante acerca de cómo él

⁴ Un notable ejemplo del irrealismo de la Facultad de Derecho de Harvard sobre los jueces es el famoso “Time Chart of the Justices”, en: Henry M. Hart, Jr. “The Supreme Court, 1958 Term - Foreword: The Time Chart of the Justices”. Harvard Law Review 73. 1959. Para críticas, ver: POSNER, Richard A. “The Supreme Court, 2004 Term - Foreword: A Political Court”. Harvard Law Review 119. 2005. pp. 31 y 34.

⁵ MARTINEAU, Robert J. “Appellate justice in England and the United States: a comparative analysis”. 1990. pp. 101-103.

⁶ “Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, Jr. To Be Chief Justice of the United States: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary”. 109th Cong. 55 (2005) (statement of John G. Roberts, Jr.).

⁷ Nota del traductor: En inglés, “calling balls from strikes”.

⁸ HAMILTON, Alexander. “The federalist 78”. J.R. Pole. 2005. p. 412.

⁹ BLACKSTONE, William. Commentaries 69.

¹⁰ Ver: DWORKIN, Ronald. “Freedom’s law: the moral reading of the American constitution”. 1996.

¹¹ Ver: HART ELY, John. “Democracy and distrust: a theory of judicial review”. 1980. pp. 87-104.

¹² Ver: BREYER, Stephen. “Active liberty: interpreting our democratic constitution”. 2005.

¹³ Ver: SEGAL, Jeffrey A. & Harold J. SPAETH. “The Supreme Court and the attitudinal model revisited”. 2002. pp. 86-97. Para una revisión a fondo, y una crítica penetrante, ver: CROSS, Frank B. “Political Science and the New Legal Realism: A Case of Unfortunate Interdisciplinary Ignorance?”. North Western University Law Review 92. 1997. pp. 251 y 279-309.

o ella se incline a votar¹³. Pero no lo sabes todo; tus predicciones serán muy por debajo del cien por ciento de exactas,¹⁴ tan sólo porque muchos de los casos no involucran grandes intereses políticos o ideológicos, inclusive a nivel de la Corte Suprema. Pero, es impactante notar que el resultado de los casos de la Corte Suprema pueda predecirse de manera más exacta utilizando un puñado de variables, ninguna de las cuales involucra doctrina o decisión legal, que utilizando un equipo de expertos en derecho constitucional¹⁵.

La tercera concepción del rol del juez, y la que parece más descriptiva de los Juzgados de Apelación norteamericanos, es la pragmática. En esta concepción, el imperativo judicial es decidir casos, con despacho razonable, de la mejor forma que uno pueda, incluso en lo que llamo los casos interesantes –aquellos en los que el material convencional de la toma de decisión judicial simplemente no hará el truco. Para el juez, el deber de decidir el caso y hacerlo, por otra parte, con despacho razonable es lo primario. Las preferencias políticas de uno harán el truco en algunos casos, como ha demostrado la escuela actitudinalista, pero no siempre, porque están destinados a ser templados por otras preocupaciones. Estas incluyen la viabilidad de una intervención judicial particular dada la limitación del conocimiento y de los poderes de las cortes, el efecto en la estabilidad de la ley y la reputación de la corte si su actitud hacia textos precedentes y estatutarios es vista como demasiado caballeresca, y el deseo del juez por consistencia ideológica (lo que es diferente a la preferencia política, aunque muchas veces los correlacionen). Lindquist y Cross ofrecen un juicioso resumen basado en un estudio empírico de adherencia al precedente:

“El precedente parece tener un efecto moderadamente constrictor a la libertad judicial. Las asociaciones de ideología y resultado en los casos revisados midieron apoyo por las hipótesis realistas, pero el estudio de casos a primera impresión

refuta los más extremos reclamos de realismo. La toma de decisión judicial es influenciada por el precedente, pero también por la ideología y otros factores. El crecimiento de precedentes en un área no aparenta restringir la discreción judicial; si algo, el desarrollo de la ley puede incrementar esa discreción¹⁶.

El pragmatismo incluye al formalismo como un caso especial, porque cuando los materiales legales convencionales apuntan fuertemente hacia un resultado particular (texto estatutario es claro, precedentes numerosos, reciente y “en el punto”, etc.) usualmente habrá razones pragmáticas convincentes para elegir ese resultado. En circunstancias particulares, un formalismo minucioso puede ser la mejor estrategia pragmática¹⁷. Casi siempre hay una zona de razonabilidad en cada una de las formas en que puede ser defendida persuasivamente una decisión, o por lo menos plausiblemente, utilizando los recursos de la retórica judicial. Pero la zona puede ser estrecha o ancha –estrecha cuando el análisis formalista otorga una decisión satisfactoria, ancha cuando no lo hace. Dentro de la zona, una decisión no puede ser catalogada como “correcta” o “incorrecta”; la verdad simplemente no está en la figura. Entonces, el pragmatismo también comprende el actitudinalismo como un caso especial, porque cuando la zona es ancha, las predicciones ideológicas frecuentemente, e inevitablemente, darán forma a la decisión.

Los abogados académicos tienen gran dificultad en aceptar la concepción pragmática del proceso judicial. El juez no escoge sus casos o la secuencia en la que le son presentados, y no disfruta del lujo de una agenda desocupada para decidirlos, y por todas estas razones él debe actuar sin prueba o certitud o garantía de la verdad. Los profesores de derecho eligen sus tópicos y no necesitan presentar un libro o un artículo para publicación hasta que están satisfechos con que es correcto. Esa es una razón por la que muchos profesores

¹³ Ver: CARP, Robert A. y Ronald STIDHAM. “Judicial process in America”. 2001. pp. 292-296; CROSS, *supra note* 12, pp. 275-79.

¹⁴ Ver: SUNSTEIN, Cass R. y otros. “Are judges political?: An empirical analysis of the federal judiciary”. 2006. pp. 47-57; CROSS, Frank B. “Decision making in the U.S. Circuit Courts of Appeals”. *California Law Review* 91. 2003. pp. 1457 y 1479-1482; CROSS, *supra note* 12, pp. 285-311; GOLDMAN, Sheldon. “Voting Behavior on the United States Courts of Appeals Revisited”. *American Political Science Review* 69. 1975. pp. 491 y 496-498; PINELLO, Daniel R. “Linking Party to Judicial Ideology in American Courts: A Meta-Analysis”. *The Justice System Journal* 20. 1999. pp. 219 y 240-243; TATE, C. Neal y Roger HANDBERG. “Time Binding and Theory Building in Personal Attribute Models of Supreme Court Voting Behavior, 1916-88”. *American Journal of Political Science* 35. 1991. pp. 460 y 473-477.

¹⁵ Ver: RUGER, Theodore W. y otros. “The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decision making”. *Columbia Law Review* 104. 2004. p. 1150. Las variables fueron (1) circuito de origen; (2) área de tema del caso; (3) tipo de demandante (ejemplo: los Estados Unidos, un empleador, etc.); (4) tipo de demandado; (5) dirección ideológica (liberal o conservador) del juez de primera instancia; y (6) si el demandante argumentaba que una ley o práctica es inconstitucional”. p. 1163. Para una versión condensada, revisada por colegas, del estudio, ver generalmente: MARTIN, Andrew D. y otros. “Competing Approaches to Predicting Supreme Court Decision Making”. *Perspectives on Politics* 2. 2004. p. 761.

¹⁶ LINDQUIST, Stefanie A. y Frank B. CROSS. “Empirically Testing Dworkin’s Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent”. *New York University Law Review* 80. 2005. pp. 1156 y 1205-1206.

¹⁷ Ver: POSNER, Richard A. “Frontiers of legal theory”. 2001. pp. 219-220.

de derecho insisten, en contra de toda evidencia, que los jueces realmente sí deciden incluso los casos difíciles basándose en los materiales legales ortodoxos. Otra razón es que esos materiales son los que los profesores conocen (usualmente mucho mejor que los jueces, porque generalmente el profesor de derecho se especializa en uno o dos campos del derecho), y hay una renuencia natural en admitir (incluso a uno mismo) que uno carece de las herramientas necesarias para comprender los objetos de estudio de uno.

Entonces, en contra de la analogía del árbitro del Presidente de la Corte Suprema, Roberts inició la historia de los tres árbitros a quienes les preguntaron acerca de la epistemología de las bolas y los *strikes*. El primer árbitro explica que los decide según lo que son, el segundo los decide según lo que ve, y el tercero contesta que no hay bolas o *strikes* hasta que él los decide. El profesor de derecho es el primer árbitro. El juez modesto y formalista, quien no se ilusiona con que su método ceda ante la verdad demostrable, es el segundo árbitro. Los casos de decisión judicial abierta es el tercer árbitro; su actividad es creación más que descubrimiento.

En la perspectiva que estoy exponiendo, cuando los jueces de apelación deciden casos abiertamente son actores políticos –legisladores operando bajo ciertas constricciones que no vinculan a los legisladores oficiales, pero que además, dependiendo del ejercicio del cargo y otros factores, disfrutan de cierta libertad de acción que los legisladores oficiales no gozan (los Jueces de la Corte Suprema, cuando deciden casos constitucionales, son como legisladores en un sistema en el cual no hay poder judicial que invalide estatutos y los legisladores, una vez electos, no puedan removerse). Una diferencia importante es que, como una práctica común, los jueces no pueden decirle al gobierno qué hacer; esa es la lección de los decretos reguladores, tales como los que requieren autobús para el colegio, ahora mayormente abandonados porque los jueces han aprendido que no tienen suficientes capacidades para ser capaces de administrar programas de gobierno de manera efectiva. Sólo pueden decirle al gobierno qué no hacer. Pero ese es un poder real, especialmente cuando el gobierno es detenido en su camino por la Corte Suprema en nombre de nuestra muy difícil-de-enmendar Constitución.

Por supuesto, la Corte Suprema no es una típica corte norteamericana. Las cortes federales de apelación y las cortes estatales tienen registros

judiciales más diversos y menos políticos, y están más restringidos por la amenaza de ser contradichos (aunque no las cortes supremas estatales, cuando se deciden casos de leyes estatales). El derecho común es un caso interesante. Como es creado por un juez, debe ser incluso menos “apegado a la ley” que la adjudicación constitucional, pero no lo es. Es más estable, más objetivo, y menos parecido a la legislación que la ley constitucional. Las razones son que lidia, principalmente, con temas en los que hay un alto grado de consenso en la sociedad y en la jurisdicción, y porque hay una especie de proceso competitivo en el trabajo –los mismos problemas surgen en el derecho común de cada uno de los estados, y mientras las resoluciones divergen constantemente al inicio, el consenso emerge gradualmente mientras los jueces no comprometidos comparan las diferentes resoluciones en oferta.

El rol judicial es también diferente en una carrera judicial –el sistema en los países de Europa Continental, Japón, y en efecto la mayoría de países del mundo– en la cual un juez empieza su carrera justo después de graduarse de la escuela de derecho y progresa, como en el servicio civil normal, a puestos judiciales más y más responsables. De hecho, los jueces en esos sistemas judiciales son trabajadores civiles. Su progreso depende de cómo satisfagan las expectativas de sus superiores, y el resultado es la especie de toma de decisión disciplinada, dócil, modesta y característica de los trabajadores civiles. En nuestras jurisdicciones, y particularmente en el sistema de las cortes federales con su entrada lateral a posiciones que conlleva al ejercicio de un cargo por toda una vida, el rol ejercido por el juez está destinado a diferenciarse y ser más libre, especialmente dado el individualismo que es tan característico a los norteamericanos. Similarmente, los jueces elegidos demuestran menos independencia política que los no elegidos¹⁸.

Al sugerir que los jueces de apelación norteamericanos son legisladores constreñidos, yo no soy de la perspectiva de H. L. A. Hart y otros jueces, respecto a que los jueces legislan sólo después de tratar y fallar de decidir el caso en referencia a los materiales legales ortodoxos de (principalmente) texto y precedente. Sin duda, muchos sí proceden de esta manera, pero muchos otros revierten la secuencia. Empiezan por hacer el juicio “legislativo” en función de la decisión que vaya a tener mejores consecuencias –sería, en otras palabras, buena política– y luego ver si dicho juicio está bloqueado por los materiales ortodoxos. En efecto, esto corresponde de una mejor manera

¹⁸ Ver: BRACE, Paul R. & Melinda GANN HALL. “The Interplay of Preferences, Case Facts, Context, and Rules in the Politics of Judicial Choice”. *Journal of Political Science* 59. 1997. pp. 1206 y 1221.

que la perspectiva de Hart respecto a qué piensan los jueces de su propio trabajo (aunque no pondría mucho peso en la autoconciencia judicial –para parafrasear la crítica al Rey Lear por parte de una de sus malas hijas, los jueces se conocen a sí mismos tan sólo delicadamente). Ellos no llegan a un punto en un caso difícil en el cual dicen que la ley se ha agotado y ahora haré un poco de legislación; lo que hace un juez (corto de usurpación palpable), es, por definición, la ley.

III.

Pero decir que los jueces de apelación son legisladores, en la mayoría de los casos no nos dice nada acerca de sus preferencias legislativas y de las políticas que promulgan, incluso en los más casos interesantes. La cuestión respecto a qué determina las decisiones y otros comportamientos de la gente cuyo empleo está estructurado para eliminar los incentivos usuales que guían a los trabajadores resulta desconcertante. Los jueces federales, salvo grave indisciplina, no pueden ser removidos de sus cargos, y no pueden recibir un salario de acuerdo a la cantidad de casos que vean, ni pueden ser exiliados a jurisdicciones judiciales indeseables, ni recibir pagos extra. Sus poderes *vis-à-vis*¹¹ uno con el otro (por ejemplo, presidir una corte, hacer informes jurídicos, o ser promovido a Presidente de la Corte Suprema) son determinados por jerarquía, y las oportunidades de ser promovido son tan limitadas que ni se piensa en ellas (incluyendo a los Vocales de la Corte Suprema, salvo en la medida que un Vocal Supremo sea candidato a Presidente de la Corte Suprema). La evaluación objetiva de los Jueces de Apelación, que a su vez traería duras críticas que puedan avergonzar a los jueces y hagan que se comporten, es terriblemente difícil¹⁹, en parte por su habilidad de esconderse detrás de sus clérigos legales y en parte porque el criterio de un buen juez es contradicho y evaluado por las preferencias políticas del evaluador, frecuentemente contaminantes.

Aun así, no tiene sentido que el comportamiento judicial no esté determinado por incentivos. Sin incentivos hay parálisis: esa es la triste historia del (mítico) burro de Burilan, quien, equidistante a dos pilas de heno de igual tamaño y calidad se murió de hambre porque no tenía bases racionales para preferir una de la otra.

Los jueces tienen una función de utilidad, a lo que se refieren los economistas con el sistema

de preferencias de una persona, así como todo el mundo²⁰; es sólo que la función no tiene muchos de los “argumentos” usuales, a lo que se refieren los economistas como las preferencias, que se encuentran en la función de utilidad del trabajador típico. Claramente, una que permanece es el ocio, y en la edad del Secretario Legal las oportunidades de una carrera judicial ociosa son abundantes. Aun así, la mayoría de jueces trabajan bastante fuerte, y muchos trabajan realmente muy fuerte –demasiado fuerte, en cierto número de instancias; piénsese en Harry Blackmun “¿Para qué trabajan tan fuerte?”. Para cierta celebridad, pero muchos están contentos con trabajar en la oscuridad. Creo que la mayoría de jueces (tengo en mente particularmente a los jueces federales de apelación, la porción de la Judicatura que mejor conozco) son guiados en su rendimiento judicial primordialmente por dos objetivos más interesantes que un deseo por el ocio o una sed por ser célebre. Uno es el deseo de cambiar el mundo para mejor (que para el cínico es simplemente el deseo para ejercer el poder –y la habilidad de ejercitar inclusive un poder modesto es en efecto uno de los beneficios de ser juez). El otro es jugar el juego judicial.

Déjenme abordar el segundo punto primero. La mayoría de quienes se vuelven jueces federales lo hacen porque creen que disfrutarán ser juez, incluso en casos donde es certero que su decisión no tendrá ningún impacto social. Para disfrutar ser juez en esos casos tienes que disfrutar un proceso, un protocolo, que incluye (para un juez de apelación) leer informes y escuchar informes orales (muchos de nosotros disfrutamos el ir y venir con los abogados), negociar con otros jueces, formular reglas y estándares, reconocer las limitaciones políticas e institucionales y las oportunidades de adjudicación, disfrutar la comedia humana revelada en casos, y escribir (ahora comúnmente es supervisar la redacción de) opiniones judiciales, de conformidad con ciertos principios retóricos que involucran, en primer lugar, el manejo de materiales legales ortodoxos y el discreto teje de ellas en consideraciones políticas.

Un elemento extremadamente importante del protocolo judicial, incluso que lo define, es lo que Aristóteles llamaba la justicia correctiva. Eso significa juzgar el caso y no a las partes²¹, una aspiración cuya expresión simbólica en estatuas de la justicia como una diosa con los ojos vendados y en la juramentación judicial que requiere que los jueces tomen decisiones sin respecto a las

¹¹ Nota del traductor: Frente a frente.

¹⁹ Ver: “Symposium, Empirical Measures of Judicial Performance”. Florida State University Law Review 32. 2005. p. 1001.

²⁰ POSNER, Richard A. “Overcoming Law”. 1995. pp. 109-144; FOXALL, Gordon R. “What Judges Maximize: Toward an Economic Psychology of the Judicial Utility Function”. Liverpool Law Review 25. 2004. pp. 177 y 182-85.

personas. Es también el sentido esencial del “principio de derecho”. Significa abstraerse de las características particulares de los litigantes –su atractivo personal, su lugar en la comunidad, su patrimonio o pobreza, sus afiliaciones políticas, su raza, sexo, etnicidad y así en adelante –y viéndolas más bien como representativas de posiciones o intereses abstractos: la víctima negligente, el conductor temerario, el copiadador de trabajo registrado, así en adelante. En la analogía de Roberts, el juez, como el árbitro, no tiene preferencias entre los competidores, esto es, entre los litigantes individuales. Esa parte de la analogía es sonada; donde falla es que niega implícitamente que los jueces tienen y pueden (frecuentemente deberían) implementar preferencias entre reglas, o entre litigantes vistos como partes representativas (el fiscal, no el Sr. X; el criminal acusado, no el Sr.Y), como los árbitros no pueden (aunque realmente sí pueden, y lo hacen, un poco).

Si no te gusta el protocolo que he descrito, o si el Senado cree que no te gusta, es improbable llegar a ser juez federal. Otra función importante del proceso de confirmación en el ambiente hoy altamente politizado²² es cortar los extremos ideológicos. El efecto es limitar el alcance político de la Judicatura. Imaginen lo diferente que sería la composición y el resultado del Congreso si tan sólo personas de una corriente política certificada fueran permitidas a postular al Congreso.

Esta es, por cierto, un ejemplo interesante de cómo las cortes están constreñidas por medios y no por “la ley”: mientras más temerarias las cortes, más estrecho será el rango del cual el Congreso confirmará una nominación judicial. Ese ejemplo, nos permite de vuelta dar un vistazo a la teoría del juzgamiento *estratégico*, una teoría explorada por economistas y científicos políticos atraídos por teorías de juego (no la teoría de las reglas del juego judicial que he estado discutiendo). Ellas modelan el proceso judicial en una contienda con la legislatura y el Ejecutivo, con colegas judiciales,

y con otras cortes²³. Por ejemplo, se espera que los jueces sean más audaces cuando la legislatura está en las manos de sus aliados ideológicos porque entonces sus incentivos son menos probables a ser nulificados por la aprobación de nuevas leyes o enmiendas. No considero que este elemento de la función judicial de utilidad sea igual de importante que los argumentos estratégicos de la escuela; la mayoría de los jueces no saben o no piensan mucho en las reacciones legislativas a sus decisiones²⁴. Pero es *un* elemento y uno que es consistente con el factor poder en el juzgamiento –lo cierto es que los jueces sí quieren cambiar el mundo para mejor, según lo que ellos entiendan por mejor, dentro de la discrecionalidad que el relajado e indisciplinado sistema judicial norteamericano les da.

Lo que estoy llamando protocolo puede igualmente ser llamado un juego. Uno no juega ajedrez sino estás preparado para jugar según las reglas. Las reglas de las que hablo en relación al proceso judicial no son reglas legales; no estoy haciéndole eco a John Roberts. Son las reglas de articulación y comportamiento.

IV.

Pero todavía tengo que confrontar la cuestión realmente difícil. Porque incluso el cumplimiento a todo corazón de las reglas de juego deja a los jueces de apelación con una discreción alta en muchos casos²⁵. La cuestión es qué determina el juicio discrecional del juez. El hecho de que va a tener que hacer una determinación legislativa, aunque conciente de que su alcance legislativo es distinto al de los legisladores oficiales (más estrechas en ciertos aspectos pero más amplias en otros), no le dice a él o a nosotros ante qué determinación estamos entre las posibles decisiones que tomará. Dentro de la zona discrecional, por otra parte, los objetivos gemelos del juez para mejorar el mundo y jugar el juego judicial se unen. Pero no es una unión feliz; en vez, es un matrimonio por conveniencia, porque la regla que permite (o tal

²¹ POSNER, Richard A. “Law, pragmatism, and democracy”. 2003. pp. 284-86. Esfuerzos para darle un sentido sustantivo a la justicia correctiva son recientes y desde mi punto de vista no son exitosas, y en ningún caso irrelevantes a esta discusión.

²² Está altamente politizado, en el escenario de las sentencias de segunda instancia, por la insistencia de la Corte Suprema en involucrarse en controversias altamente emocionales, y al hacerlo de la manera más provocativa posible a través de retórica agresiva, disentimientos violentos, y, luego, citas promiscuas a decisiones extranjeras.

²³ Ver: EPSTEIN, Lee y Jack KNIGHT. “The choices justices make”. 1998. pp. 10-18; RODRÍGUEZ, Daniel B. y Mathew D. McCUBBINS. “The Judiciary and the Role of Law: A Positive Political Theory Perspective”. En: “Handbook on political economy” (WEINGAST, Barry y Donald WITTMAN. A publicarse en 2006, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=875025>); CROSS, Op cit. pp. 320-321; DAUGHETY, Andrew F. y Jennifer F. REINGANUM. “Speaking Up: A Model of Judicial Dissent and Discretionary Review”. The Supreme Court Economic Review 14. 2006. pp. 1 y 2-7; ESKRIDGE, William N. Jr. “Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions”. Yale Law Journal 101 1991. pp. 331 y 372-389; FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review”. Texas Law Review 84. 2005. pp. 257 y 280-329; McNOLLGAST. “Politics and the Courts: A Positive Theory of Judicial Doctrine and the Rule of Law”. Southern California Law Review 68. 1995. pp. 1631-1633.

²⁴ En el caso de los juicios con jurado, la discreción más relevante es la de los hechos, dada las limitaciones de la revisión de descubrimientos de hecho en la apelación. No discuto la discreción respecto a los hechos aquí.

²⁵ Para evidencia empírica contra otra predicción de la escuela estratégica, ver: CROSS, Frank. “Appellate Court Adherence to Precedent”. Journal of Empirical Legal Studies 2. 2005. pp. 369 y 398-404.

vez ordena) que el juez legisle en el área abierta provoca una unión inquieta con las otras reglas del juego, que buscan distinguir el rol judicial del legislativo sobre la base del distinguido protocolo judicial esbozado arriba.

La confirmación del Senado reduce el rango de decisiones discrecionales que son probables de tomarse, pero tal vez no muy bien, porque una corte invariablemente está compuesta por jueces asignados en tiempos diferentes y por lo tanto frecuentemente en circunstancias políticas distintas. La corriente principal cambia en el tiempo, y esto tiende a expandir la distancia ideológica entre los jueces más extremos de una corte. Cada juez puede bien haber estado en la corriente principal cuando fue asignado, aunque tal vez no esté en la corriente principal actual.

En el área abierta, los votos de un juez son determinados, yo creo, por dos tipos de preferencias. Una es sistémica, y la otra individual. El juez tiene un acercamiento judicial total, o de manera más grandiosa una filosofía judicial (originalismo, activismo liberal, derechos de los estados, ley natural, etc.), pero también reacciona a las circunstancias particulares de cada caso. Los jueces que no quieren ser llamados desobedientes u "orientados al resultado" se enorgullecen (ninguno más que el Vocal Supremo Scalia) de ser guiados por un acercamiento que reemplaza sus reacciones a las "igualdades" de un caso individual. Los acercamientos, sin embargo, son tan maleables que es difícil saber si son mucho más que racionalizaciones de decisiones tomadas en otros campos sin reconocer. Uno puede identificar casos en los que el Vocal Supremo Scalia votó por un resultado por el que no habría votado como un legislador. En general, sin embargo, sus votos son cercanamente conformes a sus preferencias políticas, y esto me parece incluso más verdad para varios de los otros Vocales Supremos.

Entonces hemos reducido nuestra investigación a los casos en que el voto de los jueces es determinado no por su filosofía judicial, y no por los materiales ortodoxos para tomar la decisión, sino por – ¿qué? "Tendencias políticas" no es del todo correcto, porque implica partidismo, contrario al principio de justicia correctiva. En adición, la mayoría de nuestros jueces no se identifican con un partido político, excepto tal vez en algunos casos de redistribución y en el caso de *Bush v. Gore*²⁶. "Ideología" es mejor. Ideología es un cuerpo de

más o menos cimientos coherentes de creencias acerca de cuestiones sociales, económicas y políticas, o más precisamente tal vez, una visión del mundo que da forma a nuestras respuestas a esas cuestiones. Nuestros partidos políticos principales son coaliciones y por lo tanto carecen de ideologías coherentes. Un juez puede inclinarse más hacia el conjunto de políticas asociadas con el Partido Demócrata o más hacia el conjunto asociado con el Partido Republicano, pero ningún partido es ideológicamente consistente; es por eso que la afiliación a partidos políticos tiene sólo un valor limitado en la predicción de decisiones judiciales incluso en el área abierta.

La ideología hace un mejor papel en la predicción, como uno esperaría, que la afiliación a partidos políticos. Esto es demostrado en un estudio por Ward Farnsworth.²⁷ De una muestra conformada por jueces de cortes federales de apelación, descubrió una alta correlación positiva entre qué tan seguido un juez vota de manera no-unánime (por lo tanto "cierra") en casos de crímenes constitucionales y en casos violación a la ley penal, pero una baja correlación entre los votos de jueces distintos. Algunos jueces tienen una inclinación pro-gobierno, otros una inclinación pro-acusado, y esto conduce sus votos en casos discutidos, ya sea que el caso surja bajo la Constitución o bajo una ley, aunque desde un punto formal y legal, el texto de la ley aplicada debería conducirnos al resultado y hay diferencias textuales inmensas entre la Constitución y las leyes.

Dada la importancia de la ideología en las decisiones de los jueces de apelación inclusive debajo del nivel de la Corte Suprema²⁸, debo considerar las fuentes de las ideologías de los jueces, una cuestión fascinante y muy poco estudiada. Las fuentes principales, yo considero, son los valores morales y religiosos. Estos, a su vez, son producto de una educación progresiva, sobresalientes experiencias de vida y características personales (que pueden determinar esas experiencias) tales como raza, sexo y etnicidad; y también de temperamento, lo que da forma no sólo a los valores sino también las disposiciones, tales como la timidez o la audacia, que influencia la respuesta de los jueces a los casos. En el fondo, entonces, las fuentes de la ideología son tanto cognitivas como psicológicas, pero yo creo que dominan las psicológicas, porque la psicología ejerce una gran influencia en la auto-interpretación de la experiencia²⁹, incluyendo los pesos asignados a las posibles consecuencias de decidir un caso de una manera u otra.

²⁶ 531 U.S. 98 (2000).

²⁷ FARNSWORTH, Ward. "The Role of Law in Close Cases: Some Evidence from the Federal Courts of Appeals". *Boston University Law Review* 86. 2006. p. 1083.

²⁸ Un estudio anterior por Farnsworth alcanzó resultados virtualmente idénticos para votos de los Jueces de la Corte Suprema. FARNSWORTH, Ward, "Signatures of Ideology: The Case of the Supreme Court's Criminal Docket". *Michigan Law Review* 104. 2005. pp. 67 y 69-73.

La naturaleza de la búsqueda en la que me embarco fue explicada muchos años atrás por Jan Deutsch:

“La Corte, a diferencia del Congreso, no es un sistema social; la tarea de un Vocal Supremo es mucho más un proyecto individual que grupal; y la influencia de otros Vocales Supremos y de la institución en un nuevo miembro de la Corte es correspondientemente limitada, a un extremo más alto que lo que es verdad para un Congresista, por lo tanto, la búsqueda por factores que efectivamente impongan restricciones a la discreción del Vocal Supremo individual debe llevarse más allá del reino de su experiencia laboral hacia aquel de su aprendizaje, tanto formal como informal. Tal investigación, una rama del estudio de la “socialización” política, podría rentablemente iniciarse con una examinación del impacto del entrenamiento profesional de ciertos Vocales Supremos. Por ejemplo, ¿hasta qué punto puede la perspectiva de un Vocal Supremo particular, respecto al rango de discreción que puede ejercitar legítimamente, puede adscribirse a un entrenamiento profesional que fue ante todo “políticamente orientado”?

(...)

Mientras que las decisiones de la Corte pierden cada vez más la apariencia de “lógica” que históricamente ha constituido la base para la aceptación pública, los estudios de las diferencias institucionales entre el Congreso y las Cortes, y del extremo en el cual los Vocales Supremos han internalizado las restricciones en su poder implícitas en esas diferencias institucionales, podría, por lo tanto, servir gradualmente para reemplazar apariencias con realidad, podría con el tiempo, hacer posible el descarte de dichos símbolos en términos en los cuales la autoridad de la Corte ha sido históricamente aceptada por el público²⁹.

Uno podría buscar una guía a los albores de la acción judicial en libros influyentes de hace más de medio siglo por Theodor Adorno (y sus

colegas)³¹, y por Gordon Allport³², los cuales distinguían entre personalidades autoritarias y no autoritarias, generando una enorme literatura en la psicología social³³. Adorno y Allport eran curiosos respecto a si el prejuicio tiene causas psicológicas subyacentes. Pensaron que sí –que era producto de un desajuste. Incluso antes, el “realista legal” Jerome Frank había atribuido el formalismo legal a desarrollos psicológicos arrestados³⁴. La conclusión de estas incursiones en las raíces psicológicas de la ideología fue, dificultosamente, esa manera de pensar rígida, dicotómica y convencional asociada con actitudes deferenciadas y jerárquicas hacia autoridades políticas y de otra índole estaba enraizada en problemas infantiles con los padres de uno. Y esta personalidad autoritaria formada en la niñez predispuso a la persona sea a prejuicios irracionales (Adorno y Allport) o a una falta de voluntad de interpretar la ley flexiblemente para que guarde paso con las condiciones y entendimientos sociales cambiantes (Frank).

Luego de décadas de mayor investigación, el vínculo entre la personalidad autoritaria y el desajuste ha sido largamente cortado³⁵. La gente sí varía en su actitud hacia la autoridad, pero la variación no es correlato de diferencias en la salud mental o en las relaciones del infante con sus padres. Las diferentes actitudes reflejan diferentes creencias, y diferentes creencias reflejan aprendizajes distintos (como conjeturó Deutsch) –de los padres, los profesores, los compañeros, de experiencias personales, y así en adelante³⁶.

Este acercamiento desde el “aprendizaje social” no es del todo convincente. La razón es que la gente que ha sido expuesta a información y argumentos similares frecuentemente reacciona de manera distinta. La personalidad, más que simplemente diversas creencias aprendidas, influencia el lugar dónde encontrar un juez, de acuerdo al espectro ideológico liberal-conservador. Lo que podríamos llamar, en búsqueda de un mejor término y sin intenciones peyorativas o atribuciones a una deformidad psicológica, la personalidad autoritaria es repelida por el desorden, la jerarquía de precios y por lo tanto teme la pérdida de

²⁹ Para una discusión iluminante, ver: DOUGLAS, Mary y Aaron WILDAVSKY. “Risk and culture: An essay on the selection of technical and environmental dangers”. 1982.

³⁰ DEUTSCH, Jan G., “Neutrality, Legitimacy, and the Supreme Court: Some Intersections Between Law and Political Science”. *Stanford Law Review* 20. 1968. pp. 169 y 260-261. Hubiera puesto mayor peso en “escuela informal”, temperamento y experiencia, que pondría en escuela forma o entrenamiento profesional, si por el posterior Deutsch significa escuela de Derecho.

³¹ ADORNO, T.W. y otros. “The authoritarian personality”. 1950.

³² ALLPORT, Gordon W. “The nature of prejudice”. 1954.

³³ Ver: DOVIDIO, John F. y otros. “On the nature of prejudice: Fifty years after Allport”. 2005.. STONE, William F. y otros. “Strength and weakness: The authoritarian personality today”. 1993.

³⁴ FRANK, Jerome. “Law and the modern mind”. 1930. pp. 18-20.

³⁵ DUCKITT, John. “Personality and Prejudice”. En: “On the nature of prejudice: Fifty years after Allport”. *Op Cit.* pp. 395 y 401-402; ALTEMEYER, Bob. “Right-wing authoritarianism”. 1981. pp. 112-115.

³⁶ ALTEMEYER, Bob. “The authoritarian specter”. 1996. pp. 76-92 y 146-166.

control, no le gusta la ambigüedad y las relaciones ambiguas (tales como la salida del núcleo familiar convencional), tiende a la religiosidad (debido a su preocupación por mantener el orden moral), cree en la disciplina, el castigo, y el uso de la fuerza, y es entusiasta en detectar síntomas de una tendencia social hacia la anarquía. Si estuviese en un estado impresionable en su desarrollo durante los desórdenes de la era de Vietnam, las proclividades autoritarias probablemente lo habrían llevado al campo Republicano, aunque esto no lo comprometería a todos los tablones de la plataforma Republicana. Si por el contrario es un rebelde natural –un contestatario que odia la autoridad así sea intelectual o política y por lo tanto es escéptico en el lenguaje ordinario tan distintivo desde el sentido filosófico del mundo y se rebela en contingencia y ambigüedad –es más probable que sea un juez liberal.

Estoy describiendo extremos exagerados al punto de lo caricaturesco, así como también ignorando otros ejes ideológicos en los cuales los jueces pueden incurrir –los marqueteros libres y libertinos son menos probables de ser autoritarios, y los colectivistas económicos y la política de lo “políticamente correcto” son probables de realizarse. Pero probablemente la mayoría de jueces de hoy pueden ubicarse en algún lugar del espectro que corre de autoritario/conservador a no-autoritario/liberal (aunque extrañamente en los extremos) y es probable que la ubicación del juez sea predecible por sus votos en casos indeterminados –y mientras más indeterminado, mayor valor de predicción tendrá la ubicación del juez en el espectro.

Sin embargo, no debo exagerar ese valor de predicción. Incluso a nivel de la Corte Suprema no todos los casos se encuentran en el área en el que los materiales convencionales y normas de adjudicación se acaban. En otros casos –una fracción de casos que se incrementan si uno baja en la jerarquía judicial– las “reglas” del juego judicial (otra que no sea la regla que permite al juez ejercer discreción en el área abierta) ejercen cada vez más fuerza. Pero esto trae otro factor en juego: el peso relativo que los jueces particulares le dan a la motivación de poder relativa a la motivación de juego en la función judicial de utilidad. Un juez puede tener fuertes convicciones ideológicas pero le da gran peso a las reglas de juego que distingue el rol judicial del legislativo, o convicciones ideológicas débiles pero un grado de desdén hacia esas reglas.

Esta posibilidad crea un potencial dilema para el autoritario/conservador. Al extremo que su temperamento y (cercanamente vinculado a o determinado por) su ideología lo predispone a valorar el orden, el cumplimiento de las reglas del juego judicial puede empujar en contra de mover la ley en la dirección de su ideología. El juez que quiere que la gente acepte la autoridad puede sentirse atraída a aceptar la autoridad del texto y del precedente incluso cuando bloquean de otra manera resultados ideológicamente alusivos. Robert Bork, Antonin Scalia, y otros miembros de mente parecida de la Sociedad Federal han encontrado la solución: la elevación del texto constitucional al principio supremo de orden, siendo correspondiente con la Biblia o el Corán, con todos estos textos sagrados compartiendo la propiedad afortunada a la profunda ambigüedad de sus ambiciones ideológicas. Esta ambigüedad se debe en parte por su antigüedad, lo que hace que no encajen bien las condiciones modernas, requiriendo una “interpretación” agresiva representada como desobediencia.

Su doctrina (“originalismo”) es la instancia extrema de una tendencia más general para llegar atrás. El Vocal Supremo que esté fuera de tiempo con los precedentes actuales puede ir detrás de ellos, a un anterior cuerpo de casos de leyes (o texto constitucional) que podrá describir como el cimiento, el auténtico texto Ur que guiarán las decisiones.

Este es un ejemplo de mala fe en el sentido de Sartre, y es empatado en el extremo liberal del espectro ideológico por insistencia, muy recientemente en el libro del Vocal Supremo Breyer, que los jueces liberales son también intérpretes, no creadores³⁷. La articulación de filosofías judiciales por jueces es, tal vez indefectiblemente, en su raíz, hipócrita. Aparte de las atracciones políticas obvias de una retórica de certificación judicial, estamos psicológicamente predisuestos, como ha sido argumentado en un interesante artículo por el profesor de derecho Dan Simon, a una confianza exagerada en la solvencia y la coherencia de nuestras creencias incluso cuando no podemos defenderlas³⁸. Un factor incluso más importante que obra es simplemente que los compromisos emocionales son iguales o más vinculantes que los intelectuales. Pregúntate a ti mismo cuál sería tu reacción a la famosa línea en la que Rudyard Kipling expresaba su desprecio hacia la gente que desprecia a los soldados y a la policía al decir que se burlan de sus propios uniformes³⁹. Es probable

³⁷ BREYER y otros. Op cit. 115-20. Para críticas, ver: POSNER, Richard A.. “Justice Breyer Throws Down the Gauntlet”. Yale Law Journal 115. 2006. p. 1699.

³⁸ Ver: SIMON, Dan. “A Psychological Model of Judicial Decision Making”. Rutgers Law Journal 30. 1998.

³⁹ KIPLING, Rudyard. “Tommy”. En: “Barrack-room ballads and other verses”. Methuen & Co. 1946. En ingles: *by saying that they make “mock o’ uniforms that guard you while you sleep”*.

que tengas una reacción fuerte, sea de acuerdo o en desacuerdo con Kipling, sin poder establecer la solvencia de tu punto de vista. Si eres altamente sofisticado intelectualmente, podrías reconocer que tu convicción, por más fuerte, no puede ser demostrada como "correcta", pero (a lo sumo) razonable; y sin embargo ese reconocimiento no debilitará el manejo de tu convicción sobre ti mismo ni ocasionará que rechaces como un campo de decisión. Un juez suprimirá algunas de sus reacciones emocionales porque no son jugadas permitidas en el "juego" judicial, tales como un gusto personal por un litigante o su abogado. Pero el carácter, en un primer momento cautivante e inarticulable, de una reacción emocional no hace que la emoción sea siempre un campo ilegítimo o malo para la toma de decisión judicial. Recuerden que el juez tiene que decidir el caso, incluso si no puede llegar a una decisión por silogismos u otros medios algorítmicos no porque sea intelectualmente incompetente sino porque está lidiando con incertidumbre irreducible. La emoción es un tipo de pensamiento, aunque comprimido e inarticulado, porque es activado por la información⁴⁰ (un niño corre contra la parte delante de tu auto y vira sin pensamiento conciente). No es mejor ser despreciado en el ámbito de la decisión que en la intuición, que asemejan, siendo ambas formas preservables de cognición.

Muchas de nuestras decisiones son intuitivas, y algunas personas están debidamente acreditadas con "buena" intuición –lo que es un reconocimiento de su naturaleza y valor cognitivo. Conforme los jueces se vuelven más experimentados en su trabajo, tienen mayor confianza en su reacción intuitiva ante un caso, y no creo que esta confianza, aunque muchas veces mal colocada, sea delirante. La intuición, explotando el hecho de que la mente inconciente tiene mayor capacidad que la mente conciente⁴¹, frecuentemente encapsula experiencia altamente relevante. Por lo tanto, produce conocimiento tácito⁴² que puede ser una

alternativa más exacta y rápida en circunstancias particulares a razonamiento analítico⁴³, incluso si, siendo tácito, no es articulado. Una persona que sabe cómo manejar una bicicleta no puede transmitir su *know-how* en palabras a otra persona de manera tal que una persona que sabe cómo hornear un pastel pueda transmitir su *know-how* al darle a la otra persona una receta detallada. Especialmente cuando tienes que tomar una decisión que depende de varios factores, como en el *common law*, podrás tomar una mejor decisión dependiendo de tu intuición más que de intentar evaluar cada factor de manera separada y combinar las evaluaciones para formar un asesoramiento ulterior⁴⁴.

Nótese cómo este acercamiento invierte la evaluación normativa del inconsciente ofrecida por Adorno, Allport y Frank. Los tres pensaron que el inconsciente ejerce una influencia maligna en los puntos de vista de las personas si no son tratadas en terapia psiquiátrica. Pero no debemos ir al extremo opuesto y suponer la intuición como una guía segura para una toma de decisión solvente. Una decisión intuitiva puede ignorar factores críticos que permanece fuera del rango de la experiencia de las personas, que informa a la intuición. Kahan y Braman señalan que "los compromisos culturales son *previos* a las creencias factuales en temas políticos altamente debatibles (...) Basándose en una variedad de mecanismos psicológicos solapados, los individuos aceptan o rechazan reclamos empíricos acerca de las consecuencias de políticas controversiales basadas en su visión de una buena sociedad"⁴⁵. En el caso de gente educada tales como los jueces, estos mecanismos operan más poderosamente y es más difícil verificar (o falsificar) reclamos empíricos con información objetiva. Y frecuentemente en la práctica del derecho es muy difícil, así como en el caso de reclamos que conciernen el efecto disuasorio del castigo capital o el riesgo a la seguridad nacional de permitir a terroristas sospechosos obtener un habeas corpus. Los

⁴⁰ Ver POSNER, Richard A. "Frontiers of legal theory". Op. cit. pp. 225-251.

⁴¹ DIJKSTERHUIS, Ap y otros. "On Making the Right Choice: The Deliberation-Without-Attention Effect", 311 SCI. 2006. pp. 1005 y 1005-1006.

⁴² Ver: POLANYI, Michael. "The Logic of Tacit Interference". En: "Knowing and being". Ed. Marjorie Grene. 1969. pp. 138 y 140-146; LANGLOIS, Richard N. y Müft M. SABOGLU. "Knowledge and Meliorism in the Evolutionary Theory of F. A. Hayek". En: "Evolutionary economics: program and scope". Ed. Kurt Dopfer. 2001. pp. 231 y 232-241.

⁴³ Ver: DE GROOT, Adriaan D. y Fernand GOBET. "Perception and memory in chess: Studies in the heuristics of the professional eye". 1996; POLANYI, *Ibid.* pp. 144-145; REBER, Arthur S. "Implicit learning and tacit knowledge: An essay on the cognitive unconscious". 1993. pp. 45-50; EREV, Ido y otros. "The Negative Effect of Probability Assessments on Decision Quality". *Organizational Behavior & Human Decision Processes* 55. 1993. pp. 78 y 90-91; SAHDRA, Baljinder y Paul THAGARD. "Procedural Knowledge in Molecular Biology". *Phil. Psychol.* 16. 2003. pp. 477 y 491-493.

⁴⁴ PAWEŁ LEWICKI y otros. "Unconscious Acquisition of Complex Procedural Knowledge". *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory & Cognition* 13. 1987; WILSON, Timothy D. y Jonathan W. SCHOOLER. "Thinking Too Much: Introspection Can Reduce the Quality of Preferences and Decisions". *Journal of Personality & Social Psychology* 60. 1991. pp. 181 y 191.

⁴⁵ KAHAN, Dan M. y Donald BRAMAN. "Cultural Cognition and Public Policy". *Yale Law & Policy Review* 24. 2006. pp. 149-150; ver también: DOUGLAS y WILDAVSKY, Op cit. pp. 67-82.

jueces forzosamente caen en sus emociones o sus intuiciones. Practican, en términos de Kahan y Braman, "cognición cultural"⁴⁶.

Los métodos algorítmicos de toma de decisión, al forzar al juzgador a que traiga el mayor rango de factores relevantes a nivel de conciencia y los integre racionalmente pueden, al extender la capacidad analítica de la mente conciente, superar las limitaciones de la conciencia que hacen a la intuición frecuentemente un sustituto superior. Tal vez lo que necesiten los jueces para que tomen buenas decisiones, y específicamente para que escapen de ser cegados por consideraciones que la intuición ha fallado en comprender, es la intuición disciplinada por algoritmos, y no por "razonamiento legal". Pero tal vez los jueces ya han diseñado una estrategia para no quedar ciegos, si no formales algoritmos, por lo menos sí sustitutos crudos en la forma del proceso adversario y del derecho al disentimiento. El abogado en cada lado de una apelación tiene un fuerte incentivo para atraer la atención del juez a cualquier consideración que favorezca su lado, y de igual manera un juez que disiente. El peligro de andar ciegos es, por lo tanto, un argumento posterior para un Sistema Judicial diverso. Mientras más ancho el rango de experiencias que uno encuentra en un panel de apelación, es menos probable que el panel pase por alto consideraciones relevantes.

El rol de la emoción y la intuición como cimientos importantes pero inarticulables de una decisión judicial es conciliado por la convención que requiere que un juez explique su decisión en una opinión. Todas las razones obvias para que el juez no ofrezca una explicación en términos de una emoción o de una corazonada para una parte, una decisión judicial en tales términos no ofrecería una guía de ayuda para las partes y los abogados. Al explicar –tal vez no la manera en que el juez realmente llegó a su decisión pero una manera en la cual la decisión pueda presentarse como el producto de un proceso analítico, incluso si el resultado opuesto pueda ser igualmente respetable analíticamente –se facilita la decisión de casos futuros. La primera decisión en una línea de casos puede ser el producto de una emoción o corazonada inarticulable, pero una vez que se le da forma articulada y por lo tanto impartiendo estabilidad a la ley, o una sentencia de muerte si los jueces subsecuentes ignoran circunstancias cambiadas que hacen que la decisión no sea una guía solvente.

V.

El área en la cual el juez ejercita discreción variaría

de acuerdo al juez. La "zona de razonabilidad" de un juez (el área en la cual se siente libre para decidir un caso de cualquier forma) es probable que se ensanche con su experiencia judicial, mientras más y más conocimiento toma cuerpo en intuición, hasta tener una relación en forma de U con sus habilidades intelectuales. Tanto el más apto como el menos apto de los jueces de apelación son proclives a estirar la zona –el más apto por su facilidad en la manipulación de los materiales legales ortodoxos que pueden tener políticas transversalmente sensibles y la confianza en sus propias habilidades, el menos apto por su susceptibilidad a apelaciones emocionales por consejo o incapacidad de entender las virtudes más bien abstractas de tales consideraciones sistémicas que limitan el juicio idiosincrásico como estabilidad legal y predictibilidad.

La zona de razonabilidad tenderá a ser más estrecha en campos de consenso ideológico, por ejemplo, derecho de contratos, puesto que en dichos campos los jueces no necesitan apoyarse en sus intuiciones; compartiendo precisas comunes, pueden razonar a un resultado. A mayor abundamiento, la importancia de la estabilidad en el derecho de contratos es obvia y largamente reconocida. La mayoría de reglas contractuales son reglas por defecto, esto es, reglas sobre las cuales las partes pueden contratar, por lo que es importante que sepan cuáles son las reglas para que puedan redactarse de acuerdo a ellas. Por lo tanto, otro factor tendiente a volver más estrecha la zona es la realización de que la estabilidad legal es un valor supremo en ciertos campos del derecho.

La zona de razonabilidad es más ancha en casos constitucionales en los cuales las emociones de los jueces se encuentran comprometidas, porque el texto constitucional provee poca guía y poca emoción, oponiendo consideraciones no pasionales de los factores sistémicos que inducen a los jueces a reinar en su discreción. Más que pensar que los jueces pueden ser aporreados a estar de acuerdo con adoptar una de las teorías constitucionales para canalizar su discreción, deberíamos hacer reverencia a lo inevitable, y por lo tanto si está uno perturbado por el ejercicio de una libre e ilimitada discreción legislativa por los Jueces de la Corte Suprema, deberíamos insistir en diversos nombramientos para hacer a la Corte por primera vez más representativa y, debido a su diversidad, menos probable de legislar agresivamente. La analogía es reducir el riesgo diversificando el portafolio de uno; aquí, es un portafolio de jueces que no debe diversificarse para reducir la variación en los resultados.

VI.

Si he descrito el proceso judicial de manera exacta, la cuestión pendiente es si debería hacerse algo para mejorarlo. Jerome Frank pensó que los jueces deben someterse a psicoanálisis, como él lo hizo; esta es una sugerencia ridícula⁴⁷. El profesor Simon sugirió técnicas de de-sesgamiento, lo que suena un poco ominoso⁴⁸. Tengo una sugerencia más simple. Si lo jueces en nuestro sistema van a ser legisladores así como adjudicadores, deberían tener un mayor interés en hechos; y lo abogados deberían hacer un mayor esfuerzo por poner los hechos antes que ellos. No me refiero a los hechos del caso, los hechos adjudicativos. Me refiero al tipo de antecedentes o datos generales que influyan en una decisión legislativa. He apuntado a experiencias de vida como un factor que da forma a las decisiones judiciales en lo que yo llamo el área abierta. Esas experiencias de vida prominentemente incluyen encuentros con hechos brutos. ¿Quién podría negar el impacto en el pensamiento judicial de tales hechos como el ignominioso colapso del comunismo y con su ideología socialista, los éxitos de la desregulación, o la emergencia de homosexuales desde el closet y el descubrimiento resultante de que son realmente como otras personas? En vez de apalearse en la cabeza a los jueces de apelación con los casos, lo cual es la técnica estándar de la abogacía en apelación, los abogados de apelación serían más efectivos si, reconociendo el carácter esencialmente legislativo de muchas adjudicaciones en apelación y la disposición esencialmente pragmática de muchos de los jueces norteamericanos, hicieran énfasis en los aspectos prácticos del caso y por lo tanto de las consecuencias de la decisión.

No creo que debamos preocuparnos mucho que tales hechos de antecedente sean pálidos comparados a los "equidades" del caso individual, para que el juez no formalista esté obligado a impartir justicia miope. El valor de un sistema de precedentes es que obligue, o por lo menos invite a los jueces a pensar acerca del impacto del caso en futuros litigios. Por otra parte, la mayoría de jueces no son conmovidos (sorprendentemente para quienes no son jueces) por la equidad en casos individuales. Como dijo Hamlet, "la mano que menos trabaja, tiene más delicado el tacto"⁴⁹. Así como los doctores tienden a ser silenciosos respecto a la enfermedad, los jueces tienden a ser silenciosos respecto a litigantes patéticos. Esto es cierto respecto a jueces liberales y conservadores, porque es parte de jugar el "juego" judicial. Los

jueces internalizan el eslogan "los casos difíciles hacen mal derecho"; en el cual "difícil" guarda el significado de "apelar a la emoción del juez", no de "difícil". Los jueces se dan cuenta que sucumbir a ese impulso es lo que puede generar mal derecho.

En *Law and the Modern Mind*, Jerome Frank pronunció a Oliver Wendell Holmes como un "jurista completamente adulto"⁴⁹, refiriéndose simplemente a que Holmes reconocía que "la certidumbre no es la prueba de la certeza"⁵⁰. Esta fue la famosa separación de Holmes, acusada de callosa por sus detractores. Creo que los rasgos de personalidad relevantes de Holmes son distintos. Creo que, sorprendentemente, dado su linaje distinguido, su éxito profesional, su presencia comandante, y su proeza en tiempos de guerra –no se tomaba a sí mismo muy en serio. Fue de un famoso ingenio, y el ingenio implica un sentido vivo de incongruencia, que puede incluir reconocimiento de la incongruencia entre las pretensiones y los logros de uno. Y si no te tomas muy en serio a ti mismo no eres apto para engañarte a ti mismo y pensar que tienes todas las respuestas. Y si eres un juez que cree que no tiene todas las respuestas eres menos probable a cuestionar las decisiones de otras ramas del gobierno. Frank, escribiendo en 1930, en un tiempo en que la Corte Suprema era rauda en invalidar justo la clase de legislación social que favorecía, quería que los jueces sean más deferentes, más modestos. Pensó que esto significaba ser adulto, pero yo estoy contento con decir más conciente de sí mismo.

Comparto el deseo de Frank para que nuestras Cortes suelten las riendas a las otras ramas. No puedo defender esa posición aquí⁵¹. Lo que puedo sugerir es que más jueces adoptarían la posición si fuesen más conscientes de que las decisiones que darán forma a la ley son rara vez el producto de un proceso analítico que puede ser evaluado en términos de verdad y falsedad, o bien o mal. Son personales en un sentido amplio que precluye asesoramiento objetivo. Como dije antes, el reconocimiento al rol de lo personal, lo emocional y lo intuitivo en nuestras decisiones no debilitará la fuerza de estos factores, pero puede inducir vacilación para imponer la decisión en la nación en nombre de la Constitución. Uno puede sentir algo muy fuerte sin creer que el sentimiento de uno es una base adecuada para restringir el comportamiento de otras personas.

⁴⁷ Ver: FRANK. Op cit. pp. 143-47.

⁴⁸ SIMON. Op cit. p. 138-40.

⁴⁹ En inglés: "the hand of little employment hath the daintier sense".

⁴⁹ FRANK. Op cit. p. 253.

⁵⁰ HOLMES, Oliver Wendell. "Natural Law". *Harvard Law Review* 32. 1918. p. 40.

⁵¹ En inglés: "[c]ertitude is not the test of certainty".

⁵¹ Para una discusión reciente, ver POSNER, Richard A. "The Supreme Court, 2004 Term - Foreword: A Political Court". Op. cit.