



UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y SOCIALES
DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIÓN

12vo. Informe de investigación

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

Informe de actividades y resultados 2014

Este informe se destinará a explicitar, en el marco de la investigación sobre el razonamiento jurídico por analogía y su posible vinculación con las ciencias cognitivas que venimos desarrollando, los resultados hasta el momento alcanzados (A), las tareas llevadas a cabo durante el año 2014 y los productos y transferencias producidos (B), la bibliografía trabajada en este período (C) así como la que se espera trabajar el año entrante (D), la metodología empleada (E) y el plan de trabajo a desarrollar para el año 2015 (F).

A) Resultados parciales

Partiendo de las dificultades que presenta el complejo panorama del razonamiento jurídico por analogía, hemos intentado en esta investigación comenzar a abrir una vía de acercamiento al campo de las ciencias cognitivas en busca de herramientas de ayuda para su paulatino esclarecimiento. El itinerario que nos planteamos, expresado en los objetivos iniciales (Informe 1), buscaba enfrentar la problemática a través de la lente ofrecida por la teoría de la analogía de las múltiples restricciones postulada por Holyoak y Thagard, así como de otros conceptos contiguos desarrollados por la ciencia cognitiva. La tarea consistió en exponer estos conceptos y comenzar a vincularlos con otros ya desarrollados por la propia teoría jurídica para analizar en un próximo paso sentencias concretas de distintos tribunales, especialmente la Corte Suprema de la Nación Argentina.

Explicamos, en primer término, la teoría de las múltiples restricciones de Holyoak y Thagard, que se presenta como una teoría general (aunque no completa) del pensamiento por analogía que pretende describir y explicar, a través de la postulación de las restricciones de similitud semántica, consistencia estructural y centralidad pragmática, el

proceso que guía la percepción y generación de analogías. Dichas restricciones pueden converger pero también diverger por lo que el resultado deriva de la satisfacción más coherente posible de dichas presiones. A su vez, los autores destacan que dichas restricciones se ejercen en cada uno de los subprocesos en que se puede descomponer el razonamiento por analogía: construcción de representaciones, recuperación, establecimiento de correspondencias, transferencia, adaptación e inducción de un esquema abstracto (véase Informes 1, 6 y 7).

Después de explicitar el paradigma experimental básico, recorrimos la bibliografía que presenta las distintas experiencias que buscaban dilucidar las restricciones actuantes, así como calibrar el peso que cada una de ellas tenía en cada subproceso. Resultando controversial sobre todo el estadio de recuperación, al menos en cuanto al lugar de las restricciones estructurales, dado que el fuerte impacto de las superficiales fue reconocido ampliamente por la mayoría los investigadores, al menos bajo el paradigma de experimentación que Blanchette y Dumbar (2000) llamaron de recepción (Informes 6 y 7).

Luego, para llevar adelante la tarea de análisis de fallos se atribuyó importancia al problema de la representación de argumentos, porque consideramos que, en buena medida, el posterior desarrollo de la tarea dependería de ella. Debimos apelar al esquema de la argumentación de Toulmin ya que el medio de representación que emplean las teorías cognitivas de la analogía (el cálculo de predicados), si bien útil, no alcanza a detectar todas las complejidades del argumento judicial, que se ubica en un nivel superior de sentido al de la proposición y que, sobre todo se caracteriza por su forma entimemática que dificulta su comprensión (Véase Informe 3).

En este orden, debimos exponer y justificar la metodología a aplicar para analizar los distintos fallos que constituyen el objeto empírico de nuestra investigación.

Explicitamos las dificultades que encuentra la lógica tradicional para tratar con argumentos prácticos y la necesidad consiguiente de recurrir a instrumentos adicionales. Explicamos también, de manera sencilla, los principales conceptos del esquema de Toulmin. El modelo propone segmentar y clasificar los argumentos según las distintas funciones que cumplen sus elementos. Un argumento, en su esquema básico, consta de una pretensión sustentada en ciertos datos que le sirven como evidencia. La justificación del paso de los datos a la pretensión se realiza a través de una garantía, la que a su vez recibe su apoyo de un respaldo. Además, se debe tener en cuenta que, dado que los argumentos prácticos no son por lo general apodícticos, sus conclusiones suelen estar matizadas con modalizadores y ser objeto habitual de refutación. Si bien este esquema es general y se aplica a los distintos tipos de argumentos, Toulmin señala la existencia de diferentes campos de argumentación que modelan la manera en que aquellos elementos comunes se conjugan para resultar efectivos en su propio medio. A manera de aplicación del modelo, se tomó una sentencia del derecho comparado (el fallo *California v. Carney*) y se la analizó extensamente empleando el aparato conceptual introducido (Ver Informe 3).

A su vez, dado que el principal terreno de experimentación de las teorías cognitivas del pensamiento por analogía, a partir del cual se desarrollaron y al que acuden también para su validación, es el ámbito de la resolución de problemas, planteamos la argumentación jurídica, especialmente la judicial, como la resolución de un problema: justificar públicamente una decisión (o una interpretación en el caso de un abogado) para que la transición del dominio cognitivo al jurídico sea lo más ajustada posible y sin que se produzcan “saltos” desmesurados o traslaciones injustificadas. De manera que caracterizamos los componentes principales involucrados en la resolución de un problema: estado inicial, estado-meta, operaciones, ambiente de tarea y espacio de problema, y

destacamos el rol de los algoritmos y los heurísticos en el proceso de resolución de problemas. También explicitamos la clasificación que postula la distinción entre problemas bien estructurados y mal estructurados y entre simples y complejos. Luego nos volvimos hacia la teoría jurídica para describir la estructura de un problema jurídico e introducir la noción de textura abierta. Identificamos los principales asuntos a resolver en un proceso jurídico: relevancia, calificación, interpretación y prueba. A su vez, reconstruimos las operaciones necesarias para la búsqueda de un espacio de problema en el caso de la relevancia. Este recorrido nos permitió, en un paso subsiguiente, comenzar a articular los conceptos del campo jurídico con los del campo cognitivo en procura de un comienzo de integración interdisciplinar; de manera de establecer correspondencias entre los problemas complejos y mal estructurados con los llamados casos difíciles por la teoría jurídica, así como entre técnicas jurídicas y heurísticos (Ver Informe 2).

Con vistas a una confrontación con los planteos de las ciencias cognitivas y de los resultados empíricos de nuestra investigación, luego, se intentó exponer y reconstruir las principales líneas de los trabajos teóricos que han abordado el problema de la analogía y el precedente en el campo del derecho. Dada la profusión de autores que, sobre todo en el ámbito anglosajón, han incursionado en este campo, apelamos a algunas clasificaciones y taxonomías a los efectos brindar un panorama un poco más ordenado del mismo. Señalamos los principales problemas que estos desarrollos tratan de resolver: ¿qué clase de fuerza “lógica” o “racional” tienen los argumentos por analogía? ¿son ellos reductibles a otro tipo de argumentos? ¿qué función propiamente cumple el razonamiento jurídico en el sistema de derecho? etc. Encontramos que las respuestas varían ampliamente de unos autores a otros, siendo clave la descripción que realicen del procedimiento analógico y los supuestos en los que este se apoye, ya que ello determinará si es asimilable a otra clase de

razonamiento (posición reduccionista) o si no lo es en absoluto (posición antireduccionista) o si se da una mixtura de procedimientos (posición pluralista). Luego, se destacó el papel estabilizador que la analogía y el precedente cumplen en el sistema jurídico (Vid Informe 4).

Continuamos con la reconstrucción de algunas de las teorías de los principales autores en el ámbito del razonamiento jurídico por analogía y del precedente. Comenzamos con el estudio de Edward Levi (1949) , considerado seminal en el ámbito anglosajón. El planteo de Levi se destaca por enfatizar la necesidad del razonamiento ejemplar en todo sistema jurídico democrático así como la índole dinámica del mismo. Los conceptos de semejanza y diferencia mutan permanentemente, cambiando, en consecuencia, las reglas que rigen los distintos casos. Aunque desde un punto de vista estrictamente lógico el razonamiento por el ejemplo parezca imperfecto, constituye la única manera de dar cabida a la evolución que sufren las ideas y las creencias de una sociedad. abierta. Luego, abordamos el trabajo de Martin Golding (2001), centrado en un intento de describir, de la manera más fiel y analítica posible, el razonamiento legal referido al precedente y a la analogía. Golding ensaya sucesivas caracterizaciones formales de dichos procesos, destacando la necesidad de explicitar aquello que queda muchas veces sin decir en la argumentación judicial. En este sentido, resalta la determinación de los factores relevantes para el establecimiento de la conclusión de un fallo así como la posible existencia de excepciones o calificaciones que limiten dicha conclusión (Ver Informe 5).

La reconstrucción de la teoría de Sunstein (1996) sobre la analogía nos mostró que una de sus principales funciones es economizar esfuerzos y tiempo, evitando a los jueces tener que “reconstruir “ el derecho cada vez que se presenta un nuevo caso. La analogía permite alcanzar acuerdos “incompletamente teorizados”, sin necesidad de que los actores

compartan los fundamentos últimos; sirviendo por tanto a la convivencia en una sociedad pluralista. Sunstein, aunque reconoce su carácter complejo y su mezcla con otras formas de razonamiento, milita contra las interpretaciones deductivistas de la analogía en el derecho, argumentando extensamente a través de numerosos ejemplos cómo los principios que guían la analogía, ya sean *holdings* o directamente reglas en sus aplicaciones más vagas, implican un razonamiento *botton up*, ya que son descubiertos y ajustados durante el proceso de comparación analógica (Vid. Informe 8).

El análisis continuó con la teoría de la analogía o razonamiento por el ejemplo de Scott Brewer (1996), que resulta una de las más referenciadas en la literatura especializada de los últimos años. Ella se presenta como un ambicioso proyecto de integración de aportes de la filosofía del lenguaje, de la epistemología y de la teoría jurídica a la dilucidación del proceso analógico en el campo del derecho. Este se encuentra determinado en su estructura por el contexto justificatorio en que se produce, el que requiere de reglas que se apliquen de manera deductiva. Tres pasos conforman la estructura del argumento por analogía en el derecho: la abducción de una regla por medio de una analogía que engloba o abarca una serie de casos, la justificación de esa regla por medio de razones más amplias de tipo jurídico o políticas y, por último, la aplicación de la regla abducida al caso que se quiere resolver. Con este esquema, Brewer pretende hacer justicia al rol que la analogía cumple en el derecho, otorgándole poder de descubrimiento pero también fuerza racional que ayude a cumplir el papel justificatorio que todo razonamiento jurídico posee (Ver Informe 9).

En esta línea de análisis teórico se continuó (Informe 11) con aquellas corrientes que conciben la analogía jurídica de manera completamente autónoma, es decir, no necesitada de apoyo en ningún otro tipo de razonamiento (ya sea deductivo o inductivo) ni de otra clase de justificación (basada en reglas o basada en propósitos de tipo político). Esta

corriente está eminentemente representada por Lloyd Weinreb quien, además, sostiene que la analogía es la principal forma de argumentación y justificación que utilizan abogados y jueces y que, por tanto, constituye aquello que significa “pensar como un abogado” y que representa el principal foco de atención de la enseñanza del derecho. Weinreb sostiene que el razonamiento por analogía es ubicuo tanto en la vida cotidiana como en el derecho y que en ninguno de los dos casos es necesaria la invocación de ninguna regla para que el razonamiento opere de manera efectiva. Autores como Priel han señalado la confusión aparente en la presentación de Weinreb: mezclar lo que pertenece al ámbito de la justificación, que requiere de la aplicación de las reglas formales de validez de un razonamiento, con lo que pertenece a los procesos psicológicos que no requieren de manera explícita del enunciado de reglas que justifiquen la existencia de similitudes relevantes para establecer, por ejemplo, que dos casos son análogos.

Priel, al interpretar el pensamiento de Weinreb y tratar de ponerlo bajo su mejor luz, evidenció las conexiones (y las distinciones también) entre los ámbitos normativos y psicológicos, señaló la vía epistemológica intermedia y también mostró la necesidad de contar con una concepto claro y, a su vez profundo, de lo que significa el “estado derecho”, tanto en la tradición del *Common Law* como del derecho continental (ver Informe 11).

A su vez, la revisión que Posner realiza del trabajo de Weinreb permitió contrastar sus argumentos y poner de relieve la necesidad de dilucidar el estatus de la analogía en el derecho después de considerar en qué consiste este, si en una “cosa” o en una actividad. Lo que a su vez conecta con la crónica disputa entre los juristas acerca de si los jueces, al adjudicar en los casos no habituales, también legislan. Y la consideración de estas problemáticas, según se nos mostró, no puede quedar fuera de los estudios de la analogía en el derecho (vid. Informe 11).

Del análisis de los trabajos de estos autores, especialmente de las observaciones de Priel, surgió la necesidad de que nuestra investigación revisara algunos fundamentos epistemológicos que a esta altura del trabajo parecían consolidados. En consecuencia, se decidió volver sobre una obra anterior de Holyoak, Thagard, Nisbet y Hummel sobre la inducción para profundizar en dichos aspectos. Este hecho, junto con la aparición de un problema metodológico del que más adelante (sección E) se dará cuenta, hizo que nuestra investigación no pudiera avanzar hasta tener estas dificultades solucionadas, lo que obligó a un reajuste del cronograma originalmente previsto para el año 2014.

B) Tareas desarrolladas durante 2014

1) *Incorporación de unidad sobre razonamiento jurídico*. Se procedió, como en años anteriores y como actividad de transferencia, a la incorporación de una unidad referida al razonamiento jurídico en la materia *Introducción al derecho* de la carrera de Abogacía (Turnos tarde y noche). Su desarrollo incluyó el tratamiento de casos reales e hipotéticos que fueron trabajados de manera oral.

Fuentes utilizadas:

- *The Queen v. Dudley and Stephens*, Queens Bench Division 273, 9 /12/1884.
- Fuller, L. (2002). *El caso de los exploradores de cavernas*. Buenos Aires: LexisNexis Abeledo-Perrot.
- Sandel, M. (2012). *Justicia*. Barcelona: De Bolsillo
- Velasco, M. (2011). *¿Qué es la justicia?*. Buenos Aires: Eudeba.

De forma escrita se trabajaron extractos de libros de textos de lógica, sentencias y se realizaron trabajos prácticos.

Fuentes utilizadas:

- Copi, I. (1984) *Introducción a la lógica*, Bs. As.: Eudeba;
- Nino, C. S. (1987): *Introducción al análisis del derecho*. Bs. As.: Astrea;
- Russo, E. A.. (2002). *Colección de Análisis Jurisprudencial. Teoría General del Derecho*. Buenos Aires: La Ley.

2) *Implementación de pautas para el desarrollo de habilidades de discusión y argumentación*. (Materia: Ética). También como actividad de transferencia, a continuación y en la misma línea de lo desarrollado en el punto 1), se procedió a incorporar, sobre la base de los resultados de experiencias anteriores con los alumnos de Introducción al Derecho (ver informe 10) y a nueva bibliografía investigada, pautas y esquemas de trabajo tendientes incrementar las habilidades de expresión de argumentos en forma oral y escrita en los alumnos de la materia *Ética*, correspondiente al 3er año de la carrera de Abogacía.

Aunque muchos autores definen la argumentación como una actividad, la mayor parte del trabajo en este campo se dedica al análisis y evaluación de los productos de la argumentación. Si bien se tuvieron en cuenta estos productos, la mayor atención recayó sobre el propio acto de argumentar (su proceso), dado que la reconstrucción de los razonamientos llevados a cabo en la práctica argumentativa no suelen incluir todos los aspectos que deben ser tenidos en cuenta cuando realmente se quiere desplegar un argumento convincente y profundo. En consecuencia, el trabajo con los alumnos importó la realización, en primer término, de discusiones y debates orales sobre autores y tópicos del programa de la materia, previa lectura de una guía de discusión elaborada por el profesor y

plasmada en interrogantes concernientes a dichos tópicos. El debate coordinado permitió la expresión de los distintos puntos de vista de los alumnos y las objeciones que ellos pudieran merecer por parte del profesor y de los otros alumnos. La progresión de la discusión evidenció un paulatino refinamiento de las distintas posiciones a partir de las primeras reacciones “espontáneas” e, incluso, la desestimación de las propias posturas o argumentaciones débiles o poco fundadas.

Una segunda etapa de la experiencia consistió en la expresión por escrito. El debate oral sirvió para motivar pero también para enriquecer la capacidad de implementar argumentos por escrito. Se pidió a los alumnos resolver problemas prácticos de ética, situaciones contextualizadas, adoptando distintos puntos de vista según las doctrinas estudiadas (Utilitarismo, Kantismo, etc.) y también esgrimiendo una posición propia. Los alumnos fueron instruidos para que observaran y se “apropiaran” de los esquemas de argumentación surgidos durante las discusiones orales y hechas explícitas por el profesor al final de cada debate

Fuentes utilizadas:

- Billington, R. (1993). *Living Philosophy. An Introduction to Moral Thought*. London: Routledge and Kegan.
- Carrascal, B. (2011). The Role of Argumentation Schemes in Writing Argumentative Texts. *Revista Iberoamericana de Argumentación*. 3 (2011) 1-15.
- Foot, P. “The problem of abortion and the doctrine of Double effect”, *Virtudes and vices and Other Essays in Moral Philosophy*, Basil Blackwell, Oxford, 1978, p. 19; --Judith Jarvis Thompson, “The Trolley Problem”, *Yale Law Journal*, 94 (mayo 1985), pp. 1395-1415.
- Rachels, J. (2006). *Introducción a la filosofía moral*. México: FCE

- Sandel, M. (2012). *Justicia*. Barcelona: De Bolsillo

-Guariglia, O. y Vidiella, G. (2011). *Breviario de Ética*. Bs. As.: Edhasa.

3) *Elaboración de un artículo*. Como producto de la línea principal de investigación, se elaboró un artículo que pretende integrar las principales líneas teóricas que intentan dar cuenta del razonamiento jurídico por analogía y sus dificultades con los desarrollos de las ciencias cognitivas. El artículo se titula “*Argumentos por analogía en el derecho: descubrimiento, justificación y retórica*” y fue enviado a la *Revista Iberoamericana de Argumentación*. Actualmente se encuentra en proceso de evaluación arbitral.

4) *Elaboración de informes de investigación*. Como expresión del desarrollo del proceso de investigación se elaboró un informe en estilo *paper* en el que se analiza la relación entre las analogías, las reglas y las directrices políticas, así como la consideración del lugar propio del argumento analógico en el razonamiento judicial. Se discutieron al respecto las posiciones de autores como Weinreb, Priel y Posner. Los resultados fueron sintetizados en el punto 1).

C) Bibliografía trabajada

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

Esta obra representa la expresión de una posición que defiende el uso de la analogía en la argumentación jurídica “en sus propios términos”, es decir, de manera autónoma. Los argumentos analógicos en el derecho se bastan por sí mismos, no necesitan apoyarse en deducciones, inducciones o abducciones para ser respetables. Además, constituyen su

propio fundamento sin necesidad de acudir a reglas ni directrices o propósitos políticos para ser aceptados. En el punto 1) y en el informe mencionado en 3) reseñamos su papel en nuestra investigación.

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

Este trabajo intenta explorar el argumento de la autonomía de la analogía en el campo legal en todo su alcance y posibilidades. Examina los argumentos de Weinreb en su mejor cara, plantea complementos y alternativas; a la vez que le realiza una crítica profunda.

Remitimos al punto 1) y al *paper* mencionado en 3) para más información.

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).

Posner hace una revisión crítica del trabajo de Weinreb cuestionándolo en varios frentes. Considera equivocado su planteo de aquello en lo que realmente consiste pensar como un abogado, su idea de la función que la analogía cumple en la resolución de un caso jurídico, su concepción de lo que es el derecho y la distinción entre la adjudicación y la legislación.

Remitimos a 1) y 3).

-Abrantes, P. (2003) Razonamiento analógico y modelado en las ciencias. En Anibal Duarte y Eduardo Rabossi (Comps.) *Psicología cognitiva y filosofía de la mente: pensamiento, representación y conciencia*, Buenos Aires: Alianza; pp. 55-98.

La intención de Abrantes es hacer explícitos algunos de los problemas filosóficos que el debate en el interior de la ciencia cognitiva plantea el razonamiento analógico, su papel

cognitivo y como puede esto conectarse con el trabajo de construcción de modelos en las ciencias empíricas, es decir, su valor como procedimiento heurístico. Sostiene que, pese a las dificultades planteadas para conectar ambos campos (metodología científica por un lado y cognición y sistemas computacionales por el otro) existe un interés común en el proceso analógico como sostén de heurísticos confiables para la solución de problemas, así como proceso subyacente a la creatividad, la dinámica conceptual y el aprendizaje.

El autor reconstruye las principales teorías de la analogía brindadas por la psicología cognitiva y la inteligencia artificial y las compara utilizando para ello sus modelos formales, es decir, sus implementaciones computacionales. Las teorías de proyección de la estructura de Gentner, la teoría de las múltiples restricciones de Holyoak y Thagard y la teoría de la percepción de alto nivel de Hofstadter y Mitchel son las analizadas, comparadas y discutidas. Se analizan sus diferencias respecto de su concepción del proceso analógico, así como las diferencias existentes entre sus respectivos modelos computacionales. Respecto de cada teoría se encarga de evaluar sus virtudes y límites más salientes.

Luego, Abrantes examina en que medida los problemas presentes en el campo del pensamiento analógico de la ciencia cognitiva reaparecen, bajo otros ropajes, en las discusiones filosóficas sobre el papel de este tipo de razonamiento en el desarrollo de las teorías científicas, e intenta reabrir estas discusiones haciendo uso de conceptos y distinciones provenientes de aquel campo.

El trabajo de Abrantes resulta de sumo interés para nuestra investigación ya que, en algún sentido, ella se propone un acercamiento similar pero referido, en lugar de a la epistemología, al campo del derecho. Su tratamiento de los conceptos de similitud intuitiva,

abstracción, restricciones *top-down* y *botton up*, han sido y serán de gran utilidad al discutir el lugar de la analogía en las teorías del razonamiento judicial.

Markman, A. & Moreau, C. (2001) Analogy and analogical comparison in choice. In: *The analogical mind*, ed. D. Gentner, K. Holyoak & B. Kokinov. MIT Press

Markman & Moreau (2001) analizan a las analogías como mecanismos de estructuración en la toma de decisiones al estudiar ejemplos de política estratégica.. Demuestran que cuando las relaciones que se establecen entre la analogía fuente y la objetivo son muy abstractas, no pueden usarse para generar hipótesis específicas sobre qué acciones llevar a cabo. Las analogías, sostiene Markman y Moreau pueden sugerir hipótesis más específicas pero solo cuando provienen de dominios razonablemente cercanos. ¿Qué nos podría aportar la teoría del dominó a la hora de evaluar , por ejemplo, la política a desarrollar en el caso de guerra de Vietnam? Solo cosas muy vagas. En cambio, antes de que el Gobierno norteamericano decidiera la intervención, distintos analistas proponían comparar la futura situación e intervención en Vietnam con lo ocurrido en la guerra de Corea. Por otro lado, otros estrategas, con muchos más fundamentos como se demostraría posteriormente, señalaban que lo adecuado era trazar la comparación con la “Guerra de Indochina” librada entre Francia y los nacionalistas vietnamitas, un análogo sin duda mucho más cercano.

Estas observaciones nos servirán para aplicarlas a lo que sucede en el derecho, donde lo importante, muchas veces, son las relaciones que se establecen entre individuos que pertenecen a categorías iguales o muy similares. Los deberes, obligaciones, sistemas de responsabilidad, etc. en consonancia con las distintas clases de normas reflejan esas relaciones y estructuras de más alto nivel. Por lo que las analogías mayoritariamente serán

intradominio y no interdominio. Cuando apliquemos estos conceptos al proceso de establecimiento de correspondencias seguramente esta investigación de Markman y Moreau nos aportará información de interés.

-Dunbar, K. & Fugelsan, J. (2011) Scientific Thinking and Reasoning. En Holyoak & Morrison (Eds.) *The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning* . New York: Cambridge University Press. pp. 705-725.

-Dunbar, K & Blanchette, I. (2001) The in vivo/in vitro approach to cognition: the case of analogy. *Trends in Cognitive Science*, 5 (8): 334-339

Dunbar encontró que los científicos en un laboratorio de biología suelen mayoritariamente apelar a analogías no sólo del mismo campo o dominio biológico (analogías intradominio o locales), sino incluso del mismo organismo o dominios muy similares (v.g. el virus HIV con el virus HIV, referido a otro proceso fisiológico emparentado) o dominios de categorías supraordinadas comunes (v.g. un tipo de virus con otro tipo de virus), lo que, señala Dunbar, para un lego puede ser una diferencia sumamente menor, para un biólogo puede ser una diferencia enorme. Observa Dunbar que incluso las analogías que provenían de experimentos muy similares o hasta del mismo organismo, dependían de relaciones de alto nivel o de similitudes estructurales en lugar de basarse en características superficiales (solo el 25 % consistió en mapeo de características superficiales). Esto está en consonancia con los trabajos de Markman y Moreau arriba reseñados, por lo que nos hace dirigir nuestra atención a las mismas situaciones. Además, lo interesante de los trabajos de Dunbar es su intento de dotar de validez ecológica a las teorías surgidas a partir de los trabajos experimentales de laboratorio; idéntico interés al que persigue nuestra investigación.

Simon, D. (1998). A Psychological model of judicial decision making. *Rutgers Law Journal*, 30, 1-142.

Este extensísimo artículo explora el razonamiento judicial tal como es practicado en el nivel de apelación en el derecho norteamericano. Se intenta una descripción y explicación desde una perspectiva psicológica. Se pregunta el autor hasta que punto están restringidos los jueces por los materiales propiamente jurídicos. También se pregunta por las “corazonadas” o intuiciones que los jueces muchas veces dicen tener acerca de la decisión correcta para sus casos. Más que por sus respuestas concretas a estos interrogantes, este trabajo fue de gran utilidad por la implementación de una metodología de análisis que nos sirvió como punto de partida para solucionar el problema metodológico que se nos presentó cuando quisimos evidenciar la restricción pragmática en la estructura de un fallo. Damos cuenta de esa dificultad en el apartado sobre metodología E).

D) Bibliografía a trabajar

-Alexander, L. & Sherwin, E. (2008) *Demystifying Legal Reasoning*. New York: Cambridge University Press.

-Ellsworth, P. (2011) Legal reasoning. En Holyoak & Morrison (Eds.) *The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning* . New York: Cambridge University Press, pp. 685-703.

-Gentner, D., Holyoak, K., Kokinov, B., eds. (2001). *The Analogical Mind: Perspectives from Cognitive Science*. Cambridge, MA: MIT Press.

-Holland, J.; Holyoak, K.; Nisbett, R. & Thagard, P (1989) *Induction. Processes of Inference, Learning and Discovery*, Hong Kong: MIT Press.

-Holyoak, K & Simon, D (1999) Bi-directional thinking in decision making by constraint satisfaction. *Journal of experimental psychology*, 128, 1, pp. 3-31

-Johnson-Laird, P. (2011) *How we reason*. New York: Oxford University Press.

-Minervino, R. y Adrover, J. F (2003) La teoría sintáctica y la teoría semántica-pragmática sobre el pensamiento por analogía: ¿constituyen verdaderamente enfoques alternativos?. En Anibal Duarte y Eduardo Rabossi (Comps.) *Psicología cognitiva y filosofía de la mente: pensamiento, representación y conciencia*, Buenos Aires: Alianza; pp. 111-169.

-Schauer, F. (2009) *Thinking like a lawyer*. Cambridge Mas.: Harvard University Press.

-Spellman, B. & Schauer, F. (2012) Legal reasoning. En K. J. Holyoak & R. G. Morrison (Eds.), *The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning* (2nd ed.). New York: Oxford University Press .pp. 719-734

-Spellman, B. A. (2010). Judges, expertise, and analogy. In D. Klein & G. Mitchell (Eds.), *The Psychology of Judicial Decision Making*. New York: Oxford University Press. (pp. 149-164

E) Cuestiones de metodología.

Instrumentos seleccionados y reajustes implementados

En el informe 10, que a su vez, remite a los informe 2 y 3, se especificaron las principales líneas metodológicas elegidas y los instrumentos diseñados para llevar adelante la investigación. Dadas las dificultades de la lógica tradicional para tratar con argumentos complejos, debimos apelar a herramientas más ricas que ella, aunque sin desecharla del todo tampoco. Los instrumentos de análisis elegidos principalmente se encuentran en la utilización del modelo de Toulmin para representar los argumentos de abogados y jueces al justificar sus demandas y sus sentencias respectivamente. Dicho modelo fue, a su vez, modificado para que pudiera dar cuenta de las características propias de la argumentación específica judicial y de su carácter dialéctico, tal como se mostró en el informe 3 respecto del derecho comparado, concretamente en el caso *California v. Carney*. A su vez, también será utilizado el cálculo lógico de predicados tal como lo hace habitualmente la ciencia cognitiva, incluidos Holyoak y Thagard. También, dado que el marco conceptual que escogimos para insertar el análisis de las sentencias es el de la resolución de problemas

cognitivos, debimos diseñar una estructura de análisis argumental así como de su expresión gráfica también. Ello fue posible al elaborar los conceptos propios de la tematización cognitiva de la resolución de problemas e integrarla con el análisis de casos jurídicos y de las operaciones necesarias para su encuadre (Véase Informe 2).

Ya señalamos (informe 1) las categorías que utilizaríamos para el examen de las sentencias, determinadas por los aportes de las distintas teorías cognitivas sobre el pensamiento por analogía y por la teoría de las restricciones múltiples especialmente: Subprocesos analógicos: construcción de representaciones, recuperación y / o selección, establecimiento de correspondencias, evaluación, adaptación e inducción de esquema general; así como, aplicadas sobre ellos: restricción superficial, estructural y pragmática.

Sin embargo y aunque, hasta el momento, estas categorías, así como la metodología arriba señalada se mantienen sin cambios, un problema se presentó e hizo que nuestro análisis empírico debiera retrasarse. Cuando comenzamos dicho estudio advertimos que no contábamos con un criterio seguro y preciso para implementar, en la reconstrucción de los argumentos, algunos de los conceptos que pretendíamos utilizar para analizar las sentencias bajo el esquema cognitivo de la teoría de las múltiples restricciones. Concretamente, la dificultad se presentaba al tratar de evidenciar la restricción pragmática. La solución surgió luego de leer un artículo de Dan Simon (1998)(A Psychological model of judicial decision making. *Rutgers Law Journal*, 30, 1-142.) en el cual se analiza un fallo de acuerdo a un modelo gráfico que evidencia argumentos que conducen a un resultado o a su opuesto. Nosotros adaptamos esa idea al combinarla con una serie de preguntas que entendemos que los jueces se hacen durante el transcurso de su análisis del caso. La respuesta positiva o negativa a cada una de esas

preguntas implica un sentido o dirección a favor de una parte u otra. Las preguntas y sus respuestas serían entonces los propósitos que guían las argumentaciones o justificaciones de los jueces en distintas partes de sus fallos; es decir, constituirían sus restricciones pragmáticas (al menos una clase de ellas). La vinculación entre interrogantes y restricciones pragmáticas ya fue reconocida por los propios Holyoak y Thagard al exponer los modelos computacionales de los distintos subprocesos del pensamiento por analogía. Por lo que la solución que proponemos parece ser plenamente adecuada para mantener el análisis dentro del marco de la teoría de las múltiples restricciones.

F) Actividades a ser desarrolladas durante 2015

El cronograma previsto para el 2014 debió ser alterado y retrasado en función de la necesidad de solución de las dificultades metodológicas surgidas al comenzar el trabajo de campo que ha sido mencionada en el apartado anterior E) y también de la necesidad de revisar presupuestos epistemológicos, ya comentados en el apartado A). Dicho reajuste se evidenciará en la adopción del siguiente plan de trabajo:

- 1) Se revisará la bibliografía citada en el punto D

- 2) Se continuará con el trabajo de reconstrucción conceptual de los principales teóricos de la analogía jurídica, especialmente los trabajos de Alexander y Sherwin, así como se continuará con el de Posner, que ya comenzó a ser revisado. Las categorías de forma lógica, deducción, inducción, abducción, regla, esquema analógico, fuerza racional y función se mantendrán como instrumentos de análisis principales.

- 3) Se comenzará el análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: caso central y precedentes. En primer término, su representación bajo los esquemas de Toulmin. Los conceptos de argumento, pretensión, garantía, refutación y calificación modal serán los principalmente utilizados.
- 4) Luego, se introducirá modelo elaborado con la finalidad de esquematizar el espacio del problema jurídico planteado por el caso y también su formalización según el cálculo de proposiciones habitual. Las nociones invocadas serán las de espacio de problema, estrategias heurísticas, relevancia, calificación e interpretación.
- 5) Posteriormente, se procederá al examen de un fallo central y sus precedentes con las herramientas aportadas por la teoría de Holyoak y Thagard: restricciones de superficie, de estructura, de propósito; así como la búsqueda de identificación de procesos de construcción de representaciones, recuperación, establecimiento de correspondencias, evaluación, adaptación e inducción de un esquema general.
- 6) Se comenzará a realizar una comparación entre las diferentes teorías jurídicas con la teoría de las restricciones múltiples; se discutirán los resultados a la luz de ambos tipos de análisis así como una evaluación de la capacidad de la TRM para describir y explicar el razonamiento jurídico por analogía en el derecho.
- 7) Los resultados se irán volcando en informes de investigación, previéndose

comenzar con la teoría de Posner, continuándose con el análisis de los fallos, su discusión teórica y luego la confrontación “cognitivo-jurídica”.

8) Se prevé asimismo elaborar un artículo, referido a los temas de la investigación, para su publicación.

Cronograma 2015

Actividades	MESES					
	1 / 2	3 / 4	5 / 6	7 / 8	9 / 10	11 / 12
1) Revisión bibliográfica	X	X	X	X	X	
2) Reconstrucción teorías jurídicas: Posner, Alexander, Sherwin		X	X			
3) Análisis de sentencias y reconstrucción de argumentos (1)			X	X		
4) Análisis de sentencias: enfoque cognitivo (2)				X		
5) Análisis de sentencias: interpretación desde TMR(3)				X	X	
6) Comparación TMR con teorías jurídicas					X	X

