

LA CATEGORIZACIÓN, EN EL DERECHO Y EN EL MUNDO

Frederick Schauer¹

Universidad de Harvard

RESUMEN. Para diseñar el campo de aplicación de sus reglas, el Derecho unas veces opera usando categorías propiamente jurídicas y otras veces imponiéndose sobre categorías preexistentes del mundo extrajurídico. El examen de las relaciones entre esas dos formas de categorización puede partir de cinco hipótesis: 1) sucesos no jurídicos muy notorios llevarán más al uso por el Derecho de categorías no jurídicas; 2) las reglas sobre categorías no jurídicas tendrán mayor grado de cumplimiento; 3) la creación judicial de Derecho produce más categorías jurídicas, y las instancias legislativas o administrativas usan más categorías extrajurídicas; 4) sucesos jurídicos muy notorios llevan a una mayor categorización jurídica en el mundo no jurídico; y 5) la categorización jurídica es menos conservadora (facilita más el cambio social) que la no jurídica. Por otra parte, la analogía se basa en normas para seleccionar las propiedades relevantemente semejantes, de modo que tanto la creación de reglas canónicamente formuladas como el uso del precedente trazando analogías son igualmente procesos de categorización, la cual es central para el Derecho.

ABSTRACT. To specify the scope of its rules, law at times operates through the use of uniquely legal categories of its own making, and at other times operates imposing its prescriptions upon categories that pre-exist in the extra-legal world. To assess the relationship between these two ways of categorizing, we may begin with five hypotheses: 1) High-salience non-legal events are likely to lead the law to employ non-legal categories; 2) Rules built around non-legal categories are more likely to have high compliance rates; 3) judicial law-making is more likely to produce legal categories, whilst legislatures and administrative bodies are more likely to employ non-legal categories; 4) high-salience legal events will lead to increased legal categorization in the non-legal world; and 5) legal categorization is likely to be less conservative (more able to change the social world) than the non-legal one. Moreover, analogy is based on norms in order to select relevantly similar properties, so that both the making of rules that have a canonical formulation and the use of precedent by analogy are equally categorization processes, categorization being central to the law.

¹ Frank Stanton Professor of the First Amendment, John F. Kennedy School of Government, Harvard University. Este trabajo ha sido preparado para una conferencia impartida en la Universidad de Alicante el 13 de junio de 2005. Una versión anterior fue presentada en la convención anual de la Law and Society Association el 2 de junio de 2005 en Las Vegas, Nevada. Agradezco los comentarios que en aquella ocasión me formularon Claire Hill y Barbara Spellman; la presente versión se ha mejorado gracias a su ayuda.

Las categorías son esenciales para el pensamiento humano y para la percepción humana. Nos vemos bombardeados por una masa de datos sensoriales, pero sólo podemos empezar a *ver* y a *pensar* cuando organizamos esos datos sensoriales en modelos, grupos y clases.

Pero aunque todos categorizamos, no todo individuo y no toda institución categoriza de la misma manera ni con los mismos propósitos. Más en concreto, el Derecho a menudo emplea categorías hechas por él mismo; y las conductas que constituyen un contrato, por ejemplo, y que de otro modo serían muy diversas, quedan agrupadas por el Derecho y para los propósitos del Derecho, a pesar de que esas actividades podrían ser, fuera del Derecho, mucho más diferentes que similares entre sí. Pero, aunque el Derecho a menudo utiliza categorías hechas por él mismo, también ejerce su fuerza jurídica sobre las categorías del mundo. Examinar la relación entre las categorías del Derecho y las categorías del mundo prejurídico o extrajurídico puede ser ilustrativo, por tanto, no sólo porque tal examen puede decirnos algo sobre el uso de categorías por parte del Derecho, sino también porque observar el uso de categorías por parte del Derecho puede decirnos muchas cosas acerca del Derecho mismo.

I

Puede ser útil comenzar con algunas observaciones preliminares sobre la categorización en general. Y una de las más importantes de esas observaciones es la de que las categorías tienden no a recopilar bajo un mismo epígrafe casos particulares que previamente son similares, sino que más bien agrupan particulares que previamente son diferentes entre sí, y los *hacen* similares en virtud de la categoría misma. La categoría de mascota, por ejemplo, es lo que hace similares a perros, gatos, loros y peces de colores que de otro modo serían bien distintos. Y una forma de entender los recientes referendums sobre la Constitución Europea en Francia y Holanda es verlos como relativos a la cuestión de si los de otro modo diferentes franceses, holandeses, alemanes, británicos, rumanos y turcos, por ejemplo, serán agrupados (y de ese modo hechos más parecidos entre sí) bajo la rúbrica de “europeos” y, en su caso, hasta qué punto, y con qué consecuencias. Así, aunque es una exigencia en el Derecho y en la filosofía, e incluso en el discurso público, la de que “los casos iguales deben ser tratados de igual modo”², este eslogan, o es una tautología vacía, o es simplemente una crítica contra la arbitrariedad

² Véase H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford, Clarendon Press, 2ª ed., 1994), pp. 159-60; Frederick Schauer, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press / Belknap Press, 2003), pp. 199-223; Norman C. Gillespie, “On

totalmente irracional. Para que el eslogan tradicional tenga algún sentido, tiene que reconocer que no hay particulares exactamente iguales en *todos* sus aspectos, y por tanto el eslogan ha de entenderse como una exigencia de que los casos que deben ser tratados del mismo modo son “casos iguales” en algunos aspectos *relevantes* –algunas propiedades que comparten son importantes por alguna razón– aun cuando sean *diferentes* en algunos otros aspectos. Y como resultado, todo el trabajo analítico se lleva a cabo mediante la especificación de la relevancia, porque es esta especificación de la relevancia para algún fin o algún propósito lo que nos permite agrupar en categorías esos particulares, por lo demás en algo distintos, que comparten un rasgo que justifica su inclusión en una categoría común.

La categorización de este específico tipo ocupa un lugar especial en el ámbito de la conducta gobernada por reglas, y por tanto en el ámbito del Derecho. Es un rasgo característico y definitorio de las reglas el tener dos partes. La primera, que algunos autores llaman *protasis*³ y que yo en otro lugar he llamado el *predicado fáctico*⁴, designa el *campo* (o ámbito, o alcance) *de cobertura* de la regla. Incluso antes de saber qué es lo que una regla *hace*, necesitamos saber a qué actos, sucesos, personas, lugares y cosas se lo hace. Sólo podemos entender una regla que limita la velocidad de circulación a 110 kms./h si entendemos a quién se aplica, dónde se aplica, y cuándo se aplica. Y cuando el art. 10 del Convenio Europeo de Derecho Humanos garantiza la libertad de expresión, la cuestión clave es determinar qué *es* la libertad de expresión, o simplemente la expresión, porque, a menos que conozcamos las actividades o conductas o personas o lugares o tiempos a los que la regla es aplicable, no podemos entender la regla en absoluto⁵. Y esta designación del campo o ámbito de una regla es, necesariamente, una categoría. Especificar el campo de una regla es especificar la categoría de su cobertura, y por tanto necesitamos siempre poder entender el proceso de categorización como un proceso que es un rasgo necesario del sometimiento de la conducta humana al gobierno de reglas.

Treating Like Cases Differently”, 25 *Philosophical Quarterly* 151 (1975); Kenneth I. Winston, “On Treating Like Cases Alike”, 62 *California Law Review* 1 (1974).

³ Véase Gidon Gottlieb, *The Logic of Choice* (London, George Allen and Unwin, 1968).

⁴ Frederick Schauer, *Playing By the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* (Oxford, Clarendon Press, 1991), pp. 17-37; trad. cast. de Claudina Orunesu y Jorge 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 Ediciones, 2004).

⁵ Para mi discusión sobre este tema filosófico y conceptual en el contexto del Derecho norteamericano de libertad de expresión, véase Frederick Schauer, “The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Examination of Constitutional Saliency”, 117 *Harvard Law Review* 1765 (2004).

Los filósofos dedicados a la metafísica tienden a categorizar las categorías, y así distinguen clases naturales, como el oro, de artefactos, como las bicicletas (y de instituciones, como el fútbol), siendo la diferencia fundamental la de si una categoría existe en el mundo prehumano, como existe el oro, o si es únicamente una creación de los seres humanos. Esta es una distinción útil, pero para nuestros propósitos la distinción importante quizás sea la que distingue entre las categorías que son, como se dice en la terminología contemporánea, *socialmente construidas*⁶, y las que no lo son. Y, aunque es implausible imaginar que todas nuestras categorías son socialmente construidas –el oro sería distinto del plomo y el rojo distinto del amarillo incluso si no hubiera seres humanos ni categorización humana en absoluto–, del hecho de que algunas de nuestras categorías son naturales no se sigue que todas o la mayoría lo sean, igual que del hecho de que algunas categorías son socialmente construidas no se sigue que toda categoría sea socialmente construida.

Pero, incluso si dejamos de lado las clases naturales que se distinguen entre sí por demarcaciones prehumanas del mundo, sigue siendo el caso que la categorización humana puede venir en tipos diversos. Las categorías pueden construirse sobre la base de *atributos*, y así es a menudo el caso que rasgos previos del mundo proporcionan el fundamento para una categorización humana socialmente construida. Cuando distinguimos entre hombres y mujeres, o entre la gente según la raza o la etnia, por ejemplo, basamos nuestras categorías en los atributos que la gente realmente posee, aun cuando es una opción humana si o cuándo basar una categoría o distinción en alguno de tales atributos previos a la categorización. Así pues, aunque es una cuestión abierta la de cuándo debemos, o si debemos, utilizar determinados atributos, los atributos que elegimos utilizar son todavía a menudo atributos que existen en el mundo y no simplemente en el proceso de categorización.

En muchos otros casos, sin embargo, categorizamos sobre la base de algún *propósito* humano o institucional, y a menudo cuando lo hacemos no hay nada distinto del propósito que conecte los particulares que unimos en una categoría dirigida a un propósito. Así, si en lugar de una regla que prohíbe los *vehículos* en el parque –por seguir el famoso ejemplo de H.L.A. Hart⁷– encontráramos una regla que prohíbe cualquier comportamiento que probablemente cause peligro a los niños, la categoría de cosas que son peli-

⁶ Véase Peter L. Berger y Thomas Luckman, *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge* (Cambridge, Cambridge University Press, 1966); John R. Searle, *The Construction of Social Reality* (New York, Free Press, 1995).

⁷ H.L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", 71 *Harvard Law Review* 593 (1958). Para una extensa discusión del ejemplo y de los desafíos al mismo, véase Frederick Schauer, "Formalism", 87 *Yale Law Journal* 509 (1988).

grosas para los niños puede incluir cigarrillos, vehículos a motor, cuchillos, bebidas alcohólicas, y pedófilos convictos, elementos del mundo que nada tienen en común más que su capacidad de causar peligro a los niños. Y porque el propósito de prevenir el peligro para los niños es lo único que conecta estos elementos que en lo demás son diferentes, es útil distinguir la categoría de esos elementos respecto de una categoría de elementos cuyas conexiones descansan en algún atributo que preexista al proceso de categorización.

II

Para reflexionar sobre este tema en el contexto del Derecho⁸, puede resultar útil recordar una anécdota ficticia tomada de Oliver Wendell Holmes, la anécdota sobre el caso de la mantequera rota.

“Hay una historia de un juez de paz de Vermont ante quien se presentó una demanda de un granjero contra otro por haberle roto una batidora para hacer mantequilla. El juez se tomó su tiempo, y finalmente anunció que había consultado la legislación y que no había encontrado nada sobre mantequeras, y falló a favor del demandado”⁹.

El sentido esta historia descansa en parte en el hecho de que el estado de Vermont era considerado por Holmes como una parte rural y algo atrasada y paleta de Estados Unidos, y descansa aún más en el hecho de que en Estados Unidos un juez de paz es normalmente alguien sin formación jurídica que resuelve pleitos menores con escasa o nula referencia al Derecho formal. Así que para Holmes el sentido de la anécdota, y lo que la hacía para él a la vez graciosa e instructiva, era el hecho de que sólo una persona rústica, poco sofisticada y carente de formación jurídica podía imaginar que *mantequera* pudiera ser una categoría jurídica relevante. Está implícito en la historia el hecho de que hay efectivamente varias categorías *jurídicas* que pueden abarcar el supuesto de bienes que se rompen mientras han sido confiados a otro, y las acciones para reclamar disponibles en *common law* pudieran ser algo como la de *replevin* [interdicto posesorio, N. del T.] o los *bailments*¹⁰[depósitos y otras cesiones posesorias, N. del T.]. Lo que Holmes intentaba enfatizar, por tanto, era el modo en que el Derecho categoriza sobre la base de *categorías jurídicas* dirigidas a un propósito (como las de *replevin* o *bailments*) y no sobre la base de categorías prejurídicas del

⁸ En esta sección resumo argumentos que sostuve por primera vez en Frederick Schauer, “Prediction and Particularity”, 78 *Boston University Law Review* 773 (1998).

⁹ Oliver Wendell Holmes, “The Path of the Law”, 10 *Harvard Law Review* 457, 474-75 (1897).

¹⁰ Cuál de ellas sería pertinente, o quizá incluso alguna otra, dependerá de cómo la mantequera de un granjero resulta que se encuentra en las manos del otro granjero, algo sobre lo que Holmes nada nos dice.

mundo (como la de mantequera). Que este era el mensaje de Holmes queda más claro aún cuando él mismo explica con más detalle la historia de la mantequera:

“La misma mentalidad [que la mostrada por el juez de paz de Vermont] aparece en todas nuestras enciclopedias y manuales de Derecho al uso. Las aplicaciones de reglas rudimentarias de contratos o de daños extracontractuales [*torts*] se esconden bajo la rúbrica de ‘Ferrocarriles’ o ‘Telégrafos’, o engrosan sofisticados tratados sobre subdivisiones históricas como el ‘Derecho de Buques’ [*Shipping*] o el de ‘Equidad’ [*Equity*], o se agrupan bajo un título arbitrario que se presume atractivo para las mentes prácticas, como el de ‘Derecho Mercantil’. Si alguien se mete en el mundo del Derecho, le conviene dominarlo, y dominarlo significa mirar recto atravesando toda esa parafernalia teatral y discernir las verdaderas bases para hacer predicciones”¹¹.

Al explicarlo así, Holmes observa caritativamente que quien no comprende realmente lo que es el Derecho no es sólo el juez de paz de Vermont, sino también los autores de las “enciclopedias y manuales al uso”. Pero, al igual que el error cometido por el juez de paz de Vermont, el error de los autores de las enciclopedias y manuales corrientes es el error de no llegar a reconocer que las que son importantes son las categorías jurídicas reales como “contrato” o “daño extracontractual” [*tort*], como opuestas a las categorías prejurídicas y por tanto jurídicamente “arbitrarias” como “buques”, “ferrocarriles”, “telégrafos”, o “comercio” (asuntos mercantiles). La lección es por tanto clara. El Derecho se caracteriza por el uso de sus *propias* categorías –categorías como *replevin*, o *bailments*, o contrato, o *torts*, o, para esa materia, como ilícito civil, o abuso de derecho, o cualquiera de las demás categorías diversas que con frecuencia aparecen en los sistemas jurídicos de Derecho civil. Y cuando el Derecho abandona estas categorías y articula sus reglas en torno a las categorías prejurídicas o extrajurídicas del mundo, se ha alejado de algo esencial para la idea misma de juridicidad: reglas jurídicas basadas en categorías dirigidas a un propósito y diseñadas para las necesidades y fines del sistema jurídico¹².

¹¹ Holmes, “The Path of the Law”, *op. cit.*, p. 475.

¹² Cuando el Derecho usa sus propias categorías, puede tener fines *internos* o *externos*. Fines internos son aquellos que están diseñados para el funcionamiento interno del sistema jurídico, y por tanto incluirían categorías construidas para servir al interés interno que el Derecho tiene por cosas tales como la toma de decisiones tras un contradictorio, canalizar disputas entre dos partes, preferir tomas de decisiones en que el ganador lo gane todo, y muchas cosas más. Estos fines internos han de distinguirse de los fines externos de un sistema jurídico: los cambios (o la prevención contra cambios) en el mundo no jurídico que el sistema jurídico busca conseguir mediante sus reglas.

III

Como cuestión descriptiva, Holmes estaba equivocado. En alguna medida cuando Holmes escribía, y mucho más hoy en día, las reglas jurídicas a menudo están construidas sobre categorías del mundo prejurídico más que sobre categorías que son intrínsecas al Derecho. El Derecho bursátil o de valores [*Securities Law*], por ejemplo –el Derecho de acciones y obligaciones, bonos, etc.– es casi en su totalidad relativo a los valores o activos financieros, y las categorías jurídicas relevantes para los contratos sobre valores, o sobre operaciones fraudulentas con valores, por ejemplo, son categorías específicas sobre valores y no categorías jurídicas generales de contratos y de fraudes. En tiempos el Derecho de propiedad ha tenido categorías especiales y diferentes que son específicas para pequeñas porciones de agua, y así, cuando Louis Brandeis, mucho antes de ser Magistrado del Tribunal Supremo federal de Estados Unidos, escribió un libro sobre el Derecho de *estanques*, él estaba escribiendo sobre un tema de Derecho cuyas categorías rastreaban algo en el mundo –los estanques– más que algo creado por el Derecho¹³. Y así fue también cuando el gran teórico inglés del Derecho Penal Glanville Williams escribió acerca del Derecho de los *animales*, porque también aquí la regla jurídica no creó una categoría nueva, sino que impuso las prescripciones del Derecho sobre la categoría prejurídica de los animales¹⁴.

Esto no supone decir que el Derecho siempre opera sobre las categorías del mundo prejurídico. Holmes pudo haber estado equivocado al suponer que el Derecho necesariamente, o frecuentemente, o típicamente, o de-seablemente, opera con categorías hechas por sí mismo, pero poca duda cabe que tales categorías sí que existen, y que hay muchas. Los conceptos jurídicos típicos de contrato, de daño extracontractual [*tort*], de ilícito civil, etc. son categorías del Derecho y no del mundo, y para muchos propósitos el ámbito de alguna regla jurídica se designa mediante categorías jurídicas como estas. Las categorías jurídicas son importantes, y el Derecho con cierta frecuencia agrupa en una misma categoría jurídica particulares que de otro modo no estarían relacionados, y lo hace para los propósitos especiales del propio Derecho.

¹³ Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, "The Law of Ponds", 3 *Harvard Law Review* 1 (1889).

¹⁴ Glanville L. Williams, *Liability for Animals: An Account of the Development and Present Law of Tortious Liability for Animals, Distress Damage Feasant and the Duty of Fence in Great Britain, Northern Ireland and the Common Law Dominions* (London, Sweet & Maxwell, 1939).

IV

Así pues, resulta que el Derecho unas veces opera mediante el uso de categorías propiamente jurídicas que no existen en el mundo no jurídico, y otras veces opera sobre categorías que no son únicamente jurídicas sino que existen en el mundo prejurídico o extrajurídico. Una tarea importante, por consiguiente, será intentar generalizar de modo sistemático acerca de cuándo el Derecho podría usar categorías jurídicas y cuándo podría evitarlas, y entonces evaluar las implicaciones de proceder de una forma más que de la otra. Y aunque aquí yo no puedo llegar a conclusiones definitivas –en parte porque son el producto de investigaciones empíricas tanto como de análisis filosófico–, puede ser útil esbozar algunas hipótesis preliminares que podrían ser el objeto de futuras investigaciones.

1. Sucesos no jurídicos muy notorios probablemente conducirán al Derecho a emplear categorías no jurídicas

Holmes tenía razón al menos en la medida en que él creía que el uso de categorías no jurídicas era en gran parte el producto de la formación jurídica a la que se refería como “dominio”. Y así, cuando las reglas jurídicas y las doctrinas jurídicas y las decisiones jurídicas son menos visibles externamente, y en gran parte generadas dentro del sistema jurídico, el Derecho puede a menudo usar sus propias categorías para servir sustancialmente a propósitos jurídicos internos. Pero es a menudo el caso que sucesos del mundo altamente visibles y altamente notorios presionarán al sistema jurídico para que reaccione ante esos sucesos y cree reglas jurídicas con que tratarlos¹⁵. Cuando Holmes en otro momento señaló que “los grandes casos... hacen mal Derecho”¹⁶, estaba sugiriendo algo de este tipo, pero no hay razón para que nosotros (a diferencia de Holmes, dadas sus opiniones

¹⁵ Hay un problema adicional cuando el Derecho opera de esta manera. Dado que esperamos que el Derecho sea general –y este era un punto reiteradamente enfatizado por Lon Fuller en *The Morality of Law* (New Haven, Connecticut, Yale University Press, edición revisada, 1969), y del que yo me ocupo en Frederick Schauer, “The Generality of Law”, 107 *West Virginia Law Review* 217 (2004)–, un tribunal (especialmente un tribunal de *common law*) que decide un caso altamente notorio sentirá la obligación de hacer una regla que cubra ese caso y otros como él. Pero al hacer eso, es probable que el tribunal asuma que el caso notorio es más representativo de alguna clase de casos (que han de ser cubiertos por la nueva regla) de lo que en realidad lo es. Este fenómeno de tomar un suceso notorio como más representativo de lo que realmente es –etiquetado como *heurística de la disponibilidad* en Amos Tversky y Daniel Kahneman, “Judging Under Uncertainty: Heuristic and Biases”, 185 *Science* 1124 (1974)– probablemente produzca una situación en la que sucesos notorios probablemente produzcan no sólo categorías no jurídicas, sino también categorías no jurídicas distorsionadas.

¹⁶ *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197, 400 (1904) (voto particular discrepante del Magistrado Holmes).

sobre el uso de categorías no jurídicas por parte del Derecho) creamos que el Derecho es necesariamente peor por hacer eso. Pero, sea mejor o peor, el fenómeno está muy extendido. Antes me referí al Derecho norteamericano de valores, que se creó específicamente tras la estela de determinados escándalos financieros y que también fue significativamente un producto de numerosos problemas financieros y bursátiles concretos surgidos durante la Gran Depresión de los años treinta. En tiempos modernos, el terrorismo es quizás el mejor ejemplo, porque el terrorismo, cualquiera que sea la manera en que lo definamos y en que escojamos reaccionar frente a él, es ciertamente una categoría que no es tradicionalmente conocida para el Derecho. Así que cuando el Derecho usa “terrorismo” como el predicado fáctico –una categoría– de una regla jurídica, está basando una regla jurídica en una categoría no jurídica e intentando producir resultados jurídicos que giren en torno a la inclusión en (o a la exclusión de) esta categoría no jurídica del mundo extrajurídico.

Así pues, podemos formular la hipótesis de manera más cuidadosa. Aunque las reglas jurídicas se aplican algunas veces a categorías del Derecho –“si hay un ilícito civil, entonces...”– y algunas veces a categorías del mundo extrajurídico –“si el reo es acusado de un acto de terrorismo, entonces...”–, el último tipo de categoría surgirá con mayor probabilidad, *ceteris paribus*, cuando los sucesos políticamente, socialmente y culturalmente visibles del resto del mundo no jurídico proporcionen la motivación para crear una regla. En tales casos, agentes no jurídicos (incluyendo el público en general) son especialmente propensos a ejercer presión en la creación de una regla jurídica, y las percepciones no jurídicas de los agentes no jurídicos conformarán el ámbito categorial de la regla en modos que reflejarán percepciones no jurídicas de la forma del problema al que se va a dirigir la regla.

2. Las reglas jurídicas construidas sobre categorías no jurídicas son más propensas a ser autoaplicables, y más propensas a tener altos índices de cumplimiento, que las reglas jurídicas construidas sobre categorías jurídicas

Un tema importante para el Derecho es obviamente la cuestión de su cumplimiento, y el índice de cumplimiento de las reglas jurídicas es a menudo una función del grado de correspondencia entre lo que las reglas jurídicas exigen y los patrones de conducta y comprensión previos de quienes van a ser controlados por las reglas jurídicas. Esto lo vio bien el realista jurídico norteamericano Karl Llewellyn, quien además de hacer importantes contribuciones teóricas fue el principal creador y redactor de las disposicio-

nes mercantiles y sobre compraventa del Código Uniforme de Comercio¹⁷, la ley (en realidad, las leyes en cada uno de los Estados, pero diseñadas según el mismo modelo) que regula las compraventas y otras transacciones comerciales en Estados Unidos. La contribución importante de Llewellyn consistió en reconocer que el Derecho mercantil funcionaría más fácilmente, sería más autoaplicable, y tendría un índice de cumplimiento global más elevado, si estuviera diseñado alrededor de las prácticas existentes en el mundo del comercio. Así que Llewellyn dedicó mucho tiempo a estudiar las prácticas reales de los comerciantes y los patrones reales de sus negocios. Una vez hecho esto, él utilizó después los conceptos y categorías del mundo del comercio para redactar las disposiciones relevantes del Código Uniforme de Comercio, y el estrecho encaje entre los fines de las reglas jurídicas y las predisposiciones de aquellos cuyas actividades iban a ser reguladas produjo un esquema de regulación mercantil que operaba con fluidez, y que sesenta años después sigue todavía en vigor con llamativamente escasas modificaciones.

Obviamente, hay un precio que pagar por un enfoque así de la regulación, y ese precio se mide según el grado en que las reglas jurídicas puedan realmente *cambiar* el comportamiento existente en el mundo social. Cuando el Derecho diseña sus categorías adaptándolas a las categorías y comportamientos del mundo exterior, a menudo consigue un alto índice de cumplimiento precisamente porque no hace mucho más que rastrear patrones de conducta preexistentes. Hay un alto índice de cumplimiento de las leyes que prohíben el canibalismo precisamente porque la mayoría de la gente se abstendría de comerse a sus congéneres seres humanos aunque no hubiera leyes que prohíben tal práctica. Pero cuando el Derecho busca lograr objetivos no arraigados en patrones de conducta previos –las leyes tributarias son un buen ejemplo–, es probable que su índice de cumplimiento sea menor, pero ese menor índice de cumplimiento no es inconsistente con un grado considerable de cambio real en las conductas. Así que, al decidir si usa las categorías del mundo o las suyas propias, el Derecho está realmente escogiendo entre los fines a menudo en conflicto del elevado grado de cumplimiento y el elevado grado de cambio.

¹⁷ Véase William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (London, Weidenfeld & Nicolson, 1973).

3. *Es más probable que las categorías jurídicas surjan, ceteris paribus, de la creación judicial de Derecho y de la toma de decisiones judiciales; y es más probable que las categorías no jurídicas sean empleadas, ceteris paribus, cuando las reglas son creadas por los legislativos u otras instancias de decisión de no juristas*

Esta hipótesis es casi autoevidente, y de nuevo se remonta a las afirmaciones de Holmes sobre el “dominio” del Derecho. Difícilmente puede discutirse que quienes tienen formación jurídica serán más conscientes de las categorías jurídicas que quienes carecen de esa formación, y que los formados en Derecho también comprenderán conexiones jurídicas entre particulares que quienes carecen de formación jurídica verán simplemente como inconexas.

Lo que hace a esto interesante y potencialmente importante es que hace referencia a las identidades de los creadores de Derecho. Los jueces han sido formados como juristas y están inmersos en el Derecho y lo entienden. Y aunque quienes tienen formación jurídica están a menudo bien representados en los órganos legislativos y administrativos, esa representación no es nada parecido a lo que hay en la judicatura, y desde luego ni los parlamentos ni los órganos administrativos están diseñados para servir fines jurídicos internos. De modo que si es el caso que hay más creación judicial de Derecho y de reglas en los países de *common law* que en los países de Derecho civil, cabe esperar que el uso de categorías jurídicas será, *ceteris paribus*, mayor en las jurisdicciones de *common law* que en las de Derecho civil, y que incluso dentro de esas jurisdicciones el uso de categorías jurídicas –el *tecnicismo* del Derecho, podría decirse– será mayor en el seno de las instituciones de creación de Derecho y de reglas que estén dominadas por juristas (y jueces).

4. *Sucesos jurídicos muy notorios llevarán, ceteris paribus, a una mayor categorización jurídica en el mundo no jurídico*

En algunos países el sistema jurídico posee una particular notoriedad pública, política y social, a menudo debido a la importancia de los asuntos tratados en los tribunales. De modo que no ha de sorprender demasiado que los tribunales en Hungría, Sudáfrica, Canadá, India, o Estados Unidos, por ejemplo, tengan una importancia difundida por la sociedad en general y en el diseño de políticas públicas que es mucho mayor que la de los tribunales de, por ejemplo, Noruega, Etiopía, Rumanía o Nueva Zelanda. Y así, en la medida en que lo que los tribunales hacen y cómo lo hacen “se filtra” hacia el mundo social en general, cabe esperar que algunas de las categorías de ese mundo más amplio sean categorías procedentes del sistema jurídico.

Un ejemplo especialmente bueno de este fenómeno se encuentra en el campo de los derechos, donde la categoría de titular de derechos en general,

o la categoría de titular de algún determinado derecho, se convierte en socialmente notoria aun cuando los titulares no comparten más atributos que el de la titularidad de un mismo derecho¹⁸. Así, desde el (extremado, incluso para abiertos estándares liberal-democráticos) Derecho norteamericano de libertad de expresión, por ejemplo, protestantes contra la guerra, neonazis, racistas miembros del Ku-Klux-Klan, y pornógrafos infantiles, son todos ellos miembros de la misma categoría de demandantes (normalmente con éxito) de libertad de expresión, y en algunos contextos pueden incluso ser vistos como compartiendo una identidad; lo cual es aún más plausible cuando pensamos en los variados demandantes de derechos de igualdad –mujeres, minorías raciales, ancianos, discapacitados y homosexuales, por ejemplo– y en la forma en que sus demandas compartidas de igualdad crean una categoría y una identidad que de otro modo no habría existido.

5. Es más probable que la categorización jurídica sea, ceteris paribus, menos conservadora (en el sentido no político de la palabra) que la categorización no jurídica

Como se ha señalado en el anterior apartado 2, el sistema jurídico se encuentra a menudo en la situación de elegir entre categorías jurídicas y no jurídicas. Pero cuando escoge una categoría no jurídica, elige una categoría fuera de su control, y una categoría que probablemente se moverá sólo en forma muy lenta a lo largo del tiempo. Pero aunque indudablemente el Derecho tiene sus propias tendencias conservadoras a la luz de sus fines y a la luz de la gente que trabaja en el sistema jurídico, en otros aspectos el sistema jurídico puede ser menos conservador, porque cuando fabrica sus propias categorías queda liberado de las tendencias estabilizadoras de un mundo mucho mayor y de un proceso de cambio categorial mucho más engorroso.

Esta es una hipótesis muy general, y especialmente aquí el *ceteris paribus* está claramente haciendo buena parte del trabajo. Con todo, cuando el Derecho controla sus propios procesos de categorización posee una flexibilidad que no existe cuando la categorización jurídica depende de procesos de categorización del mundo social. Como un barco más pequeño, el Derecho puede maniobrar más rápidamente que el barco más grande de la sociedad en general, y este a menudo inadvertido fenómeno puede explicar mucho de cómo los tribunales pueden ser los agentes de un rápido cambio social.

¹⁸ Véase Frederick Schauer, "The Generality of Rights", 6 *Legal Theory* 323 (2000).

V

Hasta este punto he estado discutiendo, principalmente, acerca de las reglas que tienen una formulación lingüística canónica. Pero si de esas reglas pasamos al Derecho de creación judicial, al *common law*, y al razonamiento por analogía, la categorización puede adquirir incluso más importancia. Una manera de ver el proceso de trazar analogías en el Derecho es la que podríamos llamar la visión *ingenua*, porque postula que hay alguna facultad en los seres humanos (y especialmente en los seres humanos con formación jurídica) que los capacita para ver semejanzas y diferencias sin la mediación de reglas¹⁹. Pero la visión con mucho más común (y mucho más correcta)²⁰ del razonamiento analógico lo ve como no tan distinto del razonamiento basado en reglas, porque sólo una regla de algún tipo puede decirnos qué propiedades de un caso o suceso son relevantemente semejantes a propiedades de otro caso o suceso, haciendo así posible trazar una analogía entre los dos. En el razonamiento analógico la regla no está canónicamente formulada, y no está expresada de antemano, pero aún así es el caso que *A* sólo puede considerarse análogo a *B* si alguna regla o principio –esté o no expresado– especifica para algún propósito cuáles de las propiedades de *A* son jurídicamente relevantes, y esa especificación nos hace posible determinar si esas propiedades están presentes en *B*, en cuyo caso (pero sólo en ese caso) tenemos una justificación para decir que *B es análogo a A*.

Quede claro, por tanto, que el proceso mismo de la analogía es un proceso de categorización. Cuando trazamos una analogía, y exactamente en la misma medida cuando decimos que un caso es un precedente para otro caso, estamos concluyendo que dos (o más) elementos son relevantemente semejantes. Y, como ya hemos visto, podemos hacer esto sobre la base de atributos o sobre la base de propósitos. Pero, tanto si usamos atributos preexistentes como si simplemente usamos propósitos para identificar rasgos comunes, siempre estamos buscando propiedades comunes, y siempre usamos alguna norma, regla, principio o directriz como trasfondo para identificar esas propiedades. Analogizar es pues categorizar, y todas las consideraciones que puedan plantearse como relevantes para la cuestión

¹⁹ Un ejemplo reciente es Lloyd L. Weinreb, *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument* (Cambridge, Cambridge University Press, 2005).

²⁰ Véase Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1990), pp. 86-100; Richard A. Posner, *Overcoming Law* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1995), pp. 518-22; Larry Alexander, "Bad Beginnings", 145 *University of Pennsylvania Law Review* 57 (1997); Scott Brewer, "Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy", 109 *Harvard Law Review* 925 (1996); Frederick Schauer, "Precedent", 39 *Stanford Law Review* 571 (1987).

de la categorización pueden plantearse como relevantes para el proceso de trazar analogías.

Dado que el Derecho opera de un modo general, es central para el Derecho poder determinar que *A* es similar a *B* pero distinto de *C*. Y una vez que vemos que este proceso es el mismo tanto si estamos creando una categoría canónica como si estamos trazando una analogía o determinando qué sentencias del pasado son precedentes para según qué decisiones actuales, podemos ver que la categorización puede que esté situada más en el centro de la empresa jurídica de lo que ha sido normalmente reconocido.

(Trad. de Juan A. Pérez Lledó)

