

## LA ANALOGÍA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

Fausto E. RODRÍGUEZ-GARCÍA \*

SUMARIO: I. *Premisa*. II. *Teoría general sobre la analogía jurídica: 1. Analogía e interpretación del derecho; 2. Cuestiones lógico-formales de la analogía jurídica; 3. Cuestiones lógico-metodológicas de la analogía jurídica*. III. *La analogía y el derecho positivo mexicano*.

### I. PREMISA

El tema de este trabajo es el de la analogía en el derecho, y, más concretamente, el de su tratamiento y función en el contexto del ordenamiento jurídico mexicano.

El desarrollo del problema reclama, no obstante, la fijación previa de algunos aspectos generales del asunto que, por así decirlo, constituyen el marco teórico necesario para dicho enfoque específico que aquí nos proponemos abordar.

El problema de la argumentación analógica en el campo del derecho ha sido materia de múltiples ensayos, monografías y libros que, prácticamente, agotan la temática posible que el mismo plantea a la reflexión teórica. En efecto, la bibliografía especializada en boga<sup>1</sup>

\* Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>1</sup> Bibliografía básica sobre el tema de la analogía en el derecho: François Géný, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Editorial Reus, S. A., 2a. ed., Madrid, 1925; Emilio Betti, *Teoria generale della interpretazione*, A. Giuffrè, 2 vols., Milano, 1955, e *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Ed. Revista de Derecho Privado, trad. de José Luis de los Mozos, Madrid, 1975; F.C. v. Savigny, *Sistema de derecho romano actual*, trad. de Jacinto Mesía y Manuel Poley sobre la versión francesa de Ch. Genoux, Ed. F. Góngora y Cía., 1878, t. I; E. García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, Ed. Jus, México, 1941, t. II, y *Lógica del raciocinio jurídico*, F.C.E., México, 1964; Max Rümelin y otros, *The Jurisprudence of Interests*, selección de trabajos traducidos y editados

ofrece una estructura más o menos uniforme en cuanto a los puntos doctrinales que tienen el mayor interés para la formulación de una concepción general sobre el tema en cuestión.<sup>3</sup>

Dadas las características y el propósito bien concreto del presente estudio, tan sólo trataremos aquí aquellos aspectos que nos resulten indispensables al efecto de dar forma a nuestro punto de vista en relación con la analogía jurídica.

Dentro de las limitaciones que la naturaleza de este trabajo nos impone, no hemos de pasar por alto, pero tampoco abundar en las refe-

por M. Magdalena Schoch, Harvard University Press, Mass., 1948; Ulrich Klug, *Lógica jurídica*, trad. de Juan D. García Bacca, Ed. Sucre, Caracas, 1961; N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Istituto Giuridico, Torino, 1938, y *Analogia*, (voz) en Nov. Dig. Ital. UTET, Torino, 1964, t. I; Carlos Cossio, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Ed. Losada, 2a. ed., B. Aires, 1947; Mario Rotondi, *Interpretazione della legge*, (voz) en Nov. Dig. Ital., UTET, Torino, t. VIII, 1965; V. P. Mortari y L. Caiani, *Analogia*, (voz) en Encicl. de Diritto, Giuffrè Ed., vol. II; G. Vasalli, *Analogia nel diritto penale*, (voz) en Nov. Dig. Ital., UTET, t. I, 1964; Roncagli, *Analogia e consuetudine in generale e nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1949; Amedeo G. Conte, *Ricerche in tema d'interpretazione analogica*, en "Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali", Univ. di Pavia, 1959, p. 35 y ss.; Tullio Segré, *Analogia e diritto*, en "Riv. di Dtto. Civ.", año XXI, 1976, núm. 1, enero-febrero, pp. 101 y ss.; H. Barbé Pérez, *La analogía como método y técnica de integración del derecho*, en "La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", t. 61, núms. 2-3, Montevideo, pp. 25 y ss.; M. J. Romeo Lagunas, *La analogía como procedimiento de investigación del derecho*, en "Estudios de Derecho", año XXIV, 2a. época, vol. XXII, núm. 64, sept. 1963, pp. 247 y ss., y *Las lagunas de la ley y la analogía jurídica*, en "Revista Jurídica", núm. 12, 1963, Tucumán, pp. 221 y ss.; B. Brugì, *L'argomento di analogia nella logica giuridica*, Accademia Lincei, 1927, pp. 603 y ss.; M. S. Giannini, *L'analogia giuridica*, en "Jus", 1941, pp. 516-50 y 1942, pp. 35-76; R. Reggi, *L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano*, en "Studi Parmensi", 1952, pp. 103-61 y 1953, pp. 465-503; R. Alessi, *Norme eccezionali, analogia, interpretazione estensiva*, en "Giur. Compl. Cass. Civ.", 1946, 2o., p. 349; Saltelli, *L'analogia e i principi generali del diritto in materia penale*, en "Ann. Dir. e Proc. Pen.", 1934, pp. 1 y ss.; Craven, *Les principes de la légalité, de l'analogie et de l'interprétation et leur application en droit pénal suisse*, en "Rev. Pen. Suisse", 1951, pp. 398 y ss.

<sup>3</sup> Entre las cuestiones más comúnmente tratadas en la literatura especializada sobre el tema de la analogía jurídica, figuran: "estructura lógica del razonamiento analógico", "la validez lógica de la analogía jurídica", "su fundamento normativo", "su función", "analogía jurídica y lagunas del derecho", "argumento por analogía y argumento *a contrario*", "interpretación extensiva y analogía jurídica", "*analogia legis* y *analogia juris*", "los límites del razonamiento analógico jurídico", "analogía y derecho penal", "analogía y derecho excepcional", "la analogía y el derecho internacional", "la analogía como método de interpretación y como técnica de integración del derecho", "la analogía y los argumentos *a maiore ad minus* y *a minore ad maius*".

rencias históricas y terminológicas relativas a la analogía,<sup>3</sup> bastando señalar, en el primer aspecto, la antigüedad del tratamiento de la cuestión, el cual podemos hacer retroceder, dentro de nuestra tradición cultural, a diversos pasajes de la literatura filosófica y jurídica en el pensamiento griego y romano,<sup>4</sup> en los que podemos advertir cómo campeaba ya en los sabios clásicos la preocupación por las implicaciones lógicas y valorativas del razonamiento en el mundo del derecho; aunque, cabe aclarar, asumiendo entonces el problema unos perfiles muy peculiares, que en modo alguno podríamos equiparar a las notas que, en nuestro tiempo y particularmente desde el siglo XVIII, han venido conformando la discusión doctrinal sobre la analogía jurídica.

Terminológicamente, el problema permite también remotas referencias, especialmente en el derecho romano y en diversas elaboraciones gramaticales de dialécticos y teólogos medievales, en las que se confería a la palabra “analogía” el sentido tradicional de *proporción*, equivalente a la connotación griega más antigua de *comparación*.<sup>5</sup> En la etapa renacentista (siglos XVI y XVII), la analogía asume, ya en un medio racionalista, el significado de actividad interpretativa dirigida a comparar y armonizar los preceptos particulares con los principios jurídicos generales, conciliando las antinomias, y cuya elaboración paulatinamente condujo a la idea de una unidad orgánica y sistemática del ordenamiento jurídico, ausente de contradicciones internas. Esta característica se indicaba con la expresión de *analogia iuris*, para destacar la nota de armonía o proporción íntima del derecho positivo considerado como un todo unitario; estilo de pensamiento este que, finalmente, desembocó en las concepciones iusnaturalistas.

Es en el siglo XVIII cuando surge la idea de la *analogia iuris* en el sentido anotado, como fundamento para determinar la norma o principio aplicable a los casos no previstos expresamente por el orden jurídico positivo, a partir de la semejanza de éstos con los casos regulados por los preceptos constitutivos de los cuerpos codificados, corres-

<sup>3</sup> Para información histórica sobre el concepto de analogía jurídica: V. P. Mortari y L. Caiani, *op. cit.*, pp. 344 y ss.; N. Bobbio, *Analogia* (voz), cit. p. 602; R. Reggi, *op. cit.*

<sup>4</sup> Ver referencias a textos filosóficos y jurídicos antiguos en las obras citadas en la nota anterior.

<sup>5</sup> *Idem*, para la evolución del concepto de analogía, en relación con el derecho, literatura referida en nota 3; también M. Romeo Lagunas, *Las lagunas de la ley...*, cit., pp. 240 y ss.

pondiendo a la Escuela Histórica (Savigny)<sup>6</sup> el mérito de haber consagrado por vez primera, en su lucha contra las ideas del derecho natural, el actual significado técnico de la palabra analogía, con base en la tesis de la autosuficiencia del ordenamiento jurídico positivo —costumbre y ley—, derivada de la “unidad o armonía orgánica” del mismo,<sup>7</sup> para dar respuesta a todas las hipótesis imaginables a través del procedimiento analógico.<sup>8</sup> Posteriormente, se derivó a la noción de la *analogia legis*, para referir el razonamiento analógico a la determinación de la norma aplicable al caso nuevo imprevisible, a partir, ya no de la concepción sistemática y totalitaria del orden jurídico positivo, sino de la norma particular de éste reguladora de una situación afín o similar a la hipótesis del caso no resuelto expresamente por la ley, pero en la cual se advierte la presencia de la misma razón o fundamento (*eadem ratio*) de aquélla.

## II. TEORÍA GENERAL SOBRE LA ANALOGÍA JURÍDICA

Dentro de la compleja problemática teórica planteada hasta ahora en torno a la discusión sobre la analogía jurídica, no insistiremos aquí en cuestiones que son lugares comunes en la amplia literatura existente sobre la misma y a la cual nos remitimos,<sup>9</sup> en obvio de innecesarias reiteraciones, con las que nada nuevo aportaríamos en la exploración del asunto.

Preferimos desarrollar en esta comunicación, al hilo de los puntos más fundamentales tratados en esa literatura, algunos aspectos que, consideramos, pueden admitir todavía ciertas reflexiones que representen una contribución, aunque modesta más personal, para la mejor inteligencia de la verdadera naturaleza que reviste la analogía en el contexto del conocimiento del derecho; conocimiento al que debe estar dirigida, en definitiva, la preocupación del jurista sobre este tema, en tanto que científico que trata de aprehender conceptualmente, con espíritu metódico y orientado por un afán de búsqueda de la verdad, el particular trozo de la realidad que le interesa explicar.

<sup>6</sup> F. C. v. Savigny, *op. cit.*, pp. 196 y ss.

<sup>7</sup> *Idem*, pp. 197-198.

<sup>8</sup> Romeo Lagunas, *La analogía...*, pp. 260 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. Bibliografía básica consignada en nota 1 y enumeración temática hecha en nota 2.

## 1. *Analogía e interpretación del derecho*

A nadie puede escapar, en efecto, que el problema de la analogía jurídica se halla centrado, justamente, en el ámbito de la llamada “interpretación del derecho” (*lato sensu*),<sup>10</sup> esto es, en la esfera de la comprensión que, como acto gnoseológico, realiza el jurista respecto del sentido que tienen los datos que integran el objeto de conocimiento de la ciencia del derecho, en la medida en que *interpretar* es un modo del conocer, a saber: ese modo específico que es requerido por la naturaleza del dato —objeto cultural— que está propuesto a la actitud gnoscitiva del jurista.<sup>11</sup>

Desde esta perspectiva, resulta manifiesta la importancia que tiene, para el cumplimiento de una buena labor interpretativa del derecho, la determinación, de partida, de esa naturaleza o esencia del dato que se va a interpretar; o, lo que es lo mismo, lo inaplazable que es para el investigador del derecho la adopción, *ab initio*, de una postura ontológica definida y clara frente al objeto de su interés científico. En términos más llanos: si *interpretar* —o comprender— el sentido de su objeto de estudio, es el estilo de conocimiento que realiza el jurista, parece evidente que, como cuestión previa, se le imponga la tarea de determinar sobre qué clase o especie de dato va a incidir su esfuerzo interpretativo.

Naturalmente que no es nuestro propósito acometer aquí semejante empresa de investigación ontológico-jurídica, la cual, por lo demás, ha sido ya plenamente cumplida por el profesor argentino Carlos Cossio y su luminosa teoría egológica del derecho, a cuyo juicio nos acogemos,

<sup>10</sup> Rotondi, *op. cit.*, pp. 895 y ss. No vamos a introducir aquí el punto de discusión, por demás ocioso y típico de una concepción racionalista sobre el derecho, relativo a si la analogía es un método de interpretación o una técnica de integración de la ley. Ver nuestra aclaración sobre el punto, *infra*, al comentar Art. 14 Constitucional.

<sup>11</sup> Para la exigencia de una adecuación entre método y objeto de conocimiento, y la *comprensión* como acto gnoseológico propio frente a los objetos culturales: Carlos Cossio, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2a. ed., Abeledo-Perrot, B. Aires, 1964, pp. 54 y ss., particularmente p. 79 y ss.; F. Romero y E. Pucciarelli, *Lógica*, 13a. ed., Espasa-Calpe Argentina, Buenos Aires, 1951, § 96, pp. 138 y ss. y §§ 136 y 137, pp. 202 y ss.; Guillermo Dilthey, *Introducción a las ciencias del espíritu*, trad. de Ilse T. M. de Brugger, Espasa-Calpe, Argentina, Buenos Aires, 1948, t. I, cap. IX, pp. 70 y ss.; Eduard Spranger, *Formas de vida*, trad. de Ramón de la Serna, Revista de Occidente Argentina, Buenos Aires, 1946, pp. 431 y ss.

por convicción, en este respecto.<sup>12</sup> Frente a la tradición racionalista de la jurisprudencia dogmática, que desde fines del siglo XVIII había venido orientando su interés científico hacia el conocimiento de las normas integrantes del orden jurídico positivo —que radicaba esa positividad en “el hecho de la ley”—, y para la cual obviamente la función interpretativa del jurista había de recaer sobre esas normas positivas, para desentrañar su sentido gramatical o lógico, o la voluntad expresa o implícita de su autor,<sup>13</sup> la teoría egológica ha rectificado que el dato sobre el que recae la investigación científico-jurídica está en la realidad misma de la experiencia socio-cultural —la cual es vida humana viviente,<sup>14</sup> y, más concretamente, el hecho de la conducta humana en su interferencia intersubjetiva.<sup>15</sup> En cuanto a las normas integrantes del ordenamiento jurídico, la teoría del profesor Cossio sostiene que éstas son los conceptos (normativos) con los que el jurista se apodera intelectivamente —piensa y conceptúa— esa realidad de conducta, no como un dato del mundo del ser (conducta ya cumplida) sino en su proyección de deber-ser existencial, cuya conciencia plantea a su vez, a la voluntad del sujeto de conocimiento, una instancia para la acción (deber-hacer);<sup>16</sup> es decir, que la tarea interpretativa que realiza el juez —o quienquiera que se coloque en su perspectiva gnoseológica—,<sup>17</sup> se traduce en un conocimiento del sentido normativo de las conductas de los protagonistas del caso a resolver, el cual, una vez comprendido en su sentido, constitutivo de las consecuencias jurídicas (facultad, obligación o sanción) que han de imputarse a esas conductas

<sup>12</sup> Cossio, *La teoría egológica...*, cit., pp. 284 y ss.

<sup>13</sup> Savigny, *op. cit.*, pp. 149 y ss.; Gény, *op. cit.*, §§ 14-16, pp. 27 y ss.; C. Cossio, *El substrato filosófico de los métodos interpretativos*, en Revista “Universidad”, Santa Fe, 1940.

<sup>14</sup> Para la distinción entre “vida humana objetivada” y “vida humana viviente”: Luis Recaséns Siches, *Vida humana, sociedad y derecho*, F.C.E., 2a. ed., México, 1945, pp. 92 y ss.; C. Cossio, *Teoría de la verdad jurídica*, Editorial Losada, B. Aires, 1954, pp. 87 y ss.

<sup>15</sup> Cfr. Para la distinción entre “interferencia subjetiva” e “interferencia intersubjetiva” de la conducta: Cossio, *La teoría egológica...*, cit., pp. 295 y ss. En el mismo sentido, en cuanto a que el dato que conoce el intérprete del derecho radica en la realidad de las relaciones sociales, ver referencias en Rotondi, *op. cit.*, pp. 899, 1a. col., *in fine*, y 2a. col.

<sup>16</sup> Para la idea de la interpretación en función normativa, como problema de comprensión de preceptos que exigen de los sujetos una adecuación de su conducta: E. Betti, *Teoría generale...*, cit., vol. II, § 53, pp. 789 y ss.

<sup>17</sup> La noción de que el juez es el canon del sujeto cognoscente la explica Cossio en *Teoría de la verdad jurídica*, cit., cap. V, 3. pp. 188 y ss., particularmente pp.

intersubjetivamente interferidas, resulta normativamente conceptualizado por el juez en su sentencia (norma individual),<sup>18</sup> para cuyo efecto éste ha de valerse del instrumental de conceptos, igualmente normativos, que previamente le suministra el legislador a través de las leyes o normas generales dictadas en el proceso legislativo. En conclusión: que el juez, como científico del derecho, no se propone, propiamente, conocer los preceptos legales para desentrañar su sentido normativo genérico, sino, más bien, realidades de conducta, para interpretar, “mediante” esos preceptos, su sentido jurídico concreto;<sup>19</sup> de aquí que la comprensión del sentido del caso que realiza el juzgador —la cual es una comprensión estimativa en función de valores de convivencia (orden, seguridad, paz, poder, cooperación, solidaridad, justicia)—, no sea una comprensión “libremente emocional” (discrecional o arbitraria), sino una comprensión “conceptualmente emocional”, esto es, controlada por los juicios jurídicos genéricos previamente establecidos, por el legislador ordinario y por el legislador constituyente, en sus correspondientes actos normativos (ley y constitución).<sup>20</sup>

Con el telón de fondo de esta concepción sobre la naturaleza del derecho, como dato de la realidad a conocer por la ciencia jurídica, y la interpretación que del mismo se realiza en la función judicial, consideramos que se aclaran y despejan buena parte de los malentendidos a que ha conducido, a la doctrina tradicional del derecho, su punto de vista racionalista —instaurador de la norma positiva como el dato a conocer— sobre el fenómeno jurídico, el cual, particularmente en materia de interpretación y de teoría de las fuentes, ha suscitado una larga cadena de falsos problemas, que mucho han influido en el aplazamiento de una clara concepción sobre este punto medular de la problemática científica del derecho.<sup>21</sup>

La incidencia de este error de enfoque ontológico se advierte, a propósito del tema de la analogía, en el reiterado planteamiento de

200 y ss. Para lo mismo, Cossio *La teoría egológica...*, cit., pp. 49 y ss., particularmente pp. 124-127.

<sup>18</sup> Sobre la sentencia como “norma individual”: Cossio, *La teoría egológica...*, cit., pp. 103 y ss.; H. Kelsen, *La teoría pura del derecho*, trad. de Jorge G. Tejerina, Editorial Losada, B. Aires, 1941, pp. 114 y ss.

<sup>19</sup> Cossio, *El derecho en el derecho judicial*, Edit. Guillermo Kraft, B. Aires, 1945, pp. 128 y ss.; *Teoría de la verdad jurídica*, cit., p. 20.

<sup>20</sup> Cossio, *Teoría de la verdad jurídica*, cit., p. 198; *La teoría egológica...*, cit., pp. 93 y ss., 146-47, 174, 256 y ss.

<sup>21</sup> Una muestra de esta situación la constituyen, entre otras, las antinomias de la Ciencia dogmática que Cossio analiza en *La teoría egológica...*, cit., pp. 481 y ss.

una serie de cuestiones inoperantes, que sólo penosamente se han ido superando, en la medida en que el tratamiento del problema de conjunto se ha acercado a la toma de conciencia de que, el punto clave para desenredar la madeja, radica en el elemento de la valoración de las circunstancias del caso que necesariamente ha de realizar el intérprete, para determinar en dónde reside el elemento común esencial (*eadem ratio*) que aproxima o equipara el caso no previsto en la ley con el regulado expresamente por ella, y decidir, en consecuencia, si resulta procedente, en la especie, el razonamiento por analogía.<sup>22</sup>

Antes de entrar en el desarrollo de nuestro punto de vista sobre el tema de la analogía en el derecho, es conveniente advertir que, en la estructura de la problemática del mismo, se hallan involucrados dos tipos de cuestiones lógicas: unas de carácter *formal*, relativas al estilo de inferencia o razonamiento en que consiste la analogía, y otras de índole *metodológica*, pertinentes a los elementos axiológicos o estimativos que, la naturaleza específica de los datos sobre los que trabaja la inferencia —conductas humanas— exige tener en cuenta al intérprete del derecho, para realizar un correcto razonamiento analógico;<sup>23</sup> las primeras cuestiones son condicionantes de las segundas, pero no determinantes para decidir, en definitiva, sobre la operancia de la argumentación por analogía en la búsqueda de la solución normativa del caso no previsto.

Un tercer grupo de cuestiones, cuya investigación resultaría interesante abordar, pero que aquí tan sólo nos limitamos a apuntar, son las gnoseológicas o epistemológicas, relacionadas con la adecuación de la conclusión analógica obtenida por el juez como solución al caso no previsto por la ley, las cuales rebasan el aspecto puramente lógico y metodológico de nuestro asunto, ya que en las mismas se versa la cuestión clave para el conocimiento jurídico, a saber: el de la evaluación de la *verdad* alcanzada, a través de la inferencia analógica, en cada caso concreto resuelto por el intérprete del derecho, en cuanto a la

<sup>22</sup> Sobre la interpretación jurídica como método empírico-dialéctico de comprensión: Betti, *Teoria generale...*, cit., pp. 802 y ss.; Cossio, *La teoría egológica...*, cit., pp. 234 y ss.; *Teoría de la verdad jurídica*, cit., pp. 188 y ss.

<sup>23</sup> Romero y Pucciarelli, *op. cit.*, § 8, pp. 24; M. Kant, *Tratado de lógica*, Editora Nacional, México, 1972, pp. 30 y ss. y 139 y ss. Para la división de la lógica en “formal” y “trascendental”: Cossio, *La teoría egológica...*, cit., pp. 456 y ss.; M. Kant, *Crítica de la razón pura*, trad. de Manuel G. Morente, Editora Nacional, reimpr., 1973, pp. 143 y ss.

fuerza de convicción de su sentencia;<sup>24</sup> problema éste, por lo demás, común a toda resolución judicial, con independencia del tipo de razonamiento utilizado por el juzgador.

## 2. Cuestiones lógico-formales de la analogía jurídica<sup>25</sup>

Este grupo de cuestiones se refiere a los aspectos lógicos generales del razonamiento analógico, por lo que no son exclusivas del utilizado por el jurista, sino que, en cierto modo, resultan comunes a cualquier tipo de conocimiento científico que opere sobre realidades.<sup>26</sup>

En efecto, dentro de los dos grandes apartados en que actualmente se concibe dividida la ciencia de la lógica, a saber: *lógica general* (formal) y *lógica especial* (metodología),<sup>27</sup> la primera se ocupa, entre otros temas comunes a todas las formas del conocimiento, del análisis de esas estructuras complejas del pensamiento denominadas “razonamientos” o “inferencias”, de las cuales la argumentación por *analogía* constituye una modalidad,<sup>28</sup> en la que el sujeto realiza un tránsito de lo singular o particular a lo singular o particular,<sup>29</sup> con apoyo en la comprobación de la existencia de ciertas notas o elementos semejantes en dos casos —entre los cuales existen, por otra parte, diferencias—, para concluir con la afirmación de la presencia probable<sup>30</sup> en uno de

<sup>24</sup> Cfr. Romero y Pucciarelli, *op. cit.*, § 10, pp. 25 y ss.; Cossio, *Teoría de la verdad jurídica*, cit., pp. 220 y ss.

<sup>25</sup> Sobre cuestiones lógico-formales del razonamiento analógico: Porfirio Parra, *Nuevo sistema de lógica inductiva y deductiva*, 3a. ed., Librería de la Vda. de Ch. Bouret, México, 1921, pp. 414 y ss.; Romero y Pucciarelli, *op. cit.*, p. 85; Kant, *Lógica*, cit., pp. 135 y ss.; A. Pfänder, *Lógica*, Rev. de Occidente, Madrid, 1928; E. García Máynez, *Lógica del raciocinio jurídico*, cit., pp. 36 y ss.

<sup>26</sup> Con el término “realidades”, nos referimos aquí tanto a la realidad *natural* como a la realidad *cultural*; la primera, estructurada en torno al principio de la causalidad (necesidad) de los fenómenos, y, la segunda, en torno al de la libertad metafísica.

<sup>27</sup> Ver *supra*, nota 23 de este trabajo.

<sup>28</sup> Como veremos, la “analogía” se presenta como un tipo intermedio de inferencia, entre las otras dos modalidades clásicas: la inducción y la deducción, aun cuando su autonomía respecto de éstas no es muy clara.

<sup>29</sup> Ziehen, en su *Logik* (p. 671), citada por Klug, *op. cit.*, pp. 155-56, habla de la posibilidad del razonamiento analógico entre dos proposiciones generales (general-general), siendo lo importante, según él, que los dos términos comparados tengan el mismo nivel de abstracción o concreción.

<sup>30</sup> Sobre el elemento subjetivo de “creencia”, que se da en todo juicio afirmativo, como inclinación a admitir la certeza de lo afirmado, pudiendo adoptar la forma

ellos de una nota o elemento adicional común, cuya presencia sólo está comprobada en el otro.

De conformidad con esta descripción del razonamiento analógico, simbólicamente podríamos representárnoslo así:

“Si dos casos *A* y *B*, que difieren entre sí en algunas notas, tienen en común otras notas *a*, *b*, *c* y *d*, entonces es probable que la nota *e*, cuya presencia asociada a estas últimas está comprobada en el caso *A*, también se encuentre presente en el caso *B*”.

Cabe aclarar, que la anterior descripción y representación simbólica resulta válida tanto para fundar conclusiones explicativas de relaciones de causalidad como para fundar conclusiones normativas de relaciones de imputación. Esta aclaración resulta pertinente, porque si tratándose de la lógica científico-natural, la analogía fundamenta el razonamiento explicativo de un fenómeno en la forma de la *causalidad* —ahí, la deducción por analogía de la presencia probable en el caso *B* de la nota *e*, que junto con las notas *a*, *b*, *c* y *d* está comprobado que constituye la causa del efecto *X* en el caso *A*, lleva a la conclusión de que, probablemente, también en el caso *B* dicha nota *e* sea constitutiva, junto con las notas comunes *a*, *b*, *c* y *d*, de la causa del efecto *X*—; en cambio, en la esfera de la lógica científico-cultural, como es la de la jurisprudencia dogmática, la analogía fundamenta el razonamiento normativo de una conducta en la forma de la *imputación* —aquí, la deducción por analogía de la presencia probable, en el caso *B*, de la circunstancia *e*, que junto con las circunstancias *a*, *b*, *c* y *d* configuran, en el caso *A*, la hipótesis a la que una norma legal imputa la consecuencia jurídica *X*, lleva a la conclusión de que, probablemente, también en el caso *B* dicha circunstancia *e*, configure, junto con las circunstancias comunes *a*, *b*, *c* y *d*, una hipótesis para la que resulte válida la imputación de la consecuencia jurídica *X*.<sup>31</sup>

Algunos autores, en materia de lógica, consideran que la sola nota de la  *semejanza* entre dos casos, derivada de la presencia comprobada, en ambos, de ciertos rasgos comunes, no basta para singularizar el razonamiento por analogía frente a la inducción y la deducción, ya que,

de *opinión, fe o ciencia*: M. Kant, *Lógica*, cit., pp. 70 y ss.; P. Parra, *op. cit.*, pp. 102 y ss.

<sup>31</sup> Sobre las características genéricas o típicas que comúnmente reviste el caso *A*, frente al carácter singular o concreto que siempre tiene el caso *B*, cuya explicación o normación se intenta a través de la argumentación analógica, cfr. *infra*, nota 70 y el texto principal correspondiente.

en última instancia, también en estos dos últimos tipos de razonamiento el sujeto de conocimiento se apoya, de alguna manera, en el elemento de la similitud existente entre los datos sobre los que trabaja, en su esfuerzo por adquirir nuevos conocimientos a partir de los hechos ya conocidos.<sup>32</sup> Ahora bien, esta observación no deja de tener su apoyo racional, si tomamos en cuenta que, en materia de analogía, lo verdaderamente decisivo, como fundamento del razonamiento, no lo es la mera inferencia analógica de la presencia probable de determinado rasgo en uno de los casos, sino la verificación del grado de vinculación esencial —comprobada en el otro caso término de la comparación— entre el rasgo analógicamente inferido y el fenómeno causalmente atribuido como efecto, o entre el propio rasgo y el deber, la facultad o la sanción normativamente imputados, como consecuencia jurídica, en la parte concluyente del razonamiento. Por otro lado, antes de formular su conclusión causal o imputativa, el investigador o intérprete debe considerar, también, el grado de importancia relativa de las notas o rasgos diferenciales detectados entre ambos casos comparados, ya que, eventualmente, éstos pueden ser más esenciales para descartar el razonamiento por analogía que la semejanza parcial inferida para apoyarlo,<sup>33</sup> y determinar consecuentemente, en cambio, la aplicación del

<sup>32</sup> P. Parra, *op. cit.*, pp. 77 l ss.: “La inferencia de lo particular a lo particular, la inducción y la deducción están basadas en las semejanzas de los hechos, y las tres postulan un gran principio o axioma lógico... en el cual se afirma: que los hechos están uniformemente unidos en el tiempo y en el espacio, de lo que se infiere, como corolario, que si un hecho se ha producido una vez, por un conjunto de circunstancias, volverá a producirse siempre que ese mismo conjunto se realice en toda su integridad.”

*Idem*, p. 414: “Con mucha frecuencia hablan los lógicos de un modo de raciocinar llamado por analogía, en que se infiere de un caso a otro, o de una serie de casos a otros, fundándose en la apreciación de cierta semejanza. El estudio de la analogía presenta, como primera dificultad, la de dar un concepto claro de ella. Decir que se funda en la semejanza, es decir muy poco; pues tal es el fundamento de todas las inferencias, sean éstas deductivas o sean inductivas, sean éstas ciertas o sólo sean probables.”

<sup>33</sup> *Idem*, p. 417: “Cuando se exageran las semejanzas desconociendo las diferencias, o cuando las semejanzas son de poca monta, o aun imaginarias, se cae en el sofisma de las falsas analogías, de que por desgracia existen abundantes ejemplos en la historia del espíritu humano.”

*Idem*, p. 418: “En conclusión, cuando se quiera opinar sobre el alcance de un razonamiento analógico no deberá perderse de vista que la inferencia que la autoriza sólo es probable, y que el grado de esta probabilidad se mide por la relación entre las semejanzas conocidas y las desconocidas, sin dejar de tomar también en

argumento *a contrario*.<sup>34</sup>

La observación anterior podría orientarnos en cierta forma sobre la respuesta adecuada a las interrogantes que constituyen el punto central de esta sección de nuestro trabajo, a saber: ¿Es la inferencia por analogía un tipo de razonamiento autónomo respecto de la inducción y la deducción? ¿Está incluida en alguna de ellas? ¿Participa de ambas?

Partiendo del principio de que, fuera de las ciencias matemáticas —cuyo conocimiento, básicamente deductivo, sobre objetos ideales, se constituye a partir de definiciones generales, postulados y axiomas—, las demás ciencias (no matemáticas) operan siempre sobre algún dato de la experiencia (natural o cultural), y de que el conocimiento en dichas ciencias nunca se obtiene por mera intuición, aunque a menudo ésta sea el punto de partida de aquél,<sup>35</sup> sino que lógicamente se completa por vía discursiva, somos del parecer de que la argumentación analógica, en particular la jurídica, no constituye un tipo de inferencia que pueda claramente distinguirse, con autonomía, frente a la inducción y la deducción.<sup>36</sup>

Por otra parte, pero en relación con la misma cuestión, aceptamos la tesis egológica del profesor argentino Carlos Cossio sobre la naturaleza discursiva del conocimiento jurídico, el cual se constituye, a partir de la intuición del dato de la libertad objetivado en la conducta humana social, como un proceso continuo, que se inicia con la conceptualización normativa de la realidad societaria que el legislador efectúa, en su primera parte y básicamente por la vía lógica inductiva de la genera-

cuenta las diferencias, pues cada una de ellas, siendo de importancia, atenúa el valor de la analogía."

<sup>34</sup> Para la relación entre analogía y argumento *a contrario*: Savigny, *op. cit.*, p. 164; Betti, *Interpretación de la ley...*, cit., p. 162; Klug, *op. cit.*, pp. 148 y ss., 194 y ss.; Bobbio, *Analogía* (voz), cit., p. 604, 1a. col.; García Máynez, *Lógica...*, cit., pp. 155 y ss.

<sup>35</sup> Sobre la deducción como método propio de la Matemática: P. Parra, *op. cit.*, pp. 535 y ss.; Romero y Pucciarelli, *op. cit.*, pp. 152 y ss. En cuanto a la base experiencial de las ciencias empíricas, recordemos la célebre frase introductoria de la *Crítica de la razón pura* de Kant: "no hay duda alguna de que todo nuestro conocimiento comienza con la experiencia... mas... no por eso originase todo él en la experiencia". (Ed. cit., pp. 55 y ss.)

<sup>36</sup> No es por eso de extrañar que algunos autores consideren a la analogía como un razonamiento que se aproxima a la inducción, otros le encuentran parecido a un silogismo imperfecto, o bien que participa de ambos: Cfr. García Máynez, *op. cit.*, p. 155; Gény, *op. cit.*, pp. 570 y ss.; Bobbio, *Analogía* (voz), cit., p. 602, 2a. col.; I. M. Copi, *Introduction to Logic*, The MacMillan Co., N. York, 1953, pp. 311 y ss.; Klug, *op. cit.*, pp. 155 y ss.; Romero y Pucciarelli, *op. cit.*, p. 84.

lización, mediante la formulación de proposiciones normativas abstractas —Constitución, leyes ordinarias y reglamentos—,<sup>37</sup> relativas a la conducta recíproca de los miembros de la comunidad que pretende normar, y recién concluye, en su segunda parte y básicamente por la vía lógica deductiva de la individuación,<sup>38</sup> con la conceptualización del sentido jurídico del caso concreto que el juez efectúa en su sentencia.<sup>39</sup>

Con esto reiteramos, en otros términos, nuestro pensamiento —también de filiación egológica— arriba expresado, sobre que el conocimiento jurídico no está dirigido, terminalmente, a interpretar o suministrar normas generales reguladoras de la conducta futura de los individuos en sociedad —puesto que dicho proceso cognoscitivo no se agota ni concluye, según acabamos de apuntar, con la formulación de esas normas por el legislador—, sino a interpretar y conceptualizar el sentido normativo de la conducta actual y viviente de los miembros de la comunidad respectiva, particularmente de los protagonistas del caso concreto a decidir, utilizando el juez para ello, primordialmente, los conceptos o juicios normativos establecidos por el legislador, y, complementariamente, a falta de estos últimos, apoyando su juicio en la norma o proposición normativa general que él mismo formula para el caso no previsto, bien a través de la utilización de otras normas legislativas reguladoras de casos semejantes (supuesto de la analogía jurídica), o bien directamente, en papel de legislador, haciendo una libre investigación o interpretación científica del sentido jurídico del caso (supuesto de la llamada “integración del derecho”),<sup>40</sup> a la luz de determinados principios ideológicos y valores de convivencia y dentro de los márgenes de libertad que le permite el ordenamiento jurídico-positivo, del cual forma parte integrante el propio juez como órgano o funcionario.<sup>41</sup> Pero con esto ya estamos anticipando ideas sobre las que habremos de volver más adelante.

Recogiendo el hilo de nuestra preocupación sobre la naturaleza inferencial del razonamiento por analogía, hemos de agregar, que tomada literalmente en sus términos la definición tradicional de dicho tipo de argumentación, como “un tránsito lógico de lo particular a lo parti-

<sup>37</sup> Cfr. Cossio, *La teoría egológica...*, cit., pp. 147 y ss.; *El derecho en el derecho judicial*, cit., pp. 84 y ss.

<sup>38</sup> Cossio: *La teoría egológica...*, cit., pp. 545 y ss.

<sup>39</sup> Ver *supra*, nota 17.

<sup>40</sup> Ver *infra*, nota 66 y *supra*, nota 10.

<sup>41</sup> Cossio, *La teoría egológica...*, cit., pp. 113 y ss.; *La plenitud...*, cit., pp. 174 y ss.

cular”, la misma no nos suministra una respuesta satisfactoria a la pregunta sobre su esencia como forma de razonamiento, en razón de que, tratándose de un conocimiento discursivo, como es el de las ciencias de la experiencia, no consideramos explicable, ni concebible lógicamente, semejante salto mental de lo singular o particular de un caso o grupo de casos (*A*) a lo singular o particular de otro caso o grupo de casos (*B*), sin la realización de ninguna otra operación lógica intermedia —inductiva/deductiva—,<sup>42</sup> que de manera mediata conduzca a la formulación de la conclusión analógica; a menos que estuviésemos dispuestos a admitir la posibilidad de la que algunos autores denominan “inferencia espontánea”, concebida como una especie de conocimiento intuitivo o directo, en donde el científico pasa de un hecho presente a la conciencia a otro hecho que no lo está, sin hacer un alto en el camino, es decir, salvando de un paso lo que separa lo conocido de lo desconocido,<sup>43</sup> y desembocando, así, en una conclusión automática que, desde un punto de vista teórico, escaparía a cualquier tipo de control o de garantía lógica de su corrección, y, desde una perspectiva práctica —como lo es, además, la normativa de la ciencia jurídica—, favorecería la arbitrariedad del intérprete o juzgador, y, por tanto, la imposibilidad de constituir, sobre la función judicial, un conocimiento científico sujeto a comprobación.

Ahora bien, si como acabamos de exponer, la argumentación analógica no constituye un tipo de razonamiento autónomo, ¿hemos de considerar, entonces, que cae necesariamente en alguna de las otras dos clases de inferencia lógica: la inducción o la deducción? Por lo pronto, en relación con esta interrogante, procede aclarar que nuestra conclusión, en el sentido de negar la autonomía plena del razonamiento por analogía, no significa, en modo alguno, que éste pierda totalmente su singularidad como inferencia lógica, así como tampoco la inducción ni la deducción la pierden por el hecho de que no estén absolutamente exentas de juicios de semejanza parciales —analogías—

<sup>42</sup> García Máynez, *Lógica...*, pp. 158 y ss.; Gény, *op. cit.*, p. 570; Romeo Lagunas, *La analogía...*, cit., p. 262; Klug, *op. cit.*, p. 166; P. Parra, *op. cit.*, p. 77.

<sup>43</sup> P. Parra, *op. cit.*, pp. 76 y ss.: “La inferencia, en su forma espontánea y más simple se nos presenta como el tránsito de un hecho, presente a la conciencia, a otro que no lo está; ... principia en un hecho particular y acaba en otro hecho particular... una inferencia espontánea que no puede ser revisada por la Lógica... Cuando es posible, la Lógica, por medio de las palabras generales, divide esta operación en dos; de aquí resultan las inferencias lógicas, las que la Lógica puede dirigir o revisar, ...: son la inducción y la deducción...”

en el proceso de su realización, según apuntábamos en algún párrafo anterior.<sup>44</sup> Tal vez, en relación con este punto, pudiera resultar esclarecedora la distinción señalada ya por Kant, en su manual de *Lógica*, entre inducción y analogía, al anotar que la primera trabaja con la observación de muchos objetos y está dirigida a concluir con la formulación de una proposición general, que afirma la validez de un principio o ley no sólo para aquellos objetos, sino también para otros análogos, no observados, que forman con los primeros un agregado genérico —“una sola cosa se da en muchos objetos; luego se da en todos”—, mientras que la analogía, al contrario, trabaja con la observación de muchas cualidades dadas en un mismo objeto, para concluir afirmando, por comparación con otro objeto, la presencia en el primero de una o más cualidades adicionales que están presentes en el otro —“muchas cosas se dan en un objeto (que están además en otro); luego todas las demás se dan en el mismo objeto”.<sup>45</sup>

De esta aguda observación kantiana se desprende la existencia, entre analogía e inducción, de una doble característica diferencial, esto es, relativa no sólo al punto de partida sino también al punto de llegada de uno y otro tipo de razonamiento. En cambio, tratándose de la confrontación entre analogía y deducción, se advierte más claramente la distinción en el punto de partida que en el punto de llegada del razonamiento. En efecto, mientras que la analogía opera sobre realidades tanto en el inicio de su camino lógico como al término del mismo —en uno y otro momento maneja casos o grupos de casos, sometiénolos a una comparación cualitativa que conduce, finalmente, a la conclusión analógica—,<sup>45 bis</sup> en cambio, en el razonamiento deductivo, el sujeto se apoya en una premisa o proposición general en el punto de arranque para concluir con un juicio particular, que predica, respecto de un caso concreto cuyo conocimiento se trata de determinar, la validez de la afirmación contenida en la premisa general fundante del razonamiento.<sup>46</sup> Como puede advertirse, tanto el razonamiento analógico como el deductivo concluyen, en buenas cuentas, con un juicio particular, que algo predica o imputa respecto del hecho o caso concreto de la investigación, radicando quizás los matices distintivos más impor-

<sup>44</sup> Ver *supra*, nota 32.

<sup>45</sup> Kant, *Lógica*, cit., p. 136.

<sup>45 bis</sup> Ver *infra*, aclaración y remisión al texto principal hechas en nota 56.

<sup>46</sup> P. Parra, *op. cit.*, pp. 331 y ss., 372 y ss.; Romero y Pucciarelli, *op. cit.*, pp. 81 y ss.

tantes, entre ambas clases de razonamiento, en el grado mayor de certidumbre del juicio particular deductivo que del analógico, en la medida en que la predicación o imputación que aquél realiza no constituye más que la especificación, por síntesis, respecto de un miembro del mismo género sujeto de la premisa general, de la validez del atributo o principio por ella enunciado, en tanto que el juicio particular analógico afirma, respecto del caso concreto —miembro de un agregado genérico—, la validez meramente probable de un conocimiento sólo comprobado para el otro caso o grupo de casos —miembro de un agregado genérico diverso— objeto de la comparación.

Lo cierto es que el esfuerzo dialéctico que hay que desplegar —lo que fácilmente puede observarse en el virtuosismo conceptual de las consideraciones recién expuestas— para detectar los matices distintivos que la analogía tiene frente a la inducción y la deducción, es bien sintomático del grado en que una y otras se hallan involucradas en todo tipo de argumentación lógica, de tal manera que puede afirmarse que, en definitiva, cualquier inferencia analógica necesita, en alguna forma, echar mano de juicios inductivos y deductivos auxiliares, del mismo modo que estos dos últimos tipos de razonamiento lógico involucran, en su desarrollo, algunos juicios analógicos intermedios, según comentábamos arriba.<sup>47</sup>

Ello explica, en buena parte, la dosis de razón que asiste a las consideraciones externadas, por algunos lógicos, sobre la aproximación de la inferencia analógica a una *inducción incompleta* y a un *silogismo imperfecto*,<sup>48</sup> las cuales abonan también nuestro parecer en el sentido de que la analogía constituye una modalidad intermedia del razonamiento lógico, que no se identifica, pero tampoco se singulariza del todo frente a las otras dos modalidades, sino que participa de momentos inductivos y deductivos en su desarrollo.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Ver *supra*, nota, 32.

<sup>48</sup> Ver *supra*, nota 36.

<sup>49</sup> Ver *supra*, nota 42.

### 3. Cuestiones lógico-metodológicas de la analogía jurídica<sup>50</sup>

Las cuestiones de este segundo grupo se distinguen, de las analizadas en la sub-sección anterior de este trabajo, por la circunstancia de que, desde el ángulo metodológico, nuestras consideraciones sobre ellas ya no habrán de moverse en el ámbito puramente formal del razonamiento lógico, sino que ahora tendremos que tomar en cuenta aspectos ontológicos, pertinentes a la índole específica del objeto de estudio de la ciencia jurídica dogmática, los cuales, como luego veremos, matizan de modo muy peculiar al procedimiento analógico aplicado al dato de la experiencia cultural —conducta humana— en que dicho objeto del conocimiento jurídico consiste. Aquí habremos de aprovechar, para no repetirnos innecesariamente, nociones ya explicadas, en el apartado 1) de la presente comunicación, bajo el rubro “analogía e interpretación del derecho”.<sup>51</sup>

A título complementario, conviene ampliar el anterior razonamiento, manifestando que, en principio, concebimos la *analogía jurídica* como una especificación de la *analogía formal*, en la medida en que la validez lógica de la primera requiere la realización previa de un razonamiento analógico típico —acorde con los cánones de la lógica formal—, aunque su operabilidad jurídica exija, además, de un *plus* de valoración, que en función de ciertos valores de convivencia (orden, seguridad, paz, ... justicia) y considerando las circunstancias del caso concreto, ha de poner en su argumentación el sujeto del conocimiento jurídico (juzgador o intérprete); agregado estimativo éste que sólo la fenoménica socio-cultural del derecho —en la que está involucrada una experiencia de libertad—<sup>52</sup> admite y reclama. No parece que esta situación específica haya sido hasta ahora explicada, con nitidez, por la generalidad de los juristas teóricos que se han ocupado de la aplicación del razonamiento analógico a la interpretación jurídica.<sup>53</sup>

Desde luego podemos observar, en la perspectiva lógico-metodológica, que tratándose de la ciencia jurídica dogmática el argumento por

<sup>50</sup> Ver *supra*, nota 23.

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> Cossio, *La teoría egológica...*, cit., pp. 212 y ss., 273 y ss.

<sup>53</sup> Algunos autores, sin embargo, aluden en cierta forma a este elemento de valoración en relación con la analogía jurídica: García Máynez, *Lógica...*, cit., pp. 158 y 167; Cossio, *La plenitud...*, cit., pp. 200 y 221 y ss.; Bobbio, *Analogía (voz)*, cit., p. 603, 2a. col.; Betti, *Interpretación de la ley...*, pp. 159 y ss.; Gény, *op. cit.*, p. 570; Klug, *op. cit.*, pp. 104 y ss.