



UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y SOCIALES  
DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIÓN

---

Informe de investigación 13  
Octubre de 2015

Proyecto

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

Martín Moretó

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

Continuamos nuestra investigación precisando la metodología y definiendo los datos sobre los que pondremos a prueba nuestras hipótesis. En consecuencia, tomaremos una de las principales teorías cognitivas sobre el pensamiento por analogía, la llamada teoría de las múltiples restricciones (TMR) de Holyoak y Thagard (1989; 1995), y la aplicaremos a sentencias de la Corte Suprema de la Nación Argentina, a fin de evaluar su poder descriptivo y explicativo en el ámbito jurídico, con vistas al esclarecimiento futuro de la problemática planteada en los campos de la educación, la teoría y práctica jurídica así como de la propia teoría cognitiva del pensamiento por analogía.

Para adelantar en esta tarea consideramos que resulta imprescindible establecer un puente conceptual entre las teorías de origen cognitivo y los conceptos provenientes del campo jurídico, a fin de resaltar inconvenientes, detectar errores e identificar dificultades al establecer correspondencias (Véase Informes 2 y 3). Los “traslados rápidos” o las “traducciones directas” suelen llevar a plantearse problemas equívocos y proponer soluciones erróneas, constituyéndose así una especie de falacia conocida en lógica como “trasposición a otro género” (*metábasis alló genos*). Los conceptos de los distintos campos no suelen superponerse perfectamente sino solaparse parcialmente, obscureciendo sus relaciones. Por ejemplo, lo que la mayor parte de los juristas del ámbito continental llaman analogía es sólo una parte de todas operaciones que cognitivamente pueden considerarse como pensamiento por analogía (así, interpretar si un caso infrecuente encuadra dentro de los supuestos de aplicación de una norma, Véase Informe 2).

Simultáneamente, será necesario diseñar una metodología apropiada a estos problemas. Lo haremos trayendo herramientas de la lógica y la epistemología para que nos sirvan de “microscopio” conceptual para discernir, localizar o identificar razonamientos por analogía allí donde al esquema de representación de la lógica de predicados -utilizado por Gentner, Holyoak y Thagard así como en gran parte de la ciencia cognitiva – se le puedan pasar por alto. La analogía, sobre todo en el campo del derecho, no suele operar sola sino que se combina con otras formas de razonamiento para construir una argumentación compleja. Para desentrañar estos argumentos esperamos que nos sea de utilidad el modelo de argumentación de Toulmin que emplearemos (Cf. Informe 3). El esquema de Toulmin postula esencialmente los siguientes seis elementos:

-Aserción, demanda o pretensión (*Claim*); es la tesis que se va defender, la posición por la que se argumenta, que es la conclusión que se invoca (C).

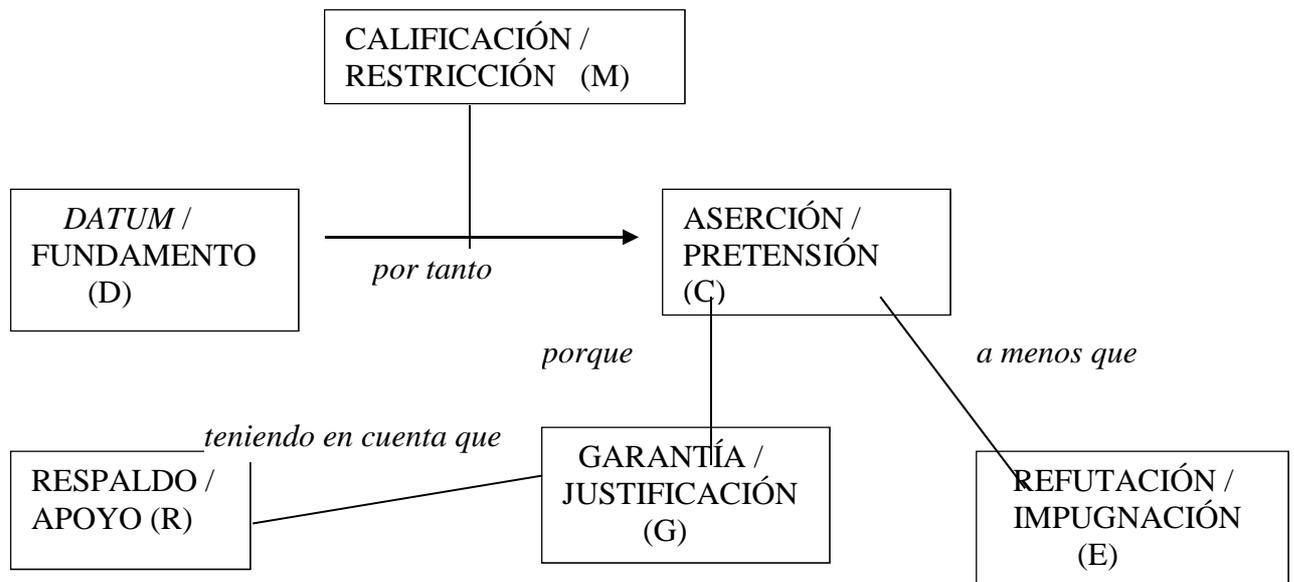
-Fundamento, evidencia (*Ground, data*), las razones o la evidencia fáctica que sostienen la pretensión (D).

-Garantía, justificación (*Warrant*); el principio, disposición o cadena de razonamiento que conecta la justificación o las razones con la pretensión (G).

-Respaldo, apoyo (*Backing*); las razones presentadas para apoyar la justificación o garantía (R).

-Refutación, impugnación (*Rebuttal*) / Reserva, salvedad (*Reservation*); excepciones a la pretensión; descripción y refutación de contraejemplos y contraargumentos, (E).

-Calificación modal, restricción (*Qualification, Modal Qualifier*), especificación de los límites de la pretensión, la justificación y el respaldo. El grado de probabilidad de la aserción, (M). Esquematizado, se vería de la siguiente manera:



A través pues de este esquema buscaremos exponer la estructura argumentativa de los fallos con los que pondremos a prueba nuestras hipótesis. La que puede expresarse de la siguiente manera:

Hipótesis:

*La teoría de las múltiples restricciones del pensamiento por analogía describe (y explica) adecuadamente el razonamiento que utilizan los jueces (argentinos) al resolver casos “difíciles” o lagunas jurídicas.*

La que se explorará a través del desarrollo de los siguientes objetivos generales y específicos:

A- Objetivo general:

Investigar la posible aplicación de la teoría de las múltiples restricciones de Holyoak y Thagard al ámbito del razonamiento jurídico por analogía

## B- Objetivos específicos:

- 1- Analizar una serie de sentencias judiciales con categorías provistas por las ciencias cognitivas sobre el razonamiento por analogía
- 2- Identificar la presencia, en los fallos jurídicos a considerar, de subprocesos del pensamiento por analogía postulados por las teorías cognitivas
- 3- Identificar la estructura formal de dichos fallos con arreglo a la clasificación de Toulmin para el análisis de argumentos
- 4- Representar la tarea de los jueces como la construcción de un espacio de problema destinada a justificar una sentencia, tomando como base la teorización desarrollada por la psicología cognitiva en el campo de la resolución de problemas
- 5- Comparar la descripción cognitiva del proceso analógico llevada a cabo por la teoría de las múltiples restricciones con la realizada por los teóricos del derecho, señalando coincidencias y discrepancias.

Respecto de B1 y B2, en los Informes 1, 6 y 7 hemos venido trabajando los conceptos necesarios para su desarrollo: restricciones (semánticas, estructurales, pragmáticas), subprocesos cognitivos (construcción de representaciones, recuperación, establecimiento de correspondencias, transferencia, evaluación, re-representación, abstracción de un esquema general).

En el Informe 2, vinculamos los conceptos de problemas mal estructurados y de casos difíciles, así como de heurísticos cognitivos; todo lo cual nos ha preparado para aplicar dicho marco a nuestros datos empíricos.

En relación a B3, expusimos en el Informe 3, la necesidad de utilizar un esquema como el de Toulmin para desplegar los argumentos de los fallos a analizar.

A su vez, los Informes 4, 5, 8, 9 y 11 expusieron una reconstrucción de las principales teorías sobre la analogía que han presentado los filósofos del derecho: Levy, Goldstein, Schauer, Sunstein, Brewer, Weinreb; todo con vistas a una confrontación con las teorías cognitivas, especialmente la de Holyoak y Thagard.

Cabe aclarar que en este trabajo nos ocuparemos de las justificaciones públicas que los jueces realizan y de los recursos cognitivos que la analogía les brinda y no de su “psicología interna” ni de sus posibles motivos “profundos” al tomar una decisión, así como tampoco se trata este de un trabajo que intente establecer variables o criterios para anticiparse o predecir de alguna manera lo que los jueces van a fallar en una controversia determinada. Para nosotros se trata de indagar una competencia cognitiva que utilizan los operadores del derecho al justificar una sentencia o al resolver un caso.

## **Metodología**

### **1. Datos**

Nuestros datos de análisis surgen de distintos casos y sentencias jurídicas, algunas del derecho comparado, especialmente norteamericano, que se presentan a medida que se introducen los conceptos necesarios para nuestra investigación. Es decir, en un primer momento, los casos sirven como ilustración de dichos conceptos. Pero el foco de nuestra investigación será el fallo “Azzetti”. Él será el centro de nuestra atención, el mínimo universo de significado alrededor del cual desarrollaremos nuestro estudio y al cual aplicaremos nuestras herramientas conceptuales y metodológicas. Pero el fallo Azzetti no puede comprenderse aisladamente sino que para integrar su sentido jurídico

será necesario recurrir a otros casos que aparecen en él como precedentes citados por las partes o por los propios jueces, precedentes que citan otros casos; todos ellos cumpliendo diferentes funciones que intentaremos precisar.

Antes del análisis de las sentencias con las categorías de la TMR, se hará un breve procesamiento de sus características: número de analogías encontradas, rango semántico (distancia semántica entre el dominio y la fuente) y propósito al que sirve (demostrar un punto de un argumento propio, refutar otro argumento a través de una disanalogía, formular una hipótesis).

## **2. Procedimiento**

Se suele decir que los jueces hablan por sus sentencias y consideramos que ellas recogen los aspectos que nos interesa analizar de la actividad del juez: justificación de una decisión sobre la base de un relato que sitúa los hechos en un marco normativo, categorial y jurisprudencial. Haremos un análisis del contenido del discurso jurídico expresado en ciertas sentencias de los tribunales argentinos. Para ello, en primer lugar, descompondremos los fallos utilizando una adaptación del llamado modelo de Toulmin (2003) de la argumentación que acabamos de explicar.

Nos valdremos de algunas de las categorías de la ciencia cognitiva que describen los distintos subprocesos en la producción de las analogías que mencionamos más arriba. En primer, lugar la construcción de representaciones (CR), tanto del análogo base (el o los precedentes) como del análogo meta (el caso presente). Corresponde aquí tomar la descripción de los casos hecha por los jueces, la evidencia fáctica considerada (los data del esquema de Toulmin), las normas, principios y teorías consideradas (garantías), los casos y precedentes citados a favor de la postura sostenida (respaldo). A continuación se pasará al segundo subproceso, la recuperación (R) y /o selección del

análogo base. Aquí se revisarán los precedentes traídos al caso, la consideración preliminar de cuáles casos anteriores pueden tener alguna vinculación relevante con el caso presente. Cobrarán relieve los trabajos de indexación, elaboración de sumarios y bases de datos con que cuentan abogados y jueces para ayudarse en esta tarea. El siguiente subproceso a tratar es el establecimiento de correspondencias entre los elementos análogos (EC): cada uno de los casos antecedentes con el presente. ¿Qué elementos de los análogos en comparación deben ser apareados entre sí? Se evalúan qué aspectos son relevantes para establecer la similitud entre los casos y cuáles no lo son para separarse de ellos. Este es el llamado en el derecho de Common Law procedimiento de distinción (*distinguish*). También se considerarán los principios de correspondencia uno a uno y de conectividad paralela, tan importantes según la teoría de la proyección de la estructura de Gentner pero que para la teoría de las múltiples restricciones no resultan tan necesarios.

El siguiente proceso se refiere a la formulación de inferencias candidatas (FI), que implica la transferencia de la solución dada para generar una solución “análoga” a la situación presente. Se trata, en el campo jurídico, de concretizar la aplicación del precedente a nuestro caso actual. Seguidamente se produce la evaluación (E) para saber si la analogía es apropiada, si sus diferencias son despreciables o no y si puede adaptarse sin dificultad para permitir la formulación de inferencias adecuadas para el análogo meta. Por último tenemos el subproceso de construcción de un esquema de tipo general o inducción de esquemas (IE). Aquí indagaremos sobre la obtención por parte del juez de una regla implícita que le permita explicar las resoluciones anteriores y la coherencia respecto de ella que implicaría resolver su caso de manera similar al antecedente.

Ahora bien, debemos recordar que Holyoak y Thagard (1989, 1995) mantienen que las restricciones postuladas por su teoría se aplican a cada uno de sus subprocesos; por lo que deberemos analizar en cada uno de ellos la presencia o no de las restricciones superficiales, estructurales y propositivas.

Posteriormente, en función de los resultados alcanzados hasta ese momento, procederemos a comparar la descripción y explicación cognitiva con algunas de las principales teorizaciones sobre el pensamiento por analogía en el derecho: las teorías de Levi (1949), Golding (2001), Brewer (1996), Sunstein (1996) y Weinreb (2004). Con vistas a destacar coincidencias y oposiciones se procederá a la reconstrucción formal de dichas teorías y se focalizará el análisis en la relación postulada entre deducción, inducción y analogía por parte de dichos enfoques y el surgido de nuestro propio estudio.

El cuadro siguiente sintetiza todo este procedimiento:

<b><u>Tareas a desarrollar</u></b>	<b><u>Acción del operador</u></b> <b><u>jurídico</u></b>	<b><u>Conceptos de análisis</u></b>
<i>1) Análisis y reconstrucción de argumentos</i>	<i>Justificación de sentencia Solución de problemas jurídicos</i>	<i>Argumento; Fundamento, Garantía, Respaldo, Refutación, Calificación modal</i>
<i>2) Aislar estrategias inclusivas o exclusivas de analogías</i>	<i>Construcción de escenarios, proyección de similitudes</i>	<i>Espacio de problema, heurísticos</i>
<i>3) Interpretación desde la teoría de las múltiples restricciones</i>	<i>Consideración de los antecedentes de la materia, precedentes jurisprudenciales y doctrinales</i>	<i>Analogía, subprocesos TMR: restricción superficial, estructural y propositiva.</i>

4) Comparación “teorías de los juristas” con la TMR	-----	Analogía jurídica, generalización, subsunción deductiva, inducción, abducción, esquema analógico
---	-------	--

### 3. Investigación sobre la utilización de analogías en el derecho argentino

Se analizará una serie de sentencias de los tribunales argentinos por medio de las categorías y conceptos pertenecientes a la teoría de las múltiples restricciones de Holyoak y Thagard. Para esto se eligió un conjunto de sentencias de la Corte Suprema de Justicia que luego fueron considerados *leading cases* y donde no existían respuestas legales normativas taxativas ni principios constitucionales que dieran una respuesta clara y precisa de por sí a las cuestiones planteadas o en las que su alcance estuviera cuestionado. Casos de lagunas jurídicas o “hard cases” en la terminología de Dworkin (1994), y que podrían asimilarse a lo que en el ámbito de la psicología cognitiva se llama problemas mal estructurados (Ver Informe 2).

Tomaremos como punto de partida el caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) conocido como “fallo Azzetti” por considerarlo ideal para comenzar a testear la teoría de Holyoak y Thagard, ya que en él se plantea cada una de las circunstancias recién mencionadas. Se trata de un caso en el que un ex combatiente de la Guerra de Malvinas presenta una demanda contra el Estado Nacional reclamando una indemnización por daños y perjuicios ( de acuerdo a lo regulado en el Código Civil) en virtud de sufrir enfermedad psíquica incapacitante como resultado de su participación en dicho conflicto bélico. La ley 19.101 que regulaba al personal militar establecía una pensión vitalicia para los casos de incapacidad pero no especificaba

explícitamente una indemnización resarcitoria de los daños sufridos. Ante la aparente ausencia de reparación, el ex combatiente solicitaba la aplicación analógica del Código Civil a su caso. Tenemos pues una primera posible aplicación del pensamiento analógico para la resolución del problema planteado por el caso, que en derecho se conoce como *analogia legis*; la utilización de una ley que rige en un campo o rama del derecho en otro que carece de reglamentación y constituye, por tanto, un vacío legal. Pero todo esto, a su vez, se da en el marco de una serie de precedentes de la propia CSJN sobre los que ésta iba a tener que pronunciarse y a los que debía considerar muy seriamente. Así nos encontramos al Procurador general de la Nación, a las partes y a los propios jueces citando los casos de : *Valenzuela, Mengual, Ducase, Bondessani, Gelman, Braza de Moavro, Corvalán de Salina, Mirizzi, Günther, Luján, Roman, Nación c. Rudaz, Bertinotti, Perrota y Lepegna*. Todos ellos son precedentes que son propuestos como análogos base para solucionar el presente caso, que sería nuestro análogo meta. Todos ellos guardaban ciertas similitudes y simultáneamente ciertas diferencias: en unos casos se trataba de personal militar de carrera, en otros de conscriptos; algunos pertenecían a Gendarmería Nacional, otros a Prefectura Nacional y otros más a la Policía Federal. ¿Se los debería tratar a todos ellos de la misma manera en tanto todos son miembros de las “fuerzas de seguridad”? ¿O las diferentes funciones que cumple cada fuerza los hace distinguibles a sus miembros en cuanto a su posible derecho a una indemnización de tipo civil? ¿Y qué sucede con el personal “civil” no militar que trabaja dentro de las fuerzas armadas o de la Policía Federal? A su vez, algunos sufrieron lesiones durante el combate, otros durante un entrenamiento, algunos fuera del horario de servicio y otros ni en una situación ni otra. ¿Hace esto a alguna diferencia jurídicamente relevante? Aquí surge un punto de gran trascendencia en tanto implica una definición del mismo encuadramiento del hecho de Guerra. ¿Puede

condenarse al Estado Nacional por las consecuencias de una acción que sería en principio legítima como la declarar una guerra o una invasión territorial? ¿Qué sucedería si los magistrados ordenaran una reparación civil para cada uno de los que participaron en una acción bélica? Vemos, pues, que las consecuencias del fallo trascienden ampliamente al caso individual para entrañar implicancias económicas y políticas de gran alcance. Nuestra intención será entonces analizar desde un punto de vista cognitivo, no jurídico, la forma y el procedimiento con que la CSJN encaró y resolvió el problema a través de la consideración, equiparación y distinción de los casos precedentes análogos propuestos.

## Referencias

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

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

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

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

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

Sunstein, C. (1996). *Legal reasoning and political conflict*. New York: Oxford University Press.

Toulmin, S. (1958/2003). *The Uses of Argument*. Cambridge: Cambridge University Press. (Trad. cast: *Los usos de la argumentación*. Barcelona: Península, 2007)

Weinreb, L.L. (2005) *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press.