



UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y SOCIALES
DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIÓN

Informe de investigación

Marzo 2010

Proyecto

“El razonamiento jurídico por analogía. Expansión de la teoría jurídica por medio de enfoques cognitivos”

Martín Moretó

martinmor@ciudad.com.ar

RESUMEN

El objetivo de este primer informe de investigación es presentar la complejidad y el interés que posee la problemática a abordar (el razonamiento jurídico por analogía) así como la plausibilidad del enfoque propuesto, basado en un intento de apertura de la teoría del derecho hacia las ciencias cognitivas. El razonamiento jurídico es un fenómeno complejo cuya dilucidación por parte de los expertos no termina de concluirse. En los argumentos jurídicos se combinan elementos y razonamientos de variado tipo y en distintas proporciones: reglas de mayor o menor generalidad, principios jurídicos, razonamientos

deductivos e inductivos, consideraciones pragmáticas, etc.; siendo una de sus características distintivas la llamada textura abierta, la imposibilidad de determinar de antemano, por medio de una regla general, la solución unívoca para todos los casos futuros que puedan presentarse. Entre los principales procedimientos que en esta tarea aplican los jueces se encuentra el pensamiento por analogía (PA), considerado por muchos autores como la forma distintiva del razonamiento jurídico. Debido a los obstáculos habituales para llevar adelante este proceso y a las dificultades que encuentran teóricos y profesores de derecho para caracterizarlo adecuadamente, consideramos que podría ser de utilidad acudir a desarrollos interdisciplinarios que permitan una expansión de la teoría jurídica capaz de aportar nuevas herramientas de análisis. En este sentido, las ciencias cognitivas desarrollaron conceptos y teorías acerca del pensamiento por analogía que han resultado fructíferos y que podrían significar un aporte al esclarecimiento de estos problemas. Se propondrá, entonces, considerar la aplicación de la teoría de las restricciones múltiples (TMR) de Holyoak y Thagard al campo jurídico, para medir su potencia descriptiva y explicativa así como para indagar sus alcances y límites. En este primer acercamiento se expondrá brevemente un caso jurídico del derecho comparado y se lo analizará a la luz de los conceptos cognitivos que se introducirán previamente, con la intención de mostrar la viabilidad del proyecto en curso. Dado el amplio uso que el PA tiene en el campo de la enseñanza del derecho, esperamos que el trabajo sirva para futuras aplicaciones educativas así como para la dilucidación teórica y la extensión ecológica de las teorías cognitivas del PA, nacidas casi exclusivamente del trabajo de laboratorio.

Conceptos clave: razonamiento jurídico, analogía, teoría de las múltiples restricciones, subprocesos cognitivos.

1. El razonamiento jurídico y el pensamiento por analogía

El lego, y el público en general, suele tener una visión inconsistente sobre el derecho. Por un lado, considera que la ley tiene una respuesta clara y tajante sobre cada una de las situaciones o conductas humanas: o las prohíbe taxativamente o las permite abiertamente. Por otro lado, ve en las razones propuestas por los abogados argumentos sofistas, enrevesados y falaces y en las sentencias de los jueces, muchas veces, absurdos y sinsentidos escandalosos. Es decir, considera al derecho como algo plenamente determinado y accesible al “sentido común” y, al mismo tiempo, vislumbra la actuación de

los operadores jurídicos como una actividad empeñada en oscurecer y complicar aquella claridad, seguramente en función de otros oscuros intereses.

Sin embargo, esta actitud descuida la posibilidad de que la complejidad y oscuridad puedan deberse también a las propias características del objeto en juego, que se empeña en ocultarse cuanto más las partes disputan por adjudicárselo. El hecho de que el valor justicia (o alguno similar) sea un bien a alcanzar a través de ciertos procedimientos bien establecidos de confrontación implica, obviamente, el desarrollo de ciertas prácticas, lenguajes, ideas, esquemas y guiones de acción propias y específicas del campo jurídico. Esto de por sí sugiere ya cierta mediación necesaria que debería hacernos pensar acerca la accesibilidad a aquellos bienes. Podría ser interesante, entonces, más que tratar de desentrañar el concepto de derecho o justicia en sí mismo, indagar sobre las distintas herramientas y procedimientos con que abogados y jueces cuentan y desarrollan para habérselas con las distintas situaciones particulares a las que deben enfrentarse. Abogados y jueces deben tomar decisiones y justificarlas a partir de los hechos presentados y de la ley (en sus múltiples versiones) por medio de argumentos y razonamientos de variado tipo. El análisis del llamado “razonamiento jurídico” cobra un destacado interés en tanto permite observar los distintos pasos que sigue un abogado al presentar su caso o un juez al justificar su sentencia.

Aquí uno podría preguntarse si tiene el derecho formas especiales de la lógica (Cf. Priel, 2008; Weinreb, 2005) o si ofrece una forma distintiva de razonamiento. Aunque se trata de una cuestión debatida (Cf. Sunstein, 1996; Alexander, 1989; Posner, 1996; Gardner, 1963), se podría responder que no, que las formas de la lógica y el razonamiento en el derecho son enteramente familiares- las mismas formas que en cualquier otro orden. Pero esta respuesta es demasiado simple. Los participantes del mundo del derecho razonan

con sus propias convenciones y enfrentan restricciones especiales. Tienen su propio vocabulario y sus propias herramientas. Tratan sobre todo con asuntos de legítima autoridad; intentan, o dicen intentar, dirigir su poder para el “lado de la justicia”. Y debido a los particulares roles sociales que los abogados y jueces ocupan, piensan, en un sentido, según sus propias maneras. Es por esta razón que el pensamiento jurídico no es economía, ni política ni filosofía (Sunstein, 1996).

El derecho combina muchas clases diferentes de procesos de razonamiento: basados en reglas, basados en casos, analógicos, hipotéticos, etc. Estos tienen la propiedad de estar pseudo formalizados, i.e., existe un amplio cuerpo de reglas formales que buscan definir y regular la propia actividad interpretativa. Sin embargo, estas reglas son a menudo deliberadamente ambiguas, contradictorias e incompletas. Todas las reglas jurídicas son de “textura abierta” (Hart, 1994), es decir, poseen una vaguedad potencial que hace imposible que puedan resolver, por sí mismas y de antemano, todas las futuras situaciones que la riqueza del mundo les pueda presentar.

Mucho de lo que los abogados saben, en consecuencia, consiste en una serie de prácticas, convenciones y resultados que son difíciles de reducir a reglas, que a veces operan sin ser así reducidas, y que a menudo son dadas por supuestas. Este telón de fondo de conocimiento hace posible la interpretación, y restringe agudamente o amplía, según el caso, el juicio legal. Si una ley protege “el libre ejercicio de la religión”, o prohíbe “prácticas de comercio irrazonables”, esto puede, en abstracto, significar un infinitamente amplio rango de cosas. Los abogados deben aprender de qué manera estos términos pueden ser comprendidos y señalar una amplia gama de ejemplos prototípicos. Si son especialistas, tendrán un claro sentido de cómo esos términos serán aplicados a muchos casos

particulares, y darán por sentadas una serie de comprensiones que, para un no abogado o para gente de otras culturas, pueden parecer exóticas (Sunstein, 1996).

Tradicionalmente el razonamiento jurídico ha sido conducido por expertos experimentados, basándose en la evidencia, las reglas, la práctica y el argumento. Pero la complejidad creciente de los temas sometidos a la justicia, la evidencia forense, los vertiginosos desarrollos técnicos en el aporte de pruebas, la ampliación de las garantías procesales de los acusados, y el impacto de los media y la prensa incrementan la habitual dificultad de conducir un razonamiento lógico y efectivo sin herramientas adicionales y ayudas en la decisión.

Abundan, entonces, las oportunidades para aprender de y colaborar con las ciencias cognitivas, para permitir mejoras en la práctica legal y en la jurisprudencia así como en la teoría jurídica, en tanto una comprensión más profunda y una aplicación de las teorías sobre el razonamiento, la cognición, la toma de decisiones y los avances de la AI, potencian los beneficios para el desarrollo del razonamiento jurídico (Cf. Karoglou, 2003).

El razonamiento jurídico es un campo atractivo y desafiante para la ciencia cognitiva dado que plantea muchas cuestiones fundamentales para ésta, como ser los de representación y evolución de conceptos complejos. El razonamiento y la argumentación jurídica implican ciertas destrezas especiales, las que requieren mucho más que aprender “de memoria” un gran número de leyes y casos. Formalizar lo que un abogado hace es, según algunos autores (Rissland, 1988), más complejo que hacerlo con expertos en un dominio técnico o científico, en tanto sus conceptualizaciones están modeladas en un lenguaje en complicadas dosis de precisión, vaguedad y ambigüedad que requiere resolver el difícil problema del lenguaje natural. Por ejemplo, dar asesoramiento jurídico a menudo comienza con escuchar la “historia” que el cliente narra y que lo tiene como protagonista.

Aquí el lenguaje no puede ser tan fácilmente reducido como ocurre en otros campos, ya que implica una serie de comunicaciones complejas, abiertas y poco determinadas. Esto dificulta mucho más la tarea para la AI y la construcción de sistemas expertos, ya que mientras que un diagnóstico médico puede ser reducido a ciertas representaciones fijas, el lenguaje natural narrativo no, o al menos no tan fácilmente.

Entre estos procesos se destaca particularmente el recurso a la analogía. Se lo considera central en los sistemas de derecho del llamado *Common Law* o derecho anglosajón, donde rige la llamada doctrina de precedente (*stare decisis*), según la cual los jueces deben “atenerse a lo decidido” por otros jueces, es decir, que la jurisprudencia se considera como una fuente obligatoria, aunque esto no implica que siempre y en toda circunstancia el precedente deba ser seguido, sino que debe ser considerado. Pero también en los llamados sistemas continentales o romanísticos la analogía es un recurso de suma importancia. Por ejemplo, en casi todos los códigos civiles de estos sistemas (Cf. el Art. 16 Cód. Civil Argentino y Art. 4° inc. 1. Cód. Civil Español) se establece a la analogía como un recurso válido para resolver aquellas situaciones que calificamos como “lagunas jurídicas” en tanto no existe una solución taxativa de la ley y se le permite al juez hacer una aplicación de leyes “análogas” que rigen en otros dominios. Además, en los sistemas continentales, el precedente judicial tiene su peso debido al principio elemental de justicia que dice que la ley es igual para todos y que por tanto los casos iguales deben de ser tratados de manera igual. El nudo de problema radica, evidentemente, en lo que significa aquí ser igual, ya que estrictamente ningún caso es igual a otro sino que lo puede ser según algún criterio específico. Averiguar cual es el criterio concreto que el juez o tribunal precedente utilizó para resolver su caso es una ardua tarea sobre la que disputan los

abogados de las partes y sobre cuyo procedimiento explícito de extracción tampoco concuerdan los jueces y juristas.

Ashley (1988) identifica varios usos de la analogía en la argumentación jurídica, incluyendo:

1. Precedentes que son análogos en algún sentido con el caso que está siendo decidido son utilizados para centrar la atención del abogado y las autoridades en puntos que tienen importancia para el argumento
2. El precedente provee un ejemplo de cómo se ve un argumento razonable en un contexto análogo.
3. Una clasificación existente, creada partir de un precedente, quizás puede ser extendida y aplicada a los hechos en el caso a decidir.
4. Una nueva clasificación, análoga a la clasificación en un precedente, puede ser creada y en consecuencia aplicada en el caso a decidir.

Aunque la analogía juega un rol central en el razonamiento jurídico aún no se lo ha analizado lo suficiente desde el punto de vista cognitivo (Cf. Hunter, 2004). El estudio de la analogía y el precedente es de suma importancia dado que el esclarecimiento de su naturaleza permitiría, por un lado, mejorar la enseñanza del derecho y el aprendizaje y la optimización de criterios en la resolución de casos y, por otro lado, confrontar y quizás corregir algunas de las concepciones y supuestos con que se manejan los juristas a la hora de teorizar sobre la analogía y los precedentes jurisprudenciales. Asimismo, un estudio de este tipo contribuiría a mantener un vínculo mayor y más productivo entre los estudios del pensamiento por analogía como proceso básico (fundados principalmente en experiencias de laboratorio) y los estudios de orientación aplicada, en línea con los reclamos de algunos

expertos en la materia que lamentan amargamente la distancia casi infranqueable que muchas veces surge entre ambos (Cf. de la Fuente y Minervino, 2004).

El hacer que un estudiante de derecho se transforme en un profesional experto suele ser caracterizado en los medios anglosajones como lograr que llegue a “pensar como un abogado” (“*to think like a lawyer*”), esto es, que adquiera las competencias y las formas de razonamiento propias de un abogado. Y muchos autores (Weinreb, 2005) señalan que lo que esto propiamente significa es que aprenda a pensar analógicamente de forma adecuada. Los estatutos, las leyes y regulaciones cambian, los detalles de los casos normalmente se olvidan poco después del examen, pero lo que queda es una nueva forma de pensar y resolver problemas. El llamado método de casos, por ejemplo, de amplia difusión en las facultades de derecho, se apoya explícitamente, aunque no únicamente, en esta forma de aprendizaje que utiliza el pensamiento por analogía. Es por esto que el esclarecimiento de este proceso, por medio de las herramientas de la ciencia cognitiva, seguramente redundará en beneficio de profesores y alumnos de derecho, a través de precisiones, distinciones y propuestas.

Desde la teoría jurídica (Cf. Levi, 1948; Brewer, 1996; Dworkin, 1994, 1996) se ha caracterizado a la analogía de diferentes formas pero en casi todas ellas de manera simplificada, como consistiendo esencialmente en una forma de razonamiento basado en una regla.. Estos teóricos argumentan que el razonamiento por medio de precedentes implica reducir el caso a una regla –de distintas maneras en cada autor- y luego razonar sobre el caso nuevo usando dicha regla. Es decir, que, una vez obtenida la regla, la analogía dejaría de operar. En el fondo, no estaríamos frente a un proceso propiamente analógico sino a un proceso inductivo – deductivo, donde lo que cuenta es la generalización de un caso a una regla y la deducción, a partir de esta regla, de la solución del nuevo caso

particular. Sin embargo, los modelos cognitivos suponen que el pensamiento por analogía opera de forma distinta, procesando relaciones de manera particular entre análogos para recién después poder extraer un esquema de tipo general. Se trata de una cuestión empírica que podría testearse en el campo jurídico específico y que podría ser de utilidad para el teórico del derecho.

Siguiendo esta línea, tomaremos una de las principales teorías cognitivas sobre el pensamiento por analogía, la llamada teoría de las múltiples restricciones de Holyoak y Thagard (1989; 1995), y la aplicaremos al ámbito del derecho, especialmente a los casos llamados “difíciles” o de lagunas jurídicas, que en la literatura cognitiva se conocen como problemas “mal estructurados”, a fin de evaluar su poder descriptivo y explicativo en el ámbito jurídico, con vistas al esclarecimiento futuro de la problemática recién planteada en los campos de la educación, la teoría y la práctica jurídica.

2. El concepto de analogía y su ubicuidad cognitiva

El rol de la analogía en el pensamiento se manifiesta en múltiples tareas cognitivas: el uso de metáforas, la traducción, el razonamiento científico, el debate político, el diseño creativo, el humor, la empatía, el proceso de toma de decisiones, la resolución de problemas matemáticos y de otros tipos, la argumentación en el campo legal, etc. Es por esto que se ha señalado que la analogía yace en el corazón de la cognición humana (Gentner et al. 2001, Hofstadter, 2001)

En términos generales, el pensamiento analógico puede caracterizarse como aquella habilidad que nos permite captar que una situación o un dominio específico se estructura por un sistema de relaciones y roles *similar* al sistema de relaciones y roles que estructura

otra situación o dominio específico diferente. El hallazgo de dichas similitudes lleva a la transferencia de conocimientos desde el dominio mejor conocido (“análogo base”) al dominio menos conocido (“análogo meta”) (de la Fuente y Minervino, 2004).

Los principales autores señalan que la analogía supone siempre una comparación de dos dominios específicos y no remite a la aplicación de un dominio abstracto a un dominio particular (de la Fuente y Minervino, 2004). Es decir que habría analogía cuando, por ejemplo, comparamos el conflicto diplomático entre Gran Bretaña e Irán con el conflicto entre Israel y El Líbano, pero no la habría cuando a partir del concepto abstracto de conflicto diplomático queremos explicar el conflicto entre Gran Bretaña e Irán sin considerar ningún otro caso o antecedente concreto del mismo estilo.

Gentner (1998) sostiene que la analogía es una clase de comparación que cumple con el rasgo que llama “consistencia estructural”. Este consiste en que cada elemento de un análogo se corresponde con uno y solo un elemento del otro análogo (correspondencias uno a uno), y en que si dos predicados son puestos en correspondencia entonces también se aparean sus argumentos¹(conectividad paralela). La teoría de las múltiples restricciones, en cambio, no la considera esencial sino tan solo un rasgo deseable (Holyoak y Thagard, 1995 ;de la Fuente y Minervino, 2004).

Diversos subprocesos concurren para la producción del pensamiento analógico (Cf. Holyoak y Thagard, 1989; 1995). Para establecer una analogía es necesario construir previamente las representaciones del problema o situación base y de su solución, así como del problema meta. Luego, se debe recuperar (*retrieval*) de la memoria a largo plazo, el

¹ Predicados y argumentos son componentes de las proposiciones, que es el formato de representación generalizado en las teorías cognitivas. Predicado es aquello que se afirma y argumento es aquello de lo que se predica lo afirmado. Una oración como “La guitarra es de madera” puede expresarse con la siguiente proposición: MADERA (guitarra); en la que el predicado es MADERA y su argumento es “guitarra” (Cf. De la Fuente y Minervino, 2004)

problema meta y su solución. Entonces se pueden establecer correspondencias entre los distintos elementos de ambos problemas o situaciones. Una vez establecidas estas correspondencias (*mappings*), se debe transferir (*transfer*) la solución de la situación base para generar la respuesta análoga para la situación meta. Se requiere entonces evaluar si la analogía es apropiada y si las inferencias son adecuadas o no lo son. Aquí se analiza si es necesario algún tipo de adaptación para ajustarse a la nueva situación. Una vez hecho todo esto, puede construirse un esquema (*schema*) que abstraiga lo que existe en común entre los problemas o situaciones y que separe aquello que no comparten (Ver Fig.1). Hay que aclarar siempre que todos estos subprocesos tienen límites borrosos y no necesariamente tienen una progresión secuencial, solapándose y manteniendo complejas relaciones entre sí (de la Fuente y Minervino, 2004). Gentner (1998), por su parte, señala y caracteriza de manera similar estos subprocesos: 1) Recuperación (*retrieval*), 2) Proyección (*mapping*), 3) Evaluación (*evaluation*), 4) Abstracción (*abstraction*), 5) Re-representación (*re-representation*).

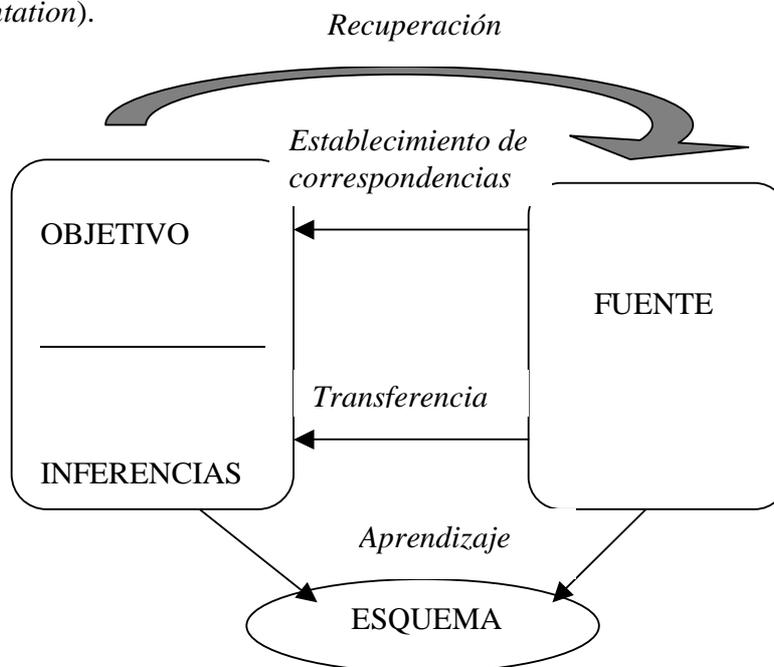


Figura 1. Componentes o subprocesos del razonamiento por analogía. Adaptado de

Holyoak (2004)

3. La teoría de las múltiples restricciones

Dentro del estudio del pensamiento analógico en el campo de las ciencias cognitivas, la llamada teoría de las restricciones múltiples de Holyoak y Thagard ha adquirido un papel central, motivo por el cuál apelaremos principalmente a ella para tratar de dilucidar el complejo proceso que entraña el razonamiento jurídico de tipo analógico. Como su nombre lo indica, la teoría de las múltiples restricciones de Holyoak y Thagard supone que las personas utilizan las analogías guiándose por un número de restricciones generales que conjuntamente estimulan la coherencia en el pensamiento (Holyoak y Thagard, 1989; 1995; 1997). Éstas determinan en buena medida la generación y la percepción de las analogías. Tres son las restricciones que forman la base de la teoría: la similitud, que opera directamente en el nivel superficial de los elementos involucrados; la consistencia estructural, que busca paralelos estructurales entre el dominio base y el dominio meta; y el nivel propositivo (*purpose*), que implica que el pensamiento analógico es guiado por los objetivos del razonador- aquello que la analogía busca alcanzar.

Señalan los autores que estas tres clases de restricciones no operan como reglas rígidas que dictan la interpretación de las analogías. En cambio, funcionan “más como las diversas presiones que guían a un arquitecto involucrado en un proyecto de diseño creativo, con algunas fuerzas en convergencia, otras en oposición, y su constante interacción presionando hacia algún compromiso satisfactorio que sea internamente coherente” (Holyoak y Thagard, 1997, p.36.Trad. propia)

Podemos ilustrar esto con un ejemplo utilizado en ciencia y analizado también por los estudiosos del pensamiento analógico: la presentación del sistema mecánico del átomo

como análogo del sistema solar. En esta analogía se puede proyectar el concepto conocido del sol como centro del sistema solar al menos conocido mundo del átomo. Así, el núcleo del átomo viene a ser el “sol” y los electrones, los “planetas” que orbitan a su alrededor. El conocido concepto de atracción gravitacional entre el sol y los planetas pasa a corresponderse con la atracción entre el núcleo y los electrones, y así sucesivamente. Sin embargo, otras características del análogo base no son proyectadas al análogo meta. Por ejemplo, el hecho de que exista vida en el tercer planeta no es proyectado al tercer electrón del átomo; o el hecho de que el sol sea de conformación fundamentalmente gaseosa no es proyectada al núcleo, etc. Para explicar por qué algunas características son elegidas mientras que otras son ignoradas, Holyoak y Thagard presentaron su modelo de múltiples restricciones.

En el nivel superficial de nuestro ejemplo podemos identificar algunos paralelos: el núcleo se parece al sol y los electrones a los planetas; los planetas tienen velocidad y los electrones también. Así, podemos expresarlos en un cuadro : (adaptado de Hunter, 2004)

A. Base: Sistema solar	Proyecta	A. Meta: Átomo
Sol		Núcleo
Planetas		Electrones
TIENE VELOCIDAD (planeta)		TIENE VELOCIDAD (electrón)

En el nivel estructural la similitud puede expresarse así:

A. Base: Sistema Solar	Proyecta	A. Meta: Átomo
ATRAE (sol, planeta)		ATRAE (núcleo, electrón)
ORBITA (planeta, sol)		ORBITA (electrón, núcleo)

Este es el nivel estructural o relacional. ATRAE (x, y) es una relación básica del sistema. Las relaciones son predicados que tienen más de una ranura (*slot*). Se llaman relaciones porque relacionan una o más rellenos-de-ranuras (*slot-fillers*) con otro o con otros. Así, el predicado ES_PARTE_DE (a, b) u ORBITA (x, y) son relaciones que indican que una entidad es parte de b , o que una entidad x orbita y , respectivamente. Se dice que la proyección superficial involucra una proyección de proposiciones mientras que una proyección estructural involucra una proyección de relaciones (Hunter, 2004).

En el nivel propositivo se analiza el objetivo tenido en cuenta para considerar la analogía en forma completa. Al adoptar el sistema solar como analogía con el átomo podemos tener varios propósitos, como ser, intentar entender por qué el átomo permanece intacto en lugar de colapsar internamente (con el electrón desvaneciéndose sobre el núcleo) o desintegrándose (expulsándose el electrón hacia fuera). El sistema solar provee la analogía para entender esto ya que en su caso los planetas no se escapan a través de la galaxia debido al efecto atractor de la fuerza de gravedad. Sin embargo, la analogía del sistema solar no explica otras características del átomo, como la naturaleza del núcleo o algunas de sus propiedades cuánticas. Para entender estas características debemos proponer otras analogías, por ejemplo, la que compara al átomo con una “nube de electrones”, ya que

es útil a la hora de explicar los conceptos de electro-valencia, superando a la analogía solar para este propósito.

4. Aplicación al ámbito jurídico

En el ámbito jurídico se utiliza el razonamiento por analogía en diversas situaciones, como cuando no existe una ley específica para el caso planteado ante un tribunal y se debe recurrir a otras leyes que rigen casos similares (“leyes análogas” dice el Código Civil Argentino) o cuando intenta resolver una causa basándose en precedentes jurisprudenciales. Se ve aquí que es necesario establecer correspondencias entre una situación ocurrida, el precedente (que funciona como análogo base), y la situación planteada en el caso a resolver (que funciona como análogo meta). A partir del establecimiento de dichas correspondencias el juez puede transferir la decisión resolutoria de la situación base a la situación meta, lo que le permite solucionar su caso.

Intentaremos ahora analizar someramente una situación jurídica de analogía por medio de la teoría de las restricciones múltiples. Se trata de la idealización de un caso real presentado a finales del siglo XIX². Un juez debe decidir un caso en que un hombre inicia una demanda por la pérdida de su equipaje mientras viajaba a bordo de un ferry. El equipaje fue robado del portaequipajes que estaba sobre su cabeza. El querellante demandó a la Compañía de ferry, la que, afirma, era depositaria y custodia de sus valijas, y por lo tanto responsable por su pérdida. Supongamos, como sucedía en su momento, que ninguna norma existía sobre el tema, y que se registraban dos posibles precedentes relevantes para la decisión. El primer precedente involucra al propietario de un hotel que fue encontrado

² Adams v. New Jersey Steamboat Co, 151 N.Y. 163

responsable por el robo del equipaje de un huésped, debido a que, según se sostuvo, es parte del contrato de hospedaje la seguridad de guarda de las pertenencias del huésped. El segundo precedente se refiere a una compañía de ferrocarril, que no fue considerada responsable por la pérdida del equipaje de un pasajero que viajaba en un camarote, explicándose que el contrato era primordialmente de transporte y no de depósito (Cf. Golding, 1984)

El abogado querellante sugirió que el ferry es un “hotel flotante”: tiene camarotes como las habitaciones de los hoteles, tiene restaurantes y otras facilidades, y los pasajeros pasan la noche a bordo. Por lo tanto, el juez debería seguir el precedente y resolver a su favor, como en el caso del hotel. Por su lado, los abogados de la defensa plantearon que el ferry es un “tren marino”: la intención de los pasajeros es primordialmente la de viajar y no la de pasar la noche, los trenes también tienen restaurantes y bares, etc. Por lo tanto, la decisión debería ser contraria a la petición de la querella.

La cuestión que se le presenta al juez es si debe optar por la analogía del “hotel flotante” o por la del “tren marino”. Esta simple cuestión trae otras dificultades. La primera se refiere a la relación entre la elección de un precedente por parte del juez y la justificación de su utilización. ¿Se trata de dos procesos separados, uno en el que el juez encuentra un precedente apremiante u obligatorio y otro en que justifica su utilización al caso? ¿O el razonamiento analógico es un proceso indivisible? Además, por otro lado, existen cuestiones acerca de la naturaleza de las restricciones en la adjudicación: en el caso del ferry el juez no está limitado ni obligado a seguir una analogía u otra; entonces, existirían varias restricciones. ¿Son solo restricciones legales o pueden modelarse algunas restricciones de manera más precisa utilizando estudios psicológicos? Además, existe una cuestión referida a si las inferencias analógicas son realmente la aplicación de una regla al

caso no decidido. Es decir, al hacer una analogía ¿el juez toma el caso precedente, lo subsume bajo una regla y luego aplica esa regla al caso que tiene que decidir? ¿O proyecta algunas características del precedente directamente al caso indeciso y resuelve entonces de acuerdo a la similitud del precedente con el caso a decidir? (Cf. Hunter, 2004)

La teoría de las múltiples restricciones de Holyoak y Thagard bien podría modelar y explicar en forma precisa el razonamiento analógico jurídico e iluminar la manera en que los jueces y los abogados razonan utilizando precedentes. Intentaremos mostrar, entonces, de qué manera podría aplicarse la teoría de Holyoak y Thagard al ámbito jurídico y al ejemplo que venimos considerando.

En el caso del ferry, en el nivel de superficie, encontramos similitudes claras con el tren: ambos involucran viajeros yendo de un lugar a otro. También existen similitudes evidentes en el nivel superficial con el hotel: ambos tienen compartimentos cerrados (habitaciones o camarotes) de los que fueron extraídas las pertenencias, ambos tienen restaurantes, bares, etc. Por lo que con ambos antecedentes existen similitudes superficiales.

Uno podría preguntarse si efectivamente se utiliza en el razonamiento jurídico la restricción a nivel superficial. Encontramos una aplicación de esta restricción cuando, por ejemplo, un juez juzga dos casos como análogos superficialmente en la distribución de bienes entre los cónyuges en un divorcio. Se nos dice entonces que un precedente es similar al caso actual ya que en ambos hay tres hijos, el bien principal es la casa en que vivían, la esposa demandó el divorcio basado en el adulterio de su marido, etc. Es probable que el juez, sin examinar características estructurales más profundas o principios, disponga una división de las propiedades basado en la similitud superficial de ambos casos. Esto es más probable aún, como ocurre habitualmente, cuando el juez se enfrenta con muchos procesos

para decidir en un tiempo limitado. Es probable encontrar similares resultados en sentencias penales, de responsabilidad automovilística y otras áreas en que los jueces de primera instancia trabajan apremiados por el tiempo y la cantidad de demandas (Cf. Hunter, 2004).

La utilización de la restricción superficial también fue demostrada por Alan Tyree (1981) en un trabajo con estudiantes de derecho. Allí se vio que los estudiantes para resolver el caso propuesto por el investigador no se basaban en consideraciones de alto nivel ni en complejas doctrinas jurídicas sino en la proyección de hechos de nivel superficial compartidos con resoluciones de casos precedentes (Tyree, 1981; Hunter, 2004)

La segunda restricción que opera es la presión por identificar paralelos estructurales entre dos dominios. En el razonamiento jurídico típicamente aparece cuando comparamos principios jurídicos o conceptos en dos casos diferentes. En el ejemplo del ferry y del equipaje hurtado podemos hacer una analogía con el precedente del hotel a través de un isomorfismo en el nivel relacional, tal como se muestra en la siguiente tabla que incluye también a modo de comparación similitudes superficiales en sus recuadros inferiores (adaptada de Hunter, 2004) :

A. Base: Precedente del hotel	Proyecta	A. Meta: caso del ferry
Responsable_por_depósito (hotelero, huésped)		Responsable_por_depósito (línea de ferry, pasajero)
Incumplimiento legal (hotelero)		Incumplimiento legal (línea de ferry)
Duerme o pasa la noche (huésped)		Duerme o pasa la noche (pasajero)
Tiene restaurante		Tiene restaurante

(hotel)		(ferry)
Desaparición (pasaje)		Desaparición (pasaje)
Etc.		Etc.

También se podrían plantear analogías entre el caso del ferry y el precedente del ferrocarril a nivel estructural, siendo tan coherentes una como la otra. Por lo que la restricción no es absoluta, pareciendo las dos adecuadas en este nivel también. Esto plantea la cuestión de por qué elegir algunos aspectos estructurales y no otros. Dedre Gentner, desde otra teoría, provee una tentativa para responder a esta cuestión. Su modelo propone que la proyección relacional en el nivel estructural sigue un principio de sistematicidad. Los sujetos preferirían, según este principio, proyectar sistemas de predicados que contengan relaciones de más alto nivel que proyectar predicados aislados. Es decir, se prefiere elegir relaciones agrupadas que son capaces de explicar por qué el sistema funciona como lo hace, en lugar de elegir predicados aislados que pueden ser similares pero que no ayudan a explicar el sistema. Aquí se expresa lo que la autora llama “nuestra tácita preferencia por la coherencia y el poder deductivo en la interpretación de la analogía” (Gentner et al., 1988).

El principio de sistematicidad podría ser importante en el razonamiento jurídico. En cuyo caso esperaríamos encontrar que ciertas analogías que operan en el más alto nivel sean preferidas sobre otras que carezcan de esas similitudes en dicho nivel superior. Así, si en nuestro ejemplo encontráramos que en el precedente del ferrocarril la decisión en contra del querellante (pasajero) se debiera a una directriz de limitación de responsabilidad de

empresas del Estado, tendríamos que en el alto nivel de estructura, en el caso del ferry, la compañía sería *Responsable_por_ley_de_depósito* (Compañía de ferry, pasajero), mientras que en el caso del tren, el Ferrocarril sería *No_responsable_por_ley_pública* (Ferrocarril, pasajero). Nos encontramos, en este nivel, con que no pueden emparejarse el caso de la compañía de ferry, que es privada, con el del ferrocarril, que pertenece a una empresa pública. Tendríamos que considerar entonces el precedente del ferrocarril menos útil para la resolución del caso.

En el nivel propositivo podríamos decir que esta restricción también parece tener una clara aplicación en el ámbito jurídico. El propósito del abogado del querellante es plantear el caso de la manera más favorable a su cliente. De ahí que una analogía que opere contra el interés de la querella – como la analogía del tren- es claramente menos deseable y menos determinante que la alternativa de la analogía del hotel. Lo contrario es verdad para el abogado de la defensa. Por lo tanto, el propósito por el que los abogados prefieren una analogía influenciará su percepción de ella y, como consecuencia, el propósito u objetivo restringirá el uso de la analogía en función de si es conveniente o no para una determinada parte.

De todo lo dicho anteriormente se desprendería que la teoría de las restricciones múltiples podría ser una teoría útil y rica para aplicarla a los mecanismos de razonamiento jurídico. Pero lo que hemos mostrado hasta ahora es su plausibilidad, no su validación fáctica. Precisamente de esto se ocupa nuestra investigación en curso, que procura indagar los alcances y límites de la teoría de las múltiples restricciones de Holyoak y Thagard para explicar el razonamiento jurídico por analogía, tal como se encuentra desarrollado en las sentencias de los tribunales argentinos. Creemos que si esto es posible se podrá entonces tender un puente sólido para que puedan entablar un diálogo fecundo las teorías jurídicas

tradicionales y las teorías de las ciencias cognitivas que permita una elucidación más profunda del complejo problema que nos preocupa.

REFERENCIAS

Alexander, L., (1989), 'Constrained by Precedent', *Southern California Law Review* 63: 1–64

Ashley, K.D. (1988). Arguing by Analogy in Law: A Case-Based Model. In, Helman, D. H. (ed.) *Analogical Reasoning: Perspectives of Artificial Intelligence, Cognitive Science, and Philosophy*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.

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

De la Fuente, J. y Minervino, R. (2004) Pensamiento analógico. En: Carretero, M. y Asensio, M. (Coords.), *Psicología del pensamiento* (pp. 193-214). Madrid: Alianza

Dworkin, R. (1994). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel

Dworkin, R. (1996) In Praise of Theory, *Arizona State Law Journal*, 29, 353.

Dworkin, R. (1996) Reply, *Arizona State Law Review*, 29, 431.

Gardner, A. (1963) The Design of a Legal Analysis Program : *Proceedings AAAI-83*. Washington, DC.

Gentner, D. & Gentner, D. R. (1983) Flowing water or teeming crowds: Mental models of electricity, in Gentner, D. & Stevens, A. L. (eds) *Mental Models* Hillsdale: Lawrence Erlbaum, pp. 99-130.

Gentner, D., Falkenhainer, B., & Slorstad, J. (1988). Viewing metaphor as analogy. En: D. H. Helman (Ed.), *Analogical reasoning: Perspectives of artificial intelligence, cognitive science and philosophy* (pp. 171-177) . Dordrecht: Kluwer

Gentner, D. (1998). Analogy. En: Bechtel, W. & Graham, G. (Eds.), *A companion to cognitive science* (pp. 107-113). Oxford: Blackwell

Gentner, D., Holyoak, K. y Kokinov, B. (2001). The Place of Analogy in Cognition. En: Gentner, D., Holyoak, K. y Kokinov, B., *The Analogical Mind*. Cambridge: MIT Press. [edición electrónica]

Golding, M. P. (1984). *Legal Reasoning*. Peterborough: Broadview Press

Hart, H.L.A., 1994, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press.

Hofstadter, D. (2001) Analogy as the core of cognition. En: Gentner, D., Holyoak, K. and Kokinov, B. (eds.) *The Analogical Mind: Perspectives from Cognitive Science*, .Cambridge MA: The MIT Press/Bradford Book, 2001, pp. 499-538.

Holyoak, K. (1994) Analogical thinking and human intelligence, in Sternberg, R. (ed) *Advances in the Psychology of human Intelligence*, vol. 2, Hillsdale: Lawrence Erlbaum, 199.

Holyoak, K. & Thagard, P. (1989). Analogical Mapping by Constraint Satisfaction: *Cognitive Science* 13, 295-355 [edición electrónica]

Holyoak, K & Thagard, P. (1989) A Computacional model of analogical problem solving, in Vosniadou, S. & Ortony (eds.) *Similarity and analogical reasoning*, New York, Cambridge University Press, pp. 242-266.

Holyoak, K. & Thagard, P. (1995). *Mental Leaps. Analogy in Creative Thought*. Cambridge: MIT Press.

Holyoak, K. & Thagard, P. (1997). The Analogical Mind: *American Psychologist*, 52, 35-44. [Edición electrónica]

Hunter, D. (2004). Teaching and Using Analogy in Law: *Journal of the Association of Legal Writing Directors*. Vol. 2, fall 2004.

Karoglou, T. (2003) Legal Reasoning. Presentation pwp CS 6795

Levy, E.H., 1948, *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago: University of Chicago Press

Posner, R. A. (1990) *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Mas, Harvard University Press.

Posner, R. A. (2006). Reasoning by Analogy. Review of Weinreb's The Use of Analogy in Legal Argument.: *Cornell Law Review*, Vol. 91 :761-774.

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

Rissland, E. L. (1998). Legal reasoning. En: Bechtel, W. & Graham, G. (Eds.), *A companion to cognitive science* (pp. 722-733). Oxford: Blackwell

Sunstein, C. (1996). *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press

Tyree, A. (1981) Fact Content Analysis of Case Law: Methods and Limitations. *Jurimetrics*, 22,(1)

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

