

Analogía e interpretación teleológica. Un caso aragonés: ¿palas eólicas como ramas?

Analogy and Teleological Interpretation. A Case from Aragon: Wind blades as Branches?

Giovanni Tuzet

Università Bocconi, Italia

giovanni.tuzet@unibocconi.it

Abstract: El trabajo presenta un caso civil (sobre palas eólicas como ramas) donde se muestra la necesidad de aclarar la *ratio legis* de una regulación legislativa para determinar la legitimidad de su aplicación analógica. Esto significa que el argumento analógico requiere una interpretación teleológica de los textos normativos pertinentes, para determinar la *ratio* de una regulación y luego proceder a una posible integración analógica del derecho. En la medida en que la interpretación teleológica no sólo sirve para determinar el contenido de un texto a la luz de su razón subyacente, sino también para determinar la razón misma, la interpretación teleológica es necesaria para la analogía. Al mismo tiempo, el trabajo muestra cómo el uso de la *ratio* es controvertido y que los argumentos jurídicos de segundo grado (como el argumento de las consecuencias económicas) pueden resolver los casos más problemáticos.

Palabras clave: análisis económico del derecho, analogía, inmisión de ramas y raíces, interpretación extensiva, interpretación teleológica, *ratio legis*.

Abstract: The work presents a civil case (on wind blades as branches) where the need to clarify the *ratio legis* of a piece of legislation is shown to determine the legitimacy of its analogical application. This means that the analogical argument requires a teleological interpretation of the pertinent normative texts, to determine the *ratio* of a law and then proceed to a possible analogical integration of the system. To the extent that teleological interpretation serves not only to determine the content of a text in light of its underlying reason, but also to determine the reason itself, teleological interpretation is necessary for analogy. At the same time, the work shows how the use of the *ratio* is controversial and that second-degree legal arguments (such as the argument from economic consequences) can solve the most problematic cases.

Keywords: analogy, economic analysis of law, extensive interpretation, nuisance from branches and roots, teleological interpretation, *ratio legis*.

*Beliefs can be localized in a shrine or a similar place,
but fructifications demand a temporal continuum.
(Harold Bloom)*

I. Introducción: la analogía y sus contextos

En un sentido muy general, el razonamiento analógico sirve para extender a un dominio *target* una consideración que se aplica a un dominio *source*. Cuando tiene un propósito cognitivo, sirve para integrar el conocimiento de un objeto *target*; cuando tiene un propósito normativo, sirve para regular un caso *target*. Así, en el ámbito jurídico, el argumento analógico integra la regulación existente llenando una laguna normativa.

En los contextos cognitivos, lo que a menudo está en discusión es la relación causal entre una propiedad *P* y una propiedad *Q*, asumiendo que *source* y *target* tienen *P* y que el objeto *source* tiene *Q*. El razonamiento analógico toma una forma de este tipo:

La sustancia *a* (*source*) es perjudicial para la salud (*Q*).

La sustancia *a* (*source*) y la sustancia *b* (*target*) tienen una composición química similar (*P*).

Probablemente, la sustancia *b* (*target*) es perjudicial para la salud (*Q*).

Como diré más adelante, esta forma se puede descomponer en una pluralidad de inferencias y, si eso es correcto, la analogía va a ser considerada como una inferencia compleja. En la argumentación jurídica ella puede entrar en juego en el contexto del razonamiento probatorio, a la hora de reconstruir los perfiles causales del caso examinado.¹ En estos contextos, se requiere que la similitud entre *source* y *target* sea causalmente relevante.

En cambio, en los contextos normativos la analogía tiene el propósito de extender, a un caso no regulado, la regulación prevista para uno o más casos con los que el primero tiene una o más propiedades relevantes en común (en virtud de las cuales los casos tienen una similitud relevante) a la luz de la *ratio* de la regulación. El razonamiento analógico toma una forma ilustrada por el siguiente ejemplo:

No se permite (*Q*) la venta de *a* (*source*).

La sustancia *a* (*source*) y la sustancia *b* (*target*) son perjudiciales para la salud (*P*).

La protección de la salud (R) hace que la similitud entre a y b sea relevante.

No se permite (Q) la venta de b (*target*).

O también, tomando un ejemplo diferente:

No se permite (Q) la conducta a (*source*).

La conducta a (*source*) y la conducta b (*target*) tienen efectos negativos en la propiedad de otros (P).

La protección de los derechos de propiedad (R) hace que la similitud entre a y b sea relevante.

No se permite (Q) la conducta b (*target*).

La estructura lógica de las analogías normativas tiene así tres elementos esenciales: P como propiedad común relevante, Q como consecuencia normativa de P y R como finalidad (*ratio*) que hace relevante P . Aquí P es una razón para Q , no una causa de Q .

Entonces, un argumento analógico que extiende la consecuencia Q prevista para otro caso a un caso no regulado se justifica solo si (i) los dos casos tienen en común P y (ii) P es relevante en virtud de R . Esta es, en resumen, la estructura que se aplica cuando la analogía está permitida legalmente. Como es bien sabido, de hecho hay contextos jurídicos en los cuales la analogía no está permitida. El ámbito penal de las normas incriminadoras es uno de esos contextos en la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos.

En este trabajo presento a grandes rasgos algunos aspectos teóricos de la analogía en el derecho (II) y sobre todo discuto un caso civil (III) donde se muestra la necesidad de aclarar la *ratio legis* de una regulación legislativa para determinar la legitimidad de su aplicación analógica.² Esto significa en general que el argumento analógico requiere una interpretación teleológica de los textos normativos pertinentes, para determinar una regulación con su *ratio* y luego proceder a una posible integración analógica del derecho. Un punto que necesita ser aclarado de inmediato es que la interpretación teleológica en sentido estricto *usa* una *ratio* ya establecida, no la establece. Sin embargo, de hecho, el intento de interpretar teleológicamente un texto a menudo implica la necesidad de

especificar una finalidad que de otro modo sería demasiado general. Frecuentemente, varias consideraciones históricas y sistemáticas ayudan a especificar la finalidad relevante. Por lo tanto, en la medida en que la interpretación teleológica no solo sirve para determinar el contenido de un texto a la luz de su *ratio* subyacente, sino también para determinar la *ratio* misma, la interpretación teleológica es necesaria para la analogía.

Al mismo tiempo, mostraré cómo el uso de la *ratio* es controvertido y que los argumentos jurídicos de segundo grado (como el argumento de las consecuencias económicas) pueden resolver los casos más problemáticos (IV). Antes de verlo, debemos aclarar algunos puntos sobre la analogía en el ámbito jurídico. La presentación teórica será más corta que la discusión del caso, ya que varios temas teóricos ya están ampliamente discutidos en la literatura.

II. La analogía en el derecho

Hay al menos siete puntos para distinguir claramente. Primero, asumimos la diferencia entre disposiciones normativas (o textos normativos) y normas: las normas son el significado de las disposiciones y se obtienen a través de argumentos interpretativos.³ Segundo, la analogía *no es* una forma de interpretación. Ella requiere que ya se haya hecho una interpretación de las disposiciones que parecen pertinentes para el caso y que en ninguna de las interpretaciones admisibles se regule el caso *target*. Tercero, ha de mediar, entonces, una laguna normativa; una laguna que llenar allí donde el derecho lo permita.⁴ Cuarto, en este sentido es correcto decir que la analogía es un argumento *integrador*: integra una regulación lagunosa bajo el presupuesto de que la interpretación de ciertas disposiciones ya se ha llevado a cabo y se ha concluido que el caso que nos ocupa carece efectivamente de regulación. Quinto, para llenar la laguna se debe identificar una similitud relevante entre *source* y *target*. Sexto, la *ratio* de la regulación del caso *source* hace que la similitud sea relevante o no. Y séptimo, para identificar la *ratio* del caso regulado y precisarla también con relación al caso no regulado, hay que considerar la interpretación teleológica de los textos pertinentes y los otros argumentos que eventualmente ayuden a determinar la finalidad relevante. La interpretación teleológica mira las finalidades u objetivos de una regulación y trata de determinar su contenido para maximizar la realización de estas finalidades u objetivos. Entonces, interpretación teleológica y analogía son partes de una cadena argumentativa bastante compleja.

Una de las cuestiones más discutidas en la literatura es si la analogía difiere de la “interpretación extensiva”. Sobre la base de lo que hemos dicho, por definición la analogía

no es interpretación y, por lo tanto, no es interpretación extensiva. Pero el límite entre las dos cosas es incierto, en la práctica jurídica mucho más que en la teoría, y para ver esto más claro debemos entender el significado de la expresión “interpretación extensiva”.

Distingo tres nociones de “interpretación extensiva”: (i) en un sentido amplísimo, como una interpretación que extiende el alcance de otra; (ii) en un sentido amplio, como una interpretación admisible que extiende el alcance de otra; (iii) en un sentido estricto, como una interpretación admisible que extiende el alcance de una interpretación literal (en particular, de la interpretación literal estándar de una palabra o expresión).⁵ El sentido estricto es el más utilizado en materia penal, donde la interpretación debe ser generalmente literal. Puede suceder así que el significado literal estándar de una expresión se amplíe sobre la base de consideraciones teleológicas o acerca de las intenciones del legislador, de tal manera que se regule el caso en cuestión sin pasar por una laguna. Esto es especialmente posible cuando el caso es un caso límite (*borderline*) con respecto a la interpretación literal estándar. Por ejemplo, si es cierto que una red social es un caso límite de “lugar público o abierto al público”, una consideración de las razones subyacentes puede justificar una interpretación extensiva de la regulación sobre el acoso en un “lugar público o abierto al público”. A veces la interpretación extensiva (como de hecho la aplicación analógica) puede resultar en un argumento *a fortiori*, cuando la *ratio* justifica de manera aún más sólida una determinada decisión para el caso considerado. Si el acoso a través de una red social es más grave para la víctima que un acoso tradicional, *a fortiori* se justifica la aplicación de la regulación sobre el acoso en un “lugar público o abierto al público”.

De todas maneras, las preocupaciones por la distinción entre analogía e interpretación extensiva están sobre todo vivas en el ámbito penal, no en el ámbito civil, del que me ocuparé a continuación.⁶

III. El caso: ¿palas eólicas como ramas?

En un curioso caso aragonés de hace unos años, el actor se quejó de la invasión del espacio aéreo de su propiedad por cuatro aerogeneradores instalados en el terreno vecino. El agravio no se limitó a esto. El demandante solicitó la mitad de los beneficios económicos derivados de la actividad de las palas y basó su solicitud en el entonces vigente art. 143 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. De acuerdo con este artículo (ahora vigente con una formulación diferente, como veremos más adelante), el dueño de una propiedad tenía derecho a la mitad de los frutos producidos por las ramas perte-

recientes a un árbol de un fundo vecino si estas ramas hubieran crecido extendiéndose sobre el otro fundo, salvo costumbre en contrario.

¿Cómo podría basarse la pretensión del demandante en este artículo? Ciertamente, no sobre la base de una interpretación literal del texto, ya que la disposición hablaba propiamente de “árboles frutales”, “ramas” y “frutos”. En el uso ordinario de estas expresiones, las turbinas eólicas y la energía producida por ellas ciertamente no se incluyen en sus contenidos semánticos. Ardua era también una interpretación extensiva del texto, ya que no parecía haber usos de tales expresiones capaces de legitimar una referencia semántica a las turbinas eólicas y a la energía como su fruto, ni se daban razones interpretativas para extender el significado literal (estándar) de la disposición. Quedaba la posibilidad de una extensión no interpretativa pero analógica. El argumento, si había un argumento utilizable, era por tanto integrador. Había que suponer que la ley estaba incompleta y que la laguna podía llenarse por analogía. Pero para que la argumentación fuera completa, no solo se tenía que demostrar la similitud entre ramas y palas eólicas y entre frutos naturales y electricidad: también era necesario demostrar que la similitud era relevante y para ello se tenía que indicar la *ratio* de la regulación establecida por el art. 143 de la Compilación aragonesa.

Por tanto, este caso es interesante no solo por su curiosidad, sino sobre todo porque muestra claramente la necesidad de identificar la *ratio* de una regulación para establecer la legitimidad de una extensión analógica. Veremos esto analíticamente, haciendo primero algunas consideraciones sobre el contexto de la regulación (A), examinando luego la estructura argumentativa de la pretensión y la decisión judicial al respecto (B) y, finalmente, cuestionando la *ratio* de la regulación (C).

A. El contexto normativo y argumentativo

En materia civil, el ordenamiento jurídico de Aragón goza de relativa autonomía con respecto al ordenamiento jurídico español, cuyas normas son de aplicación supletoria. No es de pasar por alto que tal articulación puede generar formas de incertidumbre interpretativa y aplicativa, con un posible incremento en el número de los procesos civiles y en los costos procesales y transaccionales, si no se definen con precisión las competencias y reglas de los campos respectivos. También por estos motivos –es decir, para reducir costos y litigios o al menos no aumentarlos– se ha hecho una reformulación del derecho aragonés y la disposición que aquí nos interesa ahora está refundida en el

Código del Derecho Foral de Aragón, como su artículo 539, tras la entrada en vigor de la Ley de Derecho Patrimonial Civil de 2 de diciembre de 2010.⁷

El antiguo artículo 143 se presentaba bajo el epígrafe “Inmisión de raíces y ramas” y naturalmente tenía sus orígenes en una economía agrícola, con un conjunto de usos y costumbres locales que el primer párrafo del texto se cuidó de salvaguardar. A falta de usos contrarios, el texto disponía que, si un árbol frutal extendía sus ramas en el terreno vecino, el dueño de este tenía derecho a la mitad de los frutos producidos por estas ramas. El segundo párrafo daba también la posibilidad de ejercer, con justa causa, las facultades previstas en el art. 592 del Código Civil español para el propietario víctima de la inmisión. Estas facultades son esencialmente idénticas a las previstas por el Código Civil italiano en el art. 896, es decir, la facultad de obligar al vecino a cortar las ramas que se extienden más allá de la frontera y la facultad de cortar, en forma de autoprotección, las raíces de otros que penetran en el propio suelo.⁸ La referencia que hace este segundo párrafo al código español fue uno de los factores que complicó el panorama y generó incertidumbre,⁹ pero este no es el punto que pretendo discutir aquí. La cuestión es si el primer párrafo era susceptible de aplicación extensiva a los artefactos como turbinas eólicas y a la energía que estos producen.

En la perspectiva de una interpretación literal del texto, no había lugar para aceptar la pretensión del demandante. Ni ahora ni entonces, artefactos tales como turbinas eólicas encajan en el contenido semántico (estándar) de expresiones como “árboles frutales” y “ramas”. Y ni ahora ni entonces se entiende la electricidad como un “fruto” producido por estas “ramas”. Los usos lingüísticos en el momento de la producción del texto y de la disputa que estamos considerando, ciertamente se oponían a la pretensión del actor. La regulación se refería a entidades y procesos naturales, no a los artefactos mecánicos y a la electricidad obtenida de la energía eólica mediante dispositivos tecnológicos. La economía agraria subyacente al texto (cuya primera formulación se encuentra en la *Compilación de Huesca de 1247*)¹⁰ no contemplaba el uso de aerogeneradores y la explotación del aire para producir electricidad. Y los datos textuales no autorizaban una lectura en ese sentido.

Sin embargo, ¿existían márgenes para una interpretación extensiva del texto? Una respuesta positiva debería haberse basado en algún uso, aunque marginal, de expresiones como “árboles” y “ramas” para referirse a aerogeneradores y turbinas eólicas o, en todo caso, en buenas razones interpretativas para aplicar extensivamente la regulación; pero ni usos ni razones de este tipo aparecían como rastreables.

En verdad, para ser exhaustivos, una manera de ver esa interpretación extensiva como verosímil consistía en apelar al art. 3.1 del Código Civil español que, entre los cánones de interpretación jurídica, menciona no solo el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto y los antecedentes históricos y legislativos, sino también la realidad social del tiempo de la aplicación, teniendo en cuenta el espíritu y finalidad de la regulación. Ahora bien, si las consideraciones relativas a la *realidad social del tiempo de la aplicación* también pueden entrar en el juego de los argumentos interpretativos, entonces podría decirse, al menos en abstracto, que los fundos que alguna vez se usaron para fines agrícolas o de pastoreo ahora se usan de manera diferente y que los nuevos usos incluyen la producción de electricidad a través de turbinas eólicas. Además, en español –y en italiano de manera similar– se utiliza “parque eólico” como expresión que designa un conjunto de aerogeneradores cuyas palas producen energía. La idea del “parque” eólico podría sugerir una transición fluida entre entidades naturales y artificiales: los aerogeneradores constituyen una especie de parque, así como los árboles y otras plantas constituyen un parque en el sentido tradicional de la palabra. Aún más claramente, se podría agregar que la palabra “frutos” se presta a varios usos que no se limitan al contexto vegetal y biológico (los “frutos civiles” así como los naturales), aunque en alguna medida sean abiertamente metafóricos (el “fruto del pecado”, los “frutos del crimen”, los “frutos de la actividad económica”, etc.).

Sin embargo, estos usos lingüísticos parecen, por un lado, extremadamente marginales (el “parque eólico”) y, por otro, inadecuados para ampliar el contenido semántico de expresiones como “árbol frutal” y “ramas”. Estas expresiones, utilizadas en el texto de la regulación, son el objeto propio del esfuerzo hermenéutico. Ahora bien, no hay legisladores ni ciudadanos que usen “árbol frutal” para referirse a un aerogenerador, o “ramas” para referirse a turbinas eólicas. Tampoco parecían darse otras razones interpretativas (por ejemplo, en términos de intenciones del legislador) para ampliar el significado del texto.

La única forma plausiblemente viable para el demandante era la de una extensión analógica.¹¹ Dado que los aerogeneradores no son árboles, que las palas no son ramas y que la electricidad no es un fruto en el mismo sentido en que una manzana es un fruto, podríamos decir que estas entidades son similares. La estructura de un aerogenerador, con un eje y algunas palas, no es diferente de la de un árbol con tronco y ramas. Las palas son las ramas del aerogenerador, capaces de moverse gracias al viento y generar energía de forma similar a aquella en que los árboles generan frutos. La electricidad extraída de la energía eólica sería análoga a un fruto natural, un fruto obtenido por el ingenio

humano al observar y explotar, de hecho, la forma en que funciona la naturaleza.

En el caso que estamos considerando, el demandante era propietario de un terreno que fue sometido a la inmisión de cuatro aerogeneradores instalados en el terreno vecino. El fundo afectado por la inmisión, aparentemente, era utilizado como reserva de caza; lo cual no es determinante para la cuestión jurídica general, aunque podría tener repercusiones en el caso concreto (¿la avifauna abandonó el fundo por la presencia de las palas?). Así, la argumentación analógica a favor del demandante requería la aplicación del art. 143.1 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, dada la similitud entre aerogeneradores y ramas de un árbol capaz de dar frutos, la mitad de los cuales, según el argumento, era atribuible al demandante.

Más analíticamente: dada una laguna normativa en la legislación aragonesa y dada la (relevante) similitud entre las ramas de un árbol frutal y las palas de un aerogenerador, según este argumento la norma prevista para la inmisión de ramas debía extenderse a la inmisión de aerogeneradores, colmando así la laguna.

B. La decisión del caso

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón (TSJA, Sala de lo Civil y Penal), mediante sentencia dictada en el año 2001 (7 de noviembre), establece en cambio que la analogía no está justificada. ¿Por qué razones? La decisión es interesante en tanto muy clara, al distinguir entre interpretación extensiva y razonamiento analógico, pero menos clara al indicar por qué la analogía no estaba justificada en tal caso.

La sentencia establece que el derecho civil aragonés es susceptible tanto de interpretación extensiva como de aplicación analógica si existe una “identidad de razón” entre el caso regulado y el no regulado (punto duodécimo de la sentencia). La Corte continúa señalando que la interpretación se puede realizar teniendo en cuenta la realidad social al momento de la demanda (punto decimotercero), pero observa, entre otras cosas, que las palas de los aerogeneradores ocupan “parcialmente” el espacio aéreo del terreno vecino, y solo cuando el viento las empuja (a diferencia de lo que ocurre con las ramas de un árbol). Además, la Corte señala que el legislador aragonés realizó varios cambios en el contexto normativo en el que se recoge este artículo, en un tiempo en el que el uso de equipos como los aerogeneradores ya era conocido y difundido; pero en ninguna de estas circunstancias el legislador consideró necesario modificar el texto del artículo, que por tanto permanece vinculado al caso tradicional y no es susceptible de interpretación extensiva.¹²

En cuanto a la extensión analógica, la sentencia advierte que la aplicación por analogía parte de una laguna legal y de la similitud “esencial” entre el caso a resolver y el que ya fue regulado (párrafo decimocuarto). El problema está planteado de manera impecable, aunque la calificación de semejanza como “esencial” parece bastante enfática.¹³ En los términos que vengo empleando, decimos que debe haber una similitud relevante entre los dos casos. La similitud es tal cuando los casos presentan, de hecho, los mismos elementos en los que se basa la norma (como el ser perjudicial para la salud en uno de los ejemplos iniciales de este trabajo). Refiriéndose al art. 4.1 del Código Civil español, la Corte recuerda que se requiere aplicar una norma por analogía cuando esta no contempla un supuesto específico pero sí otro semejante y entre los dos hay “identidad de razón”. En nuestro caso, el supuesto específico no regulado sería el de los aerogeneradores y el caso similar sería el de las ramas. Suponiendo que haya similitud entre los dos casos, ¿existe también “identidad de razón”?¹⁴ La Corte lo niega y plantea algunas consideraciones que veremos en breve. Mientras tanto, tratemos de aclarar algunos aspectos de la pretensión del demandante.

En términos lógicos, lo que hace relevante cierta similitud es la *ratio legis*. De manera esquemática, la consecuencia *Q* debe extenderse al caso no regulado porque eso tiene una característica o propiedad *P* que es común al caso regulado y que es relevante a la luz de la finalidad *R*. La consecuencia *Q* en nuestro caso es el derecho a la mitad de los frutos. Pero no está tan claro cuál es la característica *P*. Y no lo está porque no se especifica cuál es la finalidad *R*.

Una forma de presentar el argumento del actor sería esta:

Hay derecho (*Q*) a la mitad de los frutos de las ramas (*source*).

Las ramas (*source*) y las palas eólicas (*target*) causan perjuicio a la propiedad de otros (*P*).

La protección de los derechos de propiedad (*R*) hace que la similitud entre ramas y palas sea relevante.

Hay derecho (*Q*) a la mitad de los frutos de las palas (*target*).

Al hablar de “identidad de razón” se corre el riesgo de confundir más las cosas, si con esta expresión y la respectiva fórmula latina (*eadem ratio*) confundimos entre sí aspectos que en el esquema lógico del argumento son diferentes, a saber, la característica *P* y

la finalidad R . La supuesta “identidad de razón” no se refiere propiamente a la misma *ratio*, sino al hecho de que ambos casos presentan la característica P , que es una razón para Q a la luz de R .

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón se encarga de decir que el fruto del árbol es consecuencia de la acción climática (sol, lluvia, viento) y de la tierra, incluyendo su morfología, humedad y las sales minerales que se encuentran en su composición, junto con las cualidades del árbol y el cuidado dedicado a su cultivo. Por otra parte, prosigue la Corte, en el caso del fruto industrial de los aerogeneradores el suelo constituye únicamente el soporte sobre el que se instala el dispositivo, sin que se extraiga del suelo ningún elemento que produzca el fruto. Ahora bien, esto es indudable. Son consideraciones fácticas, verdaderas y pacíficas. La pregunta es si esta es una diferencia relevante entre los dos casos desde un punto de vista legal; es decir, si el caso de los aerogeneradores no debe ser tratado de la misma manera ya que no tiene en común con el supuesto tradicional el proceso climático y el uso de la tierra para extracción de alimento.

De las consideraciones pacíficas antes mencionadas, la Corte concluye de manera bastante seca que no existe una “identidad de razón” entre los dos casos y que, por lo tanto, no es posible la aplicación analógica de la regla. Es decir, dado que la misma característica o propiedad P no existe en los dos casos, no habría razón para extender la consecuencia Q al caso *target*. Sin embargo, ¿la característica P debe tener que ver con una situación en la que algo es producido naturalmente por la acción climática y por el suelo? ¿Por qué debería ser esta la propiedad relevante y no la que está relacionada con una situación en la que algo se produce al explotar, aunque sea solo parcialmente, el espacio de propiedad de otros sin su consentimiento? Si la *ratio* o finalidad R perseguida por la norma no está definida con precisión, la determinación de la similitud relevante (o de la “identidad de razón”) permanece infundada.

De hecho, si la justificación fuera que hay que proteger el pleno disfrute del espacio aéreo, habría una “identidad de razón” entre los dos casos; pero si fuera la necesidad de compensación del alimento que los árboles, a través de las raíces, extraen también del fundo del vecino, no habría “identidad de razón”.

Dependiendo de cómo se especifique la *ratio*, se puede determinar la similitud relevante y se puede justificar o no la aplicación analógica de la consecuencia normativa. Este punto se relaciona con una de las consideraciones iniciales: la interpretación teleológica en sentido estricto usa una *ratio* ya establecida, no la establece. Pero, en un sentido amplio, la interpretación teleológica es también el esfuerzo por determinar esa

finalidad. El intento de interpretar teleológicamente un texto a menudo implica la necesidad de especificar una finalidad que de otro modo sería demasiado general y no muy útil para el uso de la analogía.

Retomando lo que dijimos en la introducción de este trabajo, el razonamiento analógico como inferencia compleja requiere ante todo una hipótesis sobre la característica o propiedad relevante. Dado que se trata de formular una hipótesis, este componente de la analogía tiene un carácter *abductivo*. Se formula una hipótesis, una conjetura sobre una propiedad capaz de determinar otra. Es decir, una hipótesis sobre la propiedad *P* de la que dependería otra propiedad *Q*, donde *Q* es un efecto de *P* si la conjetura es acerca de su conexión causal, o donde *Q* es una consecuencia normativa de *P* si la conjetura se refiere a la razón de una determinada norma. Como escribió Andrea Iacona, “un argumento por analogía es un argumento en el que, partiendo de la consideración de que dos o más cosas tienen determinadas propiedades en común, se infiere que tienen otras determinadas propiedades en común”.¹⁵ Cuando se puede establecer con certeza si la similitud entre las cosas examinadas es relevante, entonces el argumento adquiere esencialmente un carácter deductivo. Sin embargo, “en muchos casos no es posible establecer con certeza si la similitud entre dos o más cosas en un aspecto es relevante para su similitud en otro”.¹⁶ Entonces, el argumento tiene una dimensión abductiva innegable y la tarea de la persona que realiza el razonamiento es, en la medida de lo posible, la de probar la hipótesis inicial con más información. Cuando sea posible contrastar la hipótesis, esta se fortalecerá o debilitará, o más claramente se verificará o falseará, si los elementos recogidos y las consideraciones que estos allanan son capaces de eliminar cualquier margen de duda al respecto. La recopilación y ponderación de elementos informativos adicionales constituye la fase *inductiva* del razonamiento analógico, después de la cual será necesario concluir si, a la luz de la hipótesis y los elementos adicionales, la analogía entre *source* y *target* está justificada o no. Desde un punto de vista lógico, esta última fase tiene un carácter *deductivo*, ya que, habiendo establecido lo que se considera (o no) la similitud relevante, sigue (o no) la extensión analógica. Pero esta es una deducción condicionada por el valor de la hipótesis inicial y su posterior escrutinio. En otras palabras, no es seguro que la analogía sea correcta, pero sí lo es si la hipótesis es correcta.

Volviendo al caso de los aerogeneradores, para entender si la decisión de la Corte de Aragón fue correcta es necesario precisar la *ratio* de la regla sobre la mitad de los frutos. Ya que la regla no especifica su *ratio*, es necesario plantear hipótesis al respecto y someterlas a control considerando el ordenamiento jurídico pertinente, su historia, sus instituciones, su jurisprudencia y su doctrina. Obviamente, no puedo hacerlo aquí;

especialmente porque es un sistema jurídico sobre el que no tengo la competencia adecuada. Sin embargo, me gustaría subrayar el problema teórico junto con sus implicaciones prácticas.

Una de las dificultades de las analogías normativas es que no contamos con procedimientos de control tan determinados como en la esfera causal. La analogía entre sustancias que tienen una composición química similar, o entre bebidas que contienen alcohol, es fácilmente comprobable en sus efectos empíricos, mientras que es más difícil probar la exactitud de las hipótesis sobre la *ratio* de una regulación. Queriendo probarlo con respecto a un sistema jurídico de referencia, podríamos encontrar confirmaciones, pero también motivos de duda, acerca de si el sistema normativo se caracteriza por numerosas excepciones, o por ambigüedad en las intenciones legislativas, o por diferentes pautas interpretativas adoptadas en la práctica judicial.

Otra dificultad es que comparamos legalmente casos o supuestos, no cosas. La pala eólica es similar a una rama. Pero tenemos que comparar el caso en el que la rama se desborda y el caso en que la pala eólica se desborda. Si reconsideramos ciertas definiciones del argumento analógico como la de Iacona, nos damos cuenta de que contemplan la comparación entre dos o más *cosas*. Pero la complejidad de la analogía jurídica también radica en que en esta consideramos *casos*, no cosas simples. Y es que los casos se caracterizan por la interacción entre las cosas y los agentes que las utilizan. Por tanto, hay que comparar casos¹⁷ y esto significa que los elementos involucrados deben ser considerados por lo que determinan a la luz de los intereses jurídicos de los sujetos involucrados, en el marco de un ordenamiento jurídico con pluralidad de principios y valores en juego.

C. ¿Una *ratio* compuesta?

Para concluir con el caso de los aerogeneradores, dije más arriba que, si la *ratio* fuera la protección del pleno disfrute del espacio aéreo, entonces habría “identidad de razón” entre los casos; que en cambio no existiría si la *ratio* de la norma fuera la compensación de la nutrición que los árboles obtienen del suelo, más precisamente del terreno vecino. Esta segunda hipótesis sobre el objeto de la norma debe articularse con las facultades garantizadas al titular del fundo víctima de la inmisión de conformidad con el art. 592 del Código español. El titular puede cortar las raíces que se extienden en su suelo por su propia iniciativa. Ahora bien, se puede explicar y justificar la regulación tradicional del derecho aragonés con la idea de proteger la planta y su producción, ya que cortar ramas y raíces puede comprometer su salud y fruto. De ser así, la idea básica sería la de equilibrar el valor de la planta, por un lado, y la protección de los derechos de propiedad, por el otro, permitiendo que la víctima de la inmisión pida la mitad de los frutos. Sin

embargo, si la regulación positiva también permite el corte de raíz, significa que dicha regulación opera un equilibrio más favorable para la víctima de la inmisión.¹⁸

En la literatura sobre el tema se pueden encontrar varias ideas útiles para aclarar la cuestión de la *ratio*. Entre otros se encuentra el problema de la sombra.¹⁹ Es decir, la idea de que el perjuicio sufrido por el propietario del fundo, víctima de la inmisión, consiste en una reducción de la luz que le llega. Si este fuera el caso, el problema no estaría vinculado con el terreno ni tampoco con la ocupación del espacio como tal. Consistiría, más bien, en la reducción de la luz que se disfruta desde el fundo. Pero también se podría pensar en las hojas que caen al fundo o en otros inconvenientes que sufre su dueño. En general, a raíz de consideraciones de este tipo, se podría pensar que la *ratio* tiene una naturaleza compuesta, por así decirlo.

El carácter de la *ratio* sería compuesto porque los posibles perjuicios que sufre la víctima de la inmisión son diferentes. Ocupación del espacio aéreo, explotación de la tierra y de la nutrición que se puede obtener de ella, reducción de luz, desorden de hojas, etc. Todas estas cosas pueden incluirse en la idea de un perjuicio genérico que sufre el propietario del fundo. Pero para entender si la norma más específica sobre árboles frutales es susceptible de una aplicación analógica al caso de los aerogeneradores, es necesario comprender qué perfil de la *ratio* debe considerarse en este caso.

Si cualquier perfil de una *ratio* compuesta cuenta para calificar una similitud como relevante, entonces la Corte se equivocó al negar la posibilidad de una aplicación analógica de la regla. Si, por el contrario, solo cuentan algunos perfiles, luego, es necesario comprender cuáles y juzgar la legitimidad de la analogía en consecuencia. Y si la analogía fuera negada por buenas razones, habría que entender qué tipo de remedio o protección es aplicable al tipo de situación de que se trata, dado que en todo caso el titular del fundo víctima de la inmisión sufre una forma de perjuicio respecto de la cual el derecho está llamado a tomar posición, con algún tipo de remedio inhibitorio o compensatorio.²⁰ De hecho, si un sistema jurídico tolerara este tipo de inmisión sin tener remedios al respecto, los agentes económicos se verían incentivados a violar los derechos de propiedad ajenos, con previsibles consecuencias negativas no solo en términos de actividades económicas y costos de transacción sino también de legitimidad y credibilidad del sistema.

IV. Conclusión: interpretación teleológica y consideraciones económicas

De hecho, algunas consideraciones de análisis económico del derecho sugieren, sin em-

bargo, que la Corte de Aragón ha hecho bien en negar la posibilidad de una aplicación analógica en el caso de los aerogeneradores. Hay razones económicas que nos llevan a pensar esto.²¹ Considere qué forma de desequilibrio económico se crearía entre las partes si se pudiera disfrutar de la mitad de la energía producida sin haber contribuido a los costos de producción. Una cosa es no contribuir a los costos de mantenimiento del árbol y obtener la mitad de los frutos de las ramas superpuestas; otra es no contribuir a la construcción y mantenimiento de aerogeneradores y, sin embargo, obtener la mitad de la energía producida. La inversión económica que requiere un parque eólico es enormemente mayor que la requerida para el mantenimiento de un árbol frutal. Que la mitad de sus resultados pueda ir a quienes no han hecho nada para conseguirlos es una bendición. Es cierto que el sujeto bendito habría sufrido un perjuicio en sus derechos de propiedad. Pero es igualmente cierto que el remedio de la mitad de los frutos parece desproporcionado, estando en consonancia con una realidad agrícola y un contexto tradicional, no con esos desarrollos técnico-industriales. En resumen, el remedio invocado por el demandante resultaría en una transferencia injustificada de dinero de una parte a la otra. A menos que los decisores imaginen soluciones creativas, como la de darle la mitad de la energía al actor pero descontando la mitad de los gastos incurridos para obtenerla.

Esta idea con la que concluimos nos permite observar otra cosa interesante: en la categoría de los argumentos jurídicos que se pueden utilizar en la interpretación y aplicación del derecho, el argumento de las consecuencias económicas de una decisión no parece muy destacado. Al menos en los sistemas de derecho codificado, los argumentos que juegan un papel principal son los mencionados tradicionalmente, comenzando por los literales y los psicológicos relativos a la intención del legislador. Es cierto que las consideraciones económicas pueden entrar en la identificación y clarificación de la *ratio* de una regulación, es decir, en el uso del argumento teleológico. Pero si la aclaración de la *ratio* es concretamente problemática, como en el caso de las turbinas eólicas, entonces el argumento de las consecuencias económicas puede desempeñar el papel de un argumento complementario, que sirve para inclinar la balanza en una u otra dirección si es incierta la solución al problema planteado. O, en un sentido parcialmente diferente, el argumento de las consecuencias económicas puede ser utilizado como argumento de segundo grado, es decir, como argumento que, en la incertidumbre sobre cuál prevalece entre varios argumentos –como puede suceder entre un argumento literal, de un lado, y un argumento psicológico o teleológico, del otro– requiere elegir la interpretación y aplicación que produzca las mejores consecuencias económicas.

Referencias bibliográficas

- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio (1975), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.
- Argudo Périz, José Luis (2007), “Arboles, arbustos, aerogeneradores y relaciones de vecindad en Aragón. (A propósito de las SSTSJA de 7 de noviembre de 2001 y 6 de julio de 2005)”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, vol. 13, pp. 141-162.
- Atienza, Manuel (2006), *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona.
- _____ (2013), *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid.
- Canale, Damiano y Tuzet, Giovanni (2016), “What the Legislature did not Say. Legislative Intentions and Counterfactuals in Legal Argumentation”, *Journal of Argumentation in Context*, vol. 5, pp. 249-270.
- _____ (2020), *La giustificazione della decisione giudiziale*, 2ª ed., Giappichelli, Torino.
- Chiassoni, Pierluigi (2011), *Técnicas de interpretación jurídica*, trad. de Pau Luque y Maribel Narváez, Marcial Pons, Madrid.
- _____ (2019), *Interpretation without Truth. A Realistic Enquiry*, Springer, Cham.
- Fuller, Lon L. (1969), *The Morality of Law*, nueva ed., Yale University Press, New Haven.
- Guastini, Riccardo (2018), *Interpretar y argumentar*, 2ª ed., trad. de Silvina Álvarez, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Iacona, Andrea (2005), *L'argomentazione*, Einaudi, Torino (nueva ed. 2010).
- Levi, Edward H. (1948), “An Introduction to Legal Reasoning”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 15, pp. 501-574.
- Martínez Martínez, María (2013), “Inmisión de raíces y ramas, distancias entre plantaciones, paso y andamiaje por razón de obras, uso de pared medianera y paso natural de aguas pluviales. Según los artículos 537 a 544 del Código del Derecho Foral de Aragón”, en Bayod, Carmen ed.), *Derecho civil patrimonial aragonés*, Institución “Fernando el Católico”, Zaragoza, pp. 63-97.
- Sinnott-Armstrong, Walter y Fogelin, Robert (2010), *Understanding Arguments. An*

Introduction to Informal Logic, 8ª ed., Wadsworth, Belmont.

Tuzet, Giovanni (2018), “L’analisi economica come argomentazione giuridica”, *Teoria Jurídica Contemporanea*, vol. 3(2), pp. 97-122.

_____ (2020a), *La prueba razonada*, Zela, Puno.

_____ (2020b), *Analogia e ragionamento giuridico*, Carocci, Roma.

Velluzzi, Vito (2019), “Linguaggio ordinario, tecniche interpretative e autoriciaggio. Un’analisi della sentenza della Corte di Cassazione, Seconda sezione penale, 29 marzo 2019, n. 13795”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, vol. 19, n. 2, pp. 305-318.

Agradecimientos

Una versión anterior de este trabajo fue presentada en un seminario web organizado por Santiago Ortega para la Universidad Espíritu Santo (UEES) de Ecuador (noviembre de 2020); quiero agradecer las ideas que me brindaron los participantes. Además, quiero agradecer a dos revisores anónimos de esta revista por sus precisos comentarios.

Notas

- 1 Sobre el razonamiento probatorio, permítame referirme a Tuzet, 2020a.
- 2 Una versión anterior del trabajo es parte del cap. 2 de Tuzet, 2020b, al que reenvío para más consideraciones generales y referencias bibliográficas.
- 3 Véase Guastini, 2018; cf. Canale y Tuzet, 2020. Ver también Atienza, 2006, sobre el derecho como argumentación.
- 4 Sobre lagunas, véase Alchourrón y Bulygin, 1975, caps. 6 y 8. Cf. Chiassoni, 2011, cap. 3, y 2019, cap. 7.
- 5 Para más detalles, véase el cap. 3 de Tuzet, 2020b.
- 6 Otra cuestión interesante, que no puedo abordar aquí, es la posibilidad de extender análogicamente el derecho penal en virtud de un *principio constitucional* de igualdad. Por ejemplo, extender la sanción por discriminación racial (*source*) a la discriminación homofóbica (*target*), asumiendo que en ambos casos existe discriminación contra una clase de personas y que la regulación debe ser la misma desde el punto de vista constitucional.
- 7 Para más detalles sobre el contexto histórico y normativo, véase Martínez Martínez, 2013.
- 8 Cabe señalar también que el artículo 896 del Código italiano se entiende sin perjuicio de las regulaciones y costumbres locales en ambos casos (ramas y raíces) y en el segundo párrafo se establece, siempre en ausencia de usos contrarios, que los frutos naturalmente caídos de las ramas que sobresalen en el fundo del vecino pertenecen al propietario del

terreno sobre el que cayeron. Este último caso es diferente del comentado en el caso aragonés, ya que en el texto italiano solo se habla de los frutos “caídos naturalmente” y la propiedad de los mismos se atribuye íntegramente al propietario del terreno sobre el que cayeron, mientras que en el caso aragonés se trata de todos los frutos de las ramas extendidas sobre el fundo vecino y la mitad de ellos se atribuye al sujeto víctima de la inmisión.

- 9 ¿Las facultades antes mencionadas se aplicaban por igual a los árboles frutales y no frutales? Una de las novedades del art. 539 es que distingue claramente los casos de árboles no frutales (n° 1) y frutales (n° 2) y que las facultades para solicitar el corte de las ramas y efectuar el corte de raíces son válidas para estos últimos solo en el caso de “perjuicio” a la propiedad víctima de la inmisión; el dueño de esta puede proceder a cortar las ramas por sí mismo si el vecino no procede dentro de un tiempo razonable (n° 3); el corte de ramas y raíces debe realizarse en las formas y tiempos más adecuados para la conservación del árbol (n° 4).
- 10 Así, Argudo Périz, 2007: 143.
- 11 Sin embargo, podría preguntarse si realmente hubo una laguna normativa, es decir, si el caso no contaba ya con una regulación jurídica, por ejemplo, a través de otros textos sobre inmisiones, o posiblemente a través de otras vías como la responsabilidad extracontractual. Si así fuera, los jueces se equivocaron al preguntarse acerca de la posibilidad de recurrir a la analogía cuando no existía una laguna.
- 12 La fuerza de este último argumento es limitada: que el legislador no intervino puede significar varias cosas, incluida la intención de no cambiar la legislación vigente o el acuerdo tácito a su extensión jurisprudencial. Véase Canale y Tuzet, 2016: 255. Véase también Levi, 1948: 538-539, sobre el silencio legislativo, así como Fuller, 1969: 231 sobre el papel de las intenciones legislativas y Velluzzi, 2019: 313-315 sobre cómo concebir e identificar tales intenciones.
- 13 Así también Atienza, 2013: 178: “en relación con la analogía, la clave está en si las propiedades que tienen en común el caso C y el caso C’ son realmente las propiedades esenciales”.
- 14 En su segundo párrafo (análogamente al art. 14 de las disposiciones preliminares del Código italiano) el art. 4 del Código español establece que las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplican a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.
- 15 Iacona, 2005: 66.
- 16 Iacona, 2005: 67. Cf. Sinnott-Armstrong y Fogelin, 2010: 267-271, quienes en la gran distinción entre argumentos deductivos e inductivos consideran a los analógicos entre estos últimos, como más o menos fuertes en función de la importancia de las similitudes, su número, la presencia o ausencia de diferencias, y las afirmaciones planteadas por las conclusiones.
- 17 Téngase en cuenta también que, aunque suena natural decir que dos casos son similares,

suenan menos natural decir, al menos en italiano, que los casos tienen una propiedad en común. La impresión se explica por el hecho de que normalmente, desde un punto de vista lógico, atribuimos propiedades a las cosas y no a los casos. Sin embargo, mantendré esta forma de caracterizar la analogía (en términos de propiedades comunes que determinan la similitud), ya que tiene la virtud de ser simple y clara desde un punto de vista lógico.

- 18 Algunos de estos perfiles han sido aclarados por la nueva formulación de la regla (ver *supra*, nota 9). Pero el “prejuicio” mencionado en el n° 2 del nuevo artículo (para el ejercicio del derecho a solicitar el corte de las ramas o el derecho al corte de las raíces) es muy indeterminado.
- 19 Argudo Pérez, 2007: 143-146.
- 20 Obviamente, esto se aplica en abstracto, no en concreto: en abstracto es importante entender qué respuesta proporciona el sistema para el tipo de pretensión; en concreto la respuesta dependerá del tipo de pretensión del demandante.
- 21 Estos motivos, expuestos por uno de los jueces aragoneses, se recogen en Argudo Pérez, 2007: 153-154 (texto y nota 13). Sobre el análisis económico como argumentación, véase Tuzet, 2018.

Recepción: 18 noviembre 2020

Revisión: 3 marzo 2021

Aceptación: 5 marzo 2021