

Reseña bibliográfica: *Pensar como un abogado**

FEDERICO L. DE FAZIO**

Pensar como un abogado es la reciente traducción editada por Marcial Pons del último libro de Frederick Schauer,¹ uno de los más importantes contribuyentes contemporáneos de la *Analytical Jurisprudence* anglosajona. Este trabajo, que en parte sobrevuela algunas de sus investigaciones anteriores² aunque bajo una nueva redacción que las sistematiza, es un intento por responder a la pregunta referida a qué es el razonamiento legal o, en palabras de Schauer, qué es pensar como un abogado. Esta pregunta no sólo es de interés recurrente para la filosofía y teoría general del derecho, sino, como Schauer insinúa en su texto, también tiene un impacto considerable en las discusiones teóricas referidas a la enseñanza del Derecho.

Schauer parte del siguiente argumento: en las conferencias inaugurales desarrolladas por las escuelas de derecho norteamericanas, con motivo del ingreso de nuevos estudiantes al primer año de la carrera

* Frederick Schauer.

** Abogado y Magister en Filosofía del Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Becario doctoral UBACyT. Investigador del Instituto "Ambrosio L. Gioja".

¹ SCHAUER, Frederick, *Pensar como un abogado*, Barcelona, Marcial Pons, 2013, traducido del inglés al castellano por Tobías J. Schleider. La versión original inglesa del libro es: *Thinking like a Lawyer*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.

² SCHAUER, Frederick, *Playing by the rules: a Philosophical Examination of Ruled-Based Decision-Making in Law and in Life*, Nueva York-Oxford, Clarendon Press, 1991 (hay una traducción al español de ORUNESU, C. y J. L. RODRÍGUEZ, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid, Marcial Pons, 2004); SCHAUER, Frederick, "Precedent", en *Stanford Law Review*, nro. 39, Standford, 1987, pp. 595-602; SCHAUER, Frederick, "A Critical Guide to Vehicles in the Park", en *New York University Law Review*, nro. 83, New York, 2008, pp. 1109-1134.

de abogacía, suele advertirse de manera expresa que allí no se enseña prioritariamente normas jurídicas vigentes (puesto que sería imposible enseñarlas todas) ni, tampoco, el desarrollo de habilidades práctico-clínicas (las que sólo se alcanzarían una vez graduado). Pues bien, se interroga Schauer, si una facultad de derecho no transmite el contenido de la totalidad de las disposiciones positivas en un sistema jurídico dado ni familiariza a sus cursantes con el manejo práctico del derecho: entonces, ¿qué es lo que enseña durante los cinco o más años de carrera? Lo que se suele contestar, comenta, es que las escuelas de derecho enseñan a pensar o razonar como un abogado, es decir: entrenan en un especial talento argumental basado en criterios legales. En este sentido, se entiende que tal especial habilidad es la cualidad distintiva de los formados en derecho respecto a otras personas u otros profesionales.

Pero paradójicamente, continúa Schauer, si le solicitáramos a un profesor/a dedicado/a a la dogmática de una determinada rama jurídica una explicación del concepto de razonamiento legal, difícilmente pueda darnos una definición precisa y concluyente. Asimismo, tampoco se ha planteado la necesidad del agregado curricular de una materia dedicada exclusivamente al razonamiento legal, en donde puedan desarrollarse sistemáticamente todos los cánones que son típicos o paradigmáticos de la argumentación jurídica, con independencia de las disciplinas estudiadas por la dogmática. Es decir, Schauer no evidencia la existencia de cursos de metodología jurídica desde un nivel de generalidad más abstracto, característico de la teoría general del derecho o *Jurisprudence*.

Precisamente, en este libro Schauer se propone, primeramente, realizar una contribución a tales efectos, a través de la explicitación del concepto de razonamiento legal (Cap. I). Así, lo define como un procedimiento que conduce hacia la obtención de una decisión *distinta* de aquella que podría estimarse como la mejor si se considerasen todos los aspectos relevantes del caso en cuestión (*all things considered*). Para ello, por supuesto, precisa, descriptiva y normativamente, la noción de fuente con autoridad, generalidad del derecho y formalidad legal.

Luego, Schauer prosigue con la reconstrucción de los diferentes argumentos que son aceptados en la práctica como parte del razonamiento legal y que si bien no resultan exclusivos de la argumentación jurídica, sí se presentan como significativos “porcentualmente”. Ello no sólo con el objetivo expreso de contribuir mediante ejemplificaciones a la explicitación del concepto de razonamiento legal, sino también para favorecer la introducción del estudiantado en los principales debates de metodología o argumentación jurídica relacionados con la adjudicación de las reglas (Cap. II), la aplicación de precedentes (Caps. III y VI), el uso de las analogías (Cap. V), la interpretación de leyes y estatutos (Cap. VIII), el papel de los razonamientos (Cap. IX) y pautas genéricas (Cap. X) surgidas de los votos judiciales mayoritarios o en disidencia y, por último, de la argumentación basada en la prueba de los hechos (Cap. XI) y presunciones procedimentales respecto a ella (Cap. XII).

Por supuesto, en todo ese recorrido, Schauer no soslaya ingresar en algunas cuestiones filosóficas fundamentales: como, por ejemplo, el papel de la autoridad en el concepto del derecho (Cap. IV), los fundamentos políticos y características definitorias del *Common Law* (Cap. VI) y las críticas provenientes desde el realismo jurídico y su escepticismo ante las normas o la justificación basada en ellas (Cap. VII).

El libro es, sin lugar a dudas, un importante aporte, puesto que no sólo aborda cuestiones relevantes para la filosofía y teoría del derecho con notable precisión sino que, además, se presenta como una obra introductoria provechosa para la enseñanza y el aprendizaje en la utilización de ciertos argumentos jurídicos a efectos de su aplicación dogmática. En este sentido, la claridad analítica del autor y la destacable traducción hacen del libro una obra de ágil lectura y fácil comprensión. Quizá, si tuviéramos que esbozar una crítica al mismo, podríamos señalar que la obra no toma en cuenta la importante discusión que existe, tanto en el ámbito del derecho continental como en el anglosajón, en torno a la racionalidad y estructura del argumento basado en la ponderación de los principios jurídicos. En este sentido, entendemos que el notable trabajo de Schauer debería ser complementado en cualquier curso o investigación que refiera a la reconstrucción de los argumen-

tos aceptados como válidos en la práctica jurídica, a través del agregado de la muy contemporánea discusión suscitada con motivo de la teoría de los principios de R. Dworkin y la teoría ponderativa de R. Alexy.³

Fecha de recepción: 4-4-2014.

Fecha de aceptación: 17-6-2014.

³ Para ello, puede utilizarse un trabajo del propio Schauer. Véase: SCHAUER, Frederick, "Ponderación, subsunción y el rol restringente del texto jurídico", en BEADE, Gustavo y Laura CLÉRICO (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, trad. por Santiago Roldán, pp. 51-78. Véase también: ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, trad. por Carlos Bernal Pulido; ALENIKOFF, T. Alexander, "Constitutional Law in the Age of Balancing", en *The Yale Law Journal*, vol. 96, nro. 5, April 1987, pp. 943-1005; BERNAL PULIDO, Carlos, "The rationality of Balancing", ARSP, Verlag, vol. 92, nro. 2, 2006, ps. 195-208; CLÉRICO, Laura, "About the rationality of legal solutions. The case of proportionality", en *Simposio Internacional de Filosofía del Derecho "Racionalidad en el Derecho"*, Universidad de Buenos Aires, 5, 6 y 7 de mayo de 2014.