



JUSTICIA Y PROBABILIDAD

Javier Truchero Cuevas, socio de IusLab Estudio Legal
Alfonso Egea de Haro, socio de IusLab Estudio Legal

La abogacía y la incertidumbre

Una de las grandes dificultades del ejercicio profesional de la abogacía consiste en transmitir a los clientes la imposibilidad de asegurar el resultado que se seguirá en su caso. Los clientes no suelen estar interesados en lo que dice la ley. En muchos casos ya lo saben, a veces incluso mejor que el propio abogado. Los clientes están interesados en cómo se aplica la ley en su supuesto concreto. Ante un procedimiento judicial o en un asesoramiento legal, los clientes, grandes o pequeños, personas físicas o jurídicas, públicos o privados, quieren saberlo que va a pasar. Y en el mejor de los casos los abogados y abogadas sólo podemos responder lo que consideramos más probable, con un margen de error que no sabemos calcular.

Reconozcamos que estas afirmaciones son hasta cierto punto exageradas. En un Estado de derecho la mayoría de las situaciones de hecho están previstas en la ley con claridad suficiente para poder anticipar la respuesta jurídica sin incertidumbre. Podemos, por ejemplo, asegurarle a cualquier cliente que le multarán si la policía le identifica circulando en autovía a más de 120 km/h.

Pero supuestos de hecho de este tipo no suelen requerir un abogado y rara vez se presentan ante un juez. En la práctica habitual de la abogacía las respuestas no son tan evidentes. Pensemos en el conocido ejemplo de H. L. A. Hart, donde la norma prohíbe circular a los vehículos a motor en el parque. A pesar de la simplicidad de la norma, podemos discutir qué hará un juez si recurrimos una multa impuesta a nuestro cliente, que circulaba por el parque a gran velocidad en su silla de ruedas motorizada. Podemos poner en cuestión que esa silla sea un “vehículos a motor”. Igualmente, podemos cuestionar si la norma está correctamente emitida por la autoridad competente. Discutiremos si el testimonio de un policía o un ciudadano corriente son suficientes para acreditar que era nuestro cliente quien conducía la silla de ruedas. Y sobre todo, probablemente, alegaremos que esa interpretación de la norma es discriminatoria e infringe principios o normas de rango superior.

El origen del problema

Convengamos que la mayoría de los encargos profesionales de un abogado contienen un margen de incertidumbre significativo. De hecho, podemos simplificar las causas de incertidumbre en tres tipos: (i) cuestiones jurídicas, derivadas de la identificación de la norma aplicable; (ii) cuestiones de hecho, habitualmente relacionadas con la prueba y su valoración; y (iii) cuestiones de aplicación de la norma. Así, buena parte de los casos que afrontamos los abogados son difíciles, en términos de Dworkin, porque no se subsumen con claridad en ninguna norma.¹

Podemos ir desentrañando cada uno de los elementos problemáticos (los hechos, la norma o su aplicación) a fin de reducir o cuantificar ese margen de incertidumbre sobre la decisión judicial. Es decir, al abogado lo que le interesa es la concreta distribución de derechos y obligaciones específicos que impondrá el juez ante una determinada situación de hecho. Para ello los juristas contamos con una única o, al menos, privilegiada herramienta de trabajo: el razonamiento jurídico. Así, en cierto sentido, desde la perspectiva del abogado el objetivo del razonamiento jurídico es predecir la actividad judicial².

Antes de seguir, podría objetarse a este planteamiento general que el objetivo del razonamiento jurídico para el abogado no es prever la decisión del juez sino persuadirlo para que la tome conforme al interés de su cliente. Ciertamente, ambas pretensiones no son incompatibles y forman parte nuestra tarea. Lo que aquí interesa es destacar que en ambos casos los métodos utilizados son los mismos. Confiamos en un conjunto de técnicas argumentales, el razonamiento jurídico, que nos proporcionan un marco de entendimiento con otros operadores jurídicos y que nos permiten identificar los criterios de decisión; y lógicamente tratamos de influir en ellos. Nótese además que nos referimos aquí al juez como el decisor jurídico más habitual o más paradigmático, pero la misma afirmación sirve para otros operadores como la Administración o un árbitro.

Tradicionalmente hemos concebido el razonamiento jurídico como un tipo específico y diferenciado de razonamiento, fuertemente sustentado en la lógica formal.³ Según esta idea, el razonamiento jurídico consiste en identificar la norma aplicable, identificar unos determinados hechos probados y formular un silogismo de subsunción. El juez sería la “boca de la ley”, y cualquier abogado competente

¹ La teoría del Derecho ha estudiado de manera exhaustiva los llamados “casos difíciles”. La influyente posición de Ronald Dworkin puede verse en *Los derechos en serio*, (2002) Barcelona, Ariel.

² Seguimos aquí la conceptualización del razonamiento jurídico de Kenneth J. Vandewelde. *Thinking Like a Lawyer*, (1996), Nueva York, Westview Press.

³ Sobre el razonamiento jurídico y su historia puede verse, con carácter general, la obra de Manuel Atienza *El Derecho como argumentación*, (2006) Barcelona, Ariel.

podría recorrer el mismo camino para anticipar lo que dirá, llegado el caso, esa boca.⁴

Sin embargo, rara vez podemos hacerlo de manera inequívoca cuando nuestros hechos no encajan con claridad en el supuesto fáctico de la norma identificada como aplicable. En este supuesto, el razonamiento jurídico no permite aportar al cliente la seguridad que habitualmente demanda. Así las cosas, quienes nos dedicamos a la abogacía desesperamos ante la imposibilidad de proporcionar certeza en un ámbito institucional, la Administración de justicia, cuyo valor principal es la seguridad jurídica. Muchos recurrimos a fórmulas más o menos ingeniosas para justificarnos y, de paso, limitar nuestra responsabilidad: *“esto no es una ciencia exacta”*; *“dependerá del juez que nos toque”*; *“está al 50%”*; *“no podemos garantizar el éxito”*, etc. Paradójicamente ese margen de incertidumbre es lo que justifica en cierto modo nuestra existencia profesional.

Y es que el modelo anteriormente descrito de razonamiento jurídico no permite realizar valoraciones concluyentes para anticipar la resolución del caso. Dejando al margen los efectos de la calidad legislativa (o de su ausencia), hoy la mayoría de los profesionales asumimos que puede haber más de una solución correcta en derecho para un mismo caso. Incluso justificamos nuestro quehacer profesional por ello. Nuestra cultura jurídica sigue esa visión formal del razonamiento jurídico y tendemos a considerar que el margen de incertidumbre se concentra en la interpretación de conceptos jurídicos en relación con su aplicación a supuestos de hecho concretos. Volvemos en cierto modo a la descripción que antes citábamos de Dworkin sobre los casos difíciles.

La herramientas: la experiencia y la jurisprudencia

Los abogados intentamos suplir las evidentes limitaciones del razonamiento jurídico en lo relativo a cuestiones de aplicación por dos medios. De un lado, la experiencia y, de otro, la búsqueda de precedentes. Respecto al primero, más tiempo de exposición a un determinado foro suele redundar en una mayor capacidad para anticipar lo que hará un determinado juzgador en circunstancias específicas. El resultado es que más sabe el abogado por viejo, que por abogado.

Con relación a la búsqueda de precedentes, buena parte del trabajo del abogado consiste en buscar la sentencia o la resolución que resuelve un supuesto lo más parecido posible al nuestro, y a poder ser del mismo órgano o, al menos, del superior jerárquico. En su defecto, tratamos de alegar una jurisprudencia del Tribunal Supremo tan general como sea necesaria para justificar nuestras

⁴ La conocida referencia al juez como “la boca de la Ley” tiene su origen en Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, de 1748.

alegaciones. No es infrecuente el caso donde ambas partes alegan la misma jurisprudencia aunque manteniendo intereses contrapuestos.

Y es que los abogados en la búsqueda del precedente no escapan de lo que podríamos denominar el “síndrome Google”. La prueba de validez de nuestro argumento depende del número de resultados de búsqueda coincidentes. Los buscadores de información, también los jurídicos, se han convertido no en herramientas de análisis sino en prueba irrefutable de nuestros argumentos por la cantidad de referencias independientemente de su calidad o de la similitud, a veces cuestionable, entre los casos.

En el momento actual la disponibilidad de información hace que la búsqueda se transforme en un ejercicio mecánico dónde en menos de un segundo aparece un número de resultados muy superior al que podemos procesar. Lejos de suponer un inconveniente, esta situación calma ansiedades.

Sin embargo, este medio de sustituir el análisis de precedentes por el resultado de la búsqueda de los mismos genera importantes riesgos para la calidad del asesoramiento jurídico. En primer lugar, los precedentes se basan en coincidencias nominales que no necesariamente comparten el mismo razonamiento o explicación. En segundo lugar, la búsqueda condiciona el resultado. Se produce el fenómeno de profecías que se auto-cumplen porque más que buscar para refutar una hipótesis, seleccionamos sólo los casos que son favorables a nuestros planteamientos. Finalmente, la variedad en la que se presentan los hechos y la diversidad referida de la interpretación de la normativa aplicable al caso hace que la probabilidad de encontrar un caso idéntico se reduzca considerablemente.

En consecuencia y es lo más llamativo de este “modus operandi” tan extendido en la abogacía contemporánea es que nada garantiza que nuestro caso se vaya a resolver conforme a los precedentes identificados. La práctica reciente de nuestros Tribunales ofrece ejemplos paradigmáticos. Tomemos la litigiosidad masiva generada en torno a las llamadas “cláusulas suelo”. Hace ya varios años que las reclamaciones de los consumidores bancarios sobre este tipo de cláusulas inundan los juzgados. Durante la mayor parte de ese periodo era imposible predecir el resultado del procedimiento. En unos casos dependía de la horquilla de variación del tipo de interés, en otros de la redacción de la propia cláusula. En algunos casos se retrotraía el efecto de la nulidad. En otros no. Incluso circulaban mapas por la red que identificaban por colores las provincias según el criterio en esta cuestión de sus Audiencias. En fin, en pocos años se han podido leer resoluciones de lo más variopinto sobre una cuestión fáctica con pocas variaciones. Tampoco nadie, claro, habría sido capaz de anticipar las resoluciones que el Tribunal Supremo ha dictado sobre la cuestión, sorprendentes en muchos sentidos.

Justicia y probabilidad: calcular el margen de incertidumbre

En definitiva, en esta cuestión ni el razonamiento jurídico más avezado ni la búsqueda jurisprudencial más exhaustiva sirvió de mucho durante la mayor parte del periodo en que estos casos se ventilaron en los tribunales. Han sido necesarias dos sentencias del Tribunal Supremo (y algún auto de aclaración), varios años de discusión doctrinal y judicial y miles de procedimientos judiciales para ir, poco a poco, acotando el margen de incertidumbre hasta niveles aceptables y, sobre todo, comprensibles para los clientes. Y aún hoy se dictan resoluciones contrarias al criterio mayoritario.

Llegados a este punto, quizá el lector espera ya algo más que un diagnóstico. Las dificultades que hoy ofrece la aplicación de las normas a supuestos concretos no pueden enfrentarse sólo desde la dogmática o la mera búsqueda exhaustiva de antecedentes. En otras palabras, el asesoramiento jurídico no consiste en predecir resultados sino en calcular probabilidades de posibles resultados.

Los medios hasta ahora desarrollados por los operadores jurídicos no bastan para reducir o al menos acotar el margen de incertidumbre. Podemos entonces mirar hacia otros ámbitos de las ciencias sociales en busca de herramientas metodológicas para realizar pronósticos o calcular probabilidades.

Un símil matemático permite abordar la cuestión desde otro ángulo. La aplicación del derecho, desde la perspectiva de la abogacía, se puede concebir como una ecuación, donde la decisión judicial se presenta como la variable dependiente o aquella a explicar y los hechos, las normas y la aplicación de las normas son variables independientes cuyo conocimiento nos permite predecir la variable dependiente. Así, podemos formular una ecuación en la que la decisión judicial equivaldría a la fracción entre los hechos conocidos y aquellos previstos en la propia norma. A su vez el resultado de esa fracción resultaría influido por los criterios utilizados por jueces y tribunales para aplicar el derecho. Esa influencia la podemos expresar como “potenciación” a los efectos argumentales aquí expuestos.

La ecuación quedaría del siguiente modo: $D_j = (h / n)^a$ Donde: d_j (decisión judicial), h (cuestiones de hecho); n (cuestiones de derecho) y a (cuestiones de aplicación).

En un supuesto ideal, los hechos son iguales a las cuestiones de derecho o, de otra manera, podemos probar la totalidad del supuesto fáctico que prevé la norma para producir un determinado resultado jurídico. El resultado de h/n es siempre 1. En estos casos, la variable (a) no afecta al resultado de nuestra ecuación, puesto que 1 elevado a cualquier número siempre dará 1. Nos encontramos en un

supuesto de nula indeterminación o, en otras palabras, donde es fácilmente predecible el fallo judicial.

Sin embargo, en la mayor parte de casos el material probatorio disponible para el abogado no coincide plenamente con la totalidad de los elementos previstos en la norma. Traducido en términos de nuestra ecuación, el numerador (h) suele ser menor que el denominador. En estos casos la aplicación de la norma, (a), altera el resultado previsto de manera significativa.

La respuesta tradicional del abogado, incentivada en la actualidad por la existencia de potentes buscadores de jurisprudencia, consiste en prescindir de calcular la aplicación de la norma (a) y sustituir esta variable por una constante representada por el precedente o precedentes encontrados. En otras palabras, las posibilidades de la búsqueda "*googueliana*", la certeza de que siempre encontraremos un precedente más o menos remoto, hace que simplifiquemos la ecuación anterior prescindiendo de (a).

El planteamiento alternativo que aquí se presenta sugiere modificar sustancialmente la estrategia en la presentación de servicios legales. El análisis de la jurisprudencia es más eficiente si se dirige a calcular (a) en lugar de buscar precedentes de manera aleatoria y sólo determinada por el tiempo que tiene a disposición el abogado. La actividad jurisdiccional se presenta como una variable que se puede predecir con un determinado margen de error. La calidad del asesoramiento jurídico supone reducir en la medida de lo posible ese margen de error. La labor del abogado no es buscar el precedente sino las causas suficientes y necesarias que justifican la aplicación de la norma y que determinarán, con una probabilidad calculable, la respuesta en el caso concreto.

De manera simplificada, este planteamiento se exige desarrollar un análisis donde la búsqueda "*googueliana*" del "precedente exacto" no es el primer paso sino el último. En primer lugar resulta preciso identificar los criterios que determinan cuál es el conjunto de casos al que pertenece nuestro supuesto (población). En segundo lugar, hay que elaborar una muestra representativa de precedentes para el análisis. En tercer lugar, tendremos que identificar variables explicativas que funcionen como causas necesarias (han de concurrir para que se produzca un determinado resultado) y suficientes (por sí mismas producen el resultado). Consideraremos que la decisión judicial es multicausal pero no indeterminada. En este sentido podemos determinar distintas combinaciones de causas que provocan un mismo resultado y asociarlas a una probabilidad. Cada una de las causas identificadas tienen un valor o influencia en el fallo que se puede calcular, ahora sí, con la búsqueda de precedentes. El resultado es que (a) se puede estimar y así ayudar a predecir el fallo judicial con un error determinado y no meramente intuido del 50%. Las distintas combinaciones de causas o factores asociadas a un

resultado permiten valorar así la viabilidad o riesgo de las acciones judiciales a emprender.

Este enfoque puede resultar insólito o incluso contra-intuitivo en términos jurídicos, tan habituados a un razonamiento celoso de introducir cálculo de probabilidades. No obstante creemos que es lo suficientemente sugerente como para explorarlo. En otras disciplinas que también lidian con la dificultad de predecir el comportamiento humano este método ha dado resultado (ciencias económicas, sociológicas y politológicas). Algunos despachos y empresas de servicios legales avanzados estamos ya desarrollando y empleado herramientas estadísticas que permiten aportar criterios probabilísticos objetivos sobre las decisiones judiciales. Estas herramientas no sustituirán a los operadores jurídicos, pero pueden ayudar a simplificar las decisiones y hacer más predecibles los potenciales resultados de nuestra administración de justicia. El beneficiario último será el ciudadano.

IUSLAB ESTUDIO LEGAL