

# ARGUMENTOS Y OBSERVACIONES: DE CRÍTICAS INTERNAS Y EXTERNAS A LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL\*

---

*Andreas Schedler\*\**

**T**al vez el ideal moderno de democracia constitucional tenga su “mejor símbolo” en la figura del “juez imparcial” (Zakaria 1997: 27). En buena medida, la responsabilidad por la legalidad democrático-liberal descansa en los hombros de administradores imparciales y profesionales de la ley. Pero, ¿cómo sabemos si nuestros jueces realmente actúan de una manera imparcial? ¿Cómo sabemos que llegan a sus decisiones con base en la ley y nada más a la ley? El problema de la aplicación imparcial de las leyes está en el centro de la rendición de cuentas en el ámbito judicial. En ciertos momentos y lugares, es un problema que nadie plantea. A veces confiamos en nuestros jueces y no cuestionamos ni su integridad ni su competencia. Otras veces, las normas jurídicas son lo suficientemente claras y sencillas como para obviar las dudas acerca de su observación; para todos resulta evidente si los actores se ajustan a ellas o las violan. Sin embargo, en el momento en que empezamos a preguntarnos acerca de los fundamentos legales de las decisiones judiciales, en el momento en que empezamos a dudar de la imparcialidad de los actores judiciales, nos adentramos en un terreno complejo, disputado y frustrante.

## 1. Diálogos de sordos

Si a veces en las democracias constitucionales establecidas surgen controversias en torno a la conducta imparcial de los funcionarios públicos, esas discusiones son endémicas en las nuevas democracias y en

\* Traducción del inglés por Laura Manríquez.

Nota: En su versión en Inglés, el texto se publicó bajo el título “Arguing and Observing: Internal and External Critiques of Judicial Accountability” en el *Journal of Political Philosophy* 12/3 (Septiembre 2004), pp. 245-65. Agradecemos a Blackwell Publishing, Oxford, UK, el amable permiso de traducirlo al castellano. Muchas gracias también a Karina Ansolabehere, Henry Brady, Daniel Brinks, Robert Goodin, Jonathan Hartlyn, Charles Kenney, Martin Schürz, Cindy Skach, Jay Verkuilen y Jennifer Widner, por sus comentarios a versiones previas de este artículo.

\*\* Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE), México

los regímenes en transición. En los países donde apenas ha comenzado el largo camino hacia la construcción de un Estado democrático de derecho, los debates sobre la imparcialidad tienden a ocupar el primer plano de la política. El debate público, las campañas electorales, los escándalos en los medios de comunicación, las propuestas de reforma legal, las iniciativas cívicas y las protestas callejeras muchas veces giran en torno a problemas de integridad e imparcialidad públicas. En tales situaciones de endeble legalidad, la intrusión del dinero, el poder y el particularismo en los tribunales y las burocracias no pertenece a un lejano pasado histórico, sino que se encuentra en el centro de luchas contemporáneas por la democratización, la construcción del Estado y la institucionalización de los sistemas jurídicos.

La exigencia aparentemente simple de que los nuevos Estados democráticos establezcan “el imperio de la ley, no el de los hombres” tiende a subestimar el hecho de que en disputas concretas las exigencias de la ley frecuentemente son oscuras, complejas y controvertidas. Responsabilizar a los funcionarios públicos de la observancia imparcial de las normas formales tiende a ser una empresa complicada, polémica y frustrante. Como este artículo sostiene, la naturaleza controvertida y no concluyente que a menudo caracteriza la rendición de cuentas en el ámbito judicial surge de la naturaleza dual de las controversias que tiende a generar.

Comúnmente, los críticos del derecho adoptan o bien una perspectiva “interna” y evalúan las razones normativas que fundamentan las decisiones judiciales; o bien adoptan una perspectiva “externa” y estudian los correlatos empíricos que acompañan las resoluciones judiciales (como la ideología personal del juez, el estatus social de la parte perdedora, y los recursos materiales de la parte vencedora). Los críticos con un enfoque interno preguntan si las decisiones legales son correctas o incorrectas. Los críticos con un enfoque externo se preguntan si revelan un sesgo sistemático en favor de una u otra de las partes en conflicto. La perspectiva interna sigue lo que llamaré la lógica del razonamiento o de la argumentación: la examinación de argumentos legales. La perspectiva externa se basa en lo que llamaré la lógica de la asociación o de la covariación: la búsqueda de circunstancias extralegales que covaríen con las decisiones judiciales.

Los actores que desarrollan modos argumentativos de crítica legal (el punto de vista interno) y aquellos que prosiguen modos asociativos de análisis legal (el punto de vista externo) no suelen hablarse, más bien

se ignoran y pasan de largo. Participan en diálogos de sordos, en disputas basadas en tesis inconmensurables, sin una base común para evaluar sus méritos relativos. En consecuencia, en lugar de ejercicios de deliberación racional, las discusiones sobre la imparcialidad suelen parecer ejercicios de competencia política. Dos ejemplos tomados del campo de la gobernación electoral pueden ilustrar el choque común que se da entre estos dos enfoques opuestos de rendición de cuentas en el ámbito judicial.

El primero se refiere al intenso litigio postelectoral que siguió a la contienda presidencial de 2000 en Estados Unidos provocó toneladas de comentarios de índole legal que reflexionaban sobre lo apropiado, desde un punto de vista jurídico, de las decisiones tomadas y las justificaciones ofrecidas por los actores involucrados, incluyendo a candidatos, abogados, mesas directivas de casillas, secretarios de Estado, tribunales de primera instancia y tribunales supremos. Sin embargo, invariablemente, todos estos ejercicios de razonamiento jurídico fueron eclipsados por las sospechas políticas. La mayoría de los protagonistas tenían afinidades partidistas discernibles y por lo tanto, eran sospechosos (a los ojos de sus adversarios) de “hacer añicos el imperio de la ley con el fin de sacar ventaja política”.<sup>1</sup> La covariación observada entre sus preferencias partidistas privadas y sus decisiones públicas sirvió para desacreditar cualesquiera argumentos legales que pudieran armar. La especulación acerca de los motivos políticos contaminó la evaluación de las razones jurídicas. Entre los casos más notorios estuvieron los de la secretaria de Estado Katherine Harris, el Tribunal Supremo de Florida y el Tribunal Supremo de Estados Unidos. Todos ellos cayeron víctimas de la lógica de la asociación triunfando sobre la lógica de la argumentación.<sup>2</sup>

Nuestro segundo ejemplo proviene del proceso de democratización mexicano. En el año 2000, el país culminó dos décadas de democratización política. Buena parte de su transición gradual del autoritarismo electoral a la democracia electoral giró en torno a la reformas legales que transformaron el marco institucional de la gobernación electoral.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Los editores, “A Gore Coup d’Etat?”, *The Wall Street Journal* (10 de noviembre de 2000), p. A18.

<sup>2</sup> Una buena compilación plural del debate que acompañaba el litigio postelectoral en los medios impresos es Dionne y Kristol (2001).

<sup>3</sup> Sobre la distinción entre instituciones de competencia electoral e instituciones de gobernación electoral, véase Mozaffar y Schedler (2002).

Volver independientes a los organismos administrativos y judiciales encargados de la gobernación electoral tenía por objeto garantizar que el imperio de la ley prevaleciera en la conducción de las elecciones. Las reformas institucionales tuvieron un gran éxito. Las nuevas autoridades electorales se han convertido en garantes de la integridad electoral. No obstante, cada vez que resuelven una controversia legal importante, los partidos perdedores tienden a quejarse clamorosamente que se ha cometido una falta y que los cálculos partidistas han pasado por encima de las consideraciones legales. La gobernación electoral en México todavía da testimonio de la “inestabilidad” estructural (Shapiro 1981: 2) de la resolución judicial de conflictos. Los perdedores casi nunca dan crédito a las justificaciones legales planteadas por sus adversarios. Si pierden un pleito legal, no admiten que tal vez hayan presentado mal el caso. Más bien arguyen que las autoridades están al servicio de intereses partidistas, que son presas de sus ideología personal o de interferencias externas.<sup>4</sup>

En ambos casos, el razonamiento legal (el punto de vista interno) y las sospechas políticas (el punto de vista externo) chocan y compiten de manera estéril sin llegar a ninguna conclusión. Los dos puntos de vista implican profundas diferencias metodológicas. Sin embargo, ambos representan perspectivas legítimas que ofrecen apreciaciones válidas, aunque parciales, sobre la toma de decisiones en el ámbito judicial. Si reconocemos sus fortalezas y debilidades relativas, entonces podremos empezar a adoptarlos de maneras que resulten mutuamente esclarecedoras, en lugar de mutuamente descalificadoras.

## 2. La imparcialidad excluyente

La imparcialidad, el núcleo normativo de la rendición de cuentas en el ámbito del derecho, representa un principio fundamental de la sociedad moderna. Representa la base normativa de cualquier concepción de justicia<sup>5</sup> y constituye el principio rector de amplias esferas de la vida

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, Schedler (1999 y 2000). Síntesis analíticas del proceso democratizador de México se encuentran en Schedler (2004) y (2005).

<sup>5</sup> “La imparcialidad como tal no es una concepción de justicia, sino un rasgo necesario de cualquier punto de vista que quiera ser tomado en serio como concepción de justicia” (Elster 1999: 339). Sobre nociones afines, como “neutralidad”, “equidistancia”, “desapego” (*detachment*),

moderna, tanto de la pública como de la privada. El juez, el funcionario público, el policía de tránsito, el periodista, el maestro, el científico, el cura y el árbitro, todos ellos enfrentan la exigencia estricta de tomar sus decisiones profesionales con base en criterios imparciales.<sup>6</sup> El presente estudio no abarca todos los tipos de imparcialidad; dos distinciones analíticas sirven para circunscribir su alcance: (a) la distinción entre instituciones imparciales y actos imparciales; y (b) la distinción entre mediación y arbitraje.

a) Al menos desde la *Teoría de la Justicia* (1971) de John Rawls, el debate político-filosófico sobre la imparcialidad y la equidad (*fairness*) ha girado en torno a cuestiones de diseño institucional. La idea de la “justicia como imparcialidad” (Barry 1995) se ha ocupado de las instituciones imparciales, más que de los actores imparciales. Las instituciones imparciales son éticamente neutrales en la medida en que no discriminan entre concepciones rivales del bien. Los argumentos y las decisiones imparciales son epistémicamente neutrales en la medida en que toman en consideración, de manera equitativa, todos los puntos de vista involucrados en un conflicto. El privilegio que la filosofía política ha otorgado a la imparcialidad ética de las instituciones políticas no implica que los filósofos hayan ignorado la importancia de la “justicia formal” entendida como “la administración imparcial y consistente de las leyes y las instituciones” (Rawls 1971: 58). Sin embargo, en el contexto en el cual se ha desarrollado de manera predominante (de democracias constitucionales bien establecidas) la filosofía política ha podido dar por sentada la conducta imparcial de los funcionarios públicos.<sup>7</sup>

b) Los actos y los argumentos imparciales se basan en la “disposición” genérica de brindar la debida consideración a todos los intereses y todos los argumentos pertinentes, en la disposición de escuchar y tratar a los litigantes con “igual simpatía o empatía” (Solum 1994: 132). Sin embargo, un “tercero” imparcial puede resolver un conflicto de dos

“ecuanimidad” (disinterestedness), “objetividad” y “apertura cognitiva” (open-mindedness), véase Montefiore (1975: parte I). Sobre la neutralidad, véase también Waldron (1993: cap. 7).

<sup>6</sup> Desde luego, la vida moderna también abarca amplias esferas de parcialidad legítima. Como Brian Barry lo formula, “el alcance de la imparcialidad está delimitado” (1995: 15).

<sup>7</sup> John Rawls construyó su *Teoría de la justicia* sobre la suposición explícita de que los tribunales y las burocracias estatales funcionan con integridad profesional: “Imaginemos que [...] las instituciones son administradas imparcial y consistentemente por jueces y otros funcionarios” (Rawls 1971: 58).

maneras alternativas: o adjudica el conflicto aplicando reglas y normas externas que no pueden ser alteradas por las partes en pugna, o media entre las partes tomando como base criterios internos definidos por ellas mismas, esforzándose por reconciliar los intereses en conflicto a través de un arreglo justo. Lo primero se conoce como arbitraje con base en derechos establecidos (*rights arbitration*), lo segundo como arbitraje con base en intereses reconocidos (*interest arbitration*).

El presente ensayo gira en torno a la imparcialidad como principio de acción (en vez de como criterio de diseño institucional) y aborda la aplicación imparcial de reglas (en lugar de la mediación imparcial de intereses). Esta concepción estrecha de la imparcialidad, limitada a acciones y argumentos sujetos a reglas formales, está formada por cuatro componentes básicos. En primer lugar, hay dos partes en conflicto, a quienes llamaremos aquí A y B. La imparcialidad presupone la existencia de adversarios parciales. No tiene cabida en un mundo sin conflictos, sin reivindicaciones incompatibles que precisan de un arreglo pacífico.<sup>8</sup> Los destinatarios prototípicos de las decisiones imparciales son los litigantes en procedimientos contenciosos (*adversary proceedings*) que se llevan ante los tribunales. Las partes A y B, sin embargo, pueden representar a cualquier par de ciudadanos (o clases de ciudadanos) que están sujetos a decisiones vinculantes de parte de agentes judiciales o administrativos. En segundo lugar, hay un tercero a quien las partes apelan para que resuelva el conflicto entre ellos de manera imparcial. Como los jueces son la personificación arquetípica de la resolución de conflictos imparcial en el marco de reglas establecidas, llamaremos a esta parte neutral J, por juez.

En tercer lugar, la imparcialidad como principio de solución de conflictos es más que un juego de argumentación. Se trata de un ejercicio de poder que emite fallos vinculantes (aun cuando admitan la posibilidad de apelación y se revoquen en instancias superiores). En algún momento, J tiene que poner fin a la deliberación y tomar una decisión autoritativa que determine quién tiene derecho a recibir qué. Sus decisiones pueden darse a lo largo de un continuo que permite una distribución intermedia de beneficios entre A y B. Sin embargo, de acuerdo

<sup>8</sup> En un mundo de armonía, la imparcialidad no cumple ningún papel; sin embargo, en un mundo de enemigos en guerra, tampoco tiene ninguna función. Aceptar los juicios imparciales implica renunciar al uso de la fuerza.

con el esquema clásico de los procedimientos contenciosos (que asumimos como marco idealizado en el presente ensayo), su decisión será dicotómica y establecerá claramente perdedores y vencedores.

En cuarto lugar, a diferencia del mediador neutral, el árbitro imparcial no se esfuerza por reconciliar intereses antagónicos, sino por resolver conflictos de interés con base en criterios genéricos preestablecidos. Las normas externas que el juez aplica son específicas del contexto. Las exigencias de imparcialidad dependen del dominio en cuestión. Se espera que los miembros de un jurado premien a los artistas con base en estándares estéticos; que los profesores califiquen a los alumnos con base en su rendimiento escolar; que los dictaminadores científicos evalúen manuscritos con base en criterios de excelencia académica; que los sacerdotes juzguen a sus fieles con base en mandamientos religiosos; y así sucesivamente. En la esfera que aquí nos interesa – el ámbito público de las instituciones administrativas y judiciales – los principios y las reglas legales son los que brindan los estándares de imparcialidad en la toma de decisiones.<sup>9</sup>

Decir entonces que en la esfera pública una “regla debe ser obedecida imparcialmente es decir simplemente que debe ser obedecida fielmente” (Barry 1995: 19). El imperativo imparcial de evitar “distorsiones por sesgo e interés propio” (Rawls 1971: 187) se traduce en el imperativo legal de apegarse a normas formales. Actuar de manera imparcial exige que el servidor público actúe con estricta “fidelidad” (Cass 2001: 4) a la ley y nada más que a la ley. Ninguna otra pasión que no sea la aplicación desapasionada de las normas formales, y ningún otro interés que no sea la búsqueda desinteresada de rectitud legal (*legal correctness*), pueden influir en su juicio.<sup>10</sup>

En la esfera judicial, podemos entonces concebir la imparcialidad como una meta-regla excluyente: la regla de seguir las reglas. Esta regla de exclusión nos exige aplicar las normas legales, haciendo caso omiso de la pasión, el interés y la ideología.<sup>11</sup> De esta manera, la im-

<sup>9</sup> Nuestro modelo de imparcialidad se acerca a lo que Martin Shapiro analiza como el “concepto raíz” de la toma de decisiones judicial. Según él, la idea prototípica de tribunales involucra “(1) un juez independiente que aplica (2) normas jurídicas preexistentes luego de (3) juicios adversarios a fin de lograr (4) una decisión dicotómica” (1981: 1).

<sup>10</sup> Aquí dejo de lado consideraciones pragmáticas, prudenciales y morales que pudieran suavizar las exigencias duras de “la letra de la ley” (véase, por ejemplo, Solum 1994).

<sup>11</sup> Conceptualizar la imparcialidad como una regla de exclusión de segundo orden se parece mucho a la idea, formulada por Joseph Raz, de que las reglas legales operan como “razones

parcialidad entroniza las normas legales como el único móvil legítimo de las decisiones judiciales y excluye todas las demás consideraciones como ilegítimas, como intrusos foráneos que debemos mantener fuera de sus territorios vulnerables. Nuestro lenguaje cotidiano contiene varios conceptos que describen los opuestos de la imparcialidad, como por ejemplo: el prejuicio, el sesgo, la discriminación, la inequidad, el favoritismo, el nepotismo y la corrupción. Todos ellos indican la intrusión ilegítima de criterios extralegales en el juicio legal. Describen decisiones que no están ancladas en reglas universalistas, sino contaminadas por la pasión, la ideología o el interés.<sup>12</sup>

### 3. El filósofo y el detective

Si el imperativo de imparcialidad exige que los funcionarios públicos sigan las reglas y los principios jurídicos, dejando fuera cualquier otra consideración ajena a la ley, ¿cómo sabemos que realmente se están plegando a las exigencias excluyentes de la imparcialidad? ¿De qué modo hemos de juzgar a nuestros jueces? ¿Cómo sabemos que están obedeciendo la ley y nada más que la ley? ¿De qué manera podemos evaluar los argumentos rivales acerca de la integridad y la imparcialidad judiciales? Como argumenta el presente artículo, podemos entender la toma de decisiones judiciales, al igual que muchas discusiones estériles sobre la toma de decisiones judiciales, reintroduciendo y reformulando una vieja distinción analítica: el contraste entre perspectivas internas y externas de la realidad social. Los críticos que adoptan enfoques “internos” monitorean los terrenos legítimos de las decisiones imparciales: sus justificaciones legales. Los críticos que adoptan enfo-

excluyentes de segundo orden” que prohíben considerar razones de primer orden potencialmente opuestas en la toma de decisiones (Raz 1999). En este esquema, la imparcialidad nos daría razones de tercer orden que exigen la aceptación de razones de segundo orden (las reglas), que prohíben la aceptación de razones de primer orden (los intereses y las pasiones).

<sup>12</sup> Nuestra referencia simplificadora al seguimiento de reglas no pretende ignorar ni la naturaleza sistémica del derecho (que opera como sistema de reglas) ni los diversos tipos de reglas y grados de regulación (*ruleness*) que encontramos en los preceptos legales (véase Sunstein 1996: cap. 1). Se entiende que la imparcialidad como regla de seguimiento de reglas no es algo bueno *per se*; será tan buena como lo sean las reglas. La justicia formal, entendida como “la administración imparcial y regular de normas, sean cuales sean, [es] compatible con la injusticia” (Rawls 1971: 236).



ques “externos” estudian sus terrenos excluidos: los motivos extralegales de las decisiones judiciales.

La distinción entre perspectivas internas y externas tiene orígenes honorables, pero ha caído en el olvido en debates metodológicos más recientes. Hace más de cuatro décadas, H.L.A. Hart (1961) la introdujo en el debate jurídico. Cuando adoptamos un punto de vista “interno” –postuló Hart– comprendemos las reglas como “razones” para actuar de cierta forma y para castigar conductas desviadas (89-90). El observador “externo” de la ley, en cambio, es incapaz de dar cuenta del significado normativo de las reglas jurídicas. Incapaz de entender “la manera como funcionan las reglas en cuanto reglas” (90), “se contenta simplemente con registrar las regularidades del comportamiento observable” (89). Veinte años después, Jürgen Habermas (1981) retomó la distinción para explicar la lógica interna de las ciencias sociales. Como los científicos sociales tratan de entender un mundo preconstruido socialmente, están obligados, de manera ineludible, a adoptar la perspectiva interna de participantes virtuales en el mundo social (152-203). El científico social, argumentaba Habermas, no investiga al mundo objetivo de la naturaleza, sino al mundo intersubjetivo de significados sociales. Para entender una realidad que sus objetos de investigación ya entienden por su cuenta (y a su manera), tiene que realizar ejercicios de “doble hermenéutica” para lo cual, ineludiblemente, está obligado a adoptar la perspectiva interna de participantes virtuales en el mundo social (152-203).

Si bien se nutre de estos antecedentes, el presente artículo también reconceptualiza la distinción entre perspectivas internas y externas de manera importante. Abandona la idea de que los observadores externos son algo así como emisarios de Marte que no entienden nada acerca de los sistemas legales. Tanto los críticos internos como los externos son capaces de comprender la naturaleza de las leyes y de la toma de decisiones judiciales. Su diferencia central no es ni epistemológica ni normativa, sino metodológica: se distinguen, fundamentalmente, en sus métodos de análisis empírico. La perspectiva interna evalúa las justificaciones jurídicas en sus propios términos, mientras que la perspectiva externa examina las circunstancias extralegales que rodean a las decisiones judiciales. La primera toma en serio los argumentos legales, mientras que la segunda toma en serio las sospechas de influencias extralegales.

Las diferencias metodológicas entre la crítica interna y la externa son profundas y han dado lugar a la ya antigua bifurcación de los estudios del derecho. El famoso y bien arraigado divorcio entre la teoría legal normativa y el estudio positivo de la política judicial se deriva, en esencia, de una contraposición petrificada de los dos enfoques. Como nuestros dos ejemplos introductorios lo ilustran, los ejercicios prácticos de rendición de cuentas en la esfera judicial tienden a reproducir el mismo clivaje metodológico que polariza la investigación académica. Los críticos de las decisiones judiciales suelen adoptar una u otra perspectiva, o pasar de una a otra sin un reconocimiento explícito de su elección metodológica y sus implicaciones. A menudo esta falta de reflexión metodológica no lleva a un diálogo crítico, sino más bien a la confrontación estéril entre modos contrastantes de la crítica judicial.

Sin embargo, si pensamos la distinción entre la crítica interna y la externa como una contraposición entre alternativas epistemológicas fundamentales, mutuamente hostiles e incompatibles, la estamos sobreestimando y malentendiendo. Más que una elección ideológica entre visiones del mundo, la distinción implica una elección metodológica entre perspectivas críticas y estrategias de investigación. Cada perspectiva ilumina cosas distintas y cada una tiene sus puntos ciegos distintos. Ninguna es invariablemente superior a la otra y ambas conllevan su propio bagaje de sesgos y suposiciones analíticas, al igual que sus propios riesgos de saltos inferenciales.

El cuadro 1 muestra los principales contrastes metodológicos entre las dos lógicas de la crítica judicial. Una manera de resumirlas sería decir que la lógica de la argumentación acepta a los actores judiciales como interlocutores, mientras que la lógica de la asociación los trata como sospechosos. La lógica de la argumentación es afín al modo discursivo del filósofo; entra en un diálogo público con los actores y los involucra en un ejercicio de reflexión crítica. Concibe la rendición de cuentas en la esfera judicial como un problema de aplicación de normas y, por consiguiente, de *racionalidad normativa*. Preocupada por la *validez* de los argumentos judiciales se pregunta: ¿Está el juez J en lo correcto? ¿Cuáles son los hechos conocidos del caso? ¿Qué dicen las normas jurídicas? ¿Debería J haber decidido algo distinto? En cambio, la lógica de la asociación guarda similitudes con las estrategias de investigación del detective. Somete a los actores a inspección pública, poniéndolos a prueba en ejercicios de observación crítica. Entiende la rendición de cuentas en el ámbito judicial como un problema de motivos ocultos y, por

**Cuadro 1**

## Las dos lógicas de la crítica judicial

	<i>La lógica de la argumentación</i>	<i>La lógica de la asociación</i>
Arquetipo	Filósofo	Detective
Perspectiva metodológica	El participante interno	El observador externo
Pregunta motivadora	¿Quién tiene el mejor argumento?	¿Qué es lo que explica las decisiones judiciales?
Modo de crítica	El razonamiento legal	La observación de circunstancias extralegales
Nivel de crítica	Racionalidad normativa	Racionalidad expresiva
Objeto de crítica	Razones públicas	Motivos privados
Criterio de crítica	Validez de las justificaciones judiciales	Credibilidad de las justificaciones judiciales
Criterio de confirmación	Plausibilidad argumentativa	Covariación empírica
Premisa motivacional	Buena fe: la primacía de las razones legales	Desconfianza: la primacía del interés propio
Premisa institucional	Aislamiento	Vulnerabilidad
Requisitos de información	Conocimiento jurídico	Conocimiento de estructuras de identidad y de poder
Riesgo metodológico	Ingenuidad: subestimación de motivos extrajurídicos	Cinismo: devaluación de argumentos jurídicos

lo tanto, de *racionalidad expresiva*. Preocupada por la *credibilidad* de los argumentos judiciales se pregunta: ¿Es J honesto? ¿Por qué resolvió el caso tal como lo hizo? ¿Estaba respondiendo a presiones externas? ¿Siguió sus preferencias personales?<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Nótese que la perspectiva “interna” es interna con respecto al razonamiento jurídico, no en relación con la mente o los sentimientos de los individuos. Preocupada por las razones públicas, es indiferente a los motivos privados, mientras que, irónicamente, es la llamada perspectiva “externa” la que se preocupa por la subjetividad individual (sus motivos privados).

Estas perspectivas analíticas contrastantes se alimentan de suposiciones contrastantes sobre los motivos que subyacen a las decisiones judiciales. La lógica de la argumentación se basa en la confianza. El crítico con enfoque interno no se preocupa por los motivos personales de J. Entra al juego del razonamiento público con una suposición fuerte: la suposición de buena fe. Sólo si acepta la premisa de que los jueces actúan y hablan de buena fe puede tomar en serio los argumentos legales que ellos esgrimen. En cuanto se viene abajo su confiada atribución de sinceridad, la lógica de la argumentación también se desploma.

En cambio, la lógica de la asociación es producto de la desconfianza. El crítico con enfoque externo se pregunta de manera casi exclusiva por motivos personales ocultos. Puede llegar a aceptar la posibilidad de que razones jurídicas intervengan en la toma de decisiones judiciales como un motivo entre otros; sin embargo, muchas veces, en lugar de declararse agnóstico, se muestra abiertamente escéptico en cuanto a la integridad judicial. Inicia sus pesquisas de detective con una suposición fuerte: la suposición de mala fe. Sospecha que los funcionarios públicos emplean argumentos legales nada más de manera estratégica, que sus ejercicios públicos de razonamiento legal constituyen farsas calculadas, diseñadas para despistar a los ingenuos. Está convencido de que los “determinantes” reales de las decisiones judiciales están en otro lugar.

El crítico externo puede establecer una “asociación” sospechosa entre resoluciones jurídicas y hechos extrajudiciales para casos individuales, así como para un número grande de casos. En los análisis casuísticos de casos significativos, la lógica de la asociación sigue la lógica inferencial del detective. La coincidencia temporal de circunstancias comprometedoras con la comisión del delito basta para desacreditar las declaraciones de inocencia. Si resulta plausible en términos motivacionales, *la copresencia* establece la causalidad potencial y, por consiguiente, la culpabilidad. En los análisis estadísticos de una gran *N* de decisiones, la lógica de la asociación sigue la lógica inferencial de los experimentos científicos. Los patrones de *covariación* entre hechos extrajudiciales sospechosos y decisiones judiciales ponen en tela de juicio la credibilidad judicial. Si resulta plausible en términos teóricos, la covariación (correlación) se interpreta como causalidad.

Sus diferentes suposiciones motivacionales, marcos analíticos e inquietudes prácticas conducen a las dos lógicas de rendición de cuentas

a basarse en modos opuestos de inferencia legal. La rendición de cuentas argumentativa, guiada por el ideal dialogal del seminario filosófico, acepta las justificaciones judiciales como válidas siempre y cuando caigan (“convincentemente”) dentro de los límites de la razón. La rendición de cuentas asociativa, adoptando una postura de observación silenciosa a distancia, desestima las justificaciones legales en la medida en que coinciden (“sospechosamente”) con hechos extralegales que pueden fungir como motivos alternativos en la toma de decisiones judicial.

#### **4. Argumentos irrazonables**

Los críticos internos mantienen la suposición de imparcialidad judicial siempre que las justificaciones jurídicas parezcan razonables, es decir, siempre que estén dentro de los límites de lo que personas inteligentes e informadas puedan reconocer como interpretaciones plausibles de evidencia empírica y normas jurídicas. Cuando J cruza las fronteras del argumento razonable, sus críticos pasan de la evaluación confiada de su solidez argumentativa a la investigación escéptica de su credibilidad personal. No obstante, en el derecho, igual que en otros ámbitos, los “límites de la razón” forman un concepto elástico. El lugar en donde caen y las pasos que se precisan para transgredirlos no están dados de antemano; más bien, dependen de la manera que escogemos para trazarlos.

##### *4.1. Fronteras controvertidas*

Tres clases de anomalías jurisprudenciales pueden hacer que un crítico interno dude de la integridad (o competencia) de un juez: desviaciones del principio formal de consistencia, violaciones al debido proceso y transgresiones sustantivas a la ley. Si tales infracciones formales, procedimentales o sustantivas a la ley se consideran graves y evidentes, el juez estará en problemas graves y evidentes. Sin embargo, en infinidad de casos de corrupción o incompetencia judicial no resulta de ninguna manera evidente que es lo que se necesita para traspasar las fronteras del argumento legal razonable. En los llamados casos difíciles, es notorio que la argumentación jurídica no lleva a conclusiones claras sobre

lo que demanda la ley. En tales casos de controversia jurídica, el derecho no ofrece estándares comúnmente reconocidos de imparcialidad a partir de los cuales se pudieran medir las eventuales desviaciones de parte de J. Las normas jurídicas no son “determinantes” (*determinate*); no logran dictar soluciones únicas y ampliamente aceptadas.

De hecho, la ley es “determinante” solamente en condiciones muy restrictivas de consenso legal. Estas condiciones aplican cuando las normas formales son claras, específicas y consistentes; cuando el caso en cuestión parece similar a otros anteriores; y cuando las prácticas jurisprudenciales de investigación, conceptualización, selección de reglas e interpretación de reglas están bien institucionalizadas. Cuando estas condiciones restrictivas de consenso legal no se cumplen, los puntos de vista acerca de lecturas “razonables” de la ley divergen. En consecuencia, los ejercicios de argumentación, en lugar de determinar *la* solución correcta bajo la ley, sólo pueden delinear los límites externos de soluciones y justificaciones “permisibles” (Kelsen 1994: 90-97). Fuera de las democracias constitucionales establecidas, tales condiciones de desacuerdo o “indeterminación” jurídica son las que predominan en la mayoría de los lugares la mayor parte del tiempo. En tales circunstancias de legalidad débil y controvertida, los críticos internos de la ley están obligados a entrar en la controversia legal, a explicar y evaluar interpretaciones rivales de la ley. Guiados por el ideal del seminario filosófico, se esforzarán por dar la debida consideración a todos los argumentos. Al final, tal vez tomen partido por una u otra opinión, pero mientras mantengan su presuposición de buena fe, tendrán que aceptar el disenso y la controversia como elementos esenciales del diálogo jurídico.

#### 4.2. *Monólogos legalistas*

No todas las formas de razonamiento jurídico reconocen, empero, la legitimidad de la controversia legal. Los jueces desinteresados y los filósofos deliberativos no tienen un monopolio de argumentos jurídicos. Tanto en el sistema judicial como en el sistema político, los actores pueden usar razones legales con fines estratégicos. Pueden acariciar las certezas reconfortantes del “legalismo” (Shklar 1964). El legalismo es

la creencia de que el derecho consiste en un conjunto de reglas completas, claras y concluyentes. Formas “legalistas” de razonamiento se niegan a evaluar argumentos en conflicto. Aparentemente se meten en el juego del razonamiento legal, al mismo tiempo que lo convierten de un ejercicio de deliberación en un juego de argumentación estratégica. El legalismo permite a los actores “creer que siempre hay una regla a seguir” (Shklar 1964: 12) y que el propio seguimiento de reglas representa una actividad nada problemática. Constituye una “ideología del acuerdo” (Shklar 1964: 63) en la medida en que trata la ley como consensual (“determinante”) aun en contextos de abierta controversia (“indeterminación”). Su tesis de que siempre existe una solución objetivamente correcta y verdadera para los problemas jurídicos deslegitima la controversia legal.

Si sólo hay una verdad en la ley y si ésta es evidente, y por lo tanto, accesible a toda la gente de buena voluntad, el desacuerdo legal se torna ilegítimo. El legalista rechaza aceptar opiniones discrepantes como lecturas divergentes aunque respetables de la ley; las trata como evidencia de sesgo. Quien disiente se rehúsa a reconocer lo obvio. Como las exigencias de la ley son transparentes, las voces discrepantes son voces de corrupción. El legalismo es el razonamiento legal puesto al servicio de la racionalidad estratégica; es el argumento legal vuelto dogmático, monológico y sordo a la argumentación. El legalista toma en serio los argumentos legales, pero sólo los de su propia manufactura. Desacredita todos los demás calificándolos de parciales, ilegales e ilegítimos.

El legalismo reduce el campo de la razón jurídica a un solo punto en el espacio del discurso legal: el punto de vista del legalista. Una definición tan estrecha y monopólica de los límites de la razón simplifica enormemente la tarea de la rendición de cuentas en el ámbito judicial. Ofrece un estándar claro: la interpretación privada de la ley hecha por el crítico es presentada como *la* lectura correcta de la ley, como la verdad legal objetiva. También ofrece una sencilla regla de inferencia: el rasgo distintivo de la imparcialidad es el acuerdo. Los que disienten violan la ley; se sitúan fuera del ámbito de la razón y del derecho; son hipócritas que juzgan de mala fe. El crítico legalista, si cae del lado ganador, celebra la imparcialidad del juez y descalifica a sus adversarios tachándolos de malos perdedores. Si cae del lado de los perdedores, se queja de la parcialidad del juez y de su colusión con la parte

ganadora; a sus adversarios los describe como tramposos que no merecían ganar.<sup>14</sup>

La negación legalista de la controversia legítima convierte la rendición de cuentas en un ejercicio estéril. En lugar de ofrecer una evaluación reflexiva de argumentos complejos, lleva a una simple medición de fuerzas entre comunidades políticas o epistémicas encerradas en sí mismas. En lugar de mantener aparte cuestiones de validez y credibilidad, las mezcla sistemáticamente.<sup>15</sup> Lo peor de todo es que el uso dogmático y/o estratégico de argumentos legales termina devaluando la argumentación legal como tal. La crítica argumentativa de las decisiones judiciales se funda no sólo en la suposición de que los jueces juzgan de buena fe; se funda, además, en la suposición de que los críticos critican de buena fe. Si todos participan, o parecen participar, en una farsa engañosa, la argumentación jurídica se viene abajo. No tiene caso argumentar con alguien –sea juez o crítico– que no toma en serio los argumentos.

## 5. Asociaciones sospechosas

Si deseamos evaluar una resolución legal sobre bases legales tenemos que conocer las leyes relevantes, así como los hechos relevantes. Cuanto más escaso sea nuestro conocimiento legal o empírico, más nos inclinaremos, sea a abstenernos de opinar o a cambiar de una perspectiva interna a una externa. Si queremos aplicar la lógica externa de la asociación, no necesitamos saber nada de leyes ni de hechos; sin embargo, tampoco podemos ser totalmente ignorantes. Necesitamos saber algo, aun cuando ese algo –los requisitos de información de la crítica asociativa– sea muy diferente de los requisitos de conocimiento de la crítica argumentativa. La “lógica de la asociación” demanda cierta *información observacional* a fin de correlacionar la variable dependiente Y (el resultado sustantivo de un proceso judicial) con alguna variable

<sup>14</sup> “Toda parte ofendida característicamente responde a una resolución adversa acusando a los jueces de que están ‘legislando’. No es la ley [...] sino el juez, el que se equivoca, y un juez que yerra es un juez que legisla, pues la parte derrotada comienza su caso presentando su versión de la verdadera ley” (Shklar 1964: 13).

<sup>15</sup> Elster (1999: cap. V) ofrece reflexiones más amplias sobre el uso auto-interesado de argumentos imparciales.



independiente X (el posible motivo extralegal de la decisión judicial). Establecer “asociaciones sospechosas” entre decisiones legales y factores extrajurídicos exige el conocimiento empírico de las identidades de los actores y sus recursos de poder.

El principio de exclusión de la imparcialidad prohíbe que dos clases de motivos ilegítimos intervengan en las deliberaciones judiciales: las simpatías personales del juez y sus cálculos de los costos y beneficios personales que podrían derivarse de su decisión. Por un lado, los jueces están obligados a suprimir cualquier asimetría en las simpatías que puedan abrigar hacia las partes que acuden ante el tribunal. Sus preferencias personales, sean de índole moral, afectiva o ideológica, tienen que pasarse al asiento trasero, por incómodo que éste sea, y dejar el volante del juicio legal al razonamiento jurídico. La primacía de criterios legales tiene por objeto neutralizar cualesquiera inclinaciones personales del juez.

Por otro lado, se supone que los encargados de tomar las decisiones en el ámbito judicial son sordos a los llamados de la racionalidad instrumental. Aquí, sin embargo, hay que introducir una nota de cautela. A veces, los jueces acomodan sus interpretaciones personales de la ley de manera estratégica a las restricciones institucionales que afrontan (como las reglas de toma de decisiones colegiada). Por ejemplo, cuando las decisiones de una corte se toman por mayoría, un juez, al saber que su posición jurisprudencial es controvertida, puede suavizarla o ajustarla para hacer posible la formación de una coalición ganadora entre los miembros del tribunal. Maniobras estratégicas de este tipo pueden ser una manera enteramente legítima de hacer frente a controversias legales. Los jueces no pueden ser ingenuos. Saben que sus posiciones “sinceras” pueden estar destinadas al fracaso, que la inflexibilidad puede ser costosa. Por lo tanto, adaptan sus posturas para que el resultado final sea lo más cercano a su punto ideal. Son maniobras estratégicas de este tipo, que se despliegan dentro de los límites de la ley, lo que investiga la llamada “revolución estratégica” en los estudios judiciales (Epstein y Knight 2000).

No obstante, si bien el cálculo estratégico del *éxito jurisprudencial* dentro de las limitaciones institucionales existentes puede ser compatible con las exigencias de la imparcialidad (en condiciones que valdría la pena especificar), el cálculo consecuencialista del *beneficio perso-*

*nal* no lo es (bajo ninguna condición). En su toma de decisiones legales, se supone que J se mantiene imperturbable ante las perspectivas de obtener alguna utilidad personal. Se espera que ignore los beneficios personales que pudiera cosechar como resultado de su decisión, o los daños que pudiese sufrir, sea en términos de ingreso, perspectivas profesionales, prestigio o integridad física.

Los críticos externos de la toma de decisiones judiciales se centran precisamente en estas dos clases de intromisiones ilegítimas en el juicio legal: las simpatías y las utilidades personales de J. Es la influencia de estas dos categorías de causas extralegales la que intentan establecer por asociación. Naturalmente, son diferentes tipos de pistas empíricas que sirven para establecer la presencia de una u otra. Si queremos saber algo acerca de las simpatías personales del juez, tenemos que aprender algo sobre su persona, tenemos que observar los marcadores de identidad que nos parezcan sospechosos. Si queremos saber algo acerca de sus expectativas de obtener beneficios personales, tendremos que conocer el contexto estructural que confronta; tenemos que examinar las estructuras de poder en la que se inscriben sus decisiones.

### *5.1. Marcadores de identidad*

Para evitar que surjan sospechas de que las simpatías personales de los jueces contaminen su toma de decisiones, los sistemas judiciales tienen mucho cuidado en el manejo de su imagen. Se esfuerzan por desdibujar las identidades personales de sus miembros, presentarlos como meros portadores de roles públicos, como “terceros” desinteresados que son indiferentes a todo salvo el llamado universalista de la ley. Ponen a los jueces en escena como actores sin preferencias personales, salvo la aplicación de reglas impersonales. La arquitectura de las salas de tribunales (en los países donde los juicios son orales y públicos) suele colocar a los jueces en medio y por encima de las partes. Los rituales y los atuendos de los tribunales afirman con solemnidad que desempeñan funciones públicas que los sitúan fuera del ámbito mundano de pasiones e intereses privados. Las reglas de incompatibilidad les impiden resolver sobre casos en los que tengan un interés personal. Los propios jueces repiten una y otra vez que toman sus decisiones con estricta imparcialidad y estricto apego a la ley. Los códigos de ética los

sujetan a estrictas reglas de autocontrol, incluyendo “reglas de mordaza” (Holmes 1995: 202-235) que les prohíben hacer declaraciones, sean públicas o privadas, que pudieran indicar (o interpretarse como si indicaran) cualesquiera simpatías o antipatías hacia alguna de las partes.

Las instituciones judiciales pueden forjar con relativo éxito la imagen pública de jueces desinteresados y desapasionados que no albergan deseos personales que podrían afectar sus deberes públicos. Sin embargo, como los jueces son personas de carne y hueso, con nombres y domicilios, con posiciones y redes sociales, con historias personales y trayectorias profesionales, los críticos externos siempre pueden encontrar algo en que anclar su lógica de la desconfianza. Aun cuando los jueces sigan fielmente el ritual de desapego solemne, guarden silencio, nunca den un paso en falso y abracen el valor de la imparcialidad en privado y en público, los observadores externos (así como las partes involucradas) de todos modos pueden rastrear aspectos de su personalidad o vida privada para ver si covarían con su trayectoria de toma de decisiones (asumiendo que la eventuales covariaciones tienen valor explicativo). Los rasgos de identidad (de jueces y litigantes) que pudieran dar lugar a posibles sospechas de sesgo tienen que cumplir tres condiciones simples.

En primer lugar, los rasgos de identidad deben permitir distinguir entre las partes involucradas. A menos que A y B difieran entre sí de alguna manera no trivial, la lógica de la asociación queda suspendida en el aire. Si A y B pertenecen a la misma “comunidad imaginada” (Anderson 1983), los rasgos de identidad del juez, sean cuales sean, se vuelven irrelevantes y escapan al dominio de la crítica asociativa. Por ejemplo, un proceso legal en el que sólo intervienen litigantes de un estrato social, sea rico o pobre, no revela nada, desde un punto de vista externo, sobre la discriminación judicial con base en factores socioeconómicos.

En segundo lugar, las identidades tienen que ser observables. La subjetividad individual es un caja negra de difícil acceso para los demás. Son, por tanto, los marcadores exteriores de identidad, que son discernibles para los observadores externos, los que alimentan la crítica asociativa. Tales marcadores de identidad pueden ser biológicos (fenotipo, sexo), sociales (estatus de clase, redes sociales, ocupación anterior), culturales (educación, idioma, habitus profesional, membresía étnica) o políticas (militancia partidista, ocupación previa de puestos públicos).

En tercer lugar, los marcadores de identidad tienen que ser causalmente relevantes. Sólo cuando tenemos razones para creer que ciertos rasgos de identidad pueden introducir distorsiones que afecten la toma de decisiones judicial, valdrá la pena investigar si se correlacionan con los resultados judiciales; es decir, la correlación tiene que ser apoyada por una teoría causal. Si afirmamos que la militancia anterior en un partido puede sesgar las decisiones judiciales actuales, necesitamos una teoría de la lealtad política. Si advertimos en contra del potencial distorsionador de la pertenencia a una etnia, necesitamos una teoría de la xenofobia, y así sucesivamente. Sin embargo, muy pocas veces la crítica asociativa se basa en teorías científicas sociales propiamente dichas; más bien tiende a descansar en una simple intuición causal: las similitudes (entre juez y parte) alimentan la simpatía y la simpatía alimenta el sesgo. La simpatía se considera el resultado natural de la similitud; y se da por hecho que la parcialidad es el resultado natural de la simpatía. Si J comparte rasgos de identidad relevantes con la parte A y resuelve en favor de A, su decisión se interpreta como derivada de sus simpatías hacia A. Desde el punto de vista del observador externo, la similitud nutre la desconfianza.

## 5.2. Estructuras de poder

El crítico externo que sospecha que las simpatías personales contaminan las decisiones judiciales busca indicadores de *similitud* entre J y la parte favorecida con sus resoluciones. En cambio, el observador crítico que sospecha que los intereses personales interfieren en el fallo emitido por el juez busca evidencias de *vulnerabilidad* judicial. El primero llama nuestra atención hacia las características personales de J, suponiendo que el juez favorece al partido más parecido a sí mismo. El segundo parte de la premisa de que los actores son homogéneos (y responden a estructuras de incentivos más que a perfiles de identidad). Este último no necesita saber nada acerca de J como individuo. En lugar de esto, dirige nuestra atención hacia los rasgos estructurales del entorno institucional, político y social que afronta. De acuerdo con esta suposición motivacional, el juez, atendiendo a su propio interés, favorece al partido más poderoso. Hasta los jueces con una mentalidad impecablemente imparcial pueden llegar a abandonar la regla de seguir las reglas

—asume el crítico—, cuando se enfrentan a una estructura de decisión que o bien impone altos costos personales a la aplicación imparcial de la ley, o bien promete altos beneficios personales por la concesión ilegal de favores.<sup>16</sup>

Hasta cierta medida, los jueces pueden resistirse a las amenazas y las tentaciones externas. En algún momento, sin embargo, las presiones pueden volverse abrumadoras y entonces la protección del interés propio pesará más que el ímpetu moral del apego a la ley. Conscientes de la posibilidad siempre presente de que haya interferencias corruptoras externas, los sistemas judiciales tratan de proteger a sus miembros de todo tipo de presión exterior. Tratan de aislarlos de modo que puedan resolver sus casos con auténtica objetividad, sin temer los costos personales ni aspirar a ganancias ilícitas. Existe todo un conjunto de salvaguardas institucionales cuyo fin es proteger la independencia judicial de la intervención del ejecutivo y el legislativo, así como de las partes contendientes. Estos mecanismos de aislamiento tienen por objeto neutralizar las tentaciones del comportamiento corrupto, así como las amenazas personales contra los jueces imparciales. Cuanto mejor funcionen, más fácil será confiar en la primacía de los argumentos legales, en los jueces “que juzgan de buena fe” (Burton 1992). En cambio, cuanto menos efectivas y menos creíbles sean tales barreras institucionales, más alimentarán la lógica asociativa de la sospecha.<sup>17</sup>

Los actos concretos de intimidación y corrupción casi siempre ocurren ocultos a la mirada pública. Sin embargo, para activarse, la lógica de la asociación no requiere saber nada acerca del ejercicio real del poder, del “mecanismo causal” que convierte los recursos de poder extralegales en sesgos judiciales. Sólo necesita saber algo de la distribución empírica de los recursos de poder. Necesita saber qué es lo que J puede saber razonablemente de la configuración dada de los actores:

<sup>16</sup> Nótese que mi discusión de las consideraciones ilegítimas del interés propio se centra en la interferencia externa. No toca los clásicos “conflictos de interés” en los que los jueces tienen un interés personal en los casos llevados ante ellos.

<sup>17</sup> La independencia institucional, sin embargo, es una condición necesaria aunque no suficiente para que los jueces respeten y defiendan el imperio de la ley. La independencia pura sin los motivos y los incentivos requeridos, y sin estar inmersa en redes de rendición de cuentas, puede conducir a resultados perversos, como los especialistas lo han documentado, por ejemplo, para la independencia del banco central en Rusia (Johnson 1999) y la independencia judicial en Argentina (Ansolabehere 2003). Sobre la tensión entre independencia y responsabilidad, véase también USAID (2001) y Volcansek (1996).

quién puede hacerle daño o beneficiarlo mientras resuelve el caso. Interesado únicamente en observar, desde afuera, la covariación entre variables jurídicas y extrajurídicas, el crítico externo puede ignorar el ejercicio real del poder. Lo que pase “en la vida real” entre jueces y partes puede quedar invisible, encerrado en la caja negra del comportamiento inobservable. Que realmente se realicen o no las amenazas o las promesas poco repercute en la inferencia causal. Si observa que los fallos judiciales benefician a los poderosos, concluirá con certeza que el poder constituía la fuerza causal que estaba detrás del resultado observado.

## 6. Elecciones metodológicas

Dadas las profundas diferencias metodológicas entre la lógica de la argumentación y la lógica de la asociación, fácilmente podríamos concluir que estamos ante una elección binaria entre modos incompatibles de crítica judicial. La mutua hostilidad y la incompreensión recíproca entre filósofos del derecho y estudiosos de la política judicial refuerzan la idea de que se trata de perspectivas rivales y mutuamente excluyentes. También sugieren que elegir entre una u otra es algo similar a una decisión de vida, a un acto de autodefinición ideológica que surge de concepciones opuestas del derecho, la ciencia y la explicación: se elige una metodología y se entra en una comunidad epistémica. Aquí, por contraste, quiero ofrecer una interpretación más pragmática de las decisiones metodológicas. El pragmatismo metodológico reconoce la naturaleza contingente de nuestras elecciones metodológicas y al mismo tiempo subraya los beneficios potenciales de combinar perspectivas metodológicas.

### 6.1. *La presunción de confianza*

Tanto la perspectiva interna como la externa arrastran su propia y pesada carga de premisas normativas y cognitivas. Si no deseamos llevar a cuentas las suposiciones subyacentes que vienen con cualquiera de estas dos perspectivas, podemos desecharlas legítimamente. Sin embargo, la carga de la justificación está de nuestro lado. Decidamos lo que decidamos, no nos podemos eximir de la exigencia científica de hacer transparentes nuestras decisiones metodológicas y de exponer nuestras razones.

Ante todo, la decisión metodológica de tomar en serio los argumentos jurídicos y adoptar un modo interno de crítica judicial presupone la confianza. Sólo cuando hacemos la suposición confiada de que los jueces están juzgando (y argumentando) de buena fe tiene sentido entablar una conversación de índole legal con ellos. La confianza, sin embargo, es un recurso escaso. Los críticos del derecho pueden apostar a la confianza, o rehusarse a hacer una apuesta tan arriesgada, dependiendo a) de sus concepciones de la naturaleza humana, b) de su percepción general del sistema judicial y c) de sus evaluaciones de casos específicos.

a) Preguntarnos por el seguimiento imparcial de reglas no tiene mucho sentido si partimos de la premisa teórica de que la imparcialidad es un “mito” hueco (Segal y Speath 1993: 4), un principio normativo demasiado demandante para seres humanos preocupados por sí mismos. Si la idea del seguimiento imparcial de reglas no es más que una pantalla de humo que “oculta la realidad de decisiones basadas en las preferencias políticas personales de cada juez” (Segal y Speath 1993: 363), entonces no es aconsejable tomar en serio las razones jurídicas. Basados en un modelo estrecho de la racionalidad instrumental, el estudio positivo de la política judicial (al menos en sus variantes actitudinales) entiende la toma de decisiones judicial como una actividad política similar a cualquier otra cuyos “determinantes” están ajenos a la esfera normativa del derecho. Las suposiciones “amorales” del estudio positivo de la política judicial determinan su camino metodológico: la técnica asociativa del detective.

b) Los teóricos del derecho que reflexionan sobre la validez de decisiones judiciales en el contexto de una legalidad democrática consolidada disfrutan de un raro privilegio: el privilegio de la confianza institucional. Pueden dar por sentado que el juego en el que participan los actores es un juego de razonamiento normativo en el cual los argumentos jurídicos cuentan, en vez de ser un juego de poder en el que las normas jurídicas no son más que instrumentos de engaño. En contraste, en los endebles sistemas jurídicos que encontramos en muchas de las nuevas democracias no existe, ni puede existir, tal suposición generalizada de buena fe. En la mayoría de los lugares del mundo contemporáneo reina la desconfianza estructural y auto-reproductiva. Bajo estas condiciones, por lo general, los críticos del sistema legal no toman en serio los argumentos jurídicos, pues suponen (normalmente con buena evidencia empírica) que ni los propios actores judiciales los toman en

serio. Dada la suposición generalizada de mala fe (que en tales contextos se extiende a los propios críticos), tanto los analistas como los actores descartan los argumentos jurídicos tachándolos de ser meras apariencias. Las inquietudes por la credibilidad judicial hacen desaparecer las preocupaciones por la validez jurídica.

c) Hasta en los sistemas jurídicos que gozan de credibilidad, la desconfianza puede surgir a partir de casos específicos. Tanto los marcadores de identidad que distinguimos como las estructuras de poder que observamos pueden ofrecernos buenas razones para dudar de la imparcialidad judicial en casos determinados. Los jueces que muestran simpatías sospechosas invitan las críticas externas tanto como los litigantes que controlan recursos de poder sospechosos. El litigio postelectoral del año 2000 en Florida dio testimonio de la posibilidad siempre abierta de que un solo caso polémico desestabilice rutinas de confianza institucional y provoque sospechas intensas hacia los encargados de adoptar decisiones en las esferas administrativa y judicial.

Sean sus motivos de desconfianza ontológicos, institucionales o situacionales, el observador desconfiado tenderá a adoptar un modo asociativo de crítica judicial. Puede resultar difícil convencerlo de otra cosa. La confianza no es una actitud que podamos establecer por decreto. Sin embargo, sea que confiemos y examinemos argumentos jurídicos o que desconfiemos y estudiemos variables extrajurídicas, tenemos que estar dispuestos a explicar las razones normativas o empíricas en las que se basa nuestra decisión.

## *6.2. Las exigencias de información*

Además de la suposición confiada de buena fe, la lógica interna de la argumentación legal impone otra fuerte exigencia a los críticos: el conocimiento jurídico. Sus demandas de información legal, empero, pueden ser difíciles de satisfacer, ante todo, en la discusión de casos difíciles, así como en la evaluación de un gran número de casos. Sólo los expertos del ámbito legal están en buena posición para juzgar casos “duros” en los que el debate jurídico no es concluyente. Todos los demás están condenados a mirar las controversias legales desde una posición de relativa ignorancia. A los no especialistas, la lógica de la asociación les ofrece atajos muy cómodos para circunnavegar las complejidades de la argumentación legal.



Además, examinar a fondo las justificaciones legales es poco viable cuando deseamos analizar muchos casos a lo largo del tiempo o a través del espacio. No es que sea imposible “incorporar un papel para la ley en los modelos corroborables” (Richards y Kritzer 2002: 309); sin embargo, en el análisis estadístico de un número grande de observaciones, es mucho más difícil construir medidas válidas de razonamiento judicial que crear indicadores razonables de “determinantes” extralegales de decisiones judiciales. Normalmente, la complejidad del razonamiento legal no se puede traducir a la sencillez relativa de los números, sin que suframos una considerable pérdida de información. El razonamiento judicial se resiste más a la expresión numérica que los datos extralegales y los resultados jurídicos (quién gana y quién pierde) cuya covariación trata de establecer la lógica de la asociación. No es casual, entonces, que los estudios estadísticos de política judicial (tanto los longitudinales como los comparativos) muestren cierta afinidad electiva con el pensamiento asociativo.<sup>18</sup>

### *6.3. Pesos y contrapesos*

Si no deseamos aceptar la suposición de integridad judicial, o si no deseamos cargar con el peso del conocimiento jurídico profundo, estudiaremos las decisiones judiciales sobre la base del razonamiento asociativo. A la inversa, si confiamos en nuestros jueces, si sabemos de la legislación pertinente y si estamos informados de los casos bajo discusión, es probable que adoptemos la perspectiva interna de una evaluación argumentativa. Sin embargo, aun cuandoelijamos privilegiar una perspectiva por encima de la otra, deberíamos estar conscientes de los costos que aceptamos al excluir cualquiera de ellas. Ambos enfoques tienen sus propias fortalezas y debilidades. Podemos tener el mejor de ambos mundos metodológicos sólo si los tratamos como complementarios y no como enfoques mutuamente excluyentes.

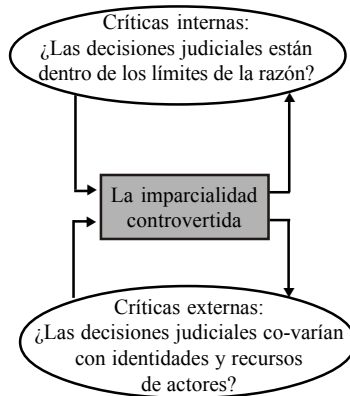
Por un lado, la confiada lógica de la argumentación está desarmada y desprotegida si los jueces quebrantan la fe depositada en ellos. Como

<sup>18</sup> Helmke (2002) es un ejemplo laudable de un estudio cuantitativo que revisa sus hallazgos “asociativos” reflexionando acerca de las razones legales que podían haber motivado los (sospechosos) patrones de variación observados en los fallos del Tribunal Supremo de Argentina.

protección contra el riesgo de ingenuidad moral, es aconsejable aceptar el correctivo amoral que representa la crítica asociativa. Por el otro, la lógica de la asociación por sí sola nunca puede establecer si los motivos extralegales cuya influencia infiere a partir de los patrones de correlación observados determinan las decisiones judiciales *dentro* o *fuera* de las fronteras de la ley. De ahí se deriva nuestro llamado metodológico a la aplicación de pesos y contrapesos entre los dos enfoques. Si permitimos que una perspectiva crítica monopolice el debate, excluyendo a la otra sin consideraciones de contexto, dejaremos de ver, o la cara oscura, o la cara luminosa de la luna legal. Pasaremos por alto la intrusión subterránea de los motivos extralegales privados, o el peso autónomo de los argumentos legales públicos.

**Figura 1**

Críticas a la imparcialidad: ¿En dónde originan? ¿A dónde llevan?



Como lo ilustra la figura 1, los dos modos de crítica jurídica pueden aparecer como *fuentes* de controversia acerca de la imparcialidad judicial, pero también pueden presentarse como *respuestas* a controversias de este tipo. Ambos pueden alimentar las dudas sobre la imparcialidad judicial, o responder a ellas. Es decir, es posible entrar en el terreno de la “imparcialidad controvertida” (el cuadro sombreado de en medio) desde cualquiera de estas perspectivas y, una vez ahí, seguir cualquier camino para corroborar las dudas iniciales. Para lograr los deseados

“pesos y contrapesos” entre las dos perspectivas, podemos adoptar una sencilla regla general: si las dudas acerca de la imparcialidad judicial surgen de una crítica externa, deberíamos introducir la lógica interna de la argumentación jurídica para valorarlas; si las dudas surgen de irritaciones legales, deberíamos responder examinando las circunstancias extralegales para evaluarlas.

Por un lado, cuando el crítico interno descubre decisiones irritantes que quebrantan los estándares de la argumentación razonable, no está obligado a abandonar su confianza en el juez sin más. Su apreciación de que J se ha apartado de las bases de la razón no lo obliga a aceptar la hipótesis del sesgo judicial. Las irritaciones legales pueden o no dar origen a sospechas de parcialidad. Quizá el crítico interno los interprete como producto del error, que se corregirán en instancias superiores de apelación. Pero aun si toma el acto “no razonable” como un signo perturbador de sesgo, hay que “hacer más indagaciones para ver si la causa es la parcialidad” (Barnett 1998: 142). Las decisiones jurídicas que rebasan los límites de la razón pueden *desencadenar* la desconfianza en la toma de decisiones imparcial, pero en sí mismas suelen ser insuficientes para *comprobar* la parcialidad de J. Para corroborar sus sospechas, es probable que el crítico interno se vuelque hacia un modo externo de evaluación. Si por el contrario, interpreta todas las decisiones no razonables como simples errores, cerrando los ojos a eventuales asociaciones sospechosas de las decisiones judiciales, correría el riesgo de la ingenuidad.

Por otro lado, si hay circunstancias extralegales, sean marcadores de identidad o relaciones de poder, que dan lugar a sospechas, es aconsejable que el crítico externo se vuelva hacia modos internos de evaluación. Si no lo hace, si desestima el valor del razonamiento legal, corre el riesgo del cinismo y de privilegiar a los imperativos de la credibilidad en contra las exigencias de legalidad. Después de todo, la lógica de la argumentación responde a la específica (y específicamente normativa) “lógica interna” de los sistemas jurídicos (Kelsen 1934). Tomando en serio el derecho y el razonamiento legal, esa perspectiva pretende evaluar lo apropiado de las decisiones judiciales desde un punto de vista normativo. Se supone que “en última instancia” los jueces son responsables de manera exclusiva ante el tribunal de la razón legal, sin posibilidades de apelar a instancias externas. Así, combinar las dos perspectivas metodológicas, con la opción de ir y venir de una a otra, nos permite

evitar tanto el error de la ingenuidad, probable en el crítico interno, como el error de cinismo, frecuente en el crítico externo.

## 7. Conclusión

¿Cómo sabemos, preguntamos al inicio, si un juez sigue las reglas legales de una manera imparcial cuando resuelve un conflicto entre dos adversarios? Tal como lo planteamos, podemos examinar la validez de su decisión a la luz de reglas válidas (“la lógica interna de la argumentación”), o bien, podemos evaluar la credibilidad de su justificación jurídica a la luz de las identidades que los actores involucrados portan y de los recursos que controlan (“la lógica externa de la asociación”). Sostuvimos que elegir entre dos modos de rendición de cuentas en la esfera judicial es algo que debería hacerse de manera consciente y pragmática. Decidir si debemos dar prioridad al razonamiento legal o a los hechos observables dependerá de nuestras suposiciones normativas, así como de nuestro conocimiento empírico. Cuando confiamos en los jueces y conocemos las leyes, podemos basarnos en la crítica argumentativa. Cuando nuestra desconfianza sea profunda y nuestro conocimiento legal superficial, tenemos buenas razones para basarnos en la crítica asociativa. Mínimamente, debemos ser explícitos acerca de nuestras elecciones metodológicas y conscientes de sus implicaciones. Idealmente, deberíamos establecer pesos y contrapesos entre argumentación y observación, para que las dos perspectivas se puedan corregir y enriquecer mutuamente. La idea es, en pocas palabras, poner el diálogo crítico y constructivo en el lugar del “aislamiento espléndido” que reinaba tradicionalmente entre las críticas internas y externas de las decisiones judiciales.

## Bibliografía

- Anderson, Benedict, (1983), *Imagined Communities: Reflections on the Origins and Spread of Nationalism*, Londres y Nueva York, Verso.
- Ansolabehere, Karina, (2003), “Los efectos de la justicia sobre el proceso político: Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina

- y México”, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, tesis doctoral.
- Barnett, Randy E., (1998), *The Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law*, Oxford, Clarendon Press.
- Barry, Brian, (1995), *Justice as Impartiality*, Oxford, Oxford University Press.
- Burton, Stephen J., (1992), *Judging in Good Faith* (Cambridge, GB: Cambridge University Press).
- Cass, Ronald A., (2001), *The Rule of Law in America*, Baltimore y Londres, Johns Hopkins University Press.
- Dionne, E.J. y William Kristol, (comps.), (2001), *Bush v. Gore: The Court Cases and the Commentary*, Washington, D. C., Brookings Institute.
- Elster, Jon, (1999), *Alchemies of the Mind: Rationality and the Emotions*, Cambridge, G. B, Cambridge University 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.
- Habermas, Jürgen, (1981), *Theorie des kommunikativen Handelns: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung* (Fráncfort del Meno: Suhrkamp) [Versión en castellano: *Teoría de la acción comunicativa*, trad. Manuel Jiménez Redondo], Madrid, Taurus, 1987/1988.
- Hart, H. L. A., (1961), *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, [Versión en castellano: *El concepto del derecho*, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961].
- Helmke, Gretchen, (2002), “The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina Under Dictatorship and Democracy”, *American Political Science Review*, 96/2: 291-303.
- Holmes, Stephen, (1995), *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago y Londres, University of Chicago Press.
- Kelsen, Hans, (1994), *Reine Rechtslehre*, Aalen, Scientia Verlag, orig. 1934.
- Montefiore, Alan, (ed.), (1975), *Neutrality and Impartiality: The University and Political Commitment*, Londres y Nueva York, Cambridge University Press.
- Mozaffar, Shaheen y Andreas Schedler, (2002), “The Comparative Study of Electoral Governance”, *International Political Science Review* 23/1: 5-27.

- Rawls, John, (1971), *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press) [Versión en castellano: *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, México, FCE, 1979].
- Raz, Joseph, (1999), *Practical Reasons and Norms*, Oxford, Oxford University Press.
- Schedler, Andreas, (1999), “Las comisiones y la pirámide: La recentralización conflictiva del poder en el IFE”, *Política y gobierno* 6/1: 187–222.
- \_\_\_\_\_, (2000), “Incertidumbre institucional e inferencias de imparcialidad: El caso del IFE”, *Política y gobierno*, 7/2: 383-421.
- \_\_\_\_\_, (2004), “From Electoral Authoritarianism to Democratic Consolidation”, *Mexico’s Democracy at Work: Political and Economic Dynamics*, eds. Russell Crandall, Guadalupe Paz y Riordan Roett, Boulder, Lynne Rienner Publishers, pp. 9-37.
- \_\_\_\_\_, (2005), “Military in politics versus democratic advance: Mexico”, *Politics in the Developing World*, eds. Peter Burnell y Vicky Randall, Oxford, Oxford University Press, pp. 349-59.
- Segal, Jeffrey A. y Harold, J. Spaeth, (1993), *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, Cambridge, G. B., Cambridge University Press).
- Shapiro, Martin, (1981), *Courts: A Comparative and Political Analysis*, Chicago, University of Chicago Press.
- Erika Moreno, Brian F. Crisp y Matthew Soberg Shugart, (2003), “The Accountability Deficit in Latin America”, *Democratic Accountability in Latin America*, eds. Scott Mainwaring y Christopher Welna, Oxford, Oxford University Press, pp. 79-131.
- Solum, Lawrence B., (1994), “Equity and the Rule of Law”, *The Rule of Law*, ed. Ian Shapiro, Nueva York y Londres, New York University Press, pp. 120-147.
- Sunstein, Cass, (1996), *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, Oxford University Press.
- U.S. Agency for International Development, (2001), “Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality”, Washington, D. C., USAID, Office of Democracy and Governance, Bureau for Democracy, Conflict, and Humanitarian Assistance, Technical Publication Series.

Volcansek, Mary L. con Maria Elisabetta de Franciscis y Jacqueline Lucienne Lafon, (1996), *Judicial Misconduct: A Cross-National Comparison*, Gainesville, University Press of Florida.