

ANALOGIA «SECUNDUM CONSTITUTIONEM»

Javier Jiménez Campo

Catedrático de Derecho Constitucional

INTRODUCCION

1. El postulado lógico-jurídico de la plenitud del ordenamiento ha recibido un nuevo fundamento positivo con la entrada en vigor de la Constitución, dos de cuyos enunciados sustantivos (principios de «libre desarrollo de la personalidad», en el artículo 10.1, y de igualdad ante la ley, en el artículo 14) han venido a dotar de sentido constitucional, respectivamente, a uno y a otro de los argumentos tradicionales (*a contrario* y *a simili* o *a pari ratione*) que ayudan a realizar, en el proceso de aplicación del Derecho, aquella postulada exigencia.

Así es, sin duda, en cuanto al primero de los citados principios constitucionales, entroncado tanto en el valor *libertad* que proclama el artículo 1.1 de la norma fundamental como en el principio mismo de *legalidad* (arts. 9.3 y 25.1), y en cuya virtud adquiere relevancia y vigor constitucionales el adagio *silentium legis libertas civium*. Por decirlo con las palabras del Tribunal Constitucional, «el principio general de libertad que consagra la Constitución en sus artículos 1.1 y 10.1 autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos y condiciones determinadas» (STC 93/92, Fund. jurídico 8.º que viene a reiterar lo dicho por la STC 83/84, Fund. jurídico 3.º). Se impone así, con fundamento en la propia Constitución, una interpretación y aplicación estrictas de las reglas legales que limitan o vinculan «la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles» (STC 89/87, Fund. jurídico 2.º).

2. También el argumento *a simili* (y, con él, el recurso a la integración analógica) tiene hoy, según creo, un fundamento constitucional, de tal manera que el empleo o rechazo de la analogía ha de ser, en

determinados casos, valorable y enjuiciable a la luz de la Constitución y, específicamente, de lo que enuncia su artículo 14¹. Sobre tal conexión entre Constitución y argumento analógico versan estas notas, en las que pretendo, tan sólo, destacar, de modo esquemático, el valor de la analogía como instrumento de realización de la igualdad ante la ley en nuestro Derecho y apuntar, al tiempo, la intervención y el control que, a tal efecto, pueden corresponder al Tribunal Constitucional. Limitándome a destacar aquello y a apuntar esto último permaneceré, desde luego, en la periferia de un problema que pide tratamiento más hondo, siquiera sea por la condición siempre polémica del concepto mismo de analogía y de los que están a él ligados². Quede para otra ocasión ese estudio más denso, que yo no estoy, ahora, en condiciones de realizar.

En las observaciones que siguen se citan y comentan algunas resoluciones del Tribunal Constitucional que me han parecido significativas en orden a resaltar la dimensión constitucional de la analogía, resoluciones en las que el Tribunal enjuicia o, cuando menos, considera el empleo de este instrumento por la jurisdicción ordinaria o bien realiza por sí, a veces, esa misma integración de la ley, a fin de remediar una situación que, de otro modo, resultaría contraria al principio de igualdad. La referencia a tales resoluciones se justifica sólo, sin embargo, en su singularísimo valor jurídico (arts. 1.1, 38, 40 y 87.1 de la LOTC y art. 5.1 de la LOPJ) y no descansa, por lo tanto, en la opinión —que sería equivocada— de que los problemas de la analogía *secundum constitutionem* se planteen exclusiva o preferentemente ante la jurisdicción constitucional. Tampoco sería correcto, por lo demás, estimar que esta jurisdicción cuenta, al resolver recursos de amparo, con facultades superiores a las que ostenta el juez ordinario cuando se ve enfrentado al dilema de integrar o no, mediante la analogía, una aparente laguna de la ley. Todo cuanto puede hacer el Tribunal Constitucional, al juzgar en amparo, está también al alcance del juez ordinario.

¹ Es claro que ese enjuiciamiento se hace también posible en virtud de lo dispuesto en otros preceptos constitucionales. Así ocurre, como es harto sabido, con los límites ex artículo 25.1 de la Constitución a la proyección de la analogía *in peius* en el ámbito penal, sobre los que no trataré aquí (cfr., por todas, SSTC 75/84 y 199/87, Fund. jurídico 5.º de una y otra resolución). En cuanto a la integración analógica en el ámbito procesal-penal, cfr. ATC 1167/87, Fund. jurídico 2.º.

² No se busque aquí, por lo tanto, aportación alguna a ese debate doctrinal, sobre el que puede consultarse con provecho, en nuestra doctrina, la obra de José M.º Rodríguez Paniagua, *Ley y Derecho. Interpretación e integración de la ley*, Madrid, 1976, en especial su Capítulo VII («La analogía jurídica»), pp. 107 y ss. y la de Manuel Atienza Rodríguez, *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, 1.º ed., Madrid, 1986. Un reciente y bien elaborado panorama del estado de la discusión dogmática puede verse, también, en la obra de Francesco Romeo, *Analogia. Per un concetto relazionale di verità nel diritto*, Padua, 1990.

EL DEBER JUDICIAL DE INTEGRAR LAS LAGUNAS DE LA LEY Y SU POSIBLE CONTROL CONSTITUCIONAL

3. La formulación imperativa del artículo 4.1 del Código Civil («Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón») expresa ajustadamente que la integración por esta vía del ordenamiento resultará obligada para el órgano judicial... siempre que se dé el supuesto, normativo y axiológico, al que aquel precepto se refiere³. Y ya que la analogía es uno de los modos de realizar la igualdad en el proceso de aplicación del Derecho, no resulta tampoco arduo argumentar que aquella exigencia legal —apreciada por la doctrina mucho antes de la reforma del Título Preliminar del Código Civil⁴— ha quedado reforzada por lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución, presentándose así la integración analógica como un expediente útil, en no pocos casos, para evitar lo que devendría, de no acudirse a ella, un trato discriminatorio. Que esto sea así no parece requerir, como digo, argumentación mayor y es, en todo caso, algo que no ha dejado de afirmar —con cautela primero, después con toda resolución— el Tribunal Constitucional. Así, en la STC 109/88, tras el planteamiento de la duda metódica («podría cuestionarse... si el artículo 14 de la Constitución puede imponer la aplicación por analogía de determinadas normas legales y reglamentarias a supuestos no contemplados especialmente por ellas»), observó el Tribunal que:

«Esta pregunta no puede recibir una respuesta categórica, aunque pueda por lo general admitirse que tal modo de interpretación o integración por vía analógica puede ser un instrumento idóneo para rectificar un trato discriminatorio —y por ende contrario al artículo 14 de la Constitución— que a través de otro tipo de interpretación se produjera» (Fund. jurídico 2.º).

Con nitidez mayor reiteró el Tribunal, dos años después, esta última apreciación:

«(...) la Constitución, en virtud de la supremacía que tiene sobre todo el ordenamiento, es el “contexto” obligado al que ha de referirse la aplicación de las leyes, teniendo, por ello, los Jueces y

³ «El procedimiento analógico es de aplicación necesaria por los Tribunales», observa Antonio Gullón Ballesteros en su comentario a este artículo 4.1. *Comentario del Código Civil*, vol. I, Madrid, 1991, p. 30.

⁴ En su *Derecho Civil de España* (1949) señalaba Federico de Castro y Bravo que «en nuestro Derecho es viable el recurso de casación por infracción de ley cuando no se da a una disposición o conjunto de disposiciones la eficacia amplia (analogica) que impone su *ratio*». Cito el pasaje por la reimpresión de esta obra (Madrid, 1984), en cuya pág. 484 aparece.

Tribunales el deber de ejercer su función jurisdiccional de conformidad con los valores, principios y derechos constitucionales y ello no sólo en los supuestos de interpretación declarativa de las normas jurídicas, sino también en la llamada “interpretación integradora”, cuando así lo imponga la adecuación de la norma a la Constitución y, muy especialmente, a los derechos fundamentales y libertades públicas que la misma reconoce y consagra» (STC 103/90, Fund. jurídico 2.º).

El criterio hermenéutico de la interpretación conforme a la Constitución, enunciado por el Tribunal Constitucional desde la primera hora, y recogido después —en norma meramente declarativa— por el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 5/1985, del Poder Judicial, se ve así prolongado en esta exigencia de la analogía *secundum constitutionem*, que, en mi opinión, puede decirse ya tan firmemente asentada como aquel criterio en la jurisprudencia constitucional: «Las leyes han de ser interpretadas —y, en su caso, integradas— a la luz de la Constitución» (STC 167/91, Fund. jurídico 3.º).

Pero la analogía, cualquiera que sea su definición dogmática, no es un procedimiento más de interpretación de enunciados legales, sino el instrumento que mejor expresa —junto con el recurso a los principios generales⁵— la colaboración *creadora* del juez con la ley en el proceso de realización del Derecho. Desde la perspectiva constitucional que aquí interesa, el recordatorio ahora de esa obviedad (que integrar la ley es cosa distinta a interpretarla) conduce, de inmediato, al planteamiento de dos problemas, ya nada triviales, sobre los que intentaré decir algo en lo que sigue. Uno de esos problemas, de carácter jurídico-sustantivo, es —enunciado del modo más simple— el de cuáles sean los supuestos en los que se justifica y es debida, por imperativo constitucional, la integración analógica de la ley, cuestión que plantea, a su vez, la necesidad de precisar los límites que enmarcan tal labor integradora, que no debiera —cabría, acaso, argüir— concluir en una alteración de las reglas, constitucionales y legales, que disciplinan el control de normas ni, en concreto, en una conversión del juez ordinario en *dominus* de la ley, so pretexto de la Constitución. El otro es un problema procesal-constitucional: admitido que, en ciertas hipótesis, la analogía puede ser un medio apto para evitar resultados inconstitucionales en la aplicación de la ley, ¿qué tipo de control jurisdiccional habilita el ordenamiento a fin de garantizar que tal posibilidad se realice efectivamente?; ¿qué tipo de fiscalización —en concreto— le corresponde al Tribunal Constitucional sobre las resoluciones judiciales que hacen aplicación del argumento analógico o que omiten su posible empleo?

⁵ La llamada analogía *iuris* es también, por lo demás, «un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios generales del Derecho», como recuerdan Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón en su *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, 1982 (4.ª ed.), pp. 213-214.

En qué consista el deber de integración analógica parece, ciertamente, cuestión previa a la de cuáles sean los medios para garantizarlo, aunque la lógica del funcionamiento de las instituciones aconseja a veces, y a mi juicio ahora, un método de exposición distinto al que prescribiría la lógica formal. Me ocuparé en primer lugar, por tanto, de las condiciones en que puede llevarse a cabo por el Tribunal Constitucional, como juez de amparo, un control sobre el correcto empleo por los órganos jurisdiccionales del argumento analógico.

4. Aún son pocos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional recaídos en recursos de amparo en los que se controvertió el posible empleo reparador de la analogía para evitar la discriminación aducida por el demandante. Cabe apreciar ya en ellos, con todo, dos líneas jurisprudenciales ante la cuestión de la posibilidad y límites de un control constitucional de las resoluciones judiciales impugnadas con tal fundamentación. Una y otra orientación no difieren, desde luego, en punto a la apreciación del valor del instrumento analógico a fin de prevenir posibles resultados discriminatorios en la aplicación de la ley, sino en lo relativo, más bien, a las posibilidades de la jurisdicción constitucional para sustituir o rectificar la apreciación judicial que condujo, en el proceso *a quo*, al empleo o rechazo de la analogía. Son razonamientos, por lo demás, cuya expresión jurisprudencial no puede exponerse aquí en términos históricos o «evolutivos», pues ambos, como en seguida mostraré, se entreveran en la doctrina constitucional de los últimos años e incluso también, a veces, en algunas de las resoluciones que cabe aquí citar.

a) La primera es, para decirlo en breve, una línea jurisprudencial reticente a la posibilidad de que el Tribunal Constitucional llegue a sustituir con su propia apreciación la que mostró el juez ordinario al desechar u omitir el empleo de la analogía ante un alegato de discriminación. No descarta el Tribunal, naturalmente, que la desigualdad de trato expuesta en el recurso pudiera haber sido paliada, en estos casos, a través de una integración analógica de enunciados legales «incompletos», pero sí desecha la posibilidad de fiscalizar, desde ese enfoque, la resolución jurisdiccional. Esto no significa otra cosa, como bien se comprende, que cargar el peso de la discriminación acaso constatable sobre la «omisión» normativa, no sobre la jurisdiccional. El modelo o esquema de la *desigualdad en la ley*, no en la aplicación de la ley, es, pues, el que se afirma.

Haré una breve referencia a las tres resoluciones de amparo en las que se ha expresado, con mayor claridad, este tipo de razonamiento.

En la *Sentencia 202/87*, el Tribunal hubo de responder a un alegato de discriminación fundamentado, entre otras consideraciones, en la tesis de que el órgano judicial debió haber dispensado al demandante de la carga de prestar caución para la anotación preventiva de la demanda hipotecaria, dispensa cuya razón se argumentó en la deman-

da por referencia a la posible extensión analógica de lo previsto, de haberse concedido justicia gratuita, en orden a los depósitos para recurrir (art. 30.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El alegato estaba, desde luego, manifiestamente desprovisto de razón, pero lo que aquí me interesa reseñar es la comprensión que el Tribunal mostró, en su respuesta, sobre las posibilidades de control que permite el recurso de amparo ante una queja por indebida omisión de la integración analógica (Fund. jurídico 4.^o):

«Porque exigir (...) que lo que el Juez debiera haber hecho era eximir de fianza al demandante, aplicando el artículo 30 LEC, por analogía, con todo lo que este método de integración normativa tiene de excepcional o, en el mejor de los casos, de subsidiario (art. 4.1 Código Civil) sería ir más allá de lo que la tutela judicial postula y de lo que a este Tribunal compete, en tanto en cuanto se trata de un problema de legalidad ordinaria, no ya por lo que se refiere a los supuestos de hecho, cuya semejanza es inexcusable para la integración analógica, sino a la apreciación judicial de esos hechos y de la “identidad de razón” (art. 4.1 CC citado), que es, asimismo, imprescindible que concurra en dichos supuestos semejantes, en el sentido de que postulen el mismo tratamiento en Derecho.»

En la *Sentencia 109/88*, antes citada, el Tribunal conoció de una pretensión de amparo en la que, de modo explícito, se formulaba la queja por inaplicación de la integración analógica en el supuesto enjuiciado por la jurisdicción laboral. La Magistratura de Trabajo había acogido la tesis de la demandante en orden a su inclusión en el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico, inclusión que se consideró posible no obstante la inaplicabilidad de tal Régimen a los familiares del empleador, como era el caso, y en virtud de la extensión a la actora (empleada de una religiosa) de la excepción a la exclusión prevista por la propia norma (Decreto 2346/69, art. 3.^o) para «los familiares del sexo femenino de sacerdotes célibes». Esa integración analógica fue después desautorizada por el Tribunal Central de Trabajo en resolución anulatoria de la de instancia, que fue ya la recurrida en amparo. Lo importante ahora no es tanto la solución dada al caso por el Tribunal Constitucional⁶ cuanto la argumentación por él expuesta ante la posibilidad de supervisar, en sede constitucional, el empleo hecho por la jurisdicción ordinaria del argumento analógico. El Tribunal no duda de la virtualidad de tal argumento para superar una posible situación de discriminación, pero sí de su competencia para sobreponer el propio juicio, a tal efecto, al que expresaron los juzgadores ordinarios:

⁶ Solución entonces desestimatoria del recurso de amparo. Para la jurisprudencia constitucional posterior sobre dicho problema, cfr. SSTC 79/91, 92/91 y 59/92.

«Desde el punto de vista de esta jurisdicción constitucional el problema consiste (...) en delimitar hasta qué punto la opción por unas u otras variantes de un texto normativo, llevadas a cabo por Jueces y Tribunales, entraña vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas de los justiciables. La respuesta a este interrogante debe ser negativa, pues es preciso entender que la vinculación a la ley y al derecho de los órganos del Poder Judicial les obliga y al tiempo les faculta para llevar a cabo las operaciones de interpretación y aplicación de las normas jurídicas, sin que tales operaciones interpretativas o de aplicación puedan generar otra vía de revisión que la que se produzca dentro del propio sistema del Poder Judicial, a través de las vías de recursos ordinarios enderezados a la revisión de tales interpretaciones y a la unificación de la jurisprudencia, salvo en los casos en que afecten a derechos fundamentales y libertades públicas» (Fund. jurídico 2.º).

Es del todo claro que esta afirmación de *self-restraint* por el Tribunal debía conducir a situar el origen de la discriminación acaso constatable no en la resolución judicial que rehusó colmar la laguna de la norma, sino en la norma misma, con lo que la cuestión de la «laguna» pasaba a ser ya la de la «omisión» reglamentaria y la de la desigualdad en la aplicación de la ley a presentarse como cuestión de una posible desigualdad en la ley. Así lo dijo expresamente el Tribunal, después de reconocer, como antes vimos, la virtualidad de la analogía para paliar situaciones discriminatorias:

«(...) en tal caso es lo cierto que no nos encontraríamos ante una violación del artículo 14 de la Constitución que lleva a cabo directamente el órgano jurisdiccional y que puede residenciarse en el amparo constitucional por la vía del artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sino que se trata de una vulneración originada por la norma misma que, en un caso como el presente, en cuanto norma de carácter reglamentario, hubiera debido encauzarse por la vía del artículo 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional» (*ibidem*).

La tercera resolución a la que interesa, en fin, hacer referencia es la *Sentencia 209/88*, dictada en recurso de amparo promovido contra un acto de aplicación del régimen legal de acumulación de rentas de la unidad familiar a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, resolución ésta que, al estimar el recurso de amparo, dio origen al enjuiciamiento de aquella legislación (art. 55.2 de la LOTC) y a las declaraciones de inconstitucionalidad con que concluyó la *Sentencia 45/89*. Se recordará quizá que en aquel recurso de amparo el demandante adujo, entre otros argumentos, el de haber resultado discriminado al habersele impuesto por la Administración tributaria el deber de

declaración conjunta para el período del año 1980, pese a haber contraído matrimonio sólo al término de ese ejercicio (el 27 de diciembre), discriminación que sería patente por contraste con los supuestos de disolución o separación matrimonial, en los que el artículo 24.7 de la Ley 44/1978 disponía el fraccionamiento del período impositivo. En el undécimo fundamento de su Sentencia el Tribunal hizo, ante tal alegato, dos sumarias consideraciones. Constató en la primera que la regla legal según la cual la fecha de devengo del impuesto sería el 31 de diciembre de cada año «no se acompaña, en la propia Ley, de excepción alguna para casos como el presente, y ello pese a que tal excepción habría tenido una razón idéntica a la que subyace en el supuesto previsto en el artículo 24.7 (...), regla esta última que, por su parte, la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona no estimó que pudiera ser analógicamente aplicada al recurrente (art. 4.1 del Código Civil)». La valoración del Tribunal ante la falta de apreciación por el órgano judicial *a quo* de tal *identidad de razón* entre la consecuencia legalmente prevista para un supuesto y la que podría haber colmado esa laguna fue, sin embargo, la siguiente:

«No le corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre el uso que los órganos judiciales hagan de la integración analógica, pero sí debe hacer constar que el resultado al que aquí se llegó, impidiéndole al actor la realización de una declaración individual para el período en el que aún no había contraído matrimonio, tampoco se acomodó a las exigencias de la igualdad, medida ésta por referencia a la previsión que la propia Ley establece para los casos de disolución o separación matrimonial» (Fund. jurídico 11).

El Tribunal no se consideró con facultades, por lo tanto, para enjuiciar la aplicación jurisdiccional de la Ley en este caso, a mi juicio claro, de laguna, ni para colmar por sí, tampoco, el vacío normativo causante de la discriminación. La consecuencia, de nuevo, no podía ser otra, una vez estimado el recurso también por esta causa, que la de enjuiciar la Ley misma por tal «omisión» inconstitucional, enjuiciamiento que, como bien se sabe, concluyó con un pronunciamiento de inconstitucionalidad, no sin que antes reiterara el Tribunal, implícita pero inequívocamente, su anterior apreciación sobre el alcance reparador que aquí hubiera tenido la extensión analógica del precepto contenido en el artículo 24.7 de la Ley 44/78: «es patente que de la *ratio* de tal singularización no se extrajeron todas las consecuencias, pues el mismo fundamento existente para el fraccionamiento del período impositivo en la hipótesis de extinción de la unidad familiar se aprecia cuando de lo que se trata es de la constitución, por matrimonio, de esa misma unidad, no siendo discernible razón alguna que pudiera justificar la falta de previsión de tal supuesto a efectos de reconocerle idéntica trascendencia» (Fund. jurídico 10 de la STC 45/89; cfr., también, el punto 3.º del Fallo de esta Sentencia).

b) En otras resoluciones, sin embargo, no ha dudado el Tribunal Constitucional en enjuiciar el empleo o rechazo de la analogía por los juzgadores ordinarios.

La primera ocasión en la que se llevó esto a cabo no fue, sin embargo, para restablecer, por obra de la analogía, la igualdad menoscabada, o no garantizada, en vía judicial, sino para asegurar otro derecho fundamental (derecho a la tutela judicial efectiva *ex* artículo 24.1 de la Constitución) frente a la lesión sufrida en virtud de una aplicación del argumento analógico que se estimó incorrecta en sede constitucional. La *Sentencia 148/88*, en efecto, conoció de un recurso de amparo dirigido contra determinada resolución judicial que denegó la nulidad de actuaciones en juicio hipotecario con el argumento de que al auto de aprobación del remate le era de aplicación la regla del artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que permite la anulación de los actos procesales causantes de indefensión, siempre y cuando no hubiera recaído «sentencia» definitiva. El órgano judicial estimó que entre aquel auto de aprobación del remate y la «sentencia» a la que se refiere el citado artículo 240.2 había —en sus palabras— «cierta analogía», derivando de ello la consecuencia de que la petición de nulidad de actuaciones formulada por quien había sufrido indefensión resultaba inviable. Se trató —como bien se ve— de una proyección de la analogía en disfavor del más pleno ejercicio del derecho fundamental (de un caso, en rigor, de analogía *contra constitutionem*) y el Tribunal Constitucional, concediendo el amparo, no dejó de estimarlo así, tras constatar que «lo que el Auto impugnado hace es una aplicación analógica de la norma restrictiva» (Fund. jurídico 5.º). Conviene reproducir aquí la fundamentación que el Tribunal dio a este control, en una cierta equidistancia entre la tesis que en el apartado que antecede he comentado y la ya más propicia a admitir una fiscalización de este género:

«Si la analogía como medio de integración normativa es un método o procedimiento delicado, pues en definitiva no es más que el uso de un argumento lógico, habría que exigirse en su aplicación, por evidentes razones de seguridad y certeza jurídica, un mayor rigor y cuidadoso empleo. Esto es aún más claro y evidente cuando se está en presencia de derechos constitucionales y cuando la integración por analogía puede repercutir en su ejercicio y reconocimiento en la realidad. No se trata de revisar esa aplicación judicial del Derecho, sino de hacer que ésta cumpla también los fines que la Constitución consagra, entre ellos el de la tutela efectiva sin indefensión, que pide y exige que todas las normas han de ser interpretadas y aplicadas en el sentido más favorable para el ejercicio de esos derechos, sin hacer uso de interpretaciones restrictivas que lo disminuyan o menoscaben» (*ibidem*).

Ninguna razón discernible existe, sin embargo, para controlar en el recurso de amparo el uso de la analogía acaso contrario a un derecho

fundamental y no hacer otro tanto si lo que en la demanda se aduce es, más bien, la indebida omisión, por el juzgador, del empleo de aquel instrumento. Al margen de algún peculiar precedente al que más adelante me referiré (STC 253/88), ese paso lo dio, resueltamente, la *Sentencia 103/90*, el caso hasta hoy más nítido de empleo de la analogía a fin de reparar una situación de discriminación. En el proceso previo al amparo constitucional, la jurisdicción laboral había denegado al actor su pretendido derecho a ser indemnizado por la resolución de su contrato de trabajo, toda vez que la especialidad de su relación laboral (Jefe de Máquinas de Buques Arrastreros) le situaba al margen del Estatuto de los Trabajadores y porque, de otra parte —esto es aquí lo relevante—, tampoco le sería de aplicación la normativa reguladora del personal de alta dirección (RD 1382/85), en la que sí se preveía tal derecho de indemnización. El resultado vino a ser, pues, que el demandante, y con él las personas de su categoría profesional, quedaban, sin más, privados de indemnización en caso de despido.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional concedió el amparo pedido con cita del principio de igualdad y reconoció al actor el derecho a percibir una indemnización en los términos y cuantía dispuestos por aquel Decreto 1382/85. El juicio negativo sobre el proceder aquí de la jurisdicción laboral y la afirmación del necesario empleo de la integración de lo que así se vio como laguna se expusieron de este modo en el Fundamento 4.º de la Sentencia:

«(...) resulta claro que el no haber acudido los órganos judiciales a esta interpretación integradora o analógica, que le hubiera autorizado aplicar la norma de modo más favorable a la efectividad del derecho fundamental, constituye una vulneración del mismo en la medida en que, aun siendo razonable la decisión judicial en estrictos términos de legalidad ordinaria, no se tuvo en cuenta que, o se aplicaba el Real Decreto 1382/1985 por la indicada vía analógica, o se causaba al demandante una discriminación, cuya realidad es reconocida por la propia jurisdicción».

La corrección de la resolución impugnada desde el punto de vista de la «legalidad ordinaria» (esto es, desde el parámetro de razonabilidad que impone el artículo 24.1 de la Constitución) nada dice, por lo tanto, en contra de la posibilidad de su control a la luz de lo dispuesto en el artículo 14 de la misma norma fundamental, pues cuando la igualdad está comprometida —ésta, creo, es la *ratio* de la Sentencia— el Tribunal Constitucional puede proceder por sí, directamente, a la comparación que es premisa de la analogía y sustituir con su criterio, incluso, el que quedó expresado en la resolución objeto del recurso. La construcción difiere, como es notorio, de la expuesta en la ya citada Sentencia 109/88, a la que ésta que comento ahora invoca, con todo, como precedente.

La *Sentencia 167/91*, por último, tiene también interés a estos efec-

tos, por más que su razonamiento no sea tanto —como en los casos vistos— el de la *analogía legis* cuanto otro que parece más próximo, en cierto modo, a la *analogía iuris*: la integración de la laguna no la lleva a cabo el Tribunal por vía de la extensión al caso de la regla prevista para otro supuesto, sino a través de la deducción de la Constitución, y también de la ley, de los principios que permitieran colmar aquel vacío.

El recurso de amparo se promovió, en este último caso, contra las resoluciones administrativas y jurisdiccionales que dieron por válidas, en un determinado escrutinio electoral, cierto número de papeletas de voto, ya impresas, en las que figuraban candidatos proclamados en otra circunscripción. La aceptación y cómputo de tales sufragios se justificó, por lo que ahora importa, en la falta de mención a este tipo de irregularidad en el precepto legal (art. 96 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General) que prevé las causas de nulidad del voto, constatación ésta, sin embargo, que no impidió al Tribunal conceder el amparo pedido por quienes estimaron conculcado su derecho *ex artículo 23.2* de la Constitución en virtud de tal aplicación de la Ley. Tras enunciar en su Fundamento jurídico 3.º el criterio, ya citado, de que «las leyes han de ser interpretadas —y, en su caso, integradas— a la luz de la Constitución», la Sentencia expuso las razones constitucionales que impedían dar por buenas las resoluciones impugnadas (se vota a candidatos, no a los partidos que los proponen; la trascendencia de la operación electoral impide convalidar actos de sufragio negligentes) y concluyó en la necesaria integración de la laguna a partir de tales consideraciones de principio:

«Esta es también, como no podía ser de otro modo, la concepción de la elección que se expresa en todo el sistema de la LOREG, cuya falta de referencia expresa, en el artículo 96, a una irregularidad como la que aquí examinamos no debe ser obstáculo para privar de toda eficacia, en el acto de escrutinio, a papeletas de voto en las que no figuran candidatos proclamados en la circunscripción. La enumeración de supuestos de nulidad que contiene aquel precepto no es, desde luego, *ad exemplum*, sino tasada, pero implícita o sobreentendida en todos ellos, y también en el resto del articulado aplicable, está el que en las papeletas de voto deben figurar, como es obvio, candidatos proclamados en la circunscripción y que cuando así no sea el sufragio —en realidad inexistente— queda viciado total y absolutamente.»

5. No sería correcto, como ya apunté, enfatizar el contraste entre una y otra de las líneas jurisprudenciales que acabo de reseñar. Repárese, así, en que las Sentencias 202/87 y 109/88, pese a expresar claras reticencias sobre todo control constitucional en este punto, entraron —parece que «a mayor abundamiento»— a comparar los casos, normado y no normado, propuestos por el demandante, negaron la existencia de la postulada identidad de razón entre uno y otro y descartaron, con

ello, el reproche que por falta de integración de la supuesta «laguna» se formulara en las demandas.

La divergencia de razonamiento es, con todo, lo bastante clara como para que resulte procedente una reconsideración doctrinal en este punto, aunque no quepa aquí sino esbozarla. Contamos, en efecto, con resoluciones constitucionales que ante un mismo tipo de problema (laguna de ley no colmada en vía jurisdiccional) conducen, o pueden conducir, a resultados diversos en lo que a la imputación de la posible lesión se refiere y también en lo relativo a los remedios para repararla. En unos casos, como se ha expuesto, el empleo judicial de la integración analógica no es objeto de control constitucional, con lo que la lesión, de constatarse, se imputa no ya al aplicador del Derecho, sino a la norma aplicada. En otros supuestos, sin embargo, aquella fiscalización sí se emprende, lo que hace posible, en hipótesis, situar el *locus* de la infracción constitucional en la jurisdicción y reparar la misma, por obra directa de la sentencia de amparo, mediante la extensión analógica que pudo ser empleada, y no se utilizó, en la vía jurisdiccional ordinaria.

Mi opinión es que la vía más correcta, por más útil a los efectos del amparo, es la que se expresa —como ejemplo, ahora— en la ya citada Sentencia 103/90. Las razones de este personal criterio son las siguientes:

a) No veo claro, en primer lugar, que exista impedimento constitucional o legal para el control, en vía de amparo, del empleo o rechazo por la jurisdicción ordinaria de la analogía, cuando ésta hubiera podido prestarse a reparar una situación inconstitucional. Ese impedimento sólo podría venir dado por la consideración de que estamos, cuando de la analogía se trata, ante un problema de «legalidad ordinaria», esto es, ante un caso de aplicación del Derecho que no permitiera otro control constitucional que el de carácter «externo» que se cifra en la exigencia de *razonabilidad* identificada por el Tribunal en el casi insondable artículo 24.1, con todo lo que ello supone de reconocimiento de una insuprimible prerrogativa de estimación del Poder Judicial. No es así, sin embargo. La analogía se articula y proyecta sobre la legalidad, pero, al hacerlo, realiza —o puede realizar— principios y enunciados constitucionales y entre ellos, destacadamente, el de igualdad, para cuya preservación no cuenta el Tribunal Constitucional con otros límites que los que le marcan la Constitución y su Ley Orgánica. Enjuiciar el empleo por el juez *a quo* de la analogía no es en tales casos, según creo, entrar en el ámbito de la aplicación, más o menos correcta, de una legalidad ajena a los imperativos constitucionales, sino cuidar, por el contrario, de la efectiva garantía de la Constitución, y de la igualdad que ella enuncia, por parte del Poder Judicial (*vid.*, últimamente, STC 140/92, Fund. jurídico 2.º, donde el Tribunal considera la existencia o inexistencia de una laguna legal a efectos de la posible aplicación de la analogía).

b) Todo abogaría, si esto es así, en favor de que un problema de desigualdad en la aplicación de la ley no se convirtiera en otro, procesalmente más arduo, de desigualdad en la ley. Si la analogía pudo ser empleada para colmar una laguna normativa, lo procedente sería, parece, enjuiciar las consecuencias de su omisión en el proceso *a quo* y reparar la lesión que por ello pudiera constatarse, no «trasladar» el ilícito constitucional, por así decir, al ámbito de la norma. Hacer esto último me parece, en efecto, discutible, pues supondría: 1) reconocer un deber jurisdiccional de integración analógica en favor del derecho fundamental —que nadie discute— carente, sin embargo, de «sanción» constitucional en vía de amparo; 2) hacer viables, en relación con ello, cuestiones de inconstitucionalidad «por omisión» que no serían, en rigor, sino manifestación del rechazo u olvido por el órgano judicial del posible empleo de la analogía, y 3) plantear, en fin, todo problema de laguna que no fue colmada, y que pudo haberlo sido, como problema de «inconstitucionalidad por omisión», con las consiguientes dificultades para el fallo de la sentencia que llegara a constatar tal vicio de la norma⁷. En lo que se refiere, específicamente, a la segunda de estas consideraciones, conviene tener presente que ya en alguna ocasión el Tribunal Constitucional ha rechazado una cuestión de inconstitucionalidad en atención a que la tacha de invalidez por omisión contra determinado precepto legal respondía sólo a la inadvertencia por el órgano judicial de lo que era, en rigor, una laguna, que pudo y debió ser colmada analógicamente (STC 83/83, Fund. jurídico 2.º).

RAZON DE LA LEY Y RAZON DE LA CONSTITUCION

6. El artículo 4.1 del Código Civil prescribe la integración analógica de las normas cuando, constatada la laguna, se advierta una semejanza tal entre el supuesto no regulado y otro que sí lo está que permita aplicar al primero la previsión existente para el segundo. El «nombre» de esa semejanza suscita, como bien se sabe, no pocos problemas, tan viejos como vigentes, sobre el tipo de razonamiento que se expresa en la analogía: *identidad de razón*. Debe así el juzgador —por recordar lo obvio— indagar cuál sea el fin de la regla acaso susceptible de integración analógica, pues sólo tras la determinación de esa conexión de sentido será dable afirmar, o negar, la semejanza, en términos de *razón suficiente*, entre el supuesto anómico y el que sí es objeto de regulación expresa. Sólo entonces, por lo demás, será también posible concluir, con certeza jurídica, en la existencia o no de una «laguna», pues si la búsqueda judicial de una semejanza como la dicha no alcanza resultado la consecuencia necesaria será la de la resolución del problema

⁷ Una buena exposición general de los problemas ligados a la llamada «inconstitucionalidad por omisión» puede verse en el trabajo de M.ª Angeles Ahumada Ruiz, «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 8, 1991, pp. 169 y ss.

mediante el razonamiento *a contrario*, negando, pues, aquella apariencia de laguna.

Recuerdo lo anterior, con trazos gruesos, tan sólo para dar aquí paso a otro problema, que creo interesante, en la relación entre argumento analógico y Constitución. Admitido que puede ésta exigir el empleo, en ciertos casos, de aquel argumento, y reconocido, también, que semejante exigencia puede ser hecha valer no sólo por medio de los recursos ordinarios, sino también a través del amparo constitucional, cabe ahora plantear la pregunta acerca de si en la determinación jurisdiccional de la laguna ha de darse entrada o no a la propia Constitución. La falta de regla expresa para un cierto supuesto en el sistema legal puede zanjarse, en principio, tanto mediante el argumento *a contrario* como a través de la analogía, pero los criterios para concluir —sin arbitrios— en una u otra solución puede hallarlos el intérprete, en hipótesis, ya en «la legalidad», ya, además y sobre todo, en la Constitución, con la consecuencia, en este último caso, de que posibles discriminaciones *ex silentio*, inequívocas en el sistema de la ley, pudieran llegar a ser calificadas *ex Constitutione* de «lagunas», haciéndose así posible su integración analógica. Una solución como la que aquí acabo de apuntar sumariamente podría tener a su favor, sin duda, el argumento de la incondicionada supremacía de la Constitución y de la necesaria proyección en todo el ordenamiento, por lo tanto, de su contenido material, aunque tampoco quedaría, en principio, libre de objeciones. No sólo —cabría replicar— se acudiría entonces a una integración analógica a partir de enunciados legales claramente excluyentes (a pesar de ellos, por lo tanto), sino que se podría dar lugar, incluso, a una alteración o quiebra, por esta vía, de las reglas, constitucionales y legislativas, que ordenan el control jurisdiccional de la ley en nuestro Derecho, control en el que, como bien se sabe, ha de participar el Poder Judicial sólo como impulsor o iniciador del enjuiciamiento constitucional (art. 163 de la norma fundamental). La cuestión se plantea, en pocas palabras, de la siguiente manera: ¿puede, acaso, el juez ordinario extender analógicamente normas de ley postconstitucionales, y excluyentes *ex silentio*, con fundamento en que así lo impone el principio de igualdad?; ¿o debe, más bien, plantear, en tales casos, cuestión de inconstitucionalidad sobre la «omisión» legislativa?

Cualquier posible respuesta a esta cuestión creo que debe ensayarse sólo después de diferenciar la hipótesis que acabo de apuntar de algunas otras ya verificadas en la jurisprudencia constitucional. Son éstas:

a) El primer supuesto al que es preciso hacer referencia es aquel en el cual un precepto material de la Constitución impone tanto la apreciación de una laguna en la ley aplicable o enjuiciada como también, al tiempo, su subsanación a través de la aplicación directa de la propia norma constitucional. Esta última opera entonces como norma de interpretación de la ley (cuyas carencias, a la luz de la Constitución, no pueden calificarse de exclusiones) y como regla, simultáneamente,

que proporciona la solución del caso y la cobertura, por consiguiente, de la laguna (laguna que existe sólo desde una consideración inmanente de la ley, porque la atención a la Constitución proporciona ya al aplicador del Derecho el precepto que omitió el legislador).

Un caso en el que se quiso ver realizada esta hipótesis fue el resuelto por la *Sentencia 74/87*, dictada en recurso de inconstitucionalidad, pero cuyos razonamientos, como en seguida se verá, podrían haber sido expuestos por cualquier otro órgano jurisdiccional que se hubiera encontrado ante similar problema. El precepto legal impugnado en el recurso —por el Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco— fue el artículo 520.2.e) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, regla ésta que, por obra de una de sus reformas postconstitucionales (Ley 14/1983), reconoció el derecho del extranjero ignorante del castellano a ser asistido gratuitamente por un intérprete en las diligencias policiales a las que se hallare sujeto. Se fundamentó la impugnación en la supuesta inconstitucionalidad por omisión en que habría incurrido la Ley 14/1983 al no contemplar en el precepto citado el caso, fácticamente concebible, del español que desconociera la lengua oficial del Estado.

El Tribunal, ante tal tacha, comenzó por afirmar que el derecho configurado en la ley objeto de impugnación existía ya en el ordenamiento en virtud de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución (Fund. jurídico 3.º: «Este derecho debe entenderse comprendido en el artículo 24.1 de la Constitución, en cuanto dispone que en ningún caso puede producirse indefensión»), advertencia ésta que consideró imponía tanto la interpretación en modo acorde con la Constitución de la carencia legal (rechazo de la interpretación «excluyente» o *a contrario*) como también la aplicación al caso (a los que pudieran darse) del propio precepto constitucional. Lo dijo así el Tribunal en el Fundamento 4.º de la Sentencia:

«(...) el derecho de toda persona, extranjera o española, que desconozca el castellano a usar de intérprete en sus declaraciones ante la Policía deriva (...) directamente de la Constitución y no exige para su ejercicio una configuración legislativa, aunque ésta pueda ser conveniente para su mayor eficacia. El hecho de que la Ley impugnada (...) se refiera sólo expresamente (...) al extranjero podría ser una deficiencia legislativa, pero no supone propiamente un caso de inconstitucionalidad por omisión (...). La norma contenida en el artículo 520.2.e) es, con toda evidencia, constitucional siempre que no se interprete en sentido excluyente (...).».

Este doble y simultáneo empleo de la disposición constitucional, como regla sobre la interpretación y como norma de creación de derechos subjetivos, permitió, pues, resolver aquel recurso sin declarar la nulidad del texto impugnado, con un fallo de alcance interpretativo. El razonamiento no fue, al menos de modo explícito, de carácter analógico, pues en la argumentación de la Sentencia no resultó ser la regla legal,

en sí misma, la que proporcionó criterio suficiente para su extensión al supuesto en ella no contemplado. Incluso la exclusiva referencia a esa norma de ley pudiera haber llevado, más bien, a una conclusión *a contrario*. Se trató de un razonamiento a la vez más complejo y más simple que el que da lugar, típicamente, a la analogía. Más complejo, en tanto que se introdujo en la argumentación el «tercer elemento» que es la Constitución; pero más simple también, pues la solución final se obtuvo no tanto por extensión analógica del precepto legal a otras hipótesis, sino mediante la afirmación de la directa regulación de éstas por la norma constitucional. La Constitución, pues, «creó» aquí la laguna legal y proporcionó, al tiempo, la regla para colmarla, por más que ello se lograra, en este caso, al precio de incurrir —lo que no es defecto grave— en alguna autorreferencia lógica (la posibilidad de aplicar directamente la Constitución se fundamentó en una carencia de la ley que fue vista precisamente así —como «deficiencia», no como exclusión— en virtud de aquella misma directa aplicabilidad).

Cabe, en todo caso, preguntarse si un razonamiento próximo al que queda expuesto puede llegar a articularse cuando la eventual interpretación *a contrario* de una norma de ley contrariase no ya un precepto constitucional sustantivo, sino la regla contenida en el artículo 14 de la Constitución, que es, según se sabe, norma sobre la creación, y no de creación, de derechos subjetivos. Haré, a continuación, referencia a la respuesta que tal cuestión ha recibido en la jurisprudencia constitucional.

b) Esa respuesta se ha dado hasta ahora, sin embargo, tan sólo a propósito del Derecho preconstitucional.

La *Sentencia 253/88* estimó un recurso de amparo planteado, con cita del principio de igualdad, por quien se consideró discriminado a resultas de la denegación de su petición de pensión de viudedad, denegación motivada, en vía administrativa y jurisdiccional, en lo dispuesto por un Decreto-Ley de 1955, de conformidad con cuyo artículo 3.^o «la Caja Nacional del Seguro de Vejez e Invalidez del Instituto Nacional de Previsión concederá con cargo a sus fondos una prestación *a las viudas* de los trabajadores beneficiarios del expresado seguro» (la cursiva es, naturalmente, mía).

Se trataba, sin duda, de un supuesto en el que la norma aplicable era, atendida su propia *ratio*, inequívocamente excluyente de los varones en orden al beneficio legal de la pensión, si bien tal exclusión legal resultaba, a su vez, contraria al artículo 14 de la Constitución, vista la doctrina que sobre la discriminación entre sexos había sentado ya el Tribunal en la *Sentencia 103/83*⁸. La regla de cuya aplicación se juzgó

⁸ La *Sentencia 103/83* estimó la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social, que establecía condiciones diversas para la obtención de pensión de viudedad según el sexo del cónyuge superviviente. El Tribunal dictó aquí un fallo reorientador del texto legal, que se vio acompañado de dos votos particulares discrepantes.

en la STC 235/88 era, sin embargo, de estructura distinta a la enjuiciada en la STC 103/83, pues mientras esta última disposición establecía una *regulación diferente* para mujeres y hombres, aquella norma depuraba una tácita exclusión *ex silentio* de estos últimos. Este último rasgo le permitió entonces al Tribunal estimar el recurso de amparo mediante una argumentación que no difiere, en apariencia, de la que es propia al razonamiento analógico:

«Ciertamente es manifiesta la claridad del precepto, cuyo contenido no deja lugar a dudas acerca de la exclusión total de los viudos, pero de ello no cabe deducir la necesaria aplicación literal de la norma cuestionada. Precisamente es dicha exclusión la que se cuestionaría como contraria al derecho de igualdad ante la ley y no discriminación por razón de sexo, garantizado en el artículo 14 de la Constitución y —como recuerda el Ministerio Fiscal— la interpretación de las normas, aunque no adolezcan de oscuridad, ha de realizarse conforme a los preceptos constitucionales (...)» (Fund. jurídico 4.º).

La proximidad al razonamiento analógico de este tipo de argumentación la quiso hacer patente la propia Sentencia, que en este mismo Fundamento 4.º identificó su reelaboración del precepto legal como «interpretación integradora». Es patente, sin embargo, que lo que aquí se hizo para propiciar la extensión de la regla legal al caso del demandante de amparo no fue buscar la *identidad de razón* entre este último supuesto y el previsto en la norma a partir de la misma previsión legal, sino sobreponer al sentido que animaba al Decreto-Ley de 1955 (sentido diferenciador entre sexos) el que imperativamente deriva del principio constitucional de igualdad. La razón superior de la Constitución se impuso, así, a la que animara a aquella norma, y tal primacía del texto constitucional se expresó, también aquí, en el tratamiento como laguna de lo que no era, en el precepto legal, sino una exclusión clara y simple.

El razonamiento de la STC 253/88 me parece, desde el punto de vista de control de la legalidad preconstitucional, inobjetable. El Tribunal Constitucional hizo aquí en amparo lo que pudo y debió haber hecho antes el juez ordinario, esto es, resolver por sí la antinomia entre la Constitución y la norma de ley que le es contraria en términos favorables a la primera y determinantes, por tanto, de la inaplicación *ad casum* de la segunda. Es cierto que tal control concreto de la legalidad preconstitucional por la jurisdicción ordinaria tiene en la derogación su técnica apropiada (Disposición Derogatoria 3 de la Constitución), técnica que no hubiera podido aquí ser empleada, sin embargo, por el juez ordinario y que tampoco lo fue, desde luego, por el juez constitucional. Pero el que en casos de discriminación negativa o *ex silentio* no sea posible razonar en términos de derogación no puede llevar a una conclusión crítica ante la solución que expresa esta Sentencia constitucional, sino a ver, más bien, en la analogía el instrumen-

to idóneo para depurar el vicio sobrevenido de la norma legal, instrumento de efectos y fundamentación idénticos, en estos casos, a los de la derogación. Problema ya distinto, desde luego, es que el juez ordinario, en algún caso, no se considere habilitado para superar, de este modo, el tenor discriminatorio de la norma aplicable y que opte por suscitarse sobre ella cuestión de inconstitucionalidad «por omisión». En virtud de las consideraciones que anteceden, ésta sería, a mi juicio, la peor de las opciones. Fue, por cierto, también utilizada contra este Decreto-Ley de 1955 (cuestión de inconstitucionalidad resuelta por la STC 142/90, en cuyo fallo acordó el Tribunal «declarar inconstitucional y, por tanto, nulo el inciso del apartado primero del artículo 3 del Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955, en cuanto excluye a los viudos»).

7. La cuestión más problemática se suscita, desde luego, en relación con las reglas postconstitucionales dotadas de fuerza de ley que puedan llegar a ser consideradas por el juez ordinario (o por el Tribunal Constitucional, en recurso de amparo) discriminatorias *ex silentio*. ¿Puede, entonces, el juzgador aplicar directamente la Constitución (su art. 14) para restablecer, pese al sentido desigualitario de la ley, la igualdad quebrada?; ¿o debe, más bien, al constatar ese resultado discriminatorio, propiciar el control de la norma, en sí misma, ya a través de la cuestión de inconstitucionalidad, ya —inaplicado el precepto *ad casum* y estimado el amparo— mediante el procedimiento previsto en el artículo 55.2 de la LOTC? Importa subrayar que estas preguntas son sólo pertinentes a propósito de eventuales discriminaciones «negativas» o *ex silentio*, pues si la norma de ley tiene —cualquiera que sea su enunciado— un contenido diferenciador positivo, es del todo claro que no podrá el órgano judicial servirse del argumento analógico, con fundamento en la Constitución, para disciplinar el caso que, en esta hipótesis, resulta excluido de modo expreso. No fue, por eso, un caso de integración analógica *ex Constitutione* el resuelto por la STC 111/84, pese a que algunos pasajes de esta resolución pudieran ser entendidos de otro modo. En la Sentencia que cito, en efecto, la Sala Segunda del Tribunal estimó un recurso de amparo promovido contra resolución de la autoridad judicial militar que rechazó la declinatoria de jurisdicción planteada por la actora y que calificó tal acto de «resolución inapelable», privando así a la interesada de la posibilidad de recurrir en casación, en contra de lo que prevé para tales actos, con carácter general, el artículo 676 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta última fue la regla «extendida» entonces por el Tribunal al supuesto examinado en amparo, con argumentos aparentemente analógicos: se constató, así, «la falta de norma directa que instituya el recurso de casación contra la resolución de la declinatoria en la jurisdicción militar» y se advirtió, ante ello, que tal carencia habría sido objeción válida en contra de la viabilidad de aquel recurso sólo «en la medida que la defensa de los derechos y libertades no impusieran una reinterpretación de las normas —y hasta una integración— que determinaran la exten-

sión de la casación del artículo 676 de la LECr al caso del artículo 739 del CJM» (Fund. jurídico 6.^o). Lo cierto es, sin embargo, que tal extensión de la norma procesal común se llevó a cabo, en este caso, no a fin de cubrir una laguna legal, originaria o sobrevenida, sino para rectificar (o superar, mejor) el terminante dictado del artículo 739 del Código de Justicia Militar, de conformidad con el cual la resolución por la autoridad judicial militar de la declinatoria tendría «carácter inapelable» (vid., con relación a esta Sentencia, la STC 4/90, Fund. jurídico 3.^o).

Las preguntas planteadas más arriba pueden quizá responderse, tal y como veo las cosas, en un sentido favorable a la posibilidad de que el aplicador del Derecho colme por sí la laguna —trascendente o «ideológica»⁹— que pueda mostrar, por contraste con el principio de igualdad, la ley postconstitucional. Se justificaría lo que aquí sugiero en la necesidad de que los órganos del Poder Judicial —y el Tribunal Constitucional, como juez de amparo— se sirvieran, en plenitud, de los instrumentos que el ordenamiento ofrece a fin de acomodar a la Constitución los dictados de la ley y también en la consideración, en relación con ello, de que la analogía es remedio mejor frente a las carencias legales —más útil, quiero decir— que el que dudosamente brinda la «inconstitucionalidad por omisión» de la ley, auténtica *vexata questio*, como bien se sabe, en la jurisdicción constitucional contemporánea. Sé bien, con todo, que la opinión que así avanzo requiere de ulteriores matices y que tendría, en todo caso, que superar —para presentarse ya como una «tesis»— objeciones no desdeñables:

a) Hay un primer reparo casi obvio, aunque a mí no me parece ahora concluyente. Sería el que advirtiera, en términos a los que ya aludí, que el razonamiento analógico habría de quedar, en esta hipótesis, «desnaturalizado», en la medida misma en que la «identidad de razón» (art. 4.1 del Código Civil) entre los supuestos traídos a la comparación se apreciaría no en atención, sino a pesar, del sentido propio de la regla legal, aprehendido éste a partir de los cánones, tradicionales y legales, de la interpretación. Así, la analogía pasaría a ser un mero nombre bajo el que cobijar la pura y simple contradicción de la ley por obra de una concreta concepción jurisdiccional de lo que la igualdad demande en el caso.

Ocurre, sin embargo, que la *ratio* de la ley no es ya comprensible, vigente la Constitución, al margen de las determinaciones de esta última y ello permite seguramente argumentar en favor de que las omisiones inconstitucionales del legislador puedan llegar a ser vistas, cualquiera que fuese su *ocasio*, como «lagunas» y colmadas, por lo tanto,

⁹ Sobre las lagunas «ideológicas», cfr. F. J. Ezquiaga Ganuzas, *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñate, 1987, pp. 38 y ss., obra en la que se contienen, también, interesantes observaciones sobre el empleo de la analogía en la jurisprudencia del Tribunal. Aquí empleo la noción de laguna trascendente o ideológica para referirme a la que surge sólo del contraste entre un enunciado legal y otro constitucional.

mediante la extensión al caso no contemplado de la previsión dispuesta expresamente para otro *análogo*. «Análogo», en este contexto, quiere decir «igual»: el juzgador examinaría, en estos casos, si la conclusión *a contrario* en la interpretación de la ley es o no conciliable con el principio constitucional de igualdad, si la norma excluyente que pudiera deducirse de aquélla muestra o no una finalidad acomodada a la Constitución y si esa finalidad legítima se ha articulado racionalmente en el enunciado legal. Si es negativa la conclusión de este examen, sería el argumento analógico, *secundum constitutionem*, el que debería afirmarse.

Es indudable que, actuando así, el órgano judicial haría prevalecer la *ratio legis*, captada o reconstruida a la luz de la Constitución, sobre la posible *voluntas legislatoris* que, en hipótesis, podría resultar patente a la vista de los antecedentes legislativos o, incluso, de una exposición de motivos. Puede que no fuera ésta, sin embargo, una conclusión perturbadora en un ordenamiento como el nuestro, en el que el señorío del legislador sobre el Derecho no se extiende a la determinación o identificación concreta de la norma jurídica aplicable en el proceso.

b) Tampoco creo que fuera objeción insuperable la que adujera, en relación con lo anterior, que la sujeción a la ley del juez ordinario y, junto a ella, la institución de la cuestión de inconstitucionalidad (artículos 117.1 y 163 de la Constitución) impiden una actuación jurisdiccional como la que aquí sugiero.

Los jueces y tribunales no pueden, en nuestro Derecho, resolver *contra legem*, aunque ello fuera para dar aplicación preferente a las normas superiores de la Constitución. Pero sí les corresponde a ellos identificar, en cada caso, lo que sea el mandato legal que deba ser premisa de su decisión o que pueda constituirse —en hipótesis— en objeto de la cuestión de inconstitucionalidad. Esa labor de individualización de la regla legal aplicable al caso se ha de llevar siempre a cabo, claro está, a través de la interpretación (interpretación de la ley y de la Constitución), pero también —cuando así proceda— mediante la integración analógica que prescribe el artículo 4.1 del Código Civil, lo que podría dar lugar a que se configurara como vacío o como laguna legal el silencio, en sí mismo excluyente, de una determinada previsión legislativa. El rechazo, al que así se llegaría, de la conclusión *a contrario* no habría de entrañar, me parece, quiebra alguna de las reglas que ordenan el sistema de control de constitucionalidad de la ley, pues lo que en obediencia a la Constitución haría el órgano judicial no sería, en tal supuesto, inaplicar por inconstitucional un precepto legal, sino descartar, en atención a aquélla, una de sus interpretaciones, la interpretación que se perfila, precisamente, como discriminatoria. Consistiría en esto la eficacia igualitaria del argumento analógico.

c) Lo anterior, con todo, debiera ser objeto de ulteriores matizaciones. La más importante es, creo, la que proviene de la distinción entre diferenciaciones tácitas en normas que configuran como supues-

to de hecho *un caso* o situación típica (una hipótesis, en sentido estricto) y aquellas otras exclusiones que derivan de normas cuyo supuesto de hecho contiene además, o sólo, la referencia a una *categoría* (preexistente a toda situación jurídica, como la edad o el sexo, o creada por la propia regla, como la configuración de «clases» *ratione temporis* en el Derecho intertemporal). La diferenciación o singularización *de casos* (la que derivaba, por ejemplo, del ya mencionado art. 24.7 de la Ley 44/1978, en orden a la declaración conjunta del IRPF) puede ser reparada analógicamente, no obstante la *ratio* en apariencia excluyente de la regla legal, con el argumento de que tal *ratio* no pudo dejar de estar limitada, al elaborarse la norma, por previsiones y también por valoraciones implícitas de hipótesis, siempre falibles, las primeras, y superables, las segundas, como he apuntado, por la valoración contraria que imponga la Constitución. Las cosas son, parece, muy diversas ante la diferenciación operada por la norma que se sirve de *categorías* personales, ya que entonces la regla legal remite no a una hipótesis sino, en rigor, a un hecho normativo perfectamente acotado en el propio texto y en cuanto tal excluyente. Resulta imposible desconocer en tal modo de singularización una resuelta voluntad diferenciadora que puede, sí, ser inconstitucional, pero que merecería, para apreciarlo así, el «privilegio» jurisdiccional que dispone el artículo 163 de la Constitución.

A MODO DE CONCLUSION

8. Conclusión, bien se ve, que no puede ser sino provisional, dado el carácter de los apuntes anteriores y su fragmentariedad. Algún interés puede tener, con todo, sintetizar ahora las consideraciones que quedan esbozadas:

a) La lógica, por así decir, de la analogía es la de la igualdad, y por ello mismo su empleo o rechazo en el proceso de aplicación judicial del Derecho ha de resultar relevante a efectos constitucionales.

b) De lo anterior se sigue que el cauce del amparo constitucional está también abierto para controvertir, en defensa de un derecho fundamental, la utilización que los órganos judiciales hayan realizado del argumento analógico. El Tribunal Constitucional podrá, en tal hipótesis, rectificar, con la suya propia, la apreciación que los órganos judiciales hayan hecho de la « semejanza » entre supuestos y de la existencia o no de « identidad de razón » que permitiera extender a un caso no normado la previsión existente para otro. Si este control constitucional concluyera con la constatación de que la analogía fue posible para remediar un resultado discriminatorio, será la igualdad ante la ley, no en la ley, la que habrá de ser restaurada por la resolución constitucional. No será ya preciso, en ese caso, razonar en términos de una posible « inconstitucionalidad por omisión » de la regla que no fue objeto, pudiendo haberlo sido, de extensión analógica.

c) Es preciso seguir reflexionando sobre si las determinaciones constitucionales (en especial, aunque no sólo, el principio de igualdad) pueden imponer la consideración como «laguna» de lo que, atendido el solo enunciado legal, se presentaría, más bien, como una exclusión tácita.

d) Si así fuera, resultaría ya ociosa la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad, cuyo objeto habría de ser no ya un texto legal, sino una norma (norma *a contrario*) deducida del mismo. De resultar tal «norma» discriminatoria, la respuesta del Tribunal Constitucional ante la cuestión suscitada podría muy bien ser la de emitir un fallo «interpretativo» (integrador, en este caso), lo que vendría a hacer patente que el problema constitucional pudo haber sido ya resuelto por el juzgador ordinario sin necesidad de acudir a lo previsto en el artículo 163 de la Constitución.