

Manuel ATIENZA RODRIGUEZ: *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, ed. Civitas, 1986, 187 páginas.

La obra del profesor Atienza está dedicada de un modo preferente al análisis del argumento jurídico por analogía. Sin embargo, esto no significa que no se dediquen algunas páginas a las distintas acepciones del término analogía. El punto de partida es la existencia de una multiplicidad de significados; esto quiere decir que no existe un único concepto de analogía. Pero, a pesar de esta vaguedad, tampoco puede afirmarse que no haya ninguna relación entre los distintos sentidos que puede tener la analogía. El autor —citando a Santo Tomás— afirma que «el término analogía no es ni unívoco ni equívoco, sino precisamente análogo» (pág. 28). Aunque, a primera vista, una afirmación de este tipo pueda resultar tautológica, lo cierto es que describe con exactitud el sentido que tiene la analogía.

Para Atienza «existen esencialmente tres conceptos de analogía, ya que la analogía se puede predicar: 1) de los conceptos de clase, esto es, de los conceptos que denotan un *género* o una *clase* de individuos; 2) de los juicios o proposiciones que incluyen conceptos de relación, y 3) de los argumentos» (págs. 33 y sigs.). A continuación se plantean los interrogantes que aparecen en el razonamiento jurídico por analogía intentando —creemos que con éxito— dar respuesta a algunos de ellos a través del estudio de diferentes doctrinas.

El capítulo segundo se inicia con la concepción —o mejor dicho, con las concepciones— que ha mantenido Bobbio a lo largo de su obra. Puede decirse que el pensamiento de la analogía ha mantenido todas las posturas posibles. Por ejemplo, considerar que analogía e interpretación extensiva son términos equivalentes (en 1938) para, posteriormente, afirmar (en 1957) que ambos conceptos pueden distinguirse por la función que cumplen; o que analogía y principios generales del Derecho son procedimientos que «no tienen nada que ver» (en 1938), considerando más tarde (1966) que la analogía es una especie del género «principios generales del Derecho».

En fin, los cambios de opinión han sido muy frecuentes; en este sentido, es sumamente ilustrativo el cuadro comparativo que el profesor Atienza incluye al final del capítulo. Por lo que se refiere a los motivos que han llevado a Bobbio a este constante cambio de posiciones hay que señalar —según Atienza— dos: en primer lugar, la propia evolución que ha tenido su pensamiento, y, en segundo lugar, que el material lógico con el que opera es un tanto desfasado. De cualquier modo, aun reconociendo el valor de la aportación de Bobbio, no parece que su tratamiento de la analogía resulte plenamente satisfactorio.

El capítulo tercero analiza la concepción de la analogía mantenida por Ulrich Klug. Para ello, el autor maneja la traducción castellana —aún inédita— de la cuarta edición alemana de la *Juristische Logik*. Como en el resto del libro, se

procede en primer lugar a la exposición de la doctrina para después criticarla. Creemos que la doctrina de Klug es la que recibe las críticas más duras y ello debe ser porque la posición del profesor Atienza es totalmente antagónica. Las críticas no sólo se dirigen contra la concepción de la analogía en Klug, sino que van más allá y cuestionan la propia concepción de la lógica jurídica. En efecto, el fallo fundamental de Klug radicaría en la consideración de la lógica jurídica como una lógica formal, es decir, como lógica aplicada al Derecho sin más. De este modo no es posible abordar el fenómeno jurídico, ya que el lenguaje en que se expresan los juristas es un lenguaje *normativo, prescriptivo*. «La representación de los argumentos jurídicos que ofrece el autor alemán tiene un carácter un tanto simplificador, en cuanto que no logra traducir fidedignamente el lenguaje *normativo* en que se expresan los juristas» (pág. 95). La segunda crítica se dirige contra la propia concepción que tiene Klug de los argumentos jurídicos al considerar que éstos son, fundamentalmente, deductivos cuando en realidad lo decisivo del razonamiento jurídico es el establecimiento del punto de partida, de las premisas en lo que —según Klug— no debe intervenir la lógica. Por lo que respecta a la analogía, son varias las críticas que se formulan; desgraciadamente no podemos enumerarlas todas, pero parece que lo decisivo radica en que Klug —siempre según la opinión de Atienza— no tiene en cuenta el aspecto *normativo* en el argumento por analogía.

El capítulo siguiente está dedicado a examinar las doctrinas de Kalinowski y Alchourrón. Para el primero es necesario distinguir entre la analogía como argumento *normativo* y no *normativo*, pero, en cualquier caso, el punto neurálgico del argumento por analogía se encuentra en el juicio de valor, que es el que compara dos hechos semejantes y, en definitiva, permite la formulación de la premisa menor. Alchourrón considera que hay dos tipos de argumentos por analogía: los argumentos *a fortiori* y *a pari*. Sin embargo, parece que el estudio que hace de estos dos tipos de argumentos no se corresponden con los argumentos jurídicos por analogía o, por lo menos, con el significado habitual que tiene la analogía en el mundo jurídico.

El capítulo quinto estudia la posición de Perelman respecto de la analogía, aunque previamente se hacen algunas consideraciones sobre su teoría de la argumentación, lo que resulta imprescindible, ya que el razonamiento por analogía constituye tan sólo una de las técnicas argumentativas que existen. Al igual que ocurría con Alchourrón, el sentido que Perelman atribuye al razonamiento por analogía no es del todo coincidente con lo que los juristas denominan así. Para el autor belga, la analogía no cumple un papel importante en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho; sin embargo, sí tiene una gran importancia en el ámbito de la ciencia jurídica, es decir, en el proceso de conocimiento del Derecho.

Uno de los puntos importantes de la doctrina de Perelman viene representado por la relevancia que otorga a las nociones confusas o vagas en todo tipo de argumentación y, por supuesto, también en el razonamiento por analogía. En el ámbito jurídico la utilización de estas nociones confusas tiene una importancia decisiva, ya que permite la ampliación del campo de aplicación de los términos que se emplean. Sin embargo, existe un límite en el uso de estas nociones vagas que viene constituido por *lo razonable*. No obstante, esta noción de *lo razonable* no le parece satisfactoria al profesor Atienza. En primer lugar, parece que esta *razonabilidad* sería una noción confusa, pero, sobre todo, cabe hacer

una crítica aún más decisiva. El *auditorio* es el que establece los límites de *lo razonable*, pero resulta que no existen criterios para determinar cuándo un argumento jurídico es razonable, porque «si el criterio de lo razonable lo fija, en último término, el juez, entonces dicho criterio puede servir como *guía práctica* para las otras instancias jurídicas, pero no, obviamente, para la propia jurisdicción» (pág. 152).

Y así, llegamos al último capítulo, que —sin ninguna duda— es el más original y sugestivo, pues nos introduce en una nueva teoría que es poco conocida, al menos por quien suscribe estas líneas. Se trata de la teoría de los subconjuntos borrosos cuyo fundador es L. A. Zadeh y que ya ha tenido una considerable repercusión en el pensamiento jurídico. Esta teoría pretende la elaboración de una lógica de los conceptos vagos, pero a diferencia de lo que ocurre con la lógica tradicional, «mientras que la base matemática de esta última es la teoría ordinaria de conjuntos (en la cual un elemento cualquier sólo puede pertenecer o no pertenecer a un determinado conjunto), las lógicas de lo difuso se apoyan en la teoría de los conjuntos (o mejor dicho, de los subconjuntos) borrosos, en la que un elemento puede pertenecer a un conjunto en mayor o menor grado» (pág. 156). No hace falta decir que en el terreno jurídico la utilización de los conceptos vagos es muy frecuente y, por ello, esta teoría puede abrir nuevos caminos. Atienza hace una exposición sucinta de la doctrina de Reisinger que es uno de los primeros que han aplicado la teoría de los subconjuntos borrosos al razonamiento jurídico y, aunque el modelo propuesto por Reisinger no le satisface plenamente, reconoce que estas investigaciones tienen un gran interés y pueden ser un instrumento útil para los juristas, aunque, en definitiva, no se resuelven todos los problemas que plantea el razonamiento jurídico por analogía.

Hay diversas causas por las que el libro de Atienza debe ser valorado positivamente. En primer lugar, porque ofrece un panorama muy completo de las distintas teorías que existen en torno a la analogía jurídica. En segundo lugar, porque después de las críticas que se formulan se ofrecen soluciones alternativas. Pero, sobre todo, la obra que comentamos tiene una de las virtudes que pocas veces se encuentran en este tipo de trabajo: la claridad. Y esta cualidad es algo que el lector siempre agradece, pues facilita la comprensión y permite que la lectura no se convierta en algo fatigoso.

No queremos concluir estas líneas sin hacer un breve comentario. Después de haber hecho la recensión del libro tenemos cierta sensación de insatisfacción porque la obra de Atienza —a pesar de no ser muy larga en cuanto al número de páginas— es compleja y densa y, por eso, todo lo que aquí se ha escrito no representa nada más que un ligerísimo esbozo. En conclusión, sólo cabe hacer una recomendación: debe leerse el libro.

Manuel SEGURA ORTEGA