

FREDERICK SCHAUER

# **PENSAR COMO UN ABOGADO**

## **Una nueva introducción al razonamiento jurídico**

Traducción al castellano de  
Tobías J. Schleider

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>PREFACIO</b> .....	13
<b>CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN: ¿EXISTE EL RAZONAMIENTO JURÍDICO?</b> .....	17
<b>CAPÍTULO II. REGLAS, EN EL DERECHO Y EN TODAS PARTES</b> .....	29
1. SOBRE LAS REGLAS EN GENERAL .....	29
2. EL NÚCLEO Y EL CONTORNO.....	35
3. LA GENERALIDAD DE LAS REGLAS .....	39
4. LA FORMALIDAD DEL DERECHO .....	44
<b>CAPÍTULO III. LA PRÁCTICA Y LOS PROBLEMAS DE LOS PRECEDENTES</b> .....	51
1. PRECEDENTES EN DOS DIRECCIONES.....	51
2. PRECEDENTES: CONCEPTOS BÁSICOS .....	53
3. UNA IDEA EXTRAÑA .....	56
4. SOBRE LA IDENTIFICACIÓN DE UN PRECEDENTE .....	59
5. SOBRE FUNDAMENTOS Y <i>DICTA</i> .....	69
6. SOBRE LA FUERZA DE LOS PRECEDENTES: NULIDADES, DISTINCIONES Y OTRAS FORMAS DE ANULACIÓN.....	71
<b>CAPÍTULO IV. AUTORIDAD Y FUENTES CON AUTORIDAD</b> .....	77

	<u>Pág.</u>
1. LA IDEA DE AUTORIDAD .....	77
2. SOBRE LA AUTORIDAD VINCULANTE Y LA LLAMADA «AUTORIDAD PERSUASIVA» .....	83
3. POR QUÉ LA AUTORIDAD REAL NO NECESITA SER «VINCULANTE» .....	90
4. ¿PUEDEN EXISTIR LAS FUENTES CON AUTORIDAD PROHIBIDAS? .....	91
5. ¿CÓMO ES QUE LAS FUENTES CON AUTORIDAD DEVIENEN AUTORITATIVAS? .....	94
<b>CAPÍTULO V. EL USO Y EL ABUSO DE LAS ANALOGÍAS .....</b>	<b>99</b>
1. SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE EL PRECEDENTE Y LA ANALOGÍA .....	99
2. SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA SEMEJANZA .....	105
3. EL DESAFÍO ESCÉPTICO .....	110
4. LA ANALOGÍA Y LA VELOCIDAD DE LOS CAMBIOS EN EL DERECHO.....	113
<b>CAPÍTULO VI. LA IDEA DE <i>COMMON LAW</i>.....</b>	<b>117</b>
1. ALGO DE HISTORIA Y UNA COMPARACIÓN .....	117
2. SOBRE LA NATURALEZA DEL <i>COMMON LAW</i> .....	122
3. ¿CÓMO CAMBIA EL <i>COMMON LAW</i> ? .....	125
4. ¿ES DERECHO EL <i>COMMON LAW</i> ?.....	129
5. UN VIAJE BREVE POR EL REINO DE LA EQUIDAD.....	131
<b>CAPÍTULO VII. EL DESAFÍO DEL REALISMO JURÍDICO .....</b>	<b>137</b>
1. ¿LAS REGLAS Y LOS PRECEDENTES RESUELVEN LOS CASOS? .....	137
2. ¿LIMITA LA JURISPRUDENCIA AUN SI NO DETERMINA? ....	146
3. UNA AFIRMACIÓN EMPÍRICA.....	150
4. EL REALISMO Y EL ROL DEL ABOGADO .....	153
5. LOS <i>CRITICAL LEGAL STUDIES</i> Y EL REALISMO CON UN TRAJE MODERNO .....	155
<b>CAPÍTULO VIII. LA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES.....</b>	<b>159</b>
1. INTERPRETACIÓN DE LEYES EN UN ESTADO REGULADOR.....	159
2. EL ROL DEL TEXTO .....	162

	<u>Pág.</u>
3. CUANDO EL TEXTO NO OFRECE UNA RESPUESTA.....	168
4. CUANDO EL TEXTO OFRECE UNA MALA RESPUESTA.....	172
5. LOS CÁNONES DE LA CONSTRUCCIÓN DE LAS LEYES.....	176
<b>CAPÍTULO IX. EL VOTO DEL JUEZ .....</b>	<b>179</b>
1. LAS CAUSAS Y LAS CONSECUENCIAS DE LOS VOTOS DE LOS JUECES .....	179
2. OFRECIENDO RAZONES .....	183
3. UNA VEZ MÁS FUNDAMENTOS Y <i>DICTA</i> .....	188
4. LA FRECUENCIA DECRECIENTE DE LOS VOTOS.....	191
<b>CAPÍTULO X. CREANDO DERECHO CON REGLAS Y PAUTAS.....</b>	<b>195</b>
1. LA DISTINCIÓN BÁSICA.....	195
2. REGLAS, PAUTAS Y LA CUESTIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD.....	197
3. ESTABILIDAD Y FLEXIBILIDAD.....	201
4. REGLAS Y PAUTAS EN LOS VOTOS DE LOS JUECES .....	202
5. SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LA AMPLITUD Y LA VAQUEDAD .....	206
<b>CAPÍTULO XI. DERECHO Y HECHOS .....</b>	<b>209</b>
1. SOBRE LA IDEA DE UN HECHO .....	209
2. DETERMINANDO LOS HECHOS EN EL JUICIO: EL DERECHO DE LAS PRUEBAS Y SUS CRÍTICOS.....	211
3. LOS HECHOS Y EL PROCESO DE APELACIÓN .....	217
<b>CAPÍTULO XII. LA CARGA DE LA PRUEBA Y SUS PARIENTES.....</b>	<b>223</b>
1. LA CARGA DE LA PRUEBA .....	223
2. PRESUNCIONES .....	228
3. LA DEFERENCIA Y LA ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA TOMA DE DECISIONES .....	233
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>239</b>
<b>ÍNDICE ANALÍTICO .....</b>	<b>259</b>

## PREFACIO

Este libro trata sobre pensar y razonar. Más específicamente, sobre las maneras de pensar y razonar y los métodos argumentativos de los abogados y los jueces, que pueden o no ser diferentes de las maneras de pensar y razonar y de los métodos argumentativos de las personas comunes. El que los abogados piensan, razonan y argumentan distinto de la gente común es una pregunta, no un axioma. No obstante, ciertas técnicas de razonamiento se consideran características de la toma de decisiones en el derecho. El foco de este libro se posa sobre esas técnicas. En parte, su objetivo es ofrecer una contribución académica seria al pensamiento sobre varias cuestiones vinculadas con el razonamiento jurídico. Pero, más que nada, busca introducir a los estudiantes de primer año, y aun a los potenciales, en la naturaleza del pensamiento jurídico. En la facultad de derecho típica, en especial en los Estados Unidos, los docentes creen que enseñan pensamiento y razonamiento jurídicos por ósmosis, o intersticialidad, en el proceso de instruir sobre materias sustantivas como derecho de daños, contratos, derecho penal, derechos reales, procedimiento civil y derecho constitucional. Pero en realidad se enseña mucho menos sobre el pensamiento y el razonamiento jurídicos que lo que los profesores usualmente creen. Y aun si se enseñara en alguna medida, podría ser necesario hacerlo de manera unificada, aparte de las cuestiones particulares, explicando y analizando mucho de lo que los estudiantes de derecho supuestamente deberían captar a partir de la enseñanza usual, indirecta, del razonamiento jurídico. Del mismo modo, aunque muchos profesores de derecho creen que es importante que los estudiantes conozcan algo acerca de los principales representantes, temas y ejemplos del canon del razonamiento jurídico, muchas de estas cuestiones se pierden por las grietas de las facultades de derecho modernas. Así, otra vez, surge una buena razón para presentarlas de manera unificada. Este libro busca

satisfacer estas necesidades y, al mismo tiempo, ofrecer a los abogados y estudiantes de derecho algo en lo cual pensar —y estar o no de acuerdo— con relación a la mayoría de los temas que aborda.

Aunque increíble, es cierto que algunos de los aportes más significativos para la comprensión profunda del derecho han sido orientados hacia los estudiantes que acaban de iniciar la carrera. La conferencia tan perdurable *La senda del derecho*, de Oliver Wendell HOLMES, fue escrita originalmente para la dedicatoria de un edificio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Boston. Probablemente, allí el público estaba integrado en su mayoría por estudiantes de derecho. *The Bramble Bush*, de Karl LLEWELYN, se concibió como una guía de estudio del derecho para alumnos de primer año. *An Introduction to Legal Reasoning*, de Edward LEVI, tuvo pretensiones similares. H. L. A. HART estableció explícitamente que su libro *El Concepto de Derecho* estaba destinado a estudiantes de grado. Pero a pesar de estar dirigidos en gran medida a principiantes, cada uno de esos trabajos, y muchos otros parecidos a ellos, han causado un impacto tan profundo en el estudio escolástico del derecho que los académicos aún los leen, y escriben y discuten a su respecto, aun cuando sus estudiantes siguen aprendiendo de ellos.

Sería presuntuoso comparar este libro con aquellos, pero mis objetivos son similares. En varios temas no solo pretendo describir, sino también explicar y analizar, las cuestiones. Con esto, espero que se llegue a una mejor comprensión, o al menos a un desacuerdo fructífero. En general, tengo la intención de realizar una presentación comprensible de los aspectos formales del pensamiento jurídico y, de este modo, ir al menos levemente en contra del núcleo de gran parte del pensamiento jurídico norteamericano de los siglos XX y XXI. Puede parecer que mi perspectiva desprecia en alguna medida el elemento creativo del pensamiento jurídico. Pero al enfatizar los aspectos del razonamiento jurídico que son en cierto modo formales, en cierto modo contrarios a hacer siempre lo correcto en el caso particular y en cierto modo comprometidos con el hecho de tomar el carácter del derecho positivo con seriedad, este libro busca presentar una imagen del pensamiento jurídico que refleje de manera adecuada las realidades de la abogacía y la judicatura. A la vez, espera ofrecer una explicación de la contribución incomparable del derecho a la toma de decisiones en la sociedad.

Algunos de los temas que abordaré —reglas, precedentes, autoridad, interpretación y ofrecimiento de razones, por ejemplo— son los que estuve pensando durante muchos años. Pero este libro no es una colección de artículos publicados con anterioridad, y ha sido escrito desde cero, de manera que se mantenga como un todo coherente. Ciertos temas y ejemplos se repetirán ocasionalmente, asumiendo que los libros suelen leerse por partes y no de principio a fin. Pero cada oración y párrafo de este libro ha sido escrito

exclusivamente para él, teniendo en miras sus metas específicas. Otras cuestiones —sentencias y *obiter dictum*, derecho y hecho, analogía, presunciones y realismo jurídico, por ejemplo— han sido tratadas por mí en trabajos anteriores, pero esta me ha parecido la ocasión correcta tanto para decir más al respecto como para reconocer la manera en la cual son elementos necesarios de un estudio completo del razonamiento jurídico.

Aunque sería imposible agradecer a todos aquellos de quienes me he beneficiado a través de los años al discutir los diversos temas del razonamiento jurídico, así como a quienes, con sus comentarios a manuscritos previos, me han ayudado de manera inconmensurable, me resulta importante expresarles mi gratitud de manera colectiva. Algunas de las ideas plasmadas en este libro podrían atribuirse adecuadamente a otros, de manera que ya no soy capaz de desentrañar. Otras son mejores, simplemente, porque han sido pulidas a través de los años por los comentarios de amigos y críticos generosos. No obstante, con respecto a este libro, reconocer la ayuda inmediata de otros es más un placer que una obligación. Larry ALEXANDER, amigo y colaborador, me ha brindado comentarios por escrito muy útiles respecto de todo el manuscrito, como lo hizo también un revisor anónimo de la Harvard University Press. El capítulo I se derivó de una conferencia acerca de «La psicología del juzgar» en la Universidad de Virginia, y una versión ulterior constituyó la base de una conferencia en el Uehiro Centre for Practical Ethics en la Universidad de Oxford. El capítulo II fue presentado en la conferencia de «Defeasibility in Law», organizada en Oxford por Jordi FERRER y Richard TUR. El capítulo III se benefició de los comentarios desafiantes de Brian BIX, Jody KRAUS y Bill SWADLING. SWADLING también colaboró de manera considerable con sus comentarios al capítulo V. El capítulo IV, que se benefició enormemente con los comentarios de Adrian VERMEULE, fue presentado y discutido en el Faculty of Law Seminar del University College London, en el Public Law Workshop de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, en el Cambridge University Forum of Legal and Political Philosophy y en la notable institución del Oxford Jurisprudence Discussion Group, cuya audiencia estuvo particularmente comprometida y fue muy incisiva. Dos miembros de ese grupo, Jorge OLIVEIRA y Noam GUR, también me brindaron comentarios por escrito, que fueron de mucha ayuda, sobre ese capítulo, que en parte fue publicado, con una forma muy distinta, en el *Virginia Law Review*. El mencionado Brian BIX, cuyos conocimientos jurídicos son tan enciclopédicos como profundos, también me hizo comentarios valiosos sobre el capítulo VII, al igual que la concurrencia de la Legal Research Conference and Lecture, que se celebra anualmente en la Universidad de Oxford. Finalmente, Bobby SPELLMAN me desafió, como es característico en ella, con sus comentarios acerca de los capítulos I a VII, y fue la fuente de valiosas discusiones en casi todos los temas del libro. Ella es responsable no

solo de algunas de las palabras que están en él sino, quizás de manera más importante, de muchas que no lo están.

Gran parte de este libro fue escrito mientras tuve el destacable privilegio de servir como Profesor Visitante George Eastman en la Universidad de Oxford, donde también fui honrado como Fellow del Balliol College. Oxford y Balliol me brindaron un enorme apoyo, tangible e intangible. También, un entorno académico amigable y multidisciplinario y un grupo único de juristas cuyo interés colectivo en la teoría del derecho y el razonamiento jurídico no tiene parangón en el mundo entero. Este libro es infinitamente mejor gracias a su apoyo y su interés.



# CAPÍTULO I

## INTRODUCCIÓN:

### ¿EXISTE EL RAZONAMIENTO JURÍDICO?

Las facultades de derecho de todo el mundo afirman que enseñan a sus estudiantes cómo «pensar como un abogado». Afirman que estudiar derecho no se trata, en lo fundamental, de aprender un cúmulo de leyes, porque el derecho tiene muchas más reglas de las que se pueden enseñar en tres años de educación jurídica. Además, muchas de las normas jurídicas que podrían aprenderse en la facultad habrán cambiado en el momento en que los alumnos se iniciaran en la práctica jurídica. La educación jurídica tampoco consiste en enseñar cómo comportarse en la sala de audiencias de un tribunal, o cómo redactar un testamento, porque muchas de esas habilidades se aprenden mejor en la práctica que en la universidad. Ahora bien, es cierto que tanto el conocimiento de algunas normas jurídicas como la incorporación de ciertas habilidades para la práctica jurídica son importantes para el éxito en el ejercicio de la profesión. Y también es cierto que algunos de estos conocimientos se adquieren, de manera útil, en la facultad de derecho. Pero se dice que lo que realmente distingue a los abogados de otras clases de personas es su capacidad de desplegar un talento para argumentar y tomar decisiones que con frecuencia se describe como *razonamiento jurídico*. Así que, aun cuando las facultades de derecho enseñan algunas normas jurídicas y algunas habilidades profesionales prácticas, las propias facultades sostienen que su misión primordial es entrenar a los estudiantes en las artes de la argumentación jurídica, de la toma de decisiones jurídicas y del razonamiento jurídico: para pensar como un abogado<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> En la película de 1973 *The Paper Chase* [N. del T.: *Vida de un estudiante*], el famoso profesor Kingsfield ofrece una ilustración dramática de esa afirmación tradicional, proclamando en

Pero ¿hay una manera de razonar que es particularmente *jurídica*? ¿Existe algo que pueda ser considerado pensar como un abogado? Por supuesto, algunos abogados piensan y razonan mejor que otros, pero lo mismo puede decirse de los médicos, los contables, los políticos, los soldados y los trabajadores sociales. Y muchos abogados piensan de manera más analítica, o más precisa, o más rigurosa que mucha gente común, pero también lo hacen muchos economistas, científicos y agentes financieros. Por ende, la pretensión de las facultades de derecho de enseñar razonamiento jurídico tiene que referirse a algo distinto que solo enseñar a sus estudiantes a pensar de manera más efectiva, racional o rigurosa. Y, en efecto, esto es así. Las facultades de derecho aspiran a enseñar a sus estudiantes cómo pensar de manera diferente; diferente de la gente común, y de los miembros de otras profesiones. Lord Coke sostuvo hace tanto tiempo como 1628 que en el derecho había una razón «artificial»: <sup>2</sup> una distinción entre la simple racionalidad y los métodos especiales del derecho y, particularmente, de los jueces. Por supuesto, Lord Coke podría haber estado equivocado. Quizás estaba errado al suponer que el razonamiento jurídico es diferente, y quizás el razonamiento jurídico sea solo razonamiento. Algunas veces bueno, algunas malo y la mayoría de las veces en un nivel intermedio pero, no obstante, siempre mero razonamiento. Ahora bien, Lord Coke también podría haber estado en lo cierto. Después de todo, la idea de que el razonamiento jurídico es diferente del ordinario, aun de aquel muy bueno, ha sido la creencia tradicional de la mayoría de los abogados, de los jueces y de las facultades de derecho por mucho tiempo. Así, aunque la creencia tradicional en la naturaleza particular del razonamiento jurídico podría ser errada, llega a nosotros desde una fuente lo suficientemente distinguida como para que descartemos de un plumazo la idea de que hay un razonamiento jurídico.

El que deba existir algo particular en el razonamiento jurídico no surge de manera inexorable de la existencia del derecho como una profesión particular, por cuanto está lejos de ser obvio que aquellos que abrazan cierta vocación especializada deban necesariamente pensar y razonar de manera distinta de aquellos que no la han abrazado. Los electricistas saben cosas que los carpinteros no, y estos saben cosas que ignoran los fontaneros. Pero sería extraño hablar de que se piensa como un carpintero o como un fontanero. De hecho, podría ser igual de extraño hablar sobre que se piensa como abogado. Aunque las facultades de derecho no consideran que eso es extraño, ni tampoco los abogados y los jueces. Las facultades de derecho, y los abogados y jueces que en ellas se forman, suponen que los abogados

---

su clase de contratos que «ustedes se enseñan derecho a sí mismos. Yo entreno sus mentes. Llegan aquí con un cráneo lleno de papilla y, si sobreviven, se irán pensando como abogados».

<sup>2</sup> COKE (pronunciado como «cook»), 1628. Para un desarrollo moderno, véase FRIED, 1981.

se caracterizan por algo más que saber cosas que ignoran quienes no son abogados. El conocimiento del derecho es importante, como las habilidades para litigar y redactar contratos, pero la explicación tradicional de qué es lo que hace particulares a los abogados es que ellos poseen algo diferente de lo anterior.

Sin embargo, eso que los abogados tienen además de sus habilidades técnicas y su conocimiento del derecho no es tan fácil de identificar. Es relativamente fácil decir qué es no pensar como un abogado. Resulta mucho más difícil decir qué es hacer eso, y esa dificultad puede haber dado lugar, en parte, a los numerosos planteamientos escépticos contra la particularidad del razonamiento jurídico. Los realistas jurídicos (acerca de quienes se dirá mucho más en el capítulo VII) como Jerome FRANK y (en menor medida) Karl LLEWELLYN, insisten en que los abogados y los jueces no enfrentan los problemas de manera significativamente distinta a los de otros sujetos encargados de definir políticas o tomar decisiones en el ámbito público. Muchos de los autores de derecho político que estudian la toma de decisiones de la Corte Suprema norteamericana suelen hacer afirmaciones semejantes, sosteniendo que las ideologías, actitudes, ideas políticas y preferencias en cuestiones de estrategias públicas por parte de los jueces juegan un papel mayor en la toma de decisiones de la Corte que cualesquiera de los métodos tradicionales de razonamiento jurídico<sup>3</sup>. Los psicólogos que estudian los procesos de razonamiento de abogados y jueces se enfocan menos en los métodos supuestamente característicos de razonamiento jurídico que en los defectos de razonamiento que aquejan a los decisores, sean o no abogados<sup>4</sup>. Posiciones escépticas o deflacionarias con respecto al razonamiento jurídico han existido desde hace mucho tiempo, tanto como la crítica ácida de la profesión jurídica por parte de Jeremy BENTHAM («Juez y Cía.», la llamó) en la primera parte del siglo XIX<sup>5</sup>. Los abogados y los jueces podrán ser abogados y jueces, y por eso los desafíos a los planteamientos tradicionales en torno al razonamiento jurídico se les aplican, pero también son seres humanos, con más o menos los mismos talentos y deficiencias que el resto. Se dice, entonces, que el hecho de que los abogados y los jueces sean seres humanos explica mucho más acerca de los métodos de razonamiento jurídico y judicial que lo que pudieran haber aprendido en la facultad de derecho, adquirido en la práctica jurídica o captado al ejercer su magistratura.

En general, quienes asumen una postura escéptica frente al razonamiento jurídico no creen que los abogados y los jueces estén mintiendo. Sin embar-

---

<sup>3</sup> Véanse, *e.g.*, BAUM, 1997; BRENNER y SPAETH, 1995; EPSTEIN y KNIGHT, 1988; SEGAL y SPAETH, 2002; SPAETH y SEGAL, 1999; BAUM, 1988.

<sup>4</sup> Véanse, *e.g.*, GUTHRIE, RACHLINSKI y WISTRICH, 2001; SIMON, 2004; SPELLMAN, 2007.

<sup>5</sup> BENTHAM, 1843b.

go, sí consideran que lo que los abogados y los jueces creen estar haciendo —su punto de vista interno acerca de sus propias actividades— con frecuencia enmascara una realidad más profunda. En ella, las elecciones referidas a las políticas y varios otros atributos no jurídicos juegan un rol mucho más extenso en la explicación de los argumentos y conclusiones jurídicas que lo que aun los propios participantes de la práctica creen o comprenden. En la medida en que esta visión más escéptica refleje de manera adecuada la realidad, el razonamiento jurídico será menos particular y, en consecuencia, menos importante de lo que habíamos creído. Pero si, en cambio, la posición tradicional es, a grandes rasgos, sostenible, y si los abogados y los jueces, aun reconociendo que su manera de razonar comparte muchos elementos con la del resto de los seres humanos, posee métodos de pensamiento que son característicamente jurídicos, será importante explorar cuáles podrían ser esos métodos y características especiales. Por ende, una manera de abordar la supuesta particularidad del razonamiento jurídico es considerando cuánto del razonamiento de los abogados y los jueces puede explicarse por su entrenamiento y sus roles especializados, por un lado y, por el otro, cuánto puede explicarse simplemente por el hecho de que son seres humanos<sup>6</sup>.

La afirmación de que *existe* algo como el razonamiento jurídico es, entonces, la hipótesis (controvertida) de que los abogados tienen métodos diferentes a los de otras personas para enfrentar problemas y tomar decisiones. Pero ¿cuáles son esos métodos? A veces, la gente sostiene que la habilidad especial del abogado es una facilidad para manejarse con los hechos y las pruebas, sumada a la capacidad conexa para entender el contexto general de un evento, una disputa o una decisión particulares<sup>7</sup>. Pero aunque estas habilidades son importantes para ser un buen abogado, no está tan claro que los abogados exitosos las posean o las necesiten en mayor medida que los detectives, los historiadores, los psiquiatras y los antropólogos exitosos. Del mismo modo, otros han pretendido caracterizar al razonamiento jurídico en términos de una capacidad privilegiada para ver el otro lado de un argumento<sup>8</sup> o, algo conectado con lo anterior, para ser empático con los demás y ponerse en su lugar<sup>9</sup>. Pero estos son atributos que también esperamos ver en buenos pensadores y buena gente de todo tipo. Aún más: ni el tan pregonado talento jurídico para razonar por analogía<sup>10</sup> difícilmente puede considerarse exclusivo de los abogados y los jueces, porque el uso de analogías de manera efectiva puede ser, tranquilamente, el criterio para distinguir a expertos

---

<sup>6</sup> Véase SCHAUER, 2009.

<sup>7</sup> Véase, *e.g.*, BURTON, 2005; BANDSTRA, 2005; MINOW y SPELMAN, 1990.

<sup>8</sup> Véase SHERRY, 2007.

<sup>9</sup> Véase BARTLETT, 1990.

<sup>10</sup> *E.g.*, LEVI, 1949; SUNSTEIN, 1996; WEINREB, 2005.

de novatos en casi cualquier campo<sup>11</sup>. Así es que sí, podemos querer que los abogados y los jueces sean inteligentes, empáticos, analíticos, rigurosos, precisos, carentes de prejuicios y sensibles frente a los hechos y sus matices, entre otras cosas, pero porque estos son también los rasgos que pretendemos ver en nuestros políticos, trabajadores sociales, médicos y agentes financieros. Todavía no está claro qué habilidades o características, si es que hay alguna, se supone que tienen los abogados a diferencia de otras personas.

Los capítulos de este libro están dedicados a explorar las formas variadas de razonamiento que se han asociado, tradicionalmente y en especial, con el sistema jurídico. Entre ellas, la toma de decisiones a partir de reglas, el tratamiento de ciertas fuentes como autoritativas, el respeto por los precedentes aun cuando parecieran derivar consecuencias inadecuadas, el dar relevancia a la carga de la prueba y el acostumbrarse a las cuestiones jurisdiccionales, esto es, entender que una cosa es que un resultado sea correcto y otra advertir que algunas instituciones pueden tener el poder suficiente para llegar a ese resultado y otras no. Pero no deberíamos plantearnos desde el comienzo expectativas irreales respecto de la pretensión de que el razonamiento jurídico es especial. En primer lugar, el derecho no puede ser visto de manera plausible como un sistema cerrado, del modo en que podría serlo un juego como el ajedrez. Todas las jugadas de una partida de ajedrez pueden fundarse en las reglas del ajedrez, pero no todos los pasos de un argumento jurídico o una toma de decisión en el ámbito del derecho pueden fundarse en normas jurídicas<sup>12</sup>. No solo la ley depende necesariamente de numerosas habilidades además de aquellas entendidas explícitamente como jurídicas, sino que está inevitable y especialmente conectada a la complejidad impredecible de la condición humana. Podemos, como máximo, predecir el futuro de manera imperfecta, y carecemos de certeza para saber qué haremos una vez que llegue. Como el mundo sigue arrojándonos lo inesperado, el derecho se verá forzado, en repetidas ocasiones, a salirse de las reglas vigentes para servir a la sociedad en la que existe. El derecho bien podría contener dentro de su arsenal de argumentación y toma de decisiones los recursos que se necesitan para adaptarse a un mundo cambiante. Pero si ese fuese el caso, es aún menos probable que la imagen de un sistema totalmente cerrado en el cual las reglas jurídicas vigentes —y, quizás, aun las prácticas vigentes de argumentación jurídica— sea adecuada para ilustrar lo que hace el derecho y cómo lo hace.

No solo sucede que el derecho no es un sistema cerrado, sino que sus métodos característicos de razonamiento, si es que existen, tampoco son

---

<sup>11</sup> Véase, *e.g.*, FORBUS, 2001; HOLYOAK, 2005.

<sup>12</sup> Un conocido argumento contrario a la idea de que el derecho puede ser visto como un sistema deductivo cerrado se desarrolla en HART, 1958.

completamente propios del derecho. Quizás exista muy poco solapamiento entre el estonio y el inglés, o entre la crítica literaria y el cálculo multivariable. Pero no es plausible negar que aun las formas más características de razonamiento jurídico se pueden encontrar fuera del sistema jurídico. Es verdad que, con frecuencia, los abogados y los jueces argumentan y toman decisiones basándose en los preceptos de las normas positivas. Pero también lo hacen los burócratas, los banqueros y lo hacemos cada uno de nosotros cuando respetamos el límite de velocidad que está escrito en un cartel. El sistema jurídico también parece particularmente preocupado por los precedentes: con hacer lo mismo que se ha hecho antes solo porque se ha hecho antes. Pero esta manera de pensar, una vez más, difícilmente puede considerarse exclusiva del derecho, como es bien sabido por los padres cuando deben lidiar con el argumento de un hijo menor que sostiene que debe permitírsele hacer algo a cierta edad solo porque a uno de sus hermanos mayores le fue permitido cuando tenía la misma edad. Y aunque el derecho es también una institución caracterizada por el razonamiento basado en la autoridad —tomando a la fuente de una regla más que a las razones subyacentes a ella como justificación para seguirla— esto tampoco es difícil de hallar fuera del sistema jurídico. La familia es, una vez más, un buen ejemplo. Cualquier padre que haya gritado, con desesperación, «¡Porque así lo digo yo!» a un hijo testarudo, reconocerá que esa apelación a la autoridad y no a las razones tiene su lugar en toda la extensión de la existencia humana.

Pero aunque todos los métodos característicos de razonamiento jurídico se encuentran con frecuencia fuera del derecho, podría todavía ser posible que esas formas de razonamiento y toma de decisiones estén particularmente concentradas dentro del sistema jurídico. Porque por más difundidas que estén estas formas de razonamiento en las decisiones que tomamos a lo largo de nuestras vidas, es importante recordar que son extrañas, de un modo especial. Esta rareza particular consiste en que todas y cada una de las características principales del razonamiento jurídico y la argumentación jurídica pueden concebirse como un camino hacia la obtención de una decisión *distinta* de la mejor que, todas las cosas consideradas, se tomaría en la materia bajo estudio. Con frecuencia, cuando obedecemos un límite de velocidad, nos encontramos conduciendo a una velocidad que no es la que consideraríamos mejor, tomando en cuenta el tránsito, las condiciones del camino y nuestras habilidades para la conducción. En consecuencia, obedecer un límite de velocidad es hacer algo que no consideramos lo mejor. Del mismo modo, tomar una decisión solo porque la misma ha sido tomada antes —seguir precedentes— resulta interesante, sobre todo, cuando de otro modo habríamos tomado una decisión diferente. El padre que otorga al hijo menor los mismos privilegios, a la misma edad, que al mayor, se deja arrastrar por la fuerza del precedente solo cuando tiene motivos para creer que debería tratar a sus dos hijos de manera diferente, por lo que

ser constreñido por el precedente es, otra vez, un *desvío* de la decisión que, de otro modo, le habría parecido correcta. Y decimos que *obedecemos* o *seguimos* a la autoridad solo si lo que hacemos porque la autoridad lo exige no es lo mismo que habríamos hecho si hubiéramos podido decidir qué era lo mejor sobre la base de nuestro propio criterio. El soldado que cumple una orden bien podría actuar distinto si se le permitiera tomar su propia decisión, sin guías ni prescripciones, así como el estudiante o el hijo obedientes son aquellos que relegan sus propios deseos para hacer algo distinto a lo que estos les dictan.

Una vez que entendemos que estas formas comunes de razonamiento y de toma de decisiones tienen, no obstante, su peculiaridad —pues con frecuencia conducen a resultados diferentes comparados con aquellos a los cuales habrían arribado los decisores en otras circunstancias—, podemos entender también que la presencia sustancial de estas formas de razonamiento en el sistema jurídico —más sustancial, proporcionalmente, que en la totalidad de las decisiones que tomamos en nuestras vidas— puede fundar una afirmación plausible acerca de que existe algo como el razonamiento jurídico. Si estas formas de razonamiento de algún modo contraintuitivas —que con frecuencia conducen a resultados para el caso distintos que aquellos que parecerían mejores en otras circunstancias, todas las cosas consideradas— son preponderantes en el derecho pero de alguna manera excepcionales en todos los demás ámbitos, entonces estaríamos en condiciones de concluir en que *existe* algo que podemos llamar «pensar como un abogado». Y que, en concordancia con esto, *existe* algo que es de importancia vital que abogados y jueces sepan cómo hacer correctamente, y que las facultades de derecho deben enseñar a sus estudiantes. Una vez más: esta matriz de métodos de razonamiento no es exclusiva del sistema jurídico, y estos no son los únicos métodos que usa el derecho. Las formas del razonamiento jurídico se encuentran por todas partes y los métodos que podríamos llamar «ordinarios» de razonamiento también ocupan un gran lugar en los argumentos y las tomas de decisiones jurídicas. Pero si resulta ser que, en efecto, hay métodos de razonamiento que pueden encontrarse por todas partes pero que están particularmente concentrados y son preeminentes en los argumentos y las tomas de decisiones jurídicas, la afirmación de que existe algo llamado razonamiento jurídico estará, finalmente, justificada.

Los métodos aparentemente contraintuitivos del derecho no son solo una peculiaridad histórica. Por el contrario, son una función de la *generalidad* inherente al derecho. Aunque las disputas, judiciales y extrajudiciales, involucran a personas particulares con problemas particulares inmersos en controversias particulares, el derecho tiende a tratar a los particulares que confronta como miembros de grandes categorías. En lugar de intentar el logro de la mejor solución para cada controversia de una manera contextual y particularista, la meta del derecho es, con frecuencia, asegurarse de que el