

Recensiones

control del sistema universal y de los sistemas regionales.

Esta obra colectiva es, sin duda, ambiciosa en sus objetivos, por cuanto pretende, y logra, exponer de forma sistemática e integrada el estado de la protección internacional, y nacional española, de las víctimas de las violaciones de derechos humanos. Pero no sólo sistematiza este tema, lo cual por sí mismo es una novedad —así planteado— en la doctrina española, sino que también aporta una crítica sobre su alcance, imprescindible para

superar esa invisibilidad que tienen las víctimas de las violaciones de derechos humanos, absolutamente necesaria para completar un ordenamiento jurídico que no sólo tipifique como ilícitas esas conductas atentatorias de la vida, la integridad y la dignidad de las personas, y establezca las sanciones a imponer a sus responsables, sino que también proteja y repare, en todas sus formas, a sus víctimas.

José Antonio PEREA UNCETA
Dpto. Derecho Internacional Privado y
Derecho Internacional Público. UCM

Frederick SHAUER, *Pensar como un abogado: una nueva introducción al razonamiento jurídico*, traducción de Tobías J. Shleider, Madrid, Marcial Pons, 2013, 264 pp.

El jurista estadounidense Frederick Schauer, figura de culto del derecho constitucional y de la Teoría del Derecho angloamericana, se desempeña actualmente como *David and Mary Harrison Distinguished Professor of Law* de la Universidad de Virginia a la vez que como *Frank Stanton Professor of the First Amendment*, en la condición de Profesor Emérito de la Kennedy School of Government de la Universidad de Harvard. *Alma mater* en la que impartió enseñanzas de licenciatura desde 1990 hasta 2008, período en el que llegó a tener la condición de Decano académi-

co. Igualmente, ha estado vinculado como profesor o conferenciante a muchas otras escuelas de derecho de diferentes universidades de Estados Unidos y Canadá, entre otras, las de Michigan (1984-1990), New York, Toronto, William and Mary, Dartmouth y Columbia.

La obra objeto de comentario es una monografía que se desarrolla con el rigor y la coherencia exigibles y que tiene por objeto esclarecer si existe o no algo que pueda considerarse «razonamiento jurídico» en sentido estricto, esto es, si puede hablarse con propiedad de una forma de pensar y argumentar

exclusiva y propia de los profesionales del Derecho que correspondería al entendimiento del mismo como forma específica de disciplina social dotada de una racionalidad fuerte y autónoma —por decirlo con los términos de que se sirve el romanista napolitano Aldo Schiavone, en su *«Ius. L'invenzione del diritto in Occidente»* (Einaudi Editore, Torino, 2005)—. Cuestión que en su análisis acerca del «pensar jurídicamente», había sido objeto de tratamiento pormenorizado por parte, entre otros, de Paolo CapPELLINI, razonamiento jurídico en el que se acostumbra a distinguir entre justificación interna y justificación externa.

No pocas de las tesis abordadas en esta entrega ya fueron analizadas por su autor en ocasiones anteriores, ya sea en el art. «*Formalism*» publicado en el volumen 97.4 del año 1988 en la «*Yale Law Journal*» o en «*Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life*» (Oxford University Press, 1991) o en «*Profiles, Probabilities, and Stereotypes*» (Belknap Press, 2003). En cambio, no se trata propiamente de una antología al uso de ensayos dispares o de un «*reader*», esto es, de una colección meramente yuxtapuesta de heterogéneos artículos publicados en momentos y ocasiones diversas en el que cada uno de ellos guarda intenciones distin-

tas, sino que posee la unidad propia de un conjunto al haber sido «escrita desde cero» y para esta ocasión concreta, tal y como lo confiesa el propio Schauer. Si bien es cierto que la obra no tiene la condición de mera recopilación de ensayos escritos con anterioridad, bastantes de las ideas desplegadas en algunos capítulos se reiteran posteriormente en otros. Acaso la intención de éste no sea otra sino ofrecer al lector la posibilidad de leerla y estudiarla por partes y no necesariamente de principio a fin ateniéndonos a la misma secuencia con la que comparecen en el texto. Un sistema que puede llevarse a cabo a la hora de leer esta obra, pues cada capítulo entraña una finalidad concreta sin quebrar por ello la fidelidad al propósito inequívoco antes mencionado, y se desarrolla de un modo tal que si algo de lo tratado en capítulos anteriores debe ser reconsiderado posteriormente por su interés, no se hace necesario volver páginas atrás para recordarlo. Hasta las digresiones son aquí tan significativas como el discurso principal.

La obra original *Thinking like a Lawyer* del catálogo de Harvard University Press, 2009, ha sido traducida de acuerdo con el citado sello editorial y publicada en España por la conocida editorial jurídica Marcial Pons, en la colección «*Filosofía y Derecho*». A este respecto, y pese a que incluye algu-

nas notas a pie de página del traductor que procuran solventar las dificultades de una traducción respetuosa y fidedigna con los propósitos de Schauer, no pocas palabras y oraciones han sido vertidas a nuestra lengua de un modo tan literal que no se adecuan exactamente al léxico jurídico más extendido entre nosotros.

Sin embargo, basta con poner en conexión el texto controvertido con otros textos —confirmando una vez más que en ocasiones en el lenguaje del derecho es más importante el cotexto que el contexto— o bien, en otros casos, será suficiente ubicar el término de que se trate en el contexto del párrafo, o más allá en el conjunto del capítulo, para solventar el equívoco o la ambivalencia, por lo que no es difícil de interpretar lo que el autor ha querido decir en cada caso concreto. Esto es, con la práctica de la desambiguación se suplen en múltiples ocasiones las dificultades de indeterminación lingüística de los términos. Se probaría de este modo que un término suele ser más vago cuando se toma en consideración aisladamente que cuando se le contempla a la luz de su contexto (Claudio Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990).

Al hilo de lo anterior, conviene destacar que la mayoría de las tesis mantenidas en su obra se derivan y

pretenden ser especialmente aplicables al orden jurídico vigente en los Estados Unidos y en aquellos países que se rigen por el sistema del *Common Law*. A este último dedica un capítulo completo del libro, en el cual aprovecha para incidir en la idea esencial sobre la que pivota el mismo, y lo compara y contrasta con lo que sucede en el sistema jurídico que se ha dado en llamar *Civil Law* el cual radica, como es harto notorio, en los países cuya tradición jurídica deriva del Derecho romano-canónico-germánico, y que constituye la cultura del derecho continental, un derecho «de profesores», en contraste con el derecho angloamericano, Derecho este último al que resulta usual calificarlo propio de «jueces y magistrados». Dadas las diferencias entre ambos sistemas, no pocas de las tesis mantenidas por el autor resultan difícilmente aplicables en nuestra cultura jurídica.

Un claro ejemplo de lo anterior puede observarse con ocasión del litigio *United States vs. Locke*: con la promulgación de una Ley de Política Territorial en el año 1976 y con el fin de proporcionar a los Administradores de Tierras Federales una información real y actualizada de la situación del territorio, se estableció por el Congreso una norma que obligaba a registrar todas aquellas concesiones mineras existentes en tierras federales que hubieran sido

adquiridas con anterioridad a la entrada en vigor de la referida Ley. Al efecto, se establecía que los concesionarios debían presentar ante la Oficina de Administración de Tierras las correspondientes instancias y siempre «antes del 31 de diciembre» de cada año, y dentro del plazo de tres desde la entrada en vigor de la Ley. En este caso, la Oficina de Tierras había rechazado una instancia que había sido presentada el mismo día 31 de diciembre y calificó al no admitirla, que la solicitud era extemporánea. Recurrida esta decisión, la Corte Suprema Federal desestimó el recurso del interesado pese a ser obvio que el Congreso se proponía permitir con la norma que se pudieran presentar instancias «antes del 31 de diciembre, inclusive». Los magistrados que decidieron el litigio entendieron que el interés del particular quedaba supeditado al interés general pretendido por la norma y a lo que ésta establecía literalmente; pese a que la solución que se dio al caso concreto quizá no fuera la más acertada, se invocaba como justificación la prevalencia del interés general.

Sin embargo, parece razonable conjeturar que si una situación como esta llegara a nuestro Tribunal Constitucional, la decisión no hubiera sido la misma. No admitir a trámite una instancia por haber

sido interpuesta fuera del plazo fijado «literalmente» en una norma, cuando se sabe que lo que quiso establecerse con ella no es lo que por error se transcribió, se consideraría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso debido. Así, nuestro Alto Tribunal tiene declarado en numerosa jurisprudencia que el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado tanto por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha mantenido¹ que los órganos jurisdiccionales «quedan compelidos a interpretar las normas procesales que la regulan no sólo de manera motivada y razonable, sino en sentido no restrictivo, esto es, conforme al principio *pro actione*, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas en la apreciación del equili-

¹ Por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2009, de 9 de febrero.

brio entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso».

Pese a lo expuesto anteriormente, otras muchas de las tesis mantenidas por el autor las cuales, además, se encuentran ejemplificadas en el texto, con remisiones a litigios reales sustanciados en los Estados Unidos, resultan de perfecta aplicación a nuestro sistema jurídico, de modo que la obra no deja de ofrecer interés para el jurista continental.

Comienza el autor su obra planteándose si existe o no un razonamiento jurídico, un modo de pensar exclusivo de los abogados, quienes utilizarían métodos diferentes a los de los legos en Derecho a la hora de afrontar problemas y tomar decisiones. A continuación, explora las formas variadas de razonamiento que suelen asociarse tradicionalmente al mundo del Derecho y de los operadores jurídicos. Y lo hace de un modo eminentemente práctico pues, tal y como se dijo con anterioridad, en la mayoría de sus explicaciones ofrece ejemplos de asuntos determinados que han sido encausados por los tribunales estadounidenses y que facilitan al lector el entendimiento. Y estos métodos exclusivos de los abogados y juristas son los que se relacionan y desarrollan a lo largo del texto, dedicando a cada uno de ellos un capítulo de la monografía.

El autor identifica una serie de características del pensamiento de abogados y jueces que acreditan la existencia de un «razonamiento jurídico»: la toma de decisiones a partir de reglas, el tratamiento de ciertas fuentes de Derecho como autoritativas, el respeto por los precedentes aun cuando de su aplicación pudieran derivarse consecuencias inadecuadas, el dar relevancia a la carga de la prueba, etc. Y cada una de las características de lo que puede concebirse como un razonamiento propio de abogados, jueces y juristas en general, y de sus «*habitus*», son desarrollados ampliamente a lo largo de la monografía.

Pese a lo expuesto, el profesor Schauer advierte que tales métodos característicos pueden también encontrarse con frecuencia más allá del ámbito del derecho. Y ofrece numerosos ejemplos. Es verdad que habitualmente los abogados y los jueces argumentamos y tomamos decisiones basándonos en los preceptos de las normas positivas. Pero también lo hacen así el resto de personas cuando, por ejemplo, respetan el límite de velocidad transcrito en una señal de tráfico. El sistema jurídico parece particularmente preocupado por los precedentes, con el objeto de resolver coincidentemente casos análogos porque así se ha hecho antes. Pero esta manera de pensar difícilmente puede considerarse exclusiva del derecho y

aquí nos ofrece el ejemplo de aquellos padres que deben bregar con el hijo menor que sostiene que debería permitírsele hacer algo sólo porque a uno de sus hermanos mayores ya le fue permitido hacerlo cuando tenía la misma edad.

Aun siendo cierto lo anterior, para el autor existe una peculiaridad en todos estos razonamientos que consiste en que todas y cada una de las principales herramientas de la argumentación y del razonamiento jurídicos pueden concebirse como un camino hacia la obtención de una decisión distinta de la mejor que, de todas las consideradas, se tomaría en el caso enjuiciado. Y esta afirmación la justifica, a mi parecer, acertadamente, con ejemplos como los anteriores pues, cuando las personas respetan un límite de velocidad, se encuentran conduciendo a una velocidad que no es la que considerarían mejor, tomando en cuenta el tráfico, las condiciones de la vía y sus habilidades para la conducción. Del mismo modo, el padre que otorga al hijo menor iguales privilegios que a la misma edad otorgara al mayor, se deja arrastrar al hacerlo por la fuerza del precedente, aun cuando pudiera tener motivos para entender aconsejable dar un tratamiento diferenciado a sus dos hijos, lo que prueba que quien decide ateniéndose al precedente y constreñido por éste, en ocasiones

adopta decisiones que de otro modo no hubiera puesto en práctica de haber tomado en consideración las circunstancias concretas del caso.

Para Schauer, con harta frecuencia, el Derecho se propone asegurar que el resultado para todos o, al menos, para la mayoría de quienes pertenecen a cierta categoría o colectivo sea el correcto, en lugar de intentar lograr la mejor solución para cada controversia de una manera individualizada.

Se trata, al fin y al cabo, de una obra que acerca al lector al estudio de la existencia de un razonamiento jurídico exclusivo y propio de aquellos que ejercemos el derecho, tratando de identificar las características y métodos argumentativos más comúnmente utilizados. Y todo ello, desde una perspectiva que, si bien parte del sistema del *Common Law*, es perfectamente aplicable en la mayoría de los supuestos a nuestro sistema jurídico. No en vano, ambos sistemas, pese a sus diferencias, revelan grandes afinidades en la medida que participan del universo mental y de los valores de la conocida como «Western Legal Tradition» (Peter Stein y John Shand, *Legal Values in Western Society*, Edinburgh University Press, 1974).

Vera SANZ GÓMEZ
Doctoranda del Dpto. de Filosofía
del Derecho, Moral y Política. UCM