

Los Estudios Políticos de la Decisión Judicial en América Latina¹

Political studies of the judicial decision in Latin America

Gabriel Pereira²

Universidad Nacional de Tucumán (UNT)

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 6/N° 20 Invierno 2021 (21 junio a 20 septiembre) p. ej.: 125-180
<https://doi.org/10.24215/25251678e546>

Recibido: 04/08/2021

Aprobado: 02 /09/2021

<https://orcid.org/0000-0002-4539-7692>

Resumen: Este trabajo discute los Estudios Políticos de la Decisión Judicial (EPDJ), un campo de estudios empíricos del derecho que, enmarcado en los estudios socio-jurídicos, ha ingresado recientemente a la academia jurídica latinoamericana. Estos estudios consideran a las juezas como actoras políticas y utilizan herramientas

¹ El presente trabajo se inscribe dentro del proyecto de investigación "Cortes y Política: Nuevas formas de entender y explicar la decisión judicial" dentro del programa de investigación Proyecto de Investigación de la Universidad Nacional de Tucumán (PIUNT), aprobado por resolución 0426/2020 del rector de esa universidad el 30 de septiembre de 2020.

² Gabriel Pereira es investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet) e Investigador Afiliado del Centro de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Oxford. Es abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán (UNT). Realizó su doctorado en Ciencias Políticas y su postdoctorado en Sociología en la Universidad de Oxford. Es Profesor de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNT, donde se desempeña como subsecretario de Investigación. Es cofundador y presidente de la organización de derechos humanos ANDHES.

teóricas y metodológicas de las ciencias políticas para analizar su comportamiento. Se esfuerzan en analizar las decisiones judiciales no en forma descriptiva y/o normativa, sino que buscan explicar por qué los jueces deciden lo que deciden. Así, se discuten críticamente los modelos explicativos que entienden la decisión judicial como función de ciertas variables como las preferencias políticas de los jueces, las vicisitudes del contexto político donde operan, la ideológica jurídica a la que pertenecen y las propias prácticas de las burocracias donde desarrollan su cargo o se formaron como abogados. Especialmente, se analizan los marcos teóricos dominantes en América Latina y que estudiaron especialmente a los jueces de la Corte Suprema de Argentina. Finalmente, se revisan las razones históricas, teóricas y metodológicas que inicialmente obstaculizaron su ingreso al campo de los estudios socio-legales, para luego abordar algunos puntos que deberían revisarse a los fines de consolidar el ingreso de los EPDJ en la academia jurídica latinoamericana.

Palabras clave: Política y derecho, Estudios socio-jurídicos, decisión judicial, estudios empíricos del derecho.

Abstract: This paper discusses the political studies of the judicial decision as a field of empirical studies of law that, framed in socio-legal studies, has recently entered the Latin American legal academy. These studies consider female judges as political actors and use theoretical and methodological tools from political sciences to analyze their behaviour. These studies attempt to analyze judicial decisions, not in a descriptive and/or normative way, but seek to explain why judges decide what they decide. In that way, explanatory models that understand the judicial decision as a function of certain variables are critically discussed. These variables can be judges' ideology, judges' political preferences, the political context in which they operate, their legal ideology, the practices of the bureaucracies where they carry out their position or were trained as lawyer. Furthermore, the dominant theoretical frameworks in Latin America are analyzed, which especially studied the judges of the Supreme Court of Argentina. Finally, this paper discusses the historical, theoretical and methodological reasons that initially hindered their

entry into socio-legal studies. It concludes by bringing attention to crucial issues that need to be addressed to consolidate the status of the political studies of the judicial decision into the Latin American legal academy.

Keywords: Law and Politics, Socio-legal studies, Judicial politics, Judicial decision

I. Introducción

El realismo jurídico anglosajón ha sembrado la semilla de una amplia gama de literaturas jurídicas que dejaron en evidencia la fragilidad los límites impuestos por la tradición jurídica. Esta tradición, nutrida de corrientes formalistas³ como re-constructivistas⁴, fijan los límites rígidos, y ya vetustos, de la academia jurídica en torno a la coherencia interna

³ Por un lado, por el denominado “formalismo jurídico” concibe al derecho como un sistema de normas jurídicas válidamente formulado y jerárquicamente dispuestas dentro de un sistema en si reputado autónomo y consistente (Cea Egaña, 1983). Así, esta visión del derecho positivista y logicista (Víctor Abramovich, 1999) postula un sistema jurídico claro en sus preceptos, completo en su objetivo (regular el orden en la convivencia humana), y seguro en su interpretación y su aplicación. El valor supremo propuesto por el formalismo jurídico es la certeza, que se logra a través de la existencia de normas que se interpretan uniformemente, y que son susceptibles de aplicarse imparcialmente. Bajo esta visión, el derecho se encuentra en las normas jurídicas y, dependiendo de cuan flexible sea la posición formalista, en la jurisprudencia de los tribunales.

⁴ Por otro lado, los estudios EEDJ también entran en tensión con las miradas denominadas re-constructivistas (César Rodríguez Garavito, 1999)), que proponen otras vías para resguardar la coherencia interna del derecho y la neutralidad de la decisión judicial. Bajo esta denominación se agrupa una variada gama de corrientes jurídicas que incluyen proyectos el “análisis económico del derecho” que propone, en alguna de sus corrientes, que es la eficiencia el criterio que garantiza la coherencia del derecho y la neutralidad; o el positivismo de Hart que propone que las normas jurídicas positivas son capaces de resolver la mayoría de los conflictos jurídicos, y que son muy pocos los casos donde la decisión judicial se abre la discrecionalidad de la jueza; o la posición de Dworkin que encuentran en la moralidad política que da forma, implícita o explícitamente, al ordenamiento jurídico de una comunidad (ibidem).

del derecho, la neutralidad de la decisión judicial, y la autonomía del derecho respecto de la sociedad y las disciplinas sociales. En líneas generales, bajo estas ideas se considera que el derecho es autónomo respecto de la sociedad y de otras disciplinas sociales y es neutral, en el sentido que su aplicación no debe considerarse sujeta a los condicionantes sociales, políticos, y culturales en los que se haya inserto.

Desde diferentes corrientes de la academia latinoamericana se ha sostenido que el derecho se entiende también, parcial o totalmente, como un hecho o fenómeno social. Por ejemplo, autores como Cea Egaña (1983) enrolados en la teoría tridimensional del derecho, reconocen que el derecho es “un fenómeno normativo que emerge en una determinada sociedad como instrumento de ella [...] un hecho social, una realidad y necesidad humana empíricamente observable (págs. 1-2). De forma similar, autores más cercanos a teorías críticas del derecho proponen una mirada que incluye en lo jurídico “a los actores, símbolos, ideas, relaciones de poder e instituciones sociales que constituyen la práctica del derecho”(Mauricio García Villegas & César Rodríguez Garavito, 2003). En similar sentido, desde el movimiento de los estudios socio-jurídicos se propone que el derecho, las prácticas legales y las instituciones legales sólo pueden ser comprendidos viéndolos y explicándolos dentro de contextos sociales (Karina Ansolabehere, 2010).

Sin duda, al entenderse el derecho como un fenómeno social, su estudio se abre a un amplio repertorio de disciplinas que busque describir y explicar cómo el derecho opera en la realidad, como la configura y como esa realidad lo configura (Gabriel Pereira, 2020). Esta tarea requiere una agenda de investigación teórica, conceptual y empírica que vaya más allá de los cánones de la academia jurídica tradicional.

Entre los estudios empíricos del derecho sobresalen los Estudios Políticos de la Decisión Judicial (en adelante EPDJ), una corriente nacida en las escuelas de ciencia política anglosajonas, que consideran a las juezas como actoras

políticas y utilizan herramientas teóricas y metodológicas de las ciencias políticas para analizar su comportamiento.⁵ Particularmente, estos estudios se esfuerzan en analizar las decisiones judiciales, pero no de forma descriptiva y/o normativa, como tradicionalmente se hace en la academia jurídica, sino que buscan explicar porqué los jueces deciden lo que deciden.

Estos estudios responden a unos de los grandes interrogantes de la academia jurídica, que no es más ni menos si las juezas son (pueden ser o deben ser) aplicadores neutrales del derecho. Como un campo que se considera heredero del realismo jurídico, los EPDJ asumen como inevitable la discrecionalidad del juez a la hora de dictar sentencia. De esa forma, se busca identificar los factores que explican esas decisiones, ya sea las preferencias políticas de los jueces, las vicisitudes del contexto político donde operan, la ideológica jurídica a la que pertenecen y que moldea su visión sobre el derecho y del rol que deben cumplir en determinado momento histórico, o las propias prácticas de las burocracias donde desarrollan su cargo o se formaron como abogados.

En América Latina, los EPDJ se han concentrado mayormente en analizar el fenómeno de la judicialización de la política que, a pesar de ser un fenómeno recurrente en todas las democracias occidentales, reviste particularidades distintivas en nuestra región (Pilar Domingo, 2004; Alexandra Huneus et al., 2010; Rachel Sieder et al., 2005; Catalina Smulovitz, 2005).

A pesar de haber sido inicialmente ignorados por juristas y científicos sociales dedicados al estudio del derecho como fenómeno social, hoy se le reconoce un espacio en el amplio mundo de los estudios sobre Derecho y Sociedad que estudian “el derecho en acción”, como opuesto a “el derecho en los libros”, tanto en América Latina como en los Estados

⁵ En este texto me refiero de forma general a personas o colectivos y categorías de personas utilizando indistintamente el femenino y el masculino.

Unidos. No obstante pertenecer a la academia socio jurídica, estos estudios no han logrado consolidarse todavía en las facultades derecho de nuestra región.

En este trabajo se analizan algunas de las respuestas que los EEDJ nos acercan para entender cómo y porque las juezas deciden lo que dicen. Para esto, en la primera sección se discuten las conexiones entre estos estudios y la academia socio-jurídica que entiende que el derecho y la sociedad ejercen entre si una influencia recíproca. En esa sección se revisan rápidamente las razones históricas, teóricas y metodológicas que inicialmente obstaculizaron el ingreso de estos estudios al campo de los estudios socio-legales. La segunda sección se dedica a analizar las respuestas que estos estudios ofrecen a nuestro gran interrogante, focalizándose la tercera sección en los marcos teóricos dominantes en América Latina y que estudiaron especialmente a los jueces de la Corte Suprema de Argentina (en adelante CSJN). Finalmente, la última sección discute algunos puntos que deberían revisarse a los fines de consolidar el ingreso de los EPDJ en la academia jurídica latinoamericana.

II. Discrecionalidad judicial y estudios empíricos de la decisión judicial

La academia jurídica tradicional sostiene que el derecho es determinante para explicar la decisión de los jueces y que, cuando esto no sucede, dicha decisión se debe considerar una anomalía en el sistema jurídico. Esta postura se basa en la creencia de que el derecho es capaz de limitar la discrecionalidad de las juezas al momento de dictar sus sentencias.

En contra de esta postura, la corriente de EPDJ han argumentado que los jueces son actores políticos y que la toma de decisiones judiciales se encuentra inevitablemente sujeta a su discrecionalidad. Bajo esta perspectiva, las juezas, al igual que otras funcionarias públicas, deben seguir la ley en el sentido de que no pueden tomar decisiones ilegales,

pero tienen un amplio margen de discrecionalidad para elegir entre diferentes cursos de acción, materializados en la posibilidad de elegir entre normas jurídicas alternativas o elegir el criterio para interpretar y dar contenido a la única norma aplicable al caso concreto (Robertson, 1998; Jeffery A. Segal & Harold J. Spaeth, 2002; Martin A. Shapiro & Alec Stone Sweet, 2002). Como señalan Shapiro y Stone Sweet (2002), la “elección” entre diferentes alternativas es la premisa básica del carácter político de los jueces, ya que una de las preocupaciones centrales de la política es el poder y el poder implica la libertad de elegir entre diferentes alternativas de acuerdo a las preferencias (políticas, ideológicas, o de otra índole) de quien decide.

En lugar de considerar la discreción judicial como una desviación o un mal funcionamiento de la propia función judicial, en esta línea de estudios se ha sostenido que la discreción judicial es un hecho inevitable originado por la propia naturaleza del derecho. Se supone que los jueces deben aplicar una norma “objetiva” y “clara” a un caso determinado. Sin embargo, el derecho positivo es susceptible de ser manipulado por los jueces, ya que la norma debe ser interpretada antes de ser aplicada a un caso concreto. Este hecho se hace más evidente en los casos “difíciles” en los que, por ejemplo, los términos de la norma pueden no ser lo suficientemente precisos, el texto legal puede ser obsoleto o incompleto, o puede no haber ninguna norma positiva que rijan una decisión. En palabras de Robertson (*ibidem*), en estos casos la norma a aplicar o su significado es “incierto”.

Y ese carácter “incierto” de las normas jurídicas es el que abre la decisión judicial a la discrecionalidad de los jueces, ya que no existe ningún elemento intrínseco en el derecho positivo que condicione efectivamente a los jueces a tomar una determinada decisión. Como observa Robertson, el derecho “no tiene una textura suficientemente cerrada como para que la discreción judicial carezca de importancia”. Más bien, el carácter incierto de la ley sitúa a los jueces

en una posición privilegiada para elegir la solución al caso concreto que consideren más adecuada, ya sea basándose en su saber jurídico o en otros factores ajenos al derecho (pág.14)⁶. El resultado de un caso legal depende de los factores que los jueces consideran relevantes para tomar sus decisiones y, por lo tanto, la decisión judicial depende de sus preferencias personales.

Es este hecho el que hace que los jueces sean considerados actores políticos. Al igual que los funcionarios políticos, se encargan de tomar decisiones sobre cuestiones relevantes para las partes en conflicto basándose en su propio criterio. Cabe destacar aquí que el énfasis se pone en el proceso de toma de decisiones judiciales más que en el contenido o el resultado de la decisión. Los jueces se consideran actores políticos, ya que el proceso de toma de decisiones judiciales está abierto a su discreción.

Sin dudas, el margen de discrecionalidad de las juezas no es absoluto. El propio derecho positivo le marca límites, ya sea porque excluye algunas alternativas que los jueces podrían haber elegido o les obliga a que determinada decisión adopte ciertas características para ser considerada “aceptable” en determinado contexto jurídico. El derecho, sobre todo a través de las instituciones formales e informales sobre el que se asienta el fenómeno jurídico, también es capaz de moldear y dar contenidos a esas preferencias. En cualquier caso, el derecho tiene relevancia a la hora de entender la decisión judicial, sin dudas, pero no es esencial para determinarla

Además, el margen de discrecionalidad judicial puede ampliarse o achicarse, o incluso modificar el orden de preferencias a los que las juezas responden al tomar decisiones. Se asume que el margen de discrecionalidad se agranda ante, por ejemplo, la inexistencia de mecanismo de rendición de

⁶ ROBERTSON, David. (1998). *Judicial discretion in the House of Lords*. Clarendon Press, Reino Unido.

cuentas de la función judicial, el carácter vitalicio de dicha función, o la desregulación del proceso de toma de decisión judicial (frecuente en el caso de cortes supremas donde los expedientes circulan en tiempo y modo indescifrable entre las diferentes oficinas de un tribunal). Por otro lado, la opinión pública o las elites políticas y económicas también son capaces de influenciar el contenido de una decisión judicial.

Además, a diferencia de otros movimientos académicos que se ocupan del papel de los tribunales en la política y la sociedad, como los estudios jurídicos críticos o la jurisprudencia sociológica, los EPDJ trabajos han pretendido fundamentar empíricamente sus afirmaciones. De esa forma, esta corriente de estudios agrega a esta concepción teórica del derecho y de la decisión judicial el componente empírico.

Estudiar cómo y porqué deciden los jueces es un tema susceptible de ser analizado a través de marcos analíticos útiles para estudiar la conducta de otros actores políticos y a través de diseños metodológicos capaces de capturar las diferentes variables que operan sobre la decisión judicial. La conducta judicial se estudia, así, considerando a los jueces como actores políticos en los términos discutidos más arriba y con las herramientas propias de las ciencias políticas.

Hasta aquí no es difícil advertir aquí que los EEDJ tienen sus raíces teóricas en el realismo jurídico, que irrumpió en la escena de la academia jurídica a mediados del siglo XX, sobre todo en los Estados Unidos. Mucho se ha escrito ya sobre esta corriente, sin embargo, a los fines de este trabajo, es importante destacar que esta escuela se propuso demostrar el carácter impreciso del derecho y su carácter político. A través del razonamiento lógico, por un lado, y la ayuda de las ciencias sociales, por el otro, esta escuela demostró la falta de coherencia y neutralidad de la decisión judicial (Mauricio García-Villegas, 2018).

En ese sentido, se postula como una escuela crítica dentro de la teoría del derecho, pero a la vez empiricista dentro del mundo de las ciencias sociales. Crítica en el sentido que

propone entender al derecho como un fenómeno social y no solo como la norma representada en las leyes y códigos. Por lo tanto, el derecho no se concibe como una disciplina autónoma, que se produce y aplica de con total independencia de los fenómenos que busca regular. Bajo esta visión, el derecho se percibe como inserto en el entramado social que busca regular, en un ejercicio dinámico en el cual el derecho, por un lado, influye y da forma al contexto social, pero a la vez es configurado por las tensiones y procesos que habitan y se desarrollan en ese contexto social.

Bajo esta perspectiva, el realismo propone que el estudio del derecho ya no solo es una tarea propia de la investigación teórica y de la dogmática que estudia la norma, sino que requiere una labor científica que busque describir y explicar cómo el derecho opera en la realidad, como la configura y como esa realidad lo configura. Es justamente, bajo este paradigma, que el realismo abre las puertas a la investigación empírica del derecho, de la cual los EPDJ son un claro exponente.

No obstante, esta conexión teórica con el realismo jurídico, los EPDJ han sido tardíamente incorporados a la academia jurídica que tradicionalmente ha estudiado el derecho como fenómeno social. Como se discute rápidamente en la próxima sección, estos estudios han sido incorporados recientemente al denominado movimiento de estudios sobre Derecho y Sociedad, que ha dominado el estudio empírico del derecho en la academia estadounidense y latinoamericana.

Mas Política en el Derecho y Sociedad

La identidad inicial del movimiento Derecho y Sociedad se centró en el balance entre ciencia y política, entre el objetivo científico de abordar la realidad de forma objetiva, pero a la vez poniendo la agenda de investigación al servicio de grupos más desaventajados.

En ese sentido, se puede decir que este movimiento se ha nucleado alrededor de tres ideas fundacionales, al menos en los en América Latina y los Estados Unidos⁷. Primero, reconoce la influencia reciproca entre derecho y sociedad. Existe un consenso bastante extendido en el movimiento que entienda que el sistema jurídico no es autónomo respecto del contexto político, cultural, social, y económico en el que se encuentra ubicado. Sin dudas, existe discusión hacia adentro respecto del grado de dependencia, en el sentido que algunos reconocen ciertos niveles de autonomías, algunos más, algunos menos (L. M. Friedman, 2005). Pero el punto de partida es alejarse de la idea de que un sistema jurídico sea totalmente autónomo de su contexto, y se acepta que existe una relación de reciproca influencia que configuran sus características. En ese sentido, este movimiento se focaliza en estudiar los factores que dan forma al fenómeno jurídico y como dicho fenómeno interviene y da forma a esos contextos. El derecho, por lo tanto, se entiende situado “en” la sociedad (Lynn Mather, 2011:4).

Por el otro, estos estudios proponen que es a través del estudio interdisciplinario y multidisciplinario de las ciencias sociales que se puede capturar cómo el derecho funciona en la realidad, construyendo así una corriente de estudios

⁷ El análisis de las características propias de los estudios socio-jurídicos en América Latina y los Estados Unidos excede los límites de este trabajo, por lo que me enfoco aquí en los rasgos distintivos comunes y en algunas diferencias relevantes para la discusión propuesta. Esta simplificación con fines expositivos para nada busca invisibilizar importantes diferencias entre estas dos variantes, sobre todo el hecho que en nuestra región esta rama de estudios ha ido evolucionando al ritmo de eventos políticos cruciales, por lo que enfoques, temáticas y perspectivas metodológicas se entiendo como respuestas de un movimiento académico comprometido con los vaivenes del contexto inmediato que le aqueja. Para un análisis detallado de la historia y evolución del movimiento sobre Derecho y Sociedad como de sus ideas fundamentales en América Latina ver Sieder et al. (2019b) Para consultar sobre estos aspectos en los Estados Unidos ver (Lawrence Friedman, 2005; Mauricio García-Villegas, 2018; Lynn Mather, 2011; Macaulay Mertz et al., 2016; Keith Whittington et al., 2011)

empíricos del derecho. Estudiar el derecho como fenómeno social implicó al uso de marcos teóricos y analíticos de diferentes ciencias sociales.⁸

Por último, el campo de “Derecho y Sociedad” busca desarrollar estudios que permitan la consolidación de una democracia basada en principios igualitarios, promoviendo de esta forma una corriente progresista del derecho capaz de promover transformaciones en la realidad social, especialmente enfocada en procesos institucionales y políticas públicas.⁹

Bajo estas premisas, el movimiento de Derecho y Sociedad se avocó a contestar una serie de interrogantes destinado a entender como el derecho funciona en la realidad. En América Latina, los vaivenes políticos dieron forma a una agenda variada que abordó preocupaciones urgentes en diferentes momentos de la historia reciente, incluyendo la

⁸ Inicialmente, este campo se funda alrededor del paradigma positivista de las ciencias sociales y la creencia en la existencia de una sola realidad, cuyo conocimiento es capaz de obtenerse de forma objetiva a través del método científico. El inicial encuadre de estos estudios se fue flexibilizando con el correr de las décadas, y en la actualidad el movimiento incluye a proponentes de otros paradigmas científicos como el interpretativismo, el post-realismo, y el constructivismo (Lynn Mather, 2011).

⁹ Existen constantes de debates hacia dentro del movimiento sobre cuál es la mejor forma de lograr estos objetivos “políticos”. Estos debates ponen en tensión y revisión constante el paradigma científico desde el cual se aborda la realidad a ser estudiada; el foco excesivo en la reforma de políticas públicas que puede dejar de lado miradas más críticas hacia el propio sistema político que las sostiene o las percepciones reales de los actores que las promueven, o deberían promover, y de quienes se benefician, o se deberían beneficiar; o la creciente sofisticación metodológica que corre con el riesgo de orientar los debates a cuestiones científicas que dejan de lado las preocupaciones reales del movimiento. Asimismo, en América Latina estos debates se generan alrededor de diferentes temáticas y en momentos históricos donde se ponen en tela de juicios algunos postulados políticos y académicos “trasplantados” del norte global hacia nuestra región, que van dando forma a la identidad de la academia socio jurídica latinoamericana (Rachel Sieder et al, 2019). Adicionalmente, García Villegas advierte que en Estados Unidos una de las tensiones respecto del carácter progresista del movimiento radicó, en las primeras décadas, a los cuestionamientos al hecho que gran parte del financiamiento de los programas de investigación provenía de fuentes estatales que buscaban apoyar proyectos que permitan mejorar políticas públicas estatales (García-Villegas, 2018).

violencia estatal y particularmente el terrorismo de estado, la democratización, la desigualdad socioeconómica, la violencia de género, la corrupción, los reclamos y derechos de los pueblos originarios, entre varias otras agendas (Sieder et al, 2019). Las mismas fueron abordadas desde interrogantes tales como: ¿Quién usa los tribunales y por qué? ¿Cómo entendemos el trabajo y el impacto de ese intermediario primario en el sistema legal, el abogado? ¿Cómo movilizan el derecho los movimientos sociales? ¿De qué manera influye la ley en la forma en que las personas piensan sobre la vida política y sus interacciones cotidianas con las instituciones políticas y no políticas?

A diferencia de América Latina, donde los EDPJ se consideran como parte de los estudios socio-jurídicos desde el momento que irrumpieron en la escena académica a principios del Siglo XXI¹⁰, la rama estadounidense dejó, inicialmente, de lado los interrogantes relacionados a cómo y por qué deciden los jueces. Dicha exclusión se debió a que, por un lado, los estudios socio-jurídicos se formaron alrededor de un cierto desinterés por el funcionamiento del derecho hacia adentro de las instituciones formales del gobierno y, en consecuencia, de los marcos teóricos de las ciencias sociales basados en el denominado paradigma positivista (Keith E. Whittington et al., 2011). Por otro lado, y como consecuencia del primer aspecto, los EPDJ se percibían como demasiado focalizados en cuestiones metodológicas y perspectivas teóricas demasiado alejadas de preocupaciones normativas y socialmente transformadoras (Andrew Martin & Morgan Hazelton, 2012).

¹⁰ Es en este momento histórico que el estudio de instituciones de tipo judicial y cuasi-judicial dejó de ser estrictamente normativo en nuestra región, lo que dio lugar a estudios empíricos capaces de describir y explicar el funcionamiento de dichas instituciones y el impacto de sus reformas. Así, un nutrido grupo de académicos y académicas del derecho y de las ciencias políticas sientan las bases de los EEDJ en América Latina (Rachel Sieder et al., 2019a).

Ahora bien, ese tardío ingreso de los EPDJ a los estudios socio-jurídicos en los Estados Unidos ocurre desde las facultades de derecho, otra gran diferencia con lo que sucedió en nuestra región. Sin dudas, el realismo jurídico ha dejado su marca en la enseñanza del derecho desde los 60's, pero la agenda de investigación recién hacia principios del Siglo XXI donde sucede un nuevo y profundo giro empírico en las facultades de derecho¹¹. Así se consolida una emergente línea que se engloba en los denominados *estudios empíricos del derecho*, que busca profundizar el uso de las teorías y metodologías de las ciencias sociales para brindar mayor rigor científico a los estudios socio-jurídicos (Mauricio García-Villegas, 2018). Dentro de este contexto es que profesoras de derecho traen al movimiento los marcos teóricos y metodologías que en las ciencias políticas se habían usado para analizar la decisión judicial. Este proceso implicó no tan solo una apertura a los EPDJ por parte de quienes empujan agendas de investigación empírica, sino también de la academia jurídica con objetivos más normativos (Barry Friedman, 2005, 2006).

Mientras tanto, en América Latina, los EPDJ son parte de la academia socio-jurídica, pero todavía no totalmente consolidados en las facultades de derecho. Couso (2010) señala que estos estudios han crecido en la región sin que se haya producido un dialogo sustantivo entre quienes estudian el fenómeno desde las ciencias políticas y quienes miran la decisión judicial desde los diferentes marcos de la academia jurídica latinoamericana. Las razones de esta falta de dialogo quizás se encuentren en, por un lado, el inicial desinterés de los EPDJ por considerar al derecho

¹¹ Autores como Stewart Macaulay (2016), sostienen que la idea de derecho como fenómeno social y el espíritu crítico del realismo jurídico logró ingresar y consolidarse en las aulas de las facultades de derecho de los Estados Unidos con cierta facilidad durante todo el siglo XX, logrando que se “hable” mucho del derecho como un fenómeno social y se enseñe como funciona en la práctica, pero que se lo “investigue” poco desde una perspectiva socio jurídica.

como variable explicativa de la decisión judicial (tal cual como se discute en la próxima sección) y, por el otro, el rol marginal que tienen las teorías críticas del derecho con ascendencia en el realismo jurídico en la enseñanza del derecho en las facultades de derecho latinoamericanas¹². Sin embargo, en la actualidad se observan puentes prometedores en varias facultades de derecho de la región, donde esta agenda de investigación es impulsada tanto por académicas del derecho como cientistas sociales que se suman a las mismas¹³.

En conclusión, los EPDJ se inscriben en una tradición de estudios que consideran que la decisión judicial se encuentra inevitablemente abierta a la discrecionalidad de los jueces. Pero es esa característica, el poder elegir entre más de una alternativa para decidir un caso, la que configura a los jueces como actores políticos. Bajo estos presupuestos, los EPDJ se cuentan entre los herederos del realismo jurídico y parte del amplio campo de los estudios sobre Derecho y Sociedad, tanto en América Latina como en los Estados Unidos. Y en esta conexión con la gran familia de estudios socio-legales, los EPDJ proponen diferentes marcos analíticos para estudiar empíricamente cuál es ese margen de discrecionalidad que gozan los jueces, y los factores que determinan sus elecciones. Si bien se consideran como parte de la academia socio jurídica tanto latinoamericana como estadounidense, su inserción en las facultades de derecho de nuestra región todavía no se ha consolidado. Las próximas dos secciones repasan estos modelos de análisis de la decisión judicial.

¹² No se pueden negar ciertos desarrollos que marcan un interés por incorporar visiones del derecho ancladas en su condición de fenómeno social y el interés de analizarlo en la práctica, como ha sido la incorporación de las clínicas jurídicas en toda la región (Gabriel Pereira, 2020).

¹³ En este trabajo se citan las obras de varios académicos sociojurídicos que desde la academia jurídica impulsan los EPDJ.

III. Marcos teóricos para el estudio empírico de la decisión judicial¹⁴

Los EPDJ se basan en la idea de que el derecho y la sociedad ejercen entre sí una influencia recíproca, donde el derecho configura las relaciones sociales, políticas, culturales y, a la vez, estas relaciones determinan el contenido propio del derecho. En ese sentido, para estos estudios, la decisión judicial, considerada como situada en el entramado social y político en el que los jueces actúan, debe ser estudiada como sujeta a las cosmovisiones sociales y políticas de quienes deciden, al contexto político donde actúan, a los condicionantes de las instituciones de la cual son parte.

En este sentido, los EPDJ intentan contestar empíricamente uno de los interrogantes clásicos de la academia jurídica, que no es más ni menos si las juezas son (pueden ser o deben ser) aplicadores neutrales del derecho. Para ello, se proponen tres modelos de análisis que acercan respuestas desde una perspectiva empírica.

Aunque coinciden en la premisa básica de que la decisión judicial está abierta a la discrecionalidad de los jueces y por lo tanto se ve afectada por sus preferencias personales, discrepan en cuales son los factores realmente determinantes. El debate se centra sobre en qué medida la decisión judicial es una función de aspectos tales como las preferencias políticas de los jueces, las vicisitudes del contexto político donde se mueven los jueces, o los contextos institucionales jurídicos (incluyendo tanto las instituciones que dan vida y contienen a ese fenómeno jurídico como lo es el propio po-

¹⁴ Teniendo en cuenta los orígenes de estos estudios como el foco de este trabajo, la presente y la próxima sección se construyen haciendo referencia tanto a la literatura anglosajona fundacional que dio forma conceptual y metodológica a los EPDJ como también los trabajos aplicados a, aunque no siempre realizados desde, jueces de cortes supremas o cortes constitucionales de América Latina. Por razones expositivas, no se incluyen aquí los excelentes trabajos de Rebecca BillChavez (2004) y Andrea Castagnola (2017) que expanden la mirada a jueces provinciales.

der judicial y la cultura jurídica que moldea las ideas sobre el derecho que tienen las juezas) realmente determinan esas decisiones. Preferencias, contextos, e instituciones jurídicas son variables independientes capaces de explicar porque los jueces deciden lo que deciden.¹⁵

El modelo actitudinal: la ideología política como determinante de la decisión judicial

Cronológicamente, el modelo actitudinal es el primer enfoque que conceptualiza y mide los factores externos al derecho que afectan a la toma de decisiones judiciales. La premisa básica del modelo actitudinal es que, como señala Robertson (1998), los jueces toman decisiones judiciales basadas en un núcleo de preferencias prioritarias y luego despliegan argumentos jurídicos para justificarlas.

En este sentido, los autores actitudinales sostienen que los jueces se comportan según un modelo de hechos-estímulo-respuesta, en el que los votos de los jueces son respuestas a los estímulos proporcionados por los casos que se les presentan. Este modelo es fuertemente influenciado por las ideas centrales de la escuela de pensamiento legal realista, ya que la mayoría de los académicos actitudinales sugieren que una vez que se identifican las preferencias que priorizan los jueces en sus decisiones, no es necesario estudiar otros factores para entender la decisión judicial (Robert Bradley, 2003).

Además, este modelo supone que estas preferencias son fijas y exógenas. Se entienden como configuradas previamente al momento de decidir, determinadas por estructuras psicológicas, vivencias personales, o antecedentes sociales de cada jueza. A la vez, son exógenas porque se consideran externas al contexto institucional o a las consideraciones ju-

¹⁵ Los principales supuestos de cada modelo se discuten teniendo en cuenta autoras cuyas contribuciones se consideran fundacionales en la construcción de cada modelo, a los fines de que el lector pueda tener acceso a quienes moldearon el campo desde sus orígenes.

rídicas de las juezas (Nancy Maavety y John Maltese, 2003: 53). Los hechos del caso o el contexto de la decisión no influyen sobre estas preferencias, ni sobre su orden de prioridad.

A pesar de que este modelo no cierra la puerta a otras preferencias, este se ha entrado en las preferencias ideológicas de los jueces. En este sentido, autores como Segal y Spaeth (2002) destacan a los valores ideológicos de los jueces (medidos como conservadores, liberales o moderados) como la variable determinante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU (pág. 98)¹⁶.

A pesar de que la mayoría de estos estudios se centran en las categorías ideológicas expresadas ampliamente, el modelo actitudinal no niega el potencial impacto de otras preferencias, que son a la vez políticas, pero que van más allá de las categorías conservador-moderado-liberal. En este sentido, el trabajo de Beverly Blair Cook se dedicó principalmente a analizar hasta qué punto las juezas son más propensas que sus colegas masculinos a avanzar posiciones igualitarias respecto del género en sus casos (Jeffrey Epstein & Lynn Mather, 2003).

Mientras ha sido de gran utilidad para estudiar la decisión judicial en los Estados Unidos y en el Reino Unido, este modelo se ha usado poco en América Latina, quizás por las características propias del contexto latinoamericano, punto al que regreso más adelante en este trabajo. Uno de estos trabajos es el de Juan G. Bertomeu et al. (2017) que, usando una innovadora metodología, explica que la dicotomía entre jueces conservadores y liberales explica las decisiones de la CSJN entre 1984 y 2007 en casos sobre derechos fundamentales, especialmente relacionados a discriminación, derecho a la defensa de acusados en procesos penales, derecho a la salud, y derecho a la intimidad. Como en casi todos los estudios dentro de este modelo, existe una

¹⁶ SEGAL, Jeffrey. A., & SPAETH, Howard. J. (2002). *The supreme court and the attitudinal model revisited*. Cambridge University Press, Reino Unido.

relación entre los valores ideológicos de las juezas y los presidentes que les designaron.

En pocas palabras, centrado en el estudio de los tribunales en los Estados Unidos, el modelo actitudinal propone que las sentencias representan sus preferencias políticas individuales. Este modelo es criticado por aislar la decisión judicial del contexto donde operan los jueces, asumiendo que las preferencias de los jueces se conforman de forma independientes a su formación profesional y el cargo que ocupan, son fijas, y persisten a lo largo del tiempo. En estos estudios, el derecho es irrelevante en el proceso de decisión judicial, y es considerado solo un instrumento a los que los jueces recurren para dar forma jurídica a sus propias preferencias. Este modelo no ha sido usado con frecuencia en América Latina donde las vicisitudes de los contextos políticos tienen un impacto relevante sobre la decisión judicial, tal como se estudia bajo el siguiente modelo.

El modelo estratégico de decisión judicial: el contexto político como determinante de las sentencias

El modelo estratégico de decisión judicial propone que las juezas toman en cuenta las potenciales reacciones a sus sentencias de otros actores claves del contexto político. Según los principales estudiosos inscritos en este modelo, como Murphy (1964) y Epstein & Knight (1998), este enfoque tiene los siguientes supuestos básicos: a) los actores sociales, incluidos los jueces, realizan elecciones conscientes para alcanzar determinados objetivos; b) actúan estratégicamente, ya que sus elecciones dependen de sus predicciones sobre los comportamientos de otros actores; y d) estos comportamientos están estructurados por los entornos políticos e institucionales donde se desarrollan.

Este modelo coincide con las premisas del modelo actitudinal básico en que las preferencias personales de los jueces son relevantes para entender el comportamiento ju-

dicial. Además, ambos modelos coinciden en que no sólo las preferencias ideológicas pueden intervenir en la toma de decisiones, sino también otras preferencias relacionadas al desarrollo de su carrera profesional, su vocación de acrecentar la legitimidad institucional del tribunal, etc. En los dos modelos, el derecho es una herramienta usada por las juezas para llevar a adelante sus preferencias personales.

Sin embargo, el modelo estratégico se diferencia del actitudinal en el nivel de relevancia que tienen las preferencias personales de los jueces en la determinación de la decisión judicial. Para el modelo estratégico, las juezas no toman decisiones basadas exclusivamente en sus propias preferencias. El cálculo estratégico sobre si alcanzará o no sus objetivos es el que determinará su curso de acción. Mientras que el modelo actitudinal predeciría, por ejemplo, que un juez liberal votaría en una dirección determinada en cualquier caso de derechos civiles, el modelo estratégico predeciría que, a pesar de su ideología liberal, el juez podría elegir un curso de acción alternativo basado en un análisis de contexto que le llevara a concluir que moverse de acuerdo con estas preferencias implicaría fracasar en sus intentos de hacer prevalecer su visión política en la realidad que busca transformar (esa realidad no solo incluye los hechos del caso sino también su propia jurisprudencia, las políticas del gobierno de turno que puede o no coincidir con esos valores políticos, etc.).

El enfoque estratégico puede dividirse en dos grandes líneas. La primera rama se centra en la interacción dentro de los tribunales, donde la dinámica de grupo y la toma de decisiones interdependientes condicionan las decisiones individuales de cada juez (Nancy Maveety (2003)). Estos estudios analizan cómo el liderazgo de algunas juezas y las reglas formales e informales que rigen las interacciones internas de un tribunal afectan las decisiones. Bajo este prisma, los jueces podrían cambiar sus propias preferencias debido a dicha interacción, dando lugar a lo que Howard denominó “fluidez

de la elección judicial” (Nancy Maavety y John Maltese, 2003). Según esta noción, los jueces cambian sus votos y alteran el lenguaje de sus opiniones en función de las dinámicas internas de un tribunal.

La segunda vertiente pone su foco en la interacción entre juezas y actores externos a sus tribunales, ya sea dentro o fuera de la estructura del poder judicial. La decisión judicial se entiende como una función de la interacción de diferentes actores. En los Estados Unidos, sobre todo, el enfoque ha tenido en cuenta, sustancialmente, las relaciones entre jueces y los poderes legislativos, que tienen capacidad de anular o diluir los efectos de una sentencia. La afirmación central de este enfoque es que la toma de decisiones judiciales es interdependiente. Los jueces tienen preferencias sobre determinadas políticas, pero a la vez son también conscientes de la necesidad de tomar decisiones que sean aceptables para otros actores.

Este modelo ha dominado el estudio de la decisión judicial en América Latina (Juan González-Bertomeu, 2019; Ezequiel Gonzalez-Ocantos, 2019). Estos estudios sugieren que, más allá de sus posiciones ideológicas u otro tipo de preferencias, calculan las reacciones de otros actores políticos. Sin embargo, el cálculo se concentra en evitar ataques o represalias de los gobiernos de turno. Esto se debe a un patrón de debilidad institucional y ataques a los cuales se han enfrentado las cortes en nuestra región. Por lo tanto, según estos estudios, antes de hacer prevalecer sus preferencias en una sentencia, los jueces calculan estratégicamente hasta qué punto dicha sentencia les podría traer problemas frente a otros actores que operan un sistema político. Dado su preponderancia en los EPDJ latinoamericanos, esta línea de análisis profundiza en la próxima sección.

En definitiva, el modelo de la decisión estratégica complejiza la relación entre los hechos de un caso bajo decisión judicial, las preferencias de quien lo decide, y el contexto donde esta persona opera. Así, propone que los jueces consi-

deran y calculan las reacciones de otros actores que pueden influir, negativa o positivamente, en el curso de sus propias acciones. Sin dudas, propone una mirada más sofisticada de la decisión judicial, aunque mantiene, junto al modelo actitudinal, al derecho alejado de las variables que determinan la decisión judicial.

El modelo del nuevo institucionalismo: volviendo la mirada al derecho y sus instituciones

El modelo del nuevo institucionalismo es el que acerca nuevamente el derecho como elemento determinante de la decisión judicial. Pero no en la forma tradicional que la academia jurídica generalmente lo hace. Este propone poner atención a las diferentes cosmovisiones jurídicas de los jueces, las prácticas cotidianas de la función judicial que dan forma a la conducta de los jueces, y las reglas formales e informales que dan vida al fenómeno jurídico.

Este tercer modelo sitúa a las instituciones formales e informales del derecho como determinantes centrales del comportamiento judicial. Así, las instituciones en general no se entienden como un mero escenario contextual donde se forman las preferencias. Por el contrario, las instituciones se consideran esenciales en el proceso de formación de esas preferencias, ya que les dan forma, dirección y significado (Gillman & Clayton, 1999). Por lo tanto, entender el comportamiento judicial requiere comprender el contexto institucional y cultural en el que se realizan los comportamientos. Esto requiere, entonces, como el fenómeno jurídico y la función judicial configuran las preferencias y percepciones que los jueces tienen sobre su función y el rol que deben desempeñar.

En particular, este grupo de estudios propone que las preferencias personales que determinan la decisión de los jueces son producto de procesos de socialización, tanto en la academia jurídica como dentro de sus propios poderes judi-

ciales, donde se tallan sus concepciones sobre el derecho y las visiones misiones profesionales que determinan su comportamiento. El modelo institucional coincide con la premisa básica de que el proceso de toma de decisiones judiciales está abierto a las preferencias de los jueces.

Sin embargo, discrepa de los modelos anteriores en cuanto se considera que las preferencias políticas y las oportunidades que el contexto político ceden frente a un bagaje jurídico con los que los jueces se equipan durante estos procesos de socialización. Por lo tanto, este tercer enfoque afirma que el comportamiento de los jueces no puede explicarse centrándose únicamente en sus preferencias personales o en su comportamiento estratégico racional. Más bien, el comportamiento judicial debe explicarse como parte de las instituciones, formales e informales, en el que los jueces operan.

En particular, autores como Shapiro & Stone Sweet (2002) sostienen que los jueces hacen política de una manera bastante diferente a la de otros funcionarios políticos, ya que la profesión jurídica y la función de los tribunales determinan su comportamiento. Por ejemplo, Robertson (1998), analizando el comportamiento judicial de la Cámara de los Lores en el Reino Unido señala que las decisiones judiciales se explican por una ideología común acerca del rol de estos jueces en la democracia británica y el valor del derecho positivo en la cultura jurídica británica.

En América Latina, los EPDJ enrolados este modelo se focalizaron en estudiar hasta qué punto las cosmovisiones sobre el derecho, las reglas burocráticas del poder judicial y las concepciones sobre el rol del poder judicial en el sistema político determinan a que los jueces sean más o menos proclives a una posición activista respecto de la protección de derechos humanos.

Justamente, bajo este modelo se ha estudiado la tensión entre dos de los paradigmas jurídicos que tensionan las culturas jurídicas en América Latina. Como lo remarca Gonzales Ocantos(2019) en una excelente revisión de la literatura

sobre este modelo, estos estudios mostraron empíricamente como la visión formalista del derecho promovió un ideal de juez que favorece el *status quo* y apegado a valores conservadores en estudios de países como Chile, Brasil y México.

Por otro lado, la emergencia del paradigma del nuevo constitucionalismo es abordado también por estos estudios, destacando que nuevos cánones jurídicos moldearon los procesos de socialización de los operadores jurídicos en la región, equipando a las juezas con nuevas herramientas técnicas y doctrinales conducentes a un activismo judicial progresista en términos de protección de derechos.¹⁷ Por ejemplo, González Ocantos (2016) demostró que el impulso de las causas de lesa humanidad en Argentina desde los principios del siglo veintiuno fue determinado, en lo que hace a las motivaciones de los jueces, por profundas transformaciones en las preferencias legales de jueces y fiscales, que dejaron de lado criterios formalistas y positivistas de larga data que promovían miradas conservadoras del derecho. Así, adoptaron visiones innovadoras respecto de cómo conceptualizar los criterios de imputación penal, analizar la prueba en casos de alta complejidad y resolver el problema de las amnistías. Su trabajo ofrece patrones de conductas que revelan que nuevas visiones sobre el derecho y el rol del poder judicial emergieron en nuestra compleja cultura legal, representando una alternativa para aquellos que se resistían a mirar al derecho desde el prisma formalista.

¹⁷ Gonzalez Ocantos destaca que los estudios latinoamericanos enrolados en este modelo han ido más allá de explicar que el impacto del paradigma del nuevo constitucionalismo en la decisión judicial, sino que también enfocaron sus esfuerzos a estudiar el origen de estas nuevas ideas sobre el derecho y los modos que se canalizaron hacia dentro de los poderes judiciales de la región. Así, según su revisión, estos estudios dan cuenta de las disputas hacia dentro de la academia jurídica latinoamericana, las oportunidades de promover una diferente forma de entender el derecho generadas por las reformas judiciales a lo largo de la región, el liderazgo y organización de jueces con miradas innovadoras sobre el derecho en países como Brasil, Chile y México; el particular impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos en los tribunales de la región; y el innovador proceso de movilización legal que trajo a los poderes judiciales conflictos sociales enmarcados en lenguaje de derechos.

El tercer modelo considera que los anteriores reducen a los jueces a actores políticos tradicionales, sin tener en cuenta las particularidades de las instituciones a las que pertenecen, su misión y las funciones que cumplen. Las instituciones, formales e informales, son variables determinantes de las decisiones de los actores que las conforman, ya que ellas establecen misiones, visiones, valores y códigos de conducta que conforman los lentes profesionales a través de los cuales, en nuestro caso, los jueces toman decisiones sobre sus casos.

El recorrido rápido de estos modelos requiere aclarar que la división entre los mismos no es tajante. Muchos trabajos entrecruzan análisis de diferentes tipos de variables, o al menos no necesariamente sostienen que un solo un solo tipo de consideraciones siempre determina la decisión judicial. Por el contrario, la mayoría de los estudios reconocen las limitaciones de sus hallazgos empíricos, advirtiendo que sus variables independientes funcionan para algunos casos y no necesariamente para otros. Por lo tanto, la tarea de la investigación empírica es doble. Por un lado, importa identificar cuáles son las consideraciones, ya sea de tipo ideológicas, estratégicas o institucionales, que cada juez considera relevantes y, por el otro, identificar los casos en que esas consideraciones son las que guían la decisión judicial.¹⁸

IV. Decisión estratégica en las cortes supremas de América Latina

Los altos niveles de inestabilidad judicial son comunes en toda América Latina. No es una exageración afirmar que

¹⁸ En ese sentido, Diana Kapiszewski (2012) ha demostrado empíricamente como diferentes bloques de preferencias y consideraciones determinan la decisión de jueces en diferentes contextos. Ella propone la teoría del balance táctico, en el cual los jueces, en base al análisis de los hechos del caso y el contexto donde se dictan, eligen priorizar un tipo de consideraciones sobre otro.

los tribunales de la región siguen operando en contextos políticos hostiles (Ezequiel González-Ocantos, 2019). Recientes revisiones de la literatura sobre EPDJ (Juan González-Bertomeu 2019; Ezequiel González-Ocantos 2019; Sieder 2020) destacan que la consolidación de la democracia en la región no ha garantizado la seguridad institucional del poder judicial, por lo menos al nivel de las cortes supremas. Helmke (2017) encontró 36 intentos de cambiar la composición de cortes supremas por parte de poderes ejecutivos, congresos, o ambos en entre 1985 y 2009 en toda la región. Su estudio incluye intentos de destitución, renuncia forzada y reforma del número de jueces de un tribunal. Argentina no es una excepción, donde todos los presidentes democráticos y de facto, excepto tres, han logrado alterar sustancialmente la composición de la CSJN desde 1946 hasta 2005 (Pereira, 2014).

En estos contextos, no es descabellado esperar que la toma de decisiones judiciales esté impulsada por la preocupación de los jueces por su estabilidad laboral y la estabilidad institucional de sus cortes. Teniendo en cuenta este aspecto, un sector mayoritario de los EPDJ en América Latina ha adaptado el modelo de la decisión estratégica a nuestra región, tal cual se discute en los siguientes apartados.

Los aportes de la hipótesis de la fragmentación política¹⁹.

El modelo estratégico estándar asume que los jueces gozan de estabilidad en sus cargos y que la composición de los tribunales no está sujeta a los vaivenes políticos de un país, presunción que no se puede aplicar a la historia institucional

¹⁹ Es importante destacar que la rama estratégica de los EPDJ en América Latina ha producido una rica gama de marcos analíticos que van más allá de los que se mencionan en esta sección. Los límites de este trabajo no permiten abordarla en detalle, por lo que recorro a ciertos trabajos que permiten simplificar la discusión especializada y mostrar los supuestos básicos en donde se apoyan todos estos modelos. Para revisar estas variantes con más detalles sugiero consultar Gretchen Helmke & Rios-Figueroa (2011); Juan González-Bertomeu (2019); y Ezequiel Gonzalez-Ocantos (2019).

de las Cortes Supremas en América Latina. Por el contrario, el contexto político en el que operan las juezas en nuestra región nos lleva a presumir que, ante la vulnerabilidad institucional de sus cortes o su propia estabilidad, las juezas tienen incentivos para decidir casos en una forma que evite el conflicto con gobiernos que son capaces de atacarles.

Teniendo en cuenta este presupuesto, el modelo estratégico adoptó la llamada hipótesis de la fragmentación política (Gretchen Helmke & Juan Ríos Figueroa, 2011). Esta hipótesis propone que es probable observar sentencias deferentes hacia el gobierno de turno cuando el mismo se encuentre en posición de coordinar fácilmente una respuesta institucional sancionatoria a una decisión adversa (Gretchen Helmke, 2005; Julio Ríos-Figueroa, 2007). Sin embargo, cuando el poder político se encuentra dividido, es decir en manos de diferentes facciones políticas, esa coordinación es más difícil y se crea un espacio para decisiones judiciales más alejadas de los intereses de los gobiernos de turno.

La hipótesis empírica central que emerge de este enfoque es que los gobiernos fragmentados facilitan decisiones alejadas del poder de turno, mientras que los gobiernos unificados fomentan la deferencia. Como lo explican referentes de este enfoque (Rebecca Chávez et al., 2011: 220), el término “unificado” se utiliza cuando los poderes legislativo y ejecutivo tienen una misma ideología política, que a menudo, aunque no necesariamente, ocurren cuando el poder ejecutivo y el legislativo están controlados por un solo partido mayoritario, relativamente homogéneo. A su vez, sostienen que los gobiernos divididos pueden surgir cuando el control de los poderes ejecutivo y legislativo está en manos de partidos o coaliciones ideológicamente distintos o ya sea cuando un partido mayoritario controla los dos poderes, pero es ideológicamente heterogéneo (o cuando la fragmentación es producto de la exigencia constitucional de configurar mayorías especiales para ciertos tipos de actos legislativos). En todos los casos, lo que restringe la capacidad de los gobiernos para

sancionar a los jueces es cómo el poder político se distribuye entre los diferentes actores institucionales. Así, como destaca Staton (2010), esta hipótesis caracteriza al poder judicial como limitado y los límites están definidos por la fragmentación del poder del gobierno.

En relación a la CSJN, Helmke (2005), Herrero (2008) e Iaryczower et al (2002) revelaron el patrón de conducta estratégica que confirma que sus jueces evitaron pronunciarse en contra de los intereses prioritarios del gobierno de turno para evitar conflictos políticos cuando el gobierno tenía el control del Congreso. Por un lado, Iaryczower et al (2002: 700) trataron de determinar los factores de comportamiento que contribuyeron a la probabilidad de que un juez de la CSJN votara a favor o en contra de la constitucionalidad de normas nacionales.²⁰ Analizando solo casos denominados como “trascendentes” desde 1935 hasta 1998 y utilizando las sentencias de la CSJN como unidad de análisis, se observa un aumento del 13 por ciento en la probabilidad de una decisión a favor de la constitucionalidad de una norma cuando el gobierno de turno tiene una mayoría suficiente para cambiar el número de miembros de la CSJN. Un aumento del 23 por ciento en esta probabilidad ocurre cuando los gobiernos tienen una mayoría suficiente para remover a los jueces (Matías Iaryczower et al, *ibidem*).²¹ Adicionalmente, observaron que cuanto más largo es el tiempo restante para un cambio de gobierno que también represente cambios de orientación política, mayor es la probabilidad de que una norma sea validada constitucionalmente (*Ibid.*).

²⁰ Examinaron 1.646 casos legales. Para distinguir entre casos importantes y sin importancia, el conjunto de datos incluye sólo aquellos casos: a) que impliquen la constitucionalidad de normas gubernamentales, incluyendo leyes, decretos presidenciales y resoluciones administrativas; B) la Corte se pronunció a favor o en contra de la constitucionalidad de una norma impugnada; y c) que fueron publicados *in extenso* en la revista *La Ley*.

²¹ La tendencia se mantiene al usar el voto individual de cada juez (*Ibid.*: 711).

Por su lado, Helmke (2005) se interesó en saber por qué los jueces de la CSJN dictan sentencias en contra del gobierno de turno. Su trabajo elabora la tesis de la *defección estratégica*, que propone que cuando la principal amenaza surge de un futuro gobierno, los jueces podrían tener incentivos para fallar contra el gobierno de turno, aun cuando jueces y gobiernos compartan visiones políticas. Cabe señalar que, bajo este análisis, la capacidad de los gobiernos en el poder y de los futuros de amenazar a los jueces está inversamente relacionada. Cuando la amenaza de la oposición es creíble, el gobierno en ejercicio no tiene medios para mantener a los jueces en línea. Por lo tanto, ocurre un ciclo político inverso en el cual los jueces se apartan estratégicamente del gobierno que comienza a perder poder.

Helmke aplicó su modelo de *defección estratégica* a cuatro gobiernos argentinos, la última dictadura militar (1976-83), la presidencia de Alfonsín (1983-89) y las dos administraciones sucesivas de Menem (1989-1995 y 1995-99)²². En coincidencia con las conclusiones de Iaryczower *et al*, los resultados estadísticos de Helmke revelaron que el número de sentencias contrarias al gobierno de turno subía a medida que la oposición crecía en poder político; y que dicha sentencia se revertía cuando el gobierno de turno se mantenía fuerte en términos políticos.

Finalmente, Herrero (2008) investigó los factores que explican la cooperación de los magistrados con el poder ejecutivo en casos altamente sensibles para los gobiernos de turno entre 1983 y 2005. A diferencia de Iaryczower *et al* y Helmke, Herrero desarrolló una investigación cualitativa sobre “casos de alta prioridad del ejecutivo” en los que una decisión contraria al gobierno podría obstaculizar severamente las prioridades políticas del presidente” (Álvaro Herrero, 2008:

²² Ella analizó más de 11.000 decisiones individuales de los jueces en los casos que involucran al gobierno en el poder como un partido o un decreto presidencial que involucra al gobierno en el poder cuando se tomó la decisión.

38). Sus principales conclusiones sugieren que la CSJN evitó consistentemente poner obstáculos a las preferencias en políticas del gobierno debido a consideraciones estratégicas, en tres cuestiones políticas claves: juzgamiento de los responsables del terrorismo de estado, jubilaciones y emergencia económica. Solo excepcionalmente, de acuerdo a su estudio, la CSJN aplazó el tratamiento de esos casos durante muchos años, evitando así el conflicto con el gobierno en ejercicio mientras que esperaba al mismo tiempo un cambio electoral (Álvaro Herrero, *Ibid.*: 325).

Sin dudas, la hipótesis de la fragmentación política ha dominado los EPDJ en América Latina (Juan González-Bertomeu, 2019; Ezequiel Gonzalez-Ocantos, 2019)²³. Sin embargo, como señalan Hemke y Staton (2011: 308-310), las inferencias básicas de los modelos de fragmentación no logran explicar algunos desarrollos de la historia política reciente de las cortes supremas en la región. En el próximo apartado se discuten algunas de estas limitaciones restringen el poder explicativo de esta hipótesis y dan lugar a nuevas propuestas, todavía enrolada en el modelo estratégico de decisión judicial.

Las limitaciones de la hipótesis de la fragmentación política y explicaciones alternativas

La historia política reciente de América Latina presenta ejemplos que no pueden ser explicados por la hipótesis de la fragmentación política (Helmke & Staton, 2011). El hecho mismo que sigan sucediendo presiones y ataques de gobiernos de turno nos lleva a pensar que ese tipo de cálculo estratégico no está funcionando.

Los jueces latinoamericanos están constantemente expuestos a los ataques políticos, incluso en el contexto de

²³ Las obras más influyentes que analizan el comportamiento judicial en América Latina son Rebecca Bill Chávez (2004); Gretchen Helmke (2005); y Julio Ríos-Figueroa (2007).

un gobierno dividido, como sucedió en diferentes momentos durante la presidencia de Evo Morales (Andrea Castagnola & Adolfo Pérez-Liñán, 2011) o el caso de Eduardo Duhalde en Argentina, quien acusó a todos los jueces de la CSJN en el año 2002, a pesar de la fragilidad de su gobierno (Gabriel Pereira, 2014).

Por otro lado, a veces en los casos en los que existe un gobierno unificado, los jueces parecen sentirse protegidos y dictan sentencias que contradicen los intereses prioritarios de la agenda del gobierno de turno. Por ejemplo, en Argentina, la CSJN dictó un fallo en contra de un paquete de leyes relacionados a la llamada “democratización del poder judicial”, un tema de interés prioritario para la agenda de la presidenta Cristina Fernández de Kirchner. Esas leyes fueron aprobados por un congreso dominado por la coalición oficialista, en un contexto de poder político unificado en manos de la presidenta.

Asimismo, incluso cuando el poder se distribuye entre los diferentes actores políticos, algunos jueces prefieren ser deferentes en la toma de sus decisiones en lugar de ejercer su autoridad en contra de los gobiernos, como es el caso de Brasil donde tanto Daniel Brinks (2011) como Diana Kapiszewski (2011) señalan que los jueces del Supremo Tribunal no han aprovechado la constante fragmentación política de los gobiernos de turno.

La limitación de la teoría de la fragmentación para explicar estos acontecimientos importantes requiere explicaciones alternativas. Es plausible pensar que los jueces realmente toman en consideración cómo el poder se distribuye entre los actores formales. Pero también es plausible que esta no sea la única variable que toman en cuenta, aun cuando se mantiene la premisa de que las juezas todavía están preocupadas por su estabilidad en el cargo y la estabilidad de sus cortes.

Desde este punto de vista, tres nuevos elementos del contexto político latinoamericano merecen atención. Primero, en

la actualidad no se puede negar la alta visibilidad pública de los asuntos judiciales, uno de los aspectos de la llamada judicialización de la política (Rachel Sieder et al., 2005). Las noticias judiciales se han convertido en noticias políticas, y el público mínimamente interesado en cuestiones políticas está expuesto a coberturas mediáticas donde las cortes supremas ocupan un rol central. De hecho, muchas cortes supremas contribuyen explícitamente a este fenómeno, implementado políticas de comunicación destinada a dirigir estratégicamente la atención pública a algunos de sus fallos y otras actividades por fuera de la actividad jurisdiccional (Jeffrey Staton 2010, Gabriel Pereira 2014, 2021).

Segundo, los modos de represalia o presión hacia los jueces no siempre se materializan en acciones institucionales que requieren la coordinación del poder ejecutivo y el legislativo. Como lo marcan estudios recientes, hay otras formas de presión, menos costosas en términos de negociación política, como el uso de lobistas y comunicaciones informales, campañas mediáticas para desprestigiar la imagen de una corte o sus juezas, o la falta, o demora, en la activación de reformas comprometidas o consideradas esenciales para el buen funcionamiento de los tribunales (Mariana Llanos et al., 2016; Jessica Walsh, 2016).²⁴

El tercer elemento de contexto en la región se relaciona a las reacciones de la ciudadanía frente a noticias judiciales. Se podría alegar que las mismas no generan cambios de con-

²⁴ Por ejemplo, debido a los procesos de destitución y a las renuncias entre 2003 y 2005, se produjeron seis vacantes en un tribunal de nueve plazas. El presidente Kirchner cubrió cuatro de esos seis y, por lo tanto, sólo siete jueces se sentaron en una Corte que se rige por las reglas de toma de decisiones de nueve miembros, que requiere una mayoría de al menos cinco jueces para dictar una decisión. Aunque el Gobierno tenía legalmente la prerrogativa de nombrar dos nuevos jueces leales o impulsar por vía legislativa la reducción del tamaño del Tribunal, no actuó durante más de un año. Esta situación representó un obstáculo real para que los jueces decidieran sobre casos muy relevantes en los que no podían alcanzar una mayoría. La inacción del gobierno fue percibida en el debate público como una estrategia para presionar al tribunal e impedir que los jueces decidieran sobre cuestiones políticamente controvertidas (Pereira 2014).

ductas en quienes las consumen y, por lo tanto, no tienen poca relevancia. Sin embargo, existen casos en toda la región donde se han observado reacciones que llaman la atención. Hay casos donde ciertos sectores de la sociedad se movilizan vocalmente frente los ataques políticos a jueces o intentos de modificar la composición de cortes supremas, sus tribunales superiores nacionales. Por ejemplo, en el año 2005, el intento del presidente Lucio Gutiérrez de designar en la Corte jueces políticamente afines provocó masivas manifestaciones callejeras. Como lo describe Helmke (2010), Gutiérrez fue forzado a renunciar. En Argentina, además de la experiencia de movilización social durante la crisis del 2001 que tuvo a los jueces de la CSJN en el centro de las protestas (Mauro Benente, 2011; Alba Ruibal, 2012), los ejemplos de movilización colectiva frente a eventos de índole judicial son numerosos. El más reciente, por su magnitud y relevancia, sucedió cuando el Presidente Macri en el 2015, al inicio de su mandato, intentó nombrar dos jueces en la CJSN a través de un mecanismo de dudosa constitucionalidad, lo que provocó masivas reacciones públicas, aun de influyentes personalidades que apoyaron su candidatura (Andrés Del Río, 2015).

En reacción a estos elementos que reconfiguran el contexto donde las juezas operan, una nueva línea de estudios trae la opinión pública al centro del cálculo estratégico judicial (Staton 2010, Pereira 2021)²⁵. Estos estudios parten de la idea de que los jueces con altos niveles de legitimidad pública pueden usarla como un escudo de protección frente a los ataques políticos (Ezequiel González Ocantos

²⁵ Sin duda que estos trabajos son conscientes de que conceptos tales como “público” u “opinión pública” son difíciles de operacionalizar, sobre todo en contextos donde no existe encuestas sistemáticas de opinión pública respecto de un tribunal en general o respecto de algunos fallos en particular. Por lo tanto, sobre todo en aquellos estudios en los cuales por debate público se entiende la discusión en medios de comunicación masiva, la atención se centra en las opiniones de aquellas personas que, por su profesión o trascendencia pública, son capaces de moldear el debate público y, a la vez, influenciar la opinión de la ciudadanía interesada en asuntos judiciales.

2019; Jeffrey Staton, 2010; George Vanberg, 2005). En términos sencillos, si la ciudadanía valora positivamente a un tribunal, los gobiernos que los ataquen corren el riesgo de perder apoyo público y, eventualmente, electoral. Por otro lado, cuando la ciudadanía tiene una visión negativa de la justicia, es probable que los gobiernos puedan incidir sobre las cortes con mayor facilidad.

Obviamente, este mecanismo de protección no funciona sin la reacción de la ciudadanía, o de algunos grupos de interés influyentes, que a través del voto u otro mecanismo de participación hace oír su descontento con el accionar del poder político. El uso de la legitimidad pública como escudo político requiere que los tribunales gocen de dicha legitimidad, algo que no pareciera estar ocurriendo en la región²⁶.

Sin embargo, no contar con el apoyo de la opinión pública no significa necesariamente que los jueces latinoamericanos no estén interesados en ella. Un bajo nivel de apoyo público podría indicar que los jueces aún no logran construirlo. Conseguir la confianza del público no es una tarea fácil, y el tiempo es crucial para su construcción (Barry-Friedman, 2009: 376). Jueces con poca legitimidad pública se pueden encontrar en el proceso de su construcción y, por lo tanto, estar atentos a como sus fallos impactaran en la opinión pública.

En este sentido, las reacciones del público pueden influenciar las decisiones de los jueces en dos sentidos. Por un lado, puede actuar como un factor limitante, en el sentido

²⁶ El Latinobarómetro llama la atención sobre la poca confianza ciudadana en este campo, ya que, en promedio, el porcentaje de ciudadanos latinoamericanos que reportan tener “muchísima” confianza es de sólo siete, y los que tienen “algo” de confianza es de 22 por ciento desde 1995 hasta 2018, con niveles promedio de confianza que tienden a disminuir en las últimas dos décadas. En cambio, el promedio de encuestados con “ninguna confianza” es de 31 para el mismo período. En el caso de Argentina, las repuestas reportando “Alta” confianza han disminuido del 6 por ciento en 1995 al 5 por ciento en 2018, con un pico del 7 por ciento en 2000. Mientras tanto, el porcentaje de los que no tienen confianza aumentó del 24 al 38 por ciento en el mismo período.

de que los jueces, sobre todo aquellos quienes están en el proceso de construir legitimidad pública, tendrán especial cuidado de no generar reacciones públicas negativas a sus decisiones en particular o la imagen de la corte en general²⁷. Por otro lado, la opinión pública será un factor habilitante, dado que, cuando una corte con cierto nivel de legitimidad pública tendrá mayor margen de acción para, al menos, dictar sentencias en contra de un gobierno

En el mismo sentido, la opinión pública también habilitará o limitará el accionar del gobierno, dependiendo de cuán costosa sea la estrategia de represalia o presión en términos de apoyo popular. En algunos casos, los gobiernos de turno no están en condiciones de afrontar un creciente sentimiento negativo hacia su imagen, sobre todo en contextos electorales (tanto en elecciones de medio término como generales). En estos casos, y siempre que estos ataques y presiones al poder judicial sean susceptibles de generar reacciones adversas en la opinión pública, se abre una oportunidad para los jueces de dictar sentencia en contra de los intereses de dicho gobierno (Pereira 2021). Por el contrario, cuando las juezas gocen de un bajo o nulo nivel de legitimidad pública, las presiones o ataques de un gobierno recibirán, probablemente, bajos niveles de desaprobación.

Una nueva línea de investigación dentro de los EPDJ latinoamericanos incorpora estos cambios del contexto político que rodea a las juezas en la región, proponiendo nuevos marcos explicativos. Algunos trabajos miran la influencia del apoyo público al poder ejecutivo impacta sobre las de-

²⁷ Un ejemplo interesante de cómo las decisiones judiciales pueden exacerbar el humor público y recibir profundas reacciones negativas se puede encontrar en los eventos sucedidos en 2017 alrededor de la sentencia de la CSJN públicamente conocida como “2X1”, en la cual se redujo la pena de prisión a un condenado por la comisión de crímenes de lesa humanidad otorgar beneficios en las condiciones y montos. Esta decisión generó un amplio repudio público, que forzó al congreso a dictar una ley estableciendo que estos privilegios no son aplicables a este tipo de casos, y a una posterior sentencia de la propia CSJN revocando aquella decisión (Centro de Estudios Legales y Sociales, 2017).

cisiones de las cortes, como es el caso de Rodríguez-Raga (2011) que muestra que la Corte Constitucional Colombiana tiende a no declarar inconstitucionalidades de normas y actos de gobierno al principio del mandato de un presidente, que supuestamente cuenta con mayores niveles de aprobación pública. En el mismo sentido, el trabajo de Tiede y Ponce (2011), sobre el alto tribunal de la República del Perú, muestra una tendencia a encontrar mayores decisiones en contra del gobierno a medida que el nivel de apoyo al mismo disminuye.

Por su parte, en un influyente trabajo que sentó las bases de estos nuevos estudios, Staton (2010) analiza como el apoyo público hacia una corte determina sus decisiones. El trabajo demuestra la importancia de las políticas de comunicación estratégicas que el Supremo Tribunal de México implementó para dar visibilidad a sus fallos y acrecentar su legitimidad pública. Este autor muestra que la probabilidad de un fallo en contra del gobierno era más probable cuando la cobertura mediática era intensa y que, además, el tribunal tendía a publicitar con mayor intensidad las decisiones adversas para el gobierno de turno

Sin embargo, todavía ha recibido escasa atención el cálculo estratégico simultáneo de los jueces tanto del apoyo público hacia su tribunal como del que gozan los gobiernos de turno. Justamente, en otros trabajos propuse que al no contar con legitimidad pública, los jueces de CSJN aplicaron un cálculo estratégico que consideraba el impacto de sus decisiones en el poder político de turno en 38 casos de trascendencia pública (Gabriel Pereira 2014). Como equilibristas, los jueces eligieron cuidadosamente los argumentos para dictaminar en favor o en contra del gobierno, los casos sobre los cuales decidir, y la forma en que darían a conocer públicamente sus decisiones. Para lograr autonomía institucional y política, intentaron construir legitimidad pública, pero sin irritar al poder de turno en el proceso de construcción de dicha legitimidad (Gabriel Pereira 2021). Por ejemplo, la

CSJN dictó casos relacionadas a violaciones estructurales de derechos humanos en 12 oportunidades durante los gobiernos de Néstor Kirchner y Cristina Fernandez de Kirchner. En esos casos, las juezas redujeron la probabilidad de represalias principalmente resolviendo sobre temas que no eran cruciales para la agenda oficial pero que lograron un alto nivel de aprobación pública, tanto cuando el gobierno de turno era débil como fuerte en términos de apoyo popular. Además, los jueces calibraron estratégicamente el contenido de sus decisiones para evitar la confrontación total con el Gobierno como para aminorar las críticas conservadoras de ciertos actores influyentes en el debate público.

El contexto político donde las juezas operan es claramente relevante para entender cómo y porque deciden lo que deciden. Sin dudas, ese contexto que se caracteriza como todavía hostil para jueces de cortes suprema nos lleva a pensar que los jueces, más allá de sus visiones políticas o intereses personales, se mueven de acuerdo con la necesidad de protegerse y de proteger a sus cortes de los ataques de las élites políticas. Así, los EPDJ proponen que la decisión judicial es una consecuencia del análisis de las potenciales reacciones de actores políticos y sociales influyentes. Ese análisis, denominado calculo estratégico, permite entender las decisiones de, al menos, juezas de cortes supremas. Sin duda, ese cálculo no necesariamente aplica a todos los casos bajo revisión judicial, pero si al menos a casos de relevancia política para el gobierno de turno o ciertos actores sociales.

V. Conclusión: por unos estudios políticos de la conducta judicial anclados en la academia jurídica latinoamericana

Los EPDJ realizan un importante aporte para contestar clásicos interrogantes de la academia jurídica, sobre todo con relación a cómo y porqué deciden los jueces lo que deciden. Sus aportes analizan como el derecho opera en la práctica y

quienes lo aplican se encuentran sujeto a las condicionantes sociales, políticos y culturales del contexto donde llevan a cabo sus tareas. En esta visión, las juezas son consideradas actoras políticas, ya que la naturaleza intrínsecamente abierta del derecho les otorga el poder elegir entre diferentes alternativas al decidir un caso concreto.

Tres modelos de análisis ofrecen diferentes respuestas respecto cuales son las variables independientes que determinan la decisión judicial. Cada modelo otorga un peso diferente a la ideología política de los jueces, las vicisitudes políticas del contexto político donde se mueven, y sus visiones sobre el derecho y el rol institucional que deben desempeñar. Estos modelos no son rígidos, por lo que se complementan al ofrecer diferentes variables de análisis.

En América Latina se ha desarrollado una pujante línea dentro de estos estudios, que adapta los presupuestos teóricos aplicados a contextos anglosajones para capturar las realidades de las culturas jurídicas de nuestra región. Si bien existen trabajos que usan los tres modelos mencionados, esta literatura ha sido dominada por la idea de que los jueces en la región deciden estratégicamente con el fin de preservar sus puestos y la estabilidad institucional de sus tribunales. Así, los jueces buscan anticiparse a las reacciones de los actores capaces de atacarlos o ejercer presión sobre ellos como, según estudios recientes, del público en general. En este sentido, los EPDJ traen al público y la opinión pública al centro de la ecuación estratégica de los jueces.

Los presupuestos teóricos y diseños metodológicos de los EPDJ los ubican como claros herederos del realismo jurídico y los insertan dentro de la academia socio jurídica, tanto en versión latinoamericana como estadounidense. Sin embargo, debemos reconocer, su anclaje dentro de la academia jurídica latinoamericana todavía es inestable. Quizás, prestar atención a tres aspectos contribuya en consolidar ese anclaje.

Primero, es necesario hacer explícitas las conexiones entre los EPDJ y los debates propuestos por otras ramas de

la academia jurídica. Muchas veces, al estar dominados por una perspectiva demasiado apegada a las ciencias políticas y a profundos debates metodológicos, es difícil discernir, más allá de la explicación empírica del fenómeno de la decisión judicial, la contribución, ya sea normativa o crítica, a la academia jurídica que estos estudios realizan, tal cual como lo sostienen respectivamente Friedman (2005, 2006) y García Villegas (2016).

Sin dudas, se podrían alegar directas conexiones entre los hallazgos empíricos de estos estudios y discusiones normativas relacionadas al acceso a la justicia, los límites del control de constitucionalidad, la democratización del poder judicial, las tensiones entre paradigmas jurídicos o el diseño institucional democrático tanto del poder judicial como de los otros poderes. Asimismo, se podría sostener que los EPDJ tienen implicancias de gran relevancia para las diferentes vertientes críticas del derecho, ya que sus hallazgos son capaces de confirmar, o complejizar, algunos presupuestos teóricos relacionados a la disputa entre diferentes ideologías políticas y jurídicas, la concepción patriarcal del derecho, el uso del derecho como herramienta de dominación o de transformación social. En definitiva, entender a los EPDJ como parte de la academia jurídica requiere una actitud conciente de quienes los llevan a cabo de explicitar hacia donde apuntan sus contribuciones en el amplio horizonte de los estudios del derecho

Segundo, es necesario acercar una mirada jurídica para revisar las construcciones teóricas y diseños metodológicos que dominan la versión latinoamericana de los EPDJ. Como lo señaló Gillman (2001) respecto de estos estudios en los Estados Unidos, el descarte absoluto de variables jurídicas relacionadas tanto al derecho positivo en particular como al fenómeno jurídico en general responde a una aversión por parte de los científicos sociales a la idea del derecho concebida por el formalismo jurídico. No obstante, poco se puede extraer de este paradigma para llevarlo al estudio empírico

del derecho, en América Latina existen otros paradigmas del derecho que pueden informar la conceptualización y operacionalización de variables.

Asimismo, una mirada de académicos del derecho también puede contribuir a mejorar los diseños metodológicos de los EPDJ, que muchas veces pasan por alto elementos claves del fenómeno que se busca estudiar. Por ejemplo, muchos estudios ponen el foco exclusivamente en el análisis de las partes resolutivas de las sentencias a la hora de caracterizar su impacto sobre el gobierno de turno, lo que lleva a categorizarlas dicotómicamente como “a favor” o “en contra” de tal o cual gobierno. Al dejar de lado el análisis de los fundamentos de los fallos, estos estudios dejan pasar matices que muchas veces ubican a las sentencias en una escala donde existen matices entre las posiciones dicotómicas tradicionalmente propuestas (Pereira, 2021).

Tercero, en el proceso de involucramiento de una mirada más jurídica, es necesario también consolidar el proceso de adaptación conceptual y metodológicas de los EPDJ a la realidad latinoamericana, sobre todo si el campo quiere expandirse al estudio de juezas más allá de cortes supremas. Debemos admitir que el grueso de los EPDJ latinoamericanos ha sido fuertemente influenciado por la academia socio-jurídica anglosajona, ya sea desde las escuelas de ciencias políticas o de derecho, sobre todo porque sus autoras son o forman parte de universidades anglosajonas. Esto no es necesariamente un obstáculo insalvable, pero sí implica un riesgo de que factores y matices determinantes de una cultura legal y política sean omitidos. Este riesgo es aún mayor cuando miramos jueces provinciales. Sin dudas, este proceso de adaptación se logra manteniendo un diálogo fluido y horizontal entre investigadoras de la región y sus pares anglosajonas.