



de analogía “contra legem”. 7. El ámbito de admisibilidad como límite de la aplicación analógica. Referencias.

## Resumen .....

Este trabajo trae informaciones sobre la sustitución de la preeminencia de la legislación como fuente del Derecho, reiteradamente destacada por la teoría jurídica normativista, y por la pretensión de reducir la aplicación del Derecho a una mecánica dogmático-deductiva, por la afirmación de que el centro de gravedad de la producción jurídica está tanto en la norma como en la decisión que la aplica. El factor argumentativo que las normas procedentes de las autoridades jurisdiccionales introduce y la necesidad de justificación de la decisión adoptada lleva al recurso a la analogía, quedando en abierto opciones estimativas en cuyo espectro influye el grado de protagonismo del juez. La aplicación analógica de las normas incrementa la complejidad por la dimensión heurística y constructivista de las mismas, llevando al problema de los límites del activismo judicial. En esta análisis tres factores están incoados: la creación normativa como producto del rol institucional asignado a la jurisprudencia, la dimensión argumentativa problemática del juicio evaluativo y los riesgos o límites del decisionismo del juez cuando acude a la analogía.

El punto de partida es el análisis del desvelamiento de dos condiciones de posibilidad de la aplicación analógica: las aporías a que conduce el postulado de la plenitud hermética del sistema jurídico y la discordancia entre el requisito necesario de la presencia de una laguna normativa respecto de lo que acontece en la práctica de la jurisprudencia. Es examinada la diferencia existente entre el modo de incorporación de normas en el modelo del precedente (Common Law) y en el modelo romanista de la jurisprudencia (Civil Law), poniendo el énfasis en la justificación de la proximidad entre ambas tradiciones jurídicas.

## Palabras-clave .....

Derecho (Filosofía), Hermenêutica (Derecho), Juez, Justicia (Filosofía).

## Resumo .....

Este trabalho traz informações sobre a substituição da preeminência da legislação como fonte do Direito, reiteradamente destacada

pela teoria jurídica normativista, e pela pretensão de reduzir a aplicação do Direito a uma mecânica dogmático-dedutiva, pela afirmação de que o centro de gravidade da produção jurídica está tanto na norma quanto na decisão que a aplica. O fator argumentativo introduzido pelas normas procedentes das autoridades jurisdicionais e a necessidade de justificação da decisão adotada leva ao recurso a analogia, ficando em aberto opções estimativas em cujo espectro influi o grau de protagonismo do juiz. A aplicação analógica das normas incrementa a complexidade pela dimensão heurística e construtivista das mesmas, levando ao problema dos limites do ativismo judicial. Nesta análise três fatores estão incoados: a criação normativa como produto do rol institucional assinalado à jurisprudência, a dimensão argumentativa problemática do juízo avaliativo e os riscos ou limites do decisionismo do juiz quando recorre à analogia.

O ponto de partida é a análise do desvelamento de duas condições de possibilidade de aplicação analógica: as aporias a que conduz o postulado da plenitude hermética do sistema jurídico e a discordância entre o requisito necessário da presença de uma lacuna normativa com respeito ao que ocorre na prática da jurisprudência. É examinada a diferença existente entre o modo de incorporação de normas do modelo do precedente (Common Law) e no modelo romanista da jurisprudência (Civil Law), pondo o ênfase na justificação da proximidade entre ambas tradições jurídicas.

### **Palavras-chave** .....

Direito (Filosofia), Hermenêutica (Direito), Juízes, Justiça (Filosofia).

### **Abstract** .....

This work brings information on the substitution of the preeminence of the legislation as a source of Law, repeatedly highlighted by normative legal theory and by the intention of reducing the application of the Law to a dogmatic-deductive mechanic, through the affirmation that the center of gravity of legal production is as much in the rule as in the decision which applies it. The point of argument introduced by the rules derived from the jurisdictional authorities and the need to justify the decision adopted, leads to a recourse to analogy, leaving open evaluative options whose scope

influences the degree of protagonism of the judge. The analogical application of the rules increases the complexity by their heuristic and constructivist dimension, leading to the problem of the limits of judicial activism. In this analysis three factors are initiated: normative creation as a product of the institutional role assigned to jurisprudence, the difficult problem of evaluative judgment and the risks or limits of decision making power of the judge when making recourse to analogy.

The point of departure is the analysis of the unveiling of two conditions for possible analogical application: the aporias to which the postulate of the hermetic completeness of the legal system leads and the incompatibility between the basic requirement of the presence of a normative omission and what actually occurs in the practice of jurisprudence. The existing difference between the means by which rules are incorporated from the model of precedence (Common Law) and the Romanist model of jurisprudence (Civil Law) is examined, with an emphasis on justifying the similarities between the two legal traditions.

**Key words** .....  
Law (Philosophy), Hermeneutics (Law), Judges, Justice (Philosophy).

## **1. Introdução** .....

La preeminencia de la legislación como fuente del Derecho, reiteradamente destacada por la teoría jurídica normativista, y la obsoleta pretensión de reducir la aplicación del Derecho a una mecánica dogmático-deductiva, han de dejar paso a la afirmación de que el centro de gravedad de la producción jurídica está tanto en la norma como en la decisión que la aplica. Si lo que caracteriza a las normas procedentes de las autoridades jurisdiccionales - como se tratará de justificar- es el factor argumentativo que introducen y la exigencia de justificación de la decisión adoptada, entonces el recurso a la analogía constituye el mejor escenario en el que se despliega el mayor grado de creatividad y de innovación de la producción normativa, pues queda abierto a un abanico de opciones estimativas cuyo espectro determinará el mayor o menor grado de protagonismo del juez. Pero este espacio de la aplicación analógica de las normas incrementa su complejidad tanto por la dimensión heurística (ars inveniendi) y constructivista a que da

lugar como por el problema añadido del alcance o límites del activismo judicial. El objetivo de este trabajo se sitúa precisamente entre los parámetros de la relación dialéctica y problemática de los tres factores incoados: la creación normativa como producto del rol institucional asignado a la jurisprudencia, la dimensión argumentativa problemática del juicio evaluativo y los riesgos o límites del decisionismo del juez cuando acude a la analogía.

Para dar cuenta de las claves de la complejidad de este triple objetivo entrelazado es necesario - una vez hecho explícito el sentido que asignamos a las fuentes del Derecho - partir del análisis crítico y del desvelamiento de dos condiciones de posibilidad de la aplicación analógica: las aporías a que conduce el postulado de la plenitud hermética del sistema jurídico y la discordancia entre el requisito necesario de la presencia de una laguna normativa respecto de lo que acontece en la práctica de la jurisprudencia. Pero una vez esclarecido el sentido de este a priori necesario de la aplicación analógica, es preciso tener en cuenta que las normas de origen jurisprudencial son el resultado institucional de la actividad creadora de los jueces al aplicar la analogía y que se incorporan mediante el instrumento de la sentencia al curso del Derecho objetivo. Por eso, es necesario examinar la diferencia existente entre el modo de incorporación de normas en el modelo del precedente (Common Law) y en el modelo romanista de la jurisprudencia (Civil Law), poniendo el énfasis en la justificación de la proximidad entre ambas tradiciones jurídicas. Esta exégesis amplía el escenario de la aplicación analógica introduciendo nuevas perspectivas para el análisis.

Si de la estricta motivación lógico-racional del procedimiento analógico pasamos a la praxis jurisprudencial se advierte que el factor volitivo y la decisión del juez, en uso de la discrecionalidad de que dispone cuando establece el círculo de semejanza, acaba por erigirse en un factor determinante. Por eso, es preciso delimitar el alcance del decisionismo y del activismo judicial, puesto que entre el puro voluntarismo arbitrario y la estricta secuencia lógico-racional se encuentra el juicio de ponderación y de equilibrio que evite la arbitrariedad de la decisión. Entre la analogía que permanece fiel a la ley (analogía *praeter legem* o *suplens causa*) y la actuación contraria a la ley (analogía *contra legem*) se desliza una gran variedad de situaciones intermedias que bordean la extralimitación del juez.

Desvelar e identificar estos espacios problemáticos de la aplicación analógica constituye uno de los empeños y objetivos más importantes de este trabajo. Por ello, una vez establecido el marco teórico adecuado, examinaremos algunos casos sintomáticos del Common Law para esclarecer la complejidad del juicio evaluativo cuando se pretende justificar la analogía, apelando a la dicrecionalidad en sentido fuerte. Pero también acudimos a la casuística de la jurisprudencia del Tribunal Supremo como el mejor escenario para representar los distintos ropajes del problema planteado: cuando la argumentación introduce más factores volitivos que estrictamente lógicos, cuando la argumentación que se esgrime se percibe como insuficiente, cuando la analogía se convierte de hecho en la búsqueda de una norma para acoplarla al supuesto, e incluso cuando la decisión se hace contra legem o cuando se elabora una interpretación teleológica restrictiva con la pretensión no ya de suplir (suplendi causa) sino de corregir al legislador (corrighendi causa). Finalmente, será preciso considerar otros límites ope legis que se identifican con el ámbito mismo de la admisibilidad de la analogía.

## **2. Delimitación del sentido de las fuentes del derecho en la producción normativa de la jurisprudencia** .....

### **2.1. El sentido de las fuentes del derecho** .....

Se ha insistido suficientemente en las aporías y perplejidades que derivan de la expresión lingüística o metafórica “fuentes” del Derecho<sup>1</sup> a la que la doctrina ha atribuido una pluralidad de significados.<sup>2</sup> De entre estos sentidos hay tres que constituyen el núcleo básico de la noción de fuentes del Derecho: (a) la autoridad creadora del derecho histórico o vigente (autoridad con competencias para crear Derecho) o los órganos legitimados para producir Derecho; (b) el acto creador del Derecho; (c) la forma de manifestarse la norma jurídica.

De estos tres sentidos o rasgos, el que nos interesa destacar es el “acto creador” del Derecho, los procedimientos o vías a través de los cuales los órganos legitimados para crear Derecho lo crean. De entre estos procedimientos de creación, la decisión del órgano

investido de poder para crear Derecho es la forma de producción que importa a nuestra pretensión de justificar que la aplicación analógica asignada al rol institucional del juez es fuente de Derecho. Pero no nos referimos a la decisión cuando ésta es expresada de manera general y abstracta (decisión procedente de la legislación) sino cuando se expresa de forma individual y concreta (decisión procedente de la jurisdicción). La jurisdicción, concebida como “aquella actividad que tiende a la solución de las controversias que se suscitan en el curso de las relaciones intersubjetivas”,<sup>3</sup> es la forma específica en que los jueces ejercen la decisión al aplicar normas jurídicas generales y abstractas a los casos concretos que deben decidir. Pero esta actividad no queda reducida a una mera iurisdictio o acción de decir el Derecho cuando el caso es decidido aplicando una norma preexistente, sino que al mismo tiempo contribuye proceso de creación del Derecho al interpretar, desarrollar e integrar las normas que aplica. Junto a la legislación (acto de voluntad o decisión de un sujeto individual o colectivo habilitado para innovar el ordenamiento jurídico), también las decisiones de los jueces (jurisprudencia) constituyen, como dice DE OTTO, “una forma de creación de derecho” cuando “mediante sucesivas decisiones repetidas, sientan una doctrina acerca de cómo deben resolverse ulteriores casos similares”.<sup>4</sup>

Si, en definitiva, como dice NINO, las fuentes del derecho no son otra cosa que un tipo de normas jurídicas clasificadas atendiendo a su origen o vistas como resultados o actos institucionales,<sup>5</sup> puede sostenerse que hay cuatro tipo de fuentes: las normas que provienen de las autoridades políticas (legislación o fuentes-acto), las normas que provienen de ciertas prácticas sociales (costumbre jurídica o fuentes-hecho), las normas que provienen de las autoridades jurisdiccionales y las normas que provienen de la elaboración racional del derecho (doctrina jurídica).<sup>6</sup>

Importa a nuestro objetivo centrarnos en este tipo de normas (fuentes) provenientes de las autoridades jurisdiccionales pues antes hemos indicado que nuestro tema se sitúa en la forma específica en que los jueces ejercen la decisión al aplicar normas jurídicas generales y abstractas en la resolución del caso concreto al acudir a la analogía. La posición o el rol institucional de los jueces dentro del orden jurídico deriva precisamente de su actividad de dictar sentencias, un resultado que presupone la existencia de una regla que confiere a los jueces el poder de crearlas. Tanto los

titulares de los poderes normativos procedentes de las autoridades políticas (legislación) como los jueces (jurisdicción) son autoridades jurídicas a las que se les reconoce el poder y competencia para imponer a otros un determinado comportamiento. Sin embargo, este elemento que tiene en común no puede distorsionar la diferencia entre las normas del derecho (generales, abstractas y de estructura condicional) que el juez tiene el deber de aplicar y la emisión de una norma particular (el fallo de la sentencia) para resolver un determinado conflicto entre las partes.<sup>7</sup> Mientras que las normas de Derecho objetivo constituyen una premisa normativa abstracta que el juez tiene el deber de aplicar, la norma que el juez aplica es la premisa mayor de un razonamiento que tiene en cuenta todas las circunstancias del caso concreto que se decide.<sup>8</sup> Este tránsito de lo abstracto a lo concreto en el momento de la aplicación del derecho - y en especial en el razonamiento analógico- es la clave de comprensión del sentido de la creación o producción judicial de normas jurídicas. Lo que caracteriza, por tanto, a estas normas (fuentes) procedentes de las autoridades jurisdiccionales es precisamente el factor argumentativo que introducen y la exigencia de justificación de la decisión adoptada teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso. Estas normas contribuyen a la conformación del Derecho objetivo cuando éste es aplicado por las autoridades jurisdiccionales, produciéndose entonces un tránsito innovador y creativo de las premisas abstractas a las premisas normativas de una argumentación que tiene como resultado la creación de un acto normativo que es la sentencia que se incorpora al Derecho objetivo. La preeminencia de la legislación como fuente del Derecho<sup>9</sup> tal como reiteradamente ha destacado la teoría y la metodología jurídica, no ha conllevado, sin embargo, la desaparición de la elaboración judicial del Derecho toda vez que ha quedado ya obsoleta la pretensión de reducir la aplicación del Derecho a una mecánica dogmático-deductiva. La doctrina tradicional de las fuentes<sup>10</sup> - en la que se produce una vinculación del concepto de "fuentes" a la noción de "origen" - ha dado entrada a una orientación metodológica que pasa por alto las cuestiones referidas a la aplicación del Derecho. En su afán por reafirmar la ley general y abstracta como fuente suprema de la producción del Derecho, la doctrina tradicional no estudió en profundidad los modos de producción ni consideró a los modos de aplicación del Derecho como parte integrante de la teoría de las fuentes. Pero el problema de las fuentes ya no tiene en la actual teoría el significado nuclear de origen por dos razones: porque la ley ya



En el modelo tradicional de la subsunción se conciben también como separados la comprobación de los hechos (el juez actúa con objetividad alejado de todo prejuicio) de la aplicación del derecho (determinación del alcance y sentido de las normas previamente dadas). Sin embargo, tal dualismo metodológico (separación de hechos y norma) no puede tener lugar: Cómo puede acomodarse la norma al caso sin que exista una estructura entrelazada y una correspondencia entre ambos polos? Por eso, el modelo de la subsunción ha de dar paso al de la equiparación, es decir al constructivismo en el que tanto los hechos como la norma constituyen un proceso de creación del Derecho. La equiparación o no entre la norma y el caso es un acto creativo configurador de la ley en el momento de la aplicación. La coordinación entre norma y caso requiere una elaboración previa de ambos extremos de la relación, ya que se encuentran en planos categoriales distintos: el deber-ser de la norma (forma general y abstracta) y el ser (múltiples hechos desvertebrados y amorfos). La relación será posible si la norma se enriquece con los hechos y el caso con la estructura normativa. Se requiere, por eso, como *conditio sine qua non* de la creación jurídica la “reflexión”, la “argumentación” y la “discusión”.<sup>14</sup>

La teoría jurídica más reciente ha desvelado la gran complejidad de la operación de aplicación, tanto en lo que se refiere a la determinación del supuesto de hecho cuanto en lo que se refiere a la actividad creadora que conlleva la fijación de la premisa mayor, y ha demostrado ante todo “que la interpretación no tiene un carácter puramente cognoscitivo, porque frecuentemente la ley a aplicar no tiene un sentido único, de modo que la aplicación del derecho no consiste simplemente en encontrar ese sentido, sino también en optar entre los distintos sentidos de la ley”.<sup>15</sup> El papel del juez como parte del proceso de la creación jurídica - cuando se dispone a aplicar la analogía- consiste en hacer hablar a la ley, extraer su sentido concreto en relación con el caso, determinar su potencialidad innovadora (*ars inveniendi*) y encaminar su abstracta inamovilidad hacia su existencia histórica. Este proceso de argumentación va más allá de los cánones habituales de la interpretación (etimológica, subjetiva, objetiva, histórica, sistemática...) para instalarse en lo que podríamos denominar creación continua<sup>16</sup> de la ley gracias al rol atribuido al juez de aplicar la analogía. Desde este enfoque constructivista, los vacíos de la ley no han de juzgarse - como ocurre en la doctrina tradicional

de las fuentes - como un defecto, sino como un apriori necesario. La ley no puede ser formulada de manera unívoca ya que se crea para todos los casos cuya variabilidad es infinita. Una ley clausurada en sí misma, completa y sin vacíos -si es que tal situación pudiera darse - conduciría el desarrollo del ordenamiento al estancamiento. Fuera de los conceptos numéricos, los demás conceptos y en especial los jurídico-normativos no son unívocos sino que quedan abiertos y son todos potencialmente indeterminados. Son más bien “conceptos tipo” en los que “no existe la disyunción estricta, sino el más y el menos”.<sup>17</sup>

El poner en cuestión si la jurisprudencia es fuente del Derecho sólo tiene sentido en un sistema normativista en el que el poder de creación y producción jurídica reside en disposiciones escritas de carácter general, abstracto e imperativo. Desde esta mentalidad normativista es comprensible la pretensión de asimilar la jurisprudencia - que no queda incluida como fuente del Derecho en el artículo 1.1 del Código Civil - a la norma para dar así cobertura teórica al hecho de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo vincula jurídicamente a los tribunales inferiores. La importancia que de facto tienen las decisiones judiciales no se pone hoy en tela de juicio, por lo que el problema reside en “encontrar acomodo dentro del ordenamiento jurídico”.<sup>18</sup>

Desde estos parámetros normativistas y desde una cierta “timidez”<sup>19</sup> al considerar de iure a la jurisprudencia como fuente del Derecho pueden analizarse varios preceptos jurídicos. Así, en primer lugar, el artículo 1.6 del Código Civil, tras la reforma de 1974 (Decreto 1836/1974 de 31 de mayo), establece - dentro del capítulo primero que lleva por título “Fuentes del Derecho” - que “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. Una modulación más decidida es perceptible en el artículo 161.1.a de la Constitución,<sup>20</sup> y en el artículo 40.2 LOTC (LO 2/1979, de 3 de octubre).<sup>21</sup> Pero donde se pone más al descubierto la incongruencia<sup>22</sup> de no incluir a la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho (considerándola sólo como un elemento que completa al ordenamiento jurídico, pero que no es parte integrante del mismo) y el hecho de que la jurisprudencia tiene un valor normativo es en el artículo 1692 51 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, tras la reforma de 1984: El recurso de casación habrá de fundarse en la

“Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”. Esta redacción no parece dejar dudas sobre el valor normativo de la jurisprudencia, ya que sólo en el caso de que lo tenga puede hablarse, como dice DE OTTO, de infracción. Sólo cabe anular una sentencia cuando es antijurídica y si infringe el ordenamiento, de forma que o la jurisprudencia forma parte del ordenamiento o sólo lo complementa. En definitiva, “o la jurisprudencia es parte del derecho y la casación es lícita, o no forma parte del derecho, y la casación es ilícita”.<sup>23</sup> Este mismo razonamiento sigue siendo válido con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000) que considera que un recurso presenta interés casacional “cuando la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales” (art. 477.3). También existe “interés casacional”, según este mismo artículo, “cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente”. Por tanto, si partimos de la licitud de la casación, hemos de concluir que la jurisprudencia forma parte de las normas y por eso, según este artículo, puede infringirse. La jurisprudencia es, según este razonamiento, fuente del Derecho, lo que incide directamente en el carácter de fuente de Derecho que tiene la aplicación analógica en cuanto que se materializa en una sentencia judicial. El valor normativo de la jurisprudencia “no es más que el presupuesto que da sentido a la casación<sup>24</sup> “y su fuerza vinculante no es algo distinto de la potestad jurisdiccional misma ejercida en los recursos de casación”. Pero esta potestad normativa ocupa un lugar subordinado respecto de la ley pues “sólo cabe la jurisprudencia secundum legem”, quedando en todo momento la creación jurisprudencial “subordinada a la voluntad del legislador”.<sup>25</sup>

Subyace a las disposiciones normativas citadas una confusión o contradicción, a juicio de XIOL RÍOS: como no puede negarse el valor de la jurisprudencia (los precedentes) y su fuerza vinculante, a pesar de que se sostenga una concepción normativista del Derecho que conlleva el rechazo del decisionismo judicialista, se le otorga ese valor “por la vía teóricamente insostenible de asimilarlo a la norma”.<sup>26</sup> Tal asimilación de la jurisprudencia a la norma conlleva asignar a la jurisprudencia del Tribunal Supremo un

carácter general basado en el mecanismo de la mera reiteración o bien asimílarla como “un a priori de fuerza vinculante irresistible”.<sup>27</sup> Estas confusiones se dilucidan cuando se admite que “el centro de gravedad de la producción jurídica está tanto en la norma como en la decisión que la aplica”.<sup>28</sup> Esta solución significa alejarse de una visión excesivamente normativista del derecho más próxima a la norma que a su aplicación. Pero cuando se equilibra o se inclina la balanza hacia el momento de la aplicación, la jurisprudencia no se habrá de imponer por su fuerza intrínseca o absolutamente sino relativamente, por su coherencia, por el peso de la argumentación esgrimida, por la ponderación lograda y por la fundamentación motivada de la decisión, en nuestro caso cuando aplica la analogía. Como dice LARENZ, el desarrollo judicial del Derecho precisa una fundamentación llevada a cabo con método para que su resultado pueda justificarse como Derecho, “porque sin ella los tribunales sólo habrían usurpado de hecho un poder que no les compete”.<sup>29</sup>

### **3. Condiciones de posibilidad de la aplicación analógica. Las claves para un análisis crítico** .....

#### **3.1. La plenitud y sus aporías como un a priori necesario del recurso a la analogía** .....

Uno de los requisitos o condiciones de la analogía es la existencia de una laguna normativa ya que aquella tiene como función integrar o rellenar esos espacios vacíos de la regulación jurídica. Por eso, el postulado de la plenitud del sistema jurídico se convierte en un presupuesto necesario de la aplicación analógica, ya que es la ausencia de dicha plenitud, en la práctica, lo que da entrada al procedimiento analógico. La plenitud o integridad del ordenamiento es, según Bobbio, “la propiedad por la cual un ordenamiento tiene una norma para regular cada caso”.<sup>30</sup> El ordenamiento es completo, hermético o cerrado cuando el juez puede encontrar en él una norma para regular cada caso que se le presente, de forma que no haya un caso que no pueda ser regulado por una norma del sistema. La exigencia de plenitud del ordenamiento jurídico se traduce - según Carnelutti - en la posibilidad de que el ordenamiento disponga de un mandato idóneo para la solución de cualquier conflicto de intereses que se plantee en una sociedad jurídicamente ordenada.<sup>31</sup>

El ordenamiento jurídico, aun cuando empíricamente existan lagunas, provee siempre los medios necesarios para eliminarlas, ya que la plenitud “es una necesidad absoluta” y “un principio esencial” que condiciona la posibilidad de todo Derecho positivo.<sup>32</sup> Mientras que lo que se interpreta es la norma que está, lo que se integra por analogía es la norma que no está, lo que indica la existencia de lagunas en la ley (silencio de la ley), pero no en el sistema. Esta distinción entre lagunas de la ley y ausencia de lagunas en el sistema se hace explícita en la exposición de motivos del Decreto del texto articulado del título preliminar del Código civil: “La formulación del sistema de fuentes implica la exclusión de las lagunas del Derecho. No ocurre otro tanto con las llamadas lagunas de la ley, que pueden darse, siendo el medio idóneo y más inmediato de salvar la investigación analógica. Ésta no supone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible, por consideraciones de identidad o de similitud, al supuesto no previsto”. Interesa destacar dos aspectos de este texto de la exposición de motivos. Por una parte, se deja al descubierto la paradoja de suponer que el sistema es pleno, pero al mismo tiempo se reclama de la conciencia ilustrada del juez o de su discrecionalidad cuasilegislativa una labor integradora, dada la imposibilidad de que las normas puedan prever todos los casos. Por otra parte, la laguna no es, por tanto, simplemente silencio de la ley sino un estado incompleto de la norma en el que la falta de regulación contradice el sentido y racionalidad teleológica de la misma. Esta exigencia de plenitud del ordenamiento, pero que al mismo tiempo y paradójicamente se encuentra con la necesidad de reconocer que hay lagunas, ha llevado a la formulación de la tesis ecléctica según la cual el orden jurídico como tal carece de lagunas, si bien el derecho proveniente de la legislación puede tenerlas.<sup>33</sup> Es decir, se reconoce la existencia de lagunas, pero hay que rellenarlas con los medios previstos en el propio ordenamiento, atribuyéndose tal integración a la potestad jurisdiccional que se presupone que actúa siempre como si el ordenamiento fuera pleno.

Mientras que el principio de coherencia no es condición absolutamente necesaria de la existencia del ordenamiento - puesto que un ordenamiento jurídico puede tolerar en su seno normas incompatibles -, el principio o postulado de la plenitud resulta ser una norma dada por el propio sistema jurídico positivo.<sup>34</sup>

Si el postulado de la plenitud se entiende como un hecho real carece de justificación o podría justificarse en algunos aspectos muy cerrados del sistema jurídico, pero si se concibe como un ideal racional dicho postulado de los sistemas normativos se puede parangonar con la exigencia formal de completitud de los sistemas científicos. Esto significa que en la realidad el ordenamiento jurídico no es completo, pero ha de serlo en el plano ideal racional para explicar, fundamentar y dar razón del sistema jurídico. Puede decirse, en efecto, que la exigencia de completitud es un parámetro de racionalidad que caracteriza tanto a los sistemas científicos, formales o empírico-naturales, como a los sistemas normativos. Una teoría o un sistema axiomático que dejaran sin explicar ciertos fenómenos pertenecientes a su ámbito epistemológico serían juzgadas como construcciones intelectuales defectuosas y se procuraría sustituirlas por otras más completas que fueran capaces de explicar esos fenómenos. La sola idea de que un fenómeno es inexplicable parece repugnar a nuestra razón que se resiste a tal posibilidad. El hecho de que haya casos que no sepamos explicar no quiere decir que sean inexplicables sino que aún no se ha encontrado la clave teórica adecuada. El presupuesto de la completitud puede, así, considerarse como un caso particular del principio de razón suficiente (*nihil est sine ratione*), del principio de no contradicción o del principio determinista de la causalidad universal.<sup>35</sup> Extrapolando este razonamiento a los sistemas normativos,<sup>36</sup> diremos de ellos que son completos y que todos los casos han de encontrar solución. Según este ideal racional de completitud resulta tan contrario a la razón la hipótesis de casos no solucionables como la hipótesis de fenómenos inexplicables en el ámbito de las ciencias empírico-naturales. Pero en todo caso, el presupuesto de la plenitud de los sistemas normativos no deja de ser un ideal racional que, por tanto, nunca ha tenido efectividad real. Creer que los sistemas jurídicos son completos porque deben serlo es mera ilusión, así como es una falacia “derivar la completitud de la exigencia de completitud”. Tal exigencia no es real sino racional, por lo que cabe calificar de “ilusión racionalista la creencia en la completitud necesaria de los sistemas jurídicos”.<sup>37</sup>

Este ideal racional de completitud se expresa en la legislación positiva antes referida bajo la forma de tres principios:

- El principio de inexcusabilidad: los jueces deben resolver todos los casos en la esfera de sus competencias y les está prohibido abstenerse de juzgar.

- El principio de justificación: las resoluciones de los jueces han de estar suficientemente fundadas y deben basarse en razones que excluyan la arbitrariedad.

- El principio de legalidad: las resoluciones judiciales deben fundarse en normas de derecho y el juez no puede acudir a fuentes normativas extrajurídicas, a no ser que el ordenamiento jurídico lo autorice.

Sin embargo, las exigencias expresadas en estos tres principios - como derivaciones del postulado de la plenitud - son conjuntamente insostenibles e imponen a los jueces obligaciones imposibles de cumplir. El hecho de que estos principios estén tan fuertemente arraigados en el pensamiento jurídico es lo que lleva a pensar que el postulado de la plenitud cumple una función ideológica. El principio de inexcusabilidad se basa en consideraciones prácticas: mantener el orden y facilitar la convivencia. Si no existiera tal principio, los jueces dejarían de resolver ciertos conflictos lo que acarrearía en la práctica graves consecuencias. El principio de justificación o la exigencia de que los jueces han de basar sus decisiones en argumentos racionales alejándose de la irracionalidad tiene su fundamento en la idea de que los jueces no crean derecho en sus sentencias ni crean esas razones sino que las aplican. El principio de legalidad es el que tiene una mayor carga ideológica, aquella que lo vincula a la ideología liberal y positivista, representada en el siglo XIX por la escuela de la exégesis, y que puede caracterizarse en su forma más rígida como una concepción meramente formal de las leyes y que había de tener como corolario la afirmación del dogma de la plenitud de los ordenamientos jurídicos.<sup>38</sup>

A finales del siglo XIX se produjo en Francia y en Alemania una reacción contra el formalismo normativista<sup>39</sup>, contra el estatalismo y contra el fetichismo jurídico que sostenían con firmeza el dogma de la integridad o plenitud del ordenamiento. La afirmación del carácter indudablemente creativo de la actividad judicial es una tesis que tomó fuerza en la metodología de aquel final de siglo y de los comienzos del siglo XX por autores como Geny, Ehrlich, Isay, Kantorowicz, el segundo Ihering y la escuela del derecho libre, especialmente Fuchs.<sup>40</sup> Todos ellos rechazan el conceptualismo y la idea de que el sistema jurídico-positivo es coherente y completo. Insistieron en que la realidad jurídica es un fenómeno social e histórico por lo que las lagunas en el Derecho no son algo excepcional sino habitual. Dado el carácter omnipresente de las

lagunas, la actividad creativa del juez se torna en un ars inveniendi, por lo que se plantea el problema del alcance y límites de ese poder creativo. Según la escuela del derecho libre, Fuchs sobre todo, esa creatividad del juez no implica arbitrariedad sino que expresa, ante todo, el rechazo al modelo conceptualista. La lógica formal debe ocupar un papel subordinado respecto de la lógica material cercana a la ponderación de intereses, teniendo en cuenta las exigencias de la equidad y las necesidades emergentes del tráfico jurídico. Esto hace que la creatividad del juez no se torne en arbitraria. El juez actúa como si fuera un legislador al colmar las lagunas, pero no mediante una actuación subjetiva sino estableciendo una misma norma o regla para todos los casos iguales, integrándose armoniosamente tal norma en los principios básicos del ordenamiento. El movimiento del derecho libre propugna una libertad para interpretar e integrar la ley en el sistema de los fines que el derecho positivo persigue, marcando un distanciamiento del escolasticismo legalista y de la dogmática conceptualista. El juez, que no es servidor de la palabra sino del espíritu de la ley, “desarrolla creativamente el Derecho con arreglo a las necesidades del fluir del tráfico jurídico y según las peculiares circunstancias fácticas del caso”.<sup>41</sup> La ciencia jurídica se orienta a la acción, de modo que se funden necesariamente teoría y praxis, y cuyo resultado habrá de ser siempre la ponderada decisión justa.

Corresponde finalmente mencionar algunas elaboraciones doctrinales que, a partir de estas críticas del movimiento del derecho libre, se formularon desde el positivismo legalista: la teoría del espacio jurídico vacío,<sup>42</sup> la regla general excluyente,<sup>43</sup> y la teoría más reciente de la interdefinibilidad de los operadores deónticos.<sup>44</sup>

### **3.2. La presencia de una laguna normativa como requisito metodológico.** **La discordancia con la praxis** .....

El reverso de la idea de plenitud es la existencia de lagunas, y esto ocurre cuando en el sistema de fuentes no hay una norma válida a la que la jurisdicción acude para resolver el caso planteado. Ocurre, como destaca Larenz,<sup>45</sup> que la existencia de la analogía va tan ineludiblemente unida a la existencia de lagunas que en la práctica es frecuente que se razone previamente por analogía para después descubrir la laguna. La existencia de las lagunas

normativas es un requisito de la analogía ya que la función atribuida a ésta es integrar o colmar esos espacios vacíos de la regulación jurídica. La facultad de desarrollar el derecho compete a los tribunales siempre que la norma jurídica expresada mediante la ley o el derecho consuetudinario contengan lagunas. En la complementación jurídica por insuficiencias o lagunas del sistema el juez actúa *praeter legem* y *supplendi causa*, según el principio: *suplet praetor in eo quod legi deest*. La analogía resuelve, por tal motivo, uno de los problemas básicos de cualquier ordenamiento: la innovación del sistema pero conservándolo o reduciendo la complejidad, al adecuar un conjunto de normas fijas a un medio en constante transformación. La analogía requiere, por eso, un doble presupuesto: la aceptación del carácter fragmentario del sistema jurídico y la existencia de una relación isomórfica entre el caso y la ley general en virtud de la semejanza relevante entre el caso regulado y el no regulado. La analogía aporta flexibilidad al sistema y permite su adaptación y transformación. El método o procedimiento analógico presupone una implícita capacidad autoprodutiva que necesita ser activada desde fuera (caso nuevo), pero que también presupone que una ley - en su sentido textual - no se aplica a un caso particular.

Pero no todas las lagunas son objeto de integración por analogía. El recurso a ésta por parte de los jueces se restringe a las lagunas normativas y a las lagunas técnicas, es decir, a las lagunas de *lege data*, pero no es de aplicación en las lagunas de *lege ferenda*, que son las lagunas no auténticas que únicamente pueden dar pie a una reforma con vistas a un futuro derecho mejor y donde el juez actúa *corrighendi causa*, pero no ejercita la función de complementación (lagunas axiológicas, críticas, ideológicas o intencionales).

Las posiciones doctrinales son variadas tanto respecto a la delimitación conceptual más específica como en relación con las clases de lagunas jurídicas.<sup>46</sup> Nos centraremos ahora en el campo semántico de las lagunas normativas.<sup>47</sup> Para Engisch son lagunas normativas las insuficiencias no remediadas dentro del todo jurídico: "insuficiencias del derecho positivo (escrito o consuetudinario) que percibimos como ausencia de regulación jurídica para determinadas situaciones objetivas en que cabía esperarla y cuya eliminación exige y admite una decisión judicial complementaria del derecho. Las lagunas aparecen allí donde ni la

ley ni el derecho consuetudinario suministran una respuesta inmediata a una cuestión jurídica”.<sup>48</sup> También se produce una laguna cuando el legislador, consciente o deliberadamente, ha dejado abierta la decisión de un problema jurídico confiándola a la ciencia o a la praxis jurídica. Pero no puede hablarse de laguna cuando el legislador “concede un amplio margen a la decisión” mediante “conceptos jurídicos indeterminados” o cláusulas generales.<sup>49</sup> En estos supuestos se produce un “reajustamiento planificado de la vinculación a la ley” que pretende obtener “un ajuste de la decisión a las circunstancias especiales del caso concreto y a las cambiantes concepciones de la comunidad jurídica”.<sup>50</sup>

Según Larenz, la laguna normativa o la laguna de la ley se produce cuando ésta calla, es decir cuando no contiene ninguna regla para un caso determinado: “cuando una norma legal no puede ser aplicada en absoluto sin que se le añada una disposición que se echaba de menos en la ley”.<sup>51</sup> La laguna normativa hace siempre referencia a una incompletitud contraria al plan de la ley y que puede expresarse del siguiente modo: “si una ley regula un determinado hecho A de un modo determinado, pero no contiene ninguna regla para el caso B, que es similar a aquel en el sentido de la valoración aceptada, [según la teleología inmanente de la ley] la falta de una tal regulación se debe considerar una laguna de la ley”.<sup>52</sup> Sin embargo, no puede hablarse de lagunas normativas siempre que la ley o el derecho consuetudinario guardan silencio, ya que también existe “un silencio elocuente de la ley”, por ejemplo cuando consciente e intencionadamente no se produce una determinada regulación, De ahí que no puede identificarse “laguna” y “silencio de la ley”.<sup>53</sup>

Las “lagunas técnicas”<sup>54</sup> se producen cuando el legislador establece un enunciado normativo sin haber regulado al mismo tiempo su expresión concreta. En la laguna técnica la norma que se espera se hace depender de las propias prescripciones del ordenamiento. Kelsen niega incluso la existencia de este tipo de lagunas que son aquellas en las que el legislador omite regular los aspectos sin los cuales no es posible aplicar la ley.<sup>55</sup> En la laguna técnica la norma no existe a pesar de estar prevista por el ordenamiento. Pueden considerarse dos situaciones. En un caso, el legislador remite a otro precepto o ley inexistente la regulación aplicable a una determinada materia (lagunas de remisión). En segundo lugar, el supuesto de hecho regulado por la norma lo es de forma incompleta.

A este supuesto pueden asimilarse lo que Larenz denomina “lagunas ocultas de regulación”. En estos casos el legislador ha omitido añadir a una norma general una limitación para determinados casos que viene exigida por el sentido y el fin de dicha norma.<sup>56</sup>

Desde una distinta perspectiva, Alchourrón y Bulygin consideran que la laguna normativa es una propiedad de un sistema normativo en relación con un conjunto de circunstancias o casos y un conjunto de soluciones o conductas calificadas deónticamente. Para detectar si existe una laguna hay que manejar tres factores principales: el sistema jurídico, un determinado universo de casos y un determinado universo de soluciones. Teniendo esto en cuenta, existe una laguna en un sistema normativo en relación con un universo de casos cuando respecto de un caso concreto dicho sistema no establece ninguna solución o cuando únicamente ofrece una solución insuficiente.<sup>57</sup>

El recurso a la analogía como mecanismo para rellenar las lagunas se restringe - como se ha dicho - a las lagunas normativas y a las lagunas técnicas, pero no es aplicable ni a las lagunas axiológicas ni a los defectos ético-políticos del sistema. Sin embargo, del examen de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo se desprende que la existencia de una laguna normativa o técnica no es, de hecho, un presupuesto siempre indispensable para la aplicación analógica. Cuando se tiene en cuenta dicha jurisprudencia se concluye, más bien, que no se trata en muchas ocasiones de encontrar una norma con la que tratar jurídicamente un supuesto no regulado por el ordenamiento jurídico (laguna normativa), sino de aplicar una norma a un supuesto no regulado por ella, contraviniendo el tópico doctrinal y la misma literalidad del artículo 4.1 del Código Civil: “Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico”. El procedimiento analógico se convierte, por eso, en una “técnica de selección de la norma aplicable en relación a supuestos que no están específicamente contemplados por ningún precepto, pero que son potencialmente subsumibles en varios”.<sup>58</sup> En este sentido, existen recientemente múltiples ejemplos:<sup>59</sup>

- En unos casos el problema no es encontrar una norma con la que tratar jurídicamente un supuesto no regulado por el ordenamiento jurídico, sino aplicar una norma a un supuesto no regulado “por ella”, no considerando, por tanto, el requisito de “laguna legal” a que se refiere el citado artículo 4.1. Algunos ejemplos son: la STS de 6 de mayo 1994 (R. 3717) aplicó el artículo 1463 (*traditio brevi*

manu) a los bienes inmuebles, a pesar de la mención expresa de los muebles; la STS de 15 de noviembre de 1993 (R. 8916) aplicó por analogía el artículo 1483, referido a la venta de inmuebles, a un bien mueble susceptible de inscripción; la STS de 17 de noviembre de 1990 (R. 10282) extendió a los daños “personales” la responsabilidad que el artículo 110 de la Ley de Navegación Aérea establece para los daños a “mercancías”...

- En otras ocasiones se hace uso del argumento a contrario y no de la analogía cuando la norma tiene un carácter sancionatorio o de privilegio. Así, por ejemplo en la STS de 11 de mayo de 1995 (R. 4230) se excluyó la aplicación del art. 111.21 CC a un supuesto de acción de impugnación de filiación de hijo matrimonial a cargo del marido (art. 111 CC) por conllevar pérdida de derechos y por su carácter sancionatorio. En la STS de 22 de julio de 1994 (R. 6583) se excluyó la normativa (art. 98 L.A.R.) que asimilaba el derecho de adquisición forzosa del arrendatario en favor del aparcerero, por conllevar una situación de privilegio. Por igual razón se excluyó la Ley Reguladora del Patrimonio Sindical Acumulado de 8 de enero 1986 a una asociación que no tenía la consideración de sindicato (STS 27 marzo 1995, R. 6776)....

- Otras veces se selecciona la norma prefiriendo la general a la especial, así, por ejemplo, en la STS de 19 de mayo de 1982 (R. 2581) se excluyó la aplicación analógica del plazo de prescripción trienal para el pago del precio de mercaderías (art. 1967.41) a un supuesto de contrato mixto de venta y arrendamiento de obra (se estará al plazo general de quince años). En la STS de 30 de marzo 1987 (R. 1839) prevaleció la norma de derecho común (art. 1548 CC) antes que la analogía entre arrendamientos especiales rústicos y urbanos.

- En otras ocasiones la argumentación tiene que recorrer un camino aún más largo de forma que “en vez de encajar el supuesto en una norma que no lo contempla expresamente, se trae la norma al supuesto”: En la STS de 13 de abril de 1992 (R.3103) se acude a los artículos 244.41 y 247, por considerar que en el albaceazgo, como en la tutela, la existencia de litigios pendientes pueden distorsionar el fiel cumplimiento del cargo; en la STS de 20 de junio de 1995 (R. 4932) se acude al artículo 1581 CC (referente al arrendamiento urbano) para señalar término natural al contrato de hospedaje en un caso en que éste no se había fijado convencionalmente; en la STS de 9 de diciembre de 1996 (R. 8788) se

acude a la normativa de las sociedades anónimas para anular un acuerdo de una Sociedad de Responsabilidad Limitada por conculcación del derecho de información del socio...

De esta muestra de decisiones jurisprudenciales se puede concluir que considerar la laguna normativa o laguna legal como presupuesto del procedimiento analógico no es lo que acontece muchas veces en la en la práctica, sino que con mucha frecuencia la analogía cumple la función de seleccionar la norma aplicable de entre varias posibles.

#### **4. Distinto modo de incorporación de normas de origen judicial al derecho objetivo en el supuesto de la aplicación analógica** .....

Para llegar a formular una norma individual y concreta los jueces han de desplegar una ingente tarea de interpretación y de justificación. En el caso de la aplicación analógica, el juez ha de decidir si existe una laguna normativa y ha de ponderar si entre los casos (el regulado y el no regulado) lo relevante es la diferencia o la semejanza, ha de extraer inductivamente los principios implícitos de una secuencia determinada de normas del derecho positivo (analogia iuris), ha de captar la ratio y la identidad de razón. Toda esta actividad argumentativa y creativa (juicio evaluativo, ponderación, coherencia, universalidad...) es la que lleva al juez a producir una norma para resolver el caso, incorporándose dicha norma mediante la sentencia al curso del Derecho objetivo.

Hablar de derecho creado o producido por los jueces, al aplicar la analogía, como auténtica fuente genera mayor perplejidad en el modelo continental (tradición romanista) que en la tradición angloamericana del Common Law, debido a la idea asentada en el primero de reducir el Derecho objetivo al derecho legislado. De ahí que el modo de incorporación de normas de origen judicial al Derecho objetivo sea diferente en el modelo del precedente (Common Law) que en el modelo de la jurisprudencia (Civil Law).

En el sistema anglosajón<sup>60</sup> el papel que juegan las decisiones judiciales y el precedente es especialmente relevante. El principio del stare decisis exige atenerse a lo ya decidido y sólo cabe la excepción cuando la decisión anterior es abiertamente absurda o

injusta. Según la doctrina del precedente una analogía jurídica viene en principio siempre precedida por otra analogía jurídica como se desprende de la idea de la “chain novel” de Dworkin.<sup>61</sup> Los casos jurídicos vienen siempre precedidos por otros casos jurídicos que indica la existencia de una intercontextualidad en la que se incardina el razonamiento jurídico por analogía como un caso particular. Según esta situación de intercontextualidad, pueden distinguirse, según R. Cross, dos modalidades del precedente:

- La primera se refiere a la existencia de un sólo precedente y en cuyo caso cabe diferenciar tres momentos: (1) se aprecia una semejanza relevante entre el caso previo y el que llega al tribunal; (2) determinación de la “ratio decidendi” del caso previo; (3) decisión de aplicar dicha ratio al caso presentado al tribunal.

- La segunda modalidad tiene lugar cuando la situación se hace referir a varios o a muchos precedentes. Tal situación es la que ocurre habitualmente en la que pueden distinguirse cuatro momentos: (1) percepción de una analogía o de un conflicto entre el caso que llega al tribunal y un número de casos previos; (2) determinación de las “rationes decidendi” de los casos previos; (3) construcción de una regla o reglas por inducción de esas “rationes”; (4) decisión de aplicar la regla o una de las reglas al caso presentado.

Tanto en la primera como en la segunda modalidad de la analogía hay un elemento en común determinante: la percepción de la semejanza relevante y la decisión de la aplicación de la regla.<sup>62</sup>

Autores como Neil MacCormick, que perciben en la vinculación al precedente la realización del principio de justicia formal que tanto mira hacia atrás (el precedente) como hacia adelante, reafirman la presunción de la vinculación al precedente, a menos que existan razones excepcionales para desvincularse del mismo.<sup>63</sup> Pero, además, las decisiones judiciales son vinculantes para los tribunales subordinados a aquel que ha producido la decisión, teniendo en cuenta la jerarquía de las decisiones de los Tribunales de Justicia.<sup>64</sup>

En este sistema del precedente hay dos fuentes principales: la legislación (Statute Law)<sup>65</sup> y el Derecho judicial (Case Law) que es el Derecho derivado de las decisiones judiciales. Este último tiene, a su vez, dos vertientes: (a) El Common Law:<sup>66</sup> Derecho y costumbre que han obtenido reconocimiento judicial en razones

dadas desde los primeros tiempos por los jueces para las decisiones de los casos traídos ante ellos; (b) La interpretación del derecho estatutario. (c) Puede hablarse de una tercera fuente con carácter normativo: las convenciones que se caracterizan por la “flexibilidad” y el “empirismo”, tan propios de la política y de la mentalidad británicas, que constituyen el mecanismo de integración de las nuevas situaciones en el esquema tradicional de las instituciones inglesas.<sup>67</sup> En el sistema anglosajón, en consecuencia, la analogía se vincula al Common Law dentro del procedimiento habitual del precedente y juega un importante papel, en tanto que auténtica fuente del derecho,<sup>68</sup> con un relevante protagonismo del juez. En este sistema, en tanto que es un modelo de signo predominantemente judicial, la analogía tiene una importancia muy destacada. La falta de principios jurídicos, entendidos y aplicados en el sentido continental de este término, “permiten reconstruir en conjunto la legislación anglosajona como el sistema de la razón analógica”.<sup>69</sup> La analogía es, por eso, “el camino ordinario que dota al precedente judicial de una influencia decisiva en el Derecho inglés y norteamericano”<sup>70</sup> En este modelo, aunque haya una norma y exista una falsa o aparente laguna, puede aplicarse la analogía. Si la analogía entra en conflicto con el statute Law, éste tiene prioridad. Pero si el conflicto es entre la analogía y el case of Law, la analogía puede tener prioridad, y en tal caso cumple, además de una función creadora, también una función derogatoria del Derecho.<sup>71</sup> La analogía no sólo es creadora de una nueva norma sino que también deroga normas ya existentes cuando se produce un conflicto entre un precedente y otro precedente cuando no existe vinculación por razón de jerarquía.

En definitiva, en el sistema anglosajón es posible el uso de la analogía como fuente del Derecho aun en el caso de que no exista una laguna auténtica, por lo que la existencia de este tipo de lagunas no es un presupuesto necesaria para la aplicación analógica.<sup>72</sup>

En cambio, en el Derecho de la tradición romanista la integración de una laguna por vía judicial presupone siempre que esa laguna sea normativa, auténtica o de lege data (falta de previsión por parte del legislador), pero no de lege ferenda (jurídico-política o crítica). De no ser así, el sistema establecido de fuentes quedaría incumplido. Esta posición es corroborada en nuestro ordenamiento por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: “la analogía no es posible cuando hay normas específicas reguladoras del supuesto que se

contempla, no derogadas (...) y que el legislador ha querido establecer”;<sup>73</sup> “el argumento de la analogía como medio idóneo para la integración de la norma en la tarea de su exégesis presupone y ha de partir de la no previsión en el precepto de la hipótesis concreta que se plantea, como advierte el artículo 4 de CC, lo que mal puede acontecer cuando ha sido concretamente prevista por el legislador”.<sup>74</sup> En los sistemas de Derecho continental rige como eje directriz el principio de legalidad, y en el Derecho español la ley es seguida de la costumbre y, en defecto de esta última, de los principios generales del derecho. La jurisprudencia tiene únicamente un carácter complementario en nuestro derecho y se niega que pueda ser la base de la aplicación analógica: La aplicación analógica prevista en el artículo 4.1 CC está claramente “referida a las normas legales llamadas a llenar el vacío de un caso similar, función que, en modo alguno, corresponde a la jurisprudencia, que tiene el cometido meramente complementario que le asigna en este sentido el artículo 1.6 del propio CC”.<sup>75</sup> En los sistemas continentales la tradición jurídica se remite a la jurisprudencia en donde lo importante es la reiteración de decisiones y la línea jurisprudencial, reservándose para la última instancia la unificación de doctrina, siendo, además, obligatoria dicha jurisprudencia para los tribunales inferiores. Ya ha quedado dicho que esta fuerza vinculante o valor normativo que tiene la jurisprudencia (especialmente el art. 477.3 LEC en relación con la casación) pone al descubierto la incongruencia de no incluir a la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho, asignándole sólo una función de complementación.

Pero es preciso añadir una última reflexión: en la medida en que nuestro sistema jurídico se pueda aproximar al modelo del Common Law, el uso de la analogía puede también quedar afectado. El constitucionalismo contemporáneo y nuestra Constitución de 1978 en particular ha introducido una nueva perspectiva que hace cambiar la teoría legalista de las fuentes. El sometimiento de todos a la Constitución (art. 9 CE) y la tendencia expansiva de los valores depositados en los derechos fundamentales a todas las ramas del ordenamiento permite establecer un paralelismo con las tradiciones jurídicas del precedente,<sup>76</sup> pero no tanto por la exigible vinculación al precedente como por el predominio del despliegue de la norma suprema sobre todos los actos que emanan del Estado. Como ha dicho López Guerra, el sistema español no corresponde al sistema kelseniano puro y tiene parentesco con el Common Law

en cuanto a la creatividad judicial.<sup>77</sup> Las afinidades entre ambos sistemas (continental y el de la “Common law”) es más de fondo y de sentido que de simetrías estructurales. En tal sentido ha señalado Xiol Ríos que “comienzan a no existir diferencias entre ambos sistemas”, ya que el reconocimiento de la fuerza vinculante del precedente por el TC “es un paso decisivo en un proceso iniciado hace largo tiempo”.<sup>78</sup>

Lo cierto es que se ha producido una nueva manera de enfocar la tarea judicial y su función creadora de derecho que se ha ido abriendo paso por vía de la jurisprudencia constitucional. Una vez desechados los esquemas mecanicistas, la nueva línea de la actividad judicial se vincula hacia la razonabilidad de la praxis o hacia la razón práctica en donde la analogía cumple un importante papel heurístico. Como dice Alonso García, la función clásica del precedente como fuente es analógica. Una vez fijado el precedente, éste actúa como fuerza expansiva o restrictiva, “cubriendo nuevos supuestos de hecho o excepcionándolos”,<sup>79</sup> por lo que resulta evidente que la argumentación jurídico-constitucional es en gran medida “una argumentación en torno al alcance de las normas subconstitucionales, lo que exige en todos los juristas un análisis muy riguroso del alcance de las mismas”.<sup>80</sup> De ahí que pueda decirse que el derecho constitucional se haya convertido en un “Common Law Judicial”, por la presencia del *stare decisis* según el cual un tribunal debe seguir su propio precedente en un caso análogo. Pero si bien es cierto que este principio del *stare decisis* actúa en sentido horizontal (autovinculación de un tribunal a su propia jurisprudencia) también se produce la vinculación de los tribunales inferiores a la jurisprudencia del tribunal superior. La defensa del principio del *stare decisis* se suele justificar apelando a la seguridad jurídica, a la necesidad de proteger las expectativas patrimoniales, a la necesidad de dar uniformidad a los fallos judiciales y aplicando el principio de igualdad (los casos iguales deben ser tratados de manera igual). Estos principios hacen que el precedente cumpla una función “pacificadora” para evitar así las situaciones de “inseguridad retroactiva” o de “inseguridad prospectiva”.<sup>81</sup> Desde el constitucionalismo avanzado la analogía cobra una mayor relevancia como razonamiento práctico de lo jurídico. Además, se evita la petrificación legalista demasiado condicionada por el formalismo. Sin que puedan negarse los riesgos del activismo judicial, preciso es reconocer la posibilidad innovadora y creativa del TC, cuyos precedentes vinculan a los demás órganos jurisdiccionales.

La diferencia principal entre el juez anglosajón y el juez continental no es tanto el valor que se otorga al precedente cuanto el modo del razonamiento. Mientras que el juez continental parte deductivamente de disposiciones abstractas y generales para buscar la solución concreta, el juez anglosajón procede inductivamente a partir del caso hasta captar una ratio más general para después dar la solución al nuevo caso. Suele decirse desde posiciones normativistas que el derecho continental da primacía a la ley negando el reconocimiento de fuente del Derecho a los precedentes jurídicos y a las decisiones de los tribunales, entendiéndose que la creación del derecho corresponde al poder legislativo, correspondiéndole al judicial la aplicación de la ley. Sin embargo, no puede afirmarse que la cuestión quede resuelta acudiendo a esa aparentemente clara distinción. De hecho, los abogados y los jueces acuden a la jurisprudencia a la que están vinculados. Es precisamente en la aplicación analógica donde se hace más perceptible que la argumentación se aproxima más al modo de razonamiento del modelo del Common Law, ya que hay que determinar si lo relevante es la semejanza entre los casos o la diferencia. La parte que de inducción hay en el razonamiento analógico por el que se extrae la ratio o un principio general (analogia iuris) para después resolver el caso es un procedimiento muy cercano al "reasoning from case to case" que caracteriza al juez del Common Law. De hecho sucede que el sistema del Common Law incorpora aspectos del sistema continental y que éste incorpora otros de aquel. La realidad jurídica que cada vez se acerca más al sistema del precedente ha acabado por erigir - como ha dicho OLLERO - a la doctrina del Tribunal Supremo en pieza clave del Derecho español.<sup>82</sup>

## **5. Dimensión heurística y constructivismo jurídico en la aplicación analógica de las normas** .....

El sistema jurídico no puede orientarse hacia la idea de que hay principios jurídicos preexistentes que garantizan su completitud e integridad, sino que debe considerarse la posibilidad y la necesidad de construir modelos que se construyan y reconstruyan desde un diálogo con la incertidumbre. La analogía cumple un papel fundamental en este proceso de reconstrucción porque conlleva - por su componente inductivo y abductivo -<sup>83</sup> una estrategia de

búsqueda creativa que actúa transversalmente o en horizontal como tarea previa a la verticalidad ascendente del momento inductivo y descendente del momento deductivo. Así podrán explorarse las múltiples posibilidades que ofrece la situación concreta antes de proceder a la subsunción. Esta racionalidad transversal - a la que se ha referido Ladeur <sup>-84</sup> es una estrategia de búsqueda (heurística) acorde con la complejidad, heterogeneidad y conflictividad que caracterizan al ámbito social en que se desenvuelven los hechos (culturas, comunicación, tecnologías...). Esta heurística es una forma de racionalidad transversal que articula diferencias, establece relaciones y ordena conflictos, desenvolviéndose todo ello en un campo de oscilación que discurre entre ausencia de regulación, desregulación o nueva regulación. Este momento creativo del razonamiento analógico se acomoda al modelo constructivista del ordenamiento jurídico que no sólo trata de subsumir el orden de lo real sino que crea otras realidades y permite que el ordenamiento jurídico sea permeable a nuevos valores. En todo caso, el mecanismo de la integración deductiva no debe ahogar la función heurística encerrada en la racionalidad transversal que caracteriza al razonamiento analógico.

Puede decirse, según lo indicado, que la argumentación por analogía es un instrumento que satisface algunas de las funciones que Alexy atribuye a la dogmática jurídica.<sup>85</sup> Puede decirse, en efecto, que la argumentación analógica satisface la función de "estabilización" en la medida en que ayuda a fijar y a reproducir determinadas soluciones de las cuestiones prácticas. También es un instrumento que facilita la "función de progreso" en cuanto que propicia la ampliación de la discusión jurídica en los diferentes aspectos, teniendo en cuenta la incesante actividad del legislador y el progreso de las ciencias sociales y empíricas. La analogía favorece, además, la función de "descarga" tan importante para la actividad de los tribunales, ya que tal función consiste en mantener la fundamentación racional adoptada hasta tanto no sea necesaria una nueva comprobación o exista una mejor fundamentación de la decisión adoptada en casos similares. Pero esta función de "descarga" es limitada porque la decisión de un caso particular puede exigir la búsqueda de nuevas alternativas de solución, rechazando enunciados dogmáticos hasta entonces aceptados. La analogía se identifica con ambos aspectos funcionales en la medida en que en el primer sentido se reduce la complejidad y en el segundo se produce un incremento de dicha complejidad, ya que

al elaborar nuevos conceptos no se produce una descarga sino un aumento de la dificultad de la decisión.<sup>86</sup> El razonamiento analógico se ve favorecido, por otra parte, por la “función técnica” que acompaña a la dogmática y se beneficia, también, del “control” que ésta ejerce. La comprobación de la compatibilidad lógica de los enunciados jurídicos, la compatibilidad práctico-general de las decisiones y el reforzamiento del principio de universalidad que esto conlleva favorece, sin duda, a la argumentación por analogía.

El razonamiento por analogía, en cuanto que es relación de conceptos y relación de relaciones, impulsa la función heurística y genera nuevos interrogantes, ampliando así el espectro de la comprensión del caso individual. Se trata de un modelo de “argumentación abierta” (“open argumentation”), a la que se ha referido Aarnio.<sup>87</sup> Es un razonamiento que no apela a la intuición ni a la autoridad sino a la aceptabilidad que satisface unos mínimos criterios lógicos y justifica sus decisiones ante un auditorio,<sup>88</sup> transformándose el razonamiento en un procedimiento gradual en el que el problema originario es reorientado y reformulado mediante argumentos y contraargumentos.

En este modelo de argumentación abierta siempre quedan espacios de ambigüedad e indeterminación que habrán de hacerse explícitos en la casuística. Como la norma no contiene una solución exhaustiva, la nueva situación (el nuevo caso) queda abierta a un proceso evaluativo por lo que la analogía se percibe como una particular versión de la norma, pero no como una excepción a la misma. Este proceso de evaluación lleva a pensar que hay que abandonar la lógica de la verdad y la idea del cierre formal del sistema jurídico por la lógica de la aceptabilidad. La argumentación jurídica sólo tiene un carácter lógico en sentido amplio como quiera que en dicha argumentación se hacen presentes las precondiciones o la precomprensión como los factores evaluativos de la post-comprensión. Un vez que la analogía deja de ser encuadrada en el cálculo lógico para considerarse como parte de su estatuto gnoseológico el factor evaluativo, la idea de precomprensión de Esser se aloja en el razonamiento analógico incorporando, así, su dimensión heurística.<sup>89</sup> La analogía es, desde esta perspectiva, una mediación entre lo particular (los hechos) y lo universal (el texto legal) que se expresa mediante una racionalidad universal. Esta racionalidad proporciona la autocorrección que precisa la heterogeneidad y desviación que se produce entre lo

particular (mundo de la experiencia) y la estructura universal de la norma.

El constructivismo jurídico que subyace a la dimensión heurística de la analogía, lleva a pensar que ésta pertenece a los denominados “argumentos productivos”.<sup>90</sup> La contraposición entre los “argumentos interpretativos” y los productivos deriva del modo de entender la actividad judicial: constatación pasiva de la existencia de una ley positiva (descubrimiento del derecho) o creación normativa nueva, aunque no del todo libre (creación del derecho). Son interpretativos aquellos argumentos que se producen en el contexto de los casos habituales o “fáciles” y que consisten en justificaciones que presuponen, en el comienzo de la cadena del razonamiento, la consistencia de proposiciones jurídicas que existen objetiva y autónomamente antes de cualquier interpretación. Son productivos aquellos discursos que, al justificar casos difíciles, desarrollan complejos argumentos que tienen valoraciones extralegales y que, como conclusión final, llegan a una regla jurídica totalmente nueva.

El razonamiento analógico es un ejemplo de este tipo de argumentos productivos, entendiendo que se trata de una creación en sentido fuerte para diferenciarla de la creación de derecho en sentido débil. Hay dos grados en la noción de creación de derecho en sentido débil. Uno es el sentido “muy débil” y se refiere a la creación de derecho que caracteriza a la actividad judicial cuando, al aplicar una norma general a un caso específico, se convierte en productora de una norma individual. El segundo es el sentido “débil” y significa que, al interpretar, se crea una regla nueva porque se asigna un determinado significado a una proposición jurídica. En este caso, el concepto de “creación de derecho” está incluido en el concepto de “interpretación jurídica”.<sup>91</sup> En la creación de derecho en sentido fuerte, en donde hay que situar a la analogía, el intérprete se comporta como el legislador porque la nueva regla no la obtiene en el interior del dominio de una norma sino fuera de ella.

Resulta, sin embargo, difícil trazar una estricta diferenciación entre estas dos clases de argumento (uno que parte de la existencia de la ley positiva como premisa normativa) y otro que descansa sobre estándares extralegales para solucionar casos difíciles. En la mayoría de los casos, la interpretación jurídica - que es siempre necesaria- al mismo tiempo encuentra y crea la ley positiva, en el sentido de que se refiere a un material jurídico preexistente, pero que necesita siempre ser interpretado y reconstruido, todo ello en un proceso continuo, amalgamado del siguiente modo:<sup>92</sup>

- En un extremo del espectro se encuentran aquellos argumentos (lógicos o cuasi lógicos) referidos a materiales jurídicos que no ofrecen importantes problemas de interpretación y se refieren a casos sobre los que no hay confrontación.

- En medio del espectro están aquellos argumentos susceptibles de diferente interpretación, en los que cada uno pasa el test de la "coherencia normativa". Aquí habrá que situar los casos difíciles, pero con el sentido débil de creación normativa.

- En el otro extremo del espectro están los argumentos productivos cuando hay total ausencia de regulación. Aquí habrían de situarse los casos difíciles en su sentido fuerte y el argumento por analogía, el argumento a contrario y el argumento a partir de los principios.

El método analógico tiene, en conclusión, un carácter recursivo y autorreferencial y hay que poner en tela de juicio la diferencia genuina entre argumentos interpretativos y productivos. La diferencia entre ambos es sólo de grado. El argumento por analogía no sólo crea nuevo derecho, sino que también produce resultados normativos que son el resultado del arte de la búsqueda.

## **6. Aplicación analógica y creación judicial del derecho: Praxis jurisprudencial y límites del activismo** .....

### **6.1. Más allá de la función "supplendi causa"** .....

Si de la estricta exigencia lógica del procedimiento analógico (existencia de una laguna normativa, semejanza de casos, identidad de razón entre el supuesto de hecho regulado y el no regulado) pasamos al escenario de la praxis jurisprudencial se advierte que es la búsqueda de la solución justa y la preocupación por la epiqueya lo que motiva su actuación. Entre el reduccionismo del razonamiento analógico a una secuencia lógico-racional y el puro voluntarismo arbitrario está el necesario juicio de ponderación y equilibrio que evite la arbitrariedad del decisionismo judicial. Pero cuál es el límite del activismo o del decisionismo judicial en su pretensión por una solución justa en el procedimiento analógico? Existe algún criterio de demarcación y algún diagnóstico sobre la posible extralimitación del juez? Podemos también preguntarnos si

el juez está habilitado para corregir al legislador o si puede juzgar en casos especiales contra legem. Algunas de estas preguntas nos sitúan más allá de la aplicación de la analogía *supplendi causa* para ubicarse en ese espacio problemático de la rectificación de la ley (*corrighendi causa*).

Sin que sea posible encontrar en este punto una demarcación popperiana, la exigencia de coherencia del sistema jurídico y la necesidad de ofrecer una justificación adecuada y razonable pueden servir como marco necesario de referencia. Para ello acudiremos en los epígrafes siguientes a algunas ejemplificaciones del Common Law y de nuestra jurisprudencia para detectar en la praxis judicial esa línea difusa y problemática en la que el órgano judicial queda amparado por el marco de actuación que le ofrece la analogía, o bien puede que, llevado del decisionismo y del voluntarismo, se extralimite.

La dificultad que existe para precisar ese criterio de demarcación - entre el factor volitivo y la motivación estrictamente lógica - es el hecho de que la estructura de lo jurídico se refleja de modo peculiar en la antinomia "concreto" "abstracto".<sup>93</sup> Como ya sugirió Aristóteles, el derecho se estructura en dos planos: cada determinación o prescripción singular de la ley se comporta "como la que va de lo general a lo particular".<sup>94</sup> Se trata, en definitiva, de una dualidad entre el derecho normativo y el derecho del caso; o la relación entre la hipótesis normativa y el acondicionamiento jurídico del caso.

Las alternativas que se ofrecen a la discrecionalidad judicial se sitúa en esta dimensión de lo concreto y en la necesidad de la epiqueya, pero tienen que ser igualmente válidas, permisibles, admisibles y razonables.<sup>95</sup> La discrecionalidad no escapa de este marco de la admisibilidad y de la razonabilidad por lo que sólo podrán recibir el calificativo de discrecionales aquellas actuaciones de los jueces que sean jurídicamente razonables. Con este criterio se pretende subrayar la necesidad de que la decisión judicial permanezca fiel al sistema de fuentes establecido y a las exigencias de la socialidad propia de una comunidad jurídica cuando las premisas que encadenan el razonamiento judicial no tiene un contenido explícito o unívoco sino impregnado de indeterminación. El sometimiento a estos principios de la discrecionalidad en sentido fuerte (admisibilidad y razonabilidad) exige, al mismo tiempo, justificar y suministrar una motivación de la

elección efectuada de entre los diferentes cursos de acción, lo que forma parte del rol institucional asignado al juez. Esta exigencia de motivación se conecta positivamente con el rasgo de la universalidad y contradictoriamente, por exclusión, con la arbitrariedad. A esto hay que unir la exigencia de sinceridad u honestidad<sup>96</sup> y el compromiso de que ante circunstancias similares la actuación ha de ser también similar. Deben darse, en definitiva, los requisitos básicos del discurso práctico general<sup>97</sup> y, entre ellos, el requisito de la fundamentabilidad o “regla general de fundamentación”: Todo hablante debe fundamentar lo que afirma y pretende poder sostener su aserción frente a cualquiera. Estas exigencias hacen disminuir el rango de la discrecionalidad para situarla en los parámetros que corresponden al rol institucional del juez, sin caer en la extralimitación.

La corrección del derecho injusto o la subordinación de la ley a la justicia ha de afrontar tres objeciones importantes. Una es la que procede del constitucionalismo: violación del principio de la división de poderes cuando el juez no obedece al legislador y se sitúan críticamente frente a él. Otra objeción es la de la politización de la justicia, lo que supone un peligro para la independencia que debe guiar la aplicación del derecho. Además, se hace presente el problema de la indeterminación de conceptos tales como “justicia”, “equidad”, “dignidad de la persona”..., desde donde se pretende la corrección del derecho injusto. La analogía, como el argumento a contrario -en su pretensión de corrección de la ley al eliminar las lagunas- se mueven generalmente con fidelidad a la ley y al legislador. Sin embargo, entre esta fidelidad a la ley (analogía secundum legem y analogía praeter legem) y la actuación contraria a la ley (analogía contra legem) se deslizan variadas situaciones intermedias que bordean el límite de la actuación del juez. Puede considerarse como paradigmático, en este sentido, el recurso metodológico de la “interpretación teleológica restrictiva” que presupone un “error en la motivación”<sup>98</sup> por parte del legislador. Este error consiste en tomar como punto de partida determinados datos a los que se adapta consciente y voluntariamente la regulación, pero sin tener en cuenta situaciones actuales afectadas que hubieran exigido una regulación diferente. En tales situaciones la “interpretación teleológica restrictiva” hace valer, en contra de la literalidad del texto legal, “la verdadera voluntad o la verdadera valoración de intereses del legislador”, ya que el texto legal no hace ninguna excepción para determinados casos y puede

justificarse la existencia de una laguna que es preciso colmar,<sup>99</sup> por la que el tribunal corrige ciertamente la disposición normativa, teniendo en cuenta el fin de la norma y pretendiendo ser fiel al espíritu del legislador que, por inadvertencia, produjo una laguna. Pero, de otro lado, queda en evidencia la dimensión heurística de la aplicación analógica (al llenar la supuesta laguna extrayendo un principio inmanente a la norma) y el riesgo, al propio tiempo, de erigirse el juez en legislador.

Ante la ausencia de regulación caben dos posibilidades de interpretación. La primera es no presuponer la existencia de una laguna ya que puede ser voluntad del legislador que una determinada consecuencias jurídica quede excluida. Así, la ausencia de una disposición expresa de un deber de indemnizar por un determinado tipo de daños no tiene por qué inducir a pensar que exista una laguna por lo que una demanda de indemnización en tal caso habría de ser rechazada. La otra posibilidad es pensar que existe una laguna y que habrá de ser colmada por la actividad judicial *suplendi causa* (en caso de laguna auténtica) o *corrighendi causa* (cuando se trata de una laguna crítica o axiológica<sup>100</sup>). En esta segunda posibilidad queda en evidencia que es cuestión de interpretación sostener que estamos ante una laguna normativa (de *lege lata*) o ante una laguna axiológica o jurídico-política (de *lege ferenda* o desde el punto de vista de un futuro derecho mejor). Si se decide lo primero, la actuación del juez consistirá en colmar - mediante la analogía - una laguna *suplendi causa* (*secundum legem* o *praeter legem*<sup>101</sup>). Si se decide lo segundo, la cuestión es más compleja ya que existe regulación pero ésta se considera insuficiente y, por eso el juez, al acudir a la analogía, actúa *corrighendi causa* (incluso *contra legem*). Pero ¿puede suceder esto último sin que el juez se extralimite? Habrá de sostenerse *prima facie* que una actuación judicial *contra legem* no es acorde con el sistema de fuentes establecido si se entiende que no hay, en efecto, una laguna sino una regulación que se estima como insatisfactoria. La constatación o presencia de estas lagunas axiológicas o defectos jurídico-políticos del sistema tiene la virtualidad de llamar la atención del legislador para que regule de manera diferente cierto tipo de casos o para que introduzca alguna excepción. Así ha sucedido muchas veces y un ejemplo puede ser la regulación del aborto eugenésico o terapéutico. Ahora bien, en la medida en que la laguna axiológica o crítica se puede concebir como una situación similar a lo que acontece en las lagunas



como consecuencia de su culpa". La aceptación de estos principios proporciona la necesaria justificación racional para resolver, mediante la analogía iuris, nuevos casos del derecho de daños o de la responsabilidad extracontractual, lo que, al mismo tiempo, constituye un límite a la actuación del juez. Tales principios aducidos como p $\acute{o}$ rtico necesario para racionalizar y justificar las decisiones en los nuevos casos son, de hecho, aplicados por lo jueces bien como respaldo racional de sus convicciones personales o como instrumentos te $\acute{o}$ ricos o doctrinales para afrontar el problema, en este caso, de la responsabilidad. Sin embargo, se presentan ineludiblemente conflictos de demarcaci $\acute{o}$ n entre los principios. As $\acute{i}$ , no todo el derecho de da $\acute{n}$ os queda subsumido en el principio "no hay responsabilidad sin culpa". Pueden contraponerse principios antagon $\acute{i}$ cos: "toda persona ha de actuar asumiendo su propio riesgo" o bien "una persona no es responsable si no es culpable", pudiendo aplicarse uno u otro en las cuestiones en disputa, seg $\acute{u}$ n la distinta justifi $\acute{c}$ aci $\acute{o}$ n y articulaci $\acute{o}$ n utilizada para extender anal $\acute{o}$ gicamente uno de los principios al caso examinado. Sin embargo, el hecho de que haya disponibles determinados principios aplicables al caso indica que ninguno de los dos ofrece una justifi $\acute{c}$ aci $\acute{o}$ n  $\acute{u}$ ltima y decisiva. Es preciso elegir uno u otro y la justifi $\acute{c}$ aci $\acute{o}$ n de esa elecci $\acute{o}$ n es un argumento evaluativo basado en razones de justicia o equidad, en el sentido com $\acute{u}$ n o en un an $\acute{a}$ lisis de razonabilidad de las consecuencias de la decisi $\acute{o}$ n que se va a tomar. Este juicio evaluativo corresponde a los jueces m $\acute{a}$ s bien que al legislador pues son aquellos quienes han de aplicar las normas y decidir el caso, acudiendo, entre otros mecanismos, a la extensi $\acute{o}$ n anal $\acute{o}$ gica de alg $\acute{u}$ n principio general inherente al derecho positivo, una vez aplicado el test de razonabilidad. Con todo, la aceptaci $\acute{o}$ n de un principio como criterio para determinar la relevancia s $\acute{o}$ lo puede proporcionar una gui $\acute{a}$  u orientaci $\acute{o}$ n a la que acude como leg $\acute{i$ tima justifi $\acute{c}$ aci $\acute{o}$ n de una decisi $\acute{o}$ n correcta.

Pero, como dice MacCormick, los principios que orientan el juicio evaluativo no pueden proporcionar, sin embargo, una respuesta conclusiva o definitiva.<sup>106</sup> Prueba de ello es el hecho de que unas veces se aprecia  $\acute{c}$ irculo de semejanza entre dos casos y otras veces se otorga relevancia a la diferencia entre casos (el regulado y el nuevo que se presenta) una vez que tal diferencia se justifica haciendo una determinada interpretaci $\acute{o}$ n de la norma que pudiera aplicarse.

El caso *Steel v. Glasgow Iron and Steel Co. Ltda.* (1944, S. C. 237)<sup>107</sup> es ilustrativo de la dificultad que se presenta al establecer el círculo de semejanza y al intentar aquilatar la cuestión de lo que es relevante o irrelevante, respecto de lo semejante, pero no igual. El maquinista de un tren de maniobras murió mientras intentaba sin éxito evitar una colisión inminente con otro tren que avanzaba cuesta abajo sin frenos por negligencia de los empleados de otra compañía. Si en vez de intentar proteger la propiedad de su empleador el maquinista hubiera mirado únicamente por su propia seguridad hubiera resultado, sin duda, ileso. Pero no lo hizo. Su esposa demandó a la compañía por daños y perjuicios sobre la base de que la muerte de su marido se debió a la acción negligente de los empleados. En aquel momento no había una disposición normativa específica para la resolución del caso, pero existía una regulación y había precedentes según los cuales existía derecho de indemnización, en caso de perder la vida o resultar herido, para aquel que tratara de salvar a una persona que se encuentra en peligro por la acción negligente de un tercero. Se trataba, por tanto, de ver si “salvar la vida en peligro” (para lo que existe regulación con posibilidad de indemnización) es similar o está dentro del círculo de semejanza de “salvar la propiedad” (un bien material) hasta el punto de que en ambos casos (el regulado y para el que no existía regulación específica) pudiera aplicarse la misma conclusión: ni el que trata de salvar la vida de una persona ni el que trata de evitar un daño material, asumiendo voluntariamente un riesgo, queda excluido del derecho de indemnización por parte del tercero que originó la situación de riesgo. La argumentación a favor de la analogía consiste en justificar que no es relevante la diferencia entre “intentar salvar la vida” y “evitar un daño económico”. Según la decisión favorable del tribunal, intervenir para salvar la vida e intervenir para salvar la propiedad no constituyen una diferencia sustancial sino sólo de grado. Además, en ambos casos existe peligro inminente y suficiente justificación del riesgo asumido. Entre un caso y el otro caso se producen los mismos elementos sustanciales de la similitud, quedando únicamente como diferencia - no estimada relevante para aplicar la analogía aunque sí para matizar el grado de responsabilidad - que en un caso se trataba de un valor moral y en otro de un valor económico. El haber dado relevancia a esta diferencia habría significado negar el derecho de indemnización al que murió para evitar un daño económico por negligencia de un tercero. El círculo de semejanza se justifica en esta decisión del tribunal en el principio general del derecho de reparación que

subyace a todo este ámbito del derecho de daños: no hacer algo que pueda tener como razonable y probable consecuencia producir daño a los demás. En virtud de este principio y de la ratio a él inmanente ambos casos han de recibir el mismo tratamiento jurídico.

Otro ejemplo, aunque considerando ahora relevante la diferencia, es el caso *Phipps v. Pears* (1964, 2 All E.R. 35).<sup>108</sup> El propietario de dos casas en parcelas colindantes demolió una de ellas y construyó una nueva con su flanco lateral completamente adosado a la casa más antigua todavía en pie. Pocos años después las dos casas pasaron a pertenecer como propiedades independientes al demandante y al demandado, teniendo en cuenta que este último demolió la casa más antigua (la suya) por orden de la autoridad local. Debido al modo en que la pared colindante de la casa más reciente había sido construida (completamente adosada a la más antigua y ahora derribada) nunca había sido mastreada ni enlucida. Por eso, tras la demolición, a causa de la lluvia y el hielo la pared quedó expuesta a un daño considerable. El demandante formuló su denuncia por entender que el vecino que demolió la casa tenía constituida una servidumbre de protección de los efectos de la lluvia por analogía con el “derecho de soporte” que está regulado por la ley. El Tribunal de Apelación no reconoció la aplicación analógica al considerar relevante la diferencia entre la servidumbre de soporte de un edificio contiguo y la servidumbre de protección de la lluvia de un edificio contiguo.

Para esclarecer la cuestión de la relevancia, es también preciso hacer notar la dificultad que existe para acudir a estándares de racionalidad independientes de los distintos contextos culturales o ideológicos. Desde una teoría esencialista o desde una determinada metafísica sustancialista sería posible distinguir los elementos esenciales de los accidentales, puesto que se presupone que existe un orden natural al que también ha de someterse el legislador positivo. Lo objetivamente relevante, desde esa perspectiva, es la naturaleza esencial del caso que constituye una guía para establecer la ratio legis. Los problemas que plantean estos parámetros esencialistas se pueden poner a prueba en el siguiente caso suscitado en la jurisprudencia danesa. El problema se centra en ver si la relación homosexual puede considerarse similar al matrimonio heterosexual con vistas a la adopción. Tanto los adversarios como los partidarios apelan al principio - reconocido en el artículo 1 de la Constitución danesa y en varios Tratados

internacionales - que prescribe que los casos iguales deben ser tratados de manera igual. Pero mientras los partidarios piden igual trato por considerar que la cohabitación homosexual es similar al matrimonio heterosexual, los adversarios entienden que la relación homosexual y la relación heterosexual es fundamentalmente distinta en sus aspectos relevantes.<sup>109</sup> Examinado este caso desde la ley natural esencialista o desde la filosofía cristiana, resulta fácil resolver el problema ya que se acude a la idea de que existe un orden natural y tal orden incluye que la función del sexo es la procreación humana. De ahí que sólo la institución del matrimonio heterosexual y monógamo sea acorde con la ley natural a la que se acomoda la legislación positiva. La homosexualidad y la crianza de los niños por homosexuales se desvía de la vida sexual y familiar, por lo que no debe permitirse que las parejas de homosexuales adopten niños. Pero ocurre que puede apelarse a otras metafísicas desde las que se llegaría a conclusiones diferentes. Un ejemplo lo tenemos en la República de Platón que establece la posesión común de los hijos que son cuidados por las matronas sin que sepan quiénes son sus padres (Libro V, 457 y 458). En El banquete (1926 b), el amor homosexual se concibe como superior al heterosexual. Las metafísicas esencialistas carecen hoy de aceptación y lo que resulta inevitable es la dificultad de encontrar estándares de racionalidad independientes de los contextos culturales. Éstos son los que constituyen los marcos de referencia y desde donde se fijan los criterios de relevancia, siempre envueltos en la indeterminación y la textura abierta. Atienza ha resaltado la idea de que “no parece posible indicar con rigor el número exacto de notas (ni siquiera de las notas o propiedades fundamentales) de un concepto, salvo que se trate de un concepto matemático”. Hay, además, “una cierta alienación: ciertas notas diferenciales quedan intencionadamente ignoradas”.<sup>110</sup>

### 6.3. Más presencia de un apriori axiológico que del factor lógico ●●●●●

El dilema positivista entre conocimiento (razón) o decisión nos sitúa, como dice:

OLLERO, entre un derecho positivo parmenidiano, basado en una positividad instantánea ajena al fluir histórico, representado por la dogmática jurídica, y la teoría pura kelseniana que “nos invita a

zambullirnos en un puntillismo jurídico heracliteo, desconectado de todo elemento permanente”. La primera acaba reduciendo la dinámica jurídica a una actividad cognoscitiva de corte silogístico, mientras que la segunda la concibe “a golpes de voluntad arbitraria”. De ahí el doble dualismo - conocimiento y decisión, creación política e interpretación científica - al que forzosamente se nos empuja.<sup>111</sup>

Pero donde nos encontramos de hecho es ante una realidad que se nos ofrece como un potencial deber-ser, aunque real y prácticamente actualizada. Si la actividad jurídica al aplicar el derecho se concibiera como un mero cumplimiento de lo necesariamente prefijado o como un acontecer aleatorio dejado a la arbitraria decisión desaparecería la posibilidad de un desvelamiento práctico de una verdad por hacer. Una vez desactivada esta disyuntiva, aquella actividad habrá de ser obediente a la norma, pero al mismo tiempo creadora de su proyección histórica y de sus contenidos incoados, algo que no puede hacer la ciencia jurídica porque se trata del rol institucional asignado a la prudencia del juez. La sentencia habrá de ser, por eso, razón decidida y decisión motivada, de modo que “sin la exhibición del hilo argumental que impone una consecuencia se atentaría al núcleo mismo de la legitimidad, al abocar al ciudadano a una situación de indefensión, privado de toda tutela jurídica efectiva”.<sup>112</sup>

Lo que destacamos ahora es que hay ocasiones en que la argumentación introduce más factores volitivos que propiamente lógicos porque el juez es impulsado por la búsqueda de la solución justa. Para ello, no duda en crear ficticiamente una laguna normativa para poder luego integrarla por analogía. El activismo es lo que, en efecto, caracteriza muchas veces la actuación de los jueces, y así ha ocurrido de modo significativo en la creación judicial de la regla de la accesión invertida por parte de la jurisprudencia, en este caso, de nuestro Tribunal Supremo.

La creación jurisprudencial de la regla de la accesión invertida tuvo lugar a finales de la década de los cuarenta, época de gran activismo doctrinal del TS. La doctrina se fue reafirmando, generalizándose al poco tiempo un sólido precedente<sup>113</sup> que ha llegado hasta hoy con escasas variaciones,<sup>114</sup> pero al que la más reciente sentencia de 1995 (STS de 7 de noviembre, R. 8079) no dio acogida. En esta sentencia se plantea si debía aplicarse la regla de la accesión invertida, una línea jurisprudencial de amplio y sinuoso recorrido, a las construcciones levantadas enteramente en

terreno propio del constructor, pero que se extralimitaba al infringir el régimen de distancias entre construcciones.<sup>115</sup> En esta sentencia de 7 de noviembre el tribunal concluyó de forma negativa por no poder dar entrada a la analogía, al no apreciarse ninguna laguna normativa pues el caso queda subsumido por completo en el alcance del artículo 582 del Cc.<sup>116</sup> El caso en cuestión se refiere a un edificio - propiedad de la fundación benéfico-docente “Escuelas Profesionales de la Sagrada Familia” - con 24 ventanas abiertas que no cumplían el requisito de la distancia establecida en dicho artículo, por lo que había de restablecerse la situación jurídica lesionada cerrando dichas ventanas. Pero lo importante, al objeto de nuestro interés, es constatar que tanto si se crea una laguna normativa como si se considera que tal laguna no existe obedece más a factores volitivos que estrictamente lógicos. Así, en la STS de 31 de mayo de 1949 (R. 721) - la que inicia la regla de la accesión invertida - se crea una laguna normativa porque el tribunal optó previamente o se decidió (acto de volición) por las pautas de la reivindicación posesoria y no por las de las acciones negatorias que presuponen la afirmación del pleno dominio. El tribunal adoptó la perspectiva reivindicativa e indagó una solución que pudiera evitar las consecuencias no deseables que se derivarían de tratar al que se extralimitó como un poseedor de cosa ajena. Tales consecuencias no eran deseables desde el punto de vista de una ponderación equitativa porque conllevarían una reintegración desproporcionada y ruinoso para el que se extralimitó de buena fe. Estas consecuencias no deseables, unidas al absurdo jurídico que se produciría (la edificación quedaría dividida verticalmente), llevaron al tribunal a crear una laguna legal, de forma que, al integrarla, acudiendo al principio general de que “lo accesorio sigue a lo principal”, pudiera ofrecer como solución que el que se extralimita en cosa ajena de buena fe pueda conservar el valor económico de su inversión. Como puede verse, este modo de argumentar viene determinado por el resultado previamente buscado. No viene por vía lógica sino por decisión axiológica derivadas de criterios de ponderación equitativa o de política social. Como dice CARRASCO: “el procedimiento de solución que construye la Sentencia de 1949 está ya previamente determinado por el resultado que se quiere conseguir. Lo que se quiere es huir de la aplicación de la negatoria y para ello se construye a modo de pretexto una vía alternativa, que sabiéndose de resultado perplejo, permita ser desechada ulteriormente con el resultado de producir una laguna legal. Se construye deliberadamente un proceso que se

sabe conduce a una laguna legal. Se localiza la cuestión en un contexto imposible, para concluir que la cuestión es irresoluble y clama por una regla al sistema".<sup>117</sup>

Donde mejor se percibe la creación de una laguna normativa - en realidad es una laguna axiológica - es en la STS de 10 de diciembre de 1980 (R.4742),<sup>118</sup> en donde se dice abiertamente que el problema fue considerado "como si de un vacío legal se tratase", ya que de no haber creado la laguna y de haber seguido la literalidad del artículo 361 y 362 del Cc se hubiera ofrecido una solución "contraria a la política económica y social". La decisión previamente adoptada con el fin de evitar una solución no equitativa o injusta<sup>119</sup> es un a priori axiológico que acaba por determinar el mecanismo o el artificio de creación de una laguna normativa, donde el tribunal actúa no ya *supplendi causa* sino *corrigendi causa*.

Pero el factor volitivo no deja de estar presente, sólo que en dirección contraria, cuando la citada STS de 7 de noviembre de 1995 decide no aplicar analógicamente la regla de la accesión invertida al supuesto de extralimitación consistente en no guardar las distancias entre edificaciones. Ahora se justifica que no existe una laguna normativa y por eso no se aplica analógicamente la accesión invertida sino el referido artículo 582, ordenándose el cierre de todas las ventanas. Pero, en realidad, el origen está en la decisión previamente adoptada por la perspectiva de la afirmación de la libertad de dominio más bien que por la perspectiva de la reivindicación posesoria.

No era necesario, sin embargo, proceder a este artificio de la analogía iuris, creando artificialmente una laguna normativa, en realidad inexistente, para luego integrarla acudiendo a un principio extraído por inducción. La solución podría haber venido, como dice PRIETO SANCHÍS, si se hubiera planteado el pleito "como un caso de colisión entre dos principios, el derecho de propiedad y el derecho a una vivienda digna. Pensemos en el adquirente de buena fe de uno de los pisos del edificio, acaso no puede enarbolar su derecho a la vivienda frente al derecho de propiedad del titular del edificio vecino? Es fácil imaginar que un juez ligeramente más activista que el Tribunal Supremo (al menos en esta sentencia) hubiera atendido ese planteamiento para seguir luego el camino de la ponderación y desembocar finalmente en cualquier solución".<sup>120</sup> Esta planteamiento pone en evidencia la cercanía entre la analogía iuris y la argumentación a partir de los principios. Acudiendo a esta



del tribunal hubiera considerado que lo relevante era la semejanza y resolver por analogía a favor de un interés social.

Tampoco el Tribunal Supremo (STS 4 de junio 1993, R. 5261) consideró aplicable por analogía el artículo 361 sobre el derecho de accesión<sup>123</sup> a la edificación hecha sobre suelo embargado después vendido en subasta judicial, por entender que lo relevante en este caso es la diferencia entre “suelo o finca embargada” y “suelo ajeno”. Sin embargo, parece más evidente y relevante la semejanza entre ambos por lo que sería aplicable al “suelo embargado” las previsiones del artículo 361 referentes a “suelo ajeno”. Ambos supuestos se parecen en que “por virtud de la indisolubilidad entre suelo y vuelo, el constructor pierde lo edificado en favor de quien sobreviene dueño del suelo”.<sup>124</sup>

Tampoco parece suficiente la argumentación esgrimida por el tribunal en la STS de 27 de marzo de 1995 (R. 6776). Se trata de un caso donde parece del todo plausible el establecer el círculo de semejanza entre el supuesto de hecho no regulado “asociación obrera” (expoliada y extinguida) y el supuesto de hecho regulado que son los sindicatos, de modo que habría de aplicarse a la asociación obrera (Centre Autonomista de Dependents del Comerç de la Indústria) la Disposición Adicional 40 de la Ley Reguladora del Patrimonio Sindical Acumulado de 1986, según la cual la cesión debe hacerse o bien a las organizaciones sindicales, los afiliados, o asociados entonces existentes, o bien, si procede a aquellos sindicatos de trabajadores que acrediten ser sus legítimos sucesores. Según el tribunal, los rasgos que inducen a la similitud entre “asociación obrera” y “sindicatos” (expoliación, incautación y extinción) decaen porque prevalece la diferencia, entendiendo que “sucesión legítima de sindicatos” no es lo mismo que “sucesión legítima de asociaciones”. A pesar de que la sentencia hace notar - según lo ya había advertido la Audiencia - que quien ha de decidir sobre el carácter de “legítimo sucesor” de los sindicatos extinguidos es la Administración del Estado y no la jurisdicción civil, se reafirma en la idea de que no es de aplicación analógica la citada ley.

## 6.5. Recurso a la analogía o técnica para acoplar la norma al supuesto? .....

Cuando se aplican analógicamente normas que pertenecen a instituciones jurídicas alejadas la argumentación ha de efectuar un mayor esfuerzo para justificar el círculo de semejanza y hacer así plausible el recurso a la analogía. Pero teniendo en cuenta esta dificultad, muchas veces sucede que más bien parece que se busca una norma para acoplarla al supuesto no regulado, pretendiendo justificar la ratio o finalidad que persigue dicha norma.

Un caso significativo es, en este sentido, lo referente a las causas específicas de remoción del albaceazgo, al dejar el artículo 910 CC abierta una laguna sobre las causas específicas de la remoción del albacea testamentario. El fundamento tercero de la STS de 3 de abril 1992 (R. 3103) dice que si bien la jurisprudencia tradicional se mostró contraria a aplicar a la remoción del albacea las causas previstas para la remoción de la tutela, dadas las últimas reformas habidas en esta última institución, puede acudir al artículo 247 CC<sup>125</sup> en relación con el artículo 244, 41<sup>126</sup> para encontrar “una nueva situación motivadora de remoción” que es la existencia de conflicto de intereses. De este modo, hay ya una mayor cobertura en la fijación de las causas de revocación por lo que se abre la posibilidad de la aplicación analógica para llenar la laguna del artículo 910. Pero para eso es preciso justificar el círculo de semejanza entre el supuesto de hecho regulado (causas de revocación de la tutela según los artículos 243-246 CC) y el supuesto no regulado (las causas específicas de remoción del albacea), teniendo en cuenta que se trata de dos instituciones jurídicas alejadas (la tutela y al albaceazgo). Por ello, la sentencia en cuestión hace un esfuerzo por hacer razonable el círculo de semejanza al sostener que en el albaceazgo predominan las “funciones tuitivas y gestoras”, y que es un cargo de «confianza, “gratuito” (salvo excepciones), “voluntario”, “temporal”... Sin embargo, como se percibe en el voto particular formulado a esta sentencia<sup>127</sup> resulta injustificado, en el caso planteado en la sentencia, acudir a la existencia de “conflicto de intereses” (art. 244. 41 CC) como causa de remoción de la tutela (art. 244, 41) para decidir la remoción del albacea. Más bien parece, por eso, que se acude a este último artículo para acoplarle el supuesto de hecho, basándose en la ratio de la norma: en el caso enjuiciado

como en el de la tutela los conflictos de intereses interfieren y distorsionan el fiel cumplimiento del cargo.

Parecida forma de argumentar puede observarse en la STS de 9 de diciembre 1996 (R. 8788) en la que la laguna normativa existente en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953, en relación con el supuesto del “derecho de información del socio”, se colma acudiendo al artículo 65 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas (actualmente recogido en el artículo 112) que establece el derecho a ser informado que tiene el accionista. La argumentación -hecha ex post- a favor de la ratio de la norma extendida analógicamente se centra en que el derecho a la información del socio, entonces no regulado (el recurso se inicia en 1993), lo está ahora en la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Otros ejemplos en esta misma línea son<sup>128</sup> la STS de 20 de junio de 1995 (R. 4932), en la que el término natural de un contrato de hospedaje no fijado convencionalmente se resuelve acudiendo por analogía al artículo 1581 CC, sobre los arrendamientos urbanos. También puede traerse como ejemplo la improcedencia del pacto comisorio (art. 1859 CC<sup>129</sup>) aplicada analógicamente no sólo a los casos de prenda e hipoteca, sino también a la venta en garantía (STS 22 de diciembre 1988, R. 9748).

Como conclusión - en relación con estos casos referidos - diremos que, para evitar el riesgo de la extralimitación, el juez ha de esforzarse en elaborar una ajustada y fundamentada argumentación basándose en los principios immanentes que constituyen, por cercanía y aproximación, la ratio de las normas que se alegan para extender analógicamente dichas normas al nuevo caso. Al establecer la analogía se pone en marcha - lo que se aprecia en estos casos examinados - la dimensión heurística de este procedimiento articulando nuevas y más amplias formulaciones de un principio al que se apela para ofrecer la adecuada justificación. Esta adecuada justificación habrá de tener, al menos, los dos siguientes rasgos:

- Suministrar los argumentos evaluativos de la decisión tomada, al menos la exigencia de coherencia y el esclarecimiento de los fines y objetivos que se persiguen con la decisión.

- Acudir a alguna razón general por la que el argumento por analogía o el argumento a partir de los principios provean de base jurídica a

las nuevas decisiones, en el sentido de que sean condiciones necesarias de su admisibilidad. Esta razón general puede descubrirse pero sin olvidarse de ciertos límites, entre otros, que los jueces deben abstenerse de ponerse de parte de controversias partidistas actuales y que las grandes cuestiones de política legislativa corresponden al poder legislativo en las sociedades democráticas. La potencialidad conflictiva de los principios exige equilibrio entre la separación de poderes, pero no bajo el prisma de una simplificación según la cual el legislador hace las leyes y los jueces las aplican, sino en el sentido de que la necesaria función de creación o producción normativa que desempeñan los jueces ha de estar sometida a límites y restricciones. Esta restricción deriva de la naturaleza sóloamente "intersticial"<sup>130</sup> de la función creadora del derecho que tiene atribuida los jueces. Esto significa, más en concreto, que la justificación de una decisión innovadora proviene de la argumentación por analogía o al acudir a los principios inmanentes o pre-existentes del ordenamiento jurídico positivo en la medida en que tal argumentación habilita al juez en su poder discrecional de complementación del derecho en el momento de su aplicación. Pero esta habilitación para innovar al aplicar la analogía sólo exhibe que la decisión tomada cumple los requisitos de aceptabilidad y admisibilidad, pero no otorga a esa argumentación una vinculación obligatoria. Prueba de ello es el hecho de que en unos casos se aprecia similitud entre los casos y se aplica la analogía, y en otros, que parecen igualmente similares, no se aplica al poner la relevancia en las diferencias.

En todo caso, es preciso distinguir la actividad legislativa de la jurisprudencial. La primera se propone fines y para ello establece normas, mientras que la jurisprudencia parte de premisas normativas y no es, por tanto, del todo libre porque no puede desvincularse del todo de las premisas normativas. Ni aun cuando se acude a la analogía, en donde se produce el mayor grado de constructivismo jurídico tiene lugar una creación ex nihilo. Además, los jueces tienen la obligación de motivar sus decisiones en razones y en reglas de aplicación como son las exigencias de interpretación a que se refiere el artículo 3.1. del Código Civil. Esta exigencia de justificación es una nota que caracteriza a la función jurisdiccional, pero no a la función legislativa. Además, el juez queda vinculado a la jurisprudencia y a los precedentes en razón del principio de seguridad jurídica (el juez no puede disponer de tanta discrecionalidad que haga totalmente imprevisible su

decisión), del principio de igualdad (en ningún tipo de justificación puede resolver un juez casos iguales en sentido distinto) y del principio de unidad del derecho.

## 6.6. Un caso de analogía “contra legem” .....

Apesar de que prima facie una actuación judicial contra legem no es acorde con el sistema establecido de fuentes, ha ocasiones en que se hace una aplicación analógica contra legem con el ánimo de corregir al legislador como sucedió en el ilustrativo caso de las restricciones a la libre transmisibilidad de acciones al portador planteado en la STS de 1 de julio de 1961 (R. - 2876).

Las restricciones a la libre transmisibilidad de acciones pone, en efecto, al descubierto cómo la jurisprudencia del TS, mediante el mecanismo de la creación de una laguna normativa, decidió establecer limitaciones a dicha transmisibilidad de acciones al portador, aunque el tenor literal del artículo 85. 31 (hoy artículo 85 a) de la Ley de Sociedades Anónimas sólo hace previsión expresa de estas limitaciones para el caso de las acciones nominativas. Puede, por eso, decirse que la STS de 1 de julio de 1961 es un ejemplo de sentencia contra legem donde el tribunal resuelve de manera contraria a lo establecido en la ley y efectúa una corrección teleológica restrictiva del sentido de la ley, acudiendo al razonamiento por analogía. A pesar de que las restricciones legales, según se ha dicho, se refieren expresamente a la transmisibilidad de acciones nominativas, el tribunal crea una laguna normativa por considerar que hay ausencia de regulación para el caso de las acciones al portador, aplicando a éstas por analogía las restricciones estatutarias previstas para las normativas, entendiéndolo que hay círculo de semejanza entre unas y otras acciones. Sin embargo, parece claro que si el legislador hubiera querido extender las restricciones de las acciones nominativas a las acciones al portador lo hubiera hecho expresamente. Si no lo hizo fue porque no quería que las acciones al portador tuvieran limitaciones en sus transmisibilidad. Pero, además, el suponer la existencia de una laguna y el establecer un círculo de semejanza entre acciones nominativas y acciones al portador, no puede justificarse, sino al contrario, es preciso afirmar la relevancia, en esta caso, de la diferencia entre unas y otras

acciones, ya que del artículo 59 de la Ley de Sociedades Anónimas y de los artículos 545 y 174 del Código de Comercio se desprende que “para ejercitar los derechos incorporados a toda acción al portador es suficiente la posesión del documento”<sup>131</sup> y porque las restricciones a las acciones al portador “violan su ley de circulación que es de naturaleza impositiva”.<sup>132</sup> No hay, por tanto, justificación del círculo de semejanza por lo que no es posible la aplicación de la analogía y era improcedente crear una laguna que en realidad no existía. El aplicar tales restricciones estatutarias es, de este modo, un ejemplo de actuación judicial corrigendi causa contra legem.

## **7. El ámbito de admisibilidad como límite de la aplicación analógica** .....

Una limitación ope legis que es preciso finalmente considerar es la que procede de su propio ámbito de admisibilidad. Si la aplicación analógica de las normas queda expresamente regulada en el artículo 4.1 del Código Civil, el artículo 4.2 establece los límites: “Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”.

La aplicación analógica no es posible cuando se trata de normas de derecho singular, pero no sólo porque están prohibidas sino también porque es materialmente imposible su aplicación a otros casos, ya que la ratio de estas normas es eminentemente concreto y particularizada en su finalidad restrictiva, excepcional o casuística, lo que no deja lugar a la existencia de lagunas, quedando la situación fuera del alcance del intérprete. El apartado 2 del referido artículo es, de hecho, una manifestación de que no hay en esas circunstancias posibilidad de integración ya que la literalidad de la norma agota todos los supuestos posibles. Los problemas empiezan, como destaca Yzquierdo,<sup>133</sup> cuando nos preguntamos qué se entiende por norma penal a estos efectos, cuándo una norma es excepcional, qué hacer con las normas restrictivas, prohibidas y sancionatorias que no son penales ni excepcionales...

El fundamento de la exclusión de la analogía en el ámbito penal reside en el principio general de legalidad penal “Nullum crimen,

nulla poena sine lege”, incorporado en el artículo 25.1 de la Constitución y en varios artículos del vigente Código Penal de 1995.<sup>134</sup> Este principio implica, por ejemplo, que no pueda castigarse como allanamiento de morada (pena de prisión de seis meses a dos años, según el art. 202.1 del vigente código penal) una llamada nocturna hecha con intención de molestar ya que, según el referido artículo del Código Penal, el allanamiento de morada requiere “entrar en la morada ajena» o «mantenerse en ella contra la voluntad del morador”. A tenor del artículo 148.1 del Código Penal se desprende, por ejemplo, que si una persona causa lesiones a otra agrediéndole con ácido clorhídrico será castigado con la pena allí prevista (prisión de dos a cinco años) porque el concepto de “ácido clorhídrico” queda incluido en el tipo del referido artículo (“Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado”). Pero sería más discutible si el “ácido clorhídrico” queda excluido o puede incluirse en las previsiones del capítulo V, sección 10 (artículos 563-570) del referido Código (sobre tenencia, tráfico, y depósito de armas, municiones o explosivos).

El principio de legalidad y el principio de reserva absoluta de ley en materia penal impiden la aplicación de la analogía, al menos de la analogía “in malam partem”. No afecta, sin embargo, a la analogía “in bonam partem”,<sup>135</sup> como puede deducirse del artículo 9.3 CE que garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos. La analogía in bonam partem sirve para excluir la responsabilidad criminal o para disminuirla, y el límite que establece el principio de legalidad garantiza que nadie sea sancionado con una pena no prevista en el texto de la ley. El artículo 2.2. del Código Penal prescribe que “tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo”. Se entiende que cuando la ley quiere castigar o quiere agravar la sanción lo dice expresamente y si guarda silencio ha de entenderse que no ha querido castigar o agravar la pena prevista. Esto significa afirmar - en opinión de Guastini - que en el ámbito del Derecho Penal y del derecho excepcional rige el principio de la norma general exclusiva, por la que “todo lo que no está expresamente prohibido, está permitido”. Esta prohibición de utilizar la analogía significa, también, la necesidad de argumentar a contrario: “si no hay ninguna norma que atribuya una sanción penal a un determinado comportamiento debe mantenerse que ese comportamiento es

penalmente lícito”. Es decir, si no existe ninguna norma que conecte el supuesto de hecho F con la consecuencia jurídica G, entonces al supuesto de hecho F no le es de aplicación la consecuencia jurídica G.<sup>136</sup>

La analogía “in malam partem” es excluida del ámbito penal tanto por la legislación como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Se entiende que no puede aplicarse la analogía cuando el legislador ha pretendido regular restrictivamente una materia, según el principio “singularia non sunt extendenda”.<sup>137</sup> En relación con la analogía in malam partem, puede plantearse si al aplicar la ley penal se está efectuando una interpretación extensiva o si se sobrepasa ese límite. El problema concreto puede plantearse desde el punto de vista de la existencia de lagunas de reconocimiento donde la vaguedad de los términos (tales como arma peligrosa, llave falsa, violencia, información privada, datos personales, intimidación...) juega un importante papel hermenéutico. Para evitar la aplicación analógica con el fin de llenar ese tipo de lagunas,<sup>138</sup> el Código nuevo ha efectuado en determinados casos una regulación más precisa para garantizar el principio de legalidad penal.<sup>139</sup>

Suele ponerse en cuestión si es realmente posible esta prohibición de aplicar la analogía en el Derecho Penal. Kaufmann critica esta pretensión y sostiene que el principio “Nullum crimen sine poena” no supone una prohibición estricta de la analogía porque eso significaría que el delito puede definirse mediante conceptos unívocos.<sup>140</sup> Puede encontrarse un ejemplo en este sentido en la circunstancia 10 del artículo 9 del anterior Código Penal (ahora es la circunstancia 6 del artículo 21: Son circunstancias atenuantes... 60 Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores). Con respecto a esta circunstancia genérica de atenuación, la tendencia de nuestros códigos ha sido la de hacer uso cada vez más extenso de ella. Ya en el primer código de 1822 no se hizo una enumeración cerrada de todos los casos de atenuación. Esta atenuación por analogía ha sido justificada ampliamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.<sup>141</sup>

En el caso de las leyes excepcionales, se presupone la inexistencia de lagunas<sup>142</sup> y tampoco puede utilizarse la analogía para la restricción de derechos. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado frente a tales restricciones rechazando, por ejemplo la inelegibilidad de cargos de la Administración civil (Delegados y Jefes) al amparo

del artículo 4.2 c) del RD 20/1977. Las disposiciones de excepción no deben ser extendidas por analogía (singularia no sunt extendenda), lo que significa que “cuando se ha citado una disposición para determinado caso excepcional o un grupo de casos de este tipo no puede, desde luego, aplicarse por analogía a casos en los que no se presenta esa situación excepcional”.<sup>143</sup>

Tampoco es posible aplicar extensivamente una regla a un supuesto que no pertenezca a su ámbito de analogía. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado indicando que debe escogerse la norma más específica y homogénea, la más congruente y la que evita transposiciones arbitrarias.<sup>144</sup>

Otro límite de la analogía se hace presente en las normas sancionatorias y en las normas restrictivas no penales. El principio de legalidad del artículo 25.1 CE ha de hacerse extensivo a las sanciones administrativas por lo que no cabe una interpretación analógica en este ámbito, como se desprende de la STC 25/1984 de 23 de febrero: “Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado”.<sup>145</sup> Además, la potestad sancionadora atribuida a la Administración ha de producirse por norma de rango legal (STC 77/1983, de 3 de octubre) como también se establece en el artículo 127 de la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Proceso Administrativo Común. La analogía queda también prohibida en el ámbito de las sanciones tributarias como se desprende del artículo 24.1 de la Ley General Tributaria: “no se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible o de las exenciones o bonificaciones”. Mayor dificultad presenta el ámbito de las sanciones en el Derecho privado en donde el principio de legalidad no tiene el alcance de la sanción penal, administrativa o tributaria. El criterio “odiosa non sunt extendenda” no ayuda mucho en este campo porque lo que para una parte resulta odioso para otra resulta beneficioso.

En ciertas situaciones que pueden ser restrictivas de derechos, como es el caso, por ejemplo de las causas de desheredación o de incapacidad para suceder por indignidad (art. 852 y ss y art. 756 del Código civil) se exige una interpretación restrictiva sin que quepa la posibilidad de la extensión analógica a casos similares. Lo mismo sucede con las restricciones en la capacidad de las

personas (donación, compraventa, adquisición de la posesión, mayoría de edad, adopción, aceptación de la herencia...). Tampoco en este ámbito es aplicable la analogía.

## Referencias

- AARNIO, A. *Lo racional como razonable*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.
- \_\_\_\_\_. *On Legal Reasoning*. Turín Yliopisto. Turku, 1977.
- AGUILÓ REGLA, J. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Ariel, Barcelona, 2000.
- ATIENZA, M. *Sobre la analogía en el Derecho*. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico. Civitas, Madrid, 1986.
- ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J. *Las piezas del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1996.
- ALCHOURRÓN, C. E.; BULYGIN, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea, Buenos Aires, 1993.
- ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*. CEC, Madrid, 1989.
- ALONSO, J.P. Un caso difícil en el Código Civil español. *Doxa*, 17-18, 1995, pp. 403-430.
- ALONSO GARCÍA, E. *La interpretación de la constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- APARISI MIRALLES, A. Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 1992.
- ARISTÓTELES. *Ética nicomaquea*. L. V, cap. 7.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. *Fuentes del Derecho, I, Principios del ordenamiento constitucional*. Tecnos, Madrid, 1991.
- BENDITT, T.H. The rule of Precedent. En: GOLDSTEIN, L. *Precedent in Law*. Clarendon Press, Oxford, 1987.
- BETTI, E. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. EDESA, Madrid, 1975.
- BOBBIO, N. Lacune del diritto. En: *Novissimo Digesto Italiano*. Turín, 1963, vol. XIX.
- \_\_\_\_\_. *Teoría general del Derecho*. Debate, Madrid, 1991.
- BROEKMAN, J. M. Analogy in the Law. En: NERHOT, P. (ed.), *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1991.
- BROSETA PONT, M. *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 81-86 y 96-97.

CARNELUTTI, F. *Teoría general del Derecho*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

CALSAMIGLIA, A. Sobre la dogmática jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico. A.C.F.S., n.122, 1982.

CALVO, J. *Derecho y narración. Materiales par una teoría y crítica narrativa del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1996.

CALVO GARCÍA, M. La voluntad del legislador: gnoseología de una ficción hermenéutica. *Doxa*, 3, 1986.

CANNARIS, C. W. De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand. En: *Les problèmes des lacunes en droit*. Etablissements Emile Bruylant, Bruselas, 1968.

CARRASCO PERERA, A. La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica. *Revista de Derecho Privado*, Enero, 1996, pp. 886-912.

CEES, W. M. Milking the Meter. On Analogy, universability and world views. En: NERHOT, P. *Legal Knowledge and Analogy*.

COSSÍO, C. *La plenitud del ordenamiento jurídico y la interpretación judicial de la ley*. Losada, Buenos Aires, 1974.

CROSS, R. *Precedent in English Law*. Oxford, 1979.

DAVIS, K. *Discretionary Justice: a Preliminary Enquire*. University of Illinois Press, Urbana, 1969.

DEL VECCHIO, G. *Filosofía del Derecho*. Bosch, Barcelona, 1964.

DE OTTO, I. *Derecho constitucional*. Sistema de fuentes, Ariel, Barcelona, 1991.

DÍAZ, E., *Sociología y filosofía del Derecho*. Taurus, Madrid, 1989.

DÍEZ-PICAZO, L. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1993.

D'ORS, A. *Una introducción al estudio del Derecho*. Rialp, Madrid.

DWORKIN, R. *A Matter of Principle*. Harvard University Press, Cambridge, 1985.

\_\_\_\_\_. Hard cases. *Harvard Law Review*, 1975, vol. 88, pp. 1057 y ss.

\_\_\_\_\_. Law as Literature. En: AARNIO, A.; MACCORMICK, N. (Eds.). *Legal Reasoning*. Dartmouth, Aldershot/Hong Kong/Singapur/Sidney, 1992, vol. 2, pp. 255-278.

\_\_\_\_\_. *Law's Empire*. Fontamna Press, London, 1986, pp. 165-167 y 227-228.

\_\_\_\_\_. Law, Philosophy and Interpretation. *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 80, 4, pp. 463-475.

ENGISCH, K. *El ámbito de lo no jurídico*. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina, 1960.

\_\_\_\_\_. *Introducción al pensamiento jurídico*. Guadarrama, Madrid, 1967.

\_\_\_\_\_. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1968.

ESSER, J. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Bosch, Barcelona, 1961.

FALCÓN Y TELLA, M. J. Distinto funcionamiento de la analogía en los sistemas de Derecho continental y en los de Derecho anglosajón desde la perspectiva de las lagunas jurídicas. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 183.

\_\_\_\_\_. *El argumento analógico en el Derecho*. Civitas, Madrid, 1991.

GARCÍA AMADO, J. A. Ernst Fuch y la doctrina del Derecho libre. *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, pp. 803-825.

GARCÍA PELAYO, M. *Derecho constitucional comparado*. Revista de Occidente, Madrid, 1961, p. 286.

GREÑO, J. E. Voz "analogía jurídica". En: *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Editorial Seix Barral, Barcelona, 1983, p. 650.

GUASTINI, R. Soluzione dubbie. Lacune e interpretazione secondo Dworkin. Con un'appendice bibliografica. En: *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XIII, 2, 1983.

\_\_\_\_\_. Produzione di norme a mezzo di nome. En: GIAFORMAGGIO, L.; LECALDANO, E. (Ed.). *Etica e diritto*. Laterza, Bari, 1986.

HEMPEL, C. G. *Aspects of Scientific Explanation and other Essays in the Philosophy of Science*. New York, 1965.

HERNÁNDEZ MARÍN, R. *Teoría general del Derecho y de la Ciencia jurídica*. PPU, Barcelona, 1989.

IGLESIAS VILA, M. *El problema de la discreción judicial*. Una aproximación al conocimiento jurídico. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

IZQUIERDO TOLSADA, M. Analogía. En: RAMS ALBESA, J., (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, I, Título Preliminar, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 116-135.

EZQUIAGA GANUZAS. *La argumentación en la justicia constitucional española*. HAAE/IVAP, Oñati, 1987, pp. 56-60.

ITURRALDE SESMA, V. *El precedente en el Common Law*. Civitas, Madrid, 1995.

\_\_\_\_\_. *Lenguaje legal y sistema jurídico*. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley, Tecnos, Madrid, 1991.

KAUFMANN, A. *Filosofía del Derecho*. Universidad Externado de Colombia, 1999.

KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*. PORRÚA/UNAM, México, 1991.

LADEUR, K. H. The Analogy between Logic and Dialogic of Law. En: NERHOT, P. (Ed.). *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1991.

LARENZ, K. *Metodología de la ciencia del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1980.

LEGAZ Y LACAMBRA, L. *Filosofía del Derecho*. Bosch, Barcelona, 1979.

LIFANTE VIDAL, I. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

LÓPEZ CALERA, N. *Filosofía del Derecho*. Comares, Granada, 1992.

LÓPEZ GUERRA, L. *El Tribunal Constitucional*. Obra colectiva, vol. III, Madrid, 1981.

LUHMANN, N. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

\_\_\_\_\_. The Unity of Legal System. En: TEUBNER, G. (Ed.). *Dilemas of Law in the Welfare State*. Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1985.

MACORMICK, N. Why Cases have Rationes and what there are. En: GOLDSTEIN, L. *Precedent in Law*. Oxford, Clarendon Press, 1987.

\_\_\_\_\_. *Legal Reasoning y Legal Theory*. Clarendon Press, Oxford, 1978.

MACORMICK, N.; SUMMERS, S.(Ed.). *Interpreting Statutes*. A Comparative Study, Aldershot, Dartmouth, 1991.

MARÍN CASTÁN, M. L. Consideraciones sobre el Derecho inglés como prototipo de sistema de Common Law y sus diferencias respecto de los sistemas romano-germánicos. En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. febrero de 1984.

MARTÍNEZ TAPIA, R. *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*. Servicio de Publicaciones Universidad de Almería, Almería, 2000, pp. 136-156.

MONTORO BALLESTEROS, A. Ideologías y fuentes del Derecho. *Revista de Estudios Políticos*, n.140, 1984.

MORESO, J. J. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

NINO, C. S. *Introducción al análisis del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1983.

OLLERO, A. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. C.E.C., Madrid, 1989.

\_\_\_\_\_. *Interpretación jurídica y positivismo legalista*. Edersa, Madrid, 1982.

\_\_\_\_\_. Juzgar o decidir: El sentido de la función judicial. *Revista del Poder Judicial*, n.132, 1993.

OPPENHEIM, F. E. Outline of a Logical Analysis of Law. *Philosophy of Science*, 11, 1944, pp. 142-160.

PASQUAU LIAÑO, M. (Dir.). *Jurisprudencia civil comentada*, tomo I, Comares, Granada, 2000.

PERELMANN, C. H.; OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado de la argumentación*. La nueva retórica. Gredos, Madrid, 1989.

PIZZORUSSO, A. Las fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico italiano. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 3, 1989.

PRIETO SANCHÍS, L. *Ley, principios, derechos*. Dykinson, Madrid, 1998, p. 64.

- PUIG BRUTAU, J. *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Bosch, Barcelona, 1989, p. 259.
- RADBRUCH, G. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. F.C.E., Madrid, 1974.
- RECASENS SICHES, L. *Tratado general de Filosofía del Derecho*. México, 1959.
- RÍO FERNÁNDEZ del L. J. *Atenuación por analogía*. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Requisitos y casuística, Editorial de Derecho, Valencia, 1995.
- ROMEO LAGUNAS, M. J. Las lagunas de la de la ley y la analogía jurídica. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1970, I, pp. 215-219.
- RUIZ MIGUEL, A. *Equality before the Law and Precedent*. Conferencia y material facilitado al Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, octubre, 1997.
- SAAVEDRA, M. Legitimidad judicial en la crisis del imperio de la ley. *Jueces para la Democracia*, n1 18, 1993.
- SALGUERO, M. *Argumentación jurídica por analogía*. Marcial Pons, Madrid, 2002.
- SEGURA ORTEGA, M. El movimiento del Derecho libre. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1993, pp. 423-455.
- \_\_\_\_\_. El problema de las lagunas en el Derecho. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VI, 1989, pp. 285-312.
- \_\_\_\_\_. *Teoría del Derecho*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.
- SERRANO MORENO, J. L. Cuatro métodos para leer el Derecho ambiental. *Persona y Derecho*, 6, 1996.
- TARELLO, G. *Diritto. Enunciati, Usi*. Il Mulino, Bologna, 1974, pp. 167 y 389.
- VILLA, V. Legal Analogy between Interpretative Arguments and Productive Arguments. En: NERHOT, P. (Ed.). *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1991.
- WALUCHOW, W. J. *Inclusive Legal Positivism*. Clarendon Press, Oxford, 1994.
- WRIGHT, G. H. V. *Norma y acción*. Un investigación lógica, Tecnos, Madrid, 1979.
- WROBLEWSKI, J. Precedent in Statutory (civil) law system. En: *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1990.
- \_\_\_\_\_. The Concept and the Function of Precedent in Statute-Law System. En: *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki, 1983.
- XIOL RÍOS, J. A. El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional. *Poder Judicial*, n.3, 1986.
- ZITELMANN, E. Las lagunas del Derecho. En: VV.AA. *La ciencia del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1949.
- ZULETA PUCEIRO, E. *Paradigma dogmático y ciencia del Derecho*. EDERSA, Madrid, 1981.

# Notas

- 1 Josep Aguiló justifica la necesidad de superar o, al menos desactivar, muchas de estas contraposiciones por lo que tiene de distorsionadoras: fuentes formales *versus* fuentes materiales, fuentes de conocimiento *versus* fuentes normativas, modos de producción *versus* formas de exteriorización, métodos de producción *versus* normas que regulan la producción... Cfr. AGUILÓ REGLA, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 37-50. Sobre la metáfora referida a la expresión "fuentes" del Derecho, véase BALAGUER CALLEJÓN, F. *Fuentes del Derecho*, I, *Principios del ordenamiento constitucional*. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 31-32. Díez-Picazo hace notar que la teoría tradicional de las fuentes conduce a aporías de difícil salida: dualidad entre las fuentes como origen del Derecho o como producción de las normas; la dualidad poder normativo creador o modo de expresión de las normas... DÍEZ-PICAZO, L. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1993, pp. 119-120.
- 2 Legaz y Lacambra distingue los siguientes sentidos: a) Fuente de conocimiento de lo que es o ha sido el Derecho (colecciones legislativas, documentos antiguos...); b) Fuerza creadora del Derecho como hecho de la vida social (la naturaleza humana, el sentimiento jurídico, la economía, el interés de clase, el conflicto social...); c) Autoridad creadora del derecho histórico o actualmente vigente; d) Acto concreto creador del Derecho (legislación, costumbre, decisión judicial, etc.); e) Fundamento de la validez jurídica de una norma concreta de Derecho; f) Forma de manifestarse la norma jurídica (ley, decreto, reglamento...); g) Fundamento de validez de un derecho subjetivo. Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, L. *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1979, pp. 509 y 510. Según Bobbio, las fuentes del Derecho son "aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas" (BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, Debate, Madrid, 1991, p. 170). De manera similar, para Pizzorusso las fuentes del Derecho son los hechos o los actos jurídicos que tienen como efecto la creación, modificación o derogación de disposiciones o normas integradoras del ordenamiento (PIZZORUSSO, A. Las fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico italiano. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 3, 1989, p. 270).
- 3 DEL VECCHIO, G. *Filosofía del Derecho*. Bosch, Barcelona, 1964, p. 52.
- 4 DE OTTO, I. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel, Barcelona, 1991, p. 20.
- 5 Dice Carlos Santiago NINO que las normas - además de por su estructura o contenido - también se pueden clasificar por su origen. De ahí que "el estudio de las distintas formas de creación de normas jurídicas se hace generalmente bajo el rótulo *fuentes del derecho*". Cfr. NINO, C. S. *Introducción al análisis del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1983, pp. 148 y ss. Véase, en este mismo sentido, AGUILÓ REGLA, J., op. cit., pp. 63 y 67.

- 6 Las fuentes-acto, o normas que provienen de las autoridades políticas (legislación) presuponen reglas que confieren poderes y las fuentes-hecho (costumbre jurídica) presuponen una regla puramente constitutiva. Cfr. AGUILÓ REGLÁ, J., op. cit., pp. 57-62. Dedicó el capítulo IV a las fuentes-acto, el capítulo V a las fuentes-hecho y el capítulo VI a las normas provenientes de las autoridades jurisdiccionales.
- 7 Otra diferencia estriba en que mientras a las autoridades políticas (legislación) se les atribuye la función de cambiar el contenido del Derecho, a las autoridades jurisdiccionales corresponde hacer efectivo ese contenido. Si la legislación ejerce su poder normativo por iniciativa propia, la jurisdicción ejerce su poder por instancia externa a su propia autoridad. Mientras que las autoridades políticas (legislación) tienen el poder de promulgar y derogar normas, las autoridades jurisdiccionales agotan su competencia con su ejercicio (la sentencia es siempre definitiva, aunque no sea firme). Mientras que las autoridades políticas no tienen el deber de independencia, las autoridades jurisdiccionales tienen el deber de independencia y sus decisiones sólo pueden justificarse en el orden jurídico. Cfr. AGUILÓ REGLÁ, J., op. cit., pp. 121-123.
- 8 Cfr. *Ibid.*, pp. 106-109.
- 9 Es indudable el desplazamiento experimentado por la más originaria elaboración judicial del Derecho a favor de la legislación. Ya en Roma la aparición del *ius respondendi* condujo a un monopolio del saber jurídico *ex auctoritate principis* que marcó el ocaso de la jurisprudencia romana y que quedó posteriormente absorbida por la función reglamentaria de la Administración. Cfr. D'ORS, A. *Una introducción al estudio del Derecho*. Rialp, Madrid, 1963, pp. 92 y ss.
- 10 El concepto moderno de fuentes del Derecho procede de Savigny (10 parte del *Sistema de Derecho romano actual*). Luego fue utilizado por Puchta y los pandectistas (Windscheid...). Desde principios del siglo XIX se establece una conexión entre la teoría de las fuentes del Derecho y los postulados del Estado liberal: certidumbre del derecho y seguridad jurídica (ideal de un derecho claro, sencillo, escrito y fácilmente cognoscible), imperio de la ley y codificación. Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., op. cit., pp. 117, 118 y 132.
- 11 BALAGUER, F., op. cit., p. 49.
- 12 MONTORO BALLESTEROS, A. Ideologías y fuentes del Derecho. *Revista de Estudios Políticos*, n1 40, 1984, p. 82.
- 13 KAUFMANN, A. *Filosofía del Derecho*. Trad. Luis Villar Borda y Ana María Montoya. Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 137-138.
- 14 *Ibid.*, p. 187.
- 15 DE OTTO, I., op. cit., p. 288.
- 16 Esta expresión tiene su origen en la *creatio continua* de que habla Descartes en la cuarta y quinta parte de su *Discurso del método*. Luhmann se hace eco de esta expresión cartesiana al decir que la autorreferencia o autopoiésis ocupa en el ámbito de la identidad del sistema jurídico el papel que ocupaba la *creatio*

*continua* en la construcción filosófica de Descartes. Véase LUHMANN, N. The Unity of Legal System. En: TEUBNER, G. (Ed.) *Dilemas of Law in the Welfare State*. Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1985, p. 21.

- 17 Cfr. KAUFMANN, A., op. cit., p. 193.
- 18 Cfr. PUIG BRUTAU, J. *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Bosch, Barcelona, 1989, p. 259.
- 19 APARISI MIRALLES, A. Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 1992, p. 265.
- 20 La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien, la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.
- 21 “En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad”.
- 22 Se percibe sólo un cierto intento por suavizar esa exclusión que se hace de la jurisprudencia en el artículo 1.1 del Código Civil cuando la Exposición de Motivos del Decreto (1836/1974) que sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar dice: “a la jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes del Derecho, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico. En efecto, la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses da lugar a la formación por el Tribunal Supremo de criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno contiene desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa”. En la STS de 12 de diciembre de 1990 (R. 9977) se aprecia esta misma intencionalidad: “La jurisprudencia, aunque no puede considerarse como fuente estricta o formal del Ordenamiento... no cabe desconocer [su] verdadera trascendencia normativa”.
- 23 DE OTTO, I., op. cit., pp. 297-298.
- 24 Ibid., p. 302.
- 25 Ibid., p. 303.
- 26 XIOL RÍOS, J. A. El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional. *Poder Judicial*, n1 3, 1986, p. 35.
- 27 Ibid.
- 28 Ibid., p. 36.
- 29 LARENZ, K. *Metodología de la ciencia del Derecho*. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero. Ariel, Barcelona, 1980, p. 262. Dice aquí mismo este autor que El Tribunal Constitucional Federal nunca ha discutido que “la misión y facultad de una producción del Derecho creadora corresponde en todo caso al juez, bajo la vigencia de la Ley Fundamental. Los jueces no usurpan poder legislativo alguno y en este marco” queda un amplio margen para la jurisprudencia creadora de los

tribunales, para la conformación de nuestro orden jurídico. Al desarrollar judicialmente el Derecho, "no se trata sólo de colmar lagunas legales, sino de adoptar y conformar ulteriormente nuevas ideas jurídicas que, en todo caso, han sido insinuadas en la propia ley, cuya realización por parte de la jurisprudencia de los tribunales rebasa, por ello, el plan original de la ley". (Ibid., p. 359).

- 30 BOBBIO, N. *Teoría general del Derecho*. Debate, Madrid, 1991, p. 221.
- 31 CARNELUTTI, F. *Teoría general del Derecho*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 107. Alchourrón y Bulygin entienden por postulado de la plenitud hermética del Derecho aquella tesis según la cual "todo ordenamiento jurídico es necesariamente completo en relación a cualquier universo de casos y cualquier universo de soluciones". Cfr. ALCHOURRÓN, C. E.; BULYGIN, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea, Buenos Aires, 1993, pp. 183-184.
- 32 Cfr. RECASENS SICHES, L. *Tratado general de Filosofía del Derecho*. México, 1959, pp. 323 y ss.
- 33 Cfr. COSSÍO, C. *La plenitud del ordenamiento jurídico y la interpretación judicial de la ley*. Losada, Buenos Aires, 1974, p. 42.
- 34 En el caso del ordenamiento jurídico español -de similar modo a como acontece en los ordenamientos homólogos del contexto europeo- los preceptos positivos que asumen el postulado de la plenitud son los siguientes, entre otros: Art. 24.1. CE (derecho a la tutela judicial efectiva); Art. 24.2. CE (derecho al juez ordinario predeterminado por la ley); art. 11.3. LOPJ (obligación de jueces y tribunales a resolver siempre); Art. 1.7. CC (deber inexcusable de los jueces de resolver en todo caso de que conozcan); Art. 448 CP del 95 (castigo con pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis meses a cuatro años al juez que se negare a juzgar sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley).
- 35 Cfr. ALCHOURRÓN y BULYGIN, op. cit., pp. 230-232.
- 36 No puede, con todo, dejar de considerarse la diferencia existente entre explicación causal y justificación normativa. Entre otras, una diferencia principal es que en la primera rige el criterio de la verdad empírica o las condiciones empíricas de la adecuación entre la teoría y los hechos objeto de explicación, y en la segunda (justificación normativa) rige el carácter convencional de la validez de los enunciados normativos. En este ámbito no existe un legislador científico, sino un legislador ligado a concepciones ideológicas, políticas y filosófico-morales. Cfr. HEMPEL, C. G. *Aspects of Scientific Explanation and other Essays in the Philosophy of Science*. New York, 1965; también, OPPENHEIM, F. E. Outline of a Logical Analysis of Law. *Philosophy of Science*, 11, 1944, pp. 142-160.
- 37 ALCHOURRÓN y BULYGIN, op. cit., p. 236.
- 38 La creencia en que los sistemas jurídicos son completos es defendida por muchos teóricos, a pesar de que, tomado este postulado de la completitud en su sentido real, no es más que una ficción que tiende a disimular la

inconsistencia de ciertos ideales políticos arraigados en el pensamiento jurídico. El postulado de la plenitud hermética del Derecho se ha asociado históricamente al dogmatismo jurídico del positivismo legalista (Cfr. ZULETA PUCEIRO, E. *Paradigma dogmático y ciencia del Derecho*. EDERSA, Madrid, 1981, pp. 11-57. BETTI, E. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. EDERSA, Madrid, 1975. CALSAMIGLIA, A. Sobre la dogmática jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico. *A.C.F.S.*, n. 122, 1982, pp. 235-275). El origen de este paradigma dogmático habría que buscarlo en la tradición romanista medieval que consideraba al *Corpus Iuris* como el derecho por excelencia al que nada había que agregar porque en su plenitud constituía una “mina inagotable de sabiduría jurídica” que el intérprete había de descubrir (Cfr., BOBBIO, op. cit., p. 224). Pero el precedente lejano más claro de esta actitud fue, sin duda, la prohibición que impuso Justiniano de hacer uso de la analogía por parte de los jueces por considerarla peligrosa para la certeza del Derecho. La analogía había sido, sin embargo, utilizada en tiempos de la jurisprudencia pontifical y de la jurisprudencia laica en forma de argumentación por semejanza, por comparación o proporción como se puede ver en el Libro 12 del Digesto (*De legibus*, 1, 3). En las Instituciones de Quintiliano se hacía referencia al argumentum “ex similibus” y en el Bajo imperio, los decretos y rescriptos del Emperador eran objeto de generalización por parte de los jueces mediante el recurso de las acciones “ad exemplum” (Cfr. FALCÓN y TELLA, M. J. *El argumento analógico en el Derecho*. Civitas, Madrid, 1991, pp. 31-34). También en la época de los postglosadores y comentaristas (siglo XIV) se produjo un importante avance en la utilización de la analogía lo que quedó reflejado en el conocido brocardo “procedere de similibus ad similia”. (Cfr. *ibid.*, p. 35). Aun con estas oscilaciones, importa destacar que el dogma de la plenitud quedó asociado en la modernidad a la concepción estatalista del Derecho y al monopolio de la producción jurídica del Estado. Radbruch lo expresó con claridad: “La prohibición de crear Derecho y la de negarse a fallar sólo pueden conciliarse entre sí si arranca [se refiere a la cultura jurídica de la codificación] de un tercer supuesto, a saber: que la ley carece de lagunas, no encierra contradicciones, es completa y clara (...). Es el postulado o la ficción consistente en afirmar que la ley o, por lo menos, el orden jurídico forma una unidad cerrada y completa” (RADBRUCH, G. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Trad. W. Roces, F.C.E., Madrid, 1974, p. 121). El voluntarismo moderno racionalista (Grocio, Hobbes, Pufendorf...) tendía a fijar el espíritu de la ley eludiendo la arbitrariedad e identificando el mandato del legislador con una manifestación de contenido volitivo. En la medida en que culmina el proceso de estatalización de la ley, se acrecentaba el presupuesto y la ficción hermenéutica de la existencia de una instancia racional vinculada a la voluntad del legislador. Esta ficción negaba la mera posibilidad de interferencias y opacidades en la aplicación de la ley al tiempo que se adscribía al legislador la voluntad que había de decidir los casos concretos. Toda esta semántica de la voluntad que caracterizó a la primera mitad del siglo XIX mantenía la fe en ese núcleo de racionalidad omnicomprensiva, fundada en “la plenitud ucrónica del sentido objetivo de la ley” (CALVO GARCÍA, M. *La voluntad del legislador: gnoseología*

de una ficción hermenéutica. *Doxa*, 3, 1986, p. 127). La expresión más clara de este monopolio estatal y del fetichismo legislativo fue el fenómeno de las codificaciones, desde la francesa de 1804 a la alemana de 1900. La escuela de la exégesis representa mejor que ninguna la tarea codificadora napoleónica, como ha destacado Elías Díaz: una admiración incondicional por la codificación, una fe ciega en la suficiencia de las leyes, la afirmación del estatismo del Derecho, el dogma de un sistema jurídico completo y una labor puramente mecánica en la aplicación de la norma por el juez (DÍAZ, E. *Sociología y filosofía del Derecho*. Taurus, Madrid, 1989, pp. 107-109).

- 39 Esta reacción antiformalista se vincula a la corriente irracionalista y vitalista de Schopenhauer, Kierkegaard o Nietzsche, lo que es una manifestación de rechazo de la idea hegeliana de sistema como una construcción lógico-conceptual de la realidad. Otras razones de esta nueva actitud son las siguientes: el envejecimiento de los códigos y su falta de acomodación a las nuevas realidades, la pérdida de confianza en la omnisciencia del legislador, la transformación social que estaba operándose en aquella 2ª mitad del siglo XIX, el auge de las ciencias sociales... De entre éstas, la sociología fue la mejor aliada de los juristas críticos contra el mito del estatismo del Derecho y del dogma de la plenitud. Cfr. LÓPEZ CALERA, N. *Filosofía del Derecho*. Comares, Granada, 1992, pp. 210-214.
- 40 Véase GARCÍA AMADO, J. A. Ernst Fuch y la doctrina del Derecho libre. *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, pp. 803-825; SEGURA ORTEGA, M. *El movimiento del Derecho libre*. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1993, pp. 423-455.
- 41 GARCÍA AMADO, J.A., op. cit., p. 817.
- 42 El argumento del espacio jurídico vacío se debe a Bergbohm (*Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892): "Un Derecho es siempre una totalidad existente sin lagunas (...) No necesita nunca ser llenada desde afuera, pues siempre está lleno, porque su entera fecundidad, su fuerza de expansión lógica dentro de su propio campo, cubre en todo momento la necesidad de los juicios jurídicos" (Referencia tomada de ENGISCH, K. *El ámbito de lo no jurídico*. Trad. E. Garzón Valdés, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina, 1960, p. 42. Cfr. SEGURA ORTEGA, M. *Teoría del Derecho*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 246). Hay un espacio jurídico lleno regulado por normas jurídicas que imponen restricciones a la libre actividad humana, pero hay, también, un espacio jurídico vacío no regulado por normas y que es un espacio de libertad. Por tanto, un hecho o un caso cualquiera o bien está regulado por el Derecho o no lo está. En este último caso sería jurídicamente irrelevante. No hay, por eso, lagunas en el Derecho ya que si hay regulación no hay laguna y si no existe regulación el caso es jurídicamente irrelevante. El concepto de laguna no es más que la idea del límite del ordenamiento y sólo muestra hasta dónde llega el Derecho. Esta teoría no resuelve en realidad el problema de las lagunas, sino que lo elude, ya que reconoce la existencia de situaciones no reguladas por el Derecho. Además, el espacio jurídico vacío se identifica con lo no obligatorio o con lo prohibido, pero deja fuera otros aspectos de lo jurídico como lo permitido, el

ámbito de los poderes o de las facultades (Cfr. ITURRALDE SESMA, V. *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 152-153 y 161; BOBBIO, N., op. cit., p. 230-232).

- 43 El argumento de la norma general excluyente se debe a Zitelman, Donati, Brunetti y Kelsen. La norma que regula un comportamiento excluye al mismo tiempo de esa regulación todos los demás comportamientos. Por eso, todos los comportamientos no comprendidos en una norma particular están regulados por una norma general exclusiva, es decir, por una norma que excluye todos los comportamientos no previstos por las normas particulares: Son lícitas todas las acciones mientras no se haya dispuesto lo contrario. Esta regla general negativa se sobreentiende por sí misma sin necesidad de expresarla. Se trata de una norma de clausura o de cierre por lo que no hay lagunas o espacio jurídico no regulado (Cfr. ZITELMANN, E. *Las lagunas del Derecho*. En: VV.AA., *la ciencia del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1949). Kelsen sostiene esta posición en la *Teoría pura del Derecho* (KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*. PORRÚA/UNAM, México, 1991, pp. 254-258). No existen realmente las lagunas, de ahí que la analogía sea también irrelevante como medio de integración. Un tribunal siempre aplica el orden jurídico aun cuando éste no contenga ninguna norma general que regula positivamente la conducta en un caso concreto. En tal caso, dicha conducta queda regulada «negativamente» en cuanto que esa conducta no está jurídicamente prohibida y, en ese sentido, está permitida». Es un error, a juicio de Kelsen, considerar que en ese caso hay una laguna. Aunque no pueda utilizarse una norma jurídica aislada es posible aplicar el orden jurídico, lo que es también aplicar el Derecho. Para Kelsen sólo existe laguna cuando el órgano juzgador aprecia la falta de una norma como indeseable o injusta. Pero esto es hacer juicios de valor que son siempre de valor relativo. Esto no es en realidad una laguna sino la introducción de un punto de vista axiológico de carácter subjetivo. Pone el siguiente ejemplo: la ausencia de obligación de reparar el daño causado por el dependiente por cuenta del empresario puede ser vista como insatisfactoria por un socialista, pero como satisfactoria por un liberal (Ibíd., pp. 255-256). No es para Kelsen aceptable la ficción de suponer que si el legislador hubiere previsto el caso lo habría regulado en un determinado sentido. La intención del legislador hay que apreciarla en el derecho que crea. Pone algunos ejemplos: La ley que regula la compraventa establece que el vendedor está obligado a entregar la cosa o de no hacerlo a reparar el daño. Pero nada dice sobre qué ocurre si la cosa es destruida sin culpa de las partes. La ley no establece que quede liberado el vendedor de entregar o indemnizar. Si la ley no introduce excepción quiere decir que el vendedor corre el riesgo en caso de destrucción de la cosa sin culpa de las partes. Otros -señala Kelsen- verían aquí una laguna (Cfr. ibid.).
- 44 Según la teoría que mantiene von Wright sobre la completitud normativa, la inexistencia de lagunas se debe a la interdefinibilidad recíproca de los operadores deónticos de lo prohibido y de lo permitido. Un sistema normativo es cerrado o pleno cuando toda acción está deónticamente determinada en él, es decir si está permitida o prohibida. En caso contrario, el sistema quedará abierto. Siendo interdefinibles la prohibición y el permiso, el sistema será

cerrado y carecerá, por tanto de lagunas. Si algo está prohibido entonces no está permitido y si algo no está permitido entonces está prohibido. Sin embargo esta segunda parte (de la no existencia de una norma de permiso extraer una norma de prohibición) parece menos verosímil. Por eso, von Wright distingue varios sentidos de lo permitido y de lo prohibido. Hay permisos “fuertes” (no están prohibidos pero están sometidos a normas) y permisos “débiles” (no sometidos a normas por lo que no son prohibidos). Además, distingue varios tipos de permisos “fuertes”: permisos como “tolerancia” (se tolera la conducta pero no se protegen las interferencias de otros agentes); permisos como “derecho” (el permiso se combina con la prohibición de impedir u obstaculizar al titular al realizar el contenido de ese permiso); permisos como “habilitación” (el permiso se combina con un mandato que habilita al titular del permiso a hacer algo y que dispone de acción frente a los sujetos del mandato). Estos últimos son lo que expresan el sentido más fuerte del permiso (Cfr. WRIGHT, G. H. von. *Norma y acción. Un investigación lógica*. Tecnos, Madrid, 1979, pp. 101-104. También, ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J. *Las piezas del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1996, pp. 335-337. Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R. *Teoría general del Derecho y de la Ciencia jurídica*. PPU, Barcelona, 1989, pp. 96-100). Se concluye que, cuando prohibición y permiso son correspondientes, las inferencias de la ausencia de prohibición a la presencia de un permiso es lógicamente equivalente a la inferencia de la ausencia de un permiso a la presencia de una prohibición. Ahora bien cuando no son correspondientes permiso y prohibición las inferencias no son válidas. Según lo dicho, el sistema es cerrado por la interdefinibilidad recíproca de la prohibición y el permiso.

45 *Metodología de la ciencia del Derecho*, op. cit., pp. 303-304.

46 La literatura con respecto al problema de las lagunas es extensísima, teniendo en cuenta que aspectos tan importantes de la teoría del Derecho como la interpretación y aplicación jurídica quedan concernidos en la cuestión de las lagunas. La doctrina alemana se ha ocupado ampliamente de este tema: K. Bergbohm, E. Zitelmann, E. Jung, G. Radbruch, H. Kantorowicz, E. Ehrlich, R. Stamler, R. Bierling, E. Huber, H. Kelsen, W. Burkhardt, W. Sauer, K. Engisch, J. Esser, K. Larenz... K. Engisch dedica dos extensas notas, la 24 (pp. 244- 247) y la 180 (pp. 254-255), a la bibliografía al respecto (Cfr. *Introducción al pensamiento jurídico*, op. cit.). Puede consultarse una amplia bibliografía en el estudio que realiza FALCÓN Y TELLA, M1 J., *El argumento analógico en el derecho*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 76 y ss; Alchourrón y Bulygin han prestado importancia a este tema de las lagunas (Cfr. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, pp. 157-167 y passim); también BOBBIO, N. *Lacune del diritto*. En: *Novissimo Digesto Italiano*. Turín, 1963, vol. XIX; CANNARIS, C. W., *De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand*. En: *Les problèmes des lacunes en droit*, Etablissements Emilie Bruylant, Bruselas, 1968; cfr. ITURRALDE SESMA, V., *Lenguaje legal y sistema jurídico*, Tecnos, Madrid, 1989; SEGURA ORTEGA, M. *El problema de las lagunas en el Derecho. A.F.D.*, vol. VI, 1989, pp. 285-312; Díez-PICAZO, L. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Ariel, Barcelona, 1993, pp. 277-283; ROMEO LAGUNAS, M. J. *Las lagunas de la ley y la analogía*

jurídica. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1970, I, pp. 215-219; GUASTINI, R. Soluzione dubbie. Lacune e interpretazione secondo Dworkin. Con un'appendice bibliografica. En: *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XIII, 2, 1983; DWORKIN, R. Hard cases. *Harvard Law Review*, 1975, vol. 88, pp. 1057 y ss.

- 47 Lo que parece más plausible es distinguir básicamente tres clases de lagunas, considerando que en torno a ellas existen otras modalidades y conceptos afines: (1) lagunas normativas, (2) lagunas axiológicas, (3) las lagunas que se producen como consecuencias de la incertidumbre y vaguedad de los conceptos jurídicos. Nos hemos ocupado más extensamente de estos tipos de lagunas en SALGUERO, M. *Argumentación jurídica por analogía*. Marcial Pons, Madrid, 2002, epígrafe 3.2.
- 48 ENGISCH, K. *Introducción al pensamiento jurídico*. Trad. Ernesto Garzón Valdés, Guadarrama, Madrid, 1967, p 174.
- 49 *Ibid.*, p. 175.
- 50 *Ibid.* La inexistencia de regulación puede responder a un plan consciente del legislador o de la ley por lo que en tal caso no puede hablarse de laguna. Así ocurre, por ejemplo, cuando el legislador positivo, consciente y voluntariamente declara que una conducta no es punible, aunque pudiéramos esperar que lo fuera. En estos casos estamos ante una laguna no *de lege data*, sino *de lege ferenda*. No es, por tanto, una laguna auténtica sino una laguna crítica o “jurídico-política”, lo que puede dar pie a una reforma de un futuro derecho mejor. La integración de una laguna por vía judicial “presupone siempre una laguna *de lege data*” y el primer paso que tiene que dar el razonamiento del juez es el de “comprobar la necesidad y justificación de llenar la laguna”. Cfr. *Ibid.*, pp. 176-177.
- 51 LARENZ, K. *Metodología de la ciencia del derecho*. op. cit., p. 365. En este sentido se pronuncian Nawiaski y Burkhardt: “Se denomina laguna de la ley cuando la ley no da respuesta alguna a una pregunta que necesariamente tiene que ser contestada para la aplicación de la ley”. Zitelmann denomina a estas lagunas como “auténticas”. Pone Larenz como ejemplo el artículo 904, inciso segundo del BCB. Aquí sólo se dice que el propietario que no puede prohibir una acción en su propiedad puede exigir indemnización por el daño causado, pero no dice de quién puede exigir la indemnización. Sin responder a esta pregunta no es posible aplicar este inciso del artículo 904.
- 52 *Ibid.*, p. 368. Dentro del campo semántico de las lagunas normativas o lagunas de la ley, Larenz considera otros tipos de lagunas: “las lagunas de la regulación” que pueden ser “manifiestas” y “ocultas”, y las lagunas “iniciales” y “posteriores” (*ibid.*, pp. 365-373).
- 53 LARENZ, K. *Metodología de la ciencia del derecho*. op. cit., p. 363. Las lagunas normativas son, en realidad, muchas veces clamorosos silencios de la ley. En tal sentido, podría hacerse una lectura ideológica o política de lo que no dice un texto normativo y por qué no lo dice. Un ejemplo puede ser el siguiente: “Por qué el plano legal del sistema jurídico ambiental está prácticamente vacío

de disposiciones en materia de energías renovables?”. No será que las grandes empresas energéticas prefieren el rango reglamentario porque les proporciona un margen de negociación - e incluso de elaboración conjunta de reglamentos - con los ejecutivos, que en ningún caso les proporcionarían las “luces” y “taquígrafos de un parlamento?” Cfr. SERRANO MORENO, J. L. Cuatro métodos para leer el Derecho ambiental. *Persona y Derecho*, 6, 1996, p. 217.

- 54 Cfr. SEGURA ORTEGA, M. El problema de las lagunas en el Derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VI, 1989, pp. 285-312.
- 55 KELSEN, H. *Teoría pura*. op. cit., p. 257. Pone el siguiente ejemplo: La ley determina que un órgano colegiado debe crearse mediante una elección, pero no regula el procedimiento electoral. La conclusión para Kelsen es que cualquier sistema de elección será válido y no admite que haya una laguna técnica.
- 56 Pone Larenz el siguiente caso: no es exigible a la concesión de un poder el revestir la forma prescrita para el negocio jurídico al que se refiere. Pero en el caso de la enajenación de una finca la jurisprudencia exige que el poder revista la forma acorde a la enajenación. De no ser así no quedaría protegido el vendedor, cosa que pretende la norma. La laguna no aflora abiertamente por existir una norma positiva, pero le falta una limitación por la que se excluye a un determinado hecho. (LARENZ, op. cit., 297). Un ejemplo de estas lagunas técnicas, en razón de que quedan omitidos determinados aspectos de una regulación, es el caso que se presenta en la STS de 10 de mayo 1996 (R.3871) en el que se integra por analogía la laguna creada por una acción de impugnación de acuerdos sin que se hubiera señalado plazo. En esta sentencia el demandante alega que se ha utilizado indebidamente la analogía asignándose plazo a la acción de impugnación formulada contra los acuerdos adoptados por la Federación Deportiva de Caza del Principado de Asturias. El artículo 24.2 del RD 177/81 dispone que “los acuerdos y los actos de las Federaciones que sean contrarios al ordenamiento jurídicos (...) podrán ser suspendidos o anulados por la Autoridad judicial, a instancia de parte interesada”. Pero nada dice esta norma del plazo para el ejercicio de la acción de suspensión o de nulidad de los acuerdos de las Federaciones, acción que puso en marcha el demandante. Pero resulta que el artículo 19.2 de ese mismo Real Decreto sí determina para el caso de los *clubes* un plazo de 40 días. El Tribunal Supremo entiende que aquí existe una laguna legal que “necesariamente debe cubrirse”. Como vemos, se trata claramente de una laguna *técnica* - según la denominación que hemos adoptado - porque el artículo 24.2 del citado Real Decreto hace previsión de la anulación, pero no establece plazo. El Tribunal Supremo desestima el recurso y aplica la analogía para colmar la laguna técnica, acudiendo al artículo 19.2 de la misma norma que sí pone plazo de caducidad a la acción de anulación.
- 57 ALCHOURRÓN y BULYGIN. *Introducción a la metodología*. op. cit., pp. 23, 45, 68. Es digno de mención un ejemplo típico de laguna normativa en nuestro Código Civil (artículos. 453-455) en relación con los gastos o mejoras útiles realizados por el poseedor vencido que actúa de mala fe. Mientras que los mencionados artículos regulan las consecuencias que se derivan en los gastos y mejoras de las situaciones posesorias (gastos necesarios, mejoras suntuarias,

mejoras útiles), distinguiendo si el poseedor vencido actúa de buena o de mala fe, no ofrecen solución a los gastos o mejoras útiles realizadas por el poseedor de mala fe. De los seis casos posibles de combinaciones cinco de ellos quedan regulados. Los cinco casos regulados son: (11) *Gastos necesarios y actuación de buena fe* (el nuevo poseedor ha de pagar los gastos necesarios y el anterior poseedor tiene derecho de retención: art. 453, par. 1). (21) *Gastos necesarios y actuando de mala fe* (el nuevo poseedor tiene obligación de abonar los gastos realizados: art. 455, par. 1). (31) *Gastos útiles y actuando de buena fe* (el nuevo poseedor bien abona los gastos o bien abona el aumento de valor que haya adquirido la cosa principal por la mejora útil; además, el anterior poseedor tiene derecho de retención: art. 453, par. 2). (41) *Gastos suntuarios y actuando de buena fe* (el poseedor anterior tiene derecho al "ius tollendi" con derecho de abono de gasto si son mejoras separables: art. 454). (51) *Gastos suntuarios y actuando de mala fe* (se otorga "ius tollendi" si no hay deterioro de la cosa, con derecho al abono del valor del objeto al momento del traspaso: art. 455). (61) *Laguna*: Gastos útiles actuando de mala fe. Pero el sexto (*gasto útil de mala fe*) queda sin regulación, produciéndose una típica laguna legal o normativa. Juan Pablo Alonso realiza un exhaustivo análisis de este caso siguiendo las pautas metodológicas de Alchourrón y Bulygin (*Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*). Cfr. ALONSO, J. P. Un caso difícil en el Código Civil español. *Doxa*, 17-18, 1995, pp. 403-430. Cfr. NORESO, J. J. *La indeterminación del Derecho*. op. cit., p. 91.

- 58 PASQUAU LIAÑO, M. Comentario al artículo 4 del Código Civil. En: PASQUAU LIAÑO, M. (Dir.) *Jurisprudencia civil comentada*. tomo I, Comares, Granada, 2000, p. 43.
- 59 Estos ejemplos están tomados, en la mayoría de los casos, del citado trabajo de PASQUAU LIAÑO, pp. 44-45.
- 60 Véase FALCÓN Y TELLA, M. J. Distinto funcionamiento de la analogía en los sistemas de Derecho continental y en los de Derecho anglosajón desde la perspectiva de las lagunas jurídicas. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n1 83, pp. 82, 87, 89-93, y bibliografía allí citada. Cfr. ITURRALDE SESMA, V. *El precedente en el Common Law*. Civitas, Madrid, 1995.
- 61 Cfr. DWORKIN, R. Law as Literature. En: AARNIO, A.; MACCORMICK, N. (Eds.). *Legal Reasoning*. Dartmouth, Aldershot- Hong Kong-Singapur-Sidney, 1992, vol. 2, pp. 255-278. También, DWORKIN, R. Law, Philosophy and Interpretation. *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 80, 4, pp. 463-475. Cfr. BROEKMAN, J. M. Analogy in the Law. En: NERHOT, P. (ed.) *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1991, p. 218. Esta idea de Dworkin de la intertextualidad permitirá saber qué lectura del texto legal - al modo como acontece en una novela - se acomoda mejor a la realidad construida en los casos. Puede consultarse la sugerente obra de J. CALVO. *Derecho y narración. Materiales par una teoría y crítica narrativa del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1996.

- 62 Cfr. CROSS, R. *Precedent in English Law*. Oxford, 1979, pp. 183 y 188.
- 63 Cfr. MACORMICK, N. Why Cases have Rationes and what there are. En: GOLDSTEIN, L. *Precedent in Law*. Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 167. R. Dworkin también considera que el precedente debe tener un importante papel en las decisiones de los tribunales, aunque la exigencia de justificación del cambio de criterio es menos exigente que la propuesta por MacCormick. Cfr. DWORKIN, R. *Law's Empire*. Fontamna Press, London, 1986, pp. 165-167 y 227-228; MACCORMICK, N.; SUMMERS, S. (Ed.). *Interpreting Statues. A Comparative Study*. Aldershot, Dartmouth, 1991.
- 64 (11) Las decisiones de la Cámara de los Lores que son precedentes obligatorios para todas las jurisdicciones. (21) Las decisiones del Tribunal de Apelación ("Court of Appeal") que vinculan a las jurisdicciones inferiores jerárquicamente e incluso a ella misma, excepto en materia penal. (31) Las decisiones de los jueces de primera instancia ("High Court") que gozan de un gran prestigio y poder de persuasión, lo que les lleva a ser aceptadas con mucha frecuencia por las distintas divisiones de la "High Court of Justice" y por la "Crown Court" (jurisdicción ordinaria en materia penal). Cfr. GARCÍA PELAYO, M. *Derecho constitucional comparado*. Revista de Occidente, Madrid, 1961, p. 286; también MARÍN CASTÁN, M. L. Consideraciones sobre el Derecho inglés como prototipo de sistema del *Common Law* y sus diferencias respecto de los sistemas romano-germánicos. *RGLJ*, 1984, pp. 173.174; Cfr. FALCÓN Y TELLA, M. J. Distinto funcionamiento de la analogía. op. cit., p. 92.
- 65 Cfr. WROBLEWSKI, J. The Concept and the Function of Precedent in Statute-Law System. En: *Meaning and Truth in Judicial Decision*. Helsinki, 1983. Del mismo autor, Precedent in Statutory (civil) law system. En: *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Giufré, Milano, 1990.
- 66 MARÍN CASTÁN, M. L. Consideraciones sobre el Derecho inglés como prototipo de sistema de Common Law y sus diferencias respecto de los sistemas romano-germánicos. En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. febrero de 1984, pp. 171, 174 y 176.
- 67 Cfr. GARCÍA PELAYO, M., op. cit., pp. 285 y ss.
- 68 ATIENZA, M. *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Civitas, Madrid, 1986, pp. 185-186.
- 69 GREÑO, J. E. Voz "analogía jurídica". En: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Editorial Seix Barral, Barcelona, 1983, p. 650.
- 70 Ibid.
- 71 GARCÍA PELAYO, M., op. cit., pp. 285-288.
- 72 Un ejemplo de esta posibilidad es el que relata Golding: un juez puede, por ejemplo, entender que la situación en que se encuentra una compañía de barcos (en relación con las reglas de responsabilidad que le son aplicables) es semejante a la de un hotelero y no a la de un transportista, como otro juez había decidido con anterioridad, y no parece que esté llenando ninguna laguna, salvo

la que él mismo ha creado al negar la analogía o semejanza primitiva. Este ejemplo pone de manifiesto - como destaca Falcón y Tella - el carácter permanente o transitorio de las lagunas. Podría decirse que toda laguna "aunque sea colmada por analogía es permanente, pues, en realidad, la *máxima de decisión* del juez, que es rango que a nuestro juicio tiene la disposición producto de la analogía, no es auténtica norma que acabe con la laguna, sino que sólo la colma temporalmente ya para el caso concreto. Un nuevo juez, que se ocupe con posterioridad de la cuestión podrá optar entre aceptar la resolución, la *ratio decidendi* del primer juez o elaborar su propia regla". Cfr. FALCÓN Y TELLA, M. J. Distinto funcionamiento de la analogía. op. cit. p. 92-93.

73 STS de 8 de mayo de 1985. La Ley. 1985, 3, p. 825.

74 STS de 22 de septiembre de 1984. La Ley. 1984, 4, p. 604.

75 STS de 28 de marzo de 1985 (R. 1220). En el mismo sentido, SSTS de 12 de diciembre 1995 (R. 9.602) y de 28 de febrero 1989 (R. 1.409).

76 Cfr., BENDITT, T. H. The rule of Precedent. En: GOLDSTEIN, L. *Precedent in Law*. Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 89-106. MacCORMICK, N. Why cases have Rationes and What these are. En: GOLDSTEIN, L. *Precedent in Law*. ibíd., pp. 155-182. RUIZ MIGUEL, A. Equality before the Law and Precedent. Conferencia y material facilitado al Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, octubre, 1997.

77 LÓPEZ GUERRA, L. *El Tribunal Constitucional* (obra colectiva), vol. III, Madrid, 1981, p. 1438.

78 XIOL RÍOS, J. A. El precedente judicial en nuestro derecho: una creación del Tribunal Constitucional. *Poder Judicial*, Madrid, 3, 1986, p. 19.

79 ALONSO GARCÍA, E. *La interpretación de la constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 176.

80 Ibid.

81 ALONSO GARCÍA, L. op. cit., pp. 166 y 167. Un ejemplo del razonamiento práctico por analogía vinculado al precedente es la construcción doctrinal del principio de igualdad en la aplicación de la ley, llevada a cabo por el TC. En la temprana STC 8/1981 (f.j. 6) dijo el TC que "en la aplicación jurisdiccional de la ley puede existir violación del principio de igualdad, cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad". A partir de la STC 49/82 se fue consolidando esta doctrina en torno a los siguientes criterios, entre otros: El enjuiciamiento debe referirse a casos sustancialmente iguales; el recurrente ha de aportar un término de comparación; la fundamentación ha de ser suficiente y razonable. Estos criterios revisten un modo de proceder que es típicamente analógico. Cfr. OLLERO, A. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. C.E.C., Madrid, 1989; ALONSO GARCÍA, E. *La interpretación de la Constitución*, C.E.C., Madrid, 1989. Véase también MARTÍNEZ TAPIA, R. *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*. Servicio de Publicaciones Universidad de Almería, Almería, 2000, pp. 136-156.

- 82 Cfr. OLLERO TASSARA, A. *Interpretación jurídica y positivismo legalista*. Edersa, Madrid, 1982, p. 139.
- 83 Para este método abductivo y su relación con la analogía, véase SALGUERO, M. *Argumentación jurídica por analogía*. Marcial Pons, Madrid, 2002, epígrafe 5.1.
- 84 LADEUR, K. H. The Analogy between Logic and Dialogic of Law. En: NERHOT, P. *Legal Knowledge and Analogy*. op. cit., pp. 36-41.
- 85 ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*. C.E.C., Madrid, 1989, pp. 240-261.
- 86 Cfr. LUHMANN, N. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 78.
- 87 AARNIO, A. *On Legal Reasoning*. Turun Yliopisto, Turku, 1977, pp. 85-113.
- 88 Según Aarnio el auditorio no coincide con el auditorio universal de Perelman sino que propone la noción de "auditorio particular ideal", por ejemplo el compuesto por la comunidad académica, por los jueces, por los abogados o por una comunidad social y culturalmente determinada. Cfr. AARNIO, A. *Lo racional como razonable*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 279-284; PERELMAN, C. H.; OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Trad. Julia Sevilla Muñoz. Gredos, Madrid, 1989, pp. 61-79; SAAVEDRA, M. Legitimidad judicial en la crisis del imperio de la ley. *Jueces para la Democracia*, n. 118, 1993, pp. 3-9.
- 89 Cfr. ESSER, J. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Bosch, Barcelona, 1961, pp. 10, 130, 294, 321, 437...
- 90 Cfr. VILLA, V. Legal Analogy between Interpretative Arguments and Productive Arguments. En: NERHOT, P. *Legal Knowledge and Analogy*. op. cit., pp. 170-175 y 179-182. También, GUASTINI, R. Produzione di norme a mezzo di nome. En: GIAFORMAGGIO, L.; LECALDANO, E. (Ed.) *Etica e diritto*. Laterza, Bari, 1986.
- 91 Cfr. TARELLO, G. *Diritto. Enunciati, Usi*. Il Mulino, Bologna, 1974, pp. 167 y 389.
- 92 Cfr. VILLA, V. op. cit., pp. 180-181.
- 93 Cfr. ENGISCH, K. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Trad. Juan José Gil Cremades. Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1968, pp. 69 y ss.
- 94 ARISTÓTELES. *Ética nicomaquea*, L. V, cap. 7.
- 95 Estos principios de la discrecionalidad en sentido fuerte indican el tipo de valores y los criterios que han de tener en cuenta en sus deliberaciones las resoluciones judiciales cuando no existe una respuesta correcta, aunque hay autores como Davis que consideran que gran parte de las decisiones consideradas como discrecionales son de hecho ilegales o de dudosamente legales (Cfr. DAVIS, K. *Discretionary Justice: a Preliminary Enquire*. University of Illinois Press, Urbana, 1969). Hart, Aarnio y MacCormick acentúan la necesidad de la razonabilidad y justificación de las decisiones.

- 96 La exigencia de honestidad significa que no puede invocarse una justificación que se sabe que es inválida. Quien viola la exigencia de honestidad “viola una de las condiciones de la racionalidad” (AARNIO, A. *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 255-256).
- 97 Cualquier comunicación lingüística requiere determinadas condiciones básicas: [1] “Ningún hablante puede contradecirse”. Esta exigencia remite a las reglas de la lógica clásica o lógica deóntica, aunque con las reservas necesarias con respecto a la posibilidad de que las leyes de la lógica sean aplicables a las proposiciones normativas. [2] “Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree”. Es la regla de la sinceridad en la discusión si bien no excluye la expresión de conjeturas si éstas se hacen explícitas en cuanto tales. [3] “Todo hablante que aplique u predicado *F* a un objeto *a* debe estar dispuesto a aplicar *F* también a cualquier otro objeto igual a *a* en todos los aspectos relevantes”. Esta expresión es una formulación del principio de universalidad de Hare. Queda de este modo hecha explícita la exigencia de actuar coherentemente y que, aplicada a las cuestiones valorativas, se expresa diciendo: “Todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes” (Cfr. ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit., pp. 185-187).
- 98 Cfr. ENGISCH, K. *Introducción al pensamiento jurídico*. op. cit, p. 218.
- 99 Engisch examina un caso como ejemplificación de esta interpretación teleológica restrictiva: el de la viuda de un hombre muerto en accidente de automóvil que adquirió el derecho a una renta como indemnización por los daños. Un tercero, mientras se tramitaba el juicio, había dado voluntariamente alimentos a la viuda por razones caritativas y sustituyó a la viuda en sus derechos a la renta frente al obligado a indemnizar. Se suscitó el problema de si esa sustitución era aceptable a pesar de que el texto legal (el artículo 400 del Código civil alemán; los artículos 148 y 151 del Código Civil español también se oponen expresamente a esta sustitución) se oponía expresamente a tal sustitución. El tribunal entendió que existía una laguna porque el artículo 400 no hace ninguna excepción que debió hacer por congruencia teleológica con aquellos casos en que un tercero se hace cargo de la pretensión jurídica como compensación por un anticipo realizado: “Las pretensiones jurídicas a rentas en caso de accidente, no embargables, pueden ser transmitidas a aquel que, sin obligación jurídica, ha asegurado permanentemente al titular de la renta por una cantidad igual a la que fija la pretensión transmitida”. (Cfr. ENGISCH, K., *ibid.*, p. 217).
- 100 Para un estudio sobre este tipo de lagunas, véase SALGUERO, M., op. cit., epígrafe 7.2.1.
- 101 Puede servir como ejemplo el caso de la interrupción del embarazo por prescripción médica cuando todavía no estaba regulada la excepción de la prohibición de interrupción del embarazo por razón de la salud física o psíquica de la madre.

102 Estas lagunas son las que aparecen no al comienzo sino *a posteriori* o sobrevenidamente cuando las circunstancias han cambiado, de manera típica por los progresos técnicos (fecundación artificial, nuevas tecnologías...).

103 ENGISCH, K. *Introducción al pensamiento jurídico*. op. cit., p. 180.

104 La noción de discrecionalidad, vinculada a la tesis positivista de que no existe una única respuesta correcta, es un registro semántico y epistemológico relevante para ubicar la cuestión del alcance y límites de la producción normativa por parte del órgano aplicador del derecho, cuando acude al razonamiento analógico. En las últimas décadas el debate sobre la discrecionalidad judicial se ha visto enriquecido por las muchas aportaciones al tema. La analogía, tanto si es vista como instrumento de autointegración del sistema jurídico como si es considerada en su dimensión argumentativa recorre todos los registros de la discrecionalidad, tanto la que puede considerarse en su sentido más secundario o muy débil (prudencia, reflexión sensatez y buen juicio como cualidades personales del juez), como en los dos sentidos habituales (discrecionalidad en sentido débil y en sentido fuerte).

En la discrecionalidad en sentido débil el derecho ofrece una respuesta al caso planteado, pero tal respuesta no es clara en su literalidad por lo que es necesario un proceso intelectual de comprensión del lenguaje jurídico para identificar la respuesta correcta. Dworkin especialmente y autores como Pattenden, Greenwalt, Galligan, Waluchow... han elaborado con precisión este concepto (Cfr. IGLESIAS VILA, M. *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 26-28 y 63-68). Este tipo de discrecionalidad se remite al ámbito de las "decisiones rutinarias" y mecánicas (AARNIO, A. *Lo racional como razonable*. op. cit., p. 23.) y queda conectado con el fenómeno de la vaguedad, ambigüedad o imprecisión del lenguaje jurídico. Este tipo de discrecionalidad se presta a establecer una graduación en las dificultades de comprensión del lenguaje jurídico, de forma que "a mayor dificultad epistémica, mayor necesidad de discreción débil y viceversa" (IGLESIAS VILLA, M., op. cit., p. 65 ). En este sentido débil se suele incluir el margen de libertad que tiene el juez para apreciar los hechos o para determinar si un hecho ha tenido lugar. Suele también considerarse como discreción en sentido débil aquella de que hace uso la última instancia judicial en una materia y que consiste en la facultad de tomar una decisión definitiva (irrevisabilidad o "discreción como definitividad". Pero definitividad no equivale, sin embargo, a infalibilidad, ya que una decisión judicial no puede constituir el contenido del derecho por ser definitiva, ya que las decisiones judiciales que no pueden ser revisadas no tiene por qué ser infalibles. (Cfr. IGLESIAS, VILA, M., op. cit., pp. 28 y 30). La caracterización más elaborada del sentido débil de la discrecionalidad se debe a Dworkin y constituye un pieza fundamental de su teoría de la interpretación jurídica. (Véase especialmente en *Los derechos en serio*, op. cit.; pero sobre todo en *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986 y *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985. Véase también WALUCHOW, W.J., *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994, 192-195;

LIFANTE VIDAL, I. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, cap. VI, p. 251 y ss...).

La discrecionalidad en sentido fuerte consiste en la posibilidad de elección entre diferentes cursos de acción, mutuamente excluyentes, igualmente válidos y admisibles, lo que presupone la existencia de un ámbito en el que el derecho deja un margen de libertad o autonomía al intérprete para determinar el resultado de su decisión. Este sentido de la discrecionalidad el que básicamente comparten autores como Hart, Dworkin, Davis, Burrows, Raz, Galligan...(Cfr. IGLESIAS VILA, M., op. cit., pp. 28-29, 32-33). La noción de discrecionalidad en sentido fuerte se predica siempre respecto de lo que puede hacer un juez desde su rol institucional y su deber general de fallar en relación con un sistema de reglas que puede ser impreciso, con lagunas o incluso contradicciones. Este tipo de discrecionalidad presupone la ausencia de una única respuesta correcta para la resolución de un supuesto determinado, sin que tal ejercicio de discrecionalidad deje de estar vinculado a estándares de justicia y de racionalidad. Ese margen de discrecionalidad en sentido fuerte no exime de justificar las decisiones y de aportar las razones de la elección efectuada. Las causas o fuentes de este tipo de discrecionalidad son básicamente: (1) la indeterminación, imprecisión o vaguedad o textura abierta, lo que genera la existencia de diversas alternativas; (2) La existencia de lagunas normativas (ausencia de una solución normativa a una cuestión jurídica) o axiológicas (regulación que se estima como insuficiente o inadecuada); (3) La presencia de antinomias o contradicción entre dos reglas, es decir, cuando el derecho habla con varias voces (Cfr. MORESO, J. J. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 87-88); (4) La ausencia de una única respuesta correcta.

105 MACCORMICK, N. *Legal Reasoning y Legal Theory*. Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 166.

106 Ibid., p. 177.

107 MACCORMICK, N., Ibid. pp. 161-165.

108 Ibid, p. 189.

109 Según estos últimos hay una diferencia fundamental con respecto a la crianza de los hijos ya que éstos no podrán beneficiarse de la normal relación padres (de diferente sexo) e hijo. Se produciría un desequilibrio y una crisis de identidad en los hijos. Sin embargo, estas razones no son consideradas relevantes por los partidarios de la homosexualidad y apelan a estudios científicos que lo prueban. La crianza de los niños, dicen, se efectúa de forma diferente en las distintas culturas sin que se aprecien inconvenientes. Incluso pueden alegar que son los padres casados los que impiden el equilibrio de los hijos. Puede verse esta controversia en CEES W. MARIS, *Milking the Meter. On Analogy, universability and world views*. En: NERHOT, P. *Legal Knowledge and Analogy*. op. cit., pp. 85-88.

- 110 ATIENZA, M. *Sobre la analogía en el derecho*. op. cit., p. 80.
- 111 OLLERO TASSARA, A. Juzgar o decidir: El sentido de la función judicial. *Revista del Poder Judicial*, n. 132, 1993, p. 130.
- 112 Ibid., pp. 132-133.
- 113 La primera sentencia fue la de 31 de mayo de 1949 a la que siguieron la de 2 de diciembre de 1960, 15 de julio de 1961, 17 de junio de 1961, 26 de febrero de 1971, 19 de abril de 1972, 10 de diciembre de 1980, 15 de junio de 1981...
- 114 Las condiciones de aplicación de la regla de la accesión invertida son : a) el que pretenda la aplicación de la regla de la accesión invertida ha de ser titular de lo edificado; b) el edificio debe ocupar en parte terreno propio y en parte terreno ajeno; c) las dos porciones del suelo han de formar con el edificio un todo indivisible; d) el edificio más el valor del suelo del que edifica han de tener un valor superior al del terreno invadido; e) la construcción ha de haberse levantado de buena fe. Según estas condiciones las consecuencias de una extralimitación de buena fe son las siguientes: "el invasor tiene derecho a adquirir el terreno ocupado, sin opción para el propietario invadido, y éste tiene derecho a que se le abonen el valor del terreno y todos los otros daños que le puedan resultar de la venta forzosa del terreno ocupado".
- 115 Para este caso, véase el cuidado análisis que hace Ángel Carrasco Perera, y que seguimos de cerca en este punto. Cfr. CARRASCO PERERA, A. La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica. *Revista de Derecho Privado*, Enero, 1996, pp. 886-912.
- 116 "No se pueden abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad".
- 117 CARRASCO, A., *ibid.*, p. 893.
- 118 Se trataba en este caso de un edificio de 10 plantas con viviendas de protección oficial que estaban ocupadas ya por los terceros adquirentes a quienes había enajenado el promotor que se había extralimitado. El tribunal entendió que "vuelo" (extralimitación producida) es lo mismo que "suelo", por lo que se aplicaba al "vuelo", por analogía, la regla de la accesión invertida. Se desprende de esta sentencia que la extralimitación en la distancia legal queda subsumida en la extralimitación física que también se había producido.
- 119 La injusticia o iniquidad a que se refiere el tribunal "es la regla que lleva en estos casos a imponer al tercero de buena fe un coste desproporcionado de reposición del derecho del actor mediante la destrucción de lo edificado. Este es realmente el horizonte sobre el cual se proyecta la regla jurisprudencial. Esta es la norma cuya aplicación produciría injusticia y cuya procedencia ha de evitarse por razones de política económica". (CARRASCO, A., op. cit., p. 894.).
- 120 PRIETO SANCHÍS, L. *Ley, principios, derechos*. Dykinson, Madrid, 1998, p. 64.
- 121 CARRASCO, A., op. cit., pp. 897 y ss.

- 122 La resolución del contrato por causa de notoria incomodidad no procederá en los siguientes casos: 21. - Cuando se destinaren a Colegios o Escuelas públicas o particulares, siempre que estas últimas se hallaren constituidas y desenvolvieren su labor ajustándose a las disposiciones vigentes.
- 123 El dueño del terreno en que se edificare, sembrare o plantare de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembre o plantación, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente.
- 124 PASQUAU LIAÑO, M., op. cit., p. 46.
- 125 Serán removidos de la tutela los que después de deferida incurran en causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud en su ejercicio.
- 126 Tampoco pueden ser tutores: 41) Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración.
- 127 Los magistrados disidentes son Mariano Martín-Granizo y Antonio Gullón Ballesteros.
- 128 Cfr. PASQUAU LIAÑO, M., op. cit., p. 45.
- 129 El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas.
- 130 MacCormick utiliza esta expresión que entendemos afortunada (Cfr. MACCORMICK, N., op. cit., p. 188).
- 131 BROSETA PONT, M. *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 81-86 y 96-97.
- 132 Ibid., p. 96.
- 133 IZQUIERDO TOLSADA, M., *Analogía*, en RAMS ALBESA, J. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*. I, Título Preliminar. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 116-135.
- 134 Art. 25.1 de la Constitución: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. Art. 1 (Código Penal): “No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por la ley anterior a su perpetración”. Artículo 4.1: “Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”. También los artículos 2 y 3.1.
- 135 La *analogía in bonam partem* no queda recogida expresamente en el Código si bien su admisibilidad no se opone al artículo 4.1. En las discusiones parlamentarias hubo intentos por incorporarla al código (Cfr. YZQUIERDO, op. cit., p. 130).

- 136 GUASTINI, R., op. cit., pp. 38-42.
- 137 EZQUIAGA GANUZAS. *La argumentación en la justicia constitucional española*. HAAE/IVAP, Oñati, 1987, pp. 56-60.
- 138 Es ilustrativo el Auto del TC 917/1987 de 15 de julio.
- 139 Un ejemplo es el artículo 192.2 que tipifica expresamente el apoderamiento, utilización o modificación, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos.
- 140 Cfr. KAUFMANN, A., op. cit., pp. 101-103.
- 141 RÍO FERNÁNDEZ del L. J. *Atenuación por analogía. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Requisitos y casuística*. Editorial de Derecho, Valencia, 1995, pp. 20-21.
- 142 Además, en este carácter excepcional de las normas pesan más los aspectos de autoridad que los mecanismos de racionalidad. Estas normas excepcionales constituyen un derecho singular que persigue un determinado fin. Estos aspectos son poco propicios a la *ratio* que exige generalización y abstracción (Cfr. FALCÓN Y TELLA, op. cit., p. 117).
- 143 ENGISCH, K. *Introducción al pensamiento jurídico*. op. cit., p. 187.
- 144 EZQUIAGA GANUZAS, F. J., op. cit., pp. 58 y 59.
- 145 También se encuentra otro ejemplo en la STS de 20 de octubre de 1990 (R.A.J. 7970).

Recebido em 10/03  
Avaliado em 11/03  
Aprovado em 11/03

