

“¿Importa el derecho?”. Política judicial,
realismo jurídico y el problema
de la indeterminación del derecho en tanto
que problema metodológico
“Does Law Matter?”. Judicial Politics, Legal Realism,
and the Problem of Indeterminacy of Law
as a Methodological Problem

PABLO JOSÉ CASTILLO ORTIZ

University of Sheffield

RESUMEN. Las últimas décadas han supuesto la irrupción de la nueva disciplina de la “política judicial”, heredera del realismo jurídico y empeñada en estudiar el comportamiento judicial con herramientas científico-sociales y desde variables explicativas sociopolíticas. Al hacerlo, sin embargo, dichos estudios han preterido el papel del derecho en la explicación del comportamiento de los magistrados, para lo cual se han esgrimido razones teóricas acerca de la indeterminación de la norma jurídica. En este artículo, defiendo que dicha preterición constituye una importante limitación para la construcción de modelos empíricos de comportamiento judicial.

Palabras clave: Realismo Jurídico; Política Judicial; Indeterminación del derecho; Teorías de la decisión judicial.

ABSTRACT. In the last decades the new discipline of Judicial Politics has emerged in the academic landscape, heir of legal realism and determined to study judicial behavior with social-sciences tools and from sociopolitical explanatory variables. In so doing, however, studies in Judicial Politics have left out the role of law in the explanation of the behavior of Justices, using theoretical argumentations based on the indeterminacy of legal rules. In this article, I suggest that the exclusion of legal rules is however an important limitation for the construction of empirical models of judicial behavior.

Key words: Legal Realism; Judicial Politics; Indeterminacy of law; Theories of judicial decision-making.

Agradecimientos: Quiero agradecer a Carlos Closa y Daniel García los intensos debates mantenidos sobre versiones anteriores de este artículo. Cualquier error u omisión es de la sola responsabilidad del autor.

Introducción

Si hay algo en lo que coinciden las aproximaciones antiformalistas, realistas y sociopolíticas al comportamiento judicial es en el escaso valor concedido a las normas jurídicas en tanto que factor explicativo del proceso judicial de toma

de decisiones. Del realismo jurídico, sobre todo norteamericano, se hizo célebre su “escepticismo frente a las normas”¹, según el cual el ordenamiento tiene un escaso valor como variable explicativa de las decisiones judiciales, que quedarían mejor explicadas desde variables de tipo psicológico, sociológico o politológico. Aunque es en general poco conocido, esta perspectiva se puede encontrar ya en uno de los fundadores de las aproximaciones sociopolíticas al derecho y promotor de las ideas de la “libre creación judicial”, Eugen Ehrlich, quien defendía a comienzos del siglo pasado que el jurista académico debería volver su mirada hacia lo fáctico en lugar de lo normativo a fin de evitar “edificar un conocimiento sobre palabras, y no sobre hechos”². Por su parte, los estudios sociopolíticos empíricos sobre comportamiento judicial, sobre todo en *Judicial Politics*³, no suelen incluir en sus modelos econométricos variables “legales” al estudiar las decisiones de jueces y magistrados, sino tan solo variables de tipo sociopolítico, mostrando de manera tácita su desinterés por el valor causal de la norma jurídica sobre las decisiones de jueces y magistrados.

La relación de todos estos enfoques con las normas jurídicas aparece pues cargada de tensión. Las normas jurídicas suelen aparecer en las aproximaciones realistas como algo engañoso, confuso, la cobertura jurídica utilizada en muchos casos por los magistrados para *justificar* sus decisiones; al científico social, por su parte, la norma jurídica se le aparece como una resbaladiza abstracción, inasible, inaprensible, en cuya farragosa retórica puede quedar atrapado como un insecto en una telaraña, y por tanto lo más recomendable es mantener la mirada alejada de ellas. Para ello, las diferentes corrientes realistas y sociopolíticas han utilizado justificaciones de diverso tipo. Sin embargo, en su sofisticación teórica y metodológica, este tipo de enfoques ha parecido querer ignorar lo que el buen sentido común nos dice *a priori* de la actividad judicial: que si de lo que estamos hablando es de decisiones de magistrados y tribunales, es probable que el derecho tenga después de todo algún papel, cualquiera que este sea.

En las siguientes líneas trataré de profundizar algo más en esta problemática y explicaré mi argumento con más detenimiento. Para ello comenzaré por describir

¹ Algo que puede predicarse tal vez con mayor nitidez del realismo jurídico americano que del escandinavo, pues hay en este segundo, en el caso de autores como Ross, aún una cierta vinculación, si quiera matizada, al normativismo kelseniano.

² Citado por Muñoz de Baena Simón en su estudio preliminar “El lugar de Ehrlich en el debate sobre la ciencia jurídica”, en Ehrlich, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 35.

³ Aunque aquí utilizo el concepto original en inglés, en adelante utilizaré la traducción al español “política judicial”. A diferencia de lo que ocurre con el nombre original en inglés, que suele escribirse con mayúsculas iniciales, traduciré “política judicial” en minúsculas para dar a esta subdisciplina un trato homogéneo al dado a otras escuelas y corrientes teóricas citadas en este artículo, como el realismo jurídico.

las similitudes en el tratamiento otorgado a las normas jurídicas por las disciplinas del realismo jurídico norteamericano y la política judicial, y mostraré que dichas similitudes no son casuales (I). A continuación, y entrando ya en mi argumento central, trataré de defender que, pese a cierta frecuente confusión, el problema de la indeterminación del derecho y el de su aplicación judicial son dos problemas conceptualmente distintos aunque interrelacionados en la práctica, analizando su juego conjunto (II); en el tercer apartado me centraré en los estudios sociopolíticos empíricos sobre decisión judicial y mostraré que la exclusión de las normas jurídicas en el análisis da lugar a unas paradojas teóricas difícilmente sostenibles (III); por último, trataré de profundizar en las implicaciones que dicha exclusión ocasiona en nuestra comprensión del comportamiento judicial (IV), antes de culminar este artículo con unas conclusiones finales (V).

1. La premisa de la indeterminación del derecho desde el realismo jurídico a la política judicial

Como decíamos en la introducción, uno de los elementos que conecta el realismo jurídico norteamericano con la disciplina de la “política judicial” –dos de los protagonistas de este artículo– es el escaso papel concedido a las normas jurídicas a la hora de explicar el comportamiento judicial. En este apartado quiero mostrar que esta conexión no es casual. Por el contrario, existe una vinculación genealógica entre una y otra disciplina que permitió la perpetuación en los estudios en política judicial de la forma de entender el papel del derecho que ya estaba presente en el realismo jurídico.

En principio, realismo jurídico y política judicial son dos disciplinas separadas y distintas. El realismo jurídico norteamericano es una corriente de la teoría del derecho que fue desarrollada en la primera mitad del siglo XX, sobre todo, por profesionales del mundo jurídico⁴. La política judicial, por el contrario, es una subdisciplina de la ciencia política inaugurada por Pritchett⁵ y Robert Dahl⁶ en la segunda mitad del siglo pasado y desarrollada esencialmente por

⁴ Leitter, B., “American Legal Realism”, en *The University of Texas School of Law-Public Law and Legal Theory Research Paper* No.042, 2002.

⁵ Pritchett, H., *The Roosevelt court*, Macmillan, Nueva York, 1948.

⁶ Dahl, R., “Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker”, en *Journal of Public Law* Vol. 6, 1957, pp. 279-295 en p. 279. Véanse también los subsiguientes trabajos de Schuber, G. “The study of judicial decision-making as an aspect of political behavior”, en *American Political Science Review* Vol.52, nº 4, 1958 pp. 1007-1025; Murphy, W., *Elements of Judicial Strategy*, University of Chicago Press, Chicago, 1964; Ulmer, S., “Toward a theory of sub-group formation in the United States Supreme Court”, en *The Journal of Politics* Vol. 27, nº.1, 1965, pp. 133-152.

académicos. Mientras los primeros construyeron sobre todo reflexiones teóricas acerca del comportamiento judicial basadas en su propia experiencia, los segundos se empeñaron en llevar a cabo estudios empíricos sobre el comportamiento de jueces y magistrados desde una cierta pretensión de objetividad academicista y científicista. Sin embargo, y pese a sus diferencias, una y otra escuela están íntimamente unidas, hasta el punto de que la política judicial es, como reconociera Martin Shapiro, una heredera directa del realismo jurídico norteamericano⁷. Autores contemporáneos siguen haciendo explícita esta herencia; así, Whittington enfatizaba hace solo unos pocos años que, a través de la política judicial, “el realismo jurídico fue plenamente absorbido por las facultades de ciencia política”⁸. Si los realistas habían elaborado una agenda investigadora, los especialistas en política judicial la siguieron y la pusieron en práctica.

La herencia del realismo jurídico se dejó sentir principalmente en dos premisas teóricas seguidas por los politólogos: de una parte, en la importancia de las explicaciones sociológicas, psicológicas y políticas del comportamiento judicial, y de otra parte, y esto es lo que más nos interesa, en la irrelevancia a estos mismos efectos de las normas jurídicas⁹. Como afirma Leitier, todos los realistas están de acuerdo en que la ley y las razones jurídicas son racionalmente indeterminadas, por lo que la mejor explicación a la pregunta de por qué los jueces deciden como deciden debe apuntar más allá del derecho mismo¹⁰. Hasta cierto punto, pues, daba la sensación de que la exclusión de explicaciones legalistas era el contrapunto lógico de la defensa de explicaciones sociopolíticas del comportamiento judicial, pese a que una reflexión algo más detenida revela que, *a priori*, explicaciones legalistas y sociopolíticas no son incompatibles entre sí y pueden ser complementarias. Pritchett¹¹ escribía en 1969 “*Political Jurisprudence, then, asserts that judges are inevitably participants in the process of public policy formulation; (...) that written law requires interpretation which involves the making of choices*”¹²,

⁷ Shapiro, M., “Political Jurisprudence”, en Shapiro M., y Stone Sweet, A., *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford U.P., Oxford, 2002.

⁸ La traducción es mía. Whittington, K., “Once More Unto the Breach: PostBehavioralist Approaches to Judicial Politics”, en *Law and Social Inquiry* Vol. 25, n.º. 2, 2000, pp. 601-634 en p.604.

⁹ Castillo, P. “La política judicial del Tribunal Constitucional en los procesos de ratificación de tratados de la Unión Europea: aproximación desde un nuevo realismo jurídico”, en *Revista de Estudios Políticos* 159, 2013, pp. 107-138.

¹⁰ Leitier, B., *op. cit.*, p.6.

¹¹ *Apud* Tamanaha, B., *Realistic Socio-Legal Theory*, Oxford University Press, New York, 1997, p. 204.

¹² “La jurisprudencia política [o teoría política del derecho] afirma que los jueces son inevitablemente participantes en el proceso de formulación de políticas públicas; (...) que el derecho escrito requiere de interpretación que implica la toma de decisiones”. La traducción es mía.

reconociendo además que esta visión del derecho tuvo su origen en el Realismo Jurídico. Volveremos sobre esto más adelante.

A imagen del realismo jurídico, los primeros trabajos en política judicial tuvieron una orientación marcadamente “conductista” y estudiaban el comportamiento judicial desde las preferencias de los jueces individualmente considerados¹³. Para escándalo de la doctrina jurídica clásica, se sostenía que los jueces adoptaban decisiones a la luz de los hechos de los casos y en función de sus sinceras actitudes y valores¹⁴. Y como no podía ser de otra manera, en estos estudios la norma jurídica quedaba preterida como elemento explicativo del comportamiento judicial; como ha afirmado Howard Gillman “more than any other scholars over the past few decades, behavioralists embody the efforts of the realist to demonstrate that law is vague, internally inconsistent, or otherwise not amenable to a formal process of neutral application or logical deduction”¹⁵.

El modelo conductista era, empero, excesivamente simplista, y quedó superado cuando las corrientes neoinstitucionalistas recorrieron a la ciencia política y acabaron por convertirse en hegemónicas en el campo. El neoinstitucionalismo consiste en realidad en un conjunto de estudios entre los que se puede encontrar una orientación heterogénea, pero que coinciden en enfatizar el papel de las instituciones a la hora de modular el comportamiento de los actores¹⁶. Lo que nos interesa ahora es que los estudios neoinstitucionales, ya sea en su versión de la elección racional, ya sea en su versión histórico-sociológica, han manteniendo intactos por regla general los presupuestos antes enunciados: pese a su mayor complejidad y mejor equipamiento teórico, estos estudios siguen desatendiendo a las normas jurídicas a la hora de explicar el comportamiento judicial; además, esta preterición ha sido la mayor parte de las veces tácita, de modo que es difícil encontrar justificaciones para la exclusión de las normas como variable explicativa que, simplemente, eran no estudiadas.

¹³ Redher, B., “What is Political about Jurisprudence? Courts, Politics, and Political Science in Europe and the United States”, *MPIfG Discussion Paper*, Max Planck Institute for the Study of Society, Cologne (Germany), 2007; Epstein, L. y Knight, J., “Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, a Look Ahead”, en *Political Research Quarterly*, Vol.53, n.º.3, 2000, pp.625-661; Castillo, P., *op. cit.*

¹⁴ Barnes, J., “Brining the Courts Back In: Interbranch Perspectives on the Courts in American Politics and Policy Making”, en *Annual Review of Political Science*, Vol.10, 2007, pp.25-43.

¹⁵ “Más que ningunos otros académicos en las últimas décadas, los conductistas incorporan los esfuerzos de los realistas en demostrar que la ley es vaga, internamente inconsistente, o en todo caso incapaz de ser objeto de un proceso forma de aplicación neutral o deducción lógica” [la traducción es mía]. En Gillman, H., “What’s Law Got to Do with It- Judicial Behavioralists Test the Legal Model of Judicial Decision Making”, en *Law and Social Inquiry*, Vol.26, n.º 2, 2006, pp. 468-469.

¹⁶ Redher, B. *op. cit.*, Castillo, P., *op. cit.*

El arraigo de los estudios en política judicial en los Estados Unidos, su creciente importancia en los países de nuestro entorno, y su reciente interés por las judicaturas españolas¹⁷, no hacen sino presagiar que en los próximos tiempos veremos cómo también en nuestro país la disciplina se hace un hueco en las agendas de nuestros investigadores. El pronóstico, sin embargo, es que dichos estudios se toparán con la actitud de tradicional escepticismo por parte de los juristas académicos que ya se encontraran en los Estados Unidos en los años cincuenta y sesenta del siglo pasado; acaso, porque los estudios en política judicial rompen uno de los tabúes fundacionales de la doctrina jurídica: que existe algo más que aplicación del derecho en el comportamiento judicial. ¿Qué mejor momento que este, por tanto, para empezar a mediar en el debate entre unos y otros?

2. Escepticismo ante las normas e indeterminación del derecho

Para desarrollar mi argumento quiero deshacer una confusión que aparece frecuentemente en reflexiones precipitadas sobre el comportamiento judicial, por más que algunos análisis sofisticados de esta problemática hayan sabido evitarla. Imaginemos la aseveración “*el derecho es indeterminado y, por tanto, no puede constituir el criterio desde el que un Juez adopta sus decisiones*”¹⁸. Esta aseveración, en principio, resulta coherente en sus propios términos y, a su vez, coherente con los planteamientos del realismo jurídico. Sin embargo, en este

¹⁷ Magalhães, P., “The Limits to Judicialization: Legislative Politics and Constitutional Review in Iberian Democracies”, 2003, (Tesis doctoral no publicada); Garoupa, N., Gómez-Pomar, F. y Gil Saldaña, M., “Political Influence and Career Judges: An Empirical Analysis of Administrative review by the Spanish Supreme Court”, 2001, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1877083 (24.10.2012); Garoupa, N., Gómez-Pomar F. y Grembi, V. “Judging under Political Pressure: An Empirical Analysis of Constitutional Review Voting in the Spanish Constitutional Court”, en *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 29, n.º. 3, 2013, pp. 513-534; Castillo, P. *op. cit.*

¹⁸ El realismo jurídico extrae de presupuestos similares conclusiones opuestas a las de, por ejemplo, el positivismo kelseniano. Si para este último el derecho es indeterminado, luego la interpretación judicial es necesaria para colmar lagunas del ordenamiento, para el realismo jurídico la indeterminación del derecho traería como consecuencia precisamente la imposibilidad de constituir el criterio decisional de dicho intérprete. En este sentido, Liborio Hierro establece como una de las características que podrían atribuirse al discurso jurídico realista, y en particular al realismo jurídico escandinavo que “es muy dudoso que las normas sean el factor protagonista en las decisiones judiciales más importantes e incluso en gran parte de todas ellas. Los jueces seleccionan por ideología, por comodidad y por inercia”. aunque como veremos a continuación, con base a su lectura del realismo escandinavo también es posible encontrar planteamiento contrarios en los escritos de los autores de esta escuela. En Hierro, L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Iustel: Biblioteca Jurídica Básica, Madrid, 2009, p.22. Igual conclusión se extrae, para el realismo jurídico americano, de los escritos de de Leitier –v. *supra* nota 8-.

apartado nos dedicaremos a tratar de defender que esas palabras ocultan más de lo que revelan acerca del problema fundamental de la aplicación judicial del derecho. Nuestro argumento de partida es el siguiente: indeterminación del derecho y no aplicación de las normas no son dos problemas idénticos. La idea parece obvia y cuenta con cierta tradición en el ámbito del estudio del derecho —hace unos años, partiendo de la observación de algunos estudios empíricos, el iusfilósofo Brian Tamanaha formuló y problematizó esta cuestión¹⁹— pero sin embargo pensamos que el realismo jurídico y, sobre todo, los estudios en política judicial, no han extraído de ella todas las necesarias implicaciones²⁰.

Merece la pena, pues, discutir con un cierto detenimiento las posibilidades que nos ofrece la consideración de estas dos dimensiones, determinación y motivación, una vez que somos conscientes de la diferencia conceptual entre ambas. En principio, simplificaremos el problema dicotomizando ambas dimensiones: se considerarán las combinaciones entre los escenarios hipotéticos en los que el derecho sea, o bien (esencialmente) determinado, o bien (esencialmente) indeterminado, y en los que o bien constituya (generalmente) un elemento motivacional del comportamiento judicial, o bien (generalmente) no sea así²¹. Huelga decir que en ambos casos, a efectos explicativos, hemos optado por hacer simplificaciones groseras, pero que cabría concebir ambas dimensiones como continuos en lugar de cómo escenarios binarios. Es de hecho enormemente difícil ubicar a unos y otros autores y corrientes de pensamiento de manera incontrovertida en nuestro diagrama, máxime cuando muchos de aquellos se han ubicado frente a estos dos ejes con una deliberada ambigüedad, con posiciones matizadas, etc.

<i>Determinado</i>	DM	D~M
<i>No determinado</i>	~DM	~D~M
	<i>Motiva el comportamiento judicial</i>	<i>No motiva el comportamiento judicial</i>

¹⁹ Tamanaha, B., *op. cit.*, sobre la que más adelante nos detendremos.

²⁰ Aunque merece la pena ver los estudios “role oriented” de Vines, K.N., “The Judicial Role in the American States”, en Grossman, J.B., y Tenenhaus, J. (eds.) *Frontiers of Judicial Research*, J. Wiley, Nueva York, 1996, 461-485; Wold, J.T., “Political Orientations, Social Backgrounds, and Role Perceptions of State Supreme Court Judges”, en *Western Political Quarterly* Vol. 27, 1974, pp. 239-48.

²¹ Cuestión enunciada como “role orientation” y abordada en sólo unos pocos estudios empíricos. Vid. Tamanaha, B., *op. cit.*, p. 211 y ss.

1º. *DM*. El planteamiento, según esta posición, sería que el derecho sí es en realidad determinado, o al menos lo bastante determinado como para fundar “razonablemente” las decisiones judiciales; además, esta posición defendería que dicho “derecho determinado” sería el principal input de las decisiones judiciales. En esta posición, encontraríamos lo que Dyèvre llama enfoques “legal-positivistas” del derecho²², pero que recuerdan sobre todo a la Escuela de la Exégesis²³: a la vieja manera silogística, el derecho estaría compuesto de un conjunto de normas de sentido determinado e inteligible, con juicios condicionales del tipo “si P, entonces Q”, y los casos concretos no implicarían sino una subsunción de hechos determinados en los supuestos contemplados por las normas jurídicas –“P, luego Q”-. Aunque no sólo encontramos en esta casilla el viejo modelo silogístico. Probablemente la visión weberiana del derecho en su “Sociología del Derecho” se aproxima enormemente a esta definición²⁴: a juicio de Weber, el derecho moderno surge como una respuesta a las necesidades de la burguesía de encontrar para sus negocios seguridad jurídica, que solo un tipo de sistema jurídico racional de cuño moderno, organizado en torno a un sistema judicial de adjudicación podía proveer; en este sentido Weber confía, o al menos afirma que la burguesía confía, en la capacidad del sistema judicial de proveer seguridad jurídica mediante decisiones previsibles por estar fundadas en derecho -de lo que se deduce del ordenamiento jurídico certitud y certidumbre- y en una relativa fidelidad a las pautas de actuación establecidas normativamente en la fase de adjudicación del derecho -en la que los particulares, en sus negocios jurídicos, podrían razonablemente confiar-.

2º. *~D~M*. En este cuadrante encontraríamos a aquellos que defienden un escepticismo radical ante las normas. Las normas no sólo no constituyen el input de las decisiones judiciales sino que, además, no pueden hacerlo –o no deberían poder hacerlo-, pues su nivel de indeterminación es demasiado elevado como para poder hacer inferencias lógicamente válidas. Probablemente aquí podría encuadrarse a uno de los fundadores del realismo jurídico, Oliver Wendell Holmes Jr. que, en su discurso “The Path of Law” conectaba indeterminación del derecho y una sutil forma de decisionismo judicial:

²² Dyèvre, A., “Making Sense of Judicial Lawmaking: a Theory of Theories of Adjudication”, *EUI Working Papers 2008/9*, 2008, disponible en http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/8510/MWP_2008_09.pdf?sequence=1 (03.06.2013)

²³ García Amado, J.Á., “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, en *Isegoría*, N°35, pp.151-177, en p.153 y ss.

²⁴ Weber, M., *Sociología del Derecho*, Comares, Granada, 200 1.

“Behind the logical form lies a judgement as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgement, it is true, and yet the very root and nerve of the whole proceeding. You can give any conclusion a logical form. You can always imply a condition in a contract. But why do you imply it? It is because of some belief as to the practice of the community or of a class (...) in short, because of some attitude of yours upon a matter not capable of exact quantitative measurement, and therefore not capable of founding exact logical conclusion”²⁵.

Esta combinación, al igual que hacía la combinación anterior aunque ahora de manera inversa, conecta de manera el nivel de (in)determinación de las normas con su (in)capacidad para motivar el comportamiento judicial: las normas son indeterminadas *y por tanto* no puede constituir un elemento motivacional del comportamiento del juez. Esta asunción realista encontraría su eco en algunos estudios en política judicial; así, Gibson afirmaba “since there is no ‘true’ or ‘objective’ meaning to constitutional phrases like ‘due process of law’ judges cannot merely follow the law”²⁶. Sin embargo, la relación directa y automática entre las dos dimensiones analizadas, como sostenemos en este apartado, es engañosa, de modo que es posible encontrar combinaciones distintas y contraintuitivas de ambos elementos, tal como mostraremos justo a continuación.

3º. *D~M*. Esta posición haría referencia a quienes manejan un, llamémoslo, “escepticismo cínico”. Las normas tienen un nivel de determinación lo suficientemente elevado como para permitir inferencias válidas pero, pese a ello, no constituyen el *input* determinante de las decisiones judiciales. Como resulta obvio, esta combinación tiene unas implicaciones excepcionales, pues hace referencia a un modelo de comportamiento judicial rayano en la prevaricación:

²⁵ “Bajo la forma lógica yace un juicio sobre la importancia y el valor relativos de justificaciones jurídicas contrapuestas; con frecuencia –es cierto– un juicio inconsciente e inarticulado que es pese a todo la raíz y el nervio mismo del proceso en su conjunto. Siempre se le puede dar a una conclusión un razonamiento lógico. Siempre puede interpretarse que existe una condición en un contrato. ¿Pero por qué se hace esa interpretación? La causa es alguna creencia relativa a la práctica de una comunidad o una clase (...) en suma, una preferencia propia sobre un asunto no susceptible de medición cuantitativa exacta, y por tanto incapaz de fundar una conclusión lógica exacta” [la traducción es mía]. En Holmes, O.W., “The Path of Law”, en *Harvard Law Review*, Vol.10, 1897, disponible en http://constitution.org/lrev/owh/path_law.htm (21.07.2013)

²⁶ “En la medida en que no hay significado ‘objetivo’ o ‘verdadero’ para frases constitucionales como ‘debido proceso’ los jueces no pueden sencillamente seguir la ley” [la traducción es mía]. Gibson, J., “Decision Making in Appellate Courts”, en Gates, J. y Johnson A., *The American Courts: A Critical Assessment*, Washington D.C, Q.C. Press, 1991, p. 258, *apud* Gillman, H., *op. cit.*, p. 472.

magistrados que ignoran deliberadamente las leyes al dictar sentencias, de modo que si sus decisiones son coherentes con aquellas es por pura casualidad. Estaríamos aquí, pues, cerca de la definición misma que García Amado hace de la “arbitrariedad” judicial²⁷. El comportamiento deliberado y dolosamente arbitrario al que apunta esta combinación hace muy difícil que ninguna corriente teórica pueda atreverse a sugerir que la generalidad del comportamiento judicial coincide con la misma. Como estamos viendo, las corrientes que apuntan a la irrelevancia del derecho en el comportamiento judicial achacan este fenómeno a su indeterminación relativa o, todo lo más, eluden juicios acerca de su grado de determinación.

4°. ~DR. La última de nuestras combinaciones incluiría una categoría bastante peculiar. En ella, un entramado normativo con un nivel de indeterminación tan elevado que impide la obtención de inferencias lógicamente válidas sería, pese a todo, principal *input* de las decisiones judiciales. Pese a la aparente contradicción no es, sin embargo, difícil imaginar magistrados escrutando las normas jurídicas en busca de *la solución jurídica* al problema que se les plantea –o al menos, *una solución jurídica*-, tratando de reconstruir mediante herramientas hermenéuticas y densas argumentaciones doctrinales la determinación de la que el ordenamiento siempre careció, convencidos honestamente de que tal es su obligación o, partiendo de una creencia “interna” en el derecho y su objetividad, con independencia de la no existencia de tal. En efecto, es este universo el que plantea mayores dificultades conceptuales y, sin embargo, ¿no resulta acaso verosímil la imagen del buen juez tratando de jugar a ser el Hércules de Dworkin²⁸ pese a las deficiencias inherentes al ordenamiento? Esta es precisamente la anécdota referida por Holmes, ahora irónicamente, cuando afirmaba “I once heard a very eminent judge say that he never let a decisión go, until he was absolutely sure that it was right”²⁹; es este “eminente juez”, visto precisamente por la escéptica mirada de Oliver Wendel Holmes Jr., el que constituye el ejemplo paradigmático de este escenario. Además, esta parece ser en ocasiones la posición del propio Eugen Ehrlich cuando brama contra el encorsetamiento del juez a las prescripciones jurídicas de un ordenamiento (“cadenas técnicas” las llega a denominar)³⁰, por lo demás, indeterminado (“la ausencia de lagunas

²⁷ García Amado, J.A., *op. cit.*

²⁸ Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Bloomsbury, Londres/Nueva York, 1997.

²⁹ “Una vez escuché a un ilustre juez decir que el nunca dictaba una decisión a no ser que estuviera absolutamente seguro de que era la correcta”. Holmes, O.W., *op. cit.*

³⁰ Ehrlich, E., *op. cit.* p.82.

del sistema jurídico nunca fue otra cosa que un simulacro de la técnica jurídica”³¹)³².

La cosa se complica aún más si aceptamos que estas dicotomías pueden ser útiles a efectos explicativos, pero que resultan maniqueas en un análisis más detenido. Por lo que se refiere a la indeterminación de la norma jurídica, nadie discute hoy en la academia su carácter, al menos, parcialmente indeterminado, cuando los propios Hart³³ y Kelsen³⁴ concedieron ya en su momento, cada uno a su manera, la existencia de una zona de grises en la interpretación judicial. Aunque debemos pedir al lector que retenga estas categorías, pues trabajaremos con ellas para completar nuestra explicación, también debemos pedirle que tenga la habilidad de acompañarnos cuando nos apartemos de esta descripción estereotipada en sentido binario del mundo jurídico. La distinción entre estas dos dimensiones, su dicotomización, y el análisis de las distintas combinaciones de las mismas es, sin embargo, enormemente útil para comprender las implicaciones de la preterición de las normas jurídicas en los análisis empíricos sobre tribunales, tal como a continuación veremos.

3. “*Taking rules seriously*”. La indeterminación de las normas como problema metodológico.

En realidad, tanto formalistas y positivistas como realistas y sociopolíticos podrían estar de acuerdo en una aseveración genérica del tipo “el derecho es relativamente indeterminado”, lo cual a su vez es un reconocimiento tácito de que también es, por tanto, “relativamente determinado”, aunque no pudieran ponerse de acuerdo en el grado de (in)determinación. Sin embargo, un realista diría que la perspectiva formal-positivista pone el acento en la determinación relativa del derecho debido a un sesgo teórico; pero, devolviendo la acusación, ¿acaso no

³¹ Ehrlich, E., *op. cit.* p. 62.

³² La complejidad del pensamiento de Ehrlich, por lo demás, sobrepasa notablemente la simplicidad de nuestra taxonomía. Quizá porque el propio teórico probablemente no se planteara de manera explícita el problema en que aquí nos centramos, lo cierto es que su discurso encierra ciertas ambigüedades a este respecto. Así, junto a los pasajes citados, el propio Ehrlich reconoce el valor del “sentido y tenor literal de una norma jurídica” como “una de las diversas fuerzas que actúan sobre el juez (...) pero no la única” (el énfasis es del autor). Ehrlich, E., *op. cit.* p.84. Por lo demás, se aprecia una cierta tensión en su pensamiento, que de una parte crítica la vinculación del juez a unas prescripciones jurídicas que no necesariamente tienen porqué coincidir con el *derecho vivo*, mientras al mismo tiempo afirma la indeterminación del derecho y la inevitable creación judicial que de él se deriva.

³³ Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Nueva York, 1997[1961]

³⁴ Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, Trotta, Madrid, 2011

estará también al servicio de un sesgo teórico el acento que ponen los enfoques sociopolíticos en su indeterminación relativa? Mi respuesta es que no, o al menos que no solo; la enfática adjetivación del derecho como “indeterminado” que hacen los enfoques sociopolíticos del derecho puede en efecto proceder de una asunción teórica, pero también podría ocultar, más allá de esto, una debilidad metodológica y un problema epistemológico.

En el apartado anterior, defendí que es necesario distinguir conceptualmente dos problemas, el de la indeterminación de la norma jurídica y el de su utilización por los tribunales como materia prima de su decisión; ambos son problemas que deben ocupar a los estudiosos del mundo jurídico, cualquiera que sea la perspectiva desde la que lo aborden, pero son dos problemas diferentes. Aclarada esta cuestión, problematizaré mi argumento atendiendo exclusivamente a los estudios “sociopolíticos” de la decisión judicial –tengo en mente, sobre todo, a los estudios en política judicial-, e intentaré mostrar que la preterición de las normas jurídicas en el estudio del comportamiento judicial da lugar a una serie de paradojas sobre las que los estudios empíricos harían bien en reflexionar.

Centrémonos ahora en la cuestión de la determinación/indeterminación del derecho. Aceptemos como premisa que no sabemos si el derecho es determinado o no, pero que queremos explorar ambas posibilidades y ver qué cómo se relacionan con ellas los estudios sociopolíticos empíricos. Comencemos por la primera opción, la de la indeterminación. En las casillas 2 y 4 de nuestro diagrama el derecho era ontológicamente indeterminado, pero a partir de ahí cabría la posibilidad de que no motivase el comportamiento judicial tal como afirman realistas y sociopolíticos (casilla 2, $\sim D \sim M$), o que sí que lo hiciera pese a todo, tal como podría afirmar un post-positivista (casilla 4, $\sim DM$). En ambos casos las normas eran consideradas objetos inasibles, estructuralmente abiertos a la interpretación, con independencia del empeño o interés que el juzgador pusiera en aplicarlas. Si el derecho fuera tal, sería fácil concluir que es metodológicamente imposible tratarlo como un hecho empírico, susceptible de ser transformado en una variable y mucho menos de ser cuantificado: no puede ser aprehendido, medido, pesado –la esencia misma del método científico- algo que es tan vaporoso o, en el peor de los casos, directamente ilusorio. No podría, dicho más claramente, ser “introducido como variable en un modelo”. Podría pensarse que, entonces, sería lógico que los enfoques sociopolíticos empíricos ignorasen las normas jurídicas como variable, por la sencilla razón de que no es posible hacer otra cosa con ellas. Sin embargo, las cosas no son tan fáciles. Los enfoques post-positivistas han insistido en que con independencia de su nivel de determinación el derecho importa en el comportamiento judicial, en la medida en que los juzgadores tratan de obtener de él pau-

tas de comportamiento³⁵. Cualquier teoría de la decisión judicial que se precie debería tomarse esta aseveración en serio y tratar de averiguar si es cierta o no, es decir, averiguar si nos encontramos en el caso de la casilla 2 o de la 4, diferencia que tiene implicaciones de enorme relevancia teórica y que, salvo excepciones³⁶, los estudios empíricos parecen obviar.

La cuestión es, sin embargo, que debido a un problema metodológico los estudios en política judicial al uso *no pueden* decidir si nos encontramos en el caso de la casilla 2 o 4, y tanto no pueden dar respuesta a este interrogante central a cualquier teoría del comportamiento judicial. Explicaremos por qué. Supongamos, por un momento, la hipótesis de que las normas jurídicas motivan la decisión judicial; falsar empíricamente dicha hipótesis requeriría observar las decisiones judiciales y contrastar que, a la manera silogística, coinciden con los dictados del derecho, y que del mismo modo al cambiar las normas jurídicas las decisiones judiciales cambian también, siguiendo un patrón más o menos regular: el “ordenamiento” es aquí en efecto la variable independiente que explica la variación en la variable dependiente “decisiones judiciales”. Sin embargo, hasta ahora habíamos asumido que el derecho era esencialmente indeterminado. Ahora, volviendo a nuestra hipótesis anterior, ocurre que el científico social se sitúa ante esta indeterminación del derecho como ante un abismo insondable, por la sencilla razón de que la validez de un modelo científico-social depende de su capacidad para observar hechos sociales determinados, y no “construidos” por el propio investigador a través de su interpretación. Esto es, si el derecho es indeterminado no puede construirse ni operacionalizarse con él una “variable independiente”. El derecho se vuelve así, efectivamente, inaprehensible: para contrastar su hipótesis el científico debe poder concretar, operacionalizar, su variable independiente “derecho”, y para ello tiene dos opciones. La primera opción es hacer su propia interpretación para determinar cuál de los múltiples posibles significados del derecho es el que concretamente debe ser tenido en cuenta para construir la variable independiente “derecho”³⁷. La segunda

³⁵ Este sería, por lo demás, el argumento principal de las corrientes jurídicas “post-positivistas”, según la definición que de ella se hace en Gillman, H., *op. cit.*

³⁶ Cuestión enunciada como “role orientation” y abordada en sólo unos pocos estudios empíricos. Vid. Tamanaha, B., *op. cit.*, p 211 y ss.

³⁷ Tomemos el ejemplo al que hace referencia García Amado para distinguir los casos fáciles de los difíciles (v. García Amado, *op. cit.*, p.152): la consideración como delito del robo usando armas. La pregunta es ¿sería delito según esta norma el robo usando un palo o un puñal de juguete con apariencia real? En términos técnicos y de diseño científico-social, para construir una variable independiente dicotómica el investigador debería atribuir al caso el valor “1” si es delito o “0” si no es delito. Pero la decisión sobre el valor 1 o 0 que toma la variable en este caso de uso de un arma de juguete corresponde al investigador. Y la única forma de adoptar una decisión al respecto es recurrir a la interpretación doctrinal, siguiendo los criterios hermenéuticos al uso, con las consecuencias que se indicarán a continuación.

opción es confiar en la interpretación más autorizada del derecho que hace el propio tribunal. Pero en ambos casos, la investigación empírica está en un callejón sin salida: en el primero de ellos, porque al hacer su propia interpretación del derecho el científico desciende desde el nivel de la ciencia social —que *observa* hechos— al de la dogmática jurídica —que *interpreta* o *imputa significados* a las normas—, de manera que ya no podrá sostener más que está haciendo una aproximación empírica, positivista y científico-social al derecho. En el segundo caso, porque el absurdo lógico es evidente por sí mismo: si tomamos por derecho aquello que los tribunales interpretan retroactivamente que el derecho es, por supuesto, sus decisiones estarán siempre, por definición, en consonancia con el mismo; en términos científicos, esto es un problema de endogeneidad. Este es, pues, el problema.

Hemos observado, pues, que asumiendo la tesis de la indeterminación del derecho los estudios sociopolíticos empíricos sobre comportamiento judicial se topan con una seria dificultad, por motivos metodológicos, para comprender una importante dimensión de su objeto de estudio. Asumamos ahora la premisa contraria, que el derecho es determinado, para explorarla. Los casos de las casillas 1 y 3 nos sitúan ante un problema distinto pero igualmente enjundioso. En este caso, el derecho tiene un grado de determinación lo suficientemente alto como para permitir que el juzgador lo tome en consideración a la hora de dictar sentencia, con independencia de si lo hace (casilla 1, “DM”) o no (casilla 3, “D~M”). Los escenarios de estas casillas, pues, ofrecen una cierta esperanza: si el derecho es en ellas lo bastante determinado como para poder motivar el comportamiento judicial, entonces tal vez también sea lo bastante determinado como para poder ser capturado por los diseños de investigación científico-sociales; de lo que se trataría es de buscar estrategias imaginativas para hacerlo. Pero esto sitúa a los estudios en política judicial ante un desafío: si este grupo de estudios quiere seguir afirmando que “el derecho no motiva las decisiones judiciales” debe mostrarlo empíricamente, tal como hace con el resto de sus hipótesis de trabajo, pues debido a su suficiente determinación sí que *pueden* hacerlo. Precisamente porque este grupo de estudios tienen pretensión de cientificidad, no pueden permitirse el lujo de partir de semejante postulado teórico —la irrelevancia de la norma jurídica— sin haberlo testado empíricamente.

Concluamos nuestro razonamiento. Hasta ahora visto primero los problemas con que topan los estudios sociopolíticos empíricos asumiendo como premisa la tesis de la indeterminación del derecho, y a continuación hemos visto los problemas a que se enfrentan estos estudios asumiendo la tesis contraria, la de la determinación. Ocurre, sin embargo, que como hemos comentado más arriba ambas premisas son probablemente erróneas, precisamente por su generalidad. Lo más correcto es plantear que el derecho tiene diferentes grados de determinación según el contexto, que existen de un lado reglas muy deter-

minadas y de otro lado principios muy abiertos. En general por su naturaleza, a los científicos sociales les será difícil “operacionalizar” el derecho, aunque en algunos casos lo tendrán más complicado que en otros. Sin embargo, debe quedar claro que el problema, que es puramente técnico, no puede ser trasladado desde el plano metodológico que le es propio hasta el plano teórico. Si las ciencias sociales no son capaces de trabajar con “el derecho”, entonces, deberán reconocer su limitación³⁸; lo que no deberán hacer es presuponer que el problema se sitúa en el objeto, en lugar de en la técnica, negando sin previa demostración empírica el papel del derecho en el comportamiento judicial. Si esto ocurre –y me atrevería a decir que, en muchos casos, ocurre si quiera veladamente–, entonces, el universo de reflexión teórica está siendo limitado ilegítimamente. Los hallazgos de los estudios empíricos sobre los procesos decisionales de los tribunales limitarían su validez al supuesto, no demostrado, de que el universo descrito por la casilla número 4 coincida con la que ocurre en la realidad empírica; en cualquier otro caso, al esclarecer una parcela de la realidad estarían distorsionando y oscureciendo otra igualmente importante. Lo que es más, los universos descritos por las otras tres casillas resultarían impenetrables a cualquier análisis sociopolítico del derecho y a cualquier teoría derivada del mismo, dado los sesgos teóricos y metodológicos de los que adolecen estos estudios. Reconociendo sus limitaciones, sin embargo, estos estudios pueden ser muy útiles; el campo de la política judicial, en concreto, ya ha mostrado evidencia empírica acerca de la importancia de las preferencias ideológicas de los magistrados o del papel de las instituciones en el comportamiento judicial, cuestiones estas que el análisis doctrinal clásico había oscurecido, cuando no ocultado. Si los estudios sociopolíticos del comportamiento judicial elaborasen estrategias metodológicas, técnicas y de diseño de investigación para integrar el derecho –de una forma si quiera parcial, modesta– en sus modelos, estarían probablemente en el camino hacia una teoría comprensiva sobre el comportamiento judicial.

4. Así que, ¿el derecho importa? ¿y por qué deberíamos preocuparnos?

Hace casi cuatro décadas, cuando los estudios politológicos empíricos sobre tribunales –en su versión, digamos, “moderna”– comenzaron a tomar cuerpo y a ser tomados en serio, uno de los fundadores de la disciplina, el profesor Martin Shapiro, hacía una cierta concesión a los juristas académicos. Al campo que

³⁸ Como afirma Gillman: “desde el otro lado [los académicos “legalistas”] se puede pensar que solo porque algo no pueda ser capturado por los conductistas no significa que no exista”. En Gillman, H., *op. cit.*, pp. 484-485.

en aquél momento venía a denominarse “Political Jurisprudence” —en expresión acuñada por el propio Shapiro— se le acusaba de parcialidad, ya que consideraba “courts and judges to the almost total exclusion of the law”³⁹; Shapiro, que reprodujo esta crítica en su escrito, concedió en parte su contenido, aunque se apresuró a recordar dos cuestiones: de un lado, que por más que Political Jurisprudence fuera una “jurisprudence” parcial, no era incompatible con el resto de aproximaciones; de otro lado, y probablemente más importante aún, reconvenía frente a los juristas académicos, a los que devolvía la crítica: “If political jurisprudence is not complete and all-encompassing, it is in good company”⁴⁰.

En fechas recientes, Arthur Dyevre volvía a constatar la parcialidad de ambas corrientes, a los que acertadamente denominó respectivamente enfoques formal-positivista y sociopolítico de la decisión judicial. Sólo que el transcurso de los años no sólo no parecía haber contribuido a aportar soluciones al problema, sino más bien a su cristalización: “the proposition of a socio-political theory cannot falsify the proposition of a legal positivist theory. And vice-versa”⁴¹. Dyèvre tenía razón en lo esencial. Según Tamanaha habían existido, es cierto, unos pocos estudios utilizando lo que él denominó “integrative approaches”⁴², pero pese a su enorme valor teórico no parece que constituyan más que una anécdota en el seno del campo expansivo de los análisis sociopolíticos del derecho. La existencia de dichos pocos trabajos⁴³, sin embargo, hace que resulte aún más llamativa la relativa indiferencia con que se acepta este abismo que separa a los científicos sociales y a los juristas por lo que se refiere al estudio del comportamiento judicial. Sus implicaciones, si se lo mira con detenimiento, son de enorme relevancia; por lo pronto, condena al fracaso cualquier verdadera teoría transdisciplinar de la decisión judicial, al condenar a la mutua ignorancia las esferas de saber que estudian el comportamiento judicial desde las normas, de un lado, y desde los factores sociopolíticos, de otro; cuestión ésta que puede in-

³⁹ “A los tribunales y los jueces con una casi total exclusión del derecho” [la traducción es mía]. Shapiro, M., *op. cit.*, p. 37.

⁴⁰ “si la teoría política del derecho es incompleta y no es omnicompreensiva, no es la única” [la traducción es mía]. Shapiro, M., *op. cit.*, p. 37.

⁴¹ “La aseveración de una teoría sociopolítica no puede falsar la aseveración de una teoría jurídica positivista. Y viceversa” [la traducción es mía]. Dyèvre, A., *op. cit.*, p.44

⁴² Tamanaha, B., *op. cit.*, p. 211.

⁴³ Segal, J. A., “Predicting Supreme Court Cases Probabilistically: The Search and Seizure Cases, 1962-1981”, en *American Political Science Review*, Vol. 78, 1984, pp. 891-900; Brace, P., y Hall, M.G., “Studying Courts Comparatively: The View From the American States”, en *Political Research Quarterly* Vol. 48, 1995, pp. 5-29; Songer, D.R., y Haire, S., “Integrating Alternative Approaches to the Study of Judicial Voting: Obscenity Cases in the U.S. Court of Appeals”, en *American Journal of Political Science*, Vol. 36, 1992, pp. 963-982.

cluso resultar cómoda a académicos de uno u otro signo, pero que hace un pobre favor a nuestra más correcta comprensión de la realidad judicial. Por añadidura, y esto es un juicio subjetivo pero que –creo- podrá ser fácilmente compartido, implica la preterición del que debería ser el problema central de cualquier teoría de la decisión judicial: el del papel de las normas jurídicas en los procesos decisionales de los tribunales, en el marco de unas sociedades que reclaman para sí el título de “Estados de Derecho”.

El desarrollo de una metodología que permitiera contrastar la desviación respecto de la lógica jurídica de las decisiones judiciales, desde una perspectiva empírica, permitiría resolver la cuestión que está en el núcleo mismo de la teoría de la decisión judicial. De esta manera, además, los enfoques sociopolíticos y los enfoques formal-positivistas de la decisión conseguirían una victoria, cada uno en su respectivo terreno: los planteamientos empiristas vencerían en el plano metodológico, al conseguir integrar a las categorías jurídicas como una más de sus variables en los modelos –usualmente, matemáticos- que desarrollan; por su parte, los enfoques formales normativistas, conseguirían una victoria sustantiva, en la medida en que fuera posible demostrar que, efectivamente, después de todo, las normas cuentan, que el derecho sí importa –siempre y cuando, claro, esto resultara ser cierto-. Sin embargo, el mero planteamiento del desarrollo de una metodología tal implica una paradoja. Si con herramientas científico-sociales se pudiera desarrollar una metodología capaz de *determinar* cuál es la solución jurídica al problema planteado, entonces, seríamos capaces de, al fin, saber qué proporción de juridicidad y qué grado de desviación respecto a lo jurídico hay en las decisiones judiciales; pero, precisamente por ello, la actividad jurisdiccional como tal habría dejado de tener sentido. Desarrollada la máquina silogística con la que hubieran podido soñar los juristas de la época napoleónica, ¿qué sentido tendría mantener un anacronismo del tipo de la judicatura moderna? Esta es la gran paradoja de las aproximaciones sociopolíticas al proceso de decisión judicial: su victoria definitiva, la conquista y aprehensión de la última frontera de su objeto de estudio, significaría a un tiempo y precisamente por ello la extinción de su objeto de estudio como tal. Pero que nadie se inquiete: la máquina silogística no está aún a la vista, ni probablemente lo esté por largo tiempo.

Hasta hoy, pues, las estrategias han sido parciales. Algunos científicos han tratado de estudiar el valor del precedente⁴⁴ sobre todo en los sistemas del “com-

⁴⁴ Lax, J., y Rader, K. T., “Legal Constraints in Supreme Court Decision Making: Do Jurisprudential Regimes Exist?”, en *The Journal of Politics*, Vol. 72, n.º. 2, 2010, pp. 273-284; Richards, M. J. y Kritzer, H. M., “Jurisprudential Regimes in the Supreme Court Decision Making”, en *American Political Science Review* Vol. 96, N.2, 2002, pp. 305-320.

mon law”; la cuestión es más compleja, si cabe, respecto a los países del “civil law”, en los que la problemática se orienta de manera más directa hacia la norma. Cuando la juridicidad de una decisión sólo puede valorarse por referencia a un complejo entramado normativo, no podemos contentarnos más que con tentativas limitadas de integrar lo jurídico en los modelos de comportamiento judicial. Aún así, en las aproximaciones realistas y empíricas a la decisión judicial, la cobertura parcial de la variable jurídica es mejor que nada. Recientemente, Nourse y Shaffer advertían en un fenomenal artículo acerca de los peligros que se ciernen sobre lo que genéricamente comienza ya a conocerse como el campo del “New Legal Realism” y, concretamente, advertían de la necesidad de superar la escisión derecho-política y de construir “teorías mediadoras”: “*theory that does not simply seek to explain law through the eyes of another discipline. Rather, mediating theory mediates between the strong assumptions of self-referential disciplinarity—that only politics (or psychology) counts or only law counts—and seeks to account for both: that is, in terms of how law and politics (or psychology) interact*”⁴⁵. Pese a la dificultad que entraña, la búsqueda de estrategias de este tipo es muy recomendable y exige del investigador una cierta imaginación a la hora de enfrentar el problema.

5. *¿Hacia una teoría transdisciplinar de la decisión judicial?* *Algunas conclusiones finales*

Bien sea por sus limitaciones técnicas y metodológicas, bien por sus asunciones teóricas, los estudios empíricos sobre la actividad judicial han pasado por alto la necesidad de analizar el papel de las normas jurídicas en el comportamiento judicial. La cuestión, sin embargo, no es menor. En muchos casos las normas jurídicas pueden ser la variable explicativa de —por volver sobre la jerga científico-social— “el *R cuadrado* que falta” o, peor aún, parte del ob-

⁴⁵ “...teoría que no solo intenta explicar el derecho a través de las lentes de otra disciplina. Mejor aún, la teoría mediadora media entre las más asunciones más fuertes de auto-referencialidad disciplinar —que solo la política (o la psicología) cuenta, o que solo cuenta el derecho —y trata de tomar ambas en consideración: esto es, en términos de cómo el derecho y la política (o la psicología) interaccionan” [la traducción es mía]. Nourse, V., y Shaffer, R., “Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory?”, en *Cornell Law Review*, Vol. 95, 2011, pp. 61-138, en p.120.

⁴⁶ Los estudios empíricos sobre decisiones judiciales suelen utilizar técnicas de “regresión multivariada”, en las que el coeficiente “R cuadrado” viene a indicar la proporción de variabilidad en la variable dependiente —decisiones judiciales— que queda explicada a través del modelo formado por el conjunto de variables independientes utilizadas —edad de los Magistrados, orden jurisdiccional al que pertenecen o preferencias políticas, por poner unos ejemplos—.

tenido⁴⁶. Dependiendo del número de observaciones utilizadas y de la naturaleza del objeto del estudio, dicha proporción puede llegar a ser desconcertantemente alta.

La inclusión de factores explicativos de tipo normativo puede suponer un salto cualitativo en los estudios sobre comportamiento judicial, abriendo la perspectiva de una radicalmente nueva Teoría de la Decisión Judicial de tipo transdisciplinar. Hace casi un siglo, Hans Kelsen, en su Teoría Pura del Derecho, trataba de dibujar la escisión entre su propia teoría del derecho y el ámbito de la Sociología Jurídica utilizando el siguiente argumento:

“el conocimiento sociológico-jurídico no tiene que ver con las normas de derecho, entendidas como específicos contenidos de sentido, sino con ciertos eventos totalmente aparte de cualesquiera normas a las que se reconozca o presuponga validez (...) Se pregunta de qué modo influyen de hecho en la actividad judicial los diversos hechos económicos o las distintas creencias religiosas (...) Desde esta perspectiva el derecho se muestra como un acontecimiento fáctico (perteneciente al ser), como un hecho que tiene lugar en la conciencia de los que crean las normas (...) No es, pues, el derecho en sí mismo el que es objeto de conocimiento, sino ciertos fenómenos paralelos que se dan en la naturaleza”⁴⁷

Este es, sin duda, el desafío al que nos enfrentamos: la de la radical separación entre análisis sociopolíticos del derecho y doctrina jurídica. El empeño de los primeros no podrá ser otro que el de tratar de desmentir la aseveración de Kelsen, al menos en lo que se refiere a la primera parte del pasaje señalado: hacer que no sea cierto que el conocimiento sociojurídico se base en eventos “aparte” de cualesquiera normas jurídicas, integrar a estas últimas en los estudios del comportamiento judicial. Desde una perspectiva normativa, en el marco de una sociedad democrática que se dice gobernada por el derecho, nada es tan necesario, tan útil ni tan urgente, en lo tocante a la comprensión del comportamiento judicial, como tratar de entender si el derecho es o no, después de todo, el fundamento último de la adjudicación.

⁴⁷ Kelsen, H., *op.cit.*, p.47.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Barnes, J., “Brining the Courts Back In: Interbranch Perspectives on the Courts in American Politics and Policy Making”, en *Annual Review of Political Science*, Vol.10, 2007, pp.25-43.
- Brace, P., y Hall, M.G., “Studying Courts Comparatively: The View From the American States”, en *Political Research Quarterly* Vol. 48, 1995, pp. 5-29.
- Castillo, P. “La política judicial del Tribunal Constitucional en los procesos de ratificación de tratados de la Unión Europea: aproximación desde un nuevo realismo jurídico”, en *Revista de Estudios Políticos* 159, 2013, pp. 107-138.
- Dahl, R., “Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker”, en *Journal of Public Law* Vol. 6, 1957, pp. 279-295.
- Dyèvre, A., “Making Sense of Judicial Lawmaking: a Theory of Theories of Adjudication”, *EUI Working Papers 2008/9*, 2008, disponible en http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/8510/MWP_2008_09.pdf?sequence=1 (03.06.2013)
- Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Bloomsbury, Londres/Nueva York, 1997.
- Epstein, L. y Knight, J., “Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, a Look Ahead”, en *Political Research Quarterly*, Vol.53, n°.3, 2000, pp.625-661.
- García Amado, J.A., “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, en *Isegoría*, N°35, pp.151-177.
- Garoupa, N., Gomez-Pomar, F. y Gil Saldaña, M., “Political Influence and Career Judges: An Empirical Analysis of Administrative review by the Spanish Supreme Court”, 2001, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1877083 (24.10.2012).
- Garoupa, N., Gómez-Pomar F. y Grembi, V. “Judging under Political Pressure: An Empirical Analysis of Constitutional Review Voting in the Spanish Constitutional Court”, en *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 29, n°. 3, 2013, pp. 513-534.
- Gibson, J., “Decision Making in Appellate Courts”, en Gates, J. y Johnson A., *The American Courts: A Critical Assessment*, Washington D.C, Q.C. Press, 1991, p. 258.
- Gillman, H., “What’s Law Got to Do with It- Judicial Behavioralists Test the Legal Model of Judicial Decision Making”, en *Law and Social Inquiry*, Vol.26, n° 2, 2006, pp. 468-469.
- Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Nueva York, 1997[1961].
- Hierro, L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Iustel: Biblioteca Jurídica Básica, Madrid, 2009.
- Holmes, O.W., “The Path of Law”, en *Harvard Law Review*, Vol.10, 1897, disponible en http://constitution.org/lrev/owh/path_law.htm (21.07.2013).

- Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, Trotta, Madrid, 2011.
- Lax, J., y Rader, K. T., “Legal Constraints in Supreme Court Decision Making: Do Jurisprudential Regimes Exist?”, en *The Journal of Politics*, Vol. 72, n° 2, 2010, pp. 273-284.
- Leitner, B., “American Legal Realism”, en *The University of Texas School of Law-Public Law and Legal Theory Research Paper* No.042, 2002.
- Magalhães, P., “The Limits to Judicialization: Legislative Politics and Constitutional Review in Iberian Democracies”, 2003, (Tesis doctoral no publicada).
- Muñoz de Baena, S., “El lugar de Ehrlich en el debate sobre la ciencia jurídica”, en Ehrlich, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 35.
- Murphy, W., *Elements of Judicial Strategy*, University of Chicago Press, Chicago, 1964
- Nourse, V., y Shaffer, R., “Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory?”, en *Cornell Law Review*, Vol. 95, 2011, pp. 61-138.
- Pritchett, H., *The Roosevelt court*, Macmillan, Nueva York, 1948.
- Redher, B., “What is Political about Jurisprudence? Courts, Politics, and Political Science in Europe and the United States”, *MPIfG Discussion Paper*, Max Planck Institute for the Study of Society, Cologne (Germany), 2007.
- Richards, M. J. y Kritzer, H. M., “Jurisprudential Regimes in the Supreme Court Decision Making”, en *American Political Science Review* Vol. 96, N.2, 2002, pp. 305-320.
- Segal, J. A., “Predicting Supreme Court Cases Probabilistically: The Search and Seizure Cases, 1962-1981”, en *American Political Science Review*, Vol. 78, 1984, pp. 891-900.
- Schuber, G. “The study of judicial decision-making as an aspect of political behavior”, en *American Political Science Review* Vol.52, n° 4, 1958 pp. 1007-1025.
- Shapiro, M., “Political Jurisprudence”, en Shapiro M., y Stone Sweet, A., *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford U.P., Oxford, 2002.
- Songer, D.R., y Haire, S., “Integrating Alternative Approaches to the Study of Judicial Voting: Obscenity Cases in the U.S. Court of Appeals”, en *American Journal of Political Science*, Vol. 36, 1992, pp. 963-982.
- Tamanaha, B., *Realistic Socio-Legal Theory*, Oxford University Press, New York, 1997.
- Ulmer, S., “Toward a theory of sub-group formation in the United States Supreme Court”, en *The Journal of Politics* Vol. 27, n°.1, 1965, pp. 133-152.
- Vines, K.N., “The Judicial Role in the American States”, en Grossman, J.B., y Tenenhaus, J. (eds.) *Frontiers of Judicial Research*, J. Wiley, Nueva York, 1996, 461-485.
- Weber, M., *Sociología del Derecho*, Comares, Granada, 2001.
- Whittington, K., “Once More Unto the Breach: PostBehavioralist Approaches to Judicial Politics”, en *Law and Social Inquiry* Vol. 25, n° 2, 2000, pp. 601-634.
- Wold, J.T., “Political Orientations, Social Backgrounds, and Role Perceptions of State Supreme Court Judges”, en *Western Political Quarterly* Vol. 27, 1974, pp. 239-48.