

La interpretación *a contrario* de disposiciones jurídicas

Interpreting legal rules a contrario

Por JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

La interpretación a contrario de las disposiciones jurídicas es un método usual, pero problemático, de argumentar acerca del contenido del derecho. Toma la prescripción de consecuencias para un supuesto de hecho como prescripción implícita de consecuencias distintas para un caso relacionado distinto, y las hace explícitas. La justificación de este razonamiento ya sea como método de conocimiento o como argumento para motivar decisiones, depende ante todo de la solidez de la premisa que asume tácitamente. La premisa tácita es que, en ciertas condiciones y respecto de un universo de casos afines, las disposiciones tienen dos implicaciones normativas sobre supuestos que no regulan explícitamente. La implicación negativa es que no se siguen necesariamente las mismas consecuencias que en los supuestos explícitos, pero pueden seguirse si se admite la aplicación analógica de las normas. La implicación positiva es que se siguen consecuencias distintas cuando las circunstancias jurídicas o lingüísticas excluyen la analogía o cuando hay diferencias relevantes entre los casos. Esta doble premisa tiene su fundamento último en la pragmática de la comunicación jurídica. En cambio, el uso del argumento a contrario para impedir la interpretación extensiva es infundado.

Palabras clave: *Interpretación jurídica; argumento a contrario; analogía.*

ABSTRACT

Interpreting legal rules a contrario is a usual but problematic method for making claims about the content of the law. It takes the directive of consequences for some stated fact or event as an implicit directive of different consequences for a different related fact or event, and it makes them explicit. The justification of this reasoning, both as a method of knowledge and as an argument to explain decisions, depends primarily on the soundness of the premise it assumes tacitly. This premise is that, under certain conditions and within a universe of related cases, statutes have two normative implications regarding cases they do not rule upon explicitly. The negative implication is that it does not follow necessarily the consequence of the explicit case, although it may follow when analogical application of laws is admitted. The positive implication is that it follows a different consequence when legal or linguistic circumstances exclude analogy or when there are relevant differences between the cases. This double premise has foundations on the pragmatics of legal communication. However, the use of a contrario argument to prevent interpretations that extend meaning is unfounded.

Key words: *Statutory interpretation; a contrario argumentation; analogy.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2 EL ARGUMENTO. 2.1 *Descripción.* 2.2 *Estructura.* 2.3 *Justificación.* 2.3.1 *Validez.* 2.3.2 *Solidez.*—3 LA IMPLICACIÓN. 3.1 *Naturaleza.* 3.2 *El fundamento de la implicación a contrario.* 3.3 *El universo del discurso: el supuesto explícito y los relacionados con él.* 3.4 *Las condiciones mínimas de la implicación.* 3.4.1 *Condiciones jurídicas.* 3.4.2 *Condiciones lingüísticas.* 3.5 *La elocuencia de la implicación.* 3.5.1 *Variantes de la implicación débil o negativa.* 3.5.2 *Variantes de la implicación fuerte o positiva.* 3.6 *La extensión del supuesto de hecho y el problema de la analogía.* 3.7 *Las circunstancias de la implicación positiva.* 3.7.1 *Factores jurídicos.* 3.7.2 *Factores lingüísticos.*—4 CONCLUSIONES.—5 REFERENCIAS.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.—2. THE ARGUMENT. 2.1 *Description.* 2.2. *Structure.* 2.3 *Justification.* 2.3.1 *Validity.* 2.3.2 *Soundness.*—3. THE IMPLICATION. 3.1 *Nature.* 3.2 *The foundations of the a contrario implication.* 3.3 *The universe of discourse: the explicit case and the related ones.* 3.4 *The minimal conditions for the implication.* 3.2.1 *Legal conditions.* 3.2.2 *Linguistic conditions.* 3.5 *The eloquence of the implication.* 3.5.1 *Variations of the negative implication.* 3.5.2 *Variations of the positive implication.* 3.6 *The extension of the fact description and the problem of analogy.* 3.7 *The circumstances of the positive implication.* 3.7.1 *Legal factors.* 3.7.2 *Linguistic factors.*—4. CONCLUSIONS.—5. REFERENCES.

1. INTRODUCCIÓN¹

«No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados», dice el artículo 160.2 CC². Ante esto, razona así la STS (Civil) 689/2011, de 20 de octubre (FD 4): «El Art. 160.2 CC, *a contrario sensu*, permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concorra justa causa, que no define y que debe examinarse en cada uno de los casos que se deban enjuiciar». Los juristas hacen con normalidad este tipo de interpretaciones *a contrario sensu* (en sentido contrario), porque a menudo, como en el ejemplo citado, parecen contar con un fundamento contundente, prácticamente irrefutable. No obstante, es un argumento cuestionado; hasta el punto de que la STC 123/1992, de 28 de septiembre, advierte del «riesgo que entraña en sí misma cualquier argumentación *a contrario* por su esencial ambigüedad» (FJ 2). En efecto, el argumento plantea desafíos de justificación y de aplicación que son causa recurrente de debate tanto jurisprudencial como doctrinal.

Este trabajo estudia algunos problemas teóricos y prácticos de la argumentación *a contrario sensu*, con apoyo en trabajos doctrinales sobre la cuestión, en la observación de la práctica jurisprudencial y en algunas hipótesis interpretativas de preceptos constitucionales. El estudio expone las condiciones que justifican argumentar *a contrario* en la interpretación jurídica; y defiende que en determinadas circunstancias es un requisito para decir el derecho.

La exposición comienza dando cuenta de los rasgos y los problemas generales de la argumentación *a contrario* (§ 2), luego analiza las condiciones y el fundamento de la implicación que presupone (§ 3), y se cierra con resumen de las conclusiones (§ 4).

2. EL ARGUMENTO

2.1 Descripción

En esencia, argumentar *a contrario sensu* al interpretar una disposición jurídica que prescribe consecuencias jurídicas para cierto supuesto de hecho es, primero, inferir que un supuesto de hecho relacionado diferente tiene consecuencias jurídicas distintas implícitas; y,

¹ Trabajo del proyecto de investigación DER2016-74898-C2-2-R, financiado por el MINECO y el FEDER.

² ABREVIATURAS. En este trabajo se usan estas conocidas abreviaturas (las leyes y los tribunales son de España): CC = Código Civil; CE = Constitución Española; CP = Código Penal; SAP = Sentencia de la Audiencia Provincial; STC = Sentencia del Tribunal Constitucional; STS = Sentencia del Tribunal Supremo.

seguidamente, hacer explicitas esas consecuencias inferidas³. La jurisprudencia y la doctrina españolas hablan tradicionalmente de argumento «*a contrario sensu*», o simplemente «*a contrario*»; pero en otras lenguas también se llama «*e contrario*»⁴.

Este ejercicio argumental contribuye a la interpretación jurídica tanto *en abstracto* como *en concreto*: de un lado, sirve para interpretar disposiciones y extraer de ellas su contenido normativo implícito; de otro lado, sirve para dar respuesta a casos con arreglo a normas⁵. Por lo demás, el argumento *a contrario* se usa con muy distintas finalidades. Este trabajo se ocupa de su uso epistémico, dirigido a alcanzar o a justificar una interpretación conforme a derecho. Pero el argumento también tiene un uso retórico o instrumental, dirigido a promover o a defender una interpretación que se considera preferible por la razón que sea⁶.

El razonamiento *a contrario* tiene presencia en el derecho de tres maneras, que deben distinguirse aunque estén evidentemente relacionadas: se usa para interpretar el derecho, para respaldar un método de interpretación y para justificar interpretaciones. *a)* La argumentación *a contrario* es un procedimiento o una técnica interpretativa que usan juristas y legos para reconocer la respuesta jurídica a casos no explícitamente regulados. Es una herramienta heurística para identificar el

³ La descripción del argumento se complicará al explicar su estructura (*infra* § 2.2). Las definiciones doctrinales abundan, pero sigue destacando la de Tarello (1980/2013: 213): «El argumento *a contrario* es aquel por el cual, dada una norma que predica una cualificación normativa cualquiera (por ejemplo, un poder, una obligación, un *status*) de un sujeto o de una clase de sujetos, a falta de otra norma expresa, se debe excluir que valga (que exista, que sea válida) una diversa norma que predique esa misma cualificación normativa para cualquier otro sujeto o clase de sujetos». Seguidamente añade que «ahora, en nuestra cultura», el argumento también se emplea para excluir la interpretación extensiva y no solo la analogía. Defenderé que la exclusión no afecta a *cualquier* otro sujeto, sino solo a algunos afines al que recibió la predicación original y en determinadas circunstancias; y que el argumento *a contrario* por sí mismo no excluye la interpretación extensiva.

⁴ Escriben «*e contrario*» Klug (1982/1990: 176), Peczenik (1989: 395) y Hage (1997: 121), entre otros. Jansen (2005 y 2008) emplea ambas versiones. Saint-Albin (1833: 66 y 73) distingue entre el argumento «*a contrario sensu*» (según el cual lo no incluido en la ley está excluido, y viceversa); y el argumento «*a contrariis vel oppositis*» (que propone una contraposición o un contraejemplo). El *Diccionario de la lengua española* explica el «argumento *a contrariis*» como «argumento que parte de la oposición entre dos hechos para concluir del uno lo contrario de lo que ya se sabe del otro».

⁵ Sobre la diferencia entre interpretación jurídica «en abstracto» y «en concreto» y su relación con el argumento *a contrario*: Guastini (2011/2014: 33-36 y 283).

⁶ Como explica Atienza (2013: 110 y ss.), cabe concebir la argumentación jurídica desde una perspectiva formal, material o pragmática. Aquí la argumentación *a contrario* se analizará ante todo en su dimensión formal, como inferencia; y también en su dimensión material, como método para justificar respuestas jurídicas en casos sin regulación explícita. En cambio, no se prestará atención a su dimensión pragmática, como estrategia o actividad encaminada a producir efectos prácticos, por ejemplo persuadir a quien juzgará el caso.

contenido del derecho, complementaria de la lectura de los textos legales: sirve para extraer de ellos información no escrita. Es un modo de razonar que forma parte del contexto de descubrimiento de las respuestas jurídicas. *b)* La directiva o canon de la interpretación *a contrario* es una pauta o directriz hermenéutica según la cual debe entenderse *prima facie* –esto es, si no hay razones más fuertes en contra– que las disposiciones jurídicas únicamente prescriben consecuencias para los supuestos de hecho que regulan explícitamente y, por eso, no deben aplicarse a otros casos. Esta es la regla que expresan conocidas máximas interpretativas, como *Inclusio unius exclusio alterius* (incluir una cosa excluye las otras) –o *Expressio unius est exclusio alterius*–; *Ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit* (cuando la ley quiere, dice; cuando no quiere, calla); *Qui dicit de uno, negat de altero* (quien dice de uno, niega de otro); o *Exclusa censetur omnia, quae lex enumerando non inclusit* (se entienden excluidas todas las cosas que la ley, en una enumeración de casos, no incluye). *c)* Finalmente, el argumento *a contrario* es un recurso teórico para justificar conclusiones jurídicas, de frecuente empleo en la motivación de sentencias y en la doctrina. Es el resultado de construir premisas y realizar inferencias, y se invoca como razón para fundamentar una solución. En este sentido, también tiene un lugar en el contexto de justificación de las respuestas jurídicas⁷.

Hay diferentes versiones del argumento *a contrario*; y dos clasificaciones doctrinales especialmente importantes, que aquí se asumen y puntualizan.

En primer lugar, la distinción entre una versión *débil* o *interpretativa*, según la cual la norma no dice nada sobre los casos que no menciona y no es aplicable a ellos (no los regula); y una versión *fuerte* o *constructiva*, según la cual la norma se pronuncia implícitamente sobre los casos que no menciona y los excluye de la consecuencia que prescribe para los que menciona (los regula de manera diferente)⁸. Aunque esta distinción es útil, se verá que la versión «débil» no calla del todo si pretende hacer explícita una implicación y de esta manera servir efectivamente de argumento. Diríamos que hay grados de debilidad, cuya distinción es difícil de reconocer sin ayuda de la lógica y

⁷ Algunos enfoques doctrinales sobre el funcionamiento del argumento son reduccionistas. Tarello (1980/2013: 313) lo considera una «regla sobre la exclusión de producción normativa» o «regla de interpretación». También Chiassoni (2007/2011: 332-335) lo trata entre las «directivas». En cambio, para Peczenik (1989: 397) el «*argumentum e contrario*» y la analogía «no son reglas sino formas de argumento» que se apoyan en normas de razonamiento y principios y «permiten al juez alcanzar la conclusión justificable en las circunstancias».

⁸ Esta es la clasificación de Peczenik (1989: 395) entre un argumento *a contrario* «débil» (según el cual la norma no es razón suficiente para tratar el caso que no cubre) y otro «fuerte» (según el cual el caso no cubierto no debería ser tratado como estipula la norma). Y también la de Guastini (2011/2014: 283) entre una variante «meramente interpretativa» y otra «no meramente interpretativa, sino «constructiva».

pospongo para más adelante (§ 2.3.1). Por otro lado, la versión «fuerte», si bien *construye* una respuesta al caso no mencionado, no deja de ser «interpretativa», porque pretende decir el derecho haciendo explícito su contenido implícito⁹.

En segundo lugar, la distinción entre una versión *lingüística* del argumento, según la cual la disposición ha de interpretarse en sus propios términos y no es aplicable a casos que no encajan estrictamente en su significado; y una versión *sustancial* o *material*, según la cual la disposición ha de interpretarse atendiendo a las razones de su regulación y no es aplicable a casos en los que no concurren esas razones¹⁰. Esta clasificación también es oportuna, pero como se verá no presenta opciones que el intérprete puede escoger a capricho, sino manifestaciones del argumento cuya justificación depende de las circunstancias. Por una parte, el argumento solo se justifica con una consideración «material» de la diferencia entre los casos o con razones para soslayarla; pero cuando estas se dan, el argumento funciona con el simple examen «lingüístico» de las diferencias entre los casos (y suele justificar su uso «fuerte»). Por otra parte, la versión «lingüística» no deja de tener en cuenta las propiedades «materiales» de los casos, porque las diferencias en el significado de los términos legales dependen también de esas propiedades.

La argumentación *a contrario* se emplea típicamente para interpretar textos legislativos, y en ellos se centra este trabajo; pero también se

⁹ Digamos que el argumento no amplía el ordenamiento, pero facilita interpretar su contenido en sentido amplio. Esta podría ser la tesis de Savigny (1840/2010: 416): «El argumento llamado *argumentum a contrario* es también una especie de interpretación extensiva. En efecto, puede el legislador circunscribir su pensamiento en ciertos límites, de manera que suponga una regla contraria para los casos que se encuentran fuera de cierto límite; por ejemplo, cuando el pretor introducía una acción con la fórmula ordinaria, *intra annum judicium dabo*, evidentemente esta fórmula implica la regla contraria: *post annum non dabo*; conclusión que es en realidad una interpretación extensiva».

¹⁰ En esta distinción convergen dos clasificaciones no totalmente homogéneas. Por un lado, Jansen (2008: 46) diferencia entre el argumento *a contrario* «lingüístico», que «se basa en la redacción del texto» y sostiene que la regla jurídica se aplica solo a la situación que cita explícitamente; y el «de las diferencias relevantes», que sostiene que el caso actual es diferente del mencionado en la regla y no procede aplicar esta analógicamente. Por otro lado, García Amado (2001: 85, *passim*) distingue entre basar el argumento en una concepción «lingüística» o «material» del derecho: en el primer supuesto, el argumento refuerza la aplicación de normas y no opera en caso de laguna; en el segundo supuesto, opera cuando se aprecia que los casos carecen de semejanza relevante para merecer la misma solución según «la regla de justicia o el valor que da su razón de ser» a la norma (p. 100). Aunque García Amado sitúa la base «material» del argumento *a contrario* exclusivamente en criterios morales, no veo obstáculo para ampliarla a cualquier criterio que pueda fundar juicios de relevancia jurídica.

aplica a sentencias¹¹, contratos¹², o hechos¹³. Incluso cabe interpretar *a contrario* la derogación de una disposición: el razonamiento es que si el legislador derogó lo que había dispuesto, se entiende que ahora dispone lo contrario¹⁴.

2.2 Estructura

La argumentación *a contrario sensu* para interpretar disposiciones jurídicas se desarrolla en cuatro pasos. Más que fases sucesivas, son partes o elementos del razonamiento obtenidas del análisis teórico; pero creo que se ajustan bastante a cómo se usa y se percibe de hecho el argumento.

1) *Suposición*. Se presuponen unas implicaciones normativas de la disposición. Hay dos tesis fundamentales, que justifican sendas modalidades del argumento. *a) La tesis de la implicación negativa*: se asume que una disposición que prescribe consecuencias para un supuesto de hecho explícito, cumplidas ciertas condiciones mínimas, implica que en un supuesto relacionado distinto no se siguen necesariamente esas mismas consecuencias. *b) La tesis de la implicación positiva*: se asume que una disposición que prescribe consecuencias para un supuesto de hecho explícito, cumplidas ciertas condiciones mínimas y en determinadas circunstancias, implica que en un supuesto relacionado distinto se siguen consecuencias distintas. Más adelante (§§ 3.4 y 3.7) veremos las «condiciones mínimas» y las «determinadas circunstancias» aludidas¹⁵.

¹¹ *V. gr.*, STS (Cont.-Adm.) de 7 de diciembre de 2004 (FD 2), con un pasaje de la STC 29/1989, de 6 de febrero.

¹² *V. gr.*, SAP Madrid (Sec. 12.ª) 53/2015, de 12 de febrero (FD 17), con una cláusula contractual.

¹³ *V. gr.*, SAP Barcelona (Sec. 2.ª) 853/2012, de 27 de septiembre (FD 1), con la declaración testifical de un guardia civil, quien no recordaba los gestos del acusado al recoger en Correos un paquete con droga: «no estaría de forma especialmente cautelosa y/o nerviosa pues hubiera sido reflejada por el agente».

¹⁴ Este razonamiento acude al «criterio histórico» para indagar la intención del legislador; pero puede presentarse con el ropaje de un argumento *a contrario*. *V. gr.* voto particular del magistrado J. A. Xiol Ríos a la STS (Cont.-Adm.) de 4 de abril de 1997, que interpreta la supresión, por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, del apartado 2 del artículo 10 de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales («No corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con las calificaciones a que se refiere esta Ley»): «Con ello, por vía de inversión lógica perfectamente lícita en la interpretación de la ley, debe llegarse a la conclusión de que se «consagra la facultad jurisdiccional de control sobre los actos que se han sometido a nuestro enjuiciamiento» [...]».

¹⁵ Como puede apreciarse, las tesis de la implicación negativa y positiva sustentan respectivamente las versiones «interpretativa» o débil y «constructiva» o fuerte del argumento. De la primera resulta que la norma no regula el caso que no menciona. De la segunda resulta que le da una respuesta distinta de la del caso que sí menciona.

2) *Interpretación de la prescripción explícita.* Se identifica la norma válida, expresada por la disposición, que prescribe cierta consecuencia para un supuesto de hecho explícito. Este es un paso complejo, pues pocas veces basta la mera lectura del texto legal para captar la norma o normas que expresa; pero el problema de la interpretación jurídica en general no nos incumbe aquí. Sea como sea, las disposiciones son interpretadas primeramente para reconocer o postular el caso que regulan y la regulación que le dan.

3) *Calificación.* Se califica un determinado caso como distinto del supuesto de hecho explícito de la disposición, pero afín a ella; y se evalúa la semejanza entre los casos a la luz de la regulación o el cumplimiento de las circunstancias que hacen innecesaria esta evaluación.

4) *Deducción o postulación de la prescripción implícita.* La argumentación *a contrario*, entendida como un razonamiento válido y útil para interpretar el derecho, se concreta al final en deducir la consecuencia jurídica que la disposición prescribe implícitamente para el caso que no regula explícitamente. Pero en ocasiones el intérprete *postula* una solución que no se sigue de las premisas, típicamente porque rebasa la implicación fundada. Por ejemplo, si el supuesto explícito está prohibido, normalmente la implicación positiva es que el caso en contraste está permitido, pero un intérprete podría ir más allá y postular que es obligatorio.

Cuando los pasos se dan correctamente –la suposición está fundada, la interpretación y la calificación son fieles a la realidad jurídica, y la deducción respeta la lógica–, el argumento *a contrario* es un método de conocimiento y de demostración del derecho. Correctamente entendido, el argumento no crea derecho, aunque puede ser «constructivo» en cuanto a ofrecer una solución positiva. En cambio, cuando los pasos se dan en falso el argumento es falaz, y sus eventuales resultados son producción y defensa de nuevo derecho. También hay creación de derecho argumentando *a contrario* cuando se persigue colmar una laguna. Esto se verá mejor después, pero en síntesis cabe decir que cuando las circunstancias excluyen la analogía y justifican la implicación positiva, el argumento *a contrario* descubre derecho preexistente. En cambio, si la analogía es una opción pero se cumplen las condiciones de la implicación negativa, el argumento *a contrario* rivaliza con la analogía para dar respuesta al caso. En este contexto, la solución requiere un juicio valorativo y puede entenderse o bien como integración de una laguna y creación de nuevo derecho, o bien como aplicación de principios jurídicos subyacentes.

Por otra parte, distinguir los pasos del argumento *a contrario* lleva a replantear la propia noción. En una perspectiva, el argumento empieza *a partir* de las premisas que se asumen, que son la implicación, la norma explicitada y la calificación de los casos; y por tanto consiste en deducir (o en postular) la solución y en presentarla como conclusión de una inferencia. En otra perspectiva, acogida aquí, el argumen-

to recorre los cinco pasos identificados, incluida la formación de las premisas que emplea. Es una cuestión semántica qué perspectiva adoptar, pero no aclarar este punto puede llevar a malentendidos.

2.3 Justificación

La argumentación *a contrario* tiene conocidos problemas de justificación, tanto lógicos, relativos a la validez o justificación interna del argumento, como sustanciales, relativos a la solidez o justificación externa de las premisas que maneja.

2.3.1 VALIDEZ

Sostener que la consecuencia prescrita para el supuesto explícito no se sigue cuando falta ese supuesto, como hace quien argumenta *a contrario*, presenta un problema lógico, por el riesgo de incurrir en falacia. Como es sabido, del condicional «Si p , entonces q » ($p \rightarrow q$) y la negación del antecedente ($\neg p$), no se sigue la negación del consecuente ($\neg q$); y pretender lo contrario es la «falacia de negación del antecedente». Un argumento *a contrario* válido sigue el esquema *modus tollens*, que de « $p \rightarrow \neg q$ » y « $\neg q$ » deduce « $\neg p$ ». Esto requiere una premisa condicional cuyo consecuente es lo que se niega o una premisa bicondicional, con implicación bidireccional ($p \leftrightarrow q$), según la cual el consecuente se sigue *si y solo si* se da el antecedente¹⁶. Como las normas aportan por definición la premisa inicial «Si se da el supuesto h , debe darse la consecuencia c », que simbolizaré « $h \rightarrow Oc$ », el problema de validez de argumentar *a contrario* con esa premisa y la negación del supuesto h , es contar también con la premisa inversa « $Oc \rightarrow h$ », y así con el bicondicional « $h \leftrightarrow Oc$ »¹⁷.

Esquemmatizar el argumento facilita ver la diferencia entre sus versiones fuerte y débil, y los grados de debilidad. La versión fuerte explicita una implicación positiva, según la cual al caso no expreso en la norma le es aplicable una consecuencia distinta de la prescrita para el caso expreso: « $\neg h \rightarrow O\neg c$ ». La versión débil que aquí consi-

¹⁶ Como dice Klug (1982/1990: 179), de «Todo S es P » no se sigue «Ningún $no-S$ es P ». En el caso de normas que correlacionan supuestos de hecho con consecuencias jurídicas, hay dos tipos de premisas normativas que permiten inferir válidamente de la negación de un hecho la negación de la consecuencia correlacionada con él: *a*) Solo si se da el hecho, se sigue la consecuencia; y *b*) Si y solo si se da el hecho, se sigue la consecuencia (el bicondicional). Klug (ibíd., p. 182-183) llama a estas relaciones, respectivamente, «implicación intensiva» (que simboliza ' \rightarrow ') e «implicación recíproca» (que simboliza ' \leftrightarrow '); pero no seguiré esta terminología.

¹⁷ Soeteman (1989: 239) opina que si se interpreta que «solo en caso p , la norma Oq es válida», entonces el argumento *a contrario* es superfluo, porque basta con un principio general de contraposición: «si no p entonces no q ». Sin embargo cabe objetar que el argumento es útil precisamente *porque* aplica a un problema jurídico una inferencia lógica válida; y dejaría de ser útil si la inferencia no fuese válida.

deraré explícita una implicación negativa, según la cual al caso no expreso no le es aplicable la misma consecuencia prescrita para el caso expreso: « $\neg h \rightarrow \neg Oc$ ». Pero caben versiones todavía más débiles, según las cuales « $h \rightarrow Oc$ » no implica nada para « $\neg h$ », de manera que la norma análoga « $\neg h \rightarrow Oc$ » o bien no existe [« $\neg(\neg h \rightarrow Oc)$ »] o bien tanto puede existir como no existir [« $(\neg h \rightarrow Oc) \vee \neg(\neg h \rightarrow Oc)$ »]. El argumento no presenta problemas lógicos en esta versión más débil, cuya conclusión es que la disposición calla sobre lo que no dice, lo cual es una tautología (dado que «callar» equivale a «no decir») y no aporta información alguna. Pero si la conclusión se vacía así de contenido informativo no hay falacia, pero tampoco argumento (ver *infra* § 3.5.1)¹⁸.

2.3.2 SOLIDEZ

Para que el argumento *a contrario* tenga fuerza de justificación y utilidad jurídica no basta que posea validez interna: además se precisa que sea sólido porque emplea premisas fundamentadas externamente. Por tanto, una dificultad evidente de quien argumenta *a contrario* es asegurarse y demostrar que la premisa normativa de la que parte se sostiene¹⁹. Necesitamos explicarnos por qué una disposición jurídica típica, según la cual «Si se da el hecho *h*, debe darse la consecuencia *c*» ($h \rightarrow Oc$), puede interpretarse como «Si y solo si se da *h*, debe darse *c*» ($h \leftrightarrow Oc$); o puede implicar de alguna otra forma «Solo si *h*, debe ser *c*» ($Oc \rightarrow h$). Debe quedar claro que para la validez del argumento no es imprescindible que la premisa sea explícita: basta con que pueda asumirse fundadamente que existe. En realidad, es habitual que el argumento *a contrario* sea *entimemático*, por cuanto algunas de sus premisas son presupuestos tácitos. Pero, tácita o explícita, ha de haber una premisa normativa fundada; y debería poder identificarse en una reconstrucción completa del argumento.

El problema se ve de cerca con este ejemplo doctrinal: el argumento de la STC 21/1981, de 15 de junio (FJ 8), según el cual del artículo 25.3 CE («La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad»), «se deriva *a sensu contrario* que la Administración militar puede

¹⁸ Un aparente intento de sortear el problema es la presentación de Chiassoni (2011: 333) de lo que llama «directiva del razonamiento *a contrario* en función meramente interpretativa de los signos descriptivos», la cual esquematiza así: [(*x*) ('C' *x* → *Sx*)] → O[(*x*) (C^L*x* → *Sx*)]. Pero, salvo error en el esquema o en mi interpretación, de esta directiva no se desprende ninguna instrucción sobre los supuestos no regulados. Dice que si se da el supuesto tomado literalmente debe seguirse la consecuencia prevista para él; pero no trata las situaciones que no encajan en el «caso» previsto, ya sea interpretado literalmente o no, y por tanto no dice nada *a contrario*.

¹⁹ Como observa Atienza (2013: 180), en el análisis de un argumento jurídico puede importar «no tanto la forma lógica cuanto la interpretación de una de las premisas».

imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad». Dice García Amado (2001: 107-8), con razón, que la conclusión del TC sería correcta si interpretáramos el artículo 25.3 como un bicondicional: «si y sólo si se es Administración Civil, entonces no le está permitido imponer sanciones que impliquen privación de libertad»; y que así «el argumento a contrario está correctamente empleado, pero a condición de que sea admisible la interpretación previa que lo sustenta, interpretación de la norma en términos de «si y sólo si»». Pues bien, en este caso esa interpretación es inviable. Sería jurídicamente absurdo sostener que según el artículo 25.3 CE *solo* a la Administración civil le está prohibido imponer sanciones privativas de libertad; porque está claro que *también* le está prohibido a los particulares. Es implausible que pueda tomarse el artículo 25.3 CE como un bicondicional que hace equivalente «Administración civil» y «tener prohibido imponer sanciones privativas de libertad». Entonces, si el argumento del TC está justificado, ha de basarse en otra premisa distinta, que no será fácil identificar.

El reto más arduo al formular un argumento *a contrario* con pretensión de validez, o al comprobar la validez de uno ya formulado, es figurarse la premisa normativa sólida que podría servirle de base. La estrategia más prometedora es guiarse por las características de la implicación que se presume en el argumento, y especialmente por sus requisitos, que han sido en parte observados por la doctrina, pero no sistematizados, lo cual intentaré ahora²⁰.

3. LA IMPLICACIÓN

3.1 Naturaleza

La argumentación *a contrario* funda su pretensión de validez sobre el supuesto de una implicación de la disposición jurídica interpretada. Se presume que cuando la disposición prescribe consecuencias (O_c) para una clase de casos o supuesto de hecho explícito (h), cumplidas ciertas condiciones mínimas (m), hace una doble implicación normativa respecto de cualquier supuesto distinto pero relacionado ($\neg h \wedge r$). Por un lado, la disposición implica *negativamente* que en ese caso no se siguen necesariamente las mismas consecuencias ($\neg O_c$); aunque pueden seguirse ($\neg O \neg c$) si el caso es jurídicamente asimilable por su

²⁰ Peczenik (1989: 396-402) es quizá quien entra más en detalle, al identificar unas normas que rigen la relación del argumento *a contrario* con la analogía. Klosserhuis (2000: 179) así lo aprecia, pero lamenta el carácter provisional y poco sistemático de su enumeración.

semejanza (s)²¹. Por otro lado, cuando no hay semejanza relevante ($\neg s$), o en determinadas circunstancias que excluyen la analogía (f), la disposición implica *positivamente* que se siguen [deben seguirse] unas consecuencias distintas ($O\neg c$)²². La implicación positiva sostiene la versión «fuerte» y más habitual del argumento *a contrario*²³.

Por ejemplo, al interpretar *a contrario* el artículo 11.2 CE («Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad»), asumimos que implícitamente no prohíbe que quienes no son españoles de origen sean privados de su nacionalidad. La implicación negativa es que la norma *no impide* esa privación, lo cual connota que en principio no está prohibida. La implicación positiva es que la norma *permite* esa privación, lo cual denota que es conforme a la Constitución. Pero ambas implicaciones se enfrentan a problemas teóricos y prácticos: ¿cuándo y por qué razón prohibir una cosa implica que no está prohibida otra distinta?, ¿qué significa exactamente que la disposición «no prohíbe» privar de nacionalidad a quien no sea «español de origen?», ¿se extiende la implicación a quienes no son «españoles de nacimiento» (artículo 60.1 CE) sino por adopción, cuando son españoles «de origen» según el actual artículo 19 CC (cuya redacción es posterior a la CE)? Los próximos apartados tratan estos problemas, aunque no específicamente el artículo 11.2 CE.

3.2 El fundamento de la implicación *a contrario*

Algunas veces se transmite la impresión de que la implicación (positiva o negativa) que sostiene el argumento *a contrario* es una consecuencia necesaria en un sistema jurídico, como si se siguiese de la naturaleza del derecho o incluso de las reglas lógicas²⁴. Pero ¿por qué es «lógico» interpretar «Si h , debe ser c » ($h \rightarrow Oc$) como «Si y solo si h , debe ser c » ($h \leftrightarrow Oc$)?

²¹ Tesis de la implicación negativa: $(h \rightarrow Oc) \rightarrow \{[(\neg h \wedge r) \wedge m] \rightarrow (\neg Oc \wedge \neg O\neg c)\}$.

²² Tesis de la implicación positiva: $(h \rightarrow Oc) \rightarrow \{[(\neg h \wedge r) \wedge m \wedge (\neg s \vee f)] \rightarrow O\neg c\}$.

²³ La norma bicondicional basada en la implicación positiva será: «En el universo de los casos h o r que cumplen m y no son s o cumplen f , si y solo si h , debe ser c o no debe ser algo distinto de c »; en símbolos: « $[(h \vee r) \wedge m \wedge (\neg s \vee f)] \leftrightarrow [h \leftrightarrow \neg O\neg c]$ ».

²⁴ Por ejemplo, Wróblewski (1992: 226) sostiene que el argumento *a contrario* «está basado en algunas reglas cuasi-lógicas»: se apoya en una «regla sistémica» relativa a la interpretación, pero «en la aplicación de una regla con un significado suficientemente preciso no hay necesidad de presuponer una regla sistémica *a contrario*, porque sin esta regla se puede obtener el mismo resultado que sin ella». Sugiere, entonces, que el razonamiento *a contrario* es en ocasiones lógicamente necesario.

El fundamento para el notable salto lógico descrito –de *si* a *ssi*– se halla a menudo en el ordenamiento jurídico, y en él suele buscarse²⁵. Sin embargo, hay un presupuesto pragmático del lenguaje que aporta la coimplicación sin necesidad de acudir al derecho, cuyo mensaje por lo demás es ambiguo. Como ha visto Carcaterra (1994: 222 ss.), el sustento último del argumento *a contrario* son los principios que rigen la comunicación lingüística, y en particular las máximas de «cantidad» que Grice (1989: 26/2005: 524) identificó como parte del «Principio Cooperativo» que se espera que observen los participantes en una conversación: «Haga su contribución lo informativa que sea necesario (para los propósitos actuales del intercambio)» y «No haga su contribución más informativa de lo que sea necesario». En nuestros intercambios lingüísticos usualmente respetamos estas máximas y presuponemos que nuestros interlocutores también lo hacen, y eso facilita el entendimiento. Si alguien dice «Tengo clase los martes y los jueves», su interlocutor entenderá normalmente que los demás días de la semana no tiene clase, porque la expectativa justificada es que eso quiso decir, aunque no dijo nada sobre ellos. Pues bien, la expectativa de la comunicación jurídica es que el legislador dice lo que tiene que decir al promulgar las normas jurídicas, ni más ni menos. Por ejemplo, si se pronunció sobre «los españoles de origen», la expectativa pragmática es que no quiso lo mismo para quienes no son españoles de origen²⁶.

Sobre la base de estos presupuestos lingüísticos, la intervención del derecho reajusta las expectativas y crea nuevas condiciones para interpretar las disposiciones. En unos casos, como veremos, el derecho crea unas circunstancias que refuerzan la «máxima de cantidad» y justifican reconstruir las normas como fórmulas «si y solo si»²⁷. Pero en otros casos sucede exactamente lo contrario. Los sistemas jurídicos que estimulan la aplicación analógica de las normas, como el español, dificultan la interpretación de sus normas como bicondicionales. «Procederá la aplicación analógica de las normas» a supuestos seme-

²⁵ Hay factores jurídicos que justifican la inferencia *a contrario* (*infra* § 3.7.1). Según Klug (1982/1990: 183), es «una cuestión de interpretación del texto [...] que depende, en último término, de lo que el legislador haya establecido».

²⁶ Ross (1958/1994: 145) llama «espuria» a la conclusión *a contrario* que es «simplemente una parte del “sentido natural”»: «Cuando, por ejemplo, se dispone que una persona es mayor de edad al cumplir dieciocho años, esto significa sin lugar a dudas, que hasta entonces es menor de edad. En este caso, y en otros similares, la “conclusión *a contrario*” es simplemente parte de la interpretación lingüística general». En cambio –sigue Ross– «una conclusión *a contrario* real (es decir, que va más allá de una interpretación lingüística general) no es una conclusión en sentido auténtico. Solo significa que el contenido de una regla jurídica únicamente se aplica con cierta limitación, excluyendo, de tal modo, la interpretación extensiva por analogía respecto de esa limitación». Pero, entonces, la conclusión *espuria* es la segunda, porque «no es una conclusión en sentido auténtico», sino una propuesta interpretativa, mientras que el argumento *real* es el que se basa en las reglas del lenguaje jurídico.

²⁷ Por eso, como apuntan Canale y Tuzet (2008: 34), las fuentes del derecho son un segundo fundamento de la premisa bicondicional del razonamiento *a contrario*.

jantes y con «identidad de razón» a los que regulan específicamente, establece el artículo 4.1 CC. Con esta norma, no cabe interpretar que «Si *h*, debe ser *c*» significa «Si y solo si *h*, debe ser *c*»; sino más bien: «Si *h* o un supuesto semejante *s*, debe ser *c*». Considérese el artículo 1908-2.^a CC: «responderán los propietarios de los daños causados [...] por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades». El principio cooperativo justifica entender que este artículo obliga a responder *solo* por los daños causados por «humos» excesivos y nocivos. Pero el artículo 4.1 CC invita a entender que aquel artículo también se aplica a daños semejantes causados por olores o ruidos, y que los propietarios también deben responder por ellos²⁸.

3.3 El universo del discurso: el supuesto explícito y los relacionados con él

La pertinencia del argumento *a contrario* requiere una relación, parecido o aire de familia entre el caso mencionado en la disposición y el caso distinto que se considera. Sería extraño pretender que el artículo 27.4 CE («La enseñanza básica es obligatoria y gratuita») implica *a contrario* que la pesca no necesariamente ha de ser obligatoria y gratuita; porque si bien la pesca no es «enseñanza básica», tampoco tiene nada que ver con ella. No hay razón para pensar que el artículo 24.4 CE está implicando nada sobre la pesca, porque el caso que regula no guarda relación alguna con ella²⁹.

Por otro lado, debe tenerse presente que la argumentación *a contrario* rivaliza con la analogía: ambas tratan sobre casos semejantes al supuesto legal, pero los resuelven de manera opuesta. Esta aparente dualidad de lo distinto y lo semejante ha causado perplejidad y algunos esfuerzos por descifrarla³⁰. Sin embargo, la perplejidad desaparece

²⁸ Así lo argumenta la SAP Valencia (Sección 7.^a) 176/2004, de 26 marzo (FD 2).

²⁹ Por eso es insuficiente describir el argumento *a contrario* como un razonamiento sobre «cualquier otro sujeto o clase de sujetos» (Tarello 1980/2013: 213); o sobre un hecho que «no llena los supuestos legales» (Klug 1982/1990: 176). Esta descripción pasa por alto el vínculo de significación que debe existir entre el supuesto legal y el caso considerado para que se pueda establecer una implicación entre ambos. En el otro extremo estarían quienes, como Peczenik (1989: 395), describen el argumento *a contrario* como un razonamiento sobre «un caso similar» al regulado legalmente. Esta descripción tampoco es satisfactoria, porque no da cuenta de la contraposición que el argumento establece entre el supuesto legal y el caso considerado, la cual es la esencia del argumento *a contrario* y lo que le da su nombre. Hage (1997: 122) también observa que una de las causas por las que un caso puede no satisfacer las condiciones de una regla es que no tiene nada que ver con ella (otras son que el legislador lo pasó por alto; o que lo tuvo en cuenta pero lo excluyó, lo cual justifica resolverlo *a contrario*).

³⁰ Falcón y Tella (1990: 276) defiende que ha de haber una «semejanza de casos», pero que su «esencia o *ratio*» no puede ser la misma. Como explicación general del argumento *a contrario*, lo primero es más correcto que lo segundo. Veremos (§ 3.7) que en ocasiones las circunstancias excluyen la analogía sin necesidad de un juicio de

al comprender que la argumentación *a contrario* se desarrolla en el contexto de un universo de discurso delimitado: el ámbito de eficacia material de la disposición, es decir, el objeto que regula. La implicación *a contrario* solo afecta a los casos distintos del supuesto explícito que están relacionados con él desde el punto de vista de la regulación, ya que pertenecen todos ellos al universo de discurso de esta. Por tanto, el argumento *a contrario* versa sobre un caso distinto y afín al mencionado, pero que no es jurídicamente asimilable a este. Es *distinto* del supuesto explícito en cuanto al significado de éste, porque no puede considerarse parte de su extensión. Y es *afín* con el supuesto explícito porque guarda cierta relación con él, en cuanto que ambos pertenecen a la clase de casos que es objeto de regulación. En definitiva, el argumento *a contrario* solo puede pretender validez aplicado a casos relacionados con el supuesto explícitamente regulado, normalmente por contraste, por ser posibilidades opuestas o alternativas a él. De esta manera, para figurarse la premisa normativa entimemática que hace válido el argumento *a contrario*, hay que situar la correlación de la consecuencia jurídica con el supuesto de hecho en un universo de casos limitado, formado por el supuesto explícito (*h*) y los relacionados con él (*r*). Se trata, en definitiva, de identificar y delimitar el ámbito material de la norma; lo cual requiere contar con algún fundamento en su enunciado o en su contexto normativo, y tiene los problemas de cualquier interpretación. Por ejemplo, el artículo 22.5 CE («Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar») versa sobre «asociaciones» y no implica nada sobre «reuniones»³¹.

relevancia, en cuyo caso el argumento *a contrario* no depende de que haya diferencia de razón entre los casos.

³¹ En lo que respecta al artículo 25.3 CE tratado antes (§2.3.2), el artículo se refiere únicamente a la imposición de sanciones autorizadas por ley, como indica su apartado 1; y el artículo 97 CE («El Gobierno dirige [...] la Administración civil y militar [...]») sugiere que el constituyente contraponía lo civil y lo militar como ámbitos exhaustivamente excluyentes de la Administración pública. Por eso cabe interpretar que el artículo 25.3 CE no regula la acción general de imponer sanciones, sino específicamente la imposición de sanciones legales por una Administración pública. Su norma sería: «Está prohibido que la ley autorice a una administración pública imponer sanciones que impliquen privación de libertad si y solo si es civil». Pero toda delimitación es interpretativa y potencialmente problemática. Por ejemplo, una interpretación sistemática con el artículo 26 CE («Se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales») llevaría a excluir también de la regla del artículo 25.3 CE a las organizaciones profesionales. Por otra parte, es difícil formular las normas jurídicas como reglas completas que no estén expuestas a excepciones imprevistas. Por ejemplo, si la ley crease una «Administración religiosa» para gestionar la libertad de culto en el ámbito público, se podría dudar cómo le afecta el artículo 25.3 CE. Un modo de salvar estas dificultades es asumir en la premisa normativa una cautela inicial, que veremos necesaria (§3.4.1), del tipo «Sin perjuicio de otros preceptos constitucionales...». En todo caso, los problemas interpretativos son inevitables y no contradicen la evidencia de que el argumento *a contrario* es relativo a un concreto universo de discurso.

3.4 Las condiciones mínimas de la implicación

Para que la implicación (positiva o negativa) que sostiene el argumento *a contrario* sea plausible han de darse unas condiciones o requisitos jurídicos y lingüísticos, que básicamente consisten en la ausencia de regulación del caso omitido.

3.4.1 CONDICIONES JURÍDICAS

Un primer requisito de la implicación *a contrario* es que el supuesto no mencionado carezca de regulación en otra disposición o en un principio del ordenamiento. Tampoco puede ocurrir que otra disposición equipare el caso mencionado con otros³². Por ejemplo, el artículo 13.1 CE («Los extranjeros gozarán en España de las libertades que garantiza el presente Título [I] en los términos que establecen los tratados y la ley») no implica que los ciudadanos españoles no gozarán en España de las libertades que garantiza el Título I en los términos que establecen los tratados y la ley. Porque no parece que la Constitución diga nada distinto sobre los españoles a este respecto. Lo mismo ocurre con el art. 139.2 CE («Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español»), porque la norma constitucional es *a fortiori* la misma respecto de quienes no son autoridad. Estos ejemplos sugieren que la interpretación sistemática puede desactivar o limitar las potenciales implicaciones *a contrario* de las disposiciones, de modo que no todas las tienen.

La interpretación sistemática puede excluir totalmente la implicación o exceptuarla para algunos casos. Por ejemplo, el artículo 22.5 CE («Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar») implica *a contrario* que las asociaciones que no sean secretas ni de carácter paramilitar no están igualmente prohibidas; pero del artículo 22.2 CE resulta que sí están prohibidas cuando «persigan fines o utilicen medios tipificados como delito»³³.

³² Peczenik (1989: 401) pone como ejemplo que si una ley equipara los hijos adoptivos a los descendientes ha de aplicarse a aquéllos una regla sobre la herencia de los descendientes.

³³ Naturalmente, la interpretación sistemática no siempre es pacífica. Considérese la interpretación *a contrario* del artículo 118.1 CP («La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil [...]»). Aunque su lenguaje excluye el número 4, la STS (Civil) 318/2008, de 5 mayo, contra el criterio de la Audiencia Provincial recurrida, dijo que «la exención de responsabilidad criminal, por aplicación del número 4.º del actual artículo 20 del Código Penal (legítima defensa), no vincula a los Tribunales del orden civil»; y su argumento es que según el artículo 116.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil (salvo en un caso).

3.4.2 CONDICIONES LINGÜÍSTICAS

Otros requisitos de la implicación normativa *a contrario* de una disposición sobre un supuesto de hecho que no menciona son de naturaleza lingüística, en cuanto que tienen que ver con la redacción del texto. El requisito básico es que los términos de texto sean lo suficientemente precisos para identificar con confianza el supuesto de hecho explícito. Más específicamente, no son susceptibles de interpretación *a contrario* los términos vagos ni las enumeraciones difusas o inacabadas (no exhaustivas). Por ejemplo, según el artículo 339-1.º CC son «bienes de dominio público» los que enumera «y otros análogos». El artículo 582 CC regula la distancia entre fincas a la que no pueden abrirse «ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos semejantes». Etcétera. Está claro que textos así no pueden interpretarse *a contrario*, porque priman la analogía. Este efecto se da incluso en los textos de sectores jurídicos donde la analogía está en general prohibida, porque se entiende que en esos

Otro interesante ejemplo lo brinda el artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo: «En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma [...]». Algunos empresarios interpretaron *a contrario* que podían sustituir a los huelguistas por trabajadores vinculados a la empresa; pero el TS y el TC rechazaron esa interpretación por entenderla contraria al artículo 28.2 CE (que reconoce el derecho a la huelga). En los casos vistos por las SSTs (Social) de 23 y 24 de octubre de 1989, la sustitución se hizo con trabajadores de un centro de trabajo distinto, y el TS objetó (FD 8) que «es claro que dicha sustitución no resulta permitida por el indicado precepto, ya que atentaría al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga» y acaba «vacando de contenido el derecho a la huelga». En el caso tratado por la STC 123/1992, de 28 de septiembre, la empresa cubrió puestos de trabajadores discontinuos con trabajadores fijos que se prestaron a ello voluntariamente. La sentencia acoge la tesis del Ministerio Fiscal, según el cual «hay un propósito claramente atentatorio contra el derecho establecido en el art. 28.2 de la Constitución, sin que sea viable una interpretación literalista». Para el TC (FJ 5), esa «sustitución interna» es «el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi*». La STC 23/2011, de 28 de marzo (FJ 5) confirmó este criterio: «también la sustitución interna de trabajadores huelguistas, esto es, la que se lleva a cabo mediante trabajadores que se encuentran vinculados a la empresa al tiempo de la comunicación de la huelga, puede constituir un ejercicio abusivo de las facultades directivas empresariales». La STS (Social) de 5 de diciembre de 2012 lo expresó con rotundidad (FD 3.3): «la legitimidad del esquirolaje interno no puede extraerse sin más a partir de una interpretación *a contrario sensu* de la prohibición explícita del esquirolaje externo». Esta vistosa frase la toma el TS de un voto particular a la STS (Social) de 11 de junio de 2012, sobre un caso donde se reemplazó a los huelguistas con medios tecnológicos, no con otros trabajadores. Esta peripetia es ilustrativa. Primero, el TS hace caso omiso a la precisión legal «que no estuviesen vinculados a la empresa», cuya implicación *a contrario* es meridiana, aduciendo (seguramente con razón) que atenta contra el artículo 28.2 CE. Segundo, el TC confirma ese punto de vista, pero no declara inconstitucional la cláusula. Tercero, el TS parte del rechazo a interpretar *a contrario* que los huelguistas pueden reemplazarse con trabajadores de la empresa, y lo aplica analógicamente para afirmar que tampoco está permitido sustituirlos *sin trabajadores*.

casos hay una excepción. Por ejemplo, los artículos 18.1 y 211 CP enumeran unos medios de difusión «o cualquier otro medio de eficacia semejante».

3.5 La elocuencia de la implicación

Interpretar *a contrario* una disposición revela que la consecuencia que prescribe para el caso explícito no es igualmente aplicable a otro; y que este otro caso no tiene necesariamente esa misma consecuencia (versión débil) o que tiene una consecuencia distinta (versión fuerte). Ahora debemos precisar el significado y alcance de estas implicaciones.

Lo primero que importa subrayar es que la consecuencia jurídica negada puede ser una obligación, una prohibición o un permiso. Por tanto, concluir negativamente que en el caso distinto *no es obligado que se siga* la consecuencia prescrita para el caso explícito ($\neg Oc$), no significa que la solución del caso sea la ausencia de obligación (es decir, un permiso). No lo será si la disposición otorga un permiso, porque la conclusión *a contrario* negativa es que en el caso distinto no es obligado el permiso y, por tanto, podría haber una obligación. Viceversa, concluir positivamente que en el caso distinto *es obligado que no se siga* la consecuencia del caso explícito ($O\neg c$), no significa que la solución del caso distinto sea siempre un deber. No lo será si la disposición impone una obligación, porque la conclusión *a contrario* positiva es que en el caso distinto es obligado que no haya la obligación, lo cual implicará normalmente que es obligado un permiso.

3.5.1 VARIANTES DE LA IMPLICACIÓN DÉBIL O NEGATIVA

Como se dijo (§ 2.3.1), que la disposición no prescribe la misma consecuencia para los casos mencionado y no mencionado puede entenderse de dos maneras ligeramente distintas. Según un primer enfoque, la disposición calla respecto del caso no mencionado, simplemente no lo regula³⁴. Esta comprensión del argumento *a contrario* es excesivamente hipotética, porque carece de utilidad interpretativa. El argumento así entendido es trivial –sostiene que lo que no se dice se calla– y es improbable que un jurista necesite o quiera usarlo. Según un segundo enfoque, menos débil, la implicación negativa es que la norma no es necesariamente aplicable al caso no menciona-

³⁴ Así entiende Guastini (2011/2014: 284) la versión meramente interpretativa: según ella el artículo 18 de la Constitución italiana («Los ciudadanos tienen el derecho de asociarse libremente»), «no se aplica a los no-ciudadanos en el sentido de que *calla*, nada dice, sobre estos». Por tanto –continúa–, si ninguna otra norma constitucional regula ese supuesto de hecho, el argumento produce una laguna; y una ley que lo regule «nunca podrá ser inconstitucional (por falta de un «parámetro» de constitucionalidad con el que confrontarla)».

do (\neg Oc). Ahora la norma no guarda silencio sobre si es o no aplicable en el caso considerado, sino que dice que no lo es necesariamente, aunque puede serlo. El matiz diferenciador es que la segunda respuesta acentúa que no es obligatoria la misma consecuencia, con lo cual introduce la presunción (vencible) de que la consecuencia no es la misma (es decir, la presunción de implicación positiva). Decimos que la consecuencia prevista para el supuesto explícito no se aplica *igual* (en virtud de la misma norma) al supuesto distinto (aunque podría aplicarse de otras maneras, en virtud de otras normas)³⁵. Así, la garantía constitucional del derecho de asociación a «los ciudadanos» no se aplica sin más a los extranjeros residentes. Dicho resumidamente, el argumento *a contrario* débil introduce una presunción contraria a aplicar la norma por analogía. Sin embargo, como se explicará después, no es consustancial una presunción similar respecto de la interpretación extensiva.

3.5.2 VARIANTES DE LA IMPLICACIÓN FUERTE O POSITIVA

En la práctica, el argumento *a contrario* no se limita normalmente a concluir que al caso considerado no le es aplicable lo prescrito para el caso explícito, sino que concluye positivamente que le es aplicable una prescripción distinta. Cuando los casos contrastados son opuestos o alternativos, como ocurre típicamente, la prescripción que se sigue lógicamente es la opuesta, lo cual ha de entenderse así: *a*) Si la consecuencia del supuesto explícito era una obligación o una prohibición, la del caso contrastado es un permiso o una exención frente a esa obligación o prohibición³⁶. *b*) Si la consecuencia original era un permiso, hay dos posibilidades: *b*₁) si el permiso era parte de un derecho, asociado a obligaciones correlativas de otros, la implicación en el caso

³⁵ De hecho, dice Guastini (2011/2014: 265) que, en esta «versión interpretativa», «el argumento *a contrario* equivale al rechazo de la interpretación extensiva y/o analógica: quien argumenta *a contrario* se atiene al significado «natural» del texto y rechaza extenderlo». Pero, entonces, el argumento no se limita a callar respecto de lo que no dice expresamente, sino que aporta alguna información. En último término, argumentar *a contrario* sugiere que el caso no recibe la misma regulación por otra vía. Kaptein (2005: 504) observa que la «no aplicabilidad por sí misma solo puede suscitar la pregunta: ¿y qué?»; y añade que el argumento puede complementarse con razones por las que no se aplican al caso las mismas consecuencias, compartiendo así con la analogía una remisión a las normas y principios del sistema.

³⁶ Por ejemplo, el art. 19 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro («El asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado»), lo interpreta así la STS (Civil) 255/2009, de 21 abril (FD 3): «El art. 19 de la LCS se refiere al contrato de seguro en general, y dispone, *a contrario sensu*, que el asegurador no está obligado al pago de la prestación cuando el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado, lo que no sucede en el caso controvertido». Es decir, en el caso exceptuado le está permitido al asegurador no pagar la prestación, pero no le está prohibido hacerlo.

actual es la ausencia de ese derecho y de las obligaciones ajenas³⁷; *b*,) si el permiso era la exención de una obligación o de una prohibición que de otro modo existirían, la implicación *a contrario* en el caso actual es esa obligación o prohibición³⁸.

La interpretación *a contrario* no está justificada cuando va más allá de la implicación fundada y se pretende que la ausencia de obligación o de prohibición conlleva una prohibición u obligación inversa. Una conclusión así solo se sostiene en casos específicos, tales como la alternativa entre obligaciones, donde si no obliga una obliga la otra³⁹. Fuera de estos casos, que no haya una obligación no implica que haya otra. Tampoco tiene fundamento pretender que la ausencia de derecho implica una obligación o una prohibición. Negar que haya un derecho implica el permiso de no reconocerlo; no la prohibición de reconocerlo. La conclusión *a contrario* de «X tiene derecho a \varnothing » es «Z carece de derecho a \varnothing » (porque nadie tiene la obligación correlativa de proporcionarle \varnothing), y no «Z tiene prohibido \varnothing », ni «Z tiene una sujeción respecto de \varnothing » (porque alguien tiene el derecho de impedirle \varnothing)⁴⁰.

³⁷ Así el artículo 27.4 CE implica *a contrario* que no es inconstitucional una ley de ordenación universitaria que dispone tasas para los estudios superiores; pero no implica en absoluto que tenga que disponerlas.

³⁸ Por ejemplo, el artículo 29.2 CE permite a los miembros de las fuerzas armadas ejercer el derecho de petición «sólo individualmente», lo cual implica *a contrario* que les está prohibido ejercerlo colectivamente.

³⁹ Considérese el supuesto del artículo 77.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria («En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal»). Aquí la interpretación estrictamente *a contrario* del artículo permite no aplicar la Ley Concursal a los créditos tributarios no afectados por el convenio; pero ese permiso reactiva la obligación general del artículo 77.1 LGT sobre prelación de créditos de la Hacienda Pública. Esto llevó a la Agencia Tributaria a interpretar *a contrario* que en un concurso en liquidación no se aplica la Ley Concursal y hay prelación de cobro de los créditos tributarios. Sin embargo, la SAP A Coruña (Sec. 4.ª) 153/2006, de 22 de noviembre (FD 2), tras advertir de «la siempre peligrosa interpretación *a contrario sensu*», niega que ese artículo exceptúe la aplicación de la Ley Concursal en la fase de liquidación. La SAP Pontevedra (Sec. 1.ª) 17/2007, de 25 de enero (FD 3), concuerda y reitera que «incluso los más firmes defensores de la hermenéutica interpretativa «*a contrario*» reconocen sin ambages la debilidad de este argumento»; y que «las interpretaciones *a contrario sensu* no siempre son acordes con los resultados perseguidos por la norma».

⁴⁰ El problema se ve en el caso tratado por la STC 198/2012, de 6 de noviembre: aunque se entendiese que artículo 32.1 CE («El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica») dice *a contrario* «Las uniones que no sean de hombre y mujer no tienen derecho a contraer matrimonio» —lo cual pasa por alto que el artículo protege la igualdad tanto como el derecho a casarse—, ese no derecho significaría que la ley puede impedir su matrimonio; no que ha de hacerlo. Este argumento es cuestionado en el voto particular de M. Aragón a esa sentencia: «se llega a expresar, en el fundamento jurídico 9, la sorprendente afirmación de que el matrimonio entre personas del mismo sexo "es una opción no excluida por el constituyente". Creo que la Constitución hay que tomársela en serio y por ello no olvidar algo que es elemental: que cuando se está en presencia de un precepto constitucional que no contiene una cláusula facultativa, sino que enuncia una garantía, como sucede

3.6 La extensión del supuesto de hecho y el problema de la analogía

Hemos visto que la interpretación *a contrario* de las disposiciones jurídicas se basa en una premisa general, fundada a su vez en la pragmática de la conversación jurídica, según la cual lo que el legislador no dispuso quiso no disponerlo; y que a la vez está amenazada por una corrección de esa premisa, introducida por el derecho, según la cual el legislador quiere que lo que dispone para un supuesto se aplique a los supuestos análogos que no menciona. Cuando un ordenamiento jurídico admite la analogía, el fundamento del argumento *a contrario* se resiente⁴¹. La restauración de este fundamento requiere cancelar la analogía entre los casos contrastados, lo cual puede hacerse o bien con una evaluación material de las posibles semejanzas relevantes; o bien constatando las circunstancias o factores que excluyen la analogía, en cuyo caso el contraste entre casos se reduce al ámbito lingüístico. En otras palabras, para argumentar *a contrario* es preciso que los supuestos contrastados no sean jurídicamente asimilables. Cuando el derecho admite la analogía y faltan las circunstancias que la impiden *a priori*, el argumento *a contrario* rivaliza con ella⁴². Y cuando el derecho *exige* aplicar la analogía, como parece hacer el artículo 4.1 CC, argumentar *a contrario* es combatir una presunción desfavorable.

La oposición entre el argumento *a contrario* y la analogía puede percibirse de varias maneras: *a)* son modos opuestos de razonar entre los que hay que escoger en ocasiones; *b)* la posibilidad de argumentar

con el art. 32.1 CE, y, como tal garantía, de obligatorio acatamiento, está imponiendo un deber ser y prohibiendo, obviamente, su contrario». Esta afirmación es muy arriesgada y nada elemental, porque garantizar un derecho imponiendo un deber ser no implica prohibir las conductas contrarias que no afectan al ejercicio de ese derecho. Por ejemplo, garantizar que «todos los españoles» tienen derecho «a una remuneración suficiente» (artículo 35.1 CE) no prohíbe o excluye que también la tengan los no españoles. El salto lógico que debe evitarse es el mismo que dio la STC 15/1981, de 7 de mayo (FJ 7): «La retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables tiene su fundamento, *a contrario sensu* en el artículo 9.3 de la Constitución que declara la irretroactividad de las no favorables o restrictivas de derechos individuales». Esta sentencia crea (no enuncia) un principio constitucional (al respecto: Ezquiaga 1986: 145).

⁴¹ Es ilustrativa la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy Unión Europea) de 13 de junio de 1958 (9/56, Asunto Meroni) (FD 2): «este Tribunal de Justicia decidió, en su sentencia 8/55, que una argumentación *a contrario* sólo puede admitirse cuando ninguna otra interpretación resulta adecuada y compatible con la norma, el contexto y su finalidad».

⁴² Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 698/1997, de 12 de mayo, invoca un argumento *a contrario* para aplicar una analogía, no para combatirla. El razonamiento del recurrente, que la sentencia acoge, es que si las deudas tributarias se transmiten a los herederos, *a contrario* los créditos tributarios también. He aquí este peculiar argumento *a contrario* (FD 3): «hay que deducir, *a sensu contrario*, que si la sucesión en la titularidad de una explotación o actividad económica implica para el adquirente la responsabilidad en las posibles deudas tributarias del negocio, también sucederá en los créditos tributarios existentes [...]».

a contrario solo se abre una vez descartada la analogía; o *c*) la posibilidad de aplicar la analogía solo se abre si la argumentación *a contrario* no ha impedido antes que se manifieste una laguna. En mi opinión, los tres enfoques aciertan parcialmente⁴³. En las condiciones y las circunstancias que justifican la implicación positiva (§§ 3.4 y 3.7), hay derecho implícito (no hay laguna) y para decir el derecho hay que argumentar *a contrario*, precisamente porque no tiene cabida la analogía. Así sucede, por ejemplo, con el artículo 162.2 CC que abre este trabajo. En cambio, si no se dan las circunstancias de la implicación positiva, pero sí las condiciones que hacen posible argumentar *a contrario*, se hace preciso optar⁴⁴. En esta elección cuenta la presunción favorable a la analogía, pero también otras razones⁴⁵.

En ausencia de los factores jurídicos y lingüísticos que impiden la analogía, argumentar *a contrario* requiere evaluar la posibilidad de aplicar analógicamente la solución del caso explícito, y rechazarla por los rasgos particulares del caso. Por eso debe subrayarse que solo cuando no es posible la analogía, la evaluación del contraste entre casos es «meramente» lingüística y puede prescindir del juicio material de relevancia. Si decimos que el artículo 27.4 CE («La enseñanza básica es obligatoria y gratuita») implica *a contrario* que la enseñanza superior no necesariamente ha de ser obligatoria y gratuita, es por la diferencia material entre «superior» y «básico», no porque estas palabras tengan distinto significado. Sería insólito interpretar que la enseñanza primaria no tiene que ser gratuita, porque más «básica» es la infantil, pero sí los créditos de «formación básica» de los grados universitarios. De todas maneras, la separación entre lo «lingüístico» y lo «material» es imprecisa. La diferencia de significado de las palabras refleja diferencias materiales entre las cosas que nombran, tal como las perciben quienes las emplean. El significado de «básico» en el artículo 27.4 CE es solo en parte el que tiene la palabra en el dicciona-

⁴³ En la revisión anónima de este artículo se me hizo ver que este punto no quedaba claro, y al tratar de aclararlo he llegado a una opinión nueva, espero que mejor, por lo que quiero agradecer la observación.

⁴⁴ García Amado (2001: 100) se apoya en una distinción entre el argumento *a contrario* y la interpretación en la que se basa para negar la oposición entre dicho argumento y la analogía, porque entiende que aquel solo tiene lugar cuando la interpretación ha determinado que no cabe analogía, y viceversa. Sin embargo, en la práctica el argumento *a contrario* se elabora a veces *para* combatir la analogía y no *porque* no sea posible. El éxito del argumento *a contrario* requiere que no haya analogía, pero la interpretación que la excluye puede contarse como un paso más del argumento.

⁴⁵ Algunas de las reglas que Peczenik (1989: 396-402) propone para elegir son: «sopesar y ponderar» la predictibilidad y la aceptabilidad moral como dos aspectos de la seguridad jurídica en juego; no usar la analogía como pretexto «para concluir que hay un error en el texto de la ley»; no tomar todas las razones que justifican la interpretación extensiva como «suficientemente sólidas para justificar también el razonamiento por analogía»; y reconocer la prioridad de la analogía frente al argumento *a contrario* en el derecho privado» y al interpretar reglas basadas en precedentes, porque buscan «obtener una pauta para casos análogos».

rio: también viene dado por el propósito con el que usó la palabra el constituyente y por cómo lo intuimos los receptores. Por eso, es natural que el contraste entre «básico», «superior» y «avanzado» parezca una cuestión meramente semántica, sin serlo del todo.

Un punto que merece atención, porque los pronunciamientos doctrinales son contradictorios y muchas veces confusos, es la relación del argumento *a contrario* con la interpretación extensiva. La tesis correcta, a mi juicio, es que propiamente no tiene ninguna: el uso del argumento no prejuzga nada sobre la extensión del supuesto de hecho explícito, ni sobre la posibilidad de interpretarlo extensivamente. La rivalidad del argumento con la analogía no afecta a la interpretación extensiva, aunque esto puede carecer de efectos prácticos por la dificultad de distinguirlas. El argumento *a contrario* plantea (interpretación) y constata (calificación) el contraste entre el supuesto explícito y el no mencionado en dos planos a la vez. Por un lado, son distintos en términos semánticos: el caso considerado no encaja en la descripción del supuesto explícito, no son el mismo caso. Por otro lado, el derecho no los asimila, ya sea porque los casos son diferentes en lo sustancial con respecto a la razón de la norma (no son análogos) o ya sea porque las circunstancias hacen imposible su asimilación (la analogía es inviable). El argumento *a contrario* se aplica a casos distintos del supuesto explícito que no se consideran jurídicamente asimilables a este (dado el contexto general o la evaluación particular). Pues bien, la interpretación extensiva interviene en el primer plano, el que identifica el supuesto explícito y califica el caso considerado como igual o distinto de aquel. Una vez se determina que el caso dado no es el mismo que regula la disposición, comoquiera que se interprete este, el argumento avanza descartando la analogía y explicitando la solución *a contrario*. Por tanto, la interpretación que desestima asimilar los casos por su analogía es posterior e independiente de la interpretación del supuesto de hecho explícito por la cual se precisa su extensión, sea en sentido restrictivo, estricto (declarativo) o extensivo. El argumento *a contrario* funciona frente a la analogía cualquiera que sea la extensión que se reconozca al supuesto de referencia⁴⁶.

⁴⁶ El esquema de un enunciado normativo es «Si se da el supuesto h , debe darse la consecuencia c » [$h \rightarrow Oc$]. Pero cuando se admite la analogía y no se dan las circunstancias f que la excluyen, la norma dice en realidad: «Si se da el supuesto h o uno semejante s , debe darse c » [$(\neg f \wedge (h \vee s)) \rightarrow Oc$]. Si se admite la analogía, argumentar *a contrario* requiere negar h y cualquier otro supuesto distinto semejante s : « $(\neg f \wedge \neg h \wedge \neg s) \rightarrow (\neg Oc \wedge O\neg c)$ ». Si no se admite la analogía, basta negar el supuesto explícito h : « $(f \wedge \neg h) \rightarrow (\neg Oc \wedge O\neg c)$ ». Pues bien, negar h y negar s son tareas conceptualmente distintas, aunque en la práctica pueden ser indistinguibles. Sostener $\neg h$ es una calificación «lingüística» que depende de la extensión que reciba h . Sostener $\neg s$ es una calificación sustancial. Por eso argumentar « $(\neg f \wedge \neg h \wedge \neg s) \rightarrow (\neg Oc \wedge O\neg c)$ » requiere dos tipos de calificación normativa. En cambio, para argumentar « $(f \wedge \neg h) \rightarrow (\neg Oc \wedge O\neg c)$ » basta con una calificación semántica.

Consideremos el comienzo del artículo 18.2 CE («El domicilio es inviolable»). La interpretación *a contrario* indica que no es necesariamente inviolable un local que no sea «domicilio»; pero para aplicar esta conclusión a un caso concreto –una habitación de hotel, una tienda de campaña, un local de negocio...–, son precisas dos tareas. Por un lado, delimitar la extensión del término «domicilio» tal como lo usa el artículo. Por otro lado, identificar los supuestos que son análogos al «domicilio» a los efectos del artículo, por cuanto les es aplicable el mismo tratamiento constitucional. La STS 10/2002, de 17 de enero, precisó el contenido constitucional del artículo 18.2 CE. Recordó que «la garantía constitucional no es extensible a [...] lugares...] incompatibles con la idea de privacidad», como locales comerciales; pero la reconoció a la habitación de un hotel, por ser un espacio donde se desarrolla la vida privada. La sentencia no deja claro si esta calificación se debe a que una habitación del hotel es propiamente un «domicilio» –le es aplicable este nombre– o a que es tan semejante a un «domicilio» que la Constitución no hace diferencia de trato; aunque parece razonar en la segunda dirección. Sea como sea, la interpretación *a contrario* del artículo 18.2 CE es compatible con un campo de aplicación de «domicilio» muy amplio: basta con que deje fuera algún elemento del universo del discurso, por ejemplo los locales de negocio. La argumentación *a contrario* no impide por sí misma la interpretación extensiva del supuesto de hecho; aunque en la práctica puede combatirla⁴⁷.

Otro ejemplo es la interpretación del artículo 120.2 CE («Las sentencias serán siempre motivadas [...]»). La interpretación *a contrario* es que el deber no afecta a todo lo que no sean «sentencias»; pero la calificación de un objeto como «sentencia» depende de la interpretación del término, la cual es ajena al argumento *a contrario*. En el lenguaje técnico procesal, los autos no son «sentencias»; pero antes de concluir que el artículo no obliga a motivar los autos, el jurista ha de hacer dos comprobaciones. Primero, determinar si el significado de «sentencia» en el contexto del artículo se extiende a los autos (porque la palabra fue usada con esa extensión, digamos). Y si la conclusión es negativa, determinar si los autos son semejantes a las sentencias a los efectos de aplicarles el artículo por el principio de analogía. Son dos

⁴⁷ Se dice a veces que el argumento *a contrario* sirve para defender una interpretación no extensiva (así, Guastini 2011/2014: 283). Pero si así fuera lo sería por su efecto retórico, no porque el argumento mismo lo permita. Según Walton, Sartor y Macagno (2016: 61), el canon *a contrario* «rechaza una interpretación que es sobre- o infrainclusiva con respecto al significado semántico común de esa expresión». Un ejemplo de los propios autores es que si excluir los daños emocionales va contra el significado de «daño» en la ley, cabe argumentar *a contrario* que la ley los incluye. Este ejemplo muestra que el argumento *a contrario* es compatible con cualquier extensión jurídica de los términos, si bien muestra también una peculiar comprensión del argumento y una «infrainclusión» del baremo de inclusión, porque este puede ser el lenguaje jurídico y no solo el lenguaje común.

problemas diferentes, aunque la solución de ambos pueda tener el mismo efecto. La STC 209/1993, de 28 de junio (FJ 1) se detuvo en el primer paso, cuando declaró que la exigencia de motivar los autos «ha adquirido rango constitucional, si se entiende la palabra «sentencia» en un sentido extensivo, sinónimo de cualquier pronunciamiento del juzgador»⁴⁸.

Volviendo al ejemplo del artículo 11.2 CE, su interpretación *a contrario* es compatible con cualquier extensión admisible de la expresión «español de origen», y por tanto no tiene más repercusión sobre ella que la retórica. El argumento *a contrario* no dice nada sobre si un «español de origen» ha de serlo «de nacimiento» (artículo 60.1 CE) o también puede serlo por adopción (artículo 19 CC). Lo que dice es que no es inconstitucional privar de nacionalidad a quien no puede calificarse de «español de origen», aunque se asemeje a ellos.

En los casos del «domicilio» y de las «sentencias» la diferencia entre la interpretación extensiva y la analogía puede parecer irrelevante, porque cabe optar por una u otra con igual resultado. Pero eso no ocurre cuando la analogía está prohibida, como al aplicar la ley penal. Cuando es así, el argumento *a contrario* puede ayudar a percibir la diferencia entre entender un supuesto legal en sentido amplio sin rebasar lo que «expresamente» dice (artículo 4.1 CP), y aplicarlo a un caso semánticamente distinto pero materialmente semejante. Por ejemplo, considérese la agravación del delito de daños contenida en el artículo 236.2-2.º CP («Que se cause por cualquier medio, infección o contagio de ganado»). Como «ganado» no puede tomarse analógicamente, el artículo dice *a contrario* que el incremento de pena no se aplica (aquí la implicación es positiva) cuando lo infectado no es «ganado» en una calificación semántica. Pero el argumento nada dice sobre la extensión semántica de «ganado». Así, una colmena, las aves de una granja o los peces de una piscifactoría podrían ser considerados «ganado» con más o menos plausibilidad; y por tanto dentro del supuesto explícito del artículo. Sería difícil argumentar *a contrario* que el artículo excluye agravar la pena en esos supuestos. En cambio, es fácil aplicar el argumento a un cultivo de trigo, porque aquí la relación entre supuestos es de analogía y no semántica. De esta manera, el argumento *a contrario* puede ayudar a percibir intuitivamente cuándo estamos ante una analogía y cuándo ante una interpretación extensiva.

3.7 Las circunstancias de la implicación positiva

La implicación positiva asumida por la versión «fuerte» del argumento *a contrario* no es una hipótesis caprichosa, sino que tiene fundamento sólido cuando concurren unas circunstancias que cancelan la analogía y refuerzan las expectativas pragmáticas asociadas a las

⁴⁸ Sobre la cuestión, Rodríguez Boente (2003: 267-271).

máximas de cantidad⁴⁹. Estas «circunstancias de la implicación positiva» son causadas por factores jurídicos y lingüísticos capaces de neutralizar el principio de analogía en los sistemas jurídicos que la admiten. Su presencia favorece la formación de las premisas normativas que son requisito de validez del argumento *a contrario*.

3.7.1 FACTORES JURÍDICOS

Hay normas jurídicas que dirigen claramente a interpretaciones restrictivas de los supuestos de hecho, las cuales facilitan la formación de bicondicionales. El ejemplo más claro e importante es la regla del artículo 4.1 CP: «Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». Otra es el artículo 4.2 CC: «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». Con esta regla, si la norma «Si *h*, debe ser *c*» tiene naturaleza penal, excepcional o temporal, habría que entender que dice: «Si y solo si *h*, la consecuencia *c* no está prohibida» ($h \leftrightarrow \neg O\neg c$). Por tanto, faltando *h*, la consecuencia *c* está prohibida: « $\neg h \leftrightarrow O\neg c$ ». Por ejemplo, el artículo 174.1 CP comienza así: «Comete tortura la autoridad o funcionario público que...». Esto quiere decir que *solo* es tortura (solo hay deber de calificar así) una conducta realizada por autoridad o funcionario. Por tanto, interpretado *a contrario*, el artículo implica que no es tortura (hay deber de no calificar así) la misma conducta realizada por un particular.

Pero los problemas interpretativos abundan por el doble juego del ordenamiento, que estimula la analogía y al mismo tiempo la impide en ciertos casos. Sin ir más lejos, es dudoso si el artículo 4.2 CC se aplica a sí mismo y ha de interpretarse restrictivamente o si, por el contrario, ha de seguirse el principio general y extender su prohibición a los casos análogos, como la legislación administrativa sancionadora. Incluso tienen excepciones los casos más claros, como la prohibición de la aplicación analógica de las leyes penales, pues a veces se emplea en beneficio del reo.

En la doctrina se encuentran algunas instrucciones de interpretación restrictiva que pueden reflejar principios jurídicos vinculantes. Así, Peczenick (1989: 399) dice que deben interpretarse restrictivamente «las disposiciones que imponen cargas o restricciones a una persona» (*odia sunt restringenda*); entre las cuales incluye, además de

⁴⁹ Walton, Sartor y Macagno (2016: 63) perciben una similitud entre el argumento *a contrario* y el argumento (falaz) *ad ignorantiam* basado en la ausencia de pruebas (la inexistencia de pruebas de algo se toma como prueba de su inexistencia), porque aquel «apoya una inferencia desde un hallazgo negativo a una conclusión positiva». Pero ya se dijo (§ 2.3) que aquel tiene una premisa normativa tácita que explica la validez de la inferencia.

las penales, las tributarias⁵⁰. Sin embargo, no es verosímil que el ordenamiento jurídico contenga un principio general de permisión, según el cual «lo no prohibido está permitido», y en virtud del cual deba entenderse que las prohibiciones no pueden aplicarse por analogía. Esta hipótesis es implausible, como enseña el famoso ejemplo de la prohibición de entrar con perros y su aplicación a los osos⁵¹. Por otra parte, un principio general que obligase a interpretar restrictivamente las prohibiciones tendría dificultades de aplicación. Un obstáculo es que muchas normas prohíben acciones de unos para proteger derechos o libertades de otros; por lo que su interpretación restrictiva reduce esa garantía. He aquí un ejemplo de prohibición garantista: «El domicilio es inviolable» (artículo 18.2 CE). Como hemos visto, la STC 10/2002, de 17 de enero, no la interpretó restrictivamente, sino más bien al contrario⁵².

⁵⁰ El artículo 14 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria dispone: «No se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales».

⁵¹ El ejemplo lo difundió Radbruch (1910/1930: 156): «Recordemos este antiguo ejemplo: en una sala de espera está colgado un cartel que reza: «Debe dejarse fuera a los perros». Un día aparece un hombre que lleva un oso y se pregunta si puede hacer entrar consigo a su peludo acompañante. Considera que lo que se refiere al perro resulta también adecuado para el oso; y si fuera un jurista afirmaría que este resultado lo extrajo del cartel, mediante una conclusión por analogía; el oso no puede entrar, porque es, como el perro, un animal. Mas, ¿por qué se ha servido cabalmente de la conclusión por analogía, y no de la conclusión *a contrario*, que le hubiera dicho al revés: el oso puede entrar, porque es un oso y no un perro? Ciertamente, porque esta conclusión le hubiera conducido a un resultado absurdo. La interpretación es, pues, el resultado de su resultado: uno no se decide a favor de un medio de interpretación, hasta que ha visto el resultado a que conduce».

No comparto la tesis escéptica de Radbruch sobre la metodología de la interpretación en general, pero creo que tenía razón en que la alternativa entre argumentación analógica y *a contrario* se resuelve de manera casuística y normalmente consecencialista: favorece la argumentación que lleva al resultado que a juicio del intérprete es mejor en el caso concreto. Pero no creo que siempre se escoge un método interpretativo u otro porque conduce al resultado que se prefiere. En el párrafo citado, Radbruch parece adoptar un punto de vista escéptico y particularista sobre el conjunto de la interpretación jurídica («uno no se decide a favor de un medio de interpretación hasta que ha visto el resultado a que conduce»); pero no es necesario ir tan lejos para defender este punto de vista en el ámbito más restringido de la elección entre argumentar *a contrario* o por analogía.

⁵² Otro ejemplo lo ofrece el artículo 13.1 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres y Peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre («Queda terminantemente prohibido en lo sucesivo el establecimiento de vaquerías, establos, cuadras y corrales de ganado y aves dentro del núcleo urbano de las localidades de más de 10.000 habitantes y que no sean esencialmente agrícolas o ganaderas»). La interpretación *a contrario* puede ser que la acción está permitida en localidades con menos habitantes, pero también que no está *terminantemente* prohibida, pero puede estarlo. Así lo entendió la STS (Cont.-Adm.) de 19 de noviembre de 1987 (FD 5), que rechaza la interpretación *a contrario sensu* y reclama «ponderar en las [ciudades] más pequeñas las circunstancias concurrentes en cada caso».

Las leyes «excepcionales» tampoco admiten analogía (artículo 4.2 CC)⁵³; pero es discutible qué es una «ley excepcional» y si cuenta como tal una ley que es toda ella singular o también los preceptos de una ley cualquiera que introducen excepciones a una norma general⁵⁴. Las leyes «de ámbito temporal» (artículo 4.2 CC) pueden verse como un tipo de legislación excepcional para el periodo de su eficacia, y circunscrita estrictamente a este. Por ejemplo, una disposición transitoria no puede aplicarse a una situación análoga a la que regula, sino que implica *a contrario* que lo no incluido en ella se rige por la norma general. Esta tendencia a interpretar las excepciones legales restrictivamente puede crear dudas sobre la aplicabilidad del argumento *a contrario* incluso en casos donde parecería obligado⁵⁵.

⁵³ *Singularia non sunt extendenda; exceptio restringenda sunt*. Según Peczenik (1989: 399), no debe aplicarse la analogía ni la interpretación extensiva a «las disposiciones que establecen condiciones suficientes para no seguir una regla general»; ni a «las disposiciones que constituyen excepciones a una norma general» (*exceptiones non sunt extendae*).

⁵⁴ Un ejemplo de razonamiento *a contrario* con base en una excepción es la STC 215/2012, de 14 de noviembre. El artículo 64.3, h) de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados (texto refundido aprobado por RDL 6/2004, de 29 de octubre) dispone para las «mutualidades de previsión social»: «Asumirán directamente los riesgos garantizados a sus mutualistas, sin practicar operaciones de coaseguro ni de aceptación en reaseguro, pero podrán realizar operaciones de cesión en reaseguro con entidades aseguradoras autorizadas para operar en España». Esta posibilidad de reasegurar los riesgos es excepcional y limitada a las entidades citadas. Así lo vio la STC 215/2012 (FJ 4): «Concretamente, el art. 64.3 h) veta a las mutualidades de previsión social la realización de operaciones de coaseguro y aceptación en reaseguro, así como, *a contrario sensu*, las cesiones en reaseguro con entidades distintas de las específicamente mencionadas en el art. 64.3 h) *in fine* del texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados».

⁵⁵ Esta incertidumbre se comprueba en el siguiente caso, suscitado por el artículo 156.5 de la Ley General de la Seguridad Social (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre) [artículo 115.2 en la versión previa de 1994]: «No impedirán la calificación de un accidente como de trabajo: [...] b) La concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo». El artículo dice *a contrario* (con triple negación: «No impedirán... salvo que no...»), que no es accidente de trabajo el causado por culpa criminal de un tercero sin relación con el trabajo. Sin embargo, en un caso en que la víctima fue agredida al salir del trabajo por alguien ajeno tanto al trabajo como a ella, la STS (Social) de 20 febrero de 2006 argumentó así (FD 2): «La interpretación de este último inciso, *a contrario sensu*, llevaría a la conclusión de cuando la agresión externa no guarda relación con el trabajo, su resultado no puede calificarse de accidente laboral, conclusión, sin duda extensiva de un mandato legal que, por su naturaleza de excepción a la regla, ha de ser objeto de una interpretación estricta y acorde con la naturaleza de la institución». El TS razonó que la excepción legal no podía extenderse a las agresiones fortuitas, que son análogas a los accidentes fortuitos, sometidos a la regla general.

3.7.2 FACTORES LINGÜÍSTICOS

La redacción de los textos normativos también puede llevar a excluir la analogía y a forzar la implicación *a contrario*. Algunas disposiciones están redactadas de manera que no suscitan dudas sobre la naturaleza bicondicional de su norma. No abundan, pero las hay. Un ejemplo sería el comienzo del artículo 56.1 CE («El Rey es el Jefe del Estado»), que expresa claramente que «Si y solo si alguien es el rey, entonces es el jefe del Estado»⁵⁶.

La analogía tampoco es viable cuando la disposición enumera unos elementos con fórmulas que dan apariencia de exhaustividad. Por ejemplo, la Disposición Transitoria Quinta CE («Las ciudades de Ceuta y Melilla podrán constituirse en Comunidades Autónomas [...]») contiene una relación de ciudades que a todas luces es exhaustiva. Por tanto, procede argumentar *a contrario* que ninguna otra ciudad puede constituirse en Comunidad Autónoma. Pero, como siempre, la interpretación jurídica puede desmentir las apariencias⁵⁷.

Además, como en las excepciones jurídicas no rige el principio de analogía, también la impiden o desincentivan todas las expresiones lingüísticas de salvedades o de condiciones especiales respecto de un criterio general. Por ejemplo, cláusulas de exclusión explícita, como «excepto», «salvo» o «a no ser que»; o expresiones adversativas, como «pero» o «sin embargo»; o fórmulas que introducen requisitos, como «siempre que», «con» o «sin». Un ejemplo es el artículo 271-6.º CC (el tutor necesita autorización judicial «para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía»), que dice *a contrario* que en los asuntos urgentes o de escasa cuantía no necesita autorización judicial. O el artículo 1255 CC («Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público»), que interpretado *a contrario sensu* limita la autonomía de la voluntad contractual respecto de las cláusulas contrarias al orden público. O, por último, el artículo 162.2 CC que abría este trabajo, cuya salvedad «sin justa causa» no admite otra interpretación que la que realizó *a contrario* el Tribunal Supremo en la sentencia citada.

⁵⁶ Otro ejemplo es el artículo 116.4 CE («El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno [...]»). Solo el Gobierno puede proponer el estado de sitio, lo cual implica *a contrario* que el rey no puede, sin analogía posible. Otra cosa es qué se entiende por «Gobierno», porque cabe dar a este término una interpretación extensiva que incluya un gobierno en funciones sustituto del titular legal cuando este no puede ejercer.

⁵⁷ El artículo 1088 CC («Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa») es muy enfático y parece decir *a contrario* que no hay obligaciones de «no dar», pero las hay (por ejemplo, el acreedor pignoraticio está obligado a no dar a terceros la cosa recibida en prenda).

4. CONCLUSIONES

1) La argumentación *a contrario* es un modo justificado de razonar para interpretar el derecho, siempre que asuma las premisas adecuadas y siga una inferencia correcta. Por tanto, el argumento *a contrario* es capaz de fundamentar decisiones e interpretaciones jurídicas; y en determinadas circunstancias debe ser utilizado para decir el derecho.

2) Argumentar *a contrario* requiere: *a*) asumir unas tesis sobre implicaciones normativas; *b*) identificar el supuesto de hecho explícito de una disposición jurídica y la consecuencia que prescribe para él; *c*) calificar un caso dado como distinto y a la vez afín a ese supuesto explícito, y valorar las circunstancias de su relación, entre ellas su analogía en cuanto a la disposición interpretada o las razones para excluirla; y, finalmente, *c*) inferir de todo ello una consecuencia jurídica para dicho caso.

3) La validez del argumento *a contrario* depende de que la disposición interpretada tenga una formulación normativa donde la consecuencia prescrita se sigue solo si se da el supuesto de hecho. A su vez, la solidez de esta premisa depende de su fundamento, que aportan el lenguaje y el derecho con mensajes a veces contradictorios. La norma jurídica toma forma al combinar la prescripción dispuesta explícitamente con las implicaciones normativas que descubre su interpretación, y que son el punto de partida del argumento *a contrario*.

4) Para argumentar *a contrario* con pretensión de validez hay dos posibles tesis de partida, que justifican dos conclusiones diferentes sobre la regulación jurídica del caso dado: *a*) la tesis de la implicación negativa, que conduce a concluir que no se aplica la misma consecuencia prescrita para el caso explícito ($\neg Oc$); y *b*) la tesis de la implicación positiva, que conduce a concluir que se aplica una consecuencia distinta ($O\neg c$).

5) Las tesis de la implicación *a contrario* se fundamentan en la pragmática de la comunicación, corregida por el principio jurídico que admite la analogía. La implicación solo se da en un contexto de casos relacionados y cumpliendo unas condiciones, y tiene especial incidencia en determinadas circunstancias que excluyen tratar análogamente ambos casos (mencionado y no mencionado). Identificar con precisión estas condiciones y circunstancias, y comprobar su satisfacción, son los principales retos al emplear el argumento *a contrario*.

6) Para que el argumento *a contrario* se sostenga, los casos contrastados han de guardar cierta afinidad en cuanto al asunto regulado, pero no pueden ser jurídicamente asimilables por razón de analogía. De otro modo el razonamiento *a contrario* pierde su fuerza justificativa y su función es retórica, precisamente para combatir la aplicación análoga de la disposición.

7) Cuando operan los factores que impiden la analogía y se da la implicación positiva, el argumento *a contrario* justifica la respuesta jurídica a un supuesto de hecho por diferencias semánticas entre este y el que menciona la regulación; en otro caso, para justificar la respuesta el argumento requiere un juicio de relevancia que venza la presunción favorable a la analogía.

8) Aunque el uso retórico del argumento *a contrario* favorece la interpretación restrictiva de los términos jurídicos, las versiones justificadas del argumento son compatibles con cualquier extensión de los términos. El argumento *a contrario* en sí mismo no rivaliza con la interpretación extensiva, sino con la analogía; y por esta causa sirve para demostrar o comprobar intuitivamente la diferencia entre ambas.

5. REFERENCIAS

- ATIENZA, Manuel (2013), *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta.
- CANALE, Damiano, y TUZET, Giovanni (2008), «On the Contrary: Inferential Analysis and Ontological Assumptions of the A Contrario Argument», *Informal Logic*, 28:1, pp. 31-43.
- CARCATERRA, Gaetano (1994), «L'argomento a contrario», en S. Cassese, G. Carcaterra, M. D'Alberti y A. Bixio (eds.), *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna: Il Mulino, pp. 177-272.
- CHIASSONI, Pierluigi (2007/2011), *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007. Se cita por la trad. esp. de P. Luque Sánchez y M. Narváez Mora: *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Madrid: Marcial Pons, 2011.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier (1986), «El argumento a contrario en la jurisprudencia constitucional», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 3, pp. 133-150.
- FALCÓN Y TELLA, María José (1990), «Papel de la «ratio» en la argumentación jurídica. Ensayo de una nueva configuración teórica del argumento *a contrario*», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 75, pp. 259-282.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2001), «Sobre el argumento a contrario en la aplicación del Derecho», *Doxa*, 24, pp. 85-114.
- GRICE, Paul (1989), *Studies in the Way of Words*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press (reed. 1991). Del artículo citado, «Logic and Conversation» [1975], hay trad. de J. J. Acero: «Lógica y conversación», en L. M. Valdés Villanueva (comp.), *La búsqueda del significado*, Madrid, Tecnos, 2005 (4.ª ed.), pp. 520-538.
- GUASTINI, Riccardo (2011/2014), *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011. Se cita por la trad. esp. de S. Álvarez: *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- HAGE, Jaap (1997), *Reasoning with Rules: An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic* Dordrecht, Kluwer.
- JANSEN, Henrike (2005), «E Contrario Reasoning: The Dilemma of the Silent Legislator», *Argumentation*, 19 (2005), 485-496.

- JANSEN, Henrike (2008), «In view of an express regulation: Considering the scope and soundness of *a contrario* reasoning», *Informal Logic*, 28:1 (2008) 44-59.
- KAPTEIN, Hendrik (2005), «Legal Progress Through Pragma-Dialectics? Prospects Beyond Analogy and *E Contrario*», *Argumentation* 19, pp. 497-507.
- KLOOSTERHUIS, Harm (2000), «Analogy argumentation in law: A dialectical perspective», *Artificial Intelligence and Law*, 8, pp. 173-2000.
- KLUG, Ulrich (1982/1990), *Juristische Logik*, Berlin/Heidelberg: Springer, 1982 (4.ª ed., 1.ª 1951). Se cita por la trad. esp. de J. C. Gardella: *Lógica jurídica*, Bogotá, Temis, 1990.
- PECZENIK, Aleksander (1989), *On Law and Reason*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer.
- RADBRUCH, Gustav (1910/1930), *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Leipzig: Quelle & Meyer, 1910. Hay trad. esp. de Luis Recasens Siches: *Introducción a la ciencia del derecho*; prólogo de Fernando de los Ríos, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1930.
- RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza (2003), *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución española*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela.
- ROSS, Alf (1958/1994), *On Law and Justice*, Londres, Stevens and Sons, 1958. Se cita por la trad. esp. de G. R. Carrió: *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1994 (5.ª ed.; 1.ª 1963).
- SAINT-ALBIN (DE), Hortensius (1833), *Logique Judiciaire ou Traité des argumens légaux*, Bruxelles, Louis Hauman et comp.
- SAVIGNY, Friedrich Karl VON (1840/2010), *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. I, Berlin, Veit und comp., 1840. Se cita por la trad. esp. de J. Mesía y M. Poley del cap. IV reproducida en F. K. VON SAVIGNY, «Interpretación de las Leyes», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 6 (2010), pp. 401-418.
- SOETEMAN, Arend (1989), *Logic in law. Remarks on logic and rationality in normative reasoning, especially in law*, Dordrecht, Kluwer.
- TARELLO, Giovanni (1980/2013), *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980. Se cita por la trad. esp. de D. Dei Vecchi: *La interpretación de la ley*, Lima, Palestra, 2013.
- WALTON, Douglas; SARTOR, Giovanni, y MACAGNO, Fabrizio (2016), «An argumentation framework for contested cases of statutory interpretation», *Artificial Intelligence and Law*, 24, pp. 51-91.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy (1992), *The Judicial Application of Law* (ed. de Z. Bańkowski y N. MacCormick), Dordrecht, Kluwer.

Fecha de recepción: 31/03/2017. Fecha de aceptación: 31/10/2017.