

RESEÑAS/NOTAS DE INVESTIGACIÓN

El regreso del derecho a los debates sobre conducta judicial. Un diálogo entre derecho y ciencia política

The Return of the Right to Debating on Judicial Conduct. A Dialogue between Law and Political Science

Josafat Cortez Salinas*

Introducción

El derecho, como una de las motivaciones de los jueces constitucionales, estuvo distanciado de los estudios sobre comportamiento judicial. Desde la ciencia política se prestó atención a otros factores explicativos, centrados en las posturas ideológicas de los jueces, y en el juez como actor sofisticado capaz de ordenar sus preferencias (Segal y Spaeth, 2002; Epstein y Knight, 1998, 2000). Sin embargo, en los últimos lustros en la literatura politológica existe un renovado interés en el derecho lo que generado un debate teórico y metodológico sobre el derecho y su forma de operacionalizarse en un contexto anglosajón como el de Estados Unidos (Gillman 2001; Segal y Spaeth, 2002; Tiller y Cross, 2006; Friedman, 2006; Lax, 2011; Epstein y Knight, 2013).

En los trabajos dedicados a analizar el impacto del derecho sobre las decisiones de

los jueces, pueden ubicarse dos enfoques teóricos (nueva doctrina judicial, y el enfoque constructivista), con distintos supuestos teóricos. Pese a sus diferencias, existe un acuerdo fundamental: el derecho importa y puede explicar la conducta judicial (Kornhauser, 1992; Gillman, 2001; Kahn, 1999; Friedman, 2006; Lax, 2011; Epstein y Knight, 2013).

El objetivo de este ensayo es describir la discusión teórica y metodológica sobre el derecho como motivación en las decisiones de los jueces constitucionales de la tradición anglosajona e indicar las hipótesis sobre las que se sostiene. En la primera parte del trabajo se plantea el modelo legal clásico y sus críticas. Posteriormente, se presentan los supuestos de los dos enfoques predominantes que han retomado la importancia del derecho. Esta discusión ha implicado, en la tradición anglosajona, un diálogo crítico entre el derecho constitucional y la ciencia política.

* Doctor en Ciencias Sociales-Ciencia Política por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) México. Correo electrónico: <josafat.cortez@flacso.edu.mx>. El autor agradece a Karina Ansolabehere sus comentarios a una versión preliminar.

El ensayo concluye señalando las coordenadas del debate sobre el análisis del derecho sobre la conducta judicial en América Latina.

El modelo legal y sus críticas

El eje de la literatura sobre los motivos y razones de la conducta judicial busca responder preguntas clásicas y recurrentes: ¿qué hacen los jueces y por qué lo hacen?, ¿qué motiva las decisiones judiciales?, ¿y qué factores los explican? (George y Epstein, 1992; Segal, 2008; Gibson 2008).

Una primera respuesta a estas preguntas fue la que configuró el modelo legal clásico. Este modelo es una teoría normativa y descriptiva que se asentaba sobre dos supuestos básicos relativos al comportamiento judicial. El primero es que el derecho es neutral, por lo que no está vinculado con preferencias políticas o personales (Tiller y Cross, 2006; Cross, 2007; Posner, 2011). El segundo, que la función jurisdiccional es concebida de forma mecánica y estática. Los jueces son aplicadores de la ley y en su labor siguen un razonamiento lógico para aplicar la Constitución y los precedentes a las soluciones de un caso determinado, por lo que su perfil no es un factor en el resultado de la decisión judicial (Cross, 1997; Tiller y Cross 2006; Posner, 2011). De esta forma, existe una respuesta correcta a los problemas normativos que el juez encuentra mediante un razonamiento lógico.

El modelo legal también se sostiene en la necesidad de tener garantizada la independencia judicial para que los jueces puedan decidir y tengan la capacidad de discernimiento,

supuesto anclado en el *Federalista* y en la discusión de Filadelfia de 1787. En el número LXXVIII del *Federalista* (2001) se dice respecto del Poder Judicial y la independencia judicial: “Puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento” (Hamilton, Madison y Jay, 2001: 331). Los jueces no tienen la espada (Ejecutivo) ni el poder de la bolsa (Congreso), pero requieren de independencia para poder juzgar.

El enfoque legal afirma que el derecho, a través de los precedentes generados en el pasado, era un conjunto de conocimientos ordenados con respecto a un tema y, en conjunto con el *stare decisis*, eran las guías que motivan las decisiones de los jueces constitucionales (George y Epstein, 1992). Las motivaciones y las restricciones que enfrentan los jueces en sus decisiones solamente son el derecho y los jueces son actores técnicos y no políticos. El juez no tiene discrecionalidad en su actividad judicial. Desde este mirador teórico, se apela a la necesidad de sujetar a los jueces al supuesto clásico: “Gobierno de las leyes y no de los hombres” (Posner, 2011:53).

Paulatinamente, el derecho y el modelo legal, como factores explicativos de las decisiones de los jueces constitucionales, fueron relegados. El realismo jurídico dirigió los primeros dardos en contra del supuesto del modelo legal: el derecho y la ley son indeterminados y los precedentes no siempre son consistentes; y también criticó el presupuesto de la certeza jurídica. Para el realismo se debía poner atención en cómo decidían los jueces y cómo funcionaban las herramientas legales con las que lidiaban los jueces (Pound, 1931; Leiter, 2010).

En la segunda mitad del siglo xx las críticas al modelo legal fueron por parte del enfoque actitudinal y del estratégico. La primer crítica fue por la ambigüedad y vaguedad del derecho; la segunda por los obstáculos metodológicos derivados de la imposibilidad de hacer falseables modelos legales. (Epstein y Knight, 1998; Segal y Spaeth, 2002). Los enfoques prestaron atención a otras motivaciones para explicar la conducta judicial. Por un lado, la teoría actitudinal se centró en las preferencias ideológicas del juez y por otro lado la revolución estratégica se enfocó en los factores externos de la decisión y el juez como actor político (Epstein y Knight, 1998; Epstein y Knight, 2000; Segal y Spaeth, 2002).

Para ambas teorías el derecho no era una motivación predominante en la conducta de los jueces constitucionales. Los actitudinales consideran que la ley no tiene ninguna influencia sobre las decisiones, porque es un reflejo de sus actitudes y valores. Para esta perspectiva el derecho es ambiguo y vago conceptualmente, existe una indeterminación en las normas jurídicas que dificulta codificar el derecho y los precedentes no ofrecen certeza en las decisiones ni las puede predecir (Segal y Spaeth, 2002).

El problema con el modelo legal es que no es falsificable o comprobable, lo que genera problemas en sus explicaciones sobre la conducta de los jueces (Segal y Spaeth, 2002). Por ejemplo, si se asume que los precedentes influyen en la configuración de las decisiones judiciales, frente a casos similares deben aplicar el mismo cuerpo de leyes y precedentes; sin embargo, el grado

de discrecionalidad de los jueces puede provocar que en casos similares apliquen un conjunto de precedentes distintos. Estas características generan que el modelo legal no pueda explicar muchas de las decisiones (Gibson, 2008; Segal y Spaeth, 2002). Como bien señala, Gillman (2001), desde el enfoque actitudinal se hicieron las críticas más persistentes al modelo legal.

Por otro lado, para la mirada estratégica la ley es producto de la interacción estratégica entre los jueces y las ramas electas y no constituye necesariamente una restricción para la conducta del juez. Los estudiosos en sus trabajos pusieron atención en otros factores que están detrás de las decisiones judiciales: el ambiente institucional y las preferencias de los actores políticos (Epstein y Knight, 1998; Epstein y Knight, 2000).

Una de las tensiones que está presente en la discusión teórica y conceptual del modelo legal y su influencia es la pregunta clásica: ¿qué es el derecho? Este interrogante ha generado problemas entre los juristas por la ambigüedad y la vaguedad del concepto “derecho” y entre los politólogos, por los problemas para operacionalizar y codificar variables jurídicas (Lax, 2011). De la respuesta que se da a esta interrogante deriva la crítica teórica sobre la ambigüedad y vaguedad del concepto del derecho y la estrategia metodológica para construir modelos falseables que permitan medir el impacto del derecho en las decisiones de los jueces constitucionales (Richards y Kritzer, 2002; Cross, 1997; Tiller y Cross, 2006; Lindquist y Klein, 2006; Friedman, 2006; Bailey y Maltzman, 2008; Lax, 2011).

En defensa del derecho

La literatura jurídica y politológica ha respondido a la discusión sobre el impacto del derecho en las decisiones judiciales. Las críticas hechas por el modelo actitudinal y el estratégico al derecho y a la doctrina jurídica recibieron respuesta con distintos matices.

El primer eje de la crítica a la forma en la que los politólogos habían abordado el derecho y las variables jurídicas fue elaborado desde el derecho. El énfasis se colocó en el problema conceptual de la ambigüedad y la vaguedad del derecho. Se indicó que las críticas conceptuales y metodológicas (las actitudinales) estaban sustentadas en una visión positivista de la ley y sus funcionamiento (Whittintong, 2000; Gillman, 2001). Se criticó que los trabajos elaborados desde la ciencia política no capturaban la naturaleza del derecho y de los procedimientos legales, y que no presentaban una discusión doctrinal sobre la importancia de la Constitución y las normas jurídicas (Friedman, 2006; Tiller y Cross, 2006). Friedman señala que el derecho tiene una naturaleza compleja y abstracta, porque la ley “no es inmutable como las leyes de la naturaleza”, lo que genera obstáculos para una descripción precisa (Friedman, 2006: 265).

La segunda crítica a los trabajos politológicos fue metodológica. Se señaló que los estudios desde la ciencia política, al sostener que el derecho no constituye una motivación en las decisiones de los jueces, tienen problemas en sus elecciones metodológicas, porque prestan atención a fallos con las cuales es más probable comprobar sus hipótesis;

se concentran en el sentido de la decisión. Esta estrategia metodológica olvida tomar en consideración la visión del juez sobre la disputa jurídica, que en la mayoría de los casos se plasma a través de los votos particulares o en los casos que los jueces deciden no escuchar (Friedman, 2006; Tiller y Cross, 2006; Whittington, 2000; Kastellec y Lax, 2008)

La tercera crítica fue sobre la simplificación de la doctrina jurídica y la escasa importancia que se le prestó. La exigencia de los modelos actitudinales y estratégicos de hacer falseables el modelo legal implicó una reducción del derecho: de la doctrina jurídica y de su complejidad a números y modelos estadísticos (Tiller y Cross, 2006; Friedman 2006). Para Tiller y Cross (2006) el modelo actitudinal y su crítica a la doctrina jurídica, al no poder predecir decisiones futuras, limitó la discusión doctrinal y le restó importancia en el proceso de decisión.

Para los abogados la forma en la que el enfoque actitudinal y el estratégico habían abordado el derecho presentaba problemas conceptuales, por la forma en la que habían definido el derecho, y en su afán de generar modelos falseables con variables jurídicas, habían reducido el derecho y su complejidad, limitando la importancia de la doctrina en la decisión judicial. Además, se puso el acento en criticar las estrategias metodológicas, porque para comprobar las hipótesis había sesgos de selección y no se consideraban los votos particulares de los jueces, en los que muchas veces se plasma su visión del caso y de la disputa jurídica.

El regreso del derecho desde dos tradiciones

Pese a las críticas al modelo legal, el derecho y la doctrina jurídica han regresado al centro del análisis. El corazón de la renovada discusión entre politólogos y abogados sobre la importancia del derecho en la conducta judicial es teórico, conceptual y metodológico, sobre la falsación de las variables legales. Las preguntas empíricas que se hace la literatura son: ¿Cómo y cuándo afecta el derecho a las decisiones judiciales? ¿En qué circunstancias los jueces siguen el derecho en sus decisiones? ¿El derecho importa en las decisiones de las Cortes Supremas de Justicia? (Richards y Kritzer, 2002; Linqvist, y Klein, 2006; Friedman, 2006; Bailey y Maltzman, 2008; Lax, 2011; Suchman, Mertz, 2010; Tiller y Cross, 2006; Epstein, y Knight, 2013).

Asumiendo los problemas teóricos y metodológicos de incorporar variables legales en el estudio de la conducta judicial, se puede aglutinar la literatura en dos grandes ejes con dos supuestos distintos. El punto en común es que el derecho y la doctrina jurídica son factores relevantes para explicar la conducta de los jueces constitucionales. La divergencia se centra en el cómo importa y cuándo importa.

El primer enfoque es la nueva doctrina judicial, que desde el mirador estratégico supone que la ley es fundamental en las decisiones judiciales y en las motivaciones de los jueces constitucionales y adopta una posición más armónica con el modelo legal y actitudinal (Kornhauser, 1992; Lax, 2011; Epstein y Knight, 2013).

La nueva doctrina judicial parte de los siguientes supuestos básicos: a) los jueces resuelven caso por caso (el modelo de caso espacio); b) las decisiones de los jueces son dicotómicas; c) los jueces siguen el precedente y el *stare decisis*, y c) los jueces son sujetos sofisticados capaces de ordenar sus preferencias bajo el principio de transitividad. Las preferencias de los jueces sobre la doctrina jurídica están determinadas por una estructura jerárquica y horizontal al interior del Poder Judicial (Kornhauser, 1992; Landa y Lax, 2009; Lax 2011).

Este enfoque coloca en el centro del debate la doctrina jurídica, porque los jueces requieren conocerla para hacer política. La doctrina se entiende como: “aquellas reglas constantes con los casos previamente decididos” (Kornhauser, 1992: 444). Desde esta perspectiva, el juez elige caso por caso y busca acercar la decisión lo más posible a su preferencia doctrinal.

Es necesario subrayar que la discusión sobre la configuración y la importancia de la doctrina jurídica a través del precedente y el *stare decisis* retoman importancia. En Estados Unidos, pese a la relevancia del precedente, a finales de la década de 1970 había recibido escasa atención teórica y no había muchos análisis empíricos (Posner, 1981). La poca atención empírica se explica en parte por la historia de los estudios jurídicos de carácter empírico en Estados Unidos y sus problemas metodológicos (Suchman y Mertz, 2010).

La nueva doctrina judicial privilegia estrategias metodológicas cuantitativas y construye modelos para probar sus hipótesis y modelar la doctrina jurídica como parte de las

preferencias de los jueces constitucionales. La codificación de las variables legales se hace a través de la doctrina jurídica y no hay una discusión teórica sobre lo que es el derecho (Lax, 2011; Kornhauser, 1992).

Este enfoque asume la importancia del derecho desde un instrumentalismo doctrinal, pues, según el enfoque estratégico, se hace política por medio de la ley (Epstein y Knight, 1998; Lax, 2011; Epstein y Knight, 2013). El conocimiento del derecho y su discusión son una condición necesaria para hacer política. El derecho es un lenguaje especializado para elaborar y construir decisiones judiciales, y los jueces y los operadores jurídicos lo tienen que seguir para poder elaborar argumentos y buscar sus propósitos políticos o ideológicos (Lax, 2011; Epstein y Knight, 2013).

La reputación y el prestigio tanto al interior del Poder Judicial como con determinadas audiencias es un factor fundamental en las decisiones de los jueces constitucionales. (Baum, 2009; Garoupa y Ginsburg, 2015). En la construcción de la reputación, cuando los jueces aplican el derecho en sus decisiones, lo hacen por motivaciones personales que tienen que ver con la utilidad del prestigio laboral en la comunidad jurídica y por satisfacción personal (Epstein y Knight, 2013; Miceli y Cosgel, 1994). Los jueces en sus sentencias citan precedentes, doctrinas jurídicas y a académicos destacados o elaboran precedentes importantes, ello con el objetivo de hacerse de una reputación entre la comunidad jurídica y académica (Lax, 2011; Epstein y Knight, 2013). Baum (2009) señala que los jueces ponen atención en la comunidad jurídica y académica porque representan una de las

audiencias importantes; por ello, muchas veces se rigen por el derecho y procuran mantener un diálogo constante con los abogados y los especialistas.

El segundo enfoque, que pone en el centro de la discusión el derecho y la doctrina jurídica, lo podemos denominar como constructivista. Para este enfoque la decisión judicial está motivada por las ideas sobre el derecho que tiene el juez. Plantea tres supuestos fundamentales: el primero de ellos lo comparte con el enfoque actitudinal, en el sentido de que para que los jueces sigan el derecho y se comporten de forma sincera es necesario un entorno institucional que les garantice la independencia judicial. Cuando un juez se enfrenta a un problema jurídico lo hace a través de las herramientas jurídicas que se le ofrecen: la Constitución y los textos normativos, así como una filosofía del derecho que supone una técnica de interpretación jurídica (Kahn, Paul, 1999; Kahn, Ronald, 2000; Gillman, 2001).

El segundo supuesto es que el derecho es visto desde un contexto institucional, en el que se enmarcan las decisiones de los jueces constitucionales (Kahn, 1999; Gillman, 2001; Tiller y Cross, 2006). El tercero es que el derecho se compone de un conjunto de ideas fundamentales que el juez utiliza en sus decisiones (Kahn, 1999). A diferencia del modelo actitudinal, que supone que el derecho es una restricción externa que no limita la actuación de los jueces, se sostiene conceptualmente que es “un estado de la mente” (Gillman, 2001: 486), en el sentido de que el juez decide según la visión del derecho que tiene interiorizada. De esta forma, se asegura de que los jueces

se conduzcan en un marco delimitado y restringido (Tiller y Cross, 2006).

Richards y Kritzer consideran el derecho como una restricción de la conducta judicial, porque es una “estructura cognitiva, una institución política, creada por los hombres y mujeres de imponer restricciones a sí mismos y a otros” (Richards y Kritzer, 2002: 306).

Metodológicamente, en este enfoque se privilegian metodologías cualitativas, en las que se ubican mecanismos causales y se rastrean procesos centrados en temas en específicos. Ponen el énfasis en la ruta en la que los jueces interiorizan el derecho y el contexto institucional (Kahn, 1999; Gillman 2001: 486).

Friedman (2005) anota que los modelos que asumen la importancia del derecho implícitamente reconocen la separación entre derecho y política como uno de los ejes fundamentales en la conducta judicial. Las directrices en sus preguntas de investigación son normativas, en tanto buscan indagar cómo los jueces deberían decidir los casos y que postura tomar frente a los problemas normativos. Esa forma de abordar la problemática forma parte de la tradición clásica del modelo legal de ser una teoría descriptiva y normativa.

Las perspectivas que reconocen la importancia del derecho en la decisión judicial también deben aceptar que no siempre restringe a los jueces ni externa ni internamente y existe cierto vínculo del derecho con la política (Friedman, 2005). Como afirman Tiller y Cross (2006), aunque se acepta que la ley no siempre es el motor de la decisión

judicial, sigue siendo importante para explicar las decisiones de los jueces.

Tanto el enfoque de la nueva doctrina judicial como el constructivista tienen puntos en común y divergen en aspectos precisos. El primer acuerdo es que el derecho y la doctrina jurídica importan en las decisiones judiciales. Para ambas posturas teóricas las variables legales y las tradiciones jurídicas pueden conformar la conducta judicial. La divergencia aterriza en por qué los jueces siguen el derecho en sus decisiones y en la definición del derecho. Para la Nueva Doctrina Judicial los jueces utilizan el derecho en este caso la doctrina jurídica para hacer política y conseguir determinados propósitos políticos. Conocer el derecho es una condición necesaria para hacer política.

El derecho a través de la doctrina jurídica es un eslabón más en la obtención de determinados propósitos políticos de los jueces. Los jueces deciden seguir el derecho porque buscan maximizar su prestigio profesional o tienen en cuenta una audiencia jurídica académica con la que están dialogando (Baum, 2009; Lax, 2011; Epstein y Knight, 2013).

Para el enfoque constructivista el juez sigue el derecho en sus decisiones, porque está actuando de forma sincera, utiliza la mejor respuesta que tiene desde sus conocimientos jurídicos. El juez estudió derecho y socializó con abogados, tiene una forma de entender su profesión y su forma de conducirse. Sus estímulos no son los mismos que tienen un legislador o el presidente. En este esquema, los jueces se conforman como actores socialmente constituidos que están anclados en prácticas recurrentes y contextos específicos. El entorno

institucional juega un papel fundamental en la difusión de las ideas legales entre los jueces constitucionales (Kahn, 1999).

Ahora bien, ambos enfoques toman como unidades de análisis los votos de los jueces constitucionales. El voto de cada juez es la variable dependiente tanto en los trabajos politológicos, como en los de los abogados (Knight, 2009; Richards y Kritzer, 2002; Linqvist y Klein 2006; Friedman, 2006: 265; Bailey y Maltzman 2008; Lax, 2011; Suchman y Mertz, 2010; Tiller y Cross, 2006).

El Poder Judicial y el interés en el derecho como motivación de los jueces constitucionales en América Latina

En América Latina, el estudio del Poder Judicial y los jueces es reciente. La ciencia política ha puesto a prueba diversas hipótesis para poder dar cuenta de la conducta judicial desde distintos miradores teóricos (Kapiszewski y Taylor, 2008). Uno de los enfoques teóricos que más se utilizó fue el estratégico, según el cual los jueces son capaces de ordenar sus preferencias y las motivaciones de sus decisiones provienen de factores externos (Iaryczower, Spiller y Tommasi, 2002; Chávez, 2004, Helmke, 2005, Ríos-Figueroa, 2007, 2016; Helmke y Ríos Figueroa, 2010; Cortez, 2014).

Paulatinamente, en los estudios sobre el comportamiento judicial se ha incorporado el derecho y la forma en la que se utiliza como base de las motivaciones de los jueces para sus decisiones. El derecho apareció en el debate entre politólogos y abogados desde

distintos miradores, pero sin que hubiera un diálogo continuo ni cercano, sino distante (Couso, 2010; Kapiszewski y Taylor, 2008).

Un primer paso fue el reconocer que para tener una mejor comprensión de las decisiones de los jueces en América Latina es necesario prestar atención al derecho y a la cultura jurídica como factores explicativos (Couso, 2010; Kapiszewski y Taylor, 2008).

La literatura que analiza el comportamiento judicial y la cultura jurídica en América Latina parte de dos supuestos. El primero es que *el positivismo/formalismo jurídico* es el paradigma predominante en la forma de entender el derecho (Couso, 2010; Couso y Hilbink, 2010; Pérez, 2012; López, 2005). El positivismo y el formalismo son entendidos como una corriente que sostiene el apego a la supremacía del derecho legislado; el juez no crea derecho y se apega lo más posible a los textos normativos (Couso, 2010; Sánchez, Magaloni y Magar, 2010; Couso y Hilbink, 2010; López, 2005). El segundo supuesto es la existencia de un nuevo paradigma jurídico: el *neo constitucionalismo*, que está modificando la cultura jurídica, la teoría constitucional y la forma en la que el juez concibe su función judicial (Couso, 2010; Couso y Hilbink, 2010; Hilbink, 2014; Landau, 2005; González, 2014, 2016).

En América Latina, el regreso del derecho a los estudios sobre conducta judicial se ha enfrentado al reto de codificar variables legales en un modelo continental de derecho. Teóricamente, los trabajos los han hecho desde el constructivismo, antes de que desde la nueva doctrina judicial (González-Ocantos, 2014, 2016; Hilbink, 2014). Ezequiel Gon-

zález (2016) anota que es necesario poner atención a los procesos mediante los cuales los jueces aprenden y aplican nuevas herramientas jurídicas y visiones del derecho, como, por ejemplo, el neoconstitucionalismo en las sentencias. En la región se sabe que el conocimiento de los jueces sobre el derecho internacional es una condición necesaria para explicar la conducta judicial en materia de crímenes del pasado a partir del año 2000, en Argentina, Perú y México (González, 2014, 2016). Por su parte, Lisa Hilbink (2014) ha puesto énfasis en señalar que en Chile la independencia formal de los jueces no garantizó que las decisiones fueran apegadas a los derechos humanos, sino que lo que importa es el peso de las ideas políticas y del papel que desempeñan de los jueces en determinados contextos históricos. Por otra parte, en otro trabajo he explicado la importancia del diseño organizacional del equipo de trabajo de los jueces y cómo se operacionan las nuevas ideas jurídicas en materia de derechos humanos (Cortez, 2017).

En la literatura reciente también existen otros trabajos que incorporan variables legales en sus trabajos y en sus modelos. Por ejemplo, Kapiszewski (2010) analiza la cultura jurídica de jueces del Tribunal Supremo de Brasil y por medio de entrevistas a los jueces y expertos considera que existen dos visiones: la legalista y la consecuencialista. La característica de los legalistas es que se apegan lo más posible a la literalidad de las normas jurídicas, mientras que los consecuencialistas toman en consideración las consecuencias políticas o económicas de sus decisiones. El legalismo se asocia con el

positivismo como técnica de interpretación jurídica, pero no se hace explícito.

Sánchez, Magaloni y Magar (2010) utilizan la variable “filosofía judicial” para dividir a la Suprema Corte de Justicia de México en legalistas e interpretativistas. El interpretativismo se caracteriza por lo siguiente: invierte el precedente judicial, expande la jurisdicción de la Corte, apela a una interpretación no literal de la Constitución y de la ley y está en contra de una interpretación limitada del proceso legal. Por otro lado, el legalismo se caracteriza por apelar a la moderación judicial y a una interpretación limitada de las funciones de la Corte. Esta postura apela a una interpretación literal de la ley (Sánchez, Magaloni y Magar, 2010). En este caso también, el legalismo está asociado con la técnica de interpretación de esa filosofía judicial y el interpretativismo con el neo-constitucionalismo, aunque no lo hagan implícito en el texto.

Landau (2005), en su estudio sobre Colombia, sostiene que existen jueces positivistas que se caracterizan porque interpretan la Constitución como cualquier otro ordenamiento legal, y aquellos que se adhieren al neo-constitucionalismo y se distinguen porque, para su decisión, valoran y sopesan entre cualquier norma jurídica y la Constitución, con principios y valores. En este punto también se hace alusión a la técnica de interpretación del positivismo y su teoría de la Constitución, centrada en aspectos formales y de procedimiento, frente a una visión que pondera entre normas y principios del nuevo paradigma constitucional (Landau, 2005).

El eje que aglutina los trabajos es recuperar la importancia del derecho y de variables le-

gales para explicar la conducta judicial. Como lo señalé en otro trabajo, una veta importante en el estudio del uso del derecho por parte de los jueces es analizar cómo se construyen las sentencias judiciales más allá del sentido de la decisión (Cortez, 2017). Por ejemplo, analizar qué literatura citan en las sentencias, explicar el diálogo jurisprudencial y la forma en la que conversan con otras cortes y tribunales, así como poner atención en el perfil de los secretarios de estudio y cuenta que laboran en las Cortes.

Finalmente, es importante notar que, en los trabajos relativos a América Latina, el diálogo entre politólogos y abogados constitucionalistas es casi inexistente. Los politólogos no reconocen la discusión doctrinal ni los debates sobre la filosofía del derecho y los abogados no debaten con los trabajos politológicos que explican la conducta judicial. Una conversación entre abogados y politólogos generaría un debate más rico y fructífero.

Conclusiones

La literatura reciente sobre la conducta judicial y las decisiones de los jueces constitucionales coincide en señalar la importancia del derecho y la doctrina jurídica. El reto que tienen los investigadores es definir cuándo importa y en qué condiciones. El punto de partida es definir el concepto de derecho con el que se discute y

los supuestos a los que se adhieren, así como responder a las críticas metodológicas sobre el problema de falsación del modelo legal.

La nueva doctrina judicial y el enfoque constructivista discuten con los problemas conceptuales y metodológicos de codificar variables legales. Ambas tradiciones tienen supuestos distintos, pero en su conversación se reconocen por reincorporar la doctrina jurídica como un factor que es fundamental en la decisión judicial. No obstante, la configuración del juez es distinta. Para la Nueva Doctrina Judicial el juez es un sujeto sofisticado que ordena sus preferencias y que utiliza el derecho para hacer política y/o satisfacer su prestigio profesional o personal. El derecho puede restringir al juez, pero cuando lo hace es de forma externa. Para el enfoque constructivista el juez es un abogado que aprendió derecho y tiene una forma de entender su profesión a través de procesos de socialización. Actúa de forma sincera, utilizando las herramientas jurídicas a su disposición porque el derecho es un “estado de la mente.”

En América Latina, el regreso del derecho a los estudios sobre conducta judicial se ha enfrentado al reto de codificar variables legales en un modelo continental de derecho. Teóricamente, los trabajos los han hecho desde el constructivismo antes que de la nueva doctrina judicial. Los retos actuales están en explicar cómo se usa el derecho por parte de los jueces constitucionales en la construcción de las decisiones judiciales.

Sobre el autor

JOSAFAT CORTEZ SALINAS es doctor en Ciencias Sociales-Ciencia Política por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) México. Es maestro en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM y máster en Estudios Latinoamericanos por la Universidad de Salamanca, España. La licenciatura en Ciencias Políticas y Administración Pública la cursó en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM. Sus áreas de interés son: Poder Judicial, Poder Legislativo e instituciones políticas. Entre sus publicaciones recientes destacan: “Sobre el origen de la Corte Suprema de Justicia en 1824” (*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2015); *La Suprema Corte de Justicia. ¿Cuándo vota contra el presidente* (2014); “El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Cómo se distribuye el poder institucional” (*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2014).

Referencias bibliográficas

- Bailey, Michael A. y Forrest Maltzman (2008) “Does legal doctrine matter? Unpacking law and policy preferences on the U.S. Supreme Court” *American Political Science Review*, 102(3): 369-384. DOI: 10.1017/S0003055408080283.
- Baum, Lawrence (2009) *Judges and their Audiences*. Princeton: Princeton University Press.
- Chávez, Rebecca Bill (2004) *The Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina*. Stanford: Stanford University Press.
- Cortez Salinas, Josafat (2014) “Análisis cualitativo comparado. Las decisiones de la Suprema Corte de Justicia contra el Ejecutivo en México” *Revista Mexicana de Sociología*, 76(3): 413-439.
- Cortez Salinas, Josafat (2017) *Los cambios en las decisiones de la SCJN en materia de derechos humanos: un rastreo de procesos*. México: FLACSO-México. Tesis de doctorado.
- Couso, Javier (2010) “The transformation of constitutional discourse and the judicialization of politics in Latin America” en Couso, Javier; Huneeus, Alexandra y Rachel Sieder (eds.) *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 141-160. DOI: 10.1017/CBO9780511730269.
- Couso, Javier y Lisa Hilbink (2010) “Del quietismo al activismo incipiente: las raíces institucionales e ideológicas de la defensa de los derechos en Chile”, en Helmke, Gretchen y Julio Ríos Figueroa (coords.) *Tribunales Constitucionales en América Latina*. México: Poder Judicial de la Federación, pp. 169-218.
- Cross Frank, B. (1997) “Political science and the new legal realism: a case of unfortunate interdisciplinary ignorance” *Northwestern University Law Review*, 92(1): 251-326.
- Cross Frank, B. (2007) *Decision Making in the U.S Courts of Appeals*. Stanford: Stanford University Press.
- Epstein, Lee y Jack Knight (1998) *The Choices Justices Make*. Washington, DC: Congressional Quarterly Press.

- Epstein, Lee y Jack Knight (2000) "Toward a strategic revolution in judicial politics: A look back, a look ahead" *Political Research Quarterly*, 53(3): 625-661. DOI: 10.1177/106591290005300309.
- Epstein, Lee y Jack Knight (2013) "Reconsidering judicial preferences" *Annual Review of Political Science*, 16: 11-31. DOI: 10.1146/annurev-polisci-032211-214229.
- Friedman, Barry (2005) "The politics of judicial review" *Texas Law Review*, 84(2): 257-337.
- Friedman, Barry (2006) "Taking law seriously" *Perspectives on Politics*, 4(2): 261-276. DOI: 10.1017/S1537592706060178
- Garoupa, Nuno y Tom Ginsburg (2015) *Judicial Reputation: A Comparative Theory*. Chicago: University of Chicago Press.
- George, Tracey E. y Lee Epstein (1992) "On the nature of Supreme Court decision making" *American Political Science Review*, 86(2): 323-337. DOI: 10.2307/1964223.
- Gibson, James L. (2008) "Judicial institutions" en Binder, Sarah A.; Rhodes, R.A.W. y Bert A. Rockman (eds.) *The Oxford Handbook of Political Institutions*. Oxford: Oxford University Press, pp. 514-534. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199548460.003.0026.
- Gillman, Howard (2001) "What's law got to do with it? Judicial behavioralists test the 'legal model' of judicial decision making" *Law & Social Inquiry*, 26(2): 465-504. DOI: 10.1111/j.1747-4469.2001.tb00185.x.
- González Ocantos, Ezequiel (2014) "Persuade them or oust them: crafting judicial change and transitional justice in Argentina" *Comparative Politics*, 46(4): 479-498.
- González Ocantos, Ezequiel (2016) *Shifting Legal Visions: Judicial Change and Human Rights Trials in Latin America*. Nueva York: Cambridge University Press. DOI: 10.1017/CBO9781316535509.
- Hamilton, Alexander; Madison, James y John Jay (2001) *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Helmke, Gretchen (2005) *Courts under Constraints. Judges, Generals, and Presidents in Argentina*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Helmke, Gretchen y Julio Ríos Figueroa (2010) *Tribunales constitucionales en América Latina*. México: Poder Judicial de la Federación.
- Hilbink, Lisa (2014) *Jueces y política en democracia y dictadura: Lecciones desde Chile*. México: FLACSO.
- Iaryczower, Matias, Spiller, Pablo and Mariano Tommasi (2002) "Judicial decision-making in unstable environments: Argentina 1938-1998" *American Journal of Political Science*, 46 (4): 699-716.
- Kahn, Paul W. (2000) *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship*. Chicago: University of Chicago Press.
- Kahn, Ronald (1999) "Institutionalized norms and Supreme Court decision-making: the Rehnquist Court on privacy and religion" en Cornell, Clayton y Howard Gillman (eds.) *Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches*. Chicago: Chicago University Press, pp. 175-198.
- Kapiszewski, Diana (2010) "¿Árbitro de conflictos, creador de políticas públicas o protector de derechos? El Supremo Tribunal Federal de Brasil en transición"

- en Helmke, Gretchen y Julio Ríos Figueroa (coords.) *Tribunales constitucionales en América Latina*. México: Poder Judicial de la Federación, pp. 261-316.
- Kapiszewski, Diana y Matthew M. Taylor (2008) "Doing Courts justice? Studying judicial politics in Latin America" *Perspectives on Politics*, 6(4): 741-767. DOI: 10.1017/S1537592708081899.
- Kastellec, Jonathan P. y Jeffrey R. Lax (2008) "Case selection and the study of judicial politics" *Journal of Empirical Legal Studies*, 5(3): 407-446. DOI: 10.1111/j.1740-1461.2008.00129.x.
- Knight, Jack (2009) "Are empiricists asking the right questions about judicial decisionmaking?" *Duke Law Journal* (58): 1531-1556.
- Kornhauser, Lewis A. (1992). "Modeling collegial courts. II. Legal doctrine" *Journal of Law, Economics, & Organization*, 8(3): 441-470. DOI: 10.1016/0144-8188(92)90034-O.
- Landa, Dimitri y Jeffrey R. Lax (2009) "Legal doctrine on collegial Courts" *The Journal of Politics*, 71(3): 946-963. DOI: 10.1017/S0022381609090811.
- Landau, David (2005) "The two discourses in Colombian constitutional jurisprudence: a new approach to modeling judicial behavior in Latin America" *George Washington International Law Review*, 37(3): 687-744.
- Lax, Jeffrey R. (2011) "The new judicial politics of legal doctrine" *Annual Review of Political Science*, 14: 131-157. DOI: 10.1146/annurev.polisci.042108.134842.
- Leiter, Brian (2010) "Legal formalism and legal realism: what is the issue" *Legal Theory*, 16(2): 111-113. DOI: 10.1017/S1352325210000121.
- Lindquist, Stefanie A. y David E. Klein (2006) "The influence of jurisprudential considerations on Supreme Court decision-making: a study of conflict cases" *Law & Society Review*, 40(1): 135-62. DOI: 10.1111/j.1540-5893.2006.00262.x.
- López Medina, Diego E. (2004) *Teoría im-pura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Colombia: Legis.
- Miceli, Thomas J. y Metin M. Coşgel (1994) "Reputation and judicial decision-making" *Journal of Economic Behavior & Organization*, 23(1): 31-51.
- Pérez Perdomo, Rogelio (2012) *Gente del derecho y cultura jurídica en América Latina*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Posner, Richard A. (1981) "The present situation in legal scholarship" *Yale Law Journal* (90): 1113-1130.
- Posner, Richard A. (2011) *Cómo deciden los jueces*. Madrid: Marcial Pons.
- Pound, Roscoe (1931) "The call for a realist jurisprudence" *Harvard Law Review*, 44(5): 697-711. DOI: 10.2307/1331791.
- Richards, Mark J. y Hebert M. Kritzer (2002) "Jurisprudential regimes in Supreme Court decision making" *American Political Science Review*, 96(2): 305-320.
- Ríos-Figueroa, Julio (2007) "Fragmentation of power and the emergence of an effective judiciary in Mexico, 1994-2002" *Latin American Politics and Society*, 49(1): 31-57. DOI: 10.1111/j.1548-2456.2007.tb00373.x.

- Ríos-Figueroa, Julio (2016) *Constitutional Courts as Mediators. Armed Conflict, Civil Military Relations and the Rule of Law in Latin America*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Sánchez, Arianna; Magaloni, Beatriz y Eric Magar (2010) “Legalistas vs. interpretativistas: la Suprema Corte y la transición democrática en México”, en Helmke, Gretchen y Julio Ríos Figueroa (coords.) *Tribunales constitucionales en América Latina*. México: Poder Judicial de la Federación, pp. 317-370.
- Segal, Jeffrey A. (2008) “Judicial behavior” en Caldeira, Gregory A.; Kelemen, R. Daniel y Keith E. Whittington (eds.) *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, pp. 19-35.
- Segal, Jeffrey A. y Harold J. Spaeth (2002) *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Suchman, Mark C. y Elizabeth Mertz (2010) “Toward a new legal empiricism: empirical legal studies and new legal realism” *Annual Review of Law and Social Science*, 6: 555-579. DOI: 10.1146/annurev.law-socsci.093008.131617.
- Tiller Emerson H. y Frank B. Cross (2006) “What is legal doctrine?” *Northwestern University Law Review*, 100(1): 517–533.
- Whittington, Keith E. (2000) “Once more unto the breach: postbehavioralist approaches to judicial politics” *Law & Social Inquiry* 25(2): 601-634. DOI: 10.1111/j.1747-4469.2000.tb00974.x.