

CONTRADICCIÓN SIN CONTRICCIÓN (NI ENMIENDA): YANACOAHA Y UN *TEST* PARA ARGUMENTAR VÁLIDAMENTE A *CONTRARIO**

Gonzalo Zegarra Mulanovich**
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

La argumentación a contrario es un mecanismo de interpretación o integración jurídica, dependiendo de la función que vaya a cumplir, destinado a buscar o desentrañar una verdad normativa.

En el presente artículo, el autor realiza un interesante análisis sobre la argumentación a contrario, desarrollando sus principales supuestos de aplicación, el principio de no contradicción, entre otros, para finalmente, sobre la base de los errores cometidos en el caso Yanacocha, proponer un innovador test a fin de clarificar cuando una norma podrá ser interpretada válidamente a contrario sensu.

* A Gabriela, fuerza de la naturaleza, más allá de toda lógica.

** Abogado. Profesor de Derecho Mercantil y de Filosofía del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Master en Derecho por la Universidad de Yale. El autor agradece los valiosos comentarios del doctor Álvaro Zegarra Mulanovich, profesor de la facultad de Derecho de la Universidad de Piura, pero asume toda la responsabilidad por cualquier error.

I. INTRODUCCIÓN

La profesión jurídica atraviesa un interesante dilema. Por un lado, los avances insospechables de los fenómenos que afectan a la sociedad moderna –tecnificada y globalizada, tecnificándose y globalizándose más– exigen de los operadores jurídicos un grado creciente de especialización. Por otro lado, sin embargo, el costo de esa especialización, llevada a sus extremos, es producir profesionales que pierdan de vista lo general –pero esencial– del Derecho; a saber, el rigor del razonamiento jurídico, la comprensión a fondo de los principios generales, el claro entendimiento de los fundamentos filosóficos de la disciplina jurídica, y su manifestación en la regla de Derecho específica. Finalmente, por más sofisticada que una regulación pueda llegar a ser, como parte de un ordenamiento unitario siempre se regirá por la misma lógica que el resto del Derecho, y apuntará a la consecución de las mismas viejas aspiraciones de la democracia liberal y sus ideales de justicia. Por tanto, un abogado especializado que entiende como nadie una rama específica del Derecho, nunca será un buen abogado si no comprende la lógica del Derecho en general, ya sea para aplicarla a su rama o para justificar con solidez argumental por qué cabe apartarse de ella en algún supuesto específico (siempre excepcional).

La realidad constantemente nos demuestra, pues, que manifestaciones intrincadas de alguna especialidad jurídica frecuentemente exigen un entendimiento de los fundamentos del Derecho en general para poder resolver con éxito ciertos conflictos o dilemas específicos. Encuentro que en ello radica la necesidad de reivindicar la importancia de la Teoría General del Derecho y sus diversas aplicaciones. El famoso “caso Yanacocha”, el cual utilizaré como ejemplo en este artículo para aplicar el mecanismo procedimental que propongo para un correcto razonamiento a contrario, es un ejemplo de esto. Las consecuencias de una operación profundamente

compleja desde el punto de vista de los negocios, con una lógica económica sofisticada, generaron un conflicto que requería ser resuelto –sin embargo– desde el Derecho y, en parte, desde la Teoría General del Derecho.

El caso Yanacocha, resuelto en 1998, es para muchos una jurisprudencia ejemplar por su audacia aparentemente justiciera y antiformalista. Me permito discrepar radicalmente de esa supuesta sabiduría convencional. En mi opinión, ese caso, tal como fue resuelto, sentó precedentes no solo equivocados, sino incluso nefastos en varios aspectos (y me refiero exclusivamente a aspectos jurídicos¹). Aunque, como se sabe, en nuestro país no funciona (¿aún?) el sistema de precedentes jurisprudenciales obligatorios propio del sistema anglosajón, no por ello el desacierto deviene en aceptable. Solo para citar algunas instituciones jurídicas que el caso Yanacocha ayudó a malentender y mal aplicar en el Perú², he de mencionar que los criterios acogidos por la Corte Suprema (e instancias inferiores) fueron lamentables al menos en lo que concierne a cuestiones como los alcances del artículo 78 del Código Civil que consagra la distinción entre la persona jurídica y los miembros que la conforman (se dijo que solo se aplica a cuestiones patrimoniales, entendidas como obligaciones de dar); la teoría del levantamiento del velo societario (se dijo que no constituía levantamiento del velo societario el exigir a una subsidiaria obligaciones no explícitamente asumidas por ella y atribuirle las consecuencias de actos de su empresa matriz); el momento en que resulta exigible un derecho de preferencia (se dijo que se activa con la mera voluntad de vender de un accionista³); los alcances del sistema de casación en el Perú (se dijo que el error de subsunción –adecuación del supuesto de hecho a la norma jurídica– es un error de hecho y no de Derecho, y por tanto no puede ser materia de casación⁴); la aplicación por analogía de reglas que restringen derechos (se dijo que su prohibición alcanza solo a reglas cuya fuente sea la ley); entre otros.

¹ Sabido es que por lo menos uno de los vocales de la Corte Suprema que conoció la materia en sede de casación se reunió con Vladimiro Montesinos, ex jefe de inteligencia *de facto* de Alberto Fujimori, y que Montesinos lo presionó para que votara en determinado sentido. Sin embargo, el vocal le respondió que ya había emitido su voto el día anterior (en el sentido que Montesinos pedía).

² Justo es reconocer, sin embargo, que algunos extremos fueron resueltos razonablemente. En mi opinión, es el caso de la alegada (por los demandados) sustracción de la materia. Luego de iniciado el litigio los demandados modificaron uno de los acuerdos cuyas consecuencias eran controvertidas, y alegaron que con esa modificación ya no ocurriría la transferencia que –alegaban los demandantes– podría generar un derecho de preferencia a su favor. Soy de la opinión que la buena fe contractual y procesal exigía no admitir que se tenga por modificado el asunto a la mitad del litigio, al menos para efectos de ese litigio. Por tanto, era legítimo analizar si se había producido la infracción alegada. Es decir, era necesario entrar a analizar el asunto de fondo (aunque considero que en el fondo no hubo vulneración) y no debía ampararse la alegada sustracción de la materia. De hecho cambiar las cosas a mitad del litigio generó en los juzgadores y hasta cierto punto en la opinión pública enterada de la materia, por el contrario, una sospecha de que esa vulneración se debía haber producido, bajo la lógica siguiente: si estaban seguros de que no habían vulnerado el derecho de preferencia, ¿por qué los demandados modificaban las cosas para asegurarse más?

³ De menor gravedad, pero únicamente a la luz de la sustitución de la Ley General de Sociedades aplicable (que consagró un sistema de “registro” más efectivamente oponible como es la matrícula de acciones) resulta el criterio acogido en el caso Yanacocha respecto del remedio a una supuesta violación de un derecho de preferencia. En efecto, se resolvió que dicho remedio debe consistir en la obligación de vender las acciones a los accionistas cuyo derecho de preferencia se habría burlado. En mi opinión, eso tiene sentido con la actual ley, en la que los pactos limitativos a la libre transmisibilidad de las acciones se inscriben en la matrícula –y son por tanto cognoscibles por un eventual interesado o comprador externo a la sociedad– adquiriendo una calidad similar a la de un derecho real (en todo caso, un derecho reivindicable por estar inscrito y ser oponible *erga omnes*). Sin embargo, no existía la misma lógica bajo la ley anterior (aplicable al caso Yanacocha) que no preveía esa función registral o cuasi registral de la matrícula. Bajo esa normatividad, el remedio más idóneo para este supuesto probablemente hubiera sido una indemnización por la naturaleza más bien obligacional –no reivindicable– de los derechos supuestamente infringidos.

⁴ Sobre esta materia, aplicada en concreto al caso Yanacocha, ver PEREZ-COSTA PISCOYA, Gabriela. “Delimitando el verdadero alcance del recurso de casación en el Perú: reflexiones a propósito del caso Yanacocha”. En: Diálogo con la Jurisprudencia. 50. 2002. pp. 85-93.

Es con relación a este último aspecto –la aplicación analógica de normas que restringen derechos– que se suscitó en el caso Yanacocha un interesante debate: el estatuto de la sociedad, que preveía un derecho de preferencia en caso de que alguno de los accionistas transfiriera sus acciones de Yanacocha a una sociedad no controlada por dicho accionista (pérdida de control) fue interpretado en el sentido de abarcar incluso la pérdida de control a nivel de una sociedad “madre” o “abuela”; es decir, en el caso de una pérdida del control indirecto de las acciones de Yanacocha. Mientras que la defensa de los demandados argumentó que esto constituía una aplicación analógica de una norma (estatutaria) que restringía derechos (la libre transmisibilidad de las acciones), las instancias judiciales afirmaron que no existía tal analogía, sino una mera “argumentación a contrario”. Una paráfrasis sintetizada del razonamiento judicial sería como sigue: “el estatuto prevé el derecho de preferencia en todos los casos, excepto en cuatro supuestos establecidos en el estatuto. Como quiera que los supuestos de hecho del caso no coincidían con ninguna de las excepciones del estatuto, debe entenderse –por el contrario– que sí se aplica el derecho de preferencia”.

Así planteadas las cosas, desde luego, la inferencia no parece descabellada. Sin embargo oculta una trampa: el estatuto se refería exclusivamente a transferencias de acciones de Yanacocha –pérdida de control directa–; por tanto, un correcto razonamiento a contrario, antes de aplicarse a las excepciones, debía aplicarse al encabezado que solo incluía transferencias directas como desencadenantes de un derecho de preferencia y por tanto no incluía transferencias indirectas. De ahí se desprende que lo que se quiso hacer pasar como una mera argumentación a contrario encierra en realidad una analogía restrictiva de derechos, como con encomiable honestidad intelectual ha reconocido en un artículo doctrinal uno de los abogados de los demandantes⁵.

Pasados varios años desde que se resolvió el caso, un análisis algo más exhaustivo y desapasionado del caso Yanacocha denuncia cierta incapacidad de la judicatura peruana –en diversas instancias incluyendo las más altas– para distinguir una argumentación a contrario de una analogía. Esto quiere decir que a nivel de operadores jurídicos relevantes existe escaso entendimiento sobre los alcances de una y otra institución. Y es que, como señala de Trazegnies, “uno de los procedimientos lógicos que más perturbaciones causa en el razonamiento jurídico es el *argumentum a*

contrario”⁶. La escasa doctrina nacional sobre ellas –y en particular sobre la argumentación a contrario– contribuye a que esta ignorancia esté mucho más difundida de lo deseable, y recomienda emprender un intento por precisar los alcances de la figura, cosa que aspira hacer este artículo.

Así pues, la propuesta acá contenida abordará la definición de la argumentación a contrario, pero no pretende hacer un aporte novedoso acerca de tal definición. Tampoco elaborará una teoría propia sobre cuándo procede y cuándo no la argumentación a contrario, materia en la que –aunque si presenta algunas discrepancias– este artículo únicamente se adhiere a una postura preestablecida. En cambio, lo que este artículo busca, además de reforzar las razones por las que la argumentación a contrario se debe aplicar solo en determinados casos, es proponer un procedimiento o mecanismo de razonamiento –una suerte de *test* de validez– para que los agentes jurídicos puedan juzgar casuísticamente cuándo es lícita la interpretación a contrario que se está haciendo en cada aplicación concreta. Ello, porque la doctrina ha fijado en teoría en qué casos sí y en qué casos no debe hacerse, pero lo ha hecho de manera teórica, y esas definiciones no son fáciles de aplicar. El procedimiento que se plantea aspira, pues, a facilitar la constatación concreta acerca de la validez específica del razonamiento a contrario.

II. ARGUMENTO A CONTRARIO: CATEGORÍA Y ALCANCES

Un primer aspecto que conviene descifrar es cuál es la categoría de la argumentación a contrario. ¿Es un principio general del Derecho? ¿Es una regla de buena fe? ¿Es un método de interpretación?, ¿una forma de analogía?, ¿un mecanismo de integración? Luego, ¿cuál es su valor o peso jurídico?, ¿cuál su vinculatoriedad? ¿Quién está autorizado a emprenderlo?

La mayor parte de la doctrina se refiere a una argumentación o un razonamiento a contrario, mencionando pocas veces un concepto tal como “la interpretación a contrario”. De hecho, no suele ser mencionado cuando se enumeran los métodos conocidos de interpretación (literal, sociológica, histórica, teleológica, *ratio legis*, etcétera). A pesar de lo anterior, por su naturaleza, y por sus efectos, la argumentación a contrario puede ser tanto una herramienta interpretativa, como una forma de

⁵ DE TRAZEGNIES, Fernando. “La transferencia del control social a través de una sociedad holding”. En: *Advocatus* 4. 2001. pp. 240 y siguientes. El autor defiende con respetables argumentos la tesis –que no comparto– de que la prohibición de aplicar analógicamente disposiciones que restringen derechos abarca solo a las restricciones que tienen su fuente en la ley, no en los negocios jurídicos privados.

⁶ DE TRAZEGNIES, Fernando. “El Derecho Civil y la Lógica: los argumentos a contrario”. En: *THEMIS-Revista de Derecho* 12. 1988. p. 66.

integración. Puede ser una forma de interpretación porque consiste en un ejercicio lógico que pone a prueba si el silogismo que pretende abarcar un supuesto de hecho en una norma es correcto y porque está destinado a desentrañar el sentido o el alcance – incluso cuando por oposición o de manera negativa: en qué supuesto no se aplica– de una norma efectivamente existente.

También puede ser una forma de integración porque es aplicable ante la constatación de un vacío normativo (o pseudo vacío normativo, o aparente vacío normativo) o una laguna del Derecho a partir de los cuales adquiere vocación de aplicabilidad, con miras a resolver una incertidumbre jurídica mediante la producción de un contenido normativo destinado a llenar ese vacío. Sin embargo, difiere de la analogía⁷, pues se refiere siempre a una norma concreta e identificada, el contrario de cuya consecuencia jurídica se quiere conocer, lo cual supone –a su vez– delimitar los alcances de su aplicación (en qué momento se deja de aplicar esa consecuencia jurídica positivamente prevista). De hecho, la doctrina suele reconocer en la argumentación a contrario una suerte de antítesis de la analogía. Así, por ejemplo, Kelsen –al negar valor a ambas– señala que “las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento a contrario están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra”⁸. Más cercano a nosotros, Marcial Rubio propone por su parte que “en la Teoría del Derecho, al lado de la analogía en sus diversas modalidades, existe el argumento a contrario (...) el argumento a contrario, llevado al extremo, niega la analogía porque impide con sus dos variantes que la norma jurídica extienda su normatividad a campos distintos de los previstos en ella, al bloquear las dos posibilidades existentes”⁹. Esta diferenciación con la analogía –que es para muchos una forma de integración– refuerza el planteamiento de que la argumentación a contrario debe ser admitida también como uno de los métodos de interpretación jurídica, acaso bajo el paraguas de la interpretación *ratio legis* (como una subespecie de ésta), cuya finalidad y función es conocer la razón o racionalidad que inspira

a una norma cualquiera¹⁰.

Admitiendo, pues, que la argumentación o razonamiento a contrario conduce ora a una interpretación jurídica, ora a una integración, nos referiremos en este artículo –como por lo demás lo hacen diversos autores– indistintamente a “interpretación a contrario”, “razonamiento a contrario”, “argumentación a contrario” o “integración a contrario”.

Ahora bien, dicho lo anterior, resulta importante indicar entonces cuál es su funcionalidad específica, en vista de que, en la operatividad del Derecho –en el que los procedimientos adquieren especial relevancia y son a veces confundidos con el fin, olvidando que siempre son un medio– la manera más segura de traicionar una institución cualquiera es dejar de tener obsesivamente presente para qué se emprende el ejercicio operativo destinado a aplicarla. Por tanto, resulta fundamental que los agentes jurídicos que emprendan una argumentación a contrario recuerden y se hagan recordar a sí mismos con insistente meticulosidad y durante toda la operación lógica, para qué emprendieron dicho ejercicio. Pues bien, ¿qué busca o debe buscar alguien que argumenta jurídicamente a contrario?. Busca o debe buscar desentrañar una verdad normativa. Nótese qué distinto resulta descubrir una verdad de inventar una. Descubirla supone admitir su preexistencia –aunque sea abstracta o implícita–; inventarla induce a la mañosa tergiversación del procedimiento, y a la traición del sentido de esa añorada verdad. Por tanto, la argumentación a contrario no debe en ningún caso desnaturalizarse para ser convertida en una triquiñuela retórica o argumentativa que esconda una lógica en virtud de la cual, si una ley tiene un contenido X, el intérprete artificiosamente extraiga como conclusión algo distinto de X, solo porque aparenta ser lo contrario de lo regulado por la norma.

La razón por la que la argumentación a contrario es requerida para encontrar una verdad normativa oculta o implícita es porque la norma no reguló un determinado supuesto, sino aparentemente su contrario –atribuyéndole una consecuencia jurídica–;

⁷ “(...) La analogía difiere de la interpretación a contrario por los presupuestos, el objeto y el resultado. Presupone la falta de la norma expresa, mientras que la interpretación presupone su existencia; objeto de la una es la investigación del principio jurídico por aplicar al caso no contemplado, mientras que el fin de la otra consiste en la determinación del sentido de la ley; la una establece normas nuevas, la otra no”. COVIELLO, Nicolás. “Doctrina General del Derecho Civil”. Cuarta Edición Italiana. Ciudad de México: Unión Tipográfica Editorial Hispano-América. 1938. p. 95.

⁸ KELSEN, Hans. “Teoría Pura del Derecho”. Decimoséptima edición. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires. 1981. p. 168.

⁹ RUBIO CORREA, Marcial. “El Sistema Jurídico-Introducción al Derecho”. Octava edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica. 1999. pp. 300-301.

¹⁰ Sin embargo, Rubio aborda el tema de la argumentación a contrario en el capítulo referido a integración jurídica y, de hecho, como implica Guastini, en la medida en que permite generar contenidos normativos no previstos positivamente, la argumentación a contrario suele ser una herramienta que conduce a la integración jurídica: “(...) el argumento a contrario puede utilizarse tanto para acreditar una interpretación meramente declarativa o literal cuanto para justificar la formulación de una norma nueva de contenido negativo: puesto que no existe ninguna norma que conecte al supuesto de hecho F la consecuencia G, debe mantenerse que existe una norma implícita según la cual al supuesto de hecho F corresponde la consecuencia no-G. Éste es precisamente el uso productor del argumento a contrario”. GUASTINI, Ricardo. “Estudios sobre la Interpretación Jurídica”. México: Porrúa. 2000. p. 101.

y, por tanto, lo que se necesita saber es si el supuesto de hecho contrario al regulado debe tener la consecuencia jurídica exactamente contraria a la prevista en la norma. Por ello, al referirse al argumento a contrario, señala Du Pasquier “De que el legislador ha adoptado tal reglamentación para tal caso, se concluye que, para el caso contrario ha querido la solución opuesta”¹¹.

Adelantándonos a lo que, con más detalle, precisaremos al abordar cuándo es lícito recurrir a este mecanismo, resulta pertinente llamar en este punto la atención sobre una fundamental constatación: la argumentación a contrario busca descubrir cuál debe ser la consecuencia jurídica de un supuesto opuesto – contrario– al regulado, y no solo meramente diferente o distinto.

Lo importante, entonces, es saber si el legislador – entendido como la abstracción de la voluntad legislativa, no como la voluntad subjetiva de las personas que legislaron– quiso que el supuesto de hecho contrario al supuesto que efectivamente reguló tuviera la consecuencia jurídica contraria a la sanción impuesta en la norma existente. Ciertamente, no es esto algo que se deba o se pueda siquiera inferir automáticamente, mecánicamente o superficialmente mediante un ejercicio retórico. Es importante tener claro y presente que a lo que se debe llegar es a una opción político-social para un supuesto determinado de aplicación general: ¿es el resultado de la argumentación el resultado socialmente deseable, el que el legislador –siendo consistente con el resto de la regulación– hubiera elegido si no hubiera guardado silencio? Como señala con acierto Coviello, las reglas de la interpretación “deben desplegar su fuerza obligatoria en los límites en que el legislador quiso establecerlas: si no se puede traspasar sus límites, tampoco es lícito no llegar hasta ellos”¹².

Por ello, desde el punto de vista del resultado de la argumentación a contrario, toda aplicación de ésta debería ser sometida por el intérprete a una prueba ácida antes de aprobarla definitivamente. Dicha prueba debe consistir en responder afirmativamente a la pregunta sobre si la ley X –que se interpreta “a contrario”– al establecer un determinado contenido normativo –típicamente con la estructura “si A,

entonces B”– fue diseñada para tener como consecuencia normativa también que la negación de su supuesto de hecho (no A) tenga como consecuencia la negación de su consecuencia jurídica (no B). En otras palabras, si se puede concluir que la norma al establecer “si A entonces B” estaba implicando también “si no A, entonces no B”. Cuando quiera que esta pregunta no se responda afirmativamente con facilidad e intermediación, habrá que concluir que la argumentación a contrario no es tan evidente, y hay por tanto que profundizar más en la validez del razonamiento, por ejemplo, a través del mecanismo o *test* que este artículo propondrá.

III. TERCIO EXCLUIDO Y NO CONTRADICCIÓN

El fundamento de la argumentación a contrario, como reconoce la mayoría de la doctrina, es el principio lógico del tercio excluido, también conocido como el principio de no-contradicción. Como señala Fernando de Trazegnies, el argumento a contrario “es un recurso indispensable y aparentemente basado en uno de los pilares centrales de toda lógica: el principio de no contradicción”¹³. Por su parte, Marcial Rubio llega a considerar ese fundamento como la “trampa” que encierra el argumento a contrario en tanto que razonamiento jurídico; vale decir, como la fuente de su sistemática aplicación errónea. En efecto, según Rubio “(...) el argumento a contrario encierra una trampa que es la siguiente: todo el argumento está fundado en el principio de no contradicción que solo admite lo siguiente: algo es “A” o es “NO-A”. No hay puntos intermedios válidos”¹⁴. Por ello, indica de Trazegnies con acierto: “Para que el razonamiento a contrario sea válido, debemos encontrarnos ante una situación en la que tanto el *tatbestand* (sic)¹⁵ como el *rechtsfolge* (sic)¹⁶ constituyan una polarizada lógica que no admita otras posturas. Si el *tatbestand* admite otros hechos ajenos a la polarizada o si el *rechtsfolge* admite otras soluciones no necesariamente contrapuestas a la de la regla interpretada, el razonamiento falla. Por consiguiente, el argumento a contrario es inválido cuando hay otras soluciones posibles además del texto legal y la solución contraria”¹⁷.

Ahora bien, la imposibilidad de aplicar de manera universal e indiscriminada el argumento a contrario reside en que los enunciados normativos no reflejan la estructura de

¹¹ DU PASQUIER, Claude. “Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica”. Lima: Librería e Imprenta Gil. 1944. p. 209.

¹² COVIELLO, Nicolás. Op. Cit. p. 84.

¹³ DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. p. 66.

¹⁴ RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit. p. 301.

¹⁵ En realidad “*Tatbestand*” (supuesto de hecho), pues en alemán los sustantivos –incluso los que no son nombres propios– van siempre en mayúsculas.

¹⁶ En realidad “*la Rechtsfolge*” (consecuencia jurídica) ya que, además de ir en mayúscula (vid. nota 15 *supra*), el sustantivo es femenino: *die Folge, die Rechtsfolge*.

¹⁷ DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. p. 66.

una realidad en que las cosas sean –como regla general–, o blancas o negras, A o no-A. Y es que “(...) en el Derecho el principio de no contradicción carece de la aplicación universal que tiene en otros ámbitos del conocimiento humano como por ejemplo en las matemáticas”¹⁸. La razón –no tan esotérica– por la que esto es verdad en la disciplina del Derecho reside en la estructura del enunciado normativo (entendido en sentido amplio).

Por causa de cómo los seres humanos o las sociedades deciden regular las conductas e imputarles consecuencias, sucede que son muchas las premisas de hecho que pueden llevar a una misma consecuencia jurídica. De ello se deriva que el solo hecho de que no se cumpla con un supuesto de hecho explícitamente regulado, de ninguna manera permite concluir de manera tajante que no se aplicará esa consecuencia jurídica, porque ella puede ser resultado de la aplicación de cualquier otra premisa no regulada en esa norma sino en otra (o implícita en el ordenamiento, o en la naturaleza de las cosas)¹⁹. De ello se deriva que, producida la consecuencia jurídica, no por ello cabe presumir que el supuesto de hecho se produjo necesariamente. Es decir, es absolutamente incorrecto concluir que, dada la norma “si A entonces B”, la verificación de “no-A” implique necesariamente “no-B”, ya que B puede perfectamente ser la consecuencia también de C, D o E. O, en palabras de Trazegnies: “En el caso de que una persona tenga gripe (*tatbestand*), debe administrársele aspirina (*rechtsfolge*); pero de ello no se sigue que solo la persona que tiene gripe debe tomar aspirinas; a la persona que no tenga gripe pero que sufra de simple dolor de cabeza puede también administrársele la aspirina”²⁰. Asimismo, dado el mismo contenido normativo “si A entonces B”, que se produzca B no

implica necesariamente que se haya producido A²¹. Y es que, como señala Mixán, si bien “cuando una premisa de un argumento es una proposición implicativa, afirmar el antecedente exige afirmar el consecuente” y “si una premisa de un argumento niega el consecuente de la otra premisa, el antecedente debe ser negado en la conclusión”, lo cierto es que “cuando se produce el sentido contrario en cada una de dichas reglas, se incurre en incorrección”²².

En efecto, y parafraseando al autor citado, (i) “si A entonces B” y se verifica que A, entonces puede afirmarse válidamente que se producirá la consecuencia B; y (ii) bajo el mismo enunciado normativo, si se verifica que no B, entonces puede negarse válidamente que se haya producido A. En cambio, en el primer caso, si se verifica que no A, no puede negarse válidamente que se vaya a producir B (porque podría ser consecuente de otra premisa); y, en el segundo caso, si se verifica que B, no puede afirmarse válidamente que A necesariamente se ha producido (porque B puede ser consecuencia de otra premisa también).

Como señala Rubio: “(...) en el Derecho caben terceras posibilidades que (...) ocurren en muchísimas y variadas situaciones. Esto tiene que ver con lo siguiente: la norma puede establecer un mandato de esta manera: “siempre que A, entonces X” o “solo si A, entonces X”. Pero también puede establecerlo así: “Siempre y solo si A, entonces X”. La diferencia es notoria. Como vimos (...) en los dos primeros casos (...) cabían otras posibilidades normativas. Por tanto, el principio de no contradicción solo puede ser aplicado en las implicaciones recíprocas”²³. Así lo entiende también Mixan Mass –citando a Alice y Morris– cuando afirma: “En general, puede considerarse falaz todo argumento

¹⁸ RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit. p. 301. Tal vez resulta pertinente preguntarse por qué ello es así, cuando el tercio excluido describe con general acierto el mundo que nos circunda; cuando la fenomenología de la naturaleza solo permite identificar la identidad de los objetos y de los hechos precisamente mediante la no-contradicción. ¿Admite acaso el Derecho la contradicción? ¿Es que el Derecho está tan desvinculado del “mundo real” que no le resulta aplicable una máxima que, en otras disciplinas, permite conocer con éxito y acierto casi cualquier objeto de estudio como es el tercio excluido?. En realidad el principio de no contradicción sí se aplica universalmente a todo el Derecho. Así, pues, en Derecho una cosa y su contraria no pueden ser ciertas a la vez. Es decir, cuando una sentencia –por ejemplo– debe analizar si algo sucedió o no, el tercio excluido (o no contradicción) deviene en ineludible. Realmente solo hace falta expresar de manera completa el principio de no contradicción: nada es y no es a la vez y en el mismo sentido. O sea: “grande” no es “rojo”, pero una cosa roja puede ser a la vez grande. En el caso de la ley ocurre lo mismo: el valor asertivo que pueda tener se mueve en un plano determinado. Ahora bien, mientras que los supuestos de hecho que las normas jurídicas recogen existen en la realidad simplemente, y al margen de que el Derecho los prevea o no, las consecuencias jurídicas solo se verificarán (como tales) en la medida en que exista la regla de Derecho que las imponga como mandato, remedio o sanción que debe derivarse del supuesto de hecho. No preexisten al Derecho, ni se producen al margen de éste. Son, por tanto, una “realidad” creada –o, en el mejor de los casos, inducida– que cuando deba verificarse en los hechos “de la vida real”, se sujeta inexorablemente al principio de no contradicción (o el acusado es recluso en la cárcel, o no lo es).

¹⁹ Por ello, señala COVIELLO: “Recordemos, en fin, cuán falsa es en su generalidad la máxima “*ubi lex voluit dixit; ubi noluit, tacuit*”, y qué criterio tan poco lógico y jurídico muestran los que la invocan tan fácilmente y sin discernimiento alguno, porque esa máxima, si fuera justa no solo excluiría en cualquier caso la interpretación, que es el de buscar la intención del legislador, sometiénosla inexorablemente a la norma del *dixit* (...). Lo mismo debe decirse de las máximas no menos usadas fuera de razón: “*inclusio unius, exclusio alterius*”, “*qui dicit de uno, negat de altero*”, que valen solo con respecto a las disposiciones excepcionales para impedir la extensión analógica, y constituyen el fundamento del llamado *argumentum a contrario*”. COVIELLO, Nicolás. Op. Cit. p. 85.

²⁰ DE TRAZEGNIÉS, Fernando. Op. Cit. p. 66.

²¹ O, como señala Mixán: “Si mediante una premisa se afirma el consecuente de otra que es una proposición implicativa y se concluye afirmando el antecedente de ésta, se incurre en la falacia de “afirmar el antecedente” o en el paralogismo del mismo nombre. Ejemplo: Si “X” está matriculado en la Facultad de Derecho, entonces es estudiante de Derecho; “X” es estudiante de Derecho. Entonces, está matriculado en la Facultad de Derecho”. MIXAN MASS, Florencio. “Razonamiento Incorrecto: Falacias y Paralogismos”. En: THEMIS-Revista de Derecho 31. 1995. p. 136.

²² Ibidem.

²³ RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit. pp. 301-302.

que en una premisa niega el antecedente de la otra, y luego pasa a negar el consecuente de esa premisa en conclusión. De la negación del antecedente, no puede en absoluto inferirse nada acerca del consecuente (...). En estos casos de incorrección la conclusión no fluye de manera inexorable de las premisas, y la veracidad de la conclusión queda determinada (puede ser verdadera como puede ser falsa, es cuestión de verificarla); pero “cuando se trata de juicios que expresan una relación bicondicional no existe peligro de incurrir en falacia en estos casos”²⁴. En efecto, y como se desprende de lo anterior, la argumentación a contrario es perfecta e inequívoca cuando la regla de Derecho que se quiere aplicar (a contrario) tiene la siguiente estructura: “Si y solo si A, entonces B”. En ese caso es perfectamente inobjetable concluir que, verificado sea que no A, entonces no B: la consecuencia jurídica prevista no se aplicará, porque el Derecho excluye toda otra posible causa para su aplicación. B es la consecuencia jurídica exclusiva y excluyente del supuesto de hecho A.

Nótese que no es éste un capricho retórico ni un automatismo formal. Lo que en el fondo entraña esta constatación es que cuando la ley está planteada con ese rigor, resulta incuestionable que la voluntad legislativa ha sido, precisamente, que la consecuencia B solo se produzca cuando la premisa A se verifica. Por tanto, está claro que si no se verifica esa premisa, resulta cierto que el legislador quiso que la consecuencia jurídica fuera no B. Pero esto no pasa cuando la vinculación entre premisa y consecuente es una simple implicación “si A, entonces B”.

Conviene reparar en que un enunciado bicondicional vincula antecedente y consecuente, desde el punto de vista lógico, mediante una implicación o condicionalidad a la vez necesaria y suficiente. Así pues, “la implicación recíproca supone los términos esquemáticos siguientes: siempre y solo si S, entonces C”²⁵; vale decir, una condición necesaria y suficiente. Por el contrario, las normas simplemente implicativas –es decir, aquellas cuya condicionalidad va en un solo sentido– contienen típicamente una condicionalidad suficiente, y una “consecuencialidad” –si se quiere– necesaria. Es decir, en una estructura normativa típica “Si A, entonces B”, A es condición suficiente (pero no necesaria) para B y B, a su vez, es consecuencia necesaria de A, que no es lo mismo que condición necesaria para A.

La condicionalidad necesaria es aquella que supone que la premisa producirá la consecuencia si se cumplen, además, otras condiciones necesarias²⁶. La condición necesaria entonces, para estar completa, debe leerse así “solo si A–además de otras condiciones– entonces B”. En efecto, si retiramos la digresión entre guiones, podríamos estar no ante una condición necesaria, sino ante una condición necesaria y suficiente, vale decir, ante una implicación recíproca o bicondicional: “Solo si A entonces B” permite razonablemente presumir –si no se manifiesta la insuficiencia– que ese “solo” implica un “siempre”.

Como ha quedado dicho líneas arriba, la argumentación a contrario es incuestionablemente válida para enunciados bicondicionales, es decir, los que consagran una causalidad necesaria y suficiente. Cabe indicar ahora que el argumento a contrario funciona también, en todos los casos, para los enunciados normativos con una condicionalidad necesaria pero no suficiente. Veamos. Dado un (infrecuente) enunciado de causalidad necesaria como el mencionado anteriormente “Solo si A –además de otras condiciones–, entonces B” (cuyo texto entre guiones puede, por cierto, ser implícito), la verificación de que no se produzca A –argumento a contrario– excluye necesariamente que se vaya a producir la consecuencia B, incluso si las demás condiciones necesarias (y desconocidas, al menos en el enunciado mismo) se verificaran. Ello porque la causalidad necesaria pero no suficiente supone una relación copulativa entre todas las condiciones necesarias: B se producirá en la medida en que todas las condiciones se verifiquen. Basta que una no se verifique para que B no sea una consecuencia cierta. Por tanto, en este tipo de vinculación lógica, es válido concluir que, si no llegase a producirse A, entonces no se verificará la consecuencia B (incluso cuando A sola no baste para causar B). De ello se desprende que la argumentación a contrario está estrechamente ligada a la condicionalidad necesaria. Es decir, aplica válidamente cuando hay bicondicionalidad (condicionalidad necesaria y suficiente) y cuando hay solo condicionalidad necesaria, pero no aplica válidamente cuando hay solo causalidad suficiente. La clave de la argumentación a contrario, entonces, es la condicionalidad necesaria. Siempre que haya una relación de necesidad entre la premisa y la consecuencia jurídica se puede argumentar a

²⁴ MIXAN MASS, Florencio. Op. Cit. pp. 136-137.

²⁵ RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit. p. 111.

²⁶ A la condicionalidad suficiente, Marcial Rubio la llama “implicación extensiva” (siempre que A entonces B); a la necesaria, “implicación intensiva” (solo si A entonces B) y a la bicondicionalidad, “implicación recíproca” (siempre y solo si A, entonces B). Sin embargo, nótese lo fácil que es confundir, así planteadas las cosas, la “implicación intensiva” con la “recíproca”. En ese “solo si A” de la implicación intensiva es fácil presumir la suficiencia de la premisa. Por ello, es importante recalcar que la implicación intensiva o condicionalidad meramente necesaria (pero no suficiente) lleva necesariamente implícita su insuficiencia, es decir, la mentada necesidad de que se cumplan otra u otras condiciones necesarias no contenidas en ese enunciado normativo (sino en otro, expreso o tácito). De lo contrario será una implicación recíproca.

contrario válidamente y extraer conclusiones correctas.

IV. EL TEST DE CONDICIONALIDAD NECESARIA

Como apunta Marcial Rubio con acierto, las normas jurídicas rara vez tienen una estructura explícitamente bicondicional, o de implicación recíproca²⁷. Hemos visto también, líneas arriba, que la estructura completa de una condición necesaria pero no suficiente podría ser incluso más exótica e improbable de encontrar que una norma con una implicación recíproca –pues este tipo de condicionalidad, para ser explícita debería hacer provisión manifiesta de su insuficiencia–.

Por el contrario, lo cierto es que las normas jurídicas suelen ser implicaciones simples o de condicionalidad meramente suficiente, del tipo de las utilizadas en los ejemplos anteriores de este artículo: “Si A, entonces B”. ¿Quiere decir esto que la interpretación a contrario ha de restringirse a las normas explícitamente vinculadas por condiciones necesarias (ya sea necesarias y suficientes o solo necesarias pero no suficientes)?

Según Rubio “(...) es tarea del agente aplicador del Derecho desentrañar el asunto en cada caso para según ello, aplicar el argumento a contrario”²⁸. De ello se desprende que habría casos en que la argumentación a contrario podría ser válida para normas que no hagan explícita su estructura bicondicional o “necesariamente-condicional”. Esto sugiere, entonces, que existen normas que son implícitamente bicondicionales y otras que contienen una condicionalidad necesaria implícita. Sobre esto afirma de Trazegnies (citando a Georges Kalinowski) que “el *argumentum a contrario* se basa en la introducción dentro de la regla de la expresión “solo” o “únicamente” u otra similar, suponiendo que el legislador la ha dejado sobreentendida”²⁹. Nótese que “solo” –sinónimo de “únicamente”– es expresión de condicionalidad necesaria (o como la llama Marcial Rubio, de implicación intensiva: “solo si A, entonces B”³⁰). Ahora bien, como continúan razonando los autores citados, “el problema de interpretación estriba en determinar cuándo es legítimo suponer que el legislador ha dejado sobreentendido un adverbio limitante”³¹.

Es en este punto que cobran relevancia y aclarador sentido las palabras del maestro Coviello cuando señala: “(...) es lícito y justo (usar el argumento a

contrario) cuando se trate de disposiciones de índole excepcional; porque entonces se encuentra su fundamento lógico en el principio “*exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*”: fuera de los límites en que está colocada la excepción, no puede hallarse más que la regla, la cual, por la fuerza de las cosas, es contraria a la excepción. Por lo cual antes de recurrir a tal argumento, es necesario indagar la índole de la norma que se quiere interpretar: solo cuando ésta resulte excepcional frente a un principio de derecho, expreso o implícito, en el sistema legislativo, pero siempre diverso del que quiere inferirse, el argumento a contrario puede dar resultados satisfactorios. (...) Por lo tanto, el argumento a contrario, en general, es válido, cuando se emplee para deducir de una norma excepcional una norma general, que se refiera a casos no contemplados ni por la letra, ni por el espíritu de la ley, aunque presenten grandes semejanzas con los previstos por la norma”³².

En efecto, nótese que la fórmula “solo si” (que denota condicionalidad necesaria) establece siempre y necesariamente excepcionalidad, pues ninguna regla general puede ser planteada con ese cuantificador excluyente; por el contrario, las reglas generales pueden reducirse (casi) siempre a una fórmula “si A entonces B”, es decir, a una condicionalidad suficiente.

De lo anterior se puede concluir que no cabe argumentación a contrario para normas de alcance general, ni para normas que contienen una condicionalidad meramente suficiente; y en cambio sí cabe para normas excepcionales o que contengan una condicionalidad necesaria (incluyendo condicionalidad recíproca).

El criterio de la excepcionalidad, entonces, deviene en determinante para establecer si una norma contiene implícita una condicionalidad necesaria, y por tanto para saber si puede ser materia de argumentación a contrario. Ello significa que no basta un análisis meramente formal del enunciado normativo para determinar si la norma es interpretable a contrario; cuando no sea posible desentrañar de su estructura lógico-formal una condicionalidad necesaria, habrá que atender a su sustancia para poder determinar si su carácter es verdaderamente excepcional (y deducir la condicionalidad necesaria implícita). Esto requiere un conocimiento profundo y sustantivo de la disciplina del Derecho, y del ordenamiento (o subordenamiento)

²⁷ RUBIO CORREA Marcial. Op. Cit. p. 302.

²⁸ Ibidem.

²⁹ DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. p. 67.

³⁰ Ver nota 26 *supra*.

³¹ DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. p. 67.

³² COVIELLO, Nicolás. Op. Cit. p. 90.

jurídico en el que se ubica sistemáticamente la norma interpretada³³.

Así pues, siguiendo a de Trazegnies y Kalinowski, cuando una norma no sea de manera explícita “necesariamente-condicional” habrá que establecer si, por su naturaleza sustantiva –derivada de su contenido normativo y de su posición en el sistema jurídico– puede ser parafraseada de manera que, si incluyera el cuantificador “solo” (u otro equivalente)³⁴, la norma conservaría intacto y exacto su sentido normativo. De ser afirmativa la respuesta, la norma podrá ser válidamente interpretada utilizando la argumentación a contrario.

Ciertos principios generales del Derecho, o principios inherentes a ciertas ramas del Derecho, pueden ser muy útiles para determinar la excepcionalidad (o condicionalidad necesaria) implícita en las normas jurídicas. En general, resulta funcional centrar la cuestión en la pregunta acerca de si el contenido normativo inferido mediante argumentación a contrario de la norma es la excepción o la regla en el ordenamiento al que pertenece la norma que se quiere interpretar.

Así, entonces, si estamos ante un ordenamiento en el que la normalidad es la permisividad de conductas o la libertad de transigir (reglas dispositivas), entonces una norma explícitamente permisiva no puede ser válidamente interpretada a contrario para inducir de su texto una prohibición implícita. Ello, porque la norma interpretada a contrario no tiene un carácter excepcional dentro de ese ordenamiento permisivo. Planteado el mismo razonamiento en términos de lógica formal, la norma en cuestión no podría ser parafraseada en términos de una condicionalidad necesaria que se lea “solo cuando se verifique tal supuesto de hecho, la consecuencia jurídica será la permisividad de tal otra conducta”, porque en tal caso se estaría prohibiendo por implicación y por principio. Ello, pues, traicionaría la naturaleza normativa de la regla

en cuestión, cuyo texto explícito no contiene condicionalidad necesaria y cuyo contexto jurídico no permite inferir que se pretenda permitir algo solo excepcionalmente (pues se presume que se permite por principio). Este sería el caso, por ejemplo, del Derecho Civil, que tiene naturaleza dispositiva y en el que la prohibición de las conductas (o inalienabilidad de las normas) es la excepción³⁵. Por tanto, en esta rama del Derecho –y otras de Derecho Privado que se basan en la autonomía privada– las normas que autorizan conductas no deberían –como regla general– ser interpretadas a contrario a menos que contengan una condicionalidad necesaria explícita, ya que en estos campos el principio general es “nadie está prohibido de hacer lo que la ley no prohíbe”. Por el contrario, las normas que prohíben conductas –que sí son excepcionales en este ordenamiento– sí pueden ser interpretadas a contrario en el Derecho Civil (y en los demás ordenamientos permisivos o dispositivos), ya sea que contengan una condicionalidad necesaria explícita o implícita. Así, en estos ordenamientos, si no se verifica el supuesto de hecho de una norma prohibitiva, puede concluirse válidamente que tampoco debe producirse la consecuencia jurídica prohibitiva y, por tanto es correcto argumentar a contrario³⁶.

Asimismo, y por otra parte, cuando se trata de normas que regulan –por ejemplo– las funciones y prerrogativas del Estado y sus órganos u organismos, así como sus potestades punitivas, sancionadoras y tributarias (y en general todas las formas de limitación de la libertad individual desde el Estado o la colectividad), la regla general es la prohibición implícita de intervenir excepto cuando una norma explícita lo autorice (ya que el Estado solo hace lo que está explícitamente facultado a hacer, en virtud de los principios de competencia reglada y legalidad). Por tanto, si una norma prohíbe al Estado determinada conducta, solo podrá ser interpretada a contrario si es que contiene una condicionalidad necesaria explícita. Si no la tiene, no se puede inferir –a contrario– una autorización al Estado para actuar cuando no se cumpla el supuesto de hecho,

³³ Como señala Du Pasquier, “decidir si dos hechos deben producir las mismas consecuencias de derecho, no es problema lógico, sino axiológico, ya que supone un juicio de valor sobre aquellos”. DU PASQUIER, Claude. Op. Cit. p. 233.

³⁴ Para efectos de establecer un *test* de aplicabilidad de la argumentación a contrario es mejor uniformizar el funcionamiento del mecanismo con la introducción de un único elemento, en este caso la palabra “solo”.

³⁵ Esto podría no abarcar los libros de Familia y Sucesiones del Código Civil peruano, cuyo actual contenido resulta más bien harto intervencionista y consagra una generalidad de normas inalienables antes que dispositivas.

³⁶ La interpretación a contrario (y el mecanismo acá propuesto) es por cierto igual de válida y tiene las mismas limitaciones para la ley que para los negocios jurídicos privados. De hecho, la ley informa todo el razonamiento de aplicación del argumento a contrario a un negocio jurídico (por ejemplo, porque solo en la naturaleza de la ley aplicable pueden residir las cuestiones sustantivas que deben tomarse en cuenta para decidir si un argumento a contrario es válido más allá de la cuestión formal: la verificación de la condicionalidad necesaria implícita dependerá de los derechos que se transen en el negocio, y ello depende en última instancia de la ley). En el fondo la interpretación y la integración apuntan a lo mismo en la ley que en el negocio jurídico: a determinar si debe primar la voluntad implícita o la declaración explícita. Si bien en el campo de los negocios jurídicos hay voluntades tácitas irrelevantes que deben ser amparadas, el peligro es –con ese pretexto– imponer voluntades presuntas, fictas o ficticias, que finalmente –en el caso de restringir derechos– estarían vulnerando, por la vía de la interpretación de los negocios jurídicos, lo que la ley no permite vulnerar por la vía de la aplicación –interpretación, integración– de la ley. Por tanto, no veo razón para que la interpretación a contrario de negocios jurídicos sea más laxa o permisiva que cuando de la ley se trate. En uno y otro caso habrá que buscar la condicionalidad necesaria (implícita o explícita, lo cual dependerá del ordenamiento –en el caso de la ley– y de la naturaleza de los derechos –en el negocio jurídico–) para determinar si cabe la interpretación a contrario.

porque ello traicionaría la naturaleza normativa de la regla, cuyo contexto jurídico no permite inferir que la norma pretenda prohibir una intervención estatal solo excepcionalmente. Por el contrario, la prohibición implícita de tal intervención es la regla general en estos ordenamientos, debido a los principios garantistas propios de la democracia liberal que imponen limitaciones a la actuación del Estado para evitar el atropello sistemático a los individuos.

Esta lógica es aplicable –evidentemente– al Derecho Administrativo, al Derecho Administrativo Sancionador, al Derecho Tributario y, sobre todo, al Derecho Penal. En los ordenamientos antes nombrados, entonces, tratándose de facultades de la Administración –para intervenir, limitar libertades de todo tipo o sancionar–, es válido interpretar a contrario solo aquellas normas que tienen una condicionalidad necesaria explícita, y aquellas que –sin tenerla– permiten la intervención estatal (para concluir que si no se cumple el supuesto de hecho, no es válida la intervención y prevalece la libertad). En tales casos, es válido concluir que basta con que no se cumpla el supuesto de hecho para que la consecuencia (intervencionista, prohibitiva contra el individuo) tampoco se aplique. En cambio, si la norma prohíbe la intervención estatal o permite alguna conducta privada, no es posible argumentar a contrario para inferir que si no se cumple el supuesto de hecho, el Estado está permitido de intervenir, o el privado prohibido de actuar.

De todo lo anterior se desprende entonces, que para determinar si un aserto normativo cualquiera puede ser interpretado a contrario, éste debe ser sometido a un *test* de condicionalidad necesaria (explícita o implícita). Ese *test* podría ser planteado en los términos siguientes:

1. Determinar si la norma vincula al supuesto de hecho y la consecuencia jurídica mediante una condición necesaria explícita (sin importar si la condición es, además, suficiente o insuficiente). ¿La norma exige que el supuesto de hecho se verifique necesariamente (solo, o en conjunción copulativa con otros) para que sea de aplicación la consecuencia jurídica? Si la respuesta es positiva, la norma admite argumentación a contrario y por tanto basta que no se verifique el supuesto de hecho para que no sea aplicable la consecuencia jurídica. Si la respuesta a la pregunta anterior es negativa, y esa condicionalidad necesaria no es explícita, habrá que determinar si ésta es implícita (ver paso 2).
2. Determinar si la norma vincula su supuesto de hecho y su consecuencia jurídica mediante una condición necesaria implícita. ¿Tiene la consecuencia jurídica

naturaleza excepcional dentro del ordenamiento en que se ubica la norma?. ¿Es la consecuencia jurídica de naturaleza prohibitiva en un ordenamiento permisivo, o de naturaleza permisiva en un ordenamiento prohibitivo? Al parafrasear la norma introduciendo el adverbio “solo” en la condicionalidad que vincula premisa y consecuencia ¿mantiene dicha paráfrasis el contenido normativo o lo desnaturaliza? Si la respuesta a las dos primeras preguntas es afirmativa, y si la paráfrasis mantiene, en lugar de desnaturalizar, el contenido normativo de la regla interpretada, la norma contiene implícita una condición necesaria y es por tanto válida la argumentación a contrario.

3. Si, a la luz de los dos pasos anteriores, no se puede concluir que haya una condición necesaria explícita o implícita contenida en la norma –porque la introducción del adverbio “solo” sí desnaturaliza su contenido normativo, porque no es una norma excepcional, porque su consecuencia es permisiva en un ordenamiento permisivo, o prohibitivo en uno prohibitivo–, entonces la norma no puede ser interpretada válidamente a contrario.

V. ARGUMENTACIÓN A CONTRARIO EN EL CASO YANACocha

Hace ya varios lustros reflexionaba Fernando de Trazegnies a propósito de la argumentación a contrario: “los juristas (...) creemos saber mucho de lógica, cuando no sabemos más que el hombre común; con toda la posibilidad de errores que el saber vulgar importa. Y es entonces cuando pontificamos sobre el Derecho; recortamos posibilidades de sentido a las normas o creamos relaciones de necesidad ahí donde solo existe una mera afinidad; obligamos a las partes contratantes a que quieran lo que no quisieron; prohibimos conductas que son lícitas y útiles”³⁷.

Tal como se aplicó la supuesta argumentación a contrario que pretendió fundamentar, en parte, la solución a la controversia que suscitó hace algunos años el famoso caso “Yanacocha”, tal reflexión parece una suerte de profecía autocumplida. En efecto, como ha quedado señalado en la introducción de este trabajo, la jurisprudencia que quedó sentada a raíz del mencionado caso precisamente obligó a las partes a querer lo que no quisieron –cumplir con un supuesto derecho de preferencia indirecto que nunca fue pactado–, y prohibió conductas lícitas y útiles.

Veamos, entonces, por qué la alegada argumentación a contrario en el caso Yanacocha deviene en espuria.

El artículo decimoprimer del Estatuto de Minera Yanacocha S.A. establecía lo siguiente:

“La transmisión de las acciones deberá ser comunicada por escrito a la sociedad para ser anotada en el Libro de Registro de Acciones. Excepto en los casos de Transferencia por causa de muerte, anticipo de herencia, terminación de sociedades conyugales y de reorganización de las sociedades tenedores de las mismas en favor de otras sociedades controladas por los mismos accionistas o socios, el accionista que se proponga transferir sus acciones deberá comunicarlo por escrito a la sociedad conforme al siguiente procedimiento:

(...) La comunicación antes indicada deberá ser puesta en conocimiento de los demás accionistas (...) Los accionistas tendrán el derecho de adquirir las acciones ofertadas a prorrata de sus tenencias en el capital social.

(...)

Igualmente, el derecho de preferencia resultará de aplicación en los casos de aporte de las acciones a sociedades que no sean controladas por el accionista transferente o sus socios en caso de ser éste persona jurídica”³⁸.

Estas provisiones estatutarias fueron interpretadas en sede judicial de la siguiente manera:

“(...) el mismo dispositivo establece la procedencia del derecho de preferencia a favor de los demás socios en caso de reorganización de las sociedades tenedoras de las acciones de Minera Yanacocha, en cuyo supuesto, sin transferirse formalmente las acciones de Minera Yanacocha, se transfirió el control de aquélla a favor de otra empresa no controlada por el socio transferente; (...) es del caso precisar que esta última estipulación se desprende de una interpretación “*contrario sensu*” de la norma estatutaria –lo que resulta válido dado que la regla general es la existencia del derecho de preferencia– (...), de donde se deduce que sí existe preferencia en caso se reorganice la sociedad tenedora de acciones –MINE OR S.A.– a favor de otra sociedad no controlada por el mismo accionista, como ha sucedido en el caso de autos; que a mayor abundamiento, la norma estatutaria no exige como requisito para la procedencia

de la preferencia, el que como consecuencia de la reorganización se transfieran las acciones de Yanacocha, por cuanto su contenido es más extenso, pues basta que se produzca la reorganización de la sociedad tenedora de las acciones a favor de otra no controlada por el mismo accionista, con prescindencia de que se produzca o no una transferencia formal de las acciones de Yanacocha (...)”³⁹.

Sometida la sentencia anteriormente citada a un recurso de casación, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República sostuvo su validez, y afirmó:

“Que la interpretación *contrario sensu* no está prohibida por el artículo cuarto del Título Preliminar del Código Civil y además es una herramienta de hermenéutica jurídica distinta de la analogía, pues la primera supone la existencia de una norma mientras que se recurre a la segunda como mecanismo de integración ante el defecto o deficiencia de la ley; (...) Que, a mayor abundamiento, la acotada norma de derecho material prohíbe la analogía respecto de leyes y no a normas estatutarias”⁴⁰.

Como hemos visto, la judicatura –en sus diversas instancias– ha seguido un razonamiento en virtud del cual concluyó: (i) que el artículo 11 del estatuto de Yanacocha establece como regla general que la transferencia de sus acciones genera un derecho de preferencia a favor de los demás accionistas; (ii) que dicho artículo prevé cuatro excepciones, verificadas las cuales no se producirá el referido derecho de preferencia; a saber, a) muerte; b) anticipo de herencia; c) terminación de sociedades conyugales y; d) reorganización de las sociedades tenedoras de acciones (en virtud de la cual se transfieran acciones a favor de otras sociedades controladas por los mismos accionistas o socios); (iii) que dichas excepciones son excluyentes; *ergo* en todo otro supuesto la transferencia –no solo de acciones de Yanacocha, sino también del control de las sociedades tenedoras de dichas acciones– sí resulta aplicable el derecho de preferencia mentado; (iv) que no se transfirieron acciones de Yanacocha “formalmente” o “directamente”; (v) que, en cambio, se transfirió el control societario de sociedades que a su vez eran tenedoras de acciones de Yanacocha (acaso para burlar el derecho de preferencia); (vi) que como

³⁸ Escritura Pública de Constitución de Minera Yanacocha S.A. otorgada por Societé d’Etudes, de Recherches et d’Exploitations Minières-Serem, Compañía Minera Condesa S.A. y Newmont Second Capital Corporation con fecha 14 de enero de 1992, ante Notario Público de Lima, doctor Julio Antonio del Pozo Valdez (fojas 655-658).

³⁹ Resolución sin número de fecha 14 de febrero de 1997, contenida en el expediente 578-96. Por el contrario, la vocal Encinas Llanos resolvió en su voto singular: “(...) Que, no cabe la interpretación sobre la intención de las partes cuando ello no fluye de lo expresamente pactado; (...) Que del acuerdo marco y de sus modificaciones no se establece la transferencia de la titularidad de las acciones de Yanacocha (...) Que, en consecuencia la cláusula de preferencia solo se activa cuando exista una venta o transferencia directa de las acciones, que en el caso de autos no ha sucedido, pues se llega al convencimiento de que solo se ha pactado la cláusula de preferencia por la transferencia de las acciones de la Compañía Minera Yanacocha y no por la modificación accionaria de los tenedores de las acciones de ésta.”

⁴⁰ Casación 461-97 de fecha 3 de junio de 1998, contenida en el expediente.

tal reorganización de sociedades no transfirió las acciones a una sociedad controlada por el mismo accionista o socio (en este caso, de manera indirecta, el accionista denominado BRGM), no es de aplicación la excepción d) del punto (ii) anterior; y, (vii) que por no ser tampoco de aplicación ninguna de las otras tres excepciones (no copulativas), no se aplica ninguna excepción, y por tanto se aplica la regla general; la cual –como se ha visto en el punto (i) anterior–, es que toda transferencia genera derecho de preferencia.

Desde luego, la circularidad del razonamiento sintetizado en el párrafo anterior contiene un truco que invalida su aplicación. Veamos.

En primer lugar, hemos de identificar la norma que se interpreta a contrario. Ésta evidentemente ha de ser el artículo 11 del estatuto de Yanacocha. Apliquemos ahora el *test* de condicionalidad necesaria. El paso uno sugiere que preguntemos: la norma en cuestión ¿vincula al supuesto de hecho y la consecuencia jurídica mediante una condición necesaria explícita?. ¿Exige que el supuesto de hecho se verifique necesariamente para sea de aplicación la consecuencia jurídica?. Como la norma es compleja, hay varios supuestos de hecho y varias consecuencias jurídicas, vinculadas en relación de oposición, o de excepción; es decir, la norma consagra un contenido normativo general (derecho de preferencia) y un contenido normativo excepcional (excepción al derecho de preferencia). Vayamos de atrás para adelante. Comencemos por la excepción. La norma establece: “Excepto en los casos a, b, c y d, el accionista que se proponga transferir sus acciones deberá comunicarlo por escrito a la sociedad conforme al siguiente procedimiento (que desemboca en un derecho de preferencia)”. Esto equivale a decir: “solo en los casos a, b, c y d no habrá preferencia”. Por tanto, estamos ante un contenido normativo excepcional, ante una norma que contiene una condicionalidad necesaria. Podríamos, entonces, parafrasear esta parte del artículo 11 del estatuto de Yanacocha de la siguiente manera: “solo si a, b, c o d (que no son copulativos) no habrá derecho de preferencia”. Es decir, cada uno de los cuatro supuestos excepcionales del artículo 11 es una condición necesaria para que no haya derecho de preferencia. El artículo 11, pues, genera una regla general que consiste en la aplicación de un derecho de preferencia, pero siempre que haya transmisión o transferencia de acciones de Yanacocha, y los supuestos excepcionales exceptúan (valga la redundancia) de esa preferencia en los casos particulares que describen. Por tanto, es una norma que sí puede ser interpretada a contrario. Nótese que esta constatación no basta para concluir que la interpretación a contrario a la que arribó la judicatura sea válida. Veamos, pues, ahora cómo sonaría la correcta interpretación a contrario de esta provisión estatutaria.

Si la norma parafraseada tiene consecuencia negativa (solo si a, b, c o d, entonces no P), el argumento a contrario, al verificar que no se producen los supuestos de hecho, debe negar un consecuente negativo y la doble negación es afirmación, por tanto esta argumentación a contrario implica que “ya que ni a, ni b, ni c ni d, entonces p”. Es decir, sí debe producirse la preferencia prevista. Ahora bien, la pregunta del millón es ¿cuál es esa preferencia prevista? (y acá radica el error en el razonamiento de la judicatura).

La única preferencia prevista es la que se menciona en el primer párrafo o encabezado así como en el segundo párrafo del artículo 11° del estatuto de Yanacocha que, como se recuerda, aluden a la transmisión y transferencia de acciones de Yanacocha. La regla aparentemente general a la que se llega a contrario de las excepciones a, b, c y d (el derecho de preferencia) es a su vez una excepción a una normalidad anterior, que es la libre transmisibilidad de las acciones. Por tanto, la regla que consagra el derecho de preferencia es a su vez susceptible de ser interpretada a contrario. Veamos. El artículo 11 señala “La transmisión de las acciones deberá ser comunicada por escrito a la sociedad para ser anotada en el Libro de Registro de Acciones (y desembocar en un derecho de preferencia)”. Apliquemos ahora nuevamente el *test* de condicionalidad necesaria: la norma en cuestión ¿vincula al supuesto de hecho y la consecuencia jurídica mediante una condición necesaria explícita? ¿Exige que el supuesto de hecho se verifique necesariamente para sea de aplicación la consecuencia jurídica? Parece claro que no contiene cuantificador o adverbio “solo” u equivalente, por tanto no hay una condicionalidad necesaria explícita. Procedamos entonces a aplicar el paso 2 para buscar una condición necesaria implícita. ¿Tiene la consecuencia jurídica naturaleza excepcional dentro del ordenamiento en que se ubica la norma? ¿Es la consecuencia jurídica de naturaleza prohibitiva en un ordenamiento permisivo? La respuesta es sí. Al parafrasear la norma introduciendo el adverbio “solo” en la condicionalidad que vincula premisa y consecuencia ¿mantiene dicha paráfrasis el contenido normativo o lo desnaturaliza? La respuesta es que sí mantiene su contenido normativo intacto, no se desnaturaliza en absoluto, porque se trata de una norma excepcional: un derecho de preferencia no puede ser la generalidad en un ordenamiento que, como el societario, el mercantil y el civil (todos los cuales informan la materia en cuestión) consagra como regla general la libre transmisibilidad de las acciones en la generalidad de los casos. Por tanto, esta norma puede ser interpretada a contrario. Ya que la estructura de la norma es: “Solo la transferencia de acciones debe ser comunicada a la sociedad (y desemboca en un derecho de preferencia)”, entonces su lectura a contrario debe ser “Ya que no hay transferencia –directa– de acciones,

no hay nada que deba ser comunicado a la sociedad, ni que desemboque en un derecho de preferencia”.

Desde luego, es esta segunda aplicación del razonamiento a contrario la que la judicatura pasó por alto, con desconcertante falta de rigor, induciendo en su lugar toda clase de otras alegaciones acerca de los alcances de las normas que separan a las personas jurídicas de sus miembros (artículo 78 del Código Civil). Mediante ellas, se quiso pasar por alto la evidente limitación que el estatuto de Yanacocha contenía, desde el encabezado de su artículo 11, al referirse única y exclusivamente a las acciones de la propia sociedad denominada Yanacocha. Por ello, si bien cabía razonar que la reorganización de sociedades que implicara transferencia de acciones a sociedades no controladas por los propios accionistas de Yanacocha debía generar derecho de preferencia, el límite de ese razonamiento era que éste era de aplicación siempre y cuando (solo si) tales reorganizaciones transfirieran directamente las acciones de Yanacocha (y no las acciones o el control de sus sociedades tenedoras). Sin embargo, esto último—que fluye con meridiana claridad del propio estatuto— fue completamente desconocido, para inducir un supuesto “derecho de preferencia indirecto”.

Es, acaso, por ello que —al comentar el razonamiento judicial sobre la materia— concluye Espinoza: “Aun compartiendo la decisión de los vocales de la mayoría, discrepo del argumento interpretativo utilizado”. Y es que, como bien explica el propio autor “si la premisa mayor es que las sociedades accionistas de Yanacocha tienen derecho de preferencia; la premisa menor es la excepción contenida en el artículo 11 del estatuto (...) y la premisa menor que se obtiene de la interpretación a contrario es que sí existe preferencia en caso se reorganice la sociedad tenedora de acciones (...). No cabe efectuar una interpretación a contrario de una premisa menor a otra, máxime cuando la primera premisa es de carácter excepcional, por cuanto el carácter de la premisa que se obtiene no es excluyente”⁴¹.

En otras palabras, ya que el derecho de preferencia —restricción de derechos— es siempre excepcional en el contexto normativo en el que se produce (derecho de

propiedad de las acciones de una sociedad), para concluir su existencia por la vía de una argumentación a contrario, habría que interpretar a contrario una norma general y, como hemos visto, solo son susceptibles de interpretación a contrario las normas excepcionales⁴² (que contienen una condicionalidad necesaria implícita o explícita). También podemos observar que se quiso concluir una regla restrictiva (preferencia indirecta) a partir de interpretar a contrario una norma permisiva (las cuatro excepciones a la preferencia del artículo 11 del estatuto) en un ordenamiento en última instancia permisivo (libre transmisibilidad de las acciones), lo cual —como hemos visto en la sección IV de este artículo— no es correcto porque las normas permisivas en ordenamientos permisivos no son excepcionales y no se deben interpretar a contrario. Por todo ello, el razonamiento a contrario en el caso Yanacocha fue incompleto e incorrecto.

VI. CONCLUSIÓN

Como hemos visto, la ausencia de una doctrina facilitadora de mecanismos para validar la correcta aplicación de razonamientos a contrario —como métodos de interpretación o integración jurídica— puede haber tenido efectos harto nocivos para el Estado de Derecho en el Perú, desde que ha sido ocasión para que cierta jurisprudencia, de gran envergadura y de graves consecuencias, eluda un correcto o completo entendimiento de la disciplina. Con miras a contribuir modestamente a la superación de semejante obstáculo, este trabajo propone un *test* de causalidad necesaria que puede ser de utilidad para determinar cuándo una norma puede ser interpretada válidamente a *contrario sensu*. El *test* consiste en desentrañar si la norma vincula supuesto de hecho y consecuencia jurídica mediante una condicionalidad necesaria, y propone que únicamente cuando tal condicionalidad esté presente, de manera explícita o implícita, será válida la argumentación a contrario. Para tal efecto, se ofrecen algunos criterios para identificar tal implicación según la naturaleza permisiva o prohibitiva de la regla en cuestión y el ordenamiento en que se ubica. En los demás casos —cuando no haya condicionalidad necesaria implícita o explícita— la argumentación a contrario no es válida.

⁴¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “¿Puede aplicarse el artículo IV del Título Preliminar para interpretar las cláusulas de un estatuto?”. En: Diálogo con la Jurisprudencia 50. 2002. p. 67.

⁴² Ver nota 32 *supra*.