



**UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y SOCIALES**

**DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIÓN**

---

**Informe de investigación n° 11**

**Diciembre de 2014**

**Proyecto**

**“El razonamiento jurídico por analogía. Expansión de la teoría del derecho por medio de enfoques cognitivos”**

**Martín Moretó**

**[martinmor@ciudad.com](mailto:martinmor@ciudad.com)**

*Resumen:*

*El informe aborda una teoría que postula la autonomía de la analogía. Contrariamente a quienes afirman que el razonamiento por analogía consiste meramente en seguir una regla, Lloyd Weinreb afirma que la argumentación por analogía se sostiene por sí misma y no se necesita recurrir a reglas para justificar su utilización. Lo pretende demostrar a través de ejemplos de la vida ordinaria y de casos jurídicos. Se ha cuestionado que dicha ilustración pruebe por sí misma el punto. Danny Priel intenta salvar el argumento de Weinreb agregando que la confianza en el razonamiento por analogía se sostiene si conduce a resultados correctos. Esto requiere dilucidar qué se entiende por resultados correctos, lo que implica una respuesta fundada en una filosofía política. Priel muestra que la condición fundamental para que una analogía sea legítima es que se considere que la corrección legal no depende de principios derivados de la razón (como en la tradición civilista continental) sino de un estándar de aceptación social (prevalente en la tradición del Common Law). Otros autores, como Richard Posner, señalan las deficiencias del análisis de Weinreb producidas por no comprender adecuadamente en qué consiste el derecho ni cual es la tarea propia de los jueces y confundir los verdaderos fundamentos de una sentencia ( que se refieren a reglas, estándares sociales y propósitos políticos) con su presentación retórica (que sí se sirve de la analogía).*

*Palabras clave: analogía Teorías; , reglas y directrices políticas; adjudicación y legislación.*

## **La autonomía de la analogía y del razonamiento jurídico**

### **La teoría de la analogía de Lloyd Weinreb**

Weinreb (2005) se ocupa de los argumentos que los abogados y jueces desarrollan al defender a sus clientes y al exponer sus opiniones en los fallos; razonamientos jurídicos en los que la ley es aplicada o concretizada (a diferencia del argumento legislativo y del argumento administrativo que tienen por regla un carácter más general). La diferencia de funciones explica por qué, aunque el razonamiento por analogía es útil tanto en el razonamiento jurídico como en cualquier otro ámbito, cumple un rol particular en la adjudicación.

Lo distintivo del razonamiento jurídico consiste en apoyarse en la analogía. Weinreb, al igual que Brewer (1996) (Cf. informe 9), lo caracteriza como un argumento por el ejemplo: encontrar la solución a un problema haciendo referencia a otro problema similar y a su solución.

El razonamiento jurídico ha recibido mucha atención, en el ámbito anglosajón, probablemente porque no hay un test o criterio objetivo para medir sus resultados. Y es esta misma dificultad la que explica la insistencia de los teóricos en reemplazarlo por formas lógicas más rigurosas. Sin embargo, Weinreb (2005: 76) insistirá en que, en el campo de la adjudicación, su utilización es indispensable.

Los filósofos del derecho han visto en los argumentos analógicos una figura discursiva de persuasión, retórica, más que un argumento racional (Cf. Posner, 1995; 2006). Weinreb interpreta que el tratamiento desvalorativo o menospreciativo que recibe no se basa en un examen cuidadoso de los fallos judiciales ni en el hecho de que exista alguna otra forma especial de razonamiento judicial que torne el uso de la analogía inapropiada. Por el

contrario, ese descuido se sigue de la asunción tácita o expresa de que solo los argumentos deductivos o inductivos tienen la fuerza o el peso suficiente para contar como válidos. Los argumentos por analogía serían argumentos resbaladizos, incapaces de sostener una conclusión firme. Todo lo contrario de los argumentos deductivos e inductivos. Mientras que los primeros se apoyan en reglas formales que los hacen válidos o inválidos, los segundos, aunque no están restringidos por esas reglas formales, pueden testear sus conclusiones experimentalmente. Dado que el argumento analógico no satisface ninguna de esas formas, se concluye que debe servir a alguna otra función retórica o cognitiva o que es solo un comodín para otro argumento con forma adecuada.

Desde esta perspectiva, el uso de analogía en el razonamiento judicial es una curiosidad del derecho, que puede motivar una explicación, pero que tiene poco que ver con las preocupaciones legales fundamentales. Para algunos, como Brewer (1996), una analogía sería una especie de bujía cognitiva que se deja de necesitar cuando el motor de la razón se enciende. Levi (1948) (Cf. Informe 5) y Sunstein (1996) (Cf. Informe 8), que aunque promueven las virtudes del razonamiento por analogía, lo consideran no por sus virtudes racionales sino por los beneficios políticos de acortar o poner límite a las discusiones. Posner (1995), por su parte, sugiere que la prevalencia del razonamiento analógico se debe a los hábitos de trabajo judicial descuidado y al fracaso por comprender lo que realmente está en juego. Para Alexander (1996) y lo que Weinreb llama la “escuela fantasma”, el razonamiento por analogía debe ser descartado por ser una ficción de nuestra confusa imaginación lógica. Para ellos, lo que se supone es el razonamiento por analogía es, o una inferencia deductiva ordinaria o no puede ser propiamente considerado un razonamiento en absoluto.

Aunque los argumentos analógicos son prominentes en el real y efectivo razonamiento de jueces y abogados, ellos son descartados en el modelo de razonamiento jurídico que prevalece en el análisis teórico. En el fondo, el problema radica en que este análisis concibe al derecho de manera piramidal, en el que las decisiones son derivadas de reglas superiores. Pese a que ya no se suele sostener que una adherencia a este modelo sea suficiente para alcanzar un resultado correcto, esta condición se considera debida a una limitación práctica y no como una falla en el modelo.

Es evidente que el argumento por analogía no se adecua, por ejemplo, con el modelo de Dworkin del “ascenso justificatorio” (1997). Se parece, en realidad, dice Weinreb, más a un Lego.: un caso se vincula a otro por similitudes fácticas que se consideran que garantizan la aplicación de la misma regla.

Los distintos autores mencionados (Levi, Posner, Alexander), más allá de sus diferencias, acuerdan en que el argumento por analogía es lógicamente defectuoso, por lo que es mejor no confiar en él. Sin embargo, replica Weinreb, los abogados y los jueces no parecen ser conscientes de esos problemas, escaseando en ese ámbito la crítica a este tipo de argumento. Por el contrario, la importancia que usualmente le adjudican a la elección de una analogía sugiere lo contrario. Incluso, el argumento por analogía puede considerarse una característica distintiva de la educación legal.

Lo que va a sostener Weinreb es que el argumento por analogía, aunque indemostrable, es una forma de razonamiento válida que se sostiene por sí misma y que no deriva su fuerza de una razón abstracta sino que está enraizada en la experiencia y en el conocimiento que tienen los abogados y jueces que la utilizan. Existe pues, un contraste entre la crítica académica del razonamiento analógico y su uso masivo en el derecho.

En el fondo, la crítica académica se inspira en la convicción de que no es suficiente para la ley el ser razonable (una adecuación a los intereses de los individuos) sino que debería estar anclado en una razón absoluta. Y detrás aún, se encuentra el debate sobre si la ley y el derecho son un producto de la razón o de la voluntad, si la ley es ley porque es lo correcto o solo por el poder de los que la sancionan. Por esto mismo, el estudio de la analogía resulta valioso para la comprensión del derecho mismo.

Según Weinreb, lo que hace especial al razonamiento jurídico (RJ) no es su materia sino su forma, su apoyo en la analogía. Y esto es lo que significa “pensar como un abogado”. Se trata de una manera de resolver problemas.

La similitud está en el corazón del argumento por analogía y ésta no tiene reglas que prescriban cuando una similitud es suficiente para sostener una analogía y, esto es algo que no puede ser testado experimentalmente.

En orden a identificar qué cuenta como similitudes relevantes y cuándo dos casos son suficientemente similares se dice que debemos confiar en otra cosa, presumiblemente en una regla general previa. De esta manera, siguiendo a *Brown* (*Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483 (1954)), la Corte Suprema de los EEUU en *Dawson* (*Dawson v. Mayor & City Council of Baltimore*, 200 F. 2d at 387.) no tomó a *Brown* como habiendo establecido sólo lo que *Brown* explícitamente dijo, que “en el campo de la educación pública la doctrina “separados pero iguales” no tiene lugar” y luego concluyó que las escuelas y las playas son lo suficientemente similares. (La similitud entre las escuelas y las playas no es algo que usualmente surja la mente). En cambio, como dijo la Corte en *Dawson*, las decisiones de *Brown* “destruyen las bases” del régimen de segregación y es por esta razón que la segregación racial en actividades recreacionales no puede ya ser sostenida como un ejercicio propio del poder de policía del Estado”. Lo

mismo puede decirse de todo caso de razonamiento analógico, incluso cuando la regla subyacente no haya sido declarada de manera explícita. Pero, si este fuera el caso, parece que la analogía nunca puede justificar una decisión. Quedarse en la propia analogía no es “basarse ni en la lógica ni en la realidad”, por lo que todo intento de justificar el razonamiento analógico viene a ser un caso de seguimiento-de-una-regla en la que la regla general no está especificada. Edward Levi (1948) señaló este punto pero defendió el razonamiento por analogía, aunque de una manera distinta a la de Weinreb.

Weinreb cuestiona a aquellos que intentan explicar a la analogía como una clase de seguimiento implícito de una regla por complicar lo que puede ser aprendido con el simple examen cuidadoso de nuestras prácticas. Por ejemplo, dice, podemos razonar analógicamente a partir de nuestro conocimiento de que la sal puede ser utilizada para remover las manchas del vino tinto para concluir que también podría ser de ayuda para remover las del jugo de frutilla. En esta caso, ninguna teoría (o regla) parece necesaria. La similitud observada entre la experiencia pasada y el problema presente es suficiente para señalar la conexión entre ellos, sin mediación de ninguna regla general. Si se nos pidiera que formuláramos una regla de la que la solución se siguiera de manera deductiva, probablemente no sabríamos cómo proceder.

Weinreb concede que es posible enmarcar a la analogía dentro de alguna regla como “la sal remueve las manchas”, pero eso no haría ninguna diferencia. Para aquellos que están interesados en resolver un problema particular, una especulación que vaya más allá de ella no es necesaria ni atinente.

### **Justificación lógica y descripción psicológica**

Lo que el ejemplo de la sal muestra, como ha señalado Priel (2008), es que existe una diferencia significativa entre lo que Weinreb y sus oponentes están tratando de establecer en su explicación del razonamiento analógico: estos no se refieren al razonamiento como un proceso psicológico que genera nuevas creencias a partir de otras previas, sino que hablan de la evaluación de diferentes métodos de inferencia a partir de premisas y la obtención de una conclusión; los que deben ser válidos o inválidos según los criterios de la lógica. Estos criterios muestran que no hay métodos de inferencia de las premisas a la conclusión válidos o estadísticamente confiables, que se basen meramente en la noción de similitud. Por el contrario, cuando Weinreb habla sobre el razonamiento analógico parece que no ofrece ninguna justificación de la analogía, sino que en cambio, simplemente confía en la introspección y en alguna investigación psicológica para reportar que cuando la gente razona por analogía, ella no se enmarca explícitamente en una regla. Lo que trata de mostrar es que la similitud entre objetos, eventos, o casos, a menudo solo surge en la mente antes que surja ninguna regla previa clara que pareciera seguirse.

Pero esto, dice Priel, no socava las pretensiones de los críticos de la analogía por dos razones. Primero, si estamos interesados en la cuestión de la justificación lógica del razonamiento por analogía, el hecho de que la gente razone por analogía no significa que lo haga correctamente: la manera en la que la gente piensa de hecho no siempre es una buena guía de la manera en que la gente debería pensar (cf. Tversky, 1977).

Segundo, hay un sentido en el que la crítica no tiene éxito ni siquiera en sus propios términos. Solo “vemos” la similitud entre dos casos no porque ella sea de alguna manera inherente a ellos, sino que vemos la similitud debido a nuestro esquema conceptual: nuestros conceptos son reglas mentales, y la manera en que individuamos nuestros

conceptos determina la manera en que clasificamos las cosas en el mundo, y así también realizamos nuestros juicios de similitud. De hecho, es la existencia de dichas reglas mentales lo que nos permite tener pensamientos, y, de la misma manera que “no vemos” las reglas que gobiernan nuestros procesos de pensamiento, no necesitamos reconocer las reglas que subyacen a nuestras analogía en orden a saber que están allí funcionando. Dado que dos cosas nunca son solo “similares” sino que lo son en virtud de alguna característica que comparten, algo debe haber que posibilite efectuar esa correspondencia, incluso si no es fácil de especificarse.

Weinreb, dice Priel, confunde la lógica de la inferencia con la psicología del razonamiento. Si en lo que estamos interesados es en la justificación del razonamiento por analogía, entonces el seguir una regla como explicación parece no solo plausible, sino la única posible.

### **La justificación basada en la epistemología naturalista y la teoría política**

Si estos fuesen todos los argumentos de Weinreb, podrían descartarse rápidamente. Su defensa del razonamiento por analogía “en sus propios términos” no sería, finalmente, una defensa en absoluto. Pero, quizás debamos entender las pretensiones de Weinreb, aunque él no lo hace de manera explícita, como un intento de desplazar los fundamentos de la justificación de los argumentos legales de la lógica a la psicología, a la manera del “giro naturalista” en epistemología. La idea básica es que nuestras aseveraciones sobre los modos epistémicamente virtuosos de razonamiento no deben estar determinados por los estándares de las inferencias lógicas válidas, sino por las más modestas capacidades cognitivas humanas.

Weinreb busca defender el razonamiento por analogía mostrando que es simplemente un buen método de razonamiento; esto es, que tiende a producir respuestas correctas. Insiste en que es un razonamiento “confiable” y que no debemos buscar más que eso al justificar las analogías. Esto sugiere que el proyecto de Weinreb debe comprenderse en línea con una de las vertientes más populares del naturalismo epistemológico, el llamado “confiabilismo” (*realibilism*) sostenido por Alvin Goldman (1999). El confiabilismo es la tesis de que podemos sostener métodos de razonamiento de acuerdo a su confiabilidad en generar creencias verdaderas. Comprendidos de esta manera los argumentos de Weinreb no deben ser vistos como un rechazo de la pretensión de que no hay reglas mentales que serían partes de una explicación completa del razonamiento por analogía.

El problema es que solamente citar la literatura psicológica mostrando la prevalencia del razonamiento analógico en general, o analizando casos jurídicos en los que se lo ha empleado, no es suficiente para establecer siquiera la pretensión más modesta de que el razonamiento por analogía es un método confiable de razonamiento. Interpretado de esta manera, la pretensión de Weinreb de que el razonamiento analógico es particularmente importante –incluso una “necesidad”- para los abogados, deviene la pretensión de que el razonamiento analógico es particularmente confiable, útil o apropiado para encontrar la respuesta correcta a las cuestiones legales.

El problema radica en responder si se puede considerar dicha confianza en la analogía como una justificación *suficiente* para las conclusiones que se obtienen a partir de ella. La cuestión de si el razonamiento analógico puede satisfacer esa función requiere, a su vez, responder a dos preguntas: primero, ¿qué es lo que hace que una decisión legal sea “verdadera”?, esto es, correcta; y segundo, ¿cuáles son las condiciones bajo las cuales

tenemos razones para creer que esa confianza en el razonamiento analógico nos conducirá a decisiones correctas con suficiente grado de confiabilidad?

Priel (2008) propone tres diferentes justificaciones posibles para confiar en el razonamiento analógico: (a) el razonamiento por analogía es el método mejor para *descubrir* la verdad objetiva en lo concerniente a la resolución de un caso (“superioridad epistemológica”); (b) en todos o en la mayor parte de los casos, el razonamiento por analogía producirá la misma respuesta que otros métodos de razonamiento, pero sucede que el razonamiento analógico es el método apropiado para *alcanzar* esas decisiones en el derecho (“autonomía débil del derecho”); (c) la respuesta legal correcta a menudo difiere de la respuesta correcta dada por otras disciplinas, por lo que abogados y jueces deben estar primariamente interesados en la respuesta legal correcta tal como se *revela* en el razonamiento por analogía (“autonomía fuerte del derecho”).

No hay razón para creer en la superioridad epistémica del razonamiento analógico, y Weinreb no cree que el razonamiento por analogía genere verdades “demostrables” (2005: 114), por lo que se puede dejar de lado esa posibilidad. Tampoco la autonomía débil del derecho parece una posibilidad interesante. Aunque algunos comentarios de Weinreb sugieren que es el único rol que él tiene para la analogía (2005: 118), esto no puede ser lo que está tratando de defender, porque en este sentido, el razonamiento por analogía no es nada más que un mecanismo retórico para darle a una conclusión una apariencia “abogadil” al presentarlo como si se derivara de casos pasados<sup>1</sup>. Pero, entendido en este sentido, el razonamiento analógico no tiene ningún mérito intrínseco y no sirve para justifica ninguna decisión. Si esta fuera la posición de Weinreb, difícilmente convencería a alguien de que confiar en el razonamiento por analogía es una necesidad legal.

---

<sup>1</sup> Esta es la posición de Posner (1995; 2006).

La tercera posibilidad es que un substancial número de veces un juez que razona por analogía de casos pasados alcanzaría diferentes conclusiones que aquellos que traten de resolver el tema confiando en otros principios (por ejemplo, tratando de encontrar el resultado más eficiente). Esto ubica a Weinreb en el domino normativo. Lo que tendrá que demostrar a continuación es que este método produce respuestas que son en algún sentido superiores a otras respuesta, y la cuestión es qué sentido podría ser ese.

Debe encontrarse algún estándar externo (para evitar el círculo vicioso y el regreso al infinito) que sea apropiado para aseverar la corrección de las decisiones legales y que también vindique el uso de la analogía. Una cita de Weinreb podría darnos una pista: “la necesidad de razonar analógicamente es común a todos los sistemas legales que subscriben el estado de derecho” (2005: 138).

Para comprender la referencia al estado de derecho, debemos volvernos sobre las diferencias fundamentales entre el *Common Law* y las tradiciones civiles (Cf. Priel, 2006). En estas se entiende a los códigos como la recepción de las demandas de la razón. De manera que la justificación de las decisiones judiciales está íntimamente ligada a su verdad en tanto medida como correcta por el grado en que se conforme a las demandas de la razón. Como algunos teóricos del derecho civil creyeron, la razón puede darnos determinadas respuestas para disputas legales específicas, respuestas que podrían ser deducidas de principios generales, posiblemente aut evidentes.

En franco contraste, la autoridad del *Common Law* tradicionalmente se deriva no de su articulación con las demandas de la razón sino por los menos exigentes estándares de que sus leyes son aceptadas en tanto repositorios de valores compartidos por la sociedad.

Aunque esta caracterización contrastante es demasiado cruda y requiere ser matizada, capta algo fundamentalmente verdadero sobre estas dos tradiciones y que

permanece válido hoy en día. Por ejemplo, esta diferencia fundamental explica el lugar central de los códigos en la tradición del derecho civil en oposición con la sospecha, incluso hostilidad, hacia la legislación y codificación en la tradición del *Common Law*; ella puede ser vista también en el estilo de las decisiones judiciales que se encuentran en los países del derecho civil (especialmente en Francia): generalmente cortas y libres de disensos, de manera opuesta al estilo mucho más argumentativo de la tradición del *Common Law*. También puede ser ejemplificado en la prominencia de estándares comunes como “razonabilidad” en los sistemas del *Common Law* a diferencia del “conceptualismo” del derecho civil. Esto explica la alta estima por los estudiosos y comentaristas de códigos en la tradición civilista en contrapunto con el rol primario dado a la adjudicación en explicar y desarrollar el derecho.

Lo que subyace a todas estas diferencias son dos teorías fundamentalmente diferentes de la obligación política. Lo que tradicionalmente justifica la decisión en la jurisdicción del derecho civil es su conformidad con algún estándar no social de corrección; lo que justifica una decisión judicial en el *Common Law* es su aceptación. Como base de la obligación, la aceptación tienen un indudable atractivo: si alguien voluntariamente toma la obligación de hacer algo, ¿por qué tiene que intervenir algún otro? Si una persona acuerda hacer algo, ¿quiénes somos nosotros para decirle que está equivocada al tomar esa obligación? (Priel, 2008). Este enfoque es particularmente atractivo si somos escépticos acerca de nuestras habilidades para descubrir los principios por medio de los cuales debemos gobernar nuestras vidas, o si no creemos que esos principios puedan producir respuestas concretas a cuestiones particulares. Pero mucho del atractivo de esta justificación de la obligación política se pierde si pensamos que esa justificación

últimamente se deriva de la verdad de ciertos principios que los humanos tienen la capacidad de captar.

La diferencia entre la razón y la aceptación y las diferentes ideas de la obligación política que ellas encarnan explica el rol de la analogía en el razonamiento jurídico: el razonamiento jurídico a partir de casos pasados es el método prevaleciente de análisis en los sistemas del *Common Law*, pero es mucho menos importante en los sistemas de derecho civil. En contraste, la analogía a partir de las leyes cuando el derecho contiene una laguna, es una práctica “ampliamente desplegada” por las cortes del derecho civil, pero “mucho menos influyente en el Reino Unido y en los Estados Unidos” (Summers & Taruffo, 1991). Si uno cree que un código contiene las respuestas correctas a cuestiones legales particulares, tiene sentido confiar en él y tratar de imitarlo al enfrentarnos a problemas cuya solución no la encontramos expresada en él. En cambio, si uno cree que el *Common Law* encarna una serie de normas aceptadas de conducta, tiene sentido tratar de forjar soluciones a nuevos problemas extendiendo los principios articulados en casos judiciales previos.

Aunque Weinreb nunca trata estos asuntos de manera directa, varios pasajes sugieren que algo de esto tienen en mente, y que está comprometido con la tradición del *Common Law*. El nos previene contra las “verdades trascendentales” y agrega que el fin del derecho no es la certeza sino la razonable seguridad de que las reglas son aplicadas como la variedad de la conducta humana lo permita. Lo que Weinreb estaría tratando de defender es que el razonamiento por analogía debe sostenerse en tanto y hasta donde sea aceptado socialmente. Si dos casos cualesquiera son en algún sentido similares y en otros sentidos diferentes, no podemos hablar de que una analogía sea más correcta que otra, sino más

bien que es más “razonable” que otras. Y la razonabilidad es tradicionalmente afirmada por un estándar comunitario como el de la “persona razonable”.

Weinreb también deja caer algunas claves para su apoyo para el otro miembro del argumento de la aceptación: aunque incluso el razonamiento analógico es “indemostrable”, es “válido”, y ordinariamente somos capaces de alcanzar un razonable grado de acuerdo acerca de cuáles analogías son buenas y cuales son malas. Aquellos que niegan la validez del razonamiento analógico lo hacen por la equivocada convicción de que no es suficiente para el derecho ser razonable, una acomodación de los intereses de los individuos que viven juntos en la comunidad, y, que el derecho debe ser independiente de las contingencias de la experiencia humana y está anclada total y absolutamente en la razón.

Por lo que la defensa del razonamiento analógico de Weinreb, que inicialmente parecía extraño y circular, aparece tras esta reconstrucción bajo una mejor luz: el razonamiento analógico concuerda con el modelo tradicional del *Common Law* no simplemente porque llega naturalmente al abogado del *Common Law* casuísticamente orientado, ni siquiera porque habilita al juez a relacionar su decisión con los materiales legales existentes, sino que el razonamiento analógico puede producir lo que consideraremos la respuesta legal correcta, el resultado que es únicamente apropiado para el derecho. En un ambiente en el que la obligación política está últimamente basada en la aceptación y en la que el derecho (en tanto pronunciado por los jueces) cree ser legítimo cuando está basado en valores aceptados, podemos estar razonablemente seguros que del infinito número posible de analogías de un caso a otro, el juez basará su decisión en la correcta.

De esta manera, parece que encontramos la forma de salir del círculo del argumento de Weinreb: la autonomía fuerte del derecho nos da respuestas a cuestiones legales

particulares que pueden ser diferentes de aquellas que el filósofo moral o el economista pueden darnos, pero que pueden ser correctas si esas respuestas que nos da son aceptadas. Y sabemos que son aceptadas porque el juez confía en el razonamiento por analogía, un método que funciona solo cuando el juez sigue los valores aceptados por la sociedad. De hecho, es exactamente la confianza en la analogía y no otro método científicamente más respetable de razonamiento lo que garantiza que la decisión “ordenara asentimiento” (*command assent*) (Priel, 2008). El mismo hecho de que la decisión no haya sido cuestionada es una garantía de su corrección.

Si volvemos la mirada al caso *Adams* (ver Informe 1), vemos que la corte no solo sostuvo que el ferry era “para todos los propósitos prácticos un hotel flotante”. De hecho, parece como si la analogía haya sido usada por la corte como su conclusión, no su razón para la decisión. Lo que realmente dirige la decisión son dos argumentos diferentes: que los coches de dormir no son vagones comunes mientras que los del ferry lo son y, más importante, que los pasajeros que usan camarotes abiertos en coches de dormir, no pueden esperar, y de hecho no esperan, el mismo grado de seguridad que como huéspedes de un hotel. La Corte informó las razones para imponer responsabilidad de asegurador en el hotelero, y concluyó que las mismas razones se aplican también en el caso del ferry, mientras también como materia de interpretación contractual o como materia de política (*policy*), ellas no se aplican en el caso del tren. Encontramos a la analogía vinculante solo después de que aceptamos las consideraciones bajo las cuales la similitud ha sido establecida. Antes, esto habría parecido como algo que socavaría el argumento entero, dado que sugiere que no es la analogía lo que explica la decisión. Pero esto dejó de ser una crítica importante. Como se dijo, el punto del argumento no es mostrar que no hay nada fuera de la analogía que justifique la decisión, dado que debe haber tal cosa. El punto es

que la última justificación de aquellas reglas mentales que dirigieron la analogía no son una teoría general de la justicia o la eficiencia, y ni tampoco una explicación derivada de las demandas de la razón autoevidente. En cambio, dados los valores aceptados por nuestra comunidad, encontramos a la analogía convincente porque ella se apoya en los valores y clasificaciones que tienen sentido para nosotros como miembros de la comunidad en la que el juicio fue hecho (Priel, 2008; Cf. Weinreb: 2005).

Seguramente, las respuestas correctas del razonamiento por analogía no serán universales. Las razones pueden no haber sido convincentes y la analogía haber parecido equivocada, si tenemos diferentes valores. No es difícil, después de todo, imaginar a la Corte decidiendo *Adams* de otra manera. Y si encontramos que ambas analogías son más o menos igual de persuasivas, esto podría significar que serían aceptadas por la comunidad. Esto es concordante con la posibilidad que en ciertas cuestiones legales sea posible más de un resultado (Priel, 2008).

En este punto podría todavía ser argüido que si esto es lo que el razonamiento se supone que es, es innecesario. El juez bien situado puede simplemente confiar en algún principio moral general aceptado en su sociedad y deducir la respuesta correcta comunitariamente aceptada a casos particulares. Esto puede ser verdadero (y este es, por supuesto, también un método familiar de justificación judicial de decisiones legales en jurisdicciones del *Common Law*) pero pierde de vista dos puntos. Primero, este argumento intenta mostrar las circunstancias bajo las cuales la confianza en la analogía puede estar justificada. Esto no significa que ningún otro método de razonamiento estaría nunca justificado. Segundo, dichos principios generales están a menudo mucho menos claros y definidos en las sociedad en general que en los escritos de los filósofos políticos. En este respecto, seguir ejemplos particulares ayuda al juez a tener una mejor manera de asegurarse

de que comprende los valores aceptados por la sociedad sin tener que comprometerse en profundas consideraciones filosóficas (o sociológicas) acerca de los valores aceptados por la sociedad. (Cf. Sunstein, 2006; Ver Informe 8 )

Priel (2008) cree haber encontrado el elemento faltante en la explicación de Weinreb, el que nos da un rol respetable – ya que no solo explica la decisión que se alcanzó por otros medios- sino también una justificación: cuando las condiciones para la respuesta análoga correcta se obtienen, el juez no necesita buscar más allá de la analogía para justificar su decisión. El confiar meramente en el razonamiento analógico produce resultados considerados correctos de acuerdo al estándar de corrección adoptado por el sistema legal y lo hace por un método en que los miembros de la sociedad congenian. El razonamiento analógico “en su propio parecer” asoma bajo una luz más respetable ahora.

Ocasionalmente, Weinreb sugiere un ideal más modesto que quizás pueda justificar la confianza en la analogía. El derecho es, dice Weinreb, en un sentido similar a una red (*seamless web*), no porque prescriba por adelantado el resultado de cada caso que pueda surgir, sino porque cuando un caso se presenta, por inusual que sea, el resultado debe ser encontrado dentro del derecho.

### **El razonamiento analógico en una sociedad plural**

Aunque intentó mostrar el argumento de Weinreb en su mejor faceta, Priel cree que este enfoque no tendrá mucho apoyo, especialmente de los académicos de los EEUU (quizás otra cosa ocurra con los abogados practicantes y con los jueces). Y esto debido a que el *modelo de autoridad* de su explicación descansa sobre dos asunciones que pocos teóricos y legisladores aceptarían hoy en día. Una asunción, que Priel llama “escepticismo”, implica la negación de que podamos descubrir verdaderos valores fundamentales que puedan guiar

nuestras vidas o, alternativamente, la creencia de que incluso si podemos encontrar dichos principios, ellos no están lo suficientemente determinados para producir respuestas para la mayor parte de los casos particulares que las cortes o los legisladores tienen que enfrentar.

Esta asunción es explícitamente rechazada por muchos, e implícitamente rechazada por muchos más, cuando ofrecen argumentos normativos sobre cuestiones legales particulares y asumen que las respuestas están determinadas por principios generales. Los valores más comúnmente mencionados son la eficiencia y la justicia, pero también esos valores pueden incluir también la comunidad, la libertad y la igualdad. Todo aquel que crea que puede alcanzar determinadas respuestas a las cuestiones legales apoyándose en estos valores, no encontrará ninguna utilidad en la analogía, excepto quizás como mecanismo heurístico o retórico. En lugar de confiar en la analogía, dichos teóricos nos urgirán a confiar en los expertos que descubrirán las respuestas concretas. Incluso si esto significa tener que aceptar resultados “contraintuitivos” que podrían no ser aceptados por la comunidad. Lo que debemos hacer, dicen, es explicarle a la gente por qué sus intuiciones, analogías, y quizás los valores aceptados, están equivocados. Y si dar a los expertos un rol mayor en la toma de decisiones requiere quitar ciertos tópicos de las cortes, debido a que no creemos que ellas tengan el requisito de experticia para tratar con ellos, así debería procederse también.

No hay duda de que dentro de la academia jurídica existen, como Weinreb, muchos escépticos en el sentido apuntado acerca de la posibilidad de encontrar aquellas verdades. Pero Weinreb no encontrará apoyo entre ellos tampoco, dado que sus argumentos descansan en una segunda asunción, la de que existen algunos valores comunitarios compartidos que son suficientes para guiar la acción incluso si no son una verdad demostrable. El problema es que la mayoría de los escépticos (y a menudo por la misma

razón por la que son escépticos) también dudarán que existan algunos valores compartidos que habría que encontrar en las sociedades contemporáneas plurales. El problema para Weinreb es que sin estas dos asunciones el argumento para justificar el razonamiento analógico colpasa (Cf. Priel, 2008).

Una acusación común dirigida a los jueces en los sistemas legales contemporáneos es que ellos tradicionalmente provienen de un ámbito particular elitista, y que equivocadamente asumen que los valores de su grupo social son valores compartidos por la sociedad toda. La discusión anterior muestra de que manera estas pretensiones familiares se relacionan con cuestiones de obligación política y razonamiento jurídico. Un ejemplo ilustrativo es el del acoso sexual y laboral, que bastaría para mostrar esta conexión. En las primeras épocas del desarrollo de leyes sobre el acoso sexual y laboral muchas cortes rechazaron reclamos basados en numerosos fundamentos. Uno de ellos fue que permitir los reclamos de acoso sexual podría tornar una “invitación a cenar ... en una invitación a una demanda federal si una relación que era armoniosa luego se torna áspera”. Esto es un argumento por analogía de clases o tipos: sugiere que las demandas basadas en la pretensión de un beneficio sexual por parte de un superior a cambio de una promoción son lo suficientemente similares de manera relevante a las invitaciones a cenar, por lo que si imponemos responsabilidad por daños en el primero, estamos obligados a imponer responsabilidad por daños en la última. Pero muchas mujeres argumentaron que esta analogía clamorosamente comprende mal la naturaleza del acoso sexual. La sugerencia de que los dos puedan ser considerados siquiera remotamente similares, muestra que los jueces que realizan dichas comparaciones tienen una comprensión completamente diferente de esas situaciones, quizás incluso una manera diferente de comprender la relación entre hombres y mujeres, de la que tienen las mujeres.

De esta manera, el modelo de autoridad política que el razonamiento por analogía presupone es uno que parece presentar dificultades irremontables en toda sociedad moderna pluralista. Pero, sin esas asunciones de escepticismo y valores compartidos no parece haber demasiada esperanza para justificar el razonamiento por analogía como el único apropiado o incluso un método significativo entre otros, para la justificación de las decisiones legales.

### **La permanencia dentro del derecho**

Priel encuentra todavía otra posibilidad de justificación de la analogía. Ocasionalmente, Weinreb sugiere un ideal más modesto que quizás podría justificar la confianza en la analogía. Weinreb dice que “El derecho es, en un sentido, una “red sin costuras” (seamless web), no porque prescribe de antemano el resultado de todos los casos que puedan surgir, sino porque cuando un caso se presenta, por inusual que pueda ser, el resultado debe ser encontrado dentro del derecho” (2005: 102). El razonamiento por analogía, entonces, es el método propio de razonamiento para el abogado, debido a que su empleo es lo que garantiza que el abogado permanezca dentro del derecho. Pero ¿por qué permanecer dentro del derecho es importante? Weinreb menciona el estado de derecho (rule of law) (2005: 146-8), pero, dice Priel, necesitamos más que un slogan para comprender por qué este ideal podría ser importante.

Priel piensa que la visión de Weinreb se deriva de la creencia de que el complejo mundo que nos rodea es nuestro propio producto y que para resolver los problemas con que nos enfrentamos no debemos involucrarnos en una mayor teorización ni sucumbir a la tentación de relegar más y más las cuestiones sobre la manera correcta de conducir nuestra vida a los expertos. En cambio, debemos tratar de resolver nuestros problemas con los

medios más modestos de la vida diaria utilizando las destrezas de resolución de problemas tradicionales con la ayuda de la “sabiduría práctica” o la “experiencia”.

Permanecer dentro del derecho en este sentido significa mantener el derecho dentro de nuestras vidas, y el razonamiento analógico concuerda con este esquema porque al basar el razonamiento legal en él, esperamos garantizar que las soluciones a las disputas oídas en las cortes estén a nuestro alcance y comprensión debido a que, en algún sentido, ellas se encuentran *dentro* de nosotros (de nuestra forma de vida). Toda teoría “externa” es entonces no solo externa al derecho, es extraña a nuestra vida, y, como tal, no puede motivarnos a la acción.

El método ordinario del razonamiento por analogía parece estar en perfecto acuerdo con dichas ideas. Pero ¿puede el razonamiento analógico realmente garantizar eso? Incluso Weinreb debe admitir que el estado de derecho no puede ser satisfecho meramente confiando en los materiales legales tradicionales como los casos previos y el uso del razonamiento por analogía, dado que, como se ha visto, el razonamiento analógico por sí mismo simplemente no puede constreñir al juez.

Al final de su ensayo Weinreb cita a C. C.Langdell, a menudo considerado el inventor del método de casos. Weinreb no oculta su admiración por él, y argumenta que el método de casos es el apropiado para entrenar a la gente para que aprenda a pensar como un abogado (2005: 146). Weinreb aparentemente cree que usar el razonamiento analógico en el método de casos nos mantendrá dentro del derecho, y entonces, nos proveerá con un método de argumentación que es parte de nuestra vida, y que todos, jueces y gente común, pueden relacionarse. Vinculando el estudio, la explicación y la justificación del derecho a los casos, constituye una manera permanecer dentro del derecho y, por tanto, mantener la conexión inmanente entre la vida y el derecho.

---

Las visiones predominantes acerca de Langdell militan en contra de esta percepción porque a menudo se dice que él estaba determinado a considerar al derecho separado de otras disciplinas. El derecho, en esta perspectiva, provee su propia justificación. Pero esta visión de Langdell, según la estimación de Priel, es una caricatura, y, de hecho, pareciera que el método de casos es particularmente adecuado para la idea de aceptación y concordante con la visión de que el derecho debe ser aprendido a través de “hechos particulares” (Weinreb, 2005 : 144), y no solo memorizando reglas abstractas. Al descubrir los estudiantes por qué los jueces decidieron como lo hicieron en sus casos, comprenden que lo hacen sin buscar justificaciones económicas o morales, se aprenden ciertas reglas substantivas y, al mismo tiempo todos aprendemos y afirmamos una concepción del derecho que lo mantiene como parte de nuestras vidas (Priel, 2008).

---

### **La crítica de Richard Posner**

Weinreb piensa que el razonamiento por analogía es la esencia del razonamiento jurídico y lo más importante que deben saber los estudiantes de derecho al introducirse en sus estudios universitarios y, además, que lo que se ha escrito sobre el RA, como , por ejemplo, Scott Brewer y Richard Posner, está equivocado y debe ser refutado.

El argumento de Weinreb puede ser resumido por referencia al caso *Adams vs New Jersey Steamboat Co.*. Este caso ilustra lo que convencionalmente se llama “razonamiento por analogía”. Pero, cuál es exactamente la operación mental que el término denota? ¿Es

realmente un razonamiento o mera retórica? ¿o tal vez un autoservicio retórico de los jueces? y, si realmente es solo retórica, entonces, cuál es la esencia del razonamiento jurídico entonces? Podría ser análisis político o eso sería inconsistente con el concepto de derecho? Si no lo es, ¿por qué los jueces hablan tanto (excesivamente) de la analogía? Estas cuestiones aborda Posner en su revisión del libro de Weinreb.

Una respuesta, la de Brewer, es que el razonamiento jurídico por analogía es aquel en que un nuevo caso incita a la búsqueda de una regla que podría cubrir el caso. La similitud entre hoteleros y operadores de ferrys en tanto proveedores de acomodaciones para dormir a pasajeros es que la regla que gobierna a los hoteleros es un candidato probable que gobierne a los operadores de ferry. Pero ¿cuál es la regla que gobierna a los hoteleros? Es que un contrato de acomodaciones para dormir incluye una garantía de seguridad –una garantía es algo por lo que los clientes pagan y por lo que ellos están excusados de tomar precauciones no habituales para dar seguridad a su propiedad. Pero esta regla, aunque cubre el caso del ferry, es demasiado amplia dado que requeriría que una compañía de trenes extendiera el mismo nivel de cuidado para sus clientes que viajan en los camarotes provistos con acomodaciones para dormir.

El caso de las compañías de trenes se entiende mejor, en cambio, como una excepción a la regla general. Dado que los camarotes para dormir del tren están abiertos a cualquier persona que esté en el tren y desee ingresar en él, la compañía de tren no puede proteger a cada cliente contra los robos. Sabiendo esto, el pasajero implícitamente acuerda, como parte del contrato, en tomar medidas de seguridad especiales para proteger sus propiedades. Esta excepción no es aplicable al pasajero de la habitación –esto es, un compartimiento – del caso del ferry, que es como una habitación en un hotel en lo que a

capacidad de proteger la propiedad del cliente concierne, y, por lo tanto, el caso está cubierto por la misma regla que gobierna la responsabilidad del hotelero.

Alternativamente, en lugar de hablar de reglas y excepción, podríamos decir que los tres casos tomados conjuntamente instancian la regla –propriadamente, un estándar – que dice que un negocio que provee acomodaciones a sus clientes debe tomar tantas medidas de seguridad para protegerlos como le sea posible. Podemos decir entonces que surgen de ella dos reglas: una para hoteleros y compañías de ferry (habitaciones o camarotes cerrados) y otra para aquellos que proveen servicios en lo que los clientes duermen en camarotes abiertos. Todos estos enfoques llegan al mismo resultado.

Weinreb (2005: 111-12) rechaza todo análisis de *Adams* basado en reglas porque no piensa que haya una regla pre-existente para la cual el resultado de los casos que involucran hoteleros haya sido una instanciación y a la cual el resultado en el camarote abierto en el caso de una compañía de trenes fuera una excepción. Ahora, una regla jurídica puede ser incoada, intuita más que articulada, porque el juez tienen que decidir un caso aunque no esté seguro cual es la regla que lo gobierna e incluso si es remiso a declarar una nueva regla. Pero, en lugar de esforzarnos para encontrar una regla, quizás debamos abandonar el lenguaje de las reglas y preguntar simplemente por qué los casos de los hoteleros fueron decididos como lo fueron y por qué el caso del camarote abierto del tren fue decidido como lo fue. La respuesta es que los clientes esperan que los proveedores de acomodaciones nocturnas los protejan de robos cuando sea factible para ellos hacerlo, lo que sucede en el caso de los hoteleros y también en el caso del ferry, pero no en el caso del tren con camarotes abiertos. Por tanto, el caso del ferry fue correctamente asimilado a los casos de los hoteleros.

Bajo este enfoque, que es el propiciado por Posner (2006), para decidir un caso nuevo, el tribunal excava los propósitos o políticas subyacentes en los casos previos, sean estos los que fueren, los casos son citados en tanto se consideran relevantes para el caso presente, y luego pregunta qué decisión serviría a aquellos propósitos o políticas. Esto es equivalente a preguntar cuál es la regla latente en los casos de los hoteleros y si el propósito detrás de ellos podría servir para extender la regla al caso del ferry, dado que el propósito de una regla es a menudo la mejor guía para comprender su alcance o extensión.

La inspección de los casos puede, por supuesto, revelar propósitos conflictivos que requieren una subsiguiente elección de políticas por parte del tribunal. Ese no fue un problema para el tribunal en *Adams*. La decisión en el caso del tren puede ser relacionada de manera apropiada a la de los hoteles presentándola como una excepción a la regla; no hubo allí ninguna tensión entre los casos una vez que las políticas que los animan fueron comprendidas.

Max Radin (1925) notó que los jueces muchas veces arriban a sus conclusiones después de un proceso mental en el cual la situación que se les presenta no se acomoda de golpe bajo una categoría sino que hay una especie de lucha entre muchas categorías para ganar el privilegio de enmarcar dicha situación. Y, dada esa lucha, los jueces no pueden finalmente hacer otra cosa que elegir la que les parece conducir a un resultado más deseable. Esta es a menudo la situación a la que se enfrenta un juez, pero no es lo que sucede, según Posner, en *Adams*, ya que allí no había ninguna necesidad de “elegir entre” dos reglas, ferrocarril y hotelero. Pueden ellas coexistir pacíficamente. Todo lo que se requiere es trazar el límite entre ellas sobre la base de las políticas que las animan, las que eran perfectamente compatibles. El caso del ferry caía del lado del hotelero con claridad.

Weinreb rechaza tanto los enfoques propositivos como los de reglas porque ellos mezclan el razonamiento analógico con el análisis político. El enfoque propositivo lo hace incluso de manera más completa que el enfoque de reglas (2005: 107-22). La expresión de una regla puede hacer tan claro y preciso su alcance que su aplicación a una nueva serie de hechos no requiera la consideración del propósito detrás de la regla – el análisis nunca se sumerge debajo del nivel semántico. Puede ser posible desafiar la regla sobre la base de la política – pero, sin embargo, la regla puede estar tan firmemente establecida (*ingrained*) que un desafío de ese tipo puede estar condenado al fracaso. O puede ser que la regla se encuentre en una ley (*statue*) a la que el tribunal está obligado, porque la ley no es vulnerable a un desafío constitucional. Si, en cambio, no hay regla en el horizonte, el tribunal por fuerza se retrotrae retrocede a los propósitos o políticas encontradas en los casos o en otros lados.

Radin estaba pensando en situaciones de éste último tipo en las que los tribunales tienen que ir más allá de los casos para decidir; *Adams* ilustra la situación en la que la corte tiene que ir detrás (*behind*) de los casos para decidir. El interés de Radin era un análisis más amplio de políticas, el que es más problemático; *Adams* no es problemático porque la corte se involucró en un ejercicio puramente analítico de identificar las políticas encontradas en los casos previos. Ese rol judicial es más pasivo, más modesto que el que Radin quería enfatizar, aunque las políticas que la corte descubre en el curso de su esfuerzo analítico a menudo ha sido una creación de generaciones pasadas de jueces.

Estas distinciones entre razonamiento judicial de descubrimiento y razonamiento judicial basado en políticas expresadas o implicadas en casos previos no interesa a Weinreb. Él piensa que el razonamiento por analogía es una clase propia de cosa – esto es, que no requiere del recurso al análisis político a alguna otra clase de pensamiento

sistemático, incluso de la modesta clase de análisis político que consiste en identificar y aplicar políticas que figuran en casos previos. Weinreb nota que el razonamiento analógico está difundido en la vida diaria. Ya lo vimos en el ejemplo de la sal que sirve para remover las manchas de vino tinto (vid. ut supra p. 7). Weinreb agrega otros ejemplos, como el de la analogía que puede establecerse entre una cortadora de césped y un automóvil. Si uno trata de hacer arrancar una cortadora de césped y esta no responde, uno actuará de manera similar a cuando le sucede lo mismo con su automóvil: no insistirá accionando el encendido una y otra vez, sino que esperará unos segundos y lo intentará de nuevo. No se le ocurrirá, al menos si piensa racionalmente, que podría aplicar una analogía con lo que sucede con un burro o un caballo, por lo que no pretenderá hacerla arrancar dándole un golpe o espoleándola. En estos casos ordinarios nadie piensa, dice Weinreb, que se esté aplicando una regla o involucrándose en una especie de análisis distinto del razonamiento analógico comprendido como un ejercicio de una capacidad innata para reconocer similitudes relevantes.

Posner (2006) replica que la ilustración es totalmente consistente con un enfoque basado en reglas propositivas, o políticamente-saturadas como se aplica al caso del ferry en *Adams*. Las reglas, patentes o latentes, que uno conoce y aplica en el caso de la cortadora de césped y los automóviles son, primero, que en ambos casos se trata motores de combustión interna que se encienden de una manera determinada y, segundo, que los objetos inanimados no pueden replicarnos ni comenzar a funcionar si se les hace algo como golpearlos como si pueden hacer los caballos o los burros. Dado que la cortadora de césped es un objeto inanimado alimentado por un motor de combustión interna, la primera regla determina su respuesta más que la segunda. Se requiere *siempre* de una comprensión general de algún tipo para determinar las similitudes relevantes. En un caso jurídico es la

comprensión de reglas, principios, doctrinas, y políticas. Son ellas las que hacen el trabajo en el razonamiento analógico.

El razonamiento analógico como modo de expresión judicial es un fenómeno de superficie, dice Posner (2006). No pertenece al pensamiento jurídico, sino a la retórica jurídica. Weinreb confunde la manera en que los jueces piensan con la manera en que ellos hablan. El estuvo correcto cuando dijo que su libro sería “acerca de los *argumentos* que los abogados hacen en apoyo de sus clientes y los jueces en el curso de sus *fallos*” (2005:). Esto sería un libro sobre la retórica, no acerca de la substancia del derecho, que es una cosa muy diferente. El razonamiento analógico tiende a oscurecer los fundamentos políticos que determinan el resultado de un caso, porque dirige la atención del lector a los casos que están siendo comparados entre sí más que a las consideraciones políticas que conectan o separan los casos.

### **Los despropósitos en el uso de la analogía**

Un ejemplo de Posner (1995: 519) que Weinreb (2005:117) cita y critica se refiere a la respuesta judicial a la cuestión de qué regla de propiedad debe gobernar el petróleo y el gas natural, que son elementos líquidos y gaseosos respectivamente y que no tienen una forma fija. Trazando una analogía con la regla que gobernaba la propiedad de animales salvajes (la regla de “captura”), en la que el derecho de propiedad no se obtiene hasta que el animal es capturado- los jueces concluyeron que el gas y el petróleo, dado que se mueven, como los animales (aunque guiados por la gravedad o alguna fuerza externa y no por impulso propio), deben también gobernarse por la regla de captura. Existe una similitud entre los animales salvajes por un lado y, por el otro, el gas y el petróleo, pero no es una similitud relevante, como se habrían dado cuenta los tribunales si hubiesen pensado de

manera más cuidadosa acerca de las diferencias económicas entre los dos tipos de propiedad.

A diferencia del caso de los animales, el gas y el petróleo extraídos de la tierra por medio de costosos equipos de extracción después de gravosos esfuerzos de exploración, gastos que deben ser recuperados en caso de un ocasional golpe de suerte que premie el esfuerzo con un hallazgo. Se necesitan reglas que optimicen esas inversiones –una consideración que no tiene contraparte en el caso de los animales salvajes. Bajo la regla de captura, alguien que extrae petróleo de un yacimiento subterráneo es incentivado a extraer tanto petróleo como pueda y en el menor tiempo posible, dado que no tiene derecho sobre el yacimiento como tal y, por tanto, todo petróleo que no extrae es probable que devenga propiedad de otro competidor y, por tanto, haga más dificultoso para él recuperar su inversión. Como resultado de esta carrera de extracción, el yacimiento puede agotarse prematuramente, con el resultado de que costos mayores serán necesarios en el futuro para descubrir y extraer reservas adicionales. La analogía aplicable no es, entonces, la de las reglas de propiedad para los animales salvajes sino las reglas de propiedad para otros recursos naturales extraíbles, como el carbón. Ellas permiten poseer una veta entera y remover el carbón a su voluntad sin preocuparse que alguna otra persona remueva el carbón de la veta sin compensarlo.

Posteriormente, la regla de captura para el gas y el petróleo fue cambiada por la legislación, requiriéndose la “unificación” (*unitization*) de los campos de gas y petróleo, esto es, que ellos deben ser manejados como si estuvieran bajo una única propiedad. Un único propietario no debería preocuparse que un competidor extraiga petróleo del mismo yacimiento –un único propietario, por definición, posee el yacimiento entero. El puede

extraer petróleo al ritmo que sea más eficiente, sin preocuparse que, al hacerlo, esté o no perdiendo beneficios a favor de los competidores.

En el caso del gas y el petróleo, como en todos los casos de razonamiento por analogía, un análisis convincente requiere de atender a consideraciones de política que alineen el caso actual con una u otra serie de precedentes. El fracaso en hacerlo fue lo que llevó a la errónea aplicación de la regla de captura del gas y el petróleo.

Weinreb, tanto reconoce como niega la presencia de la política (policy) en el razonamiento por analogía. Una serie de citas lo prueban. Por ejemplo, cuando dice que el “conocimiento del derecho de un abogado le dice “que las similitudes entre {los casos de los hoteles y el del ferry} se relacionan a factores que comúnmente se han mantenido acerca de la responsabilidad” (2005: 133) y cuando dice que “a la luz del propósito de la Cuarta Enmienda, las escuchas secretas (electrónicas) son análogas a requisas y aprehensiones irrazonables” (2005: 58). La analogía es lo “suficientemente cercana” porque el propósito o política que anima a la Cuarta Enmienda, que prohíbe requisas y aprehensiones irrazonables (“unreasonable searches and seizures”), es seguida por la Corte Suprema cuando dice que ella (La Cuarta Enmienda) está “tan fuertemente implicada en las escuchas secretas electrónicas como en las búsquedas físicas”. También reconoce el punto cuando dice que “la elección de la analogía no es como tirar una moneda ... un abogado o un juez confía en su conocimiento y experiencia del derecho” (91). Ese conocimiento y experiencia centralmente incluye el conocimiento de las políticas que animan las reglas jurídicas y doctrinas. A su vez, cuando dice que la analogía depende del conocimiento y que la elección de la preferencia por una analogía “es informada también por una amplia comprensión de lo que es relevante para la clase de decisión que hay que tomar” (92), “lo que es relevante” es otra vez la serie abierta de políticas sobre las que se basan las

opiniones judiciales. Incluso dice que “dentro de un orden legal, el cuerpo de reglas proveen el criterio de relevancia que distingue una buena analogía de una mala” (105), y, más explícitamente, que una analogía legal está “sujeta a tests de consistencia y coherencia con reglas de derecho que juntas indican la relevancia de hechos particulares a los temas de la cuestión” (138).

Sin embargo, la negación de que consideraciones políticas dirigen el derecho al determinar la elección de los casos para tratar como precedentes está expresado en su idea de que el razonamiento por analogía en el derecho no es una forma de análisis político. Como cuando dice que los jueces “no deciden por ellos mismos que es el derecho sino que deben buscarlo, para descubrirlo y aplicarlo (tal) como es” (148). Está implícito cuando dice que el derecho debe “estar disponible para ser conocido por de antemano por aquellos que están involucrados en su aplicación” (147), esto es, por los jueces – una proposición que parece impedir que los jueces piensen en términos políticos cuando enfrentan un caso nuevo.

Weinreb se equivoca, dice Posner (2006), cuando distingue entre un argumento por analogía que sustenta la aplicación de una regla y las razones que son reunidas en apoyo de la aplicación de la regla. No hay tal cosa como un argumento analógico en ningún sentido que no sea retórico; se necesitan *razones* para determinar si un caso debe considerarse similar a otro de manera relevante. Las analogías no son razones; las razones son lo necesario para determinar si una similitud debe ser tratada como fundamento para la acción, una decisión analógicamente guiada.

El pensamiento jurídico en los casos nuevos –aquellos no reglados por las fuentes legales convencionales, textos de ley claros o precedentes indistinguibles del caso en consideración – es claramente dirigido por consideraciones políticas (en el mejor de los

casos, en el peor, por el prejuicio, la ignorancia, el temperamento o el capricho). Pero este hecho indudable, dice Posner (2006), es oscurecido por la misma opinión judicial, que exagerará la distancia entre el análisis legal y el análisis político, entre la legislación y la adjudicación, de manera que las decisiones jurídicas sean más aceptables para la gente común (más legítimas) al parecer ser el producto del análisis especializado de profesionales, en lugar de ser, como resultan a menudo, un producto del sentido común en negociación con asuntos económicos, sociales y políticos presentados por los casos. El mayor candor judicial haría el derecho más fácil a los practicantes comprenderlo y aplicarlo. Los jueces corren, sin embargo, el riesgo de afectar su legitimidad por un exceso retórico, como cuando, por ejemplo, citan decisiones de cortes extranjeras (Cf. Posner, 2004)

Weinreb piensa que lo que las escuelas de derecho hacen al enseñar a “pensar como un abogado” (“to think like a lawyer”) es enseñar a razonar por analogía. Pero ésta evaluación es radicalmente incompleta en la consideración de Posner. Lo que las escuelas de derecho deben hacer (y de hecho hacen) es enseñar a pensar como legislador – y así comprender, por ejemplo, cuál es la regla económicamente correcta para los derechos de propiedad del gas y del petróleo, y, también, de qué manera hablar en el estilo de las opiniones judiciales (retórica).

Aquello que se piensa que los jueces realmente hacen está relacionado con lo que se piensa que el derecho es. Weinreb se muestra temeroso cuando habla de política porque tiene una comprensión estrecha de lo que el derecho es. Cuando dice que los jueces no deben salir fuera de la ley al decidir un caso, parece que existiera una línea clara entre el derecho y la política. Existe *una* línea, dice Posner, pero no una línea clara: el rango de consideraciones políticas que los jueces evalúan es, por una variedad de razones que tienen

que ver con las diferencias institucionales entre las cortes y las legislaturas y el efecto vinculante de los precedentes, más limitado que el rango que las legislaturas consideran (Cf. Schauer, 2004), Acerca de estas diferencias y sobre otras consideraciones que podrían diferenciar el rol de la política en la adjudicación de su rol en la legislación, Weinreb permanece en silencio. Repetidamente invoca la “ley en sí misma”, e incluso califica al derecho como “una red sin costuras” (*seamless web*) (2005:102), pero no le dice al lector como hacerse una idea de donde termina y donde comienza esa red. Admite que existen ciertas “políticas latentes” en el derecho (p. 118 n.), pero no indica cuales son o qué políticas no están disponibles para los jueces. A veces sugiere que el derecho incluye al “sentido común” ordinario e incluso la evaluación moral, en línea con Dworkin (1977), al que en otras partes critica. Estos reconocimientos deberían implicar la existencia de un terreno amplio de solapamiento del derecho en el razonamiento práctico, pero claramente se rehúsa a ir tan lejos.

La incompreensión básica de Weinreb quizás sea que piensa que el derecho es una cosa y, por lo tanto, algo que tiene un perímetro, cuando, de hecho, es una actividad. Desde el punto de vista del juez, que es el que Weinreb discute, es la actividad de decidir casos. El deber de decidir es primario. El material utilizable para la decisión incluye todo lo que la sociedad reconoce como pertinente para una decisión legal, y eso ciertamente incluye consideraciones económicas al decidir sobre los derechos de propiedad para los recursos naturales (Posner, 2006).

Cuando esas consideraciones son ignoradas resultan absurdos, como en los casos del gas y el petróleo, o una auténtica indeterminación, como en la demás casos que Weinreb discute, como aquella serie de casos que involucraban transmisiones mecánicas de obras con derechos de autor. La propiedad del copyright de una canción o de un drama,

etc. incluye el derecho a “ejecutarla” o “representarla” . En el primer caso que Weinreb discute (*Buck v. Jewell-LSalle Realty Co., U.S. 191, 195 (1931)*) , un hotel recibía por transmisión radial canciones con copyrights y (re) transmitían la señal a las habitaciones del hotel a través de cables conectados a aparatos receptores. La Corte Suprema de los EEUU sostuvo que, dado que el dispositivo de recepción del hotel no amplificaba las ondas de sonido provenientes de la estación de radio que transmitía la música, sino que las transformaba en ondas electromagnéticas que eran transmitidas a las habitaciones a través de cables y eran retransformadas como ondas de sonido, la transmisión a las habitaciones era una ejecución no diferente de quien contrata una orquesta para ejecutar música con copyright y, por lo tanto, requerida de una licencia de los propietarios del copyright. La Corte no hizo ningún intento de relacionar la física de la recepción de radio y la transmisión con el propósito de la protección del copyright. Fue una opinión que debió dar una mala reputación al razonamiento por analogía, comenta Posner.

Muchos años más tarde, la Corte Suprema confrontó un caso “análogo”, *Forthnightly Corp v. Unites Artist Televisión Inc* (392 U.S. 390 (1968)), y alcanzó un resultado opuesto. Operadores de televisión por cable habían obtenido programación con copyright para sus suscriptores al erigir antenas que, como en el primer caso, recibían transmisiones de programas por aire, a través de estaciones de televisión en lugar de estaciones de radio. Cables que conectaban las antenas con las casas de los suscriptores de la Tv. por cable transmitían los programas a aquellos suscriptores, de la misma manera que el hotel en el primer caso había distribuido programas que recibía por aire de la estación de radio a sus clientes por medio de la transmisión por cable. Sin embargo, contrario a la decisión previa, la Corte describió que lo que los operadores de cable estaban haciendo era meramente

amplificando la señal de transmisión, de la misma manera en que un dueño de casa pone una antena en su techo para recibir señales de estaciones distantes.

Suponer que el caso de la televisión por cable puede ser racionalmente decidido determinando si se parece más a un dueño de casa que coloca una antena que a contratar una orquesta para ejecutar música con copyright es absurdo. Una resolución racional requiere discernir cuál es el propósito de dar al dueño de un trabajo con copyright el derecho exclusivo de interpretarlo. El propósito es evitar la forma de parasitismo llamada “*free riding*” [aprovecharse sin pagar] que consiste en que alguien copie el trabajo de otro y / o lo distribuya a un precio por debajo del que estipula el creador; impidiéndole a este la recuperación de su inversión.

En los primeros tiempos de la TV por cable, que fue cuando se litigó el caso *Fortnightly*, el propósito principal y el efecto de la televisión por cable era proveer de televisión a las comunidades que, debido a la topografía o lejanía de las estaciones, no podían recibir una señal clara. Debido al terreno montañoso, la gente que vivía en el área de cobertura del servicio de *Fortnightly* podía recibir la señal de solo dos estaciones de televisión. Los operadores de cable no estaban privando a aquellas estaciones de ingresos que ellas podían necesitar para pagar las licencias de copyrights a los propietarios de los programas. Por el contrario, ellos estaban aumentando aquellas fuentes de ingresos al acrecentar las audiencias de las regiones distantes, aquellas que los suscriptores del cable no recibían por aire. Tampoco los operadores de cable quitaron la publicidad de los programas que retransmitían ni revendían el espacio a otros anunciantes. Eso hubiese importado haberse apropiado de los derechos de licencia de los propietarios del copyright de aquellos programas y hubiese sido la clase de *free riding* que la ley de derechos de autor prohíbe.

Por lo que la decisión de *Fortnightly* tiene perfecto sentido, pero no porque se aplicó la analogía con la antena en el techo de una casa privada. La analogía no puede hacer ningún trabajo en ese caso, además, debido a que el caso ilustra el punto señalado por Radin al describir el proceso mental que sigue un juez al realizar una elección entre categorías de casos conflictivos: en *Fortnightly*, la categoría antena versus la categoría de ejecución de orquesta. Ellas no pueden coexistir como sí podían hacerlo los casos del hotel y del tren en *Adams*.

Posner (2006) enfatiza la hostilidad de Weinreb al análisis político, hostilidad que parece basarse en la dificultad para darse cuenta de que el razonamiento por analogía no tienen ninguna fuerza a menos que consideraciones de política sean traídos a la deliberación para determinar si un par de casos deben ser considerados análogos –si, en otras palabras, ellos comparten una similitud *relevante*. Sin embargo, Weinreb parece pensar que aquellos que, como Posner, son escépticos respecto de que el razonamiento analógico constituya su propia clase de cosa, son, en realidad, formalistas – creen que el derecho, para merecer tal nombre, debe adherir a la lógica deductiva, en la cual una regla suministra la premisa mayor y los hechos del caso, la premisa menor, y la decisión es la conclusión que se sigue lógicamente de las premisas. Weinreb piensa que lo máximo a lo que puede aspirar el derecho es a la “razonabilidad humana” (p. 161), con lo que Posner concuerda; pero lo que significa “humanamente razonable” es conformar el derecho con las necesidades prácticas e intereses, los que a su vez implican una disposición para traer consideraciones políticas al determinar de qué manera resolver los casos nuevos.

La tercera serie de casos que Weinreb discute es la secuencia del el caso *Olmsted*, que sostuvo que la intervención de líneas telefónicas no era una “búsqueda” en el sentido de la Cuarta Enmienda, hasta el caso *Katz*, que muchos años después determinó que sí lo era. La

Enmienda protege “el derecho de la gente de estar segura en su persona, casas, papeles y efectos, frente a búsquedas irrazonables y decomisos”, y la Corte en *Olmsted* basó su dictamen en el hecho de que la intervención telefónica hecha sin autorización no invade a la persona (como sí lo hace una búsqueda física, o un arresto) o su casa o sus papeles u otra propiedad física (sus “efectos”). Esta era una interpretación estrecha, literal, de la Enmienda. En el último caso, la Corte decidió que lo que era importante era que la intervención telefónica es una invasión de la privacidad de la conversación.

La elección entre las dos decisiones depende de cómo se piense que las provisiones constitucionales deben ser interpretadas (estrictamente o de manera amplia), si a uno le gusta la idea de imputar a la Cuarta Enmienda una política de protección de la privacidad más que ceñirse a los intereses más concretos enumerados realmente en el texto constitucional, y de que manera se hace un balance entre el interés por la privacidad frente al interés por la aplicación efectiva de la ley, la que es dificultada si la policía tiene que obtener una autorización judicial para intervenir las líneas telefónicas.

No puede verse cómo razonar por analogía tendría algo que ver con la elección entre los precedentes de *Olmsted* y *Katz*. Weinreb piensa que la analogía es importante porque la Corte comparó la cabina telefónica desde la que Katz realizó el llamado que fue interceptado, con una oficina personal, teniendo ambos lugares una expectativa de privacidad. Pero esa analogía se refiere a un asunto periférico de la causa- si, en caso de que la intervención telefónica sea una “requiza” en términos de la Cuarta Enmienda, sin embargo, debería haber una excepción si lo que se está grabando es un teléfono en una cabina pública en lugar de la oficina de una persona. El asunto principal en *Katz* era si la intervención telefónica siempre es una requiza en sentido constitucional y para eso las analogías eran irrelevantes y no fueron empleadas.

Lo que realmente está implicado en el razonamiento por analogía, piensa Posner –y sostiene que la mayor parte de los jueces americanos e ingleses también lo piensan, aunque no lo digan- es un método de legislación judicial incremental y cauteloso (vid. Sunstein, 1999). Es incremental y cauteloso porque los jueces tienen capacidad y legitimación limitadas como legisladores. Las muchas lagunas existentes en el derecho, junto al deber de decidir los casos, haya o no una regla clara, fuerza a los jueces a legislar. Pero, a diferencia de los miembros de las legislaturas reales, los jueces tienen un acceso limitado a la clase de información que los habilitaría a determinar reglas amplias; además, se supone que ellos no determinan reglas que se “sienten” o intuyen como legislación o que parecen implicar discontinuidad con el derecho previo debido a que no tienen la completa legitimidad democrática de una legislatura. Ellos tienden, por tanto, a confiar en información que puede ser recogida de los casos previos y a enfatizar la continuidad entre aquellos casos y el nuevo. Al describir la decisión en el último caso como producto de una analogía con las decisiones en casos previos, los jueces pueden a menudo salir del atolladero sin establecer ninguna regla en absoluto, dejando a los jueces posteriores o a los académicos el trabajo de hacer explícita la regla que está implícita o que puede explicar la línea que siguen los distintos casos. Los jueces “hacen” la ley de esa manera explica Posner (2006).

Todo lo que el razonamiento por analogía es, entonces, es una cierta manera cautelosa de apartarse de las reglas existentes. Lo que realiza el alejamiento no es la analogía sino, como dijo Holmes (1923) “el sentimiento de las necesidades de la época, la moral prevaleciente y las teorías políticas, las intuiciones de política, admitidas o inconscientes, incluso los prejuicios que los jueces comparten con las otras personas”. Para Weinreb, eso es herejía, debido a que niega la autonomía del derecho. Él es el último de

una larga serie de pensadores que insisten que el derecho y el razonamiento jurídico están separados o son distintos de otros modos de acción y pensamiento; que el derecho es una disciplina autónoma. En nuestra sociedad al menos, dice Posner, no es así.

Cerramos el informe resaltando las vinculaciones, evidenciadas en su desarrollo, entre la formulación de una teoría consistente de la analogía en el derecho, la construcción de un fundamento epistemológico adecuado para los razonamientos de distintas clases y una concepción robusta del derecho y de la legitimidad política. Si alguna de estas patas flaquea, todo el edificio construido para erigir una teoría de la analogía parece destinado a derrumbarse sin remedio.

## Referencias

Alexander, Bad Beginnings, 145 *U. Pa. L. Rev.* 57, 86

Brewer, S., (1996), 'Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy', *Harvard Law Review* 109: 923–1028

Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Dworkin, R. (1997) In Praise of Theory, 29 *Ariz. St. L. J.* 353,357 (1997).

Holmes (1923) *The Common Law*, Boston: Little, Brown & Co.

Goldman, A. (1999). *Knowledge in a Social World*. Oxford: Clarendon Press.

Posner, R. (1999). *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Cambridge MA: Harvard University Press.

Posner, R. (2003) *Law, Pragmatism and Democracy*, Cambridge MA: Harvard University Press.

Posner, R. (1990) *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge MA: Harvard University.

Posner, R. (1999) *Overcoming The Law*. Cambridge MA: Harvard University Press

Posner, R. (2004) No Thanks, We already have our own Laws: The Court should never view a Foreign Legal Decision as a Precedent in Any Way, *Legal Aff.*, July-Aug. 2004 at 40.

Posner, R. (2006) Reasoning by Analogy (reviewing Lloyd L. Weinreb, *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument* (2005)), " 91 *Cornell Law Review* 761 (2006).

Priel, D (2008) Thinking like a Lawyer: *Journal Of Legal Education* **58** (00-22)

Quine, A. (1969). *Ontological Relativity and Other Essays*. Columbia University Press.

Radin, M. (1925), The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think, 11 *A.B.A. J.*: 357, 359

Schauer, (2004), The Limited Domain of the Law, 90 *V A. L. Rev.* 1909, 1915, 1928-33, 1938-39 .

Sherwin (1999) *A Defense of Analogical Reasoning in Law*, 66 *U. CHI. L. REV.* 1179 .

Summers, R & Taruffo, M., (1991) *Interpretation and Comparative Analysis*, 1991.

Sunstein, (2002) *Risk and Reason Safety, Law and the Environment* Cambridge UK: Cambridge University Press.

Sunstein, (1999) One Case at Time: Judicial Minimalism on The Supreme Court 42-45).

Tversky, A. (1977). Features of Similarity. *Psychol. Rev.* 327 (1977), 84.

Weinreb, L. L. (2005) *Legal Reason: The use of Analogy in legal Argument*. New York: Cambridge University Press