**El nuevo realismo legal, Cass R. Sunstein y Thomas J. Miles (traducción libre)**

En 1931, Karla Llewellyn intentó capturar los objetivos empíricos del realismo legal refiriéndose a los “esfuerzos tempranos de capitalizar la riqueza de nuestros casos reportados para realizar estudios cuantitativos de gran escala sobre los hechos y los resultados”. Llewellyn enfatizó su “esperanza de que estos estudios puedan desarrollar líneas de predicción más seguras, o al menos capaces de añadir más certeza a las predicciones hasta ahora en el estudio intensivo de grupos pequeños de casos”. Ahora bien, Llewellyn añadió, con aparente bochorno, que: “No conozco ningún resultado publicado”.

Estamos precisamente en medio del florecimiento de los “estudios cuantitativos de gran escala sobre los hechos y los resultados”, con gran cantidad de resultados publicados. Estos estudios han generado un Nuevo Realismo Legal -un esfuerzo por entender las fuentes de las decisiones judiciales sobre la base de hipótesis comprobables y grandes sets de datos. Nuestro objeto en este ensayo, motivado por la iluminadora discusión de Peter Strauss, es ofrecer algunos comentarios sobre el Nuevo Realismo Legal en el contexto de algunas preguntas centrales del derecho administrativo.

1. **Derecho y Política**
2. **Del Antiguo al Nuevo Realismo Legal**

Llewellyn escribió en reacción a una afirmación del *formalismo* que sostiene que el derecho, expresado en las leyes y los precedentes, determina los resultados de los casos particulares. Él creía que gran parte del tiempo, el derecho existente no motivaba los resultados de casos particulares, y que en ciertas ocasiones el derecho mismo era incluso contradictorio. “En cualquier caso lo suficientemente dudoso como para volverlo digno de ser litigado, las premisas autoritativas… son al menos dos, y… ambas son contradictorias en su aplicación al caso”. Para Llewellyn, la indeterminación del derecho -y lo que califica incluso como su incoherencia- se traduce en que la “personalidad del juez” tiene que explicar hasta cierto punto los resultados del caso. A su modo de ver, “nuestro gobierno no es un gobierno de leyes, sino de leyes a través de personas.” Para los lectores modernos, las sugerencias de Llewellyn resultan demasiado toscas. La personalidad del juez seguro puede importar, pero ¿qué significa exactamente “personalidad”? Más importante aún, si acaso el nuestro es un “gobierno de leyes”, y qué significa que un sistema sea uno de “leyes a través de personas”, son en parte preguntas empíricas.

Los estudios empíricos sobre el comportamiento judicial no son, por cierto, una empresa novedosa. Existe toda un área de la ciencia política, conocida como “derecho y política”, que ha generado una amplia e importante literatura empírica que ha documentado la influencia de la ideología en las decisiones judiciales. Algunas contribuciones tempranas a esta literatura plantean que al derecho (el modelo legal) como una “hipótesis en competencia” con la ideología del juez (el modelo de actitud). Estos estudios usualmente rechazan el “modelo legal” a favor del “modelo de actitud”. Más recientemente, los cientistas políticos han dedicado mayor atención al contexto institucional del proceso de toma de decisiones judiciales, y han testeado modelos de comportamiento estratégico.

Por su parte, la academia legal por largo tiempo prestó poca atención al campo de “derecho y política” de las ciencias políticas. Quizás por falta de familiaridad con las metodologías de este campo. Pero recientemente, el apetito por los estudios empíricos en general ha crecido de forma rápida entre los académicos del derecho, y la investigación empírica en las facultades de derecho se ha vuelto tan prevalente que hoy constituye un área de estudio propia, conocida como “estudios legales empíricos”. En vista de la importancia de las decisiones judiciales como fuente del derecho y su rol central tanto para la educación como para la investigación en las facultades de derecho, no es sorprendente que gran parte de este campo de estudio se enfoque precisamente en las decisiones judiciales y sus fuentes.

Creemos que gran parte de estos emergentes estudios empíricos sobre el comportamiento judicial puede entenderse como una nueva generación del realismo legal. Los adherentes a este Nuevo Realismo Legal están realizando lo que Llewellyn y sus contemporáneos sólo pudieron imaginar –“estudios cuantitativos de gran escala sobre los hechos y los resultados” que evalúan la influencia de la personalidad judicial en las decisiones judiciales. Sospechamos que estos estudios lograrán erosionar la distinción entre el campo de “derecho y política” de las ciencias políticas y el de los “estudios empíricos legales”. A través de sus conferencias y publicaciones, el análisis económico del derecho ha recogido las contribuciones de las escuelas de derecho y economía. Esperamos, y estamos dispuestos a predecir, que el Nuevo Realismo Legal, atraerá cada vez más los esfuerzos de abogados y cientistas políticos. Más aún, los economistas probablemente jugarán también un rol sustancial y cada vez más importante en dicho campo.

Una característica distintiva del Nuevo Realismo Legal es la examinación detallada de casos reportados con el fin de entender como la noción de personalidad judicial influye en el resultado de esos casos, y como las instituciones legales constriñen o liberan estas influencias. Estas investigaciones representan un esfuerzo por testear las posiciones articuladas por el antiguo realismo legal en relación con la indeterminación del derecho, y un intento por implementar su llamado a realizar estudios empíricos sobre cómo los jueces deciden respondiendo a los “estímulos” de cada caso. La ciencia política ha puesto mucha atención en la Corte Suprema, una decisión razonable considerando la importancia de esta Corte. Pero el Nuevo Realismo Legal tiende a enfocarse en las cortes federales de menor jerarquía, puesto que la asignación aleatoria de los jueces a cada caso genera una especie de experimento natural que permite realizar inferencias causales plausibles sobre los efectos de las características de los jueces sobre sus decisiones.

1. **El patrón estándar**

Los adherentes al nuevo realismo legal han progresado en generar respuestas a etas interrogantes gracias a un creciente acuerdo sobre cómo medir la “personalidad del juez” y las características de cada caso. Lo que Llewellyn llamó la “personalidad”, esta nueva disciplina lo ha entendido como las características personales observables de los jueces, como su afiliación política, características demográficas, y experiencia profesional previa. El objetivo es desarrollar hipótesis comprobables y luego testearlas.

Las características de los casos más comúnmente examinados son el tipo de litigante, la naturaleza de sus pretensiones, la postura procesal del caso. El nuevo realismo legal también pretende capturar el contexto institucional del comportamiento judicial. Las dimensiones del diseño institucional incluyen factores como si acaso un juez emite su decisión como parte de un tribunal unipersonal o colegiado, y en este último caso, si acaso los demás jueces del panel tienen características similares. Un estímulo importante -y usualmente también un factor restrictivo— es el derecho mismo. Algunos académicos legales dan mayor énfasis al rol que juegan las limitaciones legales, mientras que otros enfatizan como decisivo el rol de los valores y compromisos de los jueces. Los antiguos realistas legales tendían a adoptar esta última posición, pero para ello descansaban sobre impresiones y anécdotas. Por el contrario, los nuevos realistas analizan estos postulados sobre el razonamiento legal como verdaderas hipótesis, que pueden y deben ser testeadas. Su objetivo es saber cuándo y cómo el derecho es indeterminado y, entonces, cómo y cuándo la “personalidad del juez” se vuelve importante para el resultado.

A la fecha, la pregunta que más atención ha recibido por parte del nuevo Realismo Legal es la influencia de la ideología o actitudes políticas del juez. Esta pregunta representa un interés perenne, puesto que la ideología judicial –quizás representada por el partido del presidente que realiza la nominación– usualmente se presenta como una influencia que afecta las decisiones constitucionales, y se ha vuelto un tema recurrente e incluso dominante en la cobertura mediática de la Corte Suprema. Pero ¿difieren sistemáticamente los jueces nombrados por Republicanos de aquellos nombrados por Demócratas? Es razonable especular que en ámbitos ideológicamente disputados –como, por ejemplo, la protección del medio ambiento, la discriminación en base al sexo, el aborto y el financiamiento de campañas políticas– los dos grupos de jueces designados votarán de forma muy diferente. De ser así, ¿cuánto difieren? ¿Persisten estas diferencias en ámbitos menos ideológicamente disputados?

Si es que se encuentran efectos derivados del *partido*, ¿importa también la configuración institucional? Buena parte del Nuevo Realismo Legal ha examinado decisiones de las cortes de apelaciones federales. En las cortes de los circuitos federales, los jueces deciden en paneles conformados por tres miembros, y el Nuevo Realismo Legal ha investigado si acaso la presencia de colegas en el panel afecta las decisiones adoptadas por los jueces. Es razonable especular que cuando jueces nombrados por Demócratas participan de paneles conformados únicamente por otros designados por Demócratas, los patrones de sus decisiones serán inusualmente liberales –y que cuando los mismos jueces participan en paneles con dos otros jueces nombrados por Republicanos, sus patrones de votación serán inusualmente conservadores. Es incluso razonable especular que puede ser posible predecir bastante bien, en ciertas áreas, cómo votarán los jueces respondiendo la pregunta sobre la afiliación política del presidente que designó a los integrantes del panel de jueces (…). Los miembros del Nuevo Realismo Legal describen el impacto que generan los colegas que integran un panel de jueces sobre las decisiones de sus miembros como los “efectos de los pares” (“peer effects”) o los “efectos del panel” (“panel effects).

Recientemente ha surgido una buena cantidad de evidencia en relación con estas preguntas. En muchos ámbitos, el patrón básico de decisiones judiciales tiene el aspecto de la siguiente imagen estilizada:

(…)

En muchas áreas del derecho, los designados por Demócratas emiten votos liberales más habitualmente que los designados por Republicanos, cualquier que sea la configuración del panel. Pero lo tasa de votos liberales típicamente aumenta con el número de panelistas designados por Demócratas y consecuentemente se reduce con el número de designados por Republicanos.

Los resultados de esta naturaleza se han encontrado en tantas áreas que ya pueden ser descritos como el Patrón de Voto Judicial Estándar, al menos en casos sobre materias ideológicamente disputadas. En el Patrón Estándar, la afiliación política del presidente que designó al juez importa mucho. Los “efectos del panel” usualmente se interpretan como dos respuestas conductuales. La primera es el *amortiguamiento ideológico*: los designados por Republicanos muestran patrones de voto bastante liberales cuando deciden junto a dos otros jueces designados por Demócratas. Y los designados por Demócratas muestran patrones de voto bastante conservadores cuando deciden junto a dos designados por Republicanos. La segunda es la *amplificación ideológica*: los designados por Republicanos exhiben patrones de voto muy conservadores cuando deciden junto a otros dos designados por Republicanos; y los designados por Demócratas muestran patrones de voto muy liberales cuando deciden en paneles integrados por otros dos designados por Demócratas.

Pero el Patrón Estándar no es universal. Los designados por Republicanos y por Demócratas no difieren en sus patrones de votación en áreas en las cuales se podrían esperar diferencias; los ejemplos incluyen, apelaciones en materias criminales, derechos de propiedad, los poderes del congreso bajo la Cláusula de Comercio, y la legitimidad para demandar. Más aún, los “efectos de panel” no están presentes en las importantes áreas del aborto y la pena de muerte. En estas áreas, los jueces aparentemente deciden según sus convicciones y no se ven influenciados, al menos en sus conclusiones, por los demás jueces del panel.

Otros miembros del Nuevo Realismo Legal han comenzado a investigar el rol de otros aspectos del perfil de un juez, particularmente sus características demográficas, como la raza y el sexo. Estos resultados replican los hallazgos relativos a la ideología en dos sentidos. Primero, al igual que en lo que respecta al partidismo, estas características influencian los votos propios como los de los demás integrantes del panel. Segundo, estas características son relevantes en ciertos contextos, pero no en otros.

Por ejemplo, un hallazgo importante indica que, en casos de discriminación por sexo, el sexo del juez importa; las juezas mujeres son más propensas a votar en favor de los demandantes, mientras que los jueces hombres son más propensos a decidir por los demandantes si el panel está integrado por una mujer. En casos de acoso sexual, hay un claro efecto de género. Sin embargo, la raza de un juez no tiene una influencia significativa en los casos de discriminación laboral. Un área donde uno podría predecir que la raza sería particularmente relevante. En contrate, la raza del juez importa en casos sobre derechos políticos; los jueces afroamericanos son más propensos a votar a favor de los demandantes, y los jueces blancos son más propensos a votar en favor de los demandantes si el panel está integrado por un juez afroamericano. Curiosamente, el sexo del juez no es relevante en casos relativos a derechos políticos.

(…)