

(2) *La intención del legislador en cuanto argumento auxiliar.* En cuanto argumento auxiliar, la intención del legislador no vale para sostener positivamente y directamente una conclusión interpretativa (del tipo: «La disposición D expresa la norma N»), sino simplemente para rechazar, en negativo, la interpretación literal en favor de una interpretación distinta.

Pero, naturalmente, descartado el significado literal, hay que preguntarse: ¿qué otro significado? Por hipótesis, la intención del legislador por sí misma no ofrece respuestas concluyentes a la pregunta. Para argumentar una respuesta —es decir, una interpretación determinada, que tendría preferencia respecto de la literal— hay que integrar el argumento de la intención del legislador recurriendo a otras técnicas interpretativas. A continuación veamos las principales.

4. ANALOGÍA E INTERPRETACIÓN EXTENSIVA

El argumento analógico (o *a simili*) consiste simplemente en alegar —en favor de una conclusión, según los casos, interpretativa o «constructiva»— que dos supuestos de hecho son similares, análogos o, incluso, «sustancialmente iguales»²⁷.

El argumento puede ser utilizado para sostener dos conclusiones de tipo distinto: una interpretación extensiva y, respectivamente, la formulación (la construcción) de una norma implícita en presencia de una laguna (por lo demás axiológica).

La interpretación extensiva es un tipo de interpretación *en concreto*: tiene que ver con la aplicación a casos concretos de la norma previamente identificada.

La construcción de una norma implícita pertenece, en cambio, al ámbito de la interpretación en abstracto (entendida en sentido amplio, de manera de incluir también la construcción jurídica): concierne a la propia identificación de las normas vigentes.

²⁷ La literatura sobre la analogía es inmensa. Es, sin embargo, fundamental N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto* (1938), Milano, 2006. Pero, entre otros muchos, ver también M.S. Giannini, «L'analogia giuridica», en *Jus*, 1941 e 1942; L. Caijani, «Analogia», en *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1958; G. Carcaterra, «Analogia», cit.; L. Gianformaggio, «Analogia», en *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civile, I, Torino, 1987; M. Atienza, *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, 1986; O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006; G. Tuzet, *Dover decidere. Diritto, incertezza, e ragionamento*, Roma, 2010, cap. 5; L. Pelliccioli, V. Velluzzi (eds.), *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, Pisa, 2011.

(i) *Interpretación extensiva.* Hay que recordar que —a causa de la ineliminable vaguedad de los predicados en todo lenguaje natural— toda norma es indeterminada: en el sentido que no se sabe exactamente qué supuestos de hecho están comprendidos en su campo de aplicación. Dada una norma cualquiera, hay casos a los cuales la misma es seguramente aplicable, casos a los cuales con seguridad no se les puede aplicar y, finalmente, casos «dudosos» o «difíciles» que están en una «zona de penumbra»: es decir, casos para los cuales la aplicación de la norma es discutible.

Pues bien (hemos ya hecho referencia a esto a propósito de la vaguedad), el argumento analógico puede ser usado para incluir un caso dudoso dentro del campo de aplicación de la norma de que se trate²⁸.

Así, por ejemplo, el Tribunal constitucional italiano interpreta extensivamente el art. 97, apartado 1, Constitución italiana, cuando extiende el principio de buen funcionamiento «de la administración» a «el ordenamiento de las oficinas judiciales y su funcionamiento bajo el aspecto administrativo»²⁹.

(ii) *Construcción de una norma implícita.* Cuando se usa para sostener la construcción de una norma implícita con la que colmar una laguna, el argumento analógico se funda: o sobre el presupuesto que la formulación normativa no refleja la «real» voluntad del legislador («lex minus dixit quam voluit»); o sobre el presupuesto (contrafáctico) que el legislador, aunque no haya contemplado un determinado supuesto de hecho, sin embargo lo habría regulado de un determinado modo si lo hubiese tomado en consideración.

²⁸ P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, p. 631 s.: «El procedimiento de interpretación extensiva se articula, esquemáticamente, en dos fases lógicamente distintas. 1) Una fase de primera interpretación del discurso de las fuentes, como resultado del cual el intérprete llega a [...] las siguientes conclusiones: a) ninguna disposición literalmente entendida, o así como es entendida generalmente en la doctrina y la jurisprudencia, regula en modo explícito un determinado supuesto de hecho [...]; b) pertenece, sin embargo, al discurso de las fuentes una disposición que regula un caso *prima facie* similar, mediante términos que podrían ser reinterpretados para denotar también el supuesto de hecho no explícitamente incluido, al menos forzando moderadamente, de manera no irrazonable, la *littera legis* [...]. 2) Una fase de segunda interpretación [...] en la que se argumenta la razonabilidad, o plausibilidad, de una determinada reinterpretación extensiva de los términos de la disposición en examen. Esto tiene lugar, por lo general, recurriendo a no menos de cinco distintos tipos de consideraciones, basadas respectivamente: a) sobre la efectiva voluntad del legislador histórico; b) sobre la *ratio legis*; c) sobre hipótesis contrafácticas acerca de la voluntad del legislador histórico; d) sobre la evolución de la conciencia jurídica; e) sobre el principio de igualdad».

²⁹ Tribunal Constitucional italiano 281/1995.

En estos casos, el argumento presenta, grosso modo, la siguiente estructura.

(a) Se parte del presupuesto que el derecho es lagunoso: es decir, que el supuesto de hecho sobre el que se discute —digamos F1— carece de regulación (véase el art. 12, apartado 2, disp. prel. Cód. civ. italiano) y que sin embargo exige una regulación, es decir, *debe* ser regulado³⁰.

(b) Se asume, a continuación, que el supuesto de hecho no regulado es «sustancialmente» análogo, se asemeja bajo un aspecto «esencial», a un supuesto de hecho distinto —digamos F2—, este último sí regulado por una norma que conecta al mismo una determinada consecuencia jurídica («Si F2, entonces G»).

(c) Se concluye con la formulación de una norma implícita que conecta al supuesto de hecho F1 la misma consecuencia jurídica del supuesto de hecho F2 («Si F1, entonces G»)³¹.

³⁰ Cfr. G. Carcaterra, «Analogia», cit., pp. 6, 8 y ss. Es un presupuesto del recurso a la analogía —se considera— que una controversia no pueda decidirse de otra manera, ni con la estimación, ni con la desestimación de la demanda, por la falta de disposiciones aplicables al caso concreto sometido al juez: la producción de una norma mediante analogía no sería necesaria cuando fuese aplicable el argumento *a contrario*. Pero, en efecto, el argumento *a contrario*, como alternativa al analógico, es siempre aplicable (G. Carcaterra, «Analogia», cit., pp. 18 y s.): sostener que una determinada controversia no puede ser resuelta argumentando *a contrario* no es distinto de valorar insatisfactoriamente —o por injusta o por «no querida» por el legislador— la solución que el argumento *a contrario* ofrecería. Como quiera que sea, la presencia de una laguna en el ordenamiento es siempre algo opinable, desde el momento en que es siempre posible hacer funcionar técnicas interpretativas idóneas para evitar las lagunas (ya nos hemos referido a este particular). Y, si se conviene también que el ordenamiento presenta una laguna, la elección de colmarla mediante el argumento analógico no es en todo caso una elección obligada. Precisamente, cualquier controversia puede ser resuelta simplemente argumentando *a contrario* (como sugieren, por otra parte, algunas doctrinas clásicas de la completitud que examinamos en su momento): ya que para el supuesto de hecho F1 no está expresamente establecida una consecuencia jurídica precisa, se puede sostener que tal supuesto de hecho carece de cualesquiera consecuencias jurídicas. Por ejemplo: ya que el comportamiento en cuestión no está expresamente prohibido, se debe concluir que está permitido. O bien: ya que a tal sujeto no se le confiere expresamente ese determinado derecho, se debe concluir que tal sujeto no es titular de ese derecho. Se trata del uso productivo del argumento *a contrario* (hablaremos sobre esto en un próximo apartado).

³¹ P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile*, cit., pp. 635 y s.: «El procedimiento de analogía a partir de una única disposición se articula [...] en dos fases lógicamente distintas: 1) Una fase de interpretación en sentido estricto del discurso de las fuentes, como resultado del cual el intérprete llega a [...] las siguientes conclusiones: a) ninguna disposición literalmente entendida, o así como es entendida generalmente en la doctrina y la jurisprudencia, regula de manera expresa un determinado supuesto de hecho [...]; b) pertenece, sin embargo, al discurso de las fuentes una disposición que

Este argumento puede ser ilustrado con un simple ejemplo. El legislador ha dispuesto que quien haya recibido indebidamente una cosa y la haya alienado de buena fe ignorando que debía restituirla, debe restituir lo obtenido a cambio (art. 2038, apartado 1, Cód. civ. italiano), y no en cambio restituir la cosa misma o su valor correspondiente (art. 2038, apartado 2, Cód. civ. italiano). Se supone que la *ratio* de la norma, o el principio sobre el que se funda la norma, es el principio de tutela de la buena fe: se supone, es decir, que el legislador pretende (solo) la restitución de lo obtenido a cambio, y no un cumplimiento más gravoso, para tutelar la buena fe del sujeto en cuestión. El supuesto de hecho de la indebida recepción y subsiguiente alienación es similar a la situación de quien haya adquirido un objeto robado ignorando su procedencia y después lo haya alienado de buena fe. Por tanto, el art. 2038, apartado 1, Cód. civ. italiano debe entenderse en el sentido de extenderlo también al supuesto de hecho de la adquisición de buena fe de una cosa robada³².

Naturalmente, como surge del ejemplo, para argumentar que existe semejanza entre dos supuestos de hecho, F1 y F2, hay que sostener que existe entre ellos una característica común no accidental, sino «esencial» a los fines de su regulación jurídica. Suponiendo que sea E el elemento que tienen en común F1 y F2, luego hay que sostener que E es precisamente la «razón» específica por la que al supuesto de he-

regula un caso *prima facie* similar [...], mediante términos que, sin embargo, no pueden razonablemente ser reinterpretados para denotar también el supuesto de hecho no expresamente incluido (no factibilidad de una interpretación extensiva). 2) Una fase de integración del discurso de las fuentes, en la cual se argumenta la razonabilidad, o plausibilidad, de la aplicación de una regla que enlaza al caso omitido la misma consecuencia normativa establecida para el caso similar de la disposición en examen. A tal fin, para el intérprete se trata de proceder, grosso modo, como sigue. En primer lugar, hay que valorar si la disposición que regula el caso similar expresa una norma *no* susceptible de aplicación analógica, en virtud de una prohibición explícita o implícita en el derecho positivo [...]. En segundo lugar, una vez resuelto negativamente el problema señalado anteriormente, hay que valorar cuál es la *ratio* de la norma que regula el caso incluido: cuál es la exigencia normativa satisfecha mediante esa norma, o bien su fin o su razón de ser. En tercer lugar, hay que valorar si el caso incluido y el caso omitido son razonablemente configurables como casos similares a la luz de la *ratio legis*: se trata [...] de argumentar que el caso omitido posee la propiedad en virtud de la cual el caso incluido ha sido regulado de ese modo».

³² Otros simples ejemplos: se hace analogía cuando se aplican a un contrato innominado las reglas dictadas por el Código civil para uno u otro contrato nominado; cuando se aplica a quienes conviven *more uxorio* una norma dictada para los cónyuges; cuando se aplica a la ley de ejecución de un tratado internacional la regulación dictada por el art. 72, apartado 4, Constitución italiana, para la ley de autorización para la ratificación.

cho F2 (el único regulado expresamente) se le ha atribuido precisamente esa, y no otra, consecuencia jurídica³³.

Dicho de otro modo, la construcción de una norma implícita por vía de analogía presupone la previa identificación de la así llamada *ratio* de la norma explícita de la que se parte, es decir, de la razón, del motivo, del fin para el que tal norma fue dispuesta.³⁴ Esto equivale a ir de la norma al «principio» que la fundamenta como su justificación axiológica (en el ejemplo expuesto más arriba, sobre la analogía a partir del art. 2038, apartado 1, Cód. civ. italiano, el argumento sería incompleto si no hiciese referencia al principio de tutela de la buena fe)³⁵.

En otras palabras: la analogía es «la operación que se realiza *partiendo de una norma explícita para subir hasta un principio* en ella contenido y del que se puede *volver a bajar hasta la formulación de una norma implícita*, precisamente esa que contiene la regla del caso «análogo» al expresamente regulado»³⁶. No se podría decir mejor.

De la misma manera, por poner otro ejemplo, se podría argumentar que el art. 101, apartado 2, Constitución italiana, «Los jueces están sujetos solo a la ley», cuya *ratio* es salvaguardar la imparcialidad en la administración de justicia, se refiere no solo a los jueces en sentido estricto, sino también a los fiscales³⁷.

³³ Por ejemplo, para extender a los «hombres» una norma que confiera un derecho a las «mujeres», hay que argumentar que ese derecho es conferido a las mujeres en cuanto seres humanos, o en cuanto trabajadores, o en cuanto ciudadanos, y no en cuanto seres humanos del sexo femenino. La referencia a la *ratio legis* (a la «identidad de razón»), como presupuesto para la aplicación analógica, es explicada en el art. 4, apartado 1, del Código civil español: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no regulen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón».

³⁴ G. Carcaterra, «Analogía», cit., p. 14, identifica sin más la semejanza con la «identitas rationis», donde «ratio» tiene el significado «de razón de ser inmanente, de porqué, de fin, objetivo o motivo de la norma».

³⁵ Por lo que «podría decirse [...] que siempre, en toda forma de aplicación analógica, no se *extiende* una disposición particular; sino que, precisamente, se *aplica* el principio de cuya existencia la disposición particular sería testimonio»: G. Lazzaro, *Argomenti dei giudici*, Torino, 1970, p. 22. Bajo este aspecto, la diferencia entre aplicación analógica (llamada analogía *legis*) y recurso a los principios del derecho (llamada analogía *juris*) se revela una diferencia solo de grado. Cfr. G. Carcaterra, «Analogía», cit., p. 19.

³⁶ G. Vassalli, «Analogía nel diritto penale», en *Novissimo digesto italiano*, I, Torino, 1957, p. 159 (la cursiva es mía).

³⁷ O bien: recuérdese un ejemplo que ya hemos visto (al hablar de la construcción de principios generales implícitos). «El art. 1768, Cód. civ. italiano, dispone que el depositario debe emplear en la custodia la diligencia del buen padre de familia, pero agrega: «si el depósito es gratuito, la responsabilidad por culpa se valora con menor

Para terminar, hay que decir que la línea de demarcación entre la interpretación extensiva propiamente dicha y la construcción de una norma implícita es muy sutil. Si miramos las cosas desde el punto de vista del significado literal *prima facie*, en efecto, una y otra se resuelven conectando una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho no comprendido en el significado *literal* de la disposición de que se trate.

Para quien se incline por interpretar al pie de la letra y, en particular, por argumentar *a contrario* (de la forma que hemos visto más arriba: excluyendo la interpretación extensiva) los casos dudosos, de incierta calificación, *no* están comprendidos en el campo de aplicación de la norma. Desde este punto de vista —que, en el ordenamiento italiano vigente, es obligatorio adoptar en materia penal (art. 1 Cód. penal italiano, art. 14 disp. prel. Cód. civ. italiano)— la así llamada interpretación extensiva no constituye verdadera interpretación, sino creación (enmascarada) de una norma nueva implícita. Y la diferencia entre interpretación extensiva y construcción de una norma nueva parece reducirse, simplemente, a un modo distinto de argumentar o de expresar una misma operación.

Por ejemplo, se puede aplicar una norma en materia de «religión» al movimiento así llamado de la Cienciología, alegando indiferentemente: que el supuesto de hecho no está expresamente regulado, pero que la Cienciología *es similar a* una religión; o bien que la Cienciología *es* una religión en sentido lato. En un caso evidentemente se construye una norma implícita, se crea una norma nueva,³⁸ en el otro caso se extiende el significado del término «religión» al área de penumbra del concepto y se subsume el supuesto de hecho dudoso bajo la disposición así interpretada: pero el resultado no cambia.

rigor». Una análoga atenuación de la responsabilidad es establecida por los arts. 789 y 798, Cód. civ. italiano, a propósito de la donación y por los arts. 1710, 1812, 1821, Cód. Civ. Italiano, a propósito del mandato gratuito, del comodato, del mutuo gratuito. De estas disposiciones se extrae inmediatamente un principio general: quien realiza una prestación gratuita está sujeto a una responsabilidad menos rigurosa respecto de quien actúe a cambio de una contraprestación. Y entonces, pasando a un caso no expresamente previsto, si alguien da gratuitamente una información y ésta es errada, su responsabilidad deberá valorarse de manera menos severa, en base a una aplicación analógica de las normas mencionadas» (P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, VI ed., Milano, 1983, p. 14).

³⁸ G. Carcaterra, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, 2011, pp. 192 y s.

5. EL ARGUMENTO *A FORTIORI*

El argumento *a fortiori* presenta una gran similitud con el argumento analógico en su variante «constructiva»³⁹.

También el argumento *a fortiori* se alega para apoyar la formulación de una norma implícita con la que colmar una (supuesta) laguna. También este argumento se fundamenta sobre el presupuesto (contrafáctico) que el legislador, incluso no habiendo regulado un determinado supuesto de hecho, sin embargo lo habría regulado de ese modo si lo hubiese tomado en consideración. También este argumento presupone una conjetura en torno a la *ratio legis*. El argumento *a fortiori* se diferencia del argumento *a simili* (solo) por el hecho que no necesita que se verifique la «semejanza» de los supuestos de hecho tomados en consideración.

La estructura del argumento es, grosso modo, la siguiente.

(a) Se parte del presupuesto de que el derecho es lagunoso: es decir, que el supuesto de hecho de que se trata —digamos F1— carece de regulación (véase el art. 12, apartado 2, disp. prel. Cód. civ. italiano) y que, sin embargo, exige una regulación, es decir, *debe* ser regulado.

(b) Se presupone, a continuación, que —a la luz de la *ratio legis*— el supuesto de hecho no regulado merece *con mayor razón* la misma consecuencia jurídica que un supuesto de hecho distinto —digamos F2— que sí está regulado por una norma que conecta a dicho supuesto de hecho determinada consecuencia jurídica («Si F2, entonces G»).

(c) Se concluye con la formulación de una norma implícita que conecta al supuesto de hecho F1 la misma consecuencia jurídica del supuesto de hecho F2 («Si F1, entonces G»).

Por ejemplo: si la cosa juzgada es intocable respecto de una declaración de inconstitucionalidad (salvo el caso de la sentencia penal, según el art. 30, apartado 4, ley italiana 87/1953), entonces —con mayor razón— debería ser intocable también respecto de una ley de interpretación auténtica⁴⁰. O incluso: si, según el art. 11, apartado 1, disp. prel. Cód. civ. italiano, la ley no tiene efecto retroactivo, entonces —con mayor razón— no puede tener efecto retroactivo el reglamento (que es fuente subordinada a la ley).

³⁹ C.E. Alchourrón, «Los argumentos jurídicos “a fortiori” y “a pari”», en C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991.

⁴⁰ A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisprudenziali*, Milano, 2003, p. 237, nota 68.

El argumento *a fortiori* puede asumir dos formas distintas, según que se adopte en relación con normas que confieran posiciones subjetivas ventajosas (por ejemplo: derechos) o, en cambio, en relación con normas que impongan posiciones desventajosas (por ejemplo: obligaciones).

(a) En un caso, asume la forma del argumento *a majori ad minus*. Por ejemplo: si está permitido aplicar intereses del 20%, entonces —con mayor razón—, está también permitido aplicar intereses del 10%.

(b) En el otro caso, asume la forma del argumento *a minori ad majus*. Por ejemplo: si está prohibido entrar en un determinado local con animales domésticos, entonces —con mayor razón—, está también prohibido entrar en dicho local con tigres.

Como se puede intuir, las palabras clave de todo el argumento son la expresión «con mayor razón». Se quiere decir, en definitiva, que también este modo de argumentar presupone la previa identificación de la «razón» por la que a un determinado supuesto de hecho está vinculada una determinada consecuencia jurídica y no otra.

6. DISOCIACIÓN E INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

El argumento de la disociación consiste simplemente en alegar —en favor de una conclusión, según los casos, interpretativa o constructiva—, que dos supuestos de hecho son «sustancialmente» distintos.⁴¹

El argumento se puede utilizar para sostener dos decisiones de tipo distinto: por un lado, una interpretación restrictiva; por otro, la «construcción» de una excepción implícita, cuyo resultado es la derrota de una norma, es decir, la sustitución de la norma en cuestión por una norma distinta (de alcance más restringido).

La interpretación restrictiva es un tipo de interpretación *en concreto*: se refiere a la aplicación a casos concretos de la norma previamente identificada.

La construcción de una excepción implícita es, más bien, una operación interpretativa *en abstracto* (si incluimos en esta categoría tam-

⁴¹ Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione* (1958), Torino, 1966 (ver la voz «disociación» del índice analítico).

bién la construcción jurídica): se refiere a la identificación misma (del contenido) de la norma.⁴²

(i) *Interpretación restrictiva.* Recuérdesse otra vez que la ineliminable vaguedad de todo predicado hace que los límites de toda norma sean inevitablemente indeterminados. Dada una norma cualquiera, hay supuestos de hecho a los cuales esta resulta sin duda aplicable, supuestos de hecho a los cuales sin duda dicha norma no puede ser aplicada y, por último, supuestos de hecho «dudosos» o «difíciles» que se encuentran en una «zona de penumbra»: es decir, supuestos de hecho para los cuales la aplicabilidad de la norma es incierta o controvertida.

Pues bien (lo hemos ya señalado al hablar precisamente de la vaguedad), el argumento de la disociación —de la «diferencia»— puede ser usado para excluir un caso difícil, un supuesto de hecho de dudosa calificación, del campo de aplicación de la norma en cuestión.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional italiano interpreta restrictivamente el artículo 41, apartado 1, de la Constitución italiana, sobre la «iniciativa económica privada», cuando afirma que tal disposición tutela solo la posición del empresario y no así la de quien invierte capitales con fines productivos⁴³. O incluso: el mismo Tribunal interpreta restrictivamente el artículo 122, apartado 4, de la Constitución italiana —no responsabilidad de los consejeros regionales por las opiniones expresadas y los votos dados «en el ejercicio de sus funciones»—, cuando precisa que las funciones en cuestión son solo aquellas conferidas por la constitución o por las leyes del Estado (no aquellas eventualmente conferidas por leyes regionales)⁴⁴.

(ii) *Construcción de una excepción implícita.* Cuando es utilizado para sostener la existencia de una excepción «implícita», es decir, no formulada, el argumento de la disociación se funda: o sobre el supuesto que el legislador haya *dado por supuesta* determinada distinción

⁴² Introducir en una norma una excepción no es diferente de sustituir la norma en cuestión por una norma diferente. Por ejemplo, si la norma N1 presenta la estructura «Si A, entonces Z» («Si vehículos, entonces prohibido el ingreso en el parque»), introducir en ella la excepción, supongamos, «no B» («no ambulancias»), equivale a sustituirla con la norma N2: «Si A y no B, entonces Z» («Si vehículos y no ambulancias, entonces prohibido el ingreso»). Ver V. Velluzzi, «Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto», en *Criminalia. Annuario di scienze penali*, 2008, pp. 506 y s.

⁴³ Tribunal Constitucional italiano 138/1984.

⁴⁴ Tribunal Constitucional italiano 69/1985. En verdad, esta decisión interpretativa del Tribunal puede leerse también como introducción, en la norma, de una excepción implícita.

(es decir, que la haya querido, aunque no la haya explicitado); o sobre el supuesto (contrafáctico) que el legislador, aunque no haya realizado determinada distinción, la *habría* sin embargo realizado si hubiese tomado en consideración el caso.

La estructura del argumento es, grosso modo, la siguiente.

(a) Aparentemente (es decir: literalmente) el legislador ha dictado una regulación para todo el conjunto de supuestos de hecho F («Si F, entonces G»).

(b) Sin embargo, dentro de la clase F se deben distinguir dos subclases, F1 y F2, «sustancialmente distintas».

(c) Era intención del legislador, a la luz de la *ratio legis*, referirse no a toda la clase F, sino solo a una de las subclases en ella comprendidas (por ejemplo, la subclase F1).

(d) Se sigue de esto que la norma, bien entendida, incluye —presupone— una excepción (que concierne, por ejemplo, a la subclase F2): «Si F, pero no F2, entonces G», que es equivalente a la conjunción de «Si F1, entonces G» y «Si F2, entonces no G».

En conclusión, el argumento de la disociación consiste en introducir subrepticamente en el discurso del legislador una distinción que el legislador no ha en absoluto realizado, de modo tal que se somete el antecedente de la norma a una excepción implícita y así se reduce el campo de aplicación solo a algunos supuestos de hecho expresamente previstos (es decir, previstos según una interpretación literal).

Obsérvese bien: excluir una clase de supuestos de hecho del ámbito de aplicación de una norma puede tener, según los casos, dos efectos distintos. (a) Es posible que el resultado de la operación sea el de hacer que dicha clase de supuestos de hecho entre bajo el dominio de otra norma. Pero es también posible (b) que la clase de supuestos de hecho en cuestión no resulte regulada por ninguna otra norma, por lo que el resultado de la operación es la creación de una laguna.

Para aclarar el funcionamiento del argumento de la disociación es útil ofrecer algún ejemplo (y es fácil ejemplificar ya que la técnica de la disociación es de uso muy frecuente).

El artículo 1428 del Cód. civ. italiano dispone que, en ciertas condiciones, «el error es causa de anulación del contrato». El legislador no distingue entre la hipótesis en que el error haya sido cometido por uno solo de los contratantes (considerado error «unilateral») y la hipótesis en que el error haya sido cometido por ambos (considerado error «bilateral»). Sin embargo, argumenta la doctrina, los errores unilaterales son «sustancialmente» distintos de los bilaterales. *Ratio* de la norma

es la tutela de la buena fe, pero, en el caso del error bilateral, ni siquiera se plantea un problema de tutela de la buena fe. Por tanto, el artículo 1428 del Cód. civ. italiano debe ser entendido en el sentido que el mismo se refiere tácitamente no al error sin distinciones, sino solo al error unilateral. Como puede verse, el resultado de esta argumentación es la inclusión de una excepción en la estructura lógica de la norma. Así entendida, en efecto, la disposición se aplica no a toda la clase de los errores, sino solo a una subclase de los mismos: la subclase de los errores unilaterales. En definitiva, el legislador dicta una disposición que se aplica al error, sin distinguir entre distintas especies de error: el intérprete, al contrario, distingue allí donde el legislador no ha distinguido. La distinción introducida por el intérprete consiste en subdividir la clase de los errores en dos subclases —la clase de los errores unilaterales y la clase de los bilaterales— y en «disociar» las dos subclases a efectos de la regulación jurídica⁴⁵.

El artículo 89, apartado 1 de la Constitución italiana, dispone que «ningún acto del Presidente de la República es válido si no es refrendado por los ministros proponentes [...]». No se nos puede escapar que la disposición se refiere literalmente a todos los actos del Presidente (y de esto se podría concluir que, si todos los actos presidenciales deben ser refrendados por los ministros proponentes, entonces no hay actos presidenciales que no sean adoptados a propuesta ministerial). La doctrina dominante, sin embargo, distingue entre actos presidenciales adoptados por iniciativa ministerial («sustancialmente gubernativos») y actos presidenciales de iniciativa del propio Presidente («sustancialmente presidenciales»), e interpreta la disposición en examen en el sentido que esta regula solo los actos del primer tipo, sin disponer nada respecto de los del segundo tipo. Por lo que deben ser refrendados por los ministros proponentes los actos que el Presidente adopte, precisamente, a consecuencia de propuesta ministerial. Por el contrario, los actos llamados de «iniciativa presidencial» (es decir, los que no se basan en una propuesta ministerial) no entran bajo el dominio del artículo 89, apartado 1, Constitución italiana. Así entendida, tal disposición no se aplica a toda la clase de los actos presidenciales, sino solo a la subclase de los actos adoptados por el Presidente a propuesta ministerial. En conclusión, el constituyente dicta una regulación que se aplica a los actos presidenciales sin distinguir entre actos de distinto tipo; la doctrina, al contrario, distingue allí donde el constituyente no ha distinguido. La distinción introducida consiste en subdividir la clase

⁴⁵ C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, cit., pp. 271 y ss.

de los actos presidenciales en dos subclases —la clase de los actos sustancialmente gubernativos y la clase de los sustancialmente presidenciales— y en «disociar» las dos subclases a efectos de la regulación jurídica.

El artículo 14 disp. prel. del Cód. civ. italiano, dispone que «las leyes penales [...] no se aplican fuera de los casos y los momentos en ellas establecidos». Ahora bien, según la doctrina y la jurisprudencia hay dos modos distintos de aplicar una ley (penal) «fuera de los casos y los momentos» en ella establecidos: uno es la interpretación «extensiva», el otro es la interpretación «analógica». En verdad, la distinción, como hemos visto, es bastante fluida. Pero, como quiera que sea, la disposición en examen es comúnmente entendida en el sentido que está prohibida solo la interpretación analógica, y no así la extensiva, de las leyes penales. La doctrina, en conclusión, distingue allí donde el legislador no ha distinguido. La distinción consiste en subdividir la clase de las aplicaciones extensivas en dos subclases —la clase de las interpretaciones «extensivas» (puras y simples) y la clase de las aplicaciones «analógicas»— y en «disociar» las dos subclases a efectos de la regulación jurídica. El resultado de la argumentación es que la disposición en examen hay que entenderla en el sentido que se refiere no ya a todo tipo de aplicación extensiva, sino solo a la llamada aplicación analógica. Por lo que la otra subclase, la de las «meras» aplicaciones extensivas, queda fuera de la prohibición del artículo 14 disp. prel. del Cód. civ. italiano, cuyo campo de aplicación resulta por tanto restringido.

El artículo 100, apartado 2, de la Constitución italiana, dispone que «el Tribunal de Cuentas ejerce el control preventivo de legitimidad sobre los actos del Gobierno». *Prima facie*, esta disposición se refiere a todos los actos gubernativos, sin excepción. Pero, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano, hay que distinguir claramente dos tipos de actos gubernativos: los actos dotados de fuerza de ley y todos los restantes. La mencionada disposición constitucional hay que entenderla en el sentido que están sujetos al control preventivo del Tribunal de Cuentas solo los actos gubernativos desprovistos de fuerza de ley. Por lo que *no* contrasta con la Constitución el art. 16, apartado 1, de la Ley italiana 400/1998, que aparta del control preventivo del Tribunal de Cuentas los decretos legislativos y los decretos-leyes.⁴⁶ También aquí el Tribunal Constitucional italiano distingue allí donde la Constitución italiana no distingue en absoluto. La distinción consiste en subdividir la clase de los actos gubernativos en dos subclases

⁴⁶ Tribunal Constitucional italiano 406/1989.

—la clase de los actos de rango legislativo y la clase de todos los actos restantes— y en «disociar» las dos a efectos de la regulación jurídica. El resultado de la argumentación es el que se ha dicho: el art. 100, apartado 2, de la Constitución italiana, hay que entenderlo en el sentido que se refiere no ya a la totalidad de los actos gubernativos, sino solo a los actos gubernativos desprovistos de fuerza de ley: de manera que los actos de rango legislativo quedan fuera de su campo de aplicación.

El artículo 503 del Código penal italiano (en combinación con el precedente art. 502) penaliza la huelga «con fines políticos». El Tribunal Constitucional italiano, al querer evitar el declarar inconstitucional sin más la disposición mencionada por oponerse al artículo 40 de la Constitución italiana, distingue en el seno de la clase de las huelgas políticas aquellas dirigidas «a subvertir el orden constitucional o bien a impedir u obstaculizar el libre ejercicio de los poderes legítimos en los que se expresa la soberanía popular» de todas las restantes. Y declara inconstitucional el art. 503 del Código penal italiano solo «en la parte en que» penaliza la huelga política, digámoslo así, no «subversiva»⁴⁷. El resultado de la distinción es, en conclusión, la tesis según la cual el artículo 40 de la Constitución italiana sí tutela la huelga (no solo con fines contractuales, sino también) con fines políticos, pero no la huelga política con fines «subversivos».

El artículo 10, apartado 2, de la Ley italiana 195/1958, establece que el Consejo Superior de la Magistratura «ofrece al Ministro dictámenes sobre las propuestas de ley concernientes al ordenamiento judicial, etc.», sin disponer nada respecto de la iniciativa del dictamen. Algunos, sin embargo, distinguen dos tipos de dictámenes: aquellos que hayan sido solicitados al Consejo por parte del Ministro, y aquellos realizados por el Consejo por propia iniciativa. Y, alegando que el Ministro es el destinatario de los dictámenes del Consejo, sostienen que el Consejo no puede expedir dictámenes del segundo tipo, es decir, dictámenes que el Ministro no haya solicitado. Distinguen, por tanto, allí donde el legislador no distingue, y subdividen la clase de los dictámenes en dos subclases —la clase de los dictámenes solicitados por el Ministro y la clase de los dictámenes por iniciativa del Consejo— de manera tal de «disociar» así las dos clases a efectos de la regulación jurídica. El resultado es que el Consejo no puede expedir dictámenes al Ministro si no han sido solicitados.

⁴⁷ Tribunal Constitucional italiano 290/1974.

Para concluir, hay que decir que la línea de demarcación entre la interpretación restrictiva propiamente dicha y la construcción de una excepción implícita es incierta. Ambas operaciones, en efecto, se resuelven excluyendo del campo de aplicación de una norma un supuesto de hecho que, según el significado literal de la disposición en cuestión, entraría dentro de tal campo.

Repitiendo más o menos cuanto hemos dicho a propósito de interpretación extensiva y analogía, se puede sostener que la diferencia entre interpretación restrictiva y construcción de una excepción implícita se reduce, en última instancia, a un distinto modo de argumentar o de expresar una misma operación.

7. OTRA VEZ EL ARGUMENTO *A CONTRARIO*

Nos hemos ya encontrado con el argumento *a contrario* en distintas ocasiones⁴⁸. Ha llegado el momento de analizarlo expresamente.

El argumento conoce fundamentalmente dos variantes⁴⁹. Cada una de ellas constituye una respuesta (distinta) al problema —llamémoslo así— «de la clase complementaria»: dada una norma que regula una clase cualquiera de supuestos de hecho (F) ¿se debe considerar que la clase complementaria (no-F) carece completamente de regulación o, al contrario, que también esta está regulada, aunque sea implícitamente, y que está regulada de manera opuesta?

(i) En una primera variante —meramente interpretativa— el argumento sirve para sostener una interpretación (en concreto) literal y, más precisamente, no-extensiva. Al respecto nos hemos referido ya en un apartado anterior.

(ii) En una segunda variante —no meramente interpretativa, sino «constructiva»— el mismo argumento resulta en la construcción de una norma no formulada, pero (se pretende) «implícita»⁵⁰.

⁴⁸ En un capítulo anterior, al hablar de indeterminación del ordenamiento, y en particular al ilustrar el problema (recurrente) de la regulación de la clase complementaria (complementaria a la expresamente regulada), además de en este mismo capítulo, al hablar de interpretación no-extensiva.

⁴⁹ Ver, en cambio, el análisis bastante más detallado de G. Carcaterra, «L'argomento a contrario», en S. Cassese, G. Carcaterra, M. D'Alberty, A. Bixio (eds.), *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, 1994.

⁵⁰ Aquí estamos, por tanto, en el ámbito de la interpretación en abstracto.

Tomemos otra vez el ejemplo, simple pero ilustrativo, de una disposición constitucional que confiere un derecho a los ciudadanos, como el artículo 18, Constitución italiana («Los ciudadanos tienen el derecho de asociarse libremente [...]»). Entendida al pie de la letra, una disposición semejante se aplica evidentemente al supuesto de hecho «ciudadanos». La disposición, sin embargo, no incluye la cláusula «solo» (no dice «Solo los ciudadanos...»)⁵¹. Y el problema, que ya conocemos, es por tanto el siguiente: cuál es, si la hay, la regulación de la clase de supuestos de hecho complementaria (no-ciudadanos, es decir, extranjeros y apátridas). Pues bien, el argumento *a contrario* está destinado, en ambas variantes, a sostener que la norma *no* se aplica a los no-ciudadanos. Sin embargo:

(i) En la primera variante, el argumento se alega para concluir que la norma no se aplica a los no-ciudadanos en el sentido que *calla*, nada dice, sobre estos. El supuesto de hecho no-ciudadanos carece de cualquier regulación (al menos en el nivel constitucional, visto que hemos usado una disposición constitucional para ejemplificar).

Usado de este modo, nótese, el argumento *a contrario* se reduce tendencialmente a la producción de una laguna. El supuesto de hecho complementario podría, naturalmente, ser regulado por otra norma, distinta y ulterior respecto de la tomada en consideración. Pero podría también no ser regulado en absoluto y, en tal caso, el ordenamiento sería lagunoso.

Obsérvese (visto el ejemplo seleccionado) que una laguna en el nivel constitucional implica que el legislador ordinario puede regular el supuesto de hecho de que se trate del modo que más le agrade. Para seguir con el ejemplo, si la constitución nada dice sobre el derecho de asociación de los no-ciudadanos, cualquiera que sea el contenido de lo que el legislador disponga al respecto, la ley en cuestión nunca podrá ser inconstitucional (por falta de un «parámetro» de constitucionalidad

con el que confrontarla)⁵²; en otras palabras, el legislador puede libremente tanto extender a los no-ciudadanos el derecho de asociación, como prohibir a los no-ciudadanos que se asocien.

(ii) En la segunda variante, el mismo argumento se alega para concluir que la norma no se aplica a los no-ciudadanos, no ya en el sentido que omite regular tal supuesto de hecho, sino en el sentido que los no-ciudadanos son positivamente —aunque tácitamente, implícitamente— *excluidos* del goce del derecho en cuestión⁵³.

En otras palabras, aquí no hay laguna de ningún tipo: el texto normativo (la constitución en nuestro ejemplo) contiene tanto la norma explícita que confiere un derecho a los ciudadanos («Si ciudadanos, entonces derecho de asociación»), como la norma implícita que lo niega a los no-ciudadanos («Si no-ciudadanos, entonces no derecho de asociación»). Con la obvia consecuencia —para seguir con el ejemplo— que una ley ordinaria, la cual pretendiese conferir también a los no-ciudadanos el derecho en cuestión, sería inconstitucional.

8. INTERLUDIO: EL DERECHO COMO «SISTEMA»

Para introducir el análisis de la interpretación sistemática, hay que decir algunas palabras sobre la idea del derecho como «sistema»⁵⁴.

La expresión «ordenamiento jurídico» es comúnmente usada⁵⁵ de manera inocente e irreflexiva, sin alguna *arrière pensée*: como sinónimo de «derecho» (en sentido objetivo). Al decir que el derecho es ordenamiento, se quiere decir muy simplemente que el derecho es un ordenamiento (normativo) de la conducta en cuanto «ordena» la conducta: en el doble sentido del vocablo «ordenar», mandar y poner orden.

Algunas veces, sin embargo, al decir que el derecho es un ordenamiento, se quiere decir que el derecho es un conjunto de normas *ordenado*⁵⁶: en sentido estricto, un «sistema», es decir, una totalidad (i)

⁵¹ Si así dijese, el supuesto de hecho «ciudadanos» sería condición no solo suficiente, sino necesaria y suficiente de la relativa consecuencia jurídica. Por lo que la atribución de ese determinado derecho solo a los ciudadanos implicaría lógicamente la exclusión de los no-ciudadanos del disfrute de ese mismo derecho. Tómese el siguiente ejemplo. El art. 15 disp. prel. del Cód. civ. italiano dispone: «Las leyes no son derogadas sino por leyes posteriores». Esto parece significar que *solo* las leyes posteriores pueden válidamente derogar leyes anteriores. *A contrario*, se puede concluir que la ley no puede ser derogada por desuetudo. En este caso la inferencia *a contrario* tiene carácter deductivo, es decir, lógicamente vinculante. Cfr. A. García Amado, «Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 24, 2001.

⁵² Se llama «parámetro» de legitimidad constitucional a la norma constitucional con la que una norma de ley debe ser confrontada para decidir sobre su conformidad con la constitución.

⁵³ G. Carcaterra, «Analogia», cit., p. 18.

⁵⁴ G. Lazzaro, «Sistema giuridico», en *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1969 (extracto).

⁵⁵ En el lenguaje de los juristas, como así también en este volumen.

⁵⁶ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, V ed., Padova, 1984, p. 179: «Pero si las antinomias son posibles (y aún más, al menos en la evolución temporal del ordenamiento son inevitables), es también verdad, por otro lado, que deben ser com-