

Analogía e imperio de la ley

Por SUSANA SÁNCHEZ FERRO

Becaria de la Universidad Autónoma de Madrid

El imperio de la ley o «rule of law», como se denomina en el mundo anglosajón, se concibió como un instrumento garantizador de la autonomía individual. La capacidad de los seres humanos para elaborar su propio plan de vida y orientar las acciones conforme al mismo se ve dificultada en aquellas sociedades en las que las normas reguladoras de las conductas, y dentro de éstas señaladamente las normas jurídicas, no cumplen unos determinados requisitos, como son los de generalidad y universalidad. En una comunidad regida por el imperio de la ley, el individuo es un individuo más libre (aunque esto pueda parecer paradójico), más capaz de desarrollar su propio proyecto personal. Y es que la forma en que las normas de esa sociedad están elaboradas, otorga a los sujetos una seguridad y unas garantías que de otra manera no poseerían.

Sin embargo, y como puso ya de manifiesto Dicey, encabezando la postura constitucionalista inglesa, que fue una de las primeras en reflexionar sobre la idea del imperio de la ley, las exigencias que deben cumplir aquellas sociedades que quieran ser calificadas como sociedades gobernadas por la «rule of law» no son sólo exigencias referidas al momento de establecimiento del sistema normativo, sino que son exigencias referidas también al momento de aplicación del Derecho. Esta labor de aplicación del material normativo debe realizarse bajo unas condiciones determinadas. El propio Dicey¹ así lo señala:

No man is punishable or can be lawfully made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law establish in the ordinary man-

¹ DICEY, A. V., *Introduction to the study of the Law of the Constitution. Part II, Chapter IV*, Ed. The Liberal Fund., 1982, p. 110.

ner before the ordinary Courts of the land. In this sense the rule of law is contrasted with authority of wide, arbitrary or discretionary powers of constraint.

Los jueces y tribunales están obligados, pues, a resolver conforme a Derecho. Su decisión no puede ser una decisión arbitraria. Ahora bien, ¿se desprende de esta última afirmación la necesidad de que el acto de aplicación del Derecho, para ser conforme con el ideal del imperio de la ley, deba de ser la plasmación de un razonamiento puramente lógico y, en concreto de un razonamiento lógico deductivo? Para un cierto sector de la doctrina española, que se ha interesado por el tema en épocas recientes, la respuesta a esta cuestión es una respuesta afirmativa: «Las exigencias del *imperio de la ley* postulan que la decisión judicial sea una consecuencia lógica posible en un esquema deductivo presidido por las normas jurídicas antes descritas»², esto es, normas que cumplan una serie de requisitos como son los de generalidad y universalidad. En consecuencia, esta misma doctrina mantiene que el principio del *imperio de la ley* exige que el núcleo de la argumentación se articule de acuerdo con dicho razonamiento deductivo.

El objeto de este ensayo lo constituye el razonamiento jurídico por analogía. Este argumento es utilizado por los encargados de aplicar el Derecho para fundamentar sus decisiones. Nuestro interés se centra en determinar si quienes han de aplicar el Derecho están legitimados para fundamentar sus decisiones en este tipo de argumentos o si se trata de argumentos poco respetuosos con las exigencias del imperio de la ley. Tomando la opinión del sector doctrinal al que antes hacíamos referencia como punto de partida es preciso analizar, en primer lugar, si el argumento analógico puede considerarse como una manifestación de una forma de razonamiento *lógico-deductiva* (que no deductiva a secas), capaz de asegurar por sí misma una aplicación correcta de la ley, o si, más bien, esta tarea trasciende los cometidos que puedan asignársele a la lógica jurídica.

I

El concepto de analogía no es un concepto de utilización exclusiva en el ámbito del Derecho. La analogía significó originariamente proporción y, más exactamente proporción matemática. En general puede decirse que la analogía hace referencia a un proceso de comparación de dos cosas que, por la relevancia de las características que comparten, resultan susceptibles de ser calificadas como análogas. En lo referente a la utilización de dicho término en el ámbito jurídico se ha podido señalar así que «[c]uando los juristas hablan de analogía, suelen referirse por lo común a

² LAPORTA, F. J., «Imperio de la Ley: Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz» en *Doxa* 15-16, 1994, p. 144.

un procedimiento argumentativo que permite trasladar la solución prevista para un determinado caso, a otro caso distinto, no regulado por el ordenamiento jurídico, pero que se asemeja al primero en cuanto que comparte con aquél ciertas características esenciales o bien –para emplear la expresión clásica recogida en el Código Civil español– la misma razón, (*eadem ratio*)»³. Este tipo de argumentos se conocen como analogía *legis*.

La analogía *legis* se ha venido distinguiendo tradicionalmente de la analogía *iuris*. Consiste esta última en la extracción de un principio general de una serie de normas. Estas normas, aisladamente consideradas, no serían aplicables al caso que trata de resolverse, pero de una visión conjunta de las mismas resulta posible concluir que constituyen manifestaciones de un mismo principio regulador, principio que debe ser aplicado también al caso que se trata de resolver por el grado de similitud que une a este último supuesto con aquellos otros que se encuentran efectivamente regulados por ese grupo de normas.

La estructura de ambos argumentos analógicos es exactamente la misma: se extrae un principio de un supuesto de hecho regulado (en el caso de la analogía *iuris* de varios supuestos de hecho regulados) y se aplica luego dicho principio a un caso que al aplicador del Derecho le parece se encuentra fuera del marco de supuestos de hecho legalmente previstos en base a la redacción de la/s norma/s pero que presenta notables similitudes con el caso/s que se considera/n regulado/s por la/s norma/s. La diferencia, pues, de esta distinción tradicional en la ciencia jurídica, diferencia que estriba en las dimensiones del conjunto normativo tomado como conjunto de referencia para la aplicación del Derecho, no es relevante a los efectos de analizar la estructura de los razonamientos analógicos la cual, reiteramos, es constitutivamente unitaria.

Esto último no obsta para que pueda afirmarse que el razonamiento que responde al esquema de analogía *iuris* plantee una serie de inconvenientes añadidos a los que plantea la analogía *legis*. Ello es lógico en tanto que en la analogía *iuris* (o, sin más, la analogía que recurre a una pluralidad de normas como base de razonamiento y no a una sola) la selección del conjunto normativo que va a tomarse como referencia no es una selección que podríamos denominar estándar, sino que cada aplicador puede considerar que el conjunto relevante es éste o aquél o que incluye más o menos normas; y de ello va a derivar inevitablemente la entrada en juego de principios diferentes aplicables al caso. La flexibilidad a la hora de llegar a un principio aplicable cuando se recurre a un conjunto de normas, pues, es mayor que la que ofrece una sola norma.

En cualquier caso, si la estructura del razonamiento es la misma no nos queda sino proseguir el análisis, introduciéndonos ya de lleno en las

³ ATIENZA, M., *Sobre la analogía en el derecho: ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Cuadernos Cívitas, 1.ª ed., Madrid, 1986, p. 29.

posibilidades de análisis lógico que se ofrecen para el estudio de tales formas de argumentación jurídica.

En este sentido uno de los autores que mayor atención ha dedicado al análisis lógico de los razonamientos de analogía, Ulrich Klug, toma como referencia de partida la lógica clásica, para seguir avanzando inmediatamente en el estudio del razonamiento analógico con las herramientas que proporciona hoy la lógica moderna, lógica que el mismo autor caracteriza diciendo que no es «más que una formulación precisa y completa de la lógica formal en el sentido de la tradición»⁴. La lógica moderna se preocupa, en efecto, por definir cuantos conceptos y demostrar cuantas proposiciones le sea posible. El método que utiliza para ello es el llamado método axiomático y para el autor, tantas veces mencionado, no caben las lógicas especiales, relativas a los diferentes campos científicos: los principios lógicos generales tienen validez en los distintos campos particulares (y, por consiguiente, también en el campo de la Ciencia del Derecho). De esta suerte las diferencias que pueden encontrarse en los diferentes campos no son sino el producto de las diferentes premisas de las que debe partirse en cada sector⁵.

Visto cuál es el posicionamiento de partida, con respecto de la lógica que deba ser utilizada en el estudio del problema que nos ocupa, pasemos a ver cuál es su tesis, respecto a las posibilidades de traducción al ámbito de la lógica del razonamiento analógico⁶.

El esquema de razonamiento analógico más simple, proporcionado por las teorías lógicas tradicionales, constituye el punto de partida del análisis de Klug. Dicho esquema reza así:

M es P
 S es semejante a M (es igual a M en las propiedades a, b, c...)
 —————
 luego S es P

M = concepto medio.
 S = concepto sujeto.
 P = concepto predicado.

Este esquema ha sido criticado por diversos autores que han resaltado cómo tras el mismo se ocultaría un *quaternio terminorum*, con lo cual nos encontraríamos ante un caso de paralogismo. Ello es patente cuando se sustituye «M» por «M1» y «semejante a M» por «M2». En este caso la formulación del argumento queda como sigue:

M1 es P
 S es M2
 —————
 S será P

⁴ KLUG, V.: *Lógica jurídica*, ed. Temis, Bogotá, 1990, p. 23.

⁵ KLUG, V.: *idem* pp. 5 y 6.

⁶ La notación de las fórmulas a las que recurre Klug en su libro, para explicar su posición sobre el tema que nos ocupa, la voy a realizar, en la forma en que lo venía haciendo hasta ahora, en aras de la uniformidad del conjunto de mi exposición.

Es evidente que en lugar de tres conceptos S, P y M se han utilizado cuatro, es decir, S, P, M y M2.

La lógica de clases es, en opinión de Klug, la que puede abrir el camino para llegar a encontrar el esquema que transcriba, en términos puramente lógicos, el razonamiento analógico. El cálculo de clases o la lógica de clases ofrece variables que designan las diferentes clases (α , β , γ , ...). «Si se designa con α la clase de aquellos x que tienen la propiedad S, con β la clase de aquellos x que tienen la propiedad de «ser semejantes a M», con γ la clase de aquellos x que tienen la propiedad M y con δ la clase de aquellos x que tienen la propiedad P, se puede entonces representar el esquema convencional de la analogía mediante la siguiente fórmula del cálculo de clases»⁷:

$$\begin{array}{l} \alpha \subset \beta \\ \gamma \subset \delta \\ \hline \alpha \subset \delta \end{array} \quad \subset \text{ significa incluida dentro o clase parcial.}$$

$\alpha \subset \beta$, $\gamma \subset \delta$, $\alpha \subset \delta$ son la manifestación de la relación de clase llamada subsunción; $\alpha \subset \beta$ significa en otras palabras que para todo x vale, que siempre que x sea un elemento de la clase α , x será también un elemento de la clase β .

La fórmula que hemos expuesto y que pretende ser un reflejo de lo que constituye el razonamiento por analogía sólo resultaría deductivamente válida, como el propio Klug reconoce⁸, si ocurriera que la clase β fuera una clase parcial de γ ($\beta \subset \gamma$) o bien que la clase β fuera igual a la clase γ . Klug propone analizar un ejemplo de razonamiento analógico para ver si, efectivamente, el mismo reúne alguna de las notas que convertirían el esquema anteriormente visto en un esquema con validez universal. El ejemplo⁹ escogido se refiere a los parágrafos 433 y siguientes del Código Civil alemán sobre el contrato de compraventa. Estos parágrafos, a pesar de regular únicamente la transmisión onerosa de la propiedad de las cosas, se aplican analógicamente también a la transmisión de negocios comerciales en su totalidad. En su análisis Klug establece las siguientes clases:

* α = clase de los contratos que tienen como objeto la transmisión onerosa de negocios comerciales.

* β = clase de los contratos análogos a los de compraventa.

* γ = clase de los contratos de compraventa.

* δ = clase de aquellos contratos a los que son de aplicación los parágrafos 433 y ss. del Código Civil alemán.

⁷ KLUG, V.: *idem* p. 169.

⁸ KLUG, V.: *ibidem*.

⁹ Ejemplo, que recoge MANUEL ATIENZA en *Sobre la analogía en el derecho: ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Cuadernos Cívitas, 1.ª ed., Madrid, 1986, p. 83.

En este supuesto, los párrafos 433 y siguientes que se refieren a los contratos de compraventa se podrán aplicar por analogía también a los contratos que tienen por objeto la transmisión onerosa de negocios comerciales, si la clase de los contratos análogos a los de venta (β) y la de los contratos de compraventa (γ) están incluidas dentro de la clase de los contratos a los que son de aplicación los párrafos 433 y ss. (δ).

Señala Klug que para poder llegar a una fórmula con validez universal, hay que transformar la premisa $\gamma \subset \delta$ («los §§ 433 y siguientes del Código civil alemán son aplicables a los contratos de compraventa») y en lugar de la misma formular la siguiente: $(\gamma \cup \beta) \subset \delta$ («los §§ 433 y siguientes del Código Civil alemán son aplicables a contratos que o son contratos de compraventa o son análogos a los mismos»). Esto se hace a través de la unión de clases que se representa con la fórmula $\alpha \cup \beta$ (en este caso $\gamma \cup \beta$) y que se caracteriza precisamente por significar que un elemento determinado x o bien es un elemento de la clase α o bien es un elemento de la clase β .

El anterior esquema se debe, pues, reformular como sigue, para que tenga validez universal:

$$\begin{array}{l} \alpha \subset \beta \\ (\beta \cup \gamma) \subset \delta \\ \hline \alpha \subset \delta \end{array} \quad \begin{array}{l} \text{en lugar de } \gamma \cup \beta \text{ se ha escrito } \beta \cup \gamma \text{ que es una permuta} \\ \text{de orden permitida.} \end{array}$$

La clase $(\beta \cup \gamma)$, es decir, la clase integrada por todos los elementos que o bien pertenecen a β o bien a γ o bien a ambas, la denomina Klug círculo de semejanza.

La fórmula que acabamos de transcribir establece que siempre que α sea una clase parcial de β y que la unión de β y γ sea una clase parcial de δ , α será entonces una clase parcial de δ . Si designamos la clase $\beta \cup \gamma$ de forma unitaria como clase h obtendríamos una fórmula que corresponde al conocido como modus Barbara I (puesto que al ser α una clase parcial de β lo es también de $\beta \cup \gamma$):

$$\begin{array}{l} \alpha \subset \eta \\ \eta \subset \delta \\ \hline \alpha \subset \delta \end{array}$$

En el ejemplo utilizado por Klug para exponer la estructura lógica de los razonamientos analógicos, la fórmula a la que llega el autor se traduciría de la siguiente manera: «Siempre que los contratos que tienen como objeto la transmisión onerosa de negocios comerciales [α] sean contratos análogos a los de compraventa [β], y siempre que los párrafos 433 y siguientes del Código Civil alemán sean aplicables a contratos que son análogos a la compraventa o a contratos de compraventa [$(\beta \cup \gamma) \subset \delta$], entonces los párrafos 433 y siguientes del Código Civil alemán serán

aplicables a contratos que tienen como objeto la transmisión onerosa de negocios de comercio $[\alpha \subset \delta]$ »¹⁰.

En este caso es manifiesto cómo cuando Klug interviene su intervención se limita a transcribir en los términos de la lógica de clases una argumentación que el aplicador del derecho ya ha llevado a cabo. El mismo Klug reconoce que la fórmula parte «del supuesto de la semejanza jurídica de ciertos casos y del supuesto de la extensibilidad analógico-jurídica de la regulación legal»¹¹; la lógica no actúa, por tanto, en el momento de establecer si se da dicha semejanza jurídica entre casos, ni tampoco lo hace en el momento de determinar la admisibilidad de la extensión de la norma a casos no regulados por ella; la lógica interviene en un momento posterior, una vez que ambas cuestiones ya han sido resueltas. Klug es, sin embargo, consciente de la importancia que para el razonamiento por analogía tienen estas cuestiones previas a la intervención de la lógica y, de hecho, señala que de la definición del círculo de semejanza (de que éste se trace de una manera más amplia o más estrecha) dependerá la admisibilidad de un mayor o menor número de razonamientos por analogía.

Para Klug no es la lógica sino la teleología la que interviene en el establecimiento de las premisas del razonamiento analógico. Mas lo importante en el razonamiento analógico es llegar al establecimiento de dichas premisas y justificar la selección de las mismas. La reformulación posterior conforme a las reglas de la lógica no aporta sino la nota de coherencia y la formulación en términos generales del argumento lo que permite que éste sea aplicado con generalidad y no exista, en este sentido, arbitrariedad en la aplicación del derecho. Ahora bien, las reglas de la lógica según han sido expuestas por Klug no determinan cuándo se puede recurrir al argumento analógico y no justifican el recurso a dicho razonamiento.

Otro tipo de formulación con apariencia de formulación lógico-deductiva es la formulación que toma Alexy como punto de partida para su análisis del razonamiento analógico. Tal formulación está en la línea de la propuesta por Klug y deja al descubierto la problemática que verdaderamente plantea el susodicho razonamiento analógico. El esquema es el siguiente¹²:

- (1) $(x) (Fx \cup F \text{ sim.}x \rightarrow OG x)$
- (2) $(x) (Hx \rightarrow F \text{ sim.}x)$
- (3) $(x) (Hx \rightarrow OG x)$ (1), (2).

Para ilustrar esta fórmula Alexy utiliza también el ejemplo de la transmisión onerosa de un local de negocio:

¹⁰ KLUG, U.: *idem* p. 171.

¹¹ KLUG, U.: *ibidem*.

¹² ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales (CEC), Madrid, 1989, p. 268.

- (1) Para todo x: si x es un contrato de compraventa (F) o un contrato semejante al de compraventa (F sim.x), entonces deben serle aplicables a x los párrafos 433 y ss del BGB.
- (2) Para todo x: si x es un contrato que tiene por objeto la transmisión onerosa de un local de negocio (H), entonces es un contrato semejante al de compraventa (F sim.).
- (3) Para todo x: si x es un contrato que tiene por objeto la transmisión onerosa de un local de negocios (H), entonces deben aplicársele los párrafos 433 y ss del BGB (1), (2).

Como el propio Alexy pone de manifiesto, el auténtico problema de la analogía no radica en la inferencia de (3) a partir de (1) y (2) sino en la fundamentación de las premisas (1) y (2). «El malentendido más grave [señala este autor] sería interpretar la exigencia de deducibilidad lógica [...] de manera que la fundamentación jurídica consista sólo en la deducción a partir de las normas previamente dadas. [...] [E]n los casos más complicados se necesita, para la fundamentación de las decisiones jurídicas, una serie de premisas [...] que no pueden ser deducidas de ninguna ley. [...] La exigencia de deducción lleva precisamente a lo contrario del encubrimiento de la parte creativa de la aplicación del derecho: las premisas no extraídas del derecho positivo aparecen claramente en toda su extensión»¹³.

No se puede negar que efectivamente así es: con la formulación arriba expuesta en forma de razonamiento lógico deductivo se hace patente cual es la parte «creativa» (en cuanto que no se deriva de una manera lógica de la ley, que no en cuanto arbitraria) de la decisión del aplicador del Derecho basada en la analogía. La labor creativa del aplicador del Derecho consiste en que éste, por un lado, valora en qué medida dos casos diferentes son semejantes porque, a pesar de no tener exactamente las mismas notas caracterizadoras, coinciden en lo esencial y, por otro lado, considera, después de haber realizado la pertinente interpretación del material normativo, que es posible ampliar el supuesto de hecho de la norma que toma en consideración; así de «Para todo Fx» el aplicador del Derecho pasa a tomar como supuesto de hecho de la norma «Para todo Fx u F sim.x».

Nuevas formulaciones del razonamiento analógico no han logrado reconvertir estas dos cuestiones a problemas meramente lógicos.

Peczenik, por ejemplo, utiliza la lógica deóntica, considerando que es la más adecuada a la forma en que opera el Derecho. Se trata de una lógica de las normas jurídicas que utiliza los clásicos operadores deónticos de obligación, permiso y prohibición:

1) X debe ser P	X y M deben ser P
X es Sm	c pertenece a X
luego X y M deben ser P	luego c debe ser P

¹³ ALEXY, R.: *op. cit.*, p. 220.

Este modelo topa clarísimamente con los mismos límites a la pura justificación lógica del razonamiento analógico con los que topaban los modelos anteriores.

La moderna teoría de los subconjuntos borrosos supone otro intento de superación de estas trabas. Esta teoría pretende «la elaboración de una lógica de los conceptos vagos, de los conceptos imprecisos, y que se presenta como una lógica divergente en relación con la lógica clásica, con la lógica bivalente que sólo opera con dos valores: verdadero y falso. Mientras que la base matemática de esta última es la teoría ordinaria de conjuntos (en la cual, un elemento cualquiera sólo puede pertenecer o no pertenecer a un determinado conjunto), las lógicas de lo difuso se apoyan en la teoría de los conjuntos borrosos (o mejor de los subconjuntos borrosos), en la que un elemento puede pertenecer a un conjunto en mayor o menor grado»¹⁴.

Reisinger y otros autores que son partidarios del análisis de la analogía por medio de esta última teoría toman como punto de partida el modelo de Klug. En este modelo la norma de la cual se infiere por analogía que, si recordamos, era $\gamma \subset \delta$, se sustituye por $(\beta \subset \gamma) \cup \delta$. Estos autores se diferencian, sin embargo, de Klug en que no se plantean necesariamente la disyuntiva de que un supuesto de hecho pertenezca o no pertenezca al conjunto de los supuestos contemplados por la norma jurídica sino que explican que «existen conjuntos o clases cuyos límites están bien definidos (cualquier elemento de x pertenece o no pertenece al conjunto en cuestión), pero también muchos otros cuyos contornos son imprecisos, vagos (un elemento x puede pertenecer más o menos, en mayor o menor grado, a dicho conjunto)»¹⁵.

Para la explicación de los postulados de esta teoría la última doctrina mencionada ha recurrido al clásico ejemplo puesto por Ihering: imaginemos que existe una norma en el ordenamiento jurídico que prohíbe que los perros viajen en los vagones de ferrocarriles para pasajeros; la teoría de los subconjuntos borrosos disecciona la regla para ver qué conjuntos o subconjuntos se hallan implicados en la misma. En este caso tendríamos, por ejemplo, el subconjunto de los perros (que sería un subconjunto vago pues pongamos por caso los perros-lobo, ¿son perros?) y, si vamos más allá, tendríamos el subconjunto de los animales molestos (que también sería un subconjunto vago). A los supuestos de hecho conectados con esos subconjuntos (que pueden ser en parte coincidentes, pues la mayoría de los perros son animales molestos si bien no todos lo son ya que, por ejemplo, los perros lazarillo no son animales molestos) se les da valores numéricos comprendidos entre el intervalo $[0-1]$. Así, por ejemplo, en relación con el subconjunto de los animales molestos se podría dar a un perro adulto de tamaño regular (x_1) un valor 1, a un cachorro de perro transportable en bolso de mano (x_2) un valor 0.5, a un oso panda (x_3) un

¹⁴ ATIENZA, M: *op. cit.*, p. 156.

¹⁵ ATIENZA, M: *op. cit.*, p. 162.

valor 1, a un gato (x4) un valor 0,6, a un grillo (x5) un valor 0,2, etc... . Gracias a estos valores se puede calcular la distancia entre conjuntos (absoluta y relativa) lo cual puede resultar de interés para el razonamiento analógico.

La teoría de los subconjuntos borrosos no logra reducir todos los elementos del razonamiento analógico a términos lógicos. Continúan produciéndose problemas valorativos como se producían en el resto de los modelos que he expuesto hasta ahora:

No sirve tampoco este modelo para justificar por sí solo la ampliación del supuesto de hecho de la norma jurídica. En este caso la ampliación tiene lugar al elegir el aplicador del Derecho un subconjunto más amplio que el que de la redacción de la norma se podría derivar –en vez del subconjunto «perros» se elige el subconjunto «animales molestos».

En el modelo de Reisinger el concepto de semejanza sigue siendo clave y sigue además dependiendo de cuestiones valorativas y no lógicas. En este sentido la asignación de valores dentro del intervalo [0–1] que indica el grado de semejanza hacia lo que constituye la referencia del subconjunto –ej. animales molestos– es una cuestión de este tipo, esto es, valorativa, como también lo es fijar el coeficiente de semejanza que es necesario para considerar que Hx, según la terminología a la que recurría Alexy es F sim.x.

Como señala M. Atienza «al jurista práctico [...] no le basta saber, [...] que los gatos de Angora pertenecen en un 0.6 a la categoría de los animales molestos; necesita saber si se les aplica o no – o en qué grado se les aplica si es que la norma puede graduarse – la norma prevista para los perros y que el intérprete extiende (mediante un juicio de valor necesariamente subjetivo : podría pensarse que la causa de la prohibición es alguna epidemia canina y no las posibles molestias que los perros ocasionan a los viajeros, con lo que el “círculo de semejanza” se trazaría de una manera diferente) a todos los animales molestos».

En conclusión, existen dos cuestiones que no se derivan de la ley mediante la lógica deductiva y que implican una labor interpretativa: la ampliación del supuesto de hecho de la norma y la determinación de la semejanza entre los casos regulados y aquellos no regulados.

II

Expuesto lo anterior es necesario determinar todavía si nos encontramos con el mismo tipo de problemas en el caso de los argumentos *a fortiori*, y *a contrario sensu* o si, por el contrario, estos sí son derivables exclusivamente de la ley por medio de la lógica deductiva. Esta cuestión tiene sentido plantearla en este momento puesto que, en una discusión jurídica sobre un caso en el que cabe recurrir al argumento analógico,

cabe también plantearse el recurso al argumento *a contrario* y, en tanto quepa la cuantificación del supuesto de hecho de la norma, la utilización de los argumentos *a fortiori*.

En efecto, por ejemplo en el terreno del derecho de alimentos de los artículos 142 y siguientes del Código Civil español, y ante lo dispuesto por el artículo 143 CC (que impone la obligación recíproca de darse alimentos a los cónyuges), en el caso de parejas de hecho se ha cuestionado si los miembros de la pareja que mantiene una convivencia análoga a la del matrimonio se beneficiarían también del mencionado derecho de alimentos. En un caso como éste se puede argumentar analógicamente, extendiendo dicha obligación a las parejas de hecho que mantienen una relación estable semejante a la matrimonial, o *a contrario sensu* interpretando que debe entenderse la norma en el sentido de «sólo los cónyuges» por no ser la relación de hecho, ni siquiera la relación estable, equiparable a la matrimonial. La no equiparación podría basarse en que el matrimonio y las uniones de hecho estables difieren en una nota fundamental cual es la de los deberes legales que se establecen entre los cónyuges cuando contraen matrimonio y que no afectan a las parejas de hecho. Si estas uniones no se legalizan por evitar los inconvenientes que, desde el punto de vista legal, el matrimonio conlleva tampoco sería justo reconocerles el derecho de alimentos. Ésta podría ser una argumentación para entender que el inciso primero del artículo 143 CC debe ser interpretado *a contrario*. Como se puede observar la labor de interpretación es la que determina que razonemos *a contrario* o analógicamente pero el campo de juego de los dos argumentos es concurrente.

Por lo que respecta a los argumentos *a fortiori*, éstos exigen una relación de comparación, como también la exigía el razonamiento analógico. En las ocasiones en las que el supuesto de hecho de la norma permite una comparación no sólo en términos de semejanza sino también en términos de graduación cabe utilizar este tipo de argumentos *a fortiori* a los que algún autor¹⁶ considera una especie del argumento por analogía. Estos argumentos se basan en relaciones como la de ser mayor que, ser menor que, ser más oneroso que... La comparación de dos casos puede dar lugar a concluir que uno es «igual que» el otro, entonces nos encontramos con que podemos desarrollar un argumento *a pari*, que es una manifestación del argumento por analogía que he venido analizando hasta ahora.

En cualquier caso, cuando quien aplica el Derecho desarrollando la interpretación de un precepto jurídico extrae la conclusión de que un determinado caso no está regulado por el mismo, pasa automáticamente a designar de entre los argumentos que hemos mencionado –argumento analógico, argumento *a sensu contrario*, argumentos *a fortiori*– aquél

¹⁶ ALCHOURRÓN, C. E. «Los argumentos jurídicos *a fortiori* y *a pari*», en Alchourrón, C. E. y BULYGIN, E : *Análisis lógico y derecho*, C.E.C., Madrid, 1991, pp. 3–24. KLUG, U.: *op. cit.* p. 180 y ss.

que considera que debe aplicarse al caso. Y la decisión de cuál de estos argumentos aplica es una cuestión interpretativa y valorativa, y no de razonamiento lógico-deductivo a partir de una ley dada, como se verá de forma definitiva al analizar las posibilidades lógicas que se ofrecen respecto de los argumentos *a fortiori*, *a contrario* y *a pari*.

Al analizar el razonamiento *a contrario* según la lógica moderna Klug diferencia tres casos, según que la relación entre los supuestos jurídicos y las consecuencias jurídicas de la norma dada tenga la forma de una implicación extensiva («si ... entonces»), intensiva («sólo si ... entonces») o mutua («si y sólo si ... entonces»); esto es, según que los supuestos de hecho sean condición suficiente, necesaria o suficiente y necesaria para las consecuencias jurídicas¹⁷.

« \rightarrow » IMPLICACIÓN EXTENSIVA.

« \Rightarrow » IMPLICACIÓN INTENSIVA.

« \leftrightarrow » IMPLICACIÓN MUTUA O BICONDICIONAL.

De esta forma, y según la siguiente tabla de verdad:

X	Y	$X \rightarrow Y$	$X \Rightarrow Y$	$X \leftrightarrow Y$
V	V	V	V	V
V	F	F	V	F
F	V	V	F	F
F	F	F	V	V

Klug concluye que en el caso de normas que presupongan la implicación extensiva el argumento *a contrario* no sería válido desde el punto de vista lógico, mientras que sí lo sería en el caso de la implicación intensiva y en el de la mutua. Así, siendo V los supuestos jurídicos y R las consecuencias jurídicas:

a) $\Delta x Vx \rightarrow Rx$ no es una formulación válida desde el punto de vista lógico-deductivo.

$\Delta x \neg Vx \rightarrow \neg Rx$

De esta fórmula sólo se puede deducir la conclusión de que «para todos los x vale: siempre que las consecuencias jurídicas R no tengan lugar con respecto al hecho x, x será entonces un hecho que no cumple los supuestos V»¹⁸. Mas como se trata de condiciones suficientes puede haber otros supuestos de hecho cuyo cumplimiento dé lugar a las conse-

¹⁷ KLUG, U.: *op. cit.*, pp. 180 y ss.

¹⁸ KLUG, U.: *op. cit.*, p. 181.

cuencias jurídicas indicadas y por ello no es posible derivar según las reglas de la lógica el argumento *a contrario* en estos casos.

b) $\Delta x \ Vx \Rightarrow Rx$ sí es un esquema válido desde el punto de vista lógico-deductivo pues, al ser condición necesaria el que se produzca V, si V no se produce no tendrá lugar R.

$\Delta x \ -Vx \Rightarrow -Rx$

c) $\Delta x \ Vx \leftrightarrow Rx$ sí es una formulación válida desde el punto de vista lógico-deductivo por lo mismo que la anterior también lo era.

$\Delta x \ -Vx \leftrightarrow -Rx$

En todo caso, es conveniente tener en cuenta que, al igual que ocurría con el círculo de semejanza, en el razonamiento por analogía, establecer cuál sea el tipo de implicación contenido en el enunciado normativo no es una cuestión lógica sino que es una cuestión interpretativa. De nuevo nos encontramos con que la lógica no es lo fundamental sino que lo fundamental es la labor de interpretación previa, la cual es determinante a la hora de señalar cuál sea el tipo de argumento que va a utilizar el aplicador del Derecho. De las normas no se infiere directamente cuál es la implicación que éstas contienen (pues entonces sí estaríamos ante una operación puramente lógica en la *argumentación a contrario*). Así, si nos encontramos ante la norma que reconoce el derecho de alimentos a los cónyuges (por continuar con el ejemplo anterior) el aplicador del Derecho no conoce de manera objetiva si esa norma quiere decir que si y solo si se es cónyuge se tiene derecho de alimentos o quiere decir que si se es cónyuge se tiene derecho de alimentos.

Un tanto de lo mismo ocurre con los argumentos *a fortiori*. En estos argumentos, como ya dije, figuran expresiones comparativas. Existen dos clases de argumentos *a fortiori*, el argumento *a maiori ad minus* —el que tiene derecho a lo más tiene derecho a lo menos— y el argumento *a minori ad maius* —si está prohibido lo menos está prohibido lo más. Estos argumentos se utilizan también para extender el ámbito de aplicabilidad de las normas existentes.

El esquema formal de los argumentos *a fortiori*, siguiendo las explicaciones de Alchourrón¹⁹ que se sirve de la lógica de relaciones, es el siguiente:

(I)	X-R-Y	Ej. A tiene más dinero que B
	Y-R-Z	B tiene más dinero que C
	X-R-Z	luego A tiene más dinero que C

¹⁹ ALCHOURRÓN, C. E. , «Los argumentos jurídicos *a fortiori* y *a pari*», *op. cit.*, pp 3-24.

R = transitiva y asimétrica. [Una relación R es transitiva cuando si una entidad x tiene la relación R con y , y la entidad y tiene la relación R con z , entonces x tiene la relación R con z , cualesquiera sean las entidades x y z escogidas. Una relación es asimétrica cuando si una entidad x tiene la relación R con y , entonces no es verdad que y tenga la relación R con x , cualesquiera sean las entidades x e y escogidas].

Las argumentaciones *a fortiori* son siempre lógicamente válidas, pues (I) es un esquema que proporciona argumentos válidos cuando la relación R es transitiva. Sin embargo, las argumentaciones jurídicas *a fortiori* son lógicamente inválidas ya que no reflejan aquello que los lógicos medievales designaron por tal nombre. El esquema de un argumento jurídico *a fortiori* es como sigue:

(II) $\frac{P-X \text{ son permitidos los préstamos con } 12\% \text{ de interés anual}}{\text{luego } P-Y \text{ luego son permitidos los préstamos con } 8\% \text{ de interés anual}}$

Señala Alchourrón que lo usual en esta forma de argumentación es que la misma descansa en una premisa que opera de forma implícita, y cuya función es indicar una relación R entre las acciones consideradas en el argumento. R puede consistir, como en el ejemplo, en «ser un préstamo más oneroso que». No olvidemos que las reglas de la lógica exigían que la relación R fuese una relación transitiva y asimétrica. Tomando esto en cuenta tenemos el siguiente esquema:

(III) $\frac{\begin{array}{l} P-X \text{ Ej. en el caso de un argumento } a \text{ maiori ad minus, son permitidos los préstamos con el } 12\% \text{ de interés anual.} \\ X-R-Y \text{ [premisa implícita] los préstamos con } 12\% \text{ de interés anual son más onerosos que los préstamos con } 8\% \end{array}}{\text{luego } P-Y \text{ luego son permitidos los préstamos con un interés del } 8\% \text{ anual}}$

Los argumentos que respetan este esquema (III) no son lógicamente válidos, es posible que las premisas sean verdaderas y la conclusión falsa. Esto se puede ver claro con el análisis del siguiente aforismo muy utilizado en el mundo del Derecho: «quien puede lo más puede lo menos». Este aforismo responde al esquema anterior y, sin embargo, no es siempre cierto con lo que no se puede decir que estemos ante una formulación en términos lógicos. Para ser una formulación lógica Y debería heredar de X la propiedad P a través de R en todos los casos, Her. (P, R), pero esto no es así. El esquema que establecería una forma de argumento lógicamente válida de la teoría de las relaciones sería el siguiente:

(IV) $\frac{\begin{array}{l} P-X \\ X-R-Y \text{ R = transitiva y asimétrica.} \\ \text{Her. (P, R)} \end{array}}{\text{luego } P-Y}$

La tercera de las premisas –Her. (P, R)–, esto es, que Y hereda en este caso la propiedad P a través de R, opera, en general, de forma implícita en las argumentaciones jurídicas *a fortiori* y, desde luego, es indispensable para la validez de la argumentación. Esta premisa, como ya sucediera con los elementos básicos para la argumentación por analogía y *a contrario*, nunca es verdadera por razones lógicas sino valorativas. De nuevo depende de la valoración el elemento clave para la argumentación, en este caso *a fortiori*.

Es posible que para que P sea heredable se necesite que concorra la relación converso de R en lugar de que concorra R. La relación converso de R es aquella que es verdadera entre Y y X cuando R es verdadera entre X e Y («ser ascendiente de» es la relación converso de «ser descendiente de»). En estos casos el esquema sería el siguiente:

(V)	P–Y	Ej. Es permitido entregar al Estado el 25% de las entradas.
	X–R–Y	Una entrega del 30% es mayor que una del 25%.
	Her.(P Conv. R)	Son permitidas las entregas mayores que las entregas permitidas.
<hr/>		
luego	P–X	luego es permitido entregar al Estado el 30% de las entradas.
	R= transitiva y asimétrica.	

Las premisas Her. (P, R) y Her. (P Conv. R) nos dice Alchourrón que son independientes. Que ninguna de las dos implica a la otra y que es posible que ambas sean verdaderas o falsas. Por otra parte, es posible diferenciar tantos tipos de argumentos *a fortiori* como modalidades normativas diferentes existen: permitido, prohibido, obligatorio y facultativo. Ahora bien, en general puede afirmarse que todo argumento jurídico *a fortiori*, de cualquier tipo que sea, es derivable de (IV) o de (V).

La relación R puede significar una relación de mayor magnitud o de menor magnitud y según lo que signifique dará lugar a un argumento *a maiori ad minus* o a un argumento *a minori ad maius*.

Tras el análisis de los epígrafes I y II de este estudio resulta evidente que el aplicador del derecho para llegar a la solución de un caso para el cual considera que no existe norma en el sistema jurídico directamente aplicable no se centra en el análisis lógico-deductivo del material normativo del que dispone sino que realiza una labor previa de valoración de las normas del sistema jurídico relacionadas con el problema al que debe dar solución, labor que es fundamental a la hora de determinar si cabe en dicho caso recurrir a alguno de los razonamientos jurídicos de los tratados hasta el momento (esto es, el argumento de la analogía, el argumento *a contrario* o el argumento *a fortiori*). En efecto, estos argumentos descansan sobre premisas que no se derivan lógico-deductivamente de la ley sino que son producto de una labor de interpretación y valoración realiza-

da por el aplicador del derecho, labor que es, en este sentido, creativa. En lo que se refiere a la analogía, el jurista debe decidir si el caso que tiene entre manos es suficientemente semejante a otro regulado por alguna o algunas de las normas del ordenamiento. En caso de que aprecie dicha semejanza deberá decidir si la norma jurídica es extensible a casos no regulados o no claramente regulados por ella. El reto ante el que nos encontramos es, pues, justificar esa serie de premisas de manera que podamos afirmar, sin grave riesgo, que dicha tarea valorativa no conculca en manera alguna el ideal del imperio de la ley.

III

La decisión sobre la clase de argumento al que recurrir en el caso concreto (analogía, argumento *a contrario*, etc.) no la puede basar el aplicador del Derecho, como ya ha quedado dicho, en argumentos de tipo lógico-deductivo sino que su decisión, en tanto que decisión valorativa, ha de fundarla en otro tipo de argumentos. El que la decisión en estos casos haya de ser una decisión jurídica implica que los criterios que se utilicen en el establecimiento de las premisas del razonamiento en cuestión hayan de ser también jurídicos (al hablar de valoración no se hace referencia a una valoración conforme a criterios de tipo exclusivamente personal de quien aplica el Derecho sino a una valoración basada en argumentos normalmente utilizados en el mundo del Derecho). Este tipo de argumentos fundadores, a los que Alexy incluiría dentro de la llamada por él justificación externa del razonamiento, argumentos como, por ejemplo, argumentos teleológicos, consecuencialistas, históricos..., junto con la posterior formulación en términos lógicos del razonamiento ya concluido (para determinar que se han respetado las exigencias de coherencia), pueden ser muy poderosos y convencer a la mayoría de la comunidad jurídica de que efectivamente, la solución que el aplicador del Derecho ofrece al caso y que cuenta con el apoyo de varios de esos argumentos es la mejor solución que se puede ofrecer al supuesto planteado.

En cualquier caso, es preciso darse cuenta de que me estoy refiriendo siempre a supuestos que se considera que no entran dentro del ámbito de protección de ninguna norma jurídica (conclusión a la que se llega, también, a través de la interpretación). Sin embargo, es fundamental no olvidar que las normas que existen son, a pesar de no incluir el caso en sus supuestos de hecho, un referente que acota de manera importante la solución. En este sentido, y centrándome en lo que es la materia objeto de este estudio, esto es, la analogía, el aplicador del Derecho, si quiere que la solución que ofrece al caso sea considerada como una decisión jurídica carente de arbitrariedad, debe de presentar la misma como estrechamente vinculada al material normativo existente. En el caso de la analogía ello significa que, de admitir la extensibilidad de la norma en cuestión, el

aplicador del Derecho no va a poder trazar el llamado círculo de semejanza a su antojo y según su conveniencia (valoración no es equivalente a arbitrariedad). La norma va a ser el referente ineludible a la hora de fijar dicho círculo de semejanza; las similitudes que se tomen como base a la hora de aplicar la norma mediante la analogía al caso no regulado deben poder ser presentadas por el aplicador del derecho como aquellas notas que el legislador tomó en consideración al regular unos supuestos de hecho determinados, y no otros, de una determinada forma. Aunque exista una cierta conexión entre dos casos diferentes ello no es suficiente para admitir la posibilidad de aplicación de la norma analógicamente al caso no regulado. La conexión que se produzca ha de ser relevante: lo será cuando el caso no regulado coincida con los casos que están regulados por la norma en aquellos aspectos que se consideran determinantes, decisivos en cuanto a la regulación que realiza ésta en un sentido y no en otro. Es cierto que muchas veces no está claro el sentido que deba darse a la norma, el «fin» para el que la misma se haya concebido o que la misma deba cumplir, pero, en todo caso, quien aplica el Derecho no puede realizar un uso analógico de la norma sino en aquellos casos en que sea posible entender que llevando a cabo dicha aplicación analógica del Derecho está dando cumplimiento a los fines de la susodicha norma.

Por otro lado, al aplicar el Derecho se debe presentar siempre la solución como la mejor posible. Para ello deben darse argumentos de peso ante la comunidad jurídica, argumentos que no podrán ser sino argumentos extrajurídicos (como, por ejemplo, la finalidad de la norma, las consecuencias de decidir en un determinado sentido o en otro, el parecido del caso a solucionar con algunos de los ya resueltos por las normas jurídicas o, por el contrario, su diferencia en un punto esencial, lo que no es sino una cuestión de valoración, etc.). Cuando un sector de la comunidad jurídica no está de acuerdo suele contraargumentar creándose una discusión «científica» de la que nace una doctrina mayoritaria y ciertas doctrinas minoritarias que en muchos casos esgrimen también argumentos de peso (pero en ningún caso nos encontramos con una enorme variedad de respuestas jurídicas —o dadas por juristas si se prefiere— que se consideren válidas por la comunidad jurídica para un mismo caso). La existencia de la doctrina, al igual que la existencia de una cierta constancia en el sentido de las decisiones tomadas por los tribunales (que están obligados a motivar las mismas —art. 120.3 CE—), produce un sentimiento de estabilidad en la población que acrecienta la confianza de la sociedad en el sistema jurídico y en el imperio de la ley. Predomina, en general, en nuestra sociedad la fuerte creencia de que las soluciones que se dan por los aplicadores del derecho están suficientemente fundadas (cumpliéndose las exigencias del artículo 120.3 de la Constitución española) y no son arbitrarias. El sujeto de la decisión considera, en definitiva, que aquella es una decisión jurídica (que es lo opuesto a una decisión arbitraria) y que él vive en una sociedad gobernada por el imperio de la ley. Y a ello contribuye el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), que es otro de

los requisitos del imperio de la ley y que permite al particular que no está de acuerdo con la decisión ejercitar sus pretensiones en las diferentes instancias hasta llegar a las más altas instancias de aplicación del derecho establecidas dentro del sistema jurídico del país. Según nuestro sistema jurídico para formar parte de éstas es necesario ser un prestigioso magistrado con muchos años de experiencia. Esto contribuye a que las decisiones de estas altas instancias sean respetadas y se afiance la percepción de estar viviendo en una sociedad gobernada por la «rule of law».

Creo que es posible asegurar que, a pesar de esa pequeña tarea creativa del juez (que no arbitraria, pues ya hemos visto cómo se debe argumentar tomando como base el material normativo y con argumentos de peso, esto es, argumentos que son ya comúnmente admitidos en el ámbito jurídico como válidos para fundamentar las decisiones jurídicas —aunque no sean en sí mismos argumentos puramente jurídicos—, y que se refieren a los fines de la norma, a las consecuencias de una decisión en un determinado sentido, etc.), nadie duda en general que los aplicadores del derecho están actuando conforme a derecho y otorgando soluciones jurídicas a pesar de que, en la mayoría de los casos, en su labor se vean obligados a ir más allá de la pura inferencia lógica lo que, por otro lado, es inevitable en un sistema, como el jurídico, que tiene que regular una realidad cambiante a través de un instrumento esencialmente vago como lo es el lenguaje.

La circunstancia de que en algunos casos o en numerosos casos no lleguen los aplicadores del derecho a una solución única ante problemas similares es algo lógico en tanto, como ya he señalado, el Derecho no es una ciencia exacta y se sirve del lenguaje que es vago por naturaleza. Las exigencias del imperio de la ley no se deben identificar con una exigencia exacerbada de seguridad absoluta sino con un conjunto de reglas de referencia que de forma global se pueda entender que son aplicadas por los aplicadores del derecho de una manera general y universal.

Se puede entender que los razonamientos analógicos no hacen sino moverse dentro de las reglas del juego del imperio de la ley, dentro de la necesidad de que las soluciones sean universales y de que se trate igual lo que es igual y diferente lo que es diferente. En base a este principio el aplicador del derecho toma el supuesto de hecho F_x como si éste incluyera también los casos $F_{sim.x}$. En este sentido se está realizando ciertamente una labor creativa, pero es una labor que se mueve dentro del ámbito que el propio legislador establece al delimitar el conjunto de referencia al que debe atenerse quien tiene la misión de aplicar el Derecho. Y, en muchas ocasiones, la sociedad misma es la que demanda que a esos casos no incluidos en el supuesto de hecho, porque, por ejemplo, son producto del avance de los tiempos, se les reconozcan los mismos efectos.

Es, sin embargo, necesario dejar claro que existen determinados campos del ordenamiento jurídico que el legislador ha excluido expresamente del juego de la analogía. Entre los campos que se ha preocupado de

preservar está el del Derecho penal. Pasaré ahora a analizar los problemas que en relación con la analogía se producen en el ámbito del Derecho penal.

IV

El principio de legalidad en materia penal se halla regulado dentro de la Constitución, en los artículos 25 y 9.3, y por el Código Penal, en sus artículos 1, 2, 23 y 24. De la redacción de los artículos 1 y 2 (establece el artículo 1 que «[s]on delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley», mientras que el artículo 2, párrafo primero, señala que «[e]n el caso de que un Tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la Ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal) deriva la doctrina el aforismo *nullum crimen sine lege*. Del artículo 23 del Código Penal (CP en adelante), que establece que [n]o será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por Ley anterior a su perpetración», la mencionada doctrina deriva el aforismo *nulla poena sine lege*. De ambos se extrae según los juristas estudiosos del Derecho penal la prohibición de analogía en el ámbito del Derecho penal.

En lo referente al nuevo Código penal, que entró en vigor el día 24 de mayo de 1996 tal y como dispone su disposición final séptima, su regulación es aún más contundente que la del Código Penal actual. Dicha regulación se contiene en los artículos 1, 2, 4 y 10 CP nuevo. Mientras que los artículos 1, 2, 4.2, 4.3 y 10 reproducen lo que se decía ya en el CP de 1973, el artículo 4 contiene una redacción sumamente interesante. Establece este artículo en su apartado primero que «[l]as leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». Pues bien, este precepto, que sin duda ha sido introducido por el legislador del 95 para enfatizar la prohibición de analogía en el ámbito del Derecho penal, plantea una serie de importantes cuestiones que paso a tratar de inmediato.

Para empezar, creo que no es del todo exacto el hablar de los casos «comprendidos expresamente en las leyes». Esta expresión da a entender que es posible determinar claramente con la mera lectura de los preceptos penales cuáles son los comprendidos en los mismos y cuáles quedan fuera, mas esto no es así. Las leyes no cubren un número determinado de casos de márgenes bien definidas. Lo que quieren decir las leyes está casi siempre abierto en alguna medida a la interpretación (podría ilustrar esto el artículo 248, apartado 1, CP nuevo: «[c]ometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno». Se plantea con relación a este artículo cuestiones respecto del tipo de engaño que se requiere —¿qué conducta supone engaño bastante?

y engaño ¿respecto de quién?, ¿del individuo del caso concreto?, ¿del ciudadano medio?— y cuestiones también relativas a lo que significa el perjuicio que requiere este artículo —¿se trata de un perjuicio patrimonial? y si es así ¿hemos de considerar que la referencia ha de ser el perjuicio al patrimonio del individuo en su conjunto? ¿o basta con tomar la operación de disposición de forma aislada y determinar si se ha producido dicho perjuicio?) .

Esta problemática engarza con un tema fundamental dentro de las cuestiones que estamos tratando. Tradicionalmente se viene manteniendo, y ésta es la postura de la doctrina dominante en materia penal²⁰, que los límites de la interpretación se encuentran en el sentido literal de la ley, y que dentro de éste cabe realizar una interpretación extensiva que sí estaría permitida. La cuestión es fundamental en tanto que la prohibición de analogía tiene pleno sentido si realmente es posible deslindar lo que constituye interpretación extensiva que está dentro de los linderos de la ley (y, por consiguiente, aquellos casos que se encuentran «expresamente» comprendidos en la misma) de los que es la actividad «creativa» correspondiente ya a un razonamiento por analogía.

Según se ha señalado con acierto, los problemas de la separación entre la interpretación extensiva y la analogía (la una permitida y la otra prohibida) surgen en el ámbito del método teleológico de interpretación de la ley²¹. Y es que la analogía se basa precisamente en ofrecer soluciones a casos que, por medio de la interpretación, se considera que caen fuera del supuesto de hecho de la norma pero que, sin embargo, comparten con los casos sí incluidos una gran similitud que lleva al aplicador del Derecho a concluir que aplicando dicha norma al caso no regulado se cumpliría también el propósito que late bajo la redacción de la misma, propósito que se descubre a través del método teleológico. Teniendo en cuenta esto, y también que la interpretación extensiva se funda en considerar incluidos ciertos casos dentro del supuesto de la norma precisamente en base a los propósitos de la misma, queda patente la imposibilidad de encontrar criterios diferenciadores absolutamente nítidos entre lo que constituye aplicación analógica del Derecho y la interpretación extensiva del mismo. Bacigalupo llega a la conclusión de que buscar los casos que se suponen comprendidos en el supuesto de hecho de la norma en base al propósito de la ley, como requiere el método teleológico, conduce a que no existan prácticamente posibilidades de obtener una «fórmula practicable para establecer el límite máximo de la interpretación permitida frente a la analogía prohibida»²². El mismo autor, en referencia a lo que constituya una fórmula practicable, señala cómo la experiencia indica que la

²⁰ La doctrina dominante (Schreiber, Baumann, Cerezo Mir, Muñoz Conde, Stratenwerth, etcétera) está suficientemente expuesta por Enrique Bacigalupo en su artículo «La garantía del principio de legalidad y la prohibición de analogía en el Derecho penal» en el *Anuario de derechos humanos*, Universidad Complutense, Madrid, 1983, pp. 13 ss.

²¹ BACIGALUPO, E.: *op. cit.*, pp. 22 ss.

²² BACIGALUPO, E.: *op. cit.*, p. 25.

dogmática penal y la dogmática jurídica en general «no tienen la posibilidad de brindar, sobre cuestiones de pura decisión valorativa, conceptos jurídicos que puedan verificarse mediante una estricta subsunción, que es precisamente la característica de una solución “practicable” óptima»²³.

Hasta aquí se puede estar de acuerdo con lo dicho por Enrique Bacigalupo, mas no en lo que viene después. Este autor sostiene que en tanto que es la garantía constitucional (que es el principio de legalidad y, dentro de éste, la prohibición de analogía) la que debe primar sobre los métodos de interpretación y debido a la «carencia de reglas que garanticen que un determinado hecho pertenece a la clase de hechos mencionados en la ley penal como presupuesto de una pena»²⁴ la única respuesta a este problema es «la exclusión de toda interpretación extensiva en el derecho penal»²⁵. «[L]a extensión de la ley penal [continúa este autor] por encima de la interpretación que permita fijar un número mínimo de casos comprendidos en su texto es violatoria de la función de garantía de la ley penal»²⁶. «[N]o es el “sentido posible del texto” lo que dará el límite de la interpretación, sino el “sentido más restringido del texto”»²⁷.

En mi opinión no existe criterio objetivo que nos permita diferenciar los supuestos de interpretación extensiva de aquellos otros en los que se razona por analogía. No es posible, en efecto, diferenciar completamente ambos supuestos porque las normas, salvo aquellas que gozan de autonomía semántica y que tienen límites precisos, son normas cuyos límites exteriores poseen una cierta indeterminación que provoca que existan una serie de casos respecto de los que no se puede concluir con claridad si se encuentran dentro o fuera del ámbito de cobertura de la norma jurídica. Es a quien tiene la misión de aplicar el Derecho a quien corresponde decidir si estamos ante el primero o ante el segundo de los casos. Si la interpretación extensiva tiene su fundamento en la inclusión de casos en la norma jurídica en base a la consideración de cuáles sean los propósitos de ésta, no veo como pueda establecerse un criterio objetivo que consiga deslindar estos supuestos de interpretación extensiva de aquellos otros de aplicación analógica de la norma en los que el aplicador del Derecho extiende la norma a casos que son igualmente semejantes a otros claramente contemplados por la norma jurídica y que cumplirían también, como aquellos que se consideran incluidos en la norma vía interpretación extensiva, los propósitos de la norma.

A pesar de lo dicho hasta el momento existen, a mi parecer, buenas razones para permitir la interpretación teleológica de las normas, incluso de las normas penales, con todo lo que ello conlleva. Y conlleva sin ir

²³ BACIGALUPO, E.: *ibidem*. Recordemos que el propio Laporta se ocupaba también de este tema de la solución practicable óptima en «Imperio de la Ley: Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz» en *Doxa* 15–16, 1994, p. 144.

²⁴ BACIGALUPO, E.: *op. cit.*, p. 28.

²⁵ BACIGALUPO, E.: *ibidem*.

²⁶ BACIGALUPO, E.: *ibidem*.

²⁷ BACIGALUPO, E.: *op. cit.*, p. 29.

más lejos el que se puedan llevar a cabo interpretaciones amplificadoras de las normas. El método teleológico trata de fijar los propósitos de la norma y no parece dudoso que conocer los propósitos de la misma y poder cumplirlos es de suma importancia. Se suele decir que, en ocasiones, al interpretar los propósitos de la norma quien la aplica se está colocando en la posición del legislador, cuyo propósito al establecer la norma a lo mejor no era *x* sino *y*. Pero se olvida que el que el aplicador del Derecho pueda extraer el propósito de la norma coincidiendo con lo que se proponía el legislador dependerá en gran medida de cómo haya configurado éste la norma; luego del legislador depende en muchas ocasiones que se produzca un desplazamiento de su poder al poder judicial (y creo que, en cierta medida, y dado que el legislador no es un ser omnisciente o que pueda o deba regularlo todo hasta el más inverosímil caso o hasta el último detalle, siempre se va a producir un cierto desplazamiento del poder de manos del legislativo a manos de los aplicadores del Derecho). Y muchas veces es el propio legislador el que se arriesga a que los aplicadores del Derecho puedan llegar a propósitos diferentes de los que él concibió y lo hace porque prefiere ser algo menos específico y permitir así que un número mayor de casos queden cubiertos por la norma. En mi opinión no debe ponerse el acento del problema del desplazamiento de ámbitos de poder del legislativo al poder judicial en la utilización del método teleológico por los jueces sino en el propio ámbito que el legislador deja abierto al redactar las leyes de una determinada forma (porque es poco preciso, porque utiliza términos vagos, porque no es un ser omnisciente y no es capaz de prever nuevos casos que se producen o incluso olvida incluir algunos casos de los que ya existían, etc.). Por otro lado, en ocasiones no tiene sentido tomar como pauta interpretativa lo que «El legislador histórico» (¡cómo si pudiésemos hablar de un solo legislador con una voluntad uniforme!) pretendía con la norma, pues precisamente los ordenamientos que son más beneficiosos para el desenvolvimiento de toda la sociedad y de los individuos mismos son los ordenamientos dinámicos que no quedan rápidamente anquilosados y que pueden adaptarse al correr de los tiempos.

En el ámbito del Derecho penal es forzoso reconocer que se complican enormemente las cosas cuando se admite el método teleológico como método válido de interpretación de las normas: Si admitimos el método teleológico que no nos permite diferenciar con seguridad interpretación extensiva y analogía, ¿tenemos entonces que concluir que el razonamiento analógico debería estar permitido en cuanto no es nada sustancialmente diferente a la mencionada interpretación extensiva? Y, sin embargo, el método teleológico es uno de los métodos fundamentales de interpretación del Derecho y debe seguir siéndolo por lo dicho en el párrafo anterior.

En mi opinión puede tener sentido, aun admitiendo el método teleológico de interpretación, seguir hablando de prohibición de analogía en el Derecho penal. Para ello el único criterio de distinción entre interpreta-

ción extensiva y analogía que es posible mantener es un criterio subjetivo (puesto que ya vimos como objetivamente no podía establecerse diferenciación alguna). Eso sí, ha de quedar claro que, como ya vimos con anterioridad, el razonamiento analógico no es un razonamiento ni arbitrario ni desligado de la ley. En este sentido, mi opinión es que lo que deba considerarse interpretación extensiva y lo que deba considerarse analogía quedará establecido a través del precedente (que se formará por los fallos de las instancias superiores y a cuyo reforzamiento coadyuvará la doctrina y que será clave para que se produzca la nota de generalidad tan importante para el cumplimiento del ideal del imperio de la ley). Parece claro que la jurisprudencia que siguen los tribunales de las instancias superiores y el Tribunal Supremo (TS) es la que se acaba aplicando en la resolución de los casos pues, aunque no exista en España la vinculación al precedente, o bien se sigue dicha jurisprudencia desde un principio, desde la primera instancia, o bien el caso llega en apelación a la última instancia o en casación ante el Tribunal Supremo. Si no llega en apelación a la última instancia o en casación al Supremo es porque los particulares acatan dicha decisión como decisión jurídica correcta y fundada en Derecho con lo que no se estaría conculcando la idea del imperio de la ley. Cuando el legislador no vea con buenos ojos la práctica que se desarrolla en los tribunales siempre puede legislar de nuevo, intentando que la nueva ley explicita mejor aquello que él quería lograr, reduciendo así el campo abierto a la posibilidad de amplificación de la norma.

Por último, existe prácticamente consenso en la doctrina penal a la hora de rechazar la posibilidad del razonamiento analógico en los casos de la llamada «analogía *in malam partem*» pero en lo que respecta a la conocida como «analogía *in bonam partem*» los autores hasta ahora discrepaban. La mayoría de los autores²⁸ consideraban que se debe admitir la analogía *in bonam partem* como razonamiento válido en el campo del Derecho penal. Algunos autores disientían de esa opinión y lo hacían en base al artículo 2 del Código Penal relativo al indulto y que dispone que los jueces y tribunales deben ejecutar la sentencia aun «cuando de la *rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley* resultare penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal, no debiera serlo, o la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito» (la cursiva es mía). Para los autores del sector minoritario «rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley» significaba excluir cualquier tipo de razonamiento por analogía, incluyendo la analogía *in bonam partem*. Los autores del sector mayoritario razonan en el sentido de que la aplicación de una norma siguiendo una argumentación de tipo analógico de forma que resulte en un beneficio para el reo no supone en ningún caso conculcar el imperio de la ley y, en concreto, el

²⁸ Vide, por todos, MIR PUIG, S.: *Derecho Penal: Parte General*, ed. P.P.U., 3.ª ed, Barcelona 1990, pp. 87-97; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN: *Derecho Penal: Parte General*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 89 ss.

principio de legalidad en materia penal pues el sentido de éste último es que no pueda sancionarse ninguna conducta ni establecerse ninguna pena no sancionada por la ley. El sentido del imperio de la ley es el de que la autonomía del individuo pueda verse protegida y creo que con una aplicación benéfica de la ley penal, a través de un razonamiento por analogía, se respeta dicha autonomía y la de todos los individuos.

Con el nuevo Código Penal se ha introducido una nueva norma que no es otra que la del ya mencionado artículo 4.1 CP. Este artículo dispone que «[l]as leyes penales no se aplicarán a casos diferentes de los comprendidos expresamente en ellas». Ya hemos visto como la analogía se aplicaba en casos considerados como no expresamente incluidos por norma jurídica alguna. La norma del artículo 4 CP se ha establecido seguramente para reiterar, de forma si cabe más clara y contundente, algo que ya se desprende del todavía vigente Código Penal y que la doctrina ya había afirmado con rotundidad: que no se pueden extender los tipos penales a conductas no incluidas en ellos, ni tampoco se puede extender el grado de punición. Ya se dijo cómo la doctrina mayoritaria consideraba que la analogía *in bonam partem* no conculcaba esta garantía del principio de legalidad. A raíz del mencionado artículo 4 CP será más difícil seguir manteniendo la posibilidad de la analogía *in bonam partem* en cuanto que el artículo 4 CP está redactado en términos absolutos. Sin embargo, creo que la doctrina seguirá manteniendo mayoritariamente la admisibilidad de dicho razonamiento en el ámbito del Derecho penal, apoyándose en los mismos argumentos que antes y pensando en las grandes injusticias que podrían cometerse de no admitirse dicho criterio. Esa admisibilidad de la analogía *in bonam partem* encuentra apoyos, a mi juicio, en que no supone una conculcación del principio de legalidad y en base también al criterio consecuencialista a que hacía referencia con anterioridad (y que considero que es un criterio de peso). En mi opinión en forma alguna conduce esto a vaciar de sentido la labor del legislador pues de estar esos casos claramente regulados por alguna norma jurídica no nos quedaría sino aplicarla por injusta que pudiera parecer y recurrir entonces a la solicitud de indulto.

V

Después de lo visto hasta ahora creo que es posible concluir que la analogía es una forma de argumentación jurídica valiosa en tanto que con ella se busca la solución más acorde con el sistema jurídico de casos no regulados —o no claramente regulados— por el ordenamiento pero muy similares a los que sí se encuentran regulados. Es indudable que la valoración constituye un elemento esencial en la tarea de la aplicación analógica del derecho (y no sólo en esta tarea sino en la mayoría de las que acomete el aplicador del Derecho). Sin embargo, la misma se basa en una

ponderación de la norma existente, una interpretación de la misma que no se realiza de manera arbitraria, sino que debe poder ser justificada ante la comunidad jurídica. Para poder hacerlo el aplicador del Derecho no debe de salirse del marco que le ofrecen las normas establecidas, que son las que le marcan los límites de hasta donde puede llegar; así, por ejemplo, en la determinación del círculo de semejanza han de considerarse los posibles fines de las normas, teniendo muy en cuenta las características fundamentales que se manejan en la formulación del supuesto de hecho de la norma, tratando de determinar cuáles hayan sido las características valoradas a la hora de establecer una regulación determinada para ver luego si tales características confluyen en el caso concreto que se trata de solucionar. Por otro lado, además de no desvincularse del material normativo, el aplicador del derecho habrá de razonar su decisión de extender la norma al caso concreto y lo deberá hacer en base a los instrumentos que son comunes al mundo del Derecho: interpretación de los fines de la norma, consideración sistemática de la misma, revisión de las posibles consecuencias de una decisión en uno u otro sentido, establecimiento de los límites que podrían caer respecto del sentido de la norma conforme al lenguaje utilizado por la misma, etc. En fin, la decisión de aplicar analógicamente una norma habrá de reunir la nota de coherencia que le proporciona el respeto a los principios de la lógica.

En definitiva, la existencia de justificación, de motivación conforme a argumentos comúnmente utilizados en la Ciencia del Derecho, motivación referida también al ingrediente valorativo en la aplicación analógica de las leyes, me lleva a concluir que cuando los jueces acuden al razonamiento por analogía para fundamentar su decisión, y a salvo los ámbitos en que tal recurso está prohibido, no se produce una vulneración del ideal del imperio de la ley. Mucho menos tiene lugar tal vulneración cuando el intérprete se limita a precisar el campo de aplicación de una norma cuyo verdadero alcance, sin que la esfera penal sea en este punto una excepción, se presenta en multitud de ocasiones como problemático.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E.: *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales (CEC), Madrid, 1991, pp. 3-24.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: *Sobre la analogía en el derecho; ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Cuadernos Cívitas, 1.ª ed., Madrid, 1986.
- «Para una teoría de la argumentación jurídica», en *Doxa*, núm. 8, pp. 39 ss.
- ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales (CEC), Madrid, 1989.
- BACIGALUPO, E.: «La garantía del principio de legalidad y la prohibición de analogía en el derecho penal», en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense, Madrid, 1983, pp. 13 ss.

- ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, ed. Guadarrama, Madrid, 1967, pp. 171-197.
- KLUG, U: *Lógica jurídica*, ed. Temis, Bogotá, 1990.
- LAPORTA, F. J.: «Imperio de la ley: reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», en *Doxa*, núm. 15-16, 1994, pp. 133 ss.
- LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, ed. Ariel, Barcelona, 1966, pp. 272-317.
- MIR PUIG, S.: *Derecho penal: Parte general*, ed. P.P.U., 3.^a ed., Barcelona, 1990, pp. 87-97.
- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal: Parte general*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 89 ss.

2.2 ESTUDIOS SOBRE JUSTICIA Y DERECHOS

