

**HARRY BLACKMUN Y LOS ESTUDIOS  
DE *JUDICIAL BEHAVIOR***

**¿QUÉ PODEMOS APRENDER?**

*Harry Blackmun and the Judicial Behavior studies  
What can we learn from it?*

**Christian Escobar-Jiménez**

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

cmescobar@puce.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0003-1940-2096>

Recibido: 22.4.2022

Aceptado: 25.8.2022

**Resumen:** Este artículo analiza dos modelos clave de los estudios sobre las decisiones judiciales. El objetivo es estudiar los presupuestos de los modelos de la elección racional y los modelos actitudinales, en relación con los estudios existentes sobre la forma de votación del juez Harry Blackmun durante su cargo en la Corte Suprema de Estados Unidos. Además, se analizan cuatro casos emblemáticos del juez, a través de los cuales se analiza su voto ideológico o estratégico. Las teorías sobre el tipo de voto en los estudios de comportamiento judicial presuponen que las decisiones de los agentes judiciales se guían por dos grandes tipos de posibilidades racionales: 1) actúan estratégicamente cuando se alinean con las opciones de quien los designa en el cargo o de quien depende su reelección; 2) actúan por convicción cuando, ya sea por su ideología o por fallos dentro de la técnica jurídica, toman sus decisiones. La tesis central de este trabajo es que el análisis de la votación del juez Blackmun permite redefinir, ampliar o mirar críticamente varios de los presupuestos de las teorías y los modelos mencionados.

**Palabras clave:** decisiones judiciales; teorías de comportamiento judicial; racionalidad judicial; modelos actitudinales; juez Harry Blackmun

**Abstract:** This article analyses two key models of judicial decision-making studies. The aim of this paper is to study the assumptions of the rational choice and attitudinal models in relation to existing studies on the way Justice Harry Blackmun voted during his tenure on the Supreme Court of the United States. In addition, this work analyses four emblematic cases judged by Justice Blackmun, through the perspective of ideological or strategic voting. Theories of voting in judicial behavior presuppose that judicial actors' decisions are guided by two broad types of rational possibilities: 1) they act strategically when align themselves with the choices of the authority who appoints them to office or on whom their re-election depends; 2) they act out of conviction when, either because of their ideology or because of rulings within the legal technique, they make their decisions. The central thesis of this paper is that the analysis of Justice Blackmun's vote allows us to redefine, extend or look critically at several of the assumptions of the theories and models.

**Keywords:** Decision-making; theories of judicial behavior; judicial rationality; attitudinal models; Justice Harry Blackmun

## Introducción

El objetivo de este artículo es evaluar varios presupuestos de las teorías del comportamiento judicial (*judicial behavior*) dentro de los estudios judiciales (*judicial politics*). Para ello, se hace un análisis de los presupuestos de las decisiones judiciales, descritas por las teorías de la elección racional (*rational choice*) y modelos actitudinales (*attitudinal models*), con relación a la forma de votar del juez Harry Blackmun durante su cargo (*tenure*) en la Corte Suprema (CS) de los Estados Unidos. La tesis central de este trabajo es que el análisis de la votación del juez Blackmun permite redefinir, ampliar o mirar críticamente varios de los presupuestos de las teorías de la elección racional y *modelos actitudinales*, dos de los pilares fundamentales de los estudios de los *judicial behavior*.

El análisis se centra en aspectos como: 1) la correspondencia ideológica entre la votación y la trayectoria política del juez votante; 2) los debates alrededor de la independencia de los votos de los jueces de acuerdo con la duración del cargo; 3) el debate entre los factores personales e institucionales que inciden en el voto, y 4) una idea general de consistencia entre convicciones, intereses y voto, propia de la postura de la elección racional.

Harry Blackmun fue juez de la Corte Suprema (CS) de Estados Unidos entre 1970 y 1994. Durante este tiempo, desde un punto de vista ideológico, su manera de votar cambió de forma sustancial y no siguió la tendencia ni las expectativas que la opinión especializada se había formado. Blackmun no solo será recordado por su «ruptura» con la tendencia de voto republicana en la corte presidida por su colega y amigo cercano Warren Burger, sino también por su legado al sistema judicial norteamericano y al *common law*, a través de resoluciones y sentencias en varios casos paradigmáticos que incluyen temas polémicos como el aborto y la pena de muerte.

Con la apertura de los Blackmun's Papers, las acciones y decisiones de este juez han sido ampliamente estudiadas y documentadas no solo por cierta fascinación provocada por sus acciones inesperadas, sino también por su contenido jurídico y por las coyunturas políticas que enfrentó. Su promoción como juez de la CS en 1970 tuvo como contexto la lucha por la ampliación de los derechos civiles. El estudio de las decisiones del juez Blackmun puede ser indicativo para ciertas teorías bien instaladas en los estudios del comportamiento judicial. En este trabajo se intenta hacer un esbozo que conecte los datos empíricos obtenidos de los estudios sobre el juez Blackmun y las teorías de la decisión abordadas desde distintos frentes en los estudios judiciales.

El trabajo presenta una breve trayectoria del juez Blackmun, presenta cuatro casos importantes en su carrera y evalúa, a la luz de los análisis empíricos de sus acciones en la CS, las teorías del *decision making* en el sistema judicial. En la

primera parte se repasa la trayectoria de Blackmun; en la segunda se revisan los cambios en el voto del juez; en la tercera se citan cuatro casos emblemáticos del juez; en la cuarta se revisan las teorías de los modelos en cuestión, y en la quinta, un análisis crítico de estas teorías en relación con los cambios en las tendencias de voto del juez.

## 1. El juez Harry Blackmun

Harry Blackmun nació en Nashville, Illinois, en 1908, y creció en Saint Paul, Minnesota. Obtuvo un BA con un *major* en matemáticas y se graduó en la Escuela de Derecho de Harvard, en 1932. Trabajó en cortes de apelación en Minnesota, para luego devenir en representante legal de la famosa Clínica Mayo, en el mismo estado en el que creció. En 1959, Richard Nixon lo nombró juez en la Corte de Apelaciones (U. S. Court of Appeals) del octavo distrito, cargo que ocupó hasta 1970, cuando fue nombrado juez asociado de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.

El juez Blackmun ha sido descrito como el prototipo de los miembros de la CS; un WASP (white American-Saxoninan protestant people), procedente de una familia de clase media —tomando en cuenta los estándares de principios de siglo— de los suburbios de una ciudad mediana, republicano, rotario, educado en una prestigiosa escuela de leyes (Ruger, 2005, p. 1210). Tanto la nominación de *juez de apelaciones* como la de *juez asociado* de la CS fueron hechas bajo las administraciones de Nixon, por lo que Blackmun siempre fue asociado por la opinión especializada y pública al Partido Republicano.

En 1970, el juez demócrata Abe Fortas abandona la CS. Durante la búsqueda de su reemplazo, el Senado de los Estados Unidos había rechazado dos de los nombres propuestos previamente por Nixon. Antes de renunciar, el juez Fortas había sido el principal candidato para ocupar el cargo de jefe de la CS, pero ciertos escándalos en su relación con el entonces presidente Lyndon Johnson lo obligaron a dimitir. Esta dimisión fue decisiva para que el juez republicano Warren Burger fuese nombrado jefe de la CS, lo que determinó la suerte de Blackmun: él y Burger crecieron juntos en Saint Paul y mantuvieron una estrecha relación personal durante toda su vida. Dicha relación que se vio un tanto distanciada, justamente, en los años de ocupación de sus respectivos cargos en la CS. El rol de Burger en el nombramiento de Blackmun fue, pues, decisivo (Benton y Vahle, 2005, pp. 996-998).

Esta estrecha relación entre ambos jueces y su pasado republicano hizo que se diera por descontado el papel que Blackmun jugaría en la corte de Burger. En un artículo de *Time Magazine*, ambos fueron nombrados como los «Minnesota twins» —el término se usa para referirse a las ciudades de Saint

Paul y Minneapolis—, lo que también llevó a que se conociera a Blackmun como «hip pocket Harry», asumiendo también que su estrecha relación con Burger sería decisiva en un voto alineado entre ambos (Benton y Vahle, 2005, p. 1025; Ruger, 2005, p. 1211). De acuerdo con Ruger (2005), para 1970, los editores de la *Harvard Law Review* entendían que las primeras acciones del juez Blackmun aseguraban su pertenencia al *conservative monolithic bloc* republicano presidido por Burger.

En un primer momento, las acciones del juez Blackmun se acercaban mucho a las de Burger, ambos en la línea conservadora de los republicanos; «hip pocket» Harry estaba haciendo lo que se esperaba de él, lo cual no solo no producía sorpresas, sino que seguía las confirmaciones teóricas que se podían hacer con respecto a un tipo de voto, a la vez estratégico e ideológico. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, la forma de votar del juez se fue modificando de forma sustancial, creando una tendencia cada vez más clara de votación alejada del punto ideal (Martin y Quinn, 2002), dados sus antecedentes ideológicos republicanos.<sup>1</sup>

De acuerdo con declaraciones del propio Blackmun (Ruger, 2005, p. 1211; Greenhouse, 2006, pp. 102-121), no fueron sus convicciones las que variaron—para él, estas permanecieron relativamente constantes—: era su entorno el que cambiaba considerablemente; la Corte fue transformando sus perspectivas y componentes, mientras él seguía una línea fiel a sus convicciones personales. Sin embargo, de acuerdo con varios autores (Brisbin, 1992; Koh, 1994; Ruger, 2005; Crane, 2017), existe enorme evidencia empírica sobre la evolución de la forma en la que Blackmun votaba. El caso de la evolución en las preferencias de Blackmun y su separación de Burger se ha convertido en uno de los temas preferidos en los estudios de comportamiento judicial sobre la CS de Estados Unidos no solo desde el punto de vista de los estudios cualitativos de caso: su «transformación» se ha incorporado a modelos cuantitativos sobre las preferencias del voto.

En cuanto a su forma de votar y argumentación jurídica, Sisk (2005) dice que Blackmun solía ser visto como «la conciencia de la corte», y que sus tesis como juez ponente se caracterizaban por un general apego a la doctrina, pero basadas en los hechos. Es decir, las argumentaciones de Blackmun intentaban conciliar doctrina y las necesidades jurídicas presentadas en diferentes momentos. Tales son los casos de *Roe v. Wade* sobre el aborto o la estandarización de criterios demarcatorios para evaluar hechos tomados por científicos. Por otro

1 La idea de voto ideológico relacionado al «punto ideal» supone que si tomamos una línea recta en la que el extremo izquierdo se corresponda a la máxima afinidad ideológica de izquierda y otro tanto para el extremo derecho, el «punto ideal» es el punto de partida desde el cual se espera que la postura ideológica de un actor de veto juegue. Un alejamiento en la votación de tal línea supone un alejamiento del punto ideal. De la misma manera, para Tsebelis (2006), el punto ideal supone el punto de partida de sus preferencias.

lado, el mismo Sisk sostiene que la visión de que Blackmun tomaba decisiones de forma puramente personal e idiosincrática es no solo falso, sino una exageración para cualquier juez en un marco normativo plenamente instituido como el de los Estados Unidos. Esta forma de conciliación entre necesidades jurídicas, dados los hechos, y la doctrina han sido la impronta argumentativa de Blackmun (Sisk, 2005).

## 2. Principales postulados teóricos sobre el voto de los jueces y algunas réplicas

Desde los primeros estudios de Pritchett, los estudios judiciales (*judicial politics*; JP) se han centrado en la descripción o explicación de los procesos de toma de decisión y preferencias de los miembros de la función judicial. Los primeros estudios estuvieron centrados en la CS de los Estados Unidos, debido a su importancia estratégica en el equilibrio de poderes en el sistema político de ese país, en la posibilidad de tener datos de análisis en un cuerpo colegiado que, además de su impacto, tiene relativa facilidad de cuantificación y estudio.

Los JP siguen una línea de análisis realista fuera del normativismo propio del derecho (Epstein, 2016, pp. 2021-2022). En este sentido, una de las principales líneas de investigación se centra en la comprensión de las decisiones jurídicas y de los factores extrajudiciales que inciden en tales decisiones y preferencias. Por tanto, dentro de tal disyuntiva normativismo-realismo, los JP asumen la línea realista y se convierten en una subdisciplina de la ciencia política.

Los estudios sobre las preferencias en la toma de decisiones de los jueces se enmarcan en dos vertientes: la primera, cercana a la psicología (que puede tener elementos cualitativos); la segunda, de corte econométrico. Sin embargo, en esta división debe notarse que ambas líneas tienen un trasfondo conductista centrado en las decisiones individuales y los incentivos o estímulos institucionales, personales o ambientales relacionados a ellos. Esta tendencia conductista se muestra claramente en la importancia que los JP le dan a la elección racional, pues esta teoría permite hacer generalizaciones y predicciones de forma argumentada y extenderse de la visión «personalista» de la toma de decisiones, que, en buena parte de los casos, puede parecer puramente anecdótica.

La forma básica de análisis del voto sigue la distinción entre *voto ideológico* y *voto estratégico*. Se entiende por *voto ideológico* aquel que sigue una tendencia previa establecida para el juez en cuestión. La idea central es que se espera que un juez con una ideología conservadora o liberal votará acorde a su ideología. Otra forma de entender el voto ideológico tiene que ver con la presión del partido, gobierno o poder al cual se debe, pero esto supone una forma de evaluar la

independencia o dependencia del poder judicial con respecto a otros (Grijalva, 2010). De allí pasamos al voto *estratégico*; tiene que ver con la esperanza de los jueces de recibir diferentes tipos de premios —expectativas de pago— del poder al cual se deben. Por ejemplo, si el juez quiere retener su cargo, votará alineado a quienes depende su nombramiento (Grijalva, 2010).

En el estudio sobre el comportamiento de los jueces existen tres perspectivas generales: la del modelo actitudinal, la elección racional y el modelo legalista (*legal model*; Seagal y Spaeth, 2012). Como se aclara en la introducción, no nos ocupamos del modelo legalista, más centrado en los aspectos normativos y la idea de que los jueces se remiten a la ley al momento de dictar sentencias. Este modelo de carácter normativista suele primar en el análisis jurídico, pero no suele ser usado en los estudios empíricos sobre la toma de decisiones judiciales.

En general, en el caso de los estudios actitudinales sobre las decisiones judiciales, se analizan los diversos incentivos que los jueces pueden tener con respecto a su propio desempeño; es decir, motivaciones personales o profesionales en torno a su carrera (Epstein *et al.*, 2013). Estos estudios consideran a los jueces como participantes de un mercado laboral (*labor market*) en el que pueden calcularse los intereses particulares, condiciones de participación en el intercambio, expectativas de beneficios, beneficios netos, etcétera. En este caso, la concepción de razonamiento utilitario es decisiva, pues se asume que los agentes tienen ciertos incentivos sobre los cuales se establecen preferencias y se toman decisiones. Estos estudios están centrados en lo que Baum (1994, p. 752) identifica como objetivos y conductas (*goals and behavior*), en la línea de la elección racional. Dadas unas metas, se establecen unas preferencias y una conducta acorde (si es racional). Así, Baum distingue dos tipos de objetivos: aquellos inherentes a los jueces (metas personales) y los operativos (con respecto a la institucionalidad del cargo). En definitiva, el modelo actitudinal sugiere que los jueces toman decisiones de acuerdo con sus valores y creencias personales (Feist, 2020).

Es en este marco de análisis básico que se desenvuelven los estudios de preferencias desde los que se ha interpretado el accionar de los jueces, dada una estructura institucional. La opción de análisis *actitudinal*, propia de la psicología, ha centrado sus métodos en factores como la afiliación partidista de los jueces (y su relación con los órganos de nombramiento, legislativo, ejecutivo o ambos). El uso de la escala de preferencias de Martin-Quinn, que determina las decisiones entre un espectro que va del liberalismo al conservadurismo, ha sido el medio básico de análisis de la elección de preferencias y su evolución (Cameron y Kornhauser, 2017; Feist, 2020). Se entiende así a los actores como ideológicos y se consideran las posiciones para la acción. Se asume que los jueces tienen puntos ideales de partida entre los cuales se mueven de acuerdo con los casos, lo que implica, siguiendo a Epstein *et al.* (1998), que los jueces cambian sus actitudes

(decisiones) pero no sus preferencias (ideología). Esto quiere decir que, con base en preferencias ideológicas estables, cambian las actitudes con respecto a casos específicos.

Por otra parte, los modelos basados en la elección racional<sup>2</sup> comprenden a los jueces como *goal-directed* o *single-minded seekers of legal policy* (Epstein *et al.*, 1998, p. 804), lo que implica entender a las decisiones de los cuerpos colegiados, como la CS, como un conjunto agregado de decisiones personales, tomadas por actores estratégicos e independientes. Conocer las decisiones de los jueces sería suficiente para comprender al conjunto. La idea central es que en un marco institucional, los jueces toman decisiones basados en la búsqueda de maximizar su beneficio dadas las restricciones institucionales (Feist, 2020). Por ejemplo, un juez tomará una decisión si esta le beneficia a corto o mediano plazo, es decir, su voto es plenamente estratégico.

Se debe reconocer que ambas vertientes de análisis forman parte de un mismo paradigma anclado en la elección racional, con diferentes énfasis y consecuencias, pero bajo los mismos modelos analíticos. En el libro de Epstein *et al.* (1998), el propio modelo actitudinal es visto como una forma específica de aplicación de la elección racional. La diferencia entre el modelo actitudinal y el de elección racional no radica en el conductismo ni en el individualismo metodológico, sino en los modelos actitudinales, en los que se consideran otros factores fuera de los *goal-directed*; es decir, aquellos factores personales —no solo ideológicos— propios de cualquier individuo, independientemente del cargo que ocupe.

El modelo actitudinal considera a las actitudes políticas de los jueces como la variable explicativa central, mientras factores como las decisiones de los otros jueces, las restricciones legales e institucionales no constituyen elementos centrales del análisis. En cambio, el modelo estratégico de la elección racional considera que la actitud política de los jueces cambia según su posición con respecto a un tema, dependiendo de las decisiones de los otros actores, y entiende como restricciones del juego las variables normativas e institucionales (Seagal y Spaeth, 2012; Feist, 2020).

En general, se podría resumir los estudios de decisión judicial en los siguientes puntos:

- 1) *Individualismo metodológico*. El énfasis de análisis no es el «cuerpo colegiado», sino las decisiones individuales como preferencias o actitudes.
- 2) Tienen un énfasis conductista no solo por la opción individualista de análisis: no pueden evaluarse los procesos, sino los resultados. Lo que

---

<sup>2</sup> Para Epstein *et al.*, los modelos basados en la elección racional han ganado fuerza porque «their assumptions seem reasonable to make and because they provide a potentially powerful set of tools to unravel the complexities of decision making» (1998, p. 804).



interesa es la opción de voto; es en este sentido que se establece la relación entre la expectativa de voto y el resultado (un republicano deberá votar de forma conservadora, y un demócrata, de forma más liberal).

- 3) Siguen una tendencia de maximización de utilidad basada en incentivos, castigos y beneficios, pero no se establecen las ordinalidades de las preferencias.
- 4) El voto ideológico se entiende como cercano a la postura inicial o punto ideal; el estratégico cambia según las preferencias de maximización de beneficio y las estrategias de los demás decisores.

### Algunos juicios críticos

Para Epstein *et al.* (1998), el error básico de ambos enfoques —dado el análisis del problema que nos ocupa— es una falsa presunción de la consistencia temporal de las preferencias, es decir, que las preferencias de los actores son estables en el tiempo. Las preferencias permanecen constantes, mientras lo que cambia son las actitudes. Para el caso de los estudios basados en racionalidad (*goal-directed studies*), la presunción de estabilidad está también presente cuando se asume que las preferencias de utilidad son estables con independencia de los factores institucionales, personales o del entorno político.

Epstein *et al.* (1998) analizan si existen cambios en las preferencias, teniendo como variable independiente el tiempo. Se reconoce que los factores explicativos del tiempo no son en sí mismo interesantes, pero se busca romper con la tradición que entiende a las preferencias como estables a través de estudios descriptivos. Nuevamente, siguiendo la línea de los dos estudios ya citados (Crane, 2017), la conclusión de los autores se centra en la complejidad de los patrones de voto, algo que va mucho más allá de lo que la literatura sugiere (Epstein *et al.*, 1998, p. 812). Este mismo argumento se repite en Epstein, Posner y Landes (2014), al proponer un modelo de análisis dinámico, es decir, que tome en cuenta los cambios de preferencias frente a los modelos estáticos, propios de los estudios que comprenden al sistema judicial y las decisiones de los jueces como un mercado laboral (Weingast y Marshall, 1988).

A la postura de Epstein *et al.* (1998; 2013) pueden contraponérsele las críticas de Cohen, Klement y Neeman, quienes proponen un modelo dinámico basado en la reputación del juez, el cual podría tener interesantes resultados si se sale de un esquema de elección racional de corto plazo que nos permitiría entender los cambios de largo plazo en las decisiones. Al respecto, los autores dicen que los jueces pueden sacrificar sus pagos a corto plazo con el solo fin

de establecer una reputación que pueda incrementarse a largo plazo y aumentar sus pagos no inmediatos (Cohen *et al.*, 2015, p. S134):

La reputación de un juez se ve afectada por su historial o su forma de dictar sentencia. A medida que la reputación de indulgencia de un juez se hace más fuerte, tendería a dictar sentencias más severas. Por otra parte, si la reputación de un juez de ser objetivo es suficientemente fuerte, impondría una sentencia menos severa, ya que estaría menos preocupado por «convencer» al público de que no es indulgente [Cohen *et al.*, 2015, p. S135; traducción propia].<sup>3</sup>

La idea de este modelo es que los jueces pueden haber establecido una reputación determinada —en términos de la severidad de sus sentencias, a más severo, más conservador— hacia el público, que tiene preferencias por sentencias más severas. Las decisiones de los jueces buscan también cambiar su imagen pública —reputación— con el fin de ser reelegidos —en los casos en los que aplica— o de mejorar su imagen en lo que respecta al papel en su incidencia en la jurisprudencia futura (Baum, 1994). Según Cohen *et al.* (2015), este modelo es consistente y permite explicar el cambio de preferencias a largo plazo en la CS.

Extendiendo un poco este argumento, podemos citar la tipología de metas dada por Baum (1994, p. 752). Para este autor, se pueden reconocer cuatro tipos de metas: 1) la consistencia en el contenido de las decisiones; 2) la vida en la corte, que conlleva la armonía con otros jueces; 3) sobre su carrera, lo que se asocia a buscar la promoción, detentar por más tiempo el cargo o llegar a un cargo vitalicio, y 4) posición personal, popularidad e influencia futura.

### 3. La variación en el voto de Blackmun y algunas explicaciones teóricas

Bajo la presunción de su pasado republicano, la influencia de Burger para su elección y el nombramiento en diferentes instancias judiciales en los dos gobiernos de Nixon, se asumió que los votos por convicción de Blackmun estarían dentro de la línea republicana conservadora. Esta perspectiva implica que se esperaba que el voto ideal del juez debería estar más cercano a las tendencias conservadoras de derecha y que, en una corte liderada por el republicano conservador Warren Burger, las coincidencias en los votos serían una señal que confirmaría la tendencia al voto ideológico. En este sentido, podemos asumir que el voto ideológico lo es por convicción (Epstein, 2016, p. 2046) y era aquel

3 Texto original: «A judge's reputation affected by her history or sentencing decisory. As a judge's reputation for being lenient becomes stronger, she would give more severe sentences. On the other hand, if a judge's reputation for being objective is sufficiently strong, she would impose less severe sentence, as she would be less concerned about "convincing" the public that she is not lenient».

esperado para Blackmun, dada la coyuntura favorable en términos de la propia institución (una corte más conservadora).<sup>4</sup>

El caso de Blackmun se ha documentado ampliamente. De acuerdo con el politólogo Joseph Kobylka (Greenhouse, 2006, p. 72), la congruencia de votación entre los jueces Burger y Blackmun, que podría entenderse como un *proxy* de su congruencia ideológica, supuesta la estabilidad de voto de Burger, cambió considerablemente a lo largo del tiempo. Desde su nombramiento, en 1970, y hasta 1975, la coincidencia de votos de Blackmun con Burger fue de 87,5 %, alineación que, sobre todo, de acuerdo con Brisban, fue mayor en los primeros dos años (cercana al 95 %). Entre 1976 y 1980, las coincidencias fueron del 45,5 %, y para los años 1981 a 1984, año de retiro del juez Burger, fue del 32,4 %. Estos datos marcan una pauta de la forma en la que Blackmun varió de forma considerable sus tendencias de voto estratégico o dependiente del *tenure* conservador.<sup>5</sup>

De forma similar, Crane (2017, pp. 33-34) llega a conclusiones similares utilizando modelos estocásticos de análisis sobre la votación de la CS entre 1946 y 2012. Aplicando dos diferentes modelos —modelos de clúster Markov— para evaluar la alineación ideológica de las votaciones individuales dentro de los 67 años delimitados —36 jueces en ejercicio (nueve por vez) durante este período—, encontró patrones significativos de cambio con respecto a Blackmun.

Siguiendo a Crane, se cree que el caso *Roe v. Wade*<sup>6</sup> fue el giro fundamental del juez Blackmun hacia tendencias más liberales. Por lo general, se suele pensar, dada la evidencia mostrada por Kobylka, un consistente cambio del juez hacia posturas menos conservadoras. En el primer modelo de Crane puede verse que la CS, a lo largo de este tiempo, mostró tendencias a formar clústers que iban de izquierda (clúster activistas, liberales) y derecha (grupos conservadores, judiciales). En el primer modelo de Crane, el juez Blackmun no habría estado alineado a ningún grupo, formando, desde un punto de vista estadístico, su propia tendencia única, que podría, en términos espaciales de Martin-Quinn, situarse en el centro. «En los tempranos 80, la correspondencia del juez Blackmun osciló entre liberal y conservadora, indicando moderación» (traducción propia).<sup>7</sup> (Crane, 2017, p. 34). En el segundo modelo aplicado —de la misma manera, utilizando métodos estocásticos de clúster Markov—, puede verse que

4 Resulta imprescindible anotar que en el caso particular del juez Blackmun, el voto estratégico también puede ser voto por convicción, dado que su asignación y su ideología son republicanos. En el cuarto apartado de este escrito se discuten y explican mejor estos temas.

5 Cabe señalar que la designación como miembro de la CS es de por vida, lo que, como veremos, cambia las perspectivas teóricas con respecto al *tenure* y el voto estratégico.

6 Este caso es paradigmático en lo que respecta al aborto en Estados Unidos. En una decisión sorpresiva, el juez Blackmun determina que la elección de abortar es privativa de las mujeres, contradiciendo lo esperado a un conservador republicano en los años setenta (e incluso en la actualidad).

7 Texto original: «In the early 1980s, Blackmun's loyalty wavered between liberal and conservative, indicating moderation».

no es sino hasta 1980 cuando se experimenta un real cambio hacia tendencias más liberales en Blackmun, alejándolo cada vez más de la línea conservadora republicana de Burger.

En cuanto a los aspectos de disensión de Blackmun, para Dragich Pearson (2005, pp. 1183-1184), dos temas muestran de forma significativa la evolución del juez: sus sentencias en casos de pena de muerte y el aborto. En el caso *Furman v. Georgia*,<sup>8</sup> la actuación del juez Blackmun marca ya una diferencia con la opinión de Burger con respecto a la pena de muerte.<sup>9</sup> Aunque Blackmun termina votando en la misma línea de Burger, su aporte a la sentencia constituye un hito importante que mostrará su evolución en el tema hasta su retiro, en 1994. Para Blackmun, la decisión de votar con Burger, a pesar de sus objeciones en el contenido de la sentencia, tiene que ver con no interponer las creencias personales con las consideraciones jurídicas (Ruger, 2005, p. 1216).

De acuerdo con Dragich Pearson (2005, p. 1183), las decisiones de Blackmun sobre la pena de muerte en sus primeros años de función se vieron, por parte de los opositores a la pena capital, como un retroceso con respecto a lo ganado durante la anterior corte demócrata, de la cual todavía quedaban rezagos importantes. En la década de los setenta, en una CS que emitía fallos contra la pena de muerte, Blackmun votaba con la minoría conservadora. En la siguiente década, esta relación se revirtió: el juez votaba contra la pena de muerte en una CS de mayoría punitiva. En todo caso, siempre mantuvo una postura minoritaria sobre este tema con respecto a la corte, lo que sirve para sostener la idea de su voto personal e idiosincrático.

Otra explicación para la variación se enmarca en su relación con el juez Burger, en el que un distanciamiento en las preferencias, bastante más consistentes para el caso de Burger, permite a Blackmun posicionarse como un juez con «derecho propio»; sus opiniones no son meras extensiones de las de su auspiciante (Benton y Vahle, 2005). Una declaración de Blackmun sobre su relación con Burger parecería decisiva al respecto:

El desacuerdo frecuente es básico, y en ocasiones, empático. Él [Burger] tenía muy poca paciencia por el desacuerdo. Yo no sé qué esperaba, pero seguramente él no debía esperar que yo fuese un clon ideológico [...]. Cuando el desacuerdo llegó, su decepción fue evidente y no la ocultó. La situación no era cómoda, pero era inevitable en el escenario de múltiples jueces [Benton y Vahle, 2005, p. 1025].

8 En este caso, la decisión de la CS revirtió todos los esquemas sobre la pena de muerte en Estados Unidos, apoyándose en la octava enmienda, que impide a sujetos jurídicos privados o estatales aplicar castigos desproporcionados. En términos de funcionamiento institucional, la votación a favor de conmutar la pena de muerte a William Furman fue de cinco a cuatro. No hubo un dictamen final, y todos los miembros de la CS emitieron su jurisprudencia.

9 Se asume que la tendencia conservadora republicana está a favor de la pena de muerte tanto como lo está en contra del aborto.

Si bien Burger buscó la participación y colaboración de Blackmun desde sus primeros puestos oficiales, cuando llegó el momento de colaborar, la disputa en la corte se intensificó. Al parecer, cuestiones de índole personal llegaron a tener un impacto decisivo en lo que cada uno representaba dentro del imaginario del americano promedio (Greenhouse, 2006). Ambos eran dos jueces que habían forjado sus propios destinos por caminos diferentes: Blackmun era un egresado de Harvard con una trayectoria exitosa en el ejercicio profesional privado, mientras que Burger se había educado en la escuela nocturna de leyes de la Universidad de Minnesota, pero logró escalar a posiciones muy importantes dentro del servicio público, algo de lo que Blackmun carecía (Benton y Vahle, 2005). En todo caso, lo importante está en que ambos encarnan a la perfección el ideal de superación norteamericano para el sujeto promedio y ejemplifican carreras brillantes y probas, lo que, sumado a su amistad, hacía suponer una tendencia a la congruencia permanente, dada su procedencia y filiación política.

Cabe también anotar los estudios de Kobylka (1989) sobre el liderazgo judicial. El juez Burger no habría logrado consolidar un apoyo sustancial de sus pares cuando fue jefe de la CS, ya sea por factores personales —la incapacidad de capitalizar los medios a su disposición al ser jefe, como la asignación de escritos y sentencias a jueces en los casos en los que él tenía un interés particular— o coyunturales que explican la disidencia desde la perspectiva inversa. La congruencia entre los jueces Burger y Blackmun a la hora de votar sería un problema estructural de su liderazgo durante el cargo de Burger.

En todo caso, las decisiones de Blackmun terminaron siendo sorprendidas para todos, incluso para Burger, quien se habría mostrado perplejo por la transformación en el voto por convicción de su compañero (Benton y Vahle, 2005, p. 1026). Sin embargo, lo más interesante es notar la atención prestada al caso de Blackmun por parte de los teóricos, recalando en su evolución en el voto argumentos a favor o en contra de varias teorías del comportamiento judicial.

#### **4. El voto de Blackmun en cuatro casos paradigmáticos**

Me referiré brevemente a cuatro casos importantes en la trayectoria de Blackmun. Según Ruger, el caso clave para el cambio de tendencia de Blackmun, en la corte republicana de Burger y Rehnquist,<sup>10</sup> fue el caso *García v. San Antonio Metropolitan Transit*. En este caso, se disputaba la posibilidad

---

<sup>10</sup> En teoría, se esperaba que el nombramiento de Burger como jefe de la CS, de su amigo republicano Blackmun y del juez conservador federalista William Rehnquist (1972) como miembros fuera el giro decisivo de la Corte hacia el conservadurismo republicano.

de que el salario mínimo impuesto por el Congreso en 1938 para cierto tipo de burócratas fuese también extensivo a los empleados de servicios públicos de tránsito. Aquí, la ampliación de los derechos económicos fue la opción de Blackmun, votando en contra de la mayoría oficial. En este artículo no se toma este caso como referencial.

1. El primer caso importante es *Roe v. Wade*, de 1973, todo un hito en la lucha por la aceptación del aborto. En 1970, en el estado de Texas, la abogada Norma McCorvey solicita la interrupción de su embarazo al haber sido producto de una violación. De acuerdo con una ley de 1854 del estado de Texas, no existía esta opción. Después de haber sido rechazada la petición, y tras varias apelaciones, el caso subió a la CS y fue resuelto en un fallo de siete contra dos a favor de McCorvey. Blackmun fue el encargado de redactar la sentencia. Para la resolución del caso, amparándose en la decimocuarta enmienda, el juez distinguió entre derechos privados y públicos. En el primer caso, el Gobierno no tiene derecho a intervenir, pues no hay un bien público en juego; el gobierno se limitará a actuar para delinear las condiciones sanitarias de tal decisión, pero no a la decisión en sí (Tribe, 2012). Si bien la postura republicana general era contraria al aborto —expresada por el voto contrario de Rehnquist, el miembro más conservador de la corte—, una explicación posible estaría en los factores externos en momentos de agitación y surgimiento de la segunda ola del feminismo o la tercera ola de derechos. En este sentido, aparentemente, el ambiente general permitía sostener la decisión si se estipulaban los casos especiales y se los sujetaba a estricto control médico.

Los votos en contra de Rehnquist, republicano, y White, demócrata, no dejan entrever ningún tipo de consistencia en el voto desde una perspectiva teórica, como se verá más adelante. No hay ninguna consideración teórica dentro del voto estratégico que permita entender ni la ruptura de Blackmun con el ala derecha de la corte —el voto a favor de la resolución escrita por Blackmun incluye al juez Burger— ni a la preferencia antiabortista del propio Nixon, ya en declive de su mandato. Para ello debe comprenderse el contexto general que se vive a inicios de los años setenta en el elector promedio en Estados Unidos. Un ambiente general desfavorable incide en la restricción de los miembros de cualquier órgano a su propia ideología (Shepherd, 2009, p. 170).

2. El segundo caso importante es *United States v. Nixon*, en el que por unanimidad se retira el derecho ejecutivo a decidir sobre la suerte de unas grabaciones que podrían implicar al propio presidente en medio del escándalo de Watergate. Este escándalo inició con el robo de unos documentos de las oficinas del Partido Demócrata en los que había evidencia de involucramiento de la presidencia de los Estados Unidos. Cuando el Congreso de la nación inició las investigaciones, hubo obstrucción desde el Ejecutivo, lo que creó un malestar general e institucional que

tuvo que resolverse a través de la cs. Después del escándalo del Saturday Night Massacre,<sup>11</sup> la opinión pública estaba decididamente en contra de Nixon con respecto a la obstrucción de las investigaciones. El punto más álgido llegó cuando la presidencia se negó a difundir unas grabaciones importantes para el caso.

Por mayoría de ocho a uno (abstención), la sentencia de la cs obligaba al Ejecutivo a difundir esa información que consideraba de interés solo para esa función del Estado. El juez Rehnquist se excusó de emitir su voto, dado su trabajo cercano al personal jurídico del presidente Nixon. El rol del juez Blackmun en la sentencia fue emitir variaciones en el documento acerca de los hechos ocurridos. La cs se habría visto obligada a actuar ante la contundente evidencia de obstrucción de las investigaciones y las potenciales felonías cometidas por el gobierno (Mishkin, 1975). Pero la pregunta sería: ¿por qué una corte republicana actuó en contra de Nixon?

Desde una perspectiva normativa, podríamos citar la idea del juez Oliver W. Holmes, que dice que los casos importantes o duros producen malas leyes (Schwartz, 1979, p. 22). Desde otra perspectiva no normativa, en este caso, podríamos hablar del ideal de Tocqueville (2015) de la función de la cs como punto neutro en el que se dirimen los conflictos entre poderes. La cs alcanzó grandes cotas de prestigio en este caso (Mishkin, 1975). Un voto no alineado con el gobierno es el principio de la independencia judicial (Grijalva, 2010).

En este caso, el papel de la opinión pública fue significativo, sobre todo después de que los medios hayan cubierto ampliamente el problema. Ante una situación en la que hay conflictos de interés entre el Ejecutivo, Legislativo y Judicial, en casos ampliamente mediatizados, los jueces votan de forma estratégica, no alineados a la ideología sino a las preferencias del público, sobre todo cuando la reputación del cuerpo colegiado es muy alta y apreciada entre la opinión pública (Vanberg, 2005). En este caso, podríamos también tener lecturas divididas con respecto a los votos judiciales en tiempos de crisis política, esto es, si los votos son más estratégicos o por convicción. En tiempos de crisis, tiende a primar el voto por convicción (Basabe-Serrano, 2012, p. 129).

**3.** En el caso *Furman v. Georgia* hay mayor disensión en la resolución, con una decisión dividida de cinco-cuatro. En la minoría perdedora están los jueces republicanos Burger, Blackmun y Rehnquist. En este caso, William Furman solicita se conmute su pena de muerte por otro tipo de castigo. Según Dagrigh Pearson, este caso inicia la evolución de Harry Blackmun en cuanto a la pena de muerte. Esta evolución terminará hasta mostrarse totalmente contrario a ella en el caso Collins, en 1994, año de su retiro.

11 Este caso se refiere al despido de varios asesores legales del presidente Nixon que se negaron a interferir en las investigaciones fiscales relacionadas a grabaciones que podían dilucidar el caso *Watergate*.

Dada la opinión dividida en el propio seno de la sociedad norteamericana, quizá la opción salomónica de Blackmun fue más estratégica con respecto a la opinión pública. En el caso *Furman*, Blackmun expresa su opinión contraria a la pena de muerte, pero termina votando por no modificar la pena, a pesar de sus convicciones personales; es lo que Ruger llama un probable caso de palabrería (*cheap talk*). Lo argumenta así: «Los jueces pueden tener un número de razones estratégicas o de reputación para asegurar que tienen opiniones que son contrarias a las decisiones de sus votos reales»<sup>12</sup> (Ruger, 2005, p. 1216). En todo caso, este tipo de estrategia permite congraciarse con todos, sobre todo si se toma en cuenta que durante esta época, sus votos terminaron siendo inefectivos, y tenía la posibilidad de expresar sus preferencias en una CS que, como cuerpo colegiado, estaba en contra de la pena de muerte.

4. Por último, está el caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, de 1993. En este caso, la familia Daubert alegó que sus hijos tuvieron problemas congénitos cuando su madre consumió Bendectin, una medicina producida por Merrell Dow. En este caso, el juez Blackmun asienta una nueva jurisprudencia con respecto a la admisibilidad de testimonios de expertos en juicios sobre la jurisprudencia asentada en 1938 con el llamado Canon Frye. Lo interesante de este caso es que el juez no solo determina criterios de demarcación para la admisibilidad de qué es una opinión científica o de expertos, sino que la argumentación sigue también el debate entre Popper y Kuhn sobre la progresividad de la ciencia (decisiva para los criterios de demarcación, considerando lo que Kuhn llama *normal science*; Escobar-Jiménez, 2018, pp. 136-137). En este caso resulta interesante notar que hubo una importante reformulación de la jurisprudencia existente sin que hubiese mucho en juego en términos políticos, pero con importantes efectos en cuanto a la idea de su propio legado. La opción de una nueva jurisprudencia, que modifique el Canon Frye, aumentó la celebridad del juez y ha sido ampliamente utilizada en casos complejos y de amplio impacto público, como en cuestiones de cambio climático (Ries y Jarrell, 2002).

En todos los casos expuestos es posible hacer una lectura *ex post*, generalmente razonable, pero no necesariamente correcta, pues la racionalización permite que cualquier caso pueda encajar en casi cualquier teoría. Más allá, lo interesante de estos casos es que pueden ser contraejemplos de los propios postulados teóricos propuestos en los estudios judiciales y que, además, voluntariamente o no, se convirtieron en paradigmáticos dentro de la trayectoria política de Blackmun y de la CS.

Todos estos casos ejemplifican varios aspectos a tener en cuenta: 1) en los casos 1, 2 y 3, la presión de la opinión pública debe ser tomada en cuenta para la

<sup>12</sup> «Justices might have any number of strategic or reputational reasons for claiming to hold personal views that are contrary to the direction of their actual votes» (traducción propia).



elección del voto, pues, de acuerdo con Vanberg (2005), la presión es significativa y no permite hacer una relación directa entre el voto y las preferencias; 2) en el caso 4, el juez Blackmun puede trabajar en la jurisprudencia y crear un canon con menos restricciones, y, a pesar de su importancia para el sistema, la opinión pública fue ajena a este, lo que permite «aislar» su postura y ver tendencias bastante informadas y progresistas; 3) los casos 1 y 3 nos dejan observar tendencias de voto bastante heterogéneas en la propia trayectoria del juez.

## **5. Discusiones teóricas alrededor del juez Blackmun: ¿cómo explicar los cambios de preferencias en la vida judicial?**

Una primera aproximación crítica está en el potencial error de las premisas usadas para analizar las trayectorias judiciales. Los estudios sobre la decisión en la CS se han enfocado en la consistencia en las decisiones con sus convicciones políticas, lo que no considera la necesidad de entender la multiplicidad de los objetivos de los jueces y establecer una ordinalidad entre tales objetivos (Baum, 1994, p. 754). En los cargos vitalicios, ¿cuál sería la importancia de la consistencia ideológica en las decisiones, como en el caso del juez Blackmun, y por qué asumir tales preferencias en la línea de quienes nombraron a los jueces? Según los datos de Crane (2017), no hay una necesaria consistencia entre los clústers formados y la línea ideológica de los presidentes de los cuales se siguió el nombramiento. Las propias decisiones de una CS republicana en el caso contra Nixon vuelven oscuro el problema de la ideología. En el estudio particular de la CS es muy importante tener en cuenta que el prestigio y la estructura misma de su organización le dan una enorme autonomía, además de que los cargos son vitalicios. Por otra parte, quizá, la propia función de los jueces y su condición de expertos les brinde un carácter más «neutral» y «técnico», lo que aumenta considerablemente su capacidad de maniobra y buena recepción pública a sus decisiones.

Asimismo, el problema del análisis desde la ideología es que si coincide con la estrategia, es difícil distinguirlas, y solo se lo puede hacer cuando ambas no son consistentes. Supongamos que el cargo de Blackmun no era de por vida y su voto seguía una línea estratégica con la ideología republicana: ¿cuál sería el procedimiento de verificación de que votaba de manera estratégica o ideológica? Ciertamente se podrían hallar formas metodológicas más refinadas de diferenciarlas —por ejemplo, en la propia consistencia entre las preferencias del ejecutivo que «presiona» y los jueces—, pero esto no se resuelve propiamente a nivel teórico, pues se zanján las dos líneas, voto estratégico e ideológico, como dos tipos diferentes sin explicitar cómo lo serían.

En este punto es importante recalcar una cuestión relacionada con el método de la escala de Martin-Quinn (2002), aplicada a las tendencias liberales o conservadoras en la CS. En ciencia política, el uso de escalas en una dimensión, por lo general, ha estado asociado a líneas ideológicas marcadamente distantes, como en Lijphart (2000). ¿Es correcta la herramienta que ejemplifica antípodas para la línea ideológica que une o separa a republicanos y demócratas y es correcta esta asociación para tendencias conservadoras y liberales? Para el caso de Harry Blackmun, la presunción parte de su correspondencia a una tríada Burger-conservadurismo-republicanismo. En ciertos aspectos, resulta no muy útil tal heurístico, tomando en cuenta que la línea de Blackmun pudo no ser esa (Greenhouse, 2006). El problema de la aplicación directa de tipos ideales puros —como el caso del voto ideológico— es que cuando un hombre real como Blackmun se separa de las expectativas que la idealización analítica depositó en él, se lo entiende como incongruente. El problema es la aplicación de un juicio analítico simplificado —como el voto ideológico— en el análisis de las acciones reales de un individuo. Así aplicado, el voto ideológico no es una herramienta plausible y se convierte en una especie de «esencialización» del presupuesto de la estabilidad de las preferencias ideológicas (todavía más problemática en un lapso de veinticinco años). Sin embargo, lo curioso es que este juez aparece como una especie de paradigma de cambio con respecto a sus «orígenes». Se asume necesariamente un punto ideal de partida, desde el cual se asume la consistencia permanente de la ideología individual. Una cuestión que debe remarcarse con el propio caso Blackmun es la suposición de la estabilidad de la ideología, como si uno pudiese detentar una tendencia ideológica estable toda la vida.

Más interesante es ver su evolución no asumiendo orígenes partidistas, sino después de su votación efectiva en los primeros años. Siguiendo los datos de Kobyłka (1989), Craner (2017) y Cohen *et al.* (2015), el juez Blackmun cambió de preferencias de forma sostenida después de los primeros años. En general, es fácil coincidir con Epstein *et al.* (1998, p. 805) sobre el error de concebir a las preferencias como estables únicamente considerando que lo que cambian son las actitudes medidas a través del voto.

Un problema central al respecto es recalcar las dificultades epistémicas alrededor de los estudios actitudinales de las diferencias espurias entre *preferencias* y *actitudes*. La definición de *preferencia* como ideología y *actitud* como expresión de voto aparece apenas como un problema de etiqueta o nominación. La confusión de preferencia con ideología y la separación con actitud termina no solo por anquilosar al término *ideología*, sino de volverlo un término inútil del cual se puede prescindir en absoluto en el análisis. Si se define el atributo de la ideología como estabilidad, siempre sería una constante y no una variable, lo que impone ya serios problemas analíticos. En todo caso, el problema central es la

falsa presunción de estabilidad, lo que no solo puede ser refutado por mero sentido común, sino, dentro de los mismos JP, a través de los datos empíricos.

Otra cuestión importante es recalcar que si el objeto de este tipo de estudios sería comprobar que los jueces no tienen preferencias estables, podríamos hablar de un pseudoproblema o de una banalización de las temáticas en ciencia política. Constatar que el juez Blackmun no siguió las expectativas que se le adjudicaron parece evaluar su trayectoria como un «error» y no como un problema propio de los sesgos cognitivos que provocan las expectativas. En cambio, es mucho más interesante ver los factores de modificación en las preferencias no como supuestos, sino entendiendo al cambio como variable dependiente y buscando los factores explicativos en elementos no generalizables. Por ejemplo, uno de los errores típicos es decir que existen casos paradigmáticos en los que la influencia de la opinión pública es importante: ¿qué más nos podría decir que los jueces, como todos los humanos, están expuestos al ámbito social y político, y son objeto de la crítica de la opinión pública? Con esto apenas contribuiríamos a desmantelar los presupuestos normativistas de asidero idealista en las decisiones de los jueces.

En cambio, evitar las generalizaciones legaliformes —nómicas— de los JP, pero aprovechar el poder predictivo —esto, en términos lógicos, es un oxímoron, pues solo un postulado nómico puede ser predictivo— de la elección racional es un aspecto importante para mejorar en términos prácticos, más que teóricos, el desempeño judicial. Se pueden crear mecanismos para evitar la presión política o «aislarlos» de la opinión pública. Como dice Epstein (2016), la importancia de los JP pasa por la posibilidad de aplicación y conocimiento de los funcionarios de justicia del propio funcionamiento del sistema.

Otra cuestión para debatir con el caso Blackmun son los llamados *efectos*. En ciencia política se multiplican las etiquetas tipológicas que contienen importantes características de tipo heurístico que mejoran la comprensión del comportamiento humano en contextos diferentes. El caso Blackmun también puede tener repercusiones en este ámbito. Por ejemplo, la discusión alrededor del llamado *freshman effect* es interesante. Este efecto supone que un miembro recién nominado tiende a ser más liberal que sus pares. Según Hagle (1993), un estudio de 13 jueces —Blackmun incluido— de la CS lleva a la conclusión de que existe este efecto. Pero estas tipologías también tienen enormes límites, ejemplificados por el mismo Blackmun, pues en sus preferencias con respecto a la pena de muerte o al aborto muestra una evolución, con el paso del tiempo, hacia el liberalismo, mientras mantiene preferencias inversas en otros temas.

De acuerdo con Epstein y colaboradores, un estudio longitudinal de preferencias muestra que no existen argumentos para sostener tal efecto. Más bien, la conclusión sería que algunos jueces no cambian sus preferencias en el tiempo, otros lo hacen de forma lineal y otros en direcciones no lineales (Epstein *et al.*,

1998, p. 815). Esta conclusión, en iguales proporciones para los casos estudiados, puede llevarnos a pensar en la imposibilidad de predecir algún tipo de resultado para los cambios posibles entre jueces, pues una repartición igual en las tres posibilidades tendría dos implicaciones: 1) los cambios individuales no podrían ser predecibles, pues su probabilidad es igual para todos los casos; 2) las asignaciones aleatorias tendrían el mismo resultado. De allí, lo único que podría generalizarse es que estos estudios no nos permiten nada realmente generalizable; sin embargo, sí nos llevan a entender tendencias de voto en contextos.

Los casos del juez Blackmun ejemplifican varios aspectos a considerar:

1. Sus preferencias con respecto al aborto y la pena de muerte no son consistentes, como esperaría la imputación ideológica de los modelos actitudinales. En el caso del aborto podría ser aplicado; en el otro no.
2. El caso sobre la farmacéutica no necesariamente ha sido abordado desde una perspectiva ideológica. ¿Cuál es el rol conservador: ser proclive a las pseudociencias o luchar contra ellas y establecer criterios de demarcación? Además, en este tipo de casos, probablemente la opinión pública esté menos dividida y puedan obtenerse menos implicaciones teóricas desde la perspectiva estratégica o actitudinal.
3. El caso *United States v. Nixon* ha pasado a ser un paradigma de la independencia del sistema judicial norteamericano del poder político y ha servido de acicate para el análisis desde el punto de vista estratégico o actitudinal del juez en cuestión.

## A modo de conclusión

¿El caso Blackmun ayuda como contraejemplo de los marcos teóricos de los estudios sobre comportamiento judicial? En términos lógicos, me parece que el caso Blackmun podría aportar interesantes contraejemplos a los propios modelos explicativos actitudinales y estratégicos. Analizar casos como los de Blackmun y de otros jueces, a la luz de las teorías existentes, es mucho menos interesante o incluso nos puede llevar a «pruebas» espurias de la teoría (falacias y sesgos de confirmación).

Esto se debe a un problema esencial de los modelos analíticos de reducción de los casos reales en los JP. Las generalidades probabilísticas nunca aseguran la repetición de las características promedio en los casos; en cambio, la trayectoria y lo actuado por Blackmun sirven como contraejemplo para afinar los JP (en el sentido de falsación). La ventaja de un análisis por «caso» aporta las especificidades de las preferencias en cada contexto, pero no tiene ningún interés fuera de eso. El interés siempre es ganar en predicción. Como dice Friedman (1966),

con los modelos se sacrifica el realismo para ganar en predicción, pero, en este caso, ¿predecir qué? ¿Que nuestras preferencias no son estables en el tiempo, que estamos sujetos a condicionantes externos en la toma de decisiones? ¿La falta de relativa independencia judicial con respecto a otros poderes? Estas son cuestiones que deberán aclararse en el propio desarrollo de la disciplina.

El caso Blackmun pone en tela de juicio varios presupuestos ya descritos: 1) la estabilidad ideológica es un presupuesto muy fuerte pero difícilmente real, y eliminar tal presupuesto tendría importantes consecuencias en las metodologías de los modelos actitudinales; 2) el problema con los votos de la CS es que es difícil ver la relación entre ideología y estrategia, porque los cargos son de por vida, y es también complicado diferenciar si el voto es estratégico o ideológico, porque muy probablemente puedan coincidir; 3) el problema es la pretensión de los alcances y generalización de los JP, y la necesidad de establecer tendencias probabilísticas; 4) debemos aceptar los límites de los presupuestos conductistas y de racionalidad y comprender sus contextualidades.

## Referencias

- BAUM, L. (1994). What Judges want: Judge's goals and justice behavior. *Political Research Quarterly*, 47 (3), 749-768.
- BASABE-SERRANO, S. (2012). Judges without robes and judicial voting in context of political instability: case of Ecuador's Constitutional Court 1999-2004. *Journal of Latin America Studies*, 44 (1), 127-161.
- BENTON, D., y VAHLE, B. (2005). The Burger-Blackmun relationship: lessons for collegiality from the Blackmun Papers. *Missouri Law Review*, 70 (4).
- BRISBIN, R. (1992). The Burger Court Revisited. *Polity*, 25 (1), 159-171.
- CAMERON, C., y KORNHAUSER, L. (2017). Rational choice attitudinalism? A review of Epstein, Landes and Posner's. The behavior of Federal Judges: a theoretical and empirical study of rational choice. *European Journal Law Economic*, 43, 535-554.
- COHEN, A.; KLEMENT, A., y NEEMAN, Z. (2015). Judicial Decision Making: A Dynamic Reputation Approach. *The Journal of Legal Studies*, 44 (S1), S133-S159.
- CRANE, H. (2017). A hidden Markov model for latent temporal clustering with application to ideological alignment in the US Supreme Court. *Computational Statistics and Data Analysis*, 110, 19-36.
- DRAGICH PEARSON, M. (2005). Revelations from the Blackmun Papers on the development of the Death Penalty Law. *Missouri Law Review*, 70 (4).

- EPSTEIN, L. (2016). Some thoughts on the study of judicial behavior. *William & Mary Law Review*, 57 (6), 2017-2073.
- EPSTEIN, L.; HOEKSTRA, V.; SEGAL, J., y SPAETH, H. (1998). Do political preference change? A longitudinal study of US Supreme Court Justices. *The Journal of Politics*, 60 (3), 801-818.
- EPSTEIN, L.; POSNER, R., y LANDES, W. (2013). *The behavior of Federal Judges: a theoretical and empirical study of rational choice*. Cambridge, Estados Unidos: Harvard University Press.
- ESCOBAR-JIMÉNEZ, C. (2018). Criterios de demarcación, pseudociencia y científicidad en el derecho. *Cinta de Moebio*, 61, 123-139.
- FEIST, L. (2020). *A Judge's vote, and the people's: how do elected Judges make decisions?* Haverford, Estados Unidos: Haverford College.
- GREENHOUSE, L. (2006). *Becoming Justice Blackmun: Harry Blackmun's Supreme Court Journey*. Nueva York, Estados Unidos: Times Books.
- GRIJALVA, A. (2010). *Courts and Political Parties: The Politics of Constitutional Review in Ecuador*. Tesis doctoral. University of Pittsburgh.
- HAGLE, T. (1993). A new test for the Freshman Effect. *Southeastern Political Review*, 21 (2), 289-308.
- KOBYLKA, J. (1989). Leadership on the Supreme Court of the United States: Chief Justice Burger and the establishment clause. *The Western Political Quarterly*, 42 (4), 545-568.
- KOH, H. H. (1994). Justice Blackmun and the «World out There». *The Yale Law Journal*, 104 (1), 23-31
- LIJPHART, A. (2000). *Las democracias contemporáneas: un estudio comparativo*. Madrid, España: Ariel.
- MARTIN, A., y QUINN, K. (2002). Dynamic ideal point estimation via Markov chain Monte Carlo for the US Supreme Court, 1953-1999. *Political Analysis*, 10 (2), 134-153.
- MISHKIN, P. (1975). Great cases and soft law: a comment on United States v. Nixon. *UCLA Law Review*, 22.
- RIES, D., y JARRELL, M. (2002). *Expert opinions in environmental cases after Daubert Amended Federal Rule 702*. Energy and Mineral Law Institute, 22. Chapter 13.

- RUGER, T. (2005). Justice Harry Blackmun and the phenomenon of judicial preference change. *Missouri Law Review*, 70 (4), 1119-1230.
- SCHWARTZ, B. (1979). Bad Presidents make hard law: Richard M. Nixon in the Supreme Court. *Rutgers Law Review*, 31, 22-40.
- SEAGAL, J., y SPAETH, H. (2012). *The Supreme Court and attitudinal model*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- SHEPHERD, J. (2009). The influence of retention politics on Judges' voting. *Journal of Legal Studies*, 38 (1), 169-203.
- SISK, G. (2005). The Willful Judging of Harry Blackmun. *Missouri Law Review*, 70 (4), 1049-1073.
- TOCQUEVILLE, A. (2015). *La democracia en América*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- TRIBE, L. (2012). *El aborto: guerra de absolutos*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- TSEBELIS, G. (2006). *Jugadores con veto. Cómo funcionan las instituciones políticas*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- VANBERG, G. (2005). *The politics of constitutional review in Germany*. Nueva York, Estados Unidos: Cambridge University.
- WEINGAST, B., y MARSHALL, W. (1988). The industrial organization of Congress: or why Legislature, like firms, are not organized as markets. *Journal of Political Economy*, 96 (1), 132-163.

El autor es el único responsable del artículo.