

3. Cuestiones lógico-metodológicas de la analogía jurídica⁵⁰

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”.⁵¹

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—⁵² 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.⁵³

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

⁵⁰ Ver *supra*, nota 23.

⁵¹ *Idem*.

⁵² Cossio, *La teoría egológica...*, cit., pp. 212 y ss., 273 y ss.

⁵³ 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.

analogía no puede funcionar en los mismos términos con que opera en la esfera de las ciencias naturales, básicamente por las diversas características que reviste, en uno y en otro campo del saber, el tipo de conocimiento que persigue el investigador, ya que, si al científico de la naturaleza le interesa determinar causalmente, con el máximo grado de certidumbre cercano a la verdad, la probabilidad de que el principio explicativo de un fenómeno (*A*) perteneciente al mundo del ser, valga igualmente como explicación de otro fenómeno (*B*), cuya semejanza parcial con el primero, en una serie de elementos o rasgos constitutivos, ha sido previamente comprobada; en cambio, el interés del científico del derecho (intérprete o juez) no está dirigido a determinar la probabilidad de que a un hecho de conducta social, como causa, le siga, como efecto, el mismo hecho que se presenta como tal respecto de otro hecho de conducta social similar al primero —cuestión ésta más bien materia de investigación para la sociología jurídica—,⁵⁴ sino a concluir, con el máximo grado de certidumbre cercano a la justicia (verdad jurídica),⁵⁵ si la consecuencia normativa prevista, por el ordenamiento jurídico positivo, para la hipótesis de un caso o grupo de casos (*A*)⁵⁶ perteneciente al mundo del deber-ser, resulta igualmente imputable al caso concreto (*B*), cuya semejanza parcial con el primero, respecto de varias circunstancias, ha sido previamente establecida.

Por otra parte, la razón suficiente o fundamento de la inferencia analógica, que en la esfera de las ciencias naturales está dado por el principio de la uniformidad o regularidad de la naturaleza (causali-

⁵⁴ Para distinción entre sociología jurídica y ciencia jurídica dogmática: Cossio, *La teoría egológica...*, cit, pp. 261 y ss.; *Ciencia del derecho y sociología jurídica*, en "Rev. de la Fac. de Dcho.", núm. 19, B. Aires, 1950 y en el vol. de homenaje al prof. Luis Legaz y Lacambra, "Estudios jurídico-sociales", Ed. Universidad, Santiago de Compostela, 1960.

⁵⁵ Cossio, *Teoría de la verdad jurídica*, cit., pp. 209 y ss.

⁵⁶ Ver *infra*, en el texto de este trabajo, la puntualización que hacemos, al analizar las dos etapas en que se descompone el razonamiento analógico-jurídico, sobre los términos propios en que el intérprete realiza la comparación entre los casos en juego. A este respecto, cabe observar que la argumentación por analogía debe resultar más fácil y eficaz dentro de un sistema de derecho basado en el análisis de los precedentes (*case-law*), como es el anglosajón, en donde el juzgador efectivamente maneja sólo casos concretos —el actual a resolver y el constitutivo del precedente—, a diferencia del juez del sistema de derecho continental-europeo, que para razonar analógicamente tiene que extraer, de la norma que contiene la hipótesis legal para un caso o conjunto de casos tipo (genérico), el sentido normativo que ha de traducir en la sentencia para el caso concreto sometido a su decisión.

dad),⁵⁷ ya que el comportamiento mismo de los hechos de la experiencia se encargará de acreditar como verdadera, o desmentir como falsa, la inferencia realizada por el investigador, encuentra su equivalente, tratándose de la ciencia jurídica dogmática, en el principio o máxima *ubi eadem ratio ibi eadem iuris dispositio*,⁵⁸ dependiendo la verdad estimativa de la inferencia analógica, realizada por el juez, de la fuerza de convicción que tenga su sentencia, la cual, eventualmente, podrá ser materia de verificación en una segunda instancia, a través de los recursos procesales procedentes. Más adelante volveremos sobre este punto, a propósito de las características de tales posibles recursos contra una sentencia analógica.

Ahora bien, tomando como base las nociones propedéuticas que acabamos de exponer, procede abordar ya, frontalmente, el análisis del aspecto lógico-metodológico del razonamiento analógico, en sus específicas modalidades que derivan de la particular constitución ontológica de la ciencia jurídica dogmática, para cuyo efecto hemos de retomar aquí, ampliándolos, algunos conceptos, también esbozados ya en párrafos anteriores, sobre el tipo de conocimiento que cumple el jurista —legislador o juez— en tanto que científico del derecho.

Habíamos convenido, efectivamente, en que el problema de la analogía jurídica se ubica en el centro mismo de la tarea interpretativa del derecho, o sea, que dicho problema forma parte del proceso lógico de conceptualización científica del sentido normativo de la realidad de las relaciones sociales, que atañe a la jurisprudencia dogmática. Habíamos destacado asimismo que dicho proceso gnoseológico constituye un todo lógico continuo, en el que participan por igual, aunque en diversas etapas y con distinto nivel de abstracción conceptual, tanto el legislador —al formular las normas jurídicas generales— como el juzgador —al resolver en su sentencia, con apoyo en tales normas, las situaciones vitales concretas sometidas a su decisión.⁵⁹

En tales condiciones, si para la ciencia jurídica interpretar equivale

⁵⁷ P. Parra, *op. cit.*, pp. 77 y ss. y 337 y ss.; Romero y Pucciarelli *op. cit.*, pp. 82 y 166 y ss.; ver *supra*, nota 32.

⁵⁸ García Máynez, *Lógica...*, cit., p. 158; *Introducción...*, cit. pp. 161 y 172; Betti, *Teoría generale...*, cit., p. 843; *Interpretación de la ley...*, cit., p. 157; Bobbio, *Analogía (voz)*, cit., p. 603, 2a. col.

⁵⁹ Ver *supra* dentro de las ideas lógico-formales sobre la analogía jurídica desarrolladas en el texto de esta comunicación (sub-secc. 2), la participación del legislador y del juzgador en el ciclo total del conocimiento jurídico considerado como un *continuum*.

a “conocer” y en la tarea de conocimiento que ella cumple participan, en distintos momentos y con diversa perspectiva, tanto el legislador como el juez, se impone concluir también que el problema de la analogía, como forma de inferencia lógico-jurídica, no puede ser exclusivo de la función judicial, sino que con iguales títulos de legitimidad ha de plantearse dentro de la función legislativa; aunque, ortodoxamente, la doctrina moderna haya anclado la problemática analógico-jurídica, desde un principio, tan sólo en relación con la primera función. Esta observación tiene su importancia, porque, como luego veremos, la analogía constituye más bien un problema metodológico que de derecho positivo; lo cual, a su vez, tiene una repercusión sobre la cuestión relativa a si el empleo de la interpretación analógica por el juez, para ser legítima, necesita estar autorizada por el legislador, a través de una norma expresa del ordenamiento jurídico positivo correspondiente.⁶⁰

Sin embargo, la vinculación específica de la problemática analógica con la función judicial tiene su explicación, si consideramos que es sobre el juez que incide el momento culminante del conocimiento jurídico, ya que, al razonar analógicamente, completa el ciclo del proceso cognoscitivo de la ciencia jurídica, volviendo a tomar contacto con la misma realidad social de la que analíticamente partió el legislador para regular normativamente, pero ahora por la vía sintética de la conceptualización, mediante la sentencia —norma individual—,⁶¹ del sentido jurídico del caso concreto; mientras que la apelación a juicios analógicos parciales, por parte del legislador,⁶² constituye tan sólo una etapa intermedia de su razonamiento analítico sobre las situaciones sociales —comunitarias— que pretende normar, mediante la formu-

⁶⁰ Gény, *op. cit.*, pp. 520 y ss.; Cossio, *El substrato filosófico...*, cit. pp. 34 y ss.

⁶¹ Ver *supra*, nota 18.

⁶² En realidad, el legislador no sólo acude de manera normal a consideraciones analógicas al realizar el análisis de las relaciones sociales que pretende regular, para agrupar aquellas que son típicas bajo las hipótesis legales que formula, sino que indudablemente hace lo mismo cuando, buscando criterios normativos para determinada esfera de relaciones sociales, apela a la técnica del derecho comparado, a fin de obtener aquéllos de la experiencia legislativa de otros pueblos. Otro ejemplo claro de empleo del razonamiento analógico, por el legislador, lo tenemos en los casos frecuentes de disposiciones que, para normar determinada materia, se remiten a las establecidas en otro capítulo o título del mismo cuerpo legal, o de otro ordenamiento, que rigen para una materia similar. Finalmente, iguales consideraciones analógicas se observan en la técnica legislativa, también frecuente, de prever para las lagunas normativas de un ordenamiento la aplicación supletoria de las disposiciones de otro ordenamiento legal afín. (Ver *infra*, nota 106.)

lación de proposiciones jurídicas generales, conceptuadoras del sentido normativo de las diversas formas típicas en que pueden presentarse las relaciones sociales protagonizadas por los miembros de la comunidad.

Centrando ahora nuestra atención sobre la función interpretativa del juez, para analizar en relación con ella el procedimiento analógico, cabe por lo pronto destacar los dos principios jurídicos básicos que se hallan a la base de dicha función, a saber: a) el juez debe juzgar siempre,⁶³ no le está permitido bajo pretexto alguno abstenerse de emitir su fallo sobre la cuestión controvertida, so pena de constituirse en reo de denegación de justicia; y b) el juez debe fallar con apoyo en las normas generales integrantes del ordenamiento jurídico positivo del que forma parte como órgano o funcionario (principio de legalidad).⁶⁴ Los dos principios son consubstanciales (ontológicos) a todo ordenamiento jurídico y su vigencia o validez no depende de una consagración expresa por el legislador.⁶⁵

El supuesto jurídico de apelación al razonamiento analógico, por parte del juzgador, lo constituye, según sabemos, la ausencia en el orden positivo correspondiente de una norma expresa, cuya hipótesis contemple típicamente las circunstancias que configuran al caso concreto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional.⁶⁶ Esto significa: que el recurso lógico a la analogía está condicionado a una previa y exhaustiva labor de interpretación del ordenamiento jurídico, por parte del juez, que agote todas las técnicas o métodos hermenéuticos disponibles,⁶⁷ y permita al mismo concluir indubitablemente, en aca-

⁶³ Savigny, *op. cit.*, pp. 146 y ss.; V. P. Mortari y L. Caiani, *op. cit.*, p. 349, 1a. col.; Cossio, *La teoría egológica...*, pp. 115 y 545.

⁶⁴ Mortari y Caiani, *op. cit.*, p. 349, 1a.; Cossio, *Teoría de la verdad jurídica*, cit., pp. 188 y ss.; *La teoría egológica...*, cit., pp. 147 y ss.; *El derecho en el derecho judicial*, cit., pp. 84 y ss.

⁶⁵ Ver *supra*, nota 41.

⁶⁶ No abordaremos aquí la larga discusión doctrinaria sobre el problema de las "lagunas del derecho" o "de la ley", que históricamente ha estado vinculado al tema general de las fuentes y, en particular, al de la analogía jurídica, así como dirigido a sentar las bases teóricas para sustentar la tesis sobre la naturaleza, meramente interpretativa o además creadora de derecho, de la función judicial. Basta con remitir al lector a la amplia bibliografía que aparece citada en el artículo escrito por Norberto Bobbio, para el *Novissimo Digesto Italiano* (t. IX, 1965), sobre la voz correspondiente, y al libro de Cossio, *La plenitud...*, cit., pp. 17 y ss.

⁶⁷ Para una exposición a fondo sobre los distintos métodos de interpretación del derecho: Cfr. *supra*, bibliografía citada en nota 13. Además, Cossio, *El derecho en el derecho judicial*, cit., pp. 107 y ss.

tamiento al principio de la legalidad de su función, sobre la inexistencia de esa norma inclusiva del caso; así como que, por otra parte, la argumentación analógica constituye, a su vez, un procedimiento lógico previo respecto del recurso a los “principios generales del derecho” y a la “equidad”,⁶⁸ expresiones éstas que, en la generalidad de las codificaciones modernas, son indicadoras de una mayor libertad para el juez en la investigación y formulación de la norma rectora del caso no previsto. Ahora bien, este orden de operaciones interpretativas tiene el propósito, desde el punto de vista lógico-jurídico, de asegurar al máximo la observancia de la garantía de legalidad, mediante un hetero-control de la racionalidad y objetividad de la sentencia judicial, que someta en lo posible su contenido a los criterios normativos dogmáticamente establecidos por el legislador⁶⁹ y reduzca al mínimo el margen de arbitrio del juzgador, que eventualmente puede rayar en la arbitrariedad.

Explicada así, en cuanto a sus fundamentos racionales, la operabilidad de la interpretación analógica, cabe agregar que ésta se apoya, en consecuencia, en otra presunción, a saber: que si efectivamente no existe en el ordenamiento jurídico una norma expresa de exacta aplicación al caso concreto, es posible encontrar en aquél alguna otra disposición legal, cuya hipótesis contemple un caso (o grupo de casos) típico que guarde, con el caso concreto no previsto, una cierta relación de semejanza o afinidad y que permita razonar la imputación, a este último, de la misma consecuencia jurídica establecida para la hipótesis legal análoga.

De conformidad con lo expuesto, puede considerarse que, desde el punto de vista metodológico, la argumentación analógica jurídica se puede desglosar en dos etapas: a) la determinación previa de la similitud entre los dos casos que constituyen los términos de la comparación, y b) la decisión, tomada por el juzgador, de aplicar al caso concreto no previsto la misma consecuencia jurídica establecida para el caso típico previsto. Obsérvese aquí, que en la operación comparativa que constituye la primera etapa del razonamiento analógico jurídico, el intérprete no trabaja propiamente con dos casos concretos —supuesto éste que sólo puede darse en los sistemas de derecho basados en el

⁶⁸ Para el concepto de “equidad”, Fausto E. Rodríguez García, *Justicia y equidad*, (tesis profesional), México, 1950.

⁶⁹ Sobre la problemática del error judicial como “arbitrariedad”, cfr. Cossio, *Teoría de la verdad jurídica*, cit., pp. 220 y ss.

principio del acatamiento al precedente (*case-law*)—, sino más bien, por una parte, con un caso concreto no previsto, cuya norma rectora se investiga, y, por otra, con un caso típico (no concreto)⁷⁰ —configurativo de la hipótesis legal relativa a un grupo genérico de casos—, el cual, desde esta perspectiva, constituye más bien una proposición o juicio normativo general que un dato de la realidad. Esta explicación tiene su importancia, al efecto de despejar la cuestión tocante a la relación entre la llamada “interpretación extensiva” y la “interpretación analógica”, en el campo del derecho.

La doctrina jurídica en boga suele distinguir ambas modalidades de la interpretación,⁷¹ considerando que la *extensiva* cae dentro del concepto de una interpretación normal de la ley, en la medida en que no hace más que rectificar o aclarar los términos empleados en la formulación de la hipótesis legal, para volver a ésta incluyente de un caso que reúne todas las características del género por ella definido, y que, por un defecto o vaguedad en el uso de las palabras por el legislador, sólo aparentemente no está contemplado. Sobre este punto, estimamos que el empleo del adjetivo “extensiva”, para calificar dicha especie de interpretación, resulta perturbador, ya que, en esta materia, una norma legal o *es* o *no es* directamente aplicable a un caso concreto, independientemente de los recursos dialécticos de que eche mano el juzgador para aclarar el verdadero alcance de los términos en que está concebida su hipótesis y hacerla comprensiva del caso concreto. En tal sentido, consideramos que resultaría más técnico el empleo del calificativo “extensiva” como sinónimo de “analógica”, en virtud de que es en este tipo de interpretación (*a simili*) en la que propiamente realiza el juez una “extensión”, no de la hipótesis legal del caso típico, sino de la consecuencia jurídica imputada a ésta, estimándola aplicable a un caso concreto no incluido dentro del concepto genérico de aquélla, pero constitutivo de otro género similar o afín al hipotético. En el fondo, pues, lo que llamamos “interpretación analógica” sólo es *analógica* en cuanto a la hipótesis, pero *extensiva* en cuanto a la disposición legal.

⁷⁰ A la mejor inteligencia del sentido en que utilizamos aquí la expresión “caso típico”, puede resultar útil la consideración de la idea weberiana sobre el *tipo ideal*: Max Weber, *Economía y sociedad*, F.C.E., México, 1944, t. I, trad. de José Medina Echavarría, pp. 6, 8 y ss.

⁷¹ Cfr. Savigny, *op. cit.*, p. 198; Gény, *op. cit.*, pp. 289 y 296 y ss.; Betti, *Interpretación de la ley...*, pp. 162 y ss.; Klug, *op. cit.*, p. 149.

Esta y las demás aclaraciones que hemos venido engarzando al hilo de la exposición del tema que nos ocupa, las cuales pudieran parecer dispersas y hasta inconexas, han sido sin embargo de utilidad en el desarrollo de la cuestión, ya que, si bien se las ve, nos han permitido ir configurando, paulatinamente, nuestro punto de vista teórico sobre la tesis de esta comunicación.

Ahora bien, acotado así el sentido propio de la analogía jurídica, podemos ya destacar que el correspondiente razonamiento metodológico consta de dos partes: una comparativa o analógica *stricto sensu* y otra tética o imputativa de consecuencias normativas; la primera, de carácter primordialmente lógico, está integrada por el procedimiento analítico de determinación de similitudes o afinidades entre los términos de la comparación —caso típico previsto y caso concreto no previsto—, que concluye con la afirmación de la semejanza esencial entre ambos; y la segunda, de carácter más bien axiológico o estimativo, representada por la imputación de las consecuencias jurídicas establecidas para el caso típico, previsto en la hipótesis legal existente, al nuevo caso concreto por resolver.

Esta disección del razonamiento analógico en el campo de la interpretación jurídica, nos permite percibir la relativa autonomía que se da entre los dos momentos —el lógico y el axiológico— que lo integran, ya que la mera comprobación lógica de la presencia de determinados elementos comunes en uno y otro caso materia de la comparación, bastantes para fundar una semejanza esencial entre ambos y conducir a un mismo tratamiento jurídico para los dos, no condiciona de manera automática la imputación, al caso concreto, de la consecuencia normativa prevista para la hipótesis legal del caso típico. Es decir, que la fuerza lógica de la argumentación analógica —con todo y la presión estimativa para el intérprete que conlleva el valor de verdad⁷² que ella implica— no condiciona necesariamente el juicio jurídico del juzgador, quien en definitiva sólo puede quedar vinculado por la valoración de justicia resultante de su ponderación de las circunstancias del caso, la cual, desde luego, puede conducirlo a adoptar para éste la misma imputación legal, pero también a rechazarla. Esta soberanía plena de que goza el juzgador, para considerar incompatible con el sentido normativo del caso concreto⁷³ —en función de los valores, fines e intere-

⁷² Según Cossio, la analogía lógica es la *verdad* de una igualdad, mientras que la analogía jurídica es la *justicia* de la igualdad: *La plenitud...*, cit., p. 230.

⁷³ Adaptando la tesis lógica de Pfänder, sobre los requisitos del razonamiento ana-

ses societarios que orientan su tarea interpretativa— la valoración adoptada por el legislador para el caso típico análogo, resulta completamente normal, si tenemos en cuenta que en ella está en juego nada menos que la fuerza de convicción (verdad jurídica) de su sentencia.⁷⁴

Nuevamente aquí el argumento tiene su repercusión en el problema relativo a la posible procedencia de algún recurso procesal contra el fallo analógico del juez, porque esa sería, entre otras cuestiones, la materia probable del recurso a examinar por el tribunal de alzada, a saber: decidir sobre si realmente no era pertinente en el caso la vía de la argumentación analógica (p.e., por considerar el recurrente que había norma expresa específicamente aplicable al caso litigioso) —supuesto de ilegalidad de la sentencia por *indebida* aplicación de la norma analógica—; o bien, admitida la procedencia del razonamiento analógico, resolver no sólo sobre si el juez cumplió o no adecuadamente el análisis lógico-comparativo de los casos equiparados en su fallo (p.e., por considerar el recurrente que, en realidad, no se confundía la semejanza esencial entre los casos invocada por el juzgador), sino, también, sobre hasta qué punto ponderó objetivamente, o en forma arbitraria, las circunstancias del caso para adoptar la solución analógica (p.e., por considerar el recurrente que la mencionada solución no satisface las exigencias valorativas y teleológicas o los intereses societarios involucrados en el litigio) —supuestos, ambos, de ilegalidad de la sentencia por *inexacta* aplicación de la norma analógica.

Con el marco conceptual hasta aquí desarrollado, abordaremos en términos muy generales, pero tomando ya en cuenta las características ontológicas específicas del objeto del conocimiento jurídico, el análisis de lo que realmente hace el juzgador, cuando se encuentra en la situación de tener que razonar analógicamente para descubrir la norma aplicable al caso. En este respecto, lo que más interesa, es determinar sobre qué elementos va a operar el estudio comparativo que reclama dicho tipo de razonamiento fundante de su sentencia.

Para ello, nos resultará útil recordar algunas afirmaciones formula-

lógico para que sea concluyente, el profesor mexicano Eduardo García Máynez la reformula en relación con la analogía jurídica, sosteniendo que, para la procedencia del argumento, es necesario, aparte de que los dos casos comparados coincidan o sean similares en un elemento esencial, que el caso concreto a resolver no contenga ningún elemento que sea incompatible con la solución analógica: *Lógica...*, cit., pp. 156 y ss.

⁷⁴ Cossio, *El derecho en el derecho judicial*, cit., pp. 130 y ss.; *Teoría de la verdad jurídica*, cit., pp. 220 y ss.

das en párrafos anteriores sobre la naturaleza de los datos con los que trabaja el juzgador al conceptuar con su resolución el sentido normativo del caso concreto. Tales datos constituyen un fenómeno de la experiencia cultural —esfera de las acciones libres— que está configurado por la interferencia de las conductas de los agentes que intervienen como protagonistas o partes en la situación litigiosa. En tanto que tal, ese complejo o trabazón de conductas individuales traduce, a su vez, una experiencia de libertad, en la que encarnan ciertos valores de convivencia (orden, seguridad, paz, cooperación, . . . etcétera) o sus contrarios, a cuya luz va a determinar el juzgador el sentido normativo del caso, definiendo en términos de deber-ser las consecuencias jurídicas —facultades, obligaciones o sanciones— que han de imputarse a las *circunstancias* espacio-temporales y espirituales que configuran la situación conflictiva de los protagonistas del caso. Esto nos indica que, para los efectos de investigar el grado de semejanza existente entre el caso típico legal y la situación concreta, lo que el intérprete tiene que manejar y comparar, en la primera etapa de su argumentación analógica, es ese conjunto de *circunstancias* configuradoras del substrato o soporte de uno y otro caso; así como que el análisis de esas circunstancias debe arrojar, como saldo, tan sólo una semejanza parcial, aunque sustancial, entre ambos términos de la comparación, ya que, de ser total, dicha similitud equivaldría a la identidad o univocidad⁷⁵ de los dos casos, y, por tanto, que estaríamos ante un supuesto de aplicación lisa y llana de la ley.⁷⁶

Tampoco la semejanza parcial entre esas circunstancias puede ser tan pequeña, que pierda importancia frente a las otras características diferenciales entre los casos comparados y conduzca, mejor, a establecer un juicio de diversidad entre ambos, en cuyo supuesto nos encontraríamos frente a un caso de inaplicabilidad de la ley o de aplicación del argumento *a contrario*. Sin embargo, tratándose de la analogía jurídica, lo que interesa no es tanto el aspecto cuantitativo como el cualitativo de la comparación, ya que puede muy bien ocurrir que los dos casos confrontados sólo presenten una circunstancia coincidente, pero que ésta sea tan esencial que pueda considerarse la determinante del

⁷⁵ Sobre la idea de que la analogía constituye un término medio entre lo *unívoco* y lo *equivoco*, por lo que participa de ambos, ver referencia en: Romero Lagunas, *Las lagunas de la ley...*, cit., pp. 240 y ss.

⁷⁶ Para un análisis detallado sobre “las circunstancias del caso”: Cossio, *Teoría de la verdad jurídica*, cit., pp. 185 y ss.; *La teoría egológica...*, cit., pp. 148 y ss.

sentido normativo del caso típico, recogido por la disposición legal,⁷⁷ y, por tanto, bastante para adoptar esta última como imputable también al caso concreto a decidir; o, por el contrario, coincidir los dos casos en múltiples circunstancias y diferir en una sola —no considerada entre las características tipificadoras de la hipótesis legal—, pero tan esencial, que más bien sea idónea para fundar la inaplicabilidad de la ley constitutiva del caso típico y la imputación, al caso concreto, de una consecuencia jurídica diversa.

Lo anterior nos permite ver que, en materia de analogía jurídica, la realmente decisiva es la segunda parte del razonamiento, relativa a la ponderación de las circunstancias comunes y diferenciales de los casos en juego, dentro del análisis comparativo, ya que es la que ha de concluir a la decisión sobre el grado de esencialidad de aquéllas y a la determinación de la consecuencia jurídica imputable, como sentido normativo, en uno y en otro caso; ponderación de circunstancias que ha de hacer el juez en función de los valores, fines e intereses societarios que orientan su actividad interpretativa.

En relación con esto último, conviene destacar la importancia que asume, como criterio objetivo que debe tener también presente el intérprete, la consideración del alcance que, desde el punto de vista de las limitaciones que deriven para la libertad de los sujetos involucrados en el caso concreto, tenga la imputación de consecuencias jurídicas resultante de la argumentación analógica —sea para adoptar ésta, sea para rechazarla. En efecto, no hay que olvidar, que desde la perspectiva de la *libertad*, entendida como el rasgo distintivo de la experiencia cultural en que el derecho, como fenómeno de conducta, consiste, la materia de la ordenación jurídico-positiva se constituye a partir del axioma ontológico que dice: “todo lo que no está jurídicamente prohibido u ordenado, está jurídicamente permitido”.⁷⁸ Este principio define en forma residual, el hecho metafísico de la libertad de los miembros de una comunidad; lo cual significa que éstos, originariamente, son metafísicamente libres —tienen la posibilidad irrestricta de optar entre las múltiples posibilidades de conducta que constituyen su

⁷⁷ Sobre el concepto de “circunstancia arcontica”, como la determinante para la valoración del caso: Cossio, *Teoría de la verdad jurídica*, cit., pp. 186 y 192; *La teoría egológica...*, cit., pp. 150 y ss., 156 y ss. En sentido parecido, Betti, *Interpretación de la ley...*, p. 161.

⁷⁸ Para el postulado ontológico-jurídico de la libertad, consultar la fundamental polémica Cossio-García Máynez sobre el concepto jurídico de libertad: Cossio, *La teoría egológica...*, cit., pp. 650 y ss.

respectivo horizonte vital— para elegir, en cada momento, lo que van a hacer en el momento siguiente, en función del programa o proyecto de vida individual (deber-ser existencial) que se haya trazado cada uno; elección ésta que, en tanto que libremente hecha en uso de su voluntad, se les presenta a su vez, desde un ángulo pragmático, como la exigencia de un deber-hacer frente a la posibilidad de conducta elegida.

Ahora bien, tomando en cuenta que cada individuo ha de concebir y realizar su propio programa o proyecto existencial, dentro del marco de posibilidades de conducta que se le ofrecen, en el contexto societario en que convive con otros individuos, ha de entenderse que los programas o proyectos existenciales de los demás miembros de la comunidad constituyen, para él, otras tantas limitaciones o impedimentos a un teórico despliegue absoluto de su libertad. El hecho comprobado de que, en principio, estas limitaciones no son reconocidas o acatadas en forma espontánea —por decisión autónoma—, plantea la necesidad de que se constituya una instancia comunitaria heterónoma, que imponga autoritariamente a los individuos, desde fuera y desde arriba (valor de poder social), el respeto recíproco de esos programas existenciales interferidos, articulándolos mediante un ordenamiento normativo (valor de orden social), el cual, en su conjunto orgánico, unitario y sistemático constituye, a su vez, un programa o proyecto existencial comunitario, dirigido a garantizar una convivencia social perdurable y lo más justa posible, fundada en la realización de otros valores bilaterales de conducta: seguridad, paz, cooperación, solidaridad.⁷⁹

Desde este ángulo axiológico, el problema de la analogía jurídica —en tanto que modalidad específica de la interpretación judicial del derecho— se presenta, al juzgador, como la necesidad de encontrar la solución objetiva a un conflicto de programas o proyectos existenciales, planteado entre los sujetos protagonistas del caso concreto, a la luz de las directrices normativas constitutivas de un programa o proyecto existencial comunitario —ordenamiento jurídico positivo— que, al parecer, no contiene una fórmula o disposición legal específica para resolver el conflicto en cuestión. Naturalmente que la solución objetiva al conflicto de programas o proyectos individuales, que ha de con-

⁷⁹ La idea de una estructura de los valores jurídicos en la forma de un *plexus*, que explica a la justicia como valor fundado en otros valores secundarios fundantes: Cossio, *Los valores jurídicos*, en "Anuario de Filosofía del Derecho", t. IV, pp. 27-91, Madrid, 1956.

ceptuar normativamente en su sentencia el juzgador, ha de obtenerla éste haciendo una valoración comunitaria de aquéllos, de cuyo mayor o menor acierto dependerá la mayor o menor fuerza de convicción (verdad jurídica) de su fallo. Dicha valoración comunitaria constituye, en última instancia, el criterio supremo para adoptar o rechazar la solución analógica del caso concreto, en la medida en que las correspondientes limitaciones a la libertad de los individuos en conflicto, normativamente establecidas por la sentencia —obligaciones a cargo de una de las partes, correlativas de los derechos subjetivos reconocidos a la otra—, han de determinarse de tal manera, que no sólo hagan compatibles los programas o proyectos de vida individuales contrapuestos, sino que también satisfagan las exigencias del programa o proyecto de vida comunitario —representado por la articulación de la totalidad de los proyectos existenciales del conjunto de los miembros de la comunidad—, el cual ha sido normativamente consagrado en el ordenamiento jurídico positivo.

Resumiendo nuestro enfoque sobre la problemática implicada en el tema materia de la presente comunicación, podríamos decir: que la argumentación analógico-jurídica constituye un método lógico para la investigación del sentido normativo del caso concreto, del que dispone el juzgador cuando el ordenamiento legal correspondiente no contenga un precepto expreso que permita obtener, de su interpretación lisa y llana, la solución jurídica buscada, a cuyos efectos aquél podrá apelar a otra norma perteneciente al propio ordenamiento,⁸⁰ con cuya hipótesis coincida parcialmente, pero en una circunstancia esencial (*ratio legis*), la del caso concreto, de tal manera que el juzgador pueda fundar, como válida para éste, la imputación de la misma consecuencia jurídica establecida para dicha hipótesis normativa; y que, en el desarrollo del razonamiento *a simili*, goza aquél de una libertad plena, a través de su valoración de las circunstancias del caso a resolver, para aceptar o rechazar la solución analógica, con independencia de la fuerza lógica inherente a la mera comprobación de la semejanza parcial existente entre ambos casos —el hipotético y el con-

⁸⁰ Al respecto resulta sugestiva la idea desarrollada por la teoría egológica en el sentido de que, al resolver un caso, el juez se apoya, prácticamente, en la totalidad del ordenamiento jurídico, puesto que su sentencia, lleva implícitos, como elementos estructurales, no sólo la norma específicamente aplicada, sino, además, las otras que con ella integran la institución jurídica respectiva, en un todo articulado unitariamente, con el resto de las instituciones, por las normas constitucionales que les dan fundamento; Cossio, *La teoría egológica...*, cit., pp. 147 y ss.

creto— y de que el recurso a la analogía, como medio lógico-estimativo de interpretación, esté o no autorizado por el legislador, salvo que éste lo prohíba para determinada materia.⁸¹

Antes de cerrar este apartado lógico-metodológico sobre nuestro asunto, quisiéramos aludir, aunque no sea más que para destacar su importancia y la pena de ahondar su investigación, a dos cuestiones cuyo desarrollo ya no podemos realizar aquí. Nos referimos, en primer término, al problema relacionado con la afirmación concluyente del párrafo anterior de este trabajo, tocante a la inutilidad de una autorización expresa por el legislador para que el juzgador pueda legítimamente acudir a la argumentación por analogía en el cumplimiento de su tarea interpretativa del ordenamiento positivo, puesto que ella constituye un recurso metodológico inherente a la libertad de que, en principio, goza el juez en la investigación del precepto rector del sentido jurídico del caso concreto, a falta de uno expreso; es decir, que dicho razonamiento por semejanza cae dentro del ámbito normal de la actitud gnoseológica del intérprete, el cual, en tanto que sujeto de conocimiento, sólo puede estar sometido, en su tarea cognoscitiva, a las leyes formales del pensamiento (lógica) y a los cánones metodológicos que le impone la índole ontológica del objeto de su interés teórico —derecho como conducta—, pero que en modo alguno debe ser materia de regulación jurídica.

Sin embargo, como quiera que el legislador cumple también una labor interpretativa primaria en el conocimiento del derecho, dirigida a descubrir y formular, en proposiciones generales, el sentido normativo jurídico de la conducta típica de los miembros de la comunidad, puede perfectamente con sus disposiciones señalar, en cambio, ciertos límites a la libertad interpretativa del juzgador, no para prohibirle que cumpla con su función —la cual, según decíamos en otro lugar, constituye un presupuesto ontológico del ordenamiento jurídico positivo y está implicada en la esencia misma de la propia función legislativa, puesto que, si ésta formula normas genéricas, debe existir otro órgano específico que, desde el punto de vista jurídico-político, aplique esas normas a los casos concretos, y, desde el ángulo lógico-metodológico, complete, con la individuación de dichos principios generales, a través de la sentencia, el ciclo del conocimiento jurídico iniciado

⁸¹ Gény, *op. cit.*, p. 22; Betti, *Interpretación de la ley...*, cit., pp. 156 y 159; Mortari y Caiani, *op. cit.*, p. 351.

por el legislador—, sino a fin de prevenir que, so pretexto de una interpretación analógica, el juzgador introduzca nuevas limitaciones a la libertad de los súbditos en determinados campos o esferas de las relaciones sociales que, por su propia naturaleza, como en el caso de las normas jurídico-penales, traducen ya de por sí graves limitaciones a la libertad individual, incluso, en algunos casos, suprimiéndola del todo (prisión perpetua o pena de muerte).⁸²

La otra cuestión, que asimismo nos limitamos a señalar, es la pertinente a la relación que guarda el argumento por analogía (*a simili ad simile*) con los argumentos *a maiore ad minus* y *a minori ad maius*,⁸³ que algunos autores agrupan, con el primero, bajo un concepto lato de analogía, pero que en realidad caen dentro de la idea de interpretación extensiva de la ley, no por “razón de igualdad” sino por “mayoría de razón” (argumento *a fortiori*), y cuya investigación ofrece interesantes aspectos que aclarar.

III. LA ANALOGÍA Y EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

Con el telón de fondo de las precisiones teóricas —lógicas y metodológicas— arriba desarrolladas, dispongámonos ahora a situar el tema de la analogía en el contexto del ordenamiento jurídico mexicano, explorando el tratamiento normativo que éste da a aquélla y la función que la primera cumple dentro del segundo, desde el punto de vista del conocimiento del caso concreto.

En primer término, y a manera de introducción a esta segunda parte de nuestro ensayo, resulta conveniente advertir, de conformidad con el marco teórico definido en su primera parte, que la naturaleza, más bien gnoseológica, de la problemática relativa a la inferencia por analogía en su vinculación con el derecho, deja muy escaso margen a la actividad del legislador para establecer normas sobre esta mate-

⁸² Una original interpretación del principio “nulla poena sine lege” ofrece Cossio en su trabajo *El principio... en la axiología egológica*, publicado como “Apéndice” a la *Teoría de la verdad jurídica*, cit., pp. 273 y ss. Para las limitaciones al razonamiento analógico en el campo del derecho penal, así como en relación con las llamadas “normas de excepción” y el *ius singulare*, nos remitimos al artículo de G. Vassalli sobre la voz: *Analogia nel diritto penale* para el Novissimo Digesto Italiano, UTET, Torino, 1964, t. I, pp. 607 y ss., y la bibliografía que en el mismo se menciona.

⁸³ García Máynez, *Lógica...*, cit., pp. 160 y ss.

ria. Tal es la situación que se observa, como una actitud generalizada, en los diversos ordenamientos jurídico-positivos de tipo continental-europeo.⁸⁴

Efectivamente, estando el razonamiento analógico relacionado, en lo fundamental, con las cuestiones propias de la función jurisdiccional —en tanto que operación aplicadora de las normas legislativas a los casos concretos, a través de la sentencia—, los cuerpos normativos codificados suelen contener, en su parte introductoria de disposiciones generales o preliminares, uno o más preceptos dirigidos a regular, en cierta forma, el desempeño de la tarea interpretativa o de conocimiento del caso por parte del órgano judicial. A menudo, tales disposiciones jurídicas introductorias se ocupan de dar expresión normativa a una serie de postulados o declaraciones de principio que, considerando su naturaleza, no exigirían propiamente una formulación explícita para adquirir validez jurídica y tener eficacia. Tal ocurre, por ejemplo, con las disposiciones consignadas en los preceptos relativos a la materia que aquí nos ocupa, cuya regulación figura, por lo común, en el capítulo inicial de las codificaciones que la incluyen, estableciendo directrices que señalan los métodos o técnicas a que debe apelar el juzgador en la búsqueda del principio jurídico que ha de regir la solución del caso concreto, e indicando, además, las fuentes del derecho subsidiarias sobre las que ha de operar esa investigación, en defecto de una disposición legal expresa y específicamente aplicable a la situación litigiosa.

Sintomático de semejante actitud dogmática superflua es el panorama que, a nivel legislativo, nos ofrece una elemental encuesta iuscomparativa sobre el punto. En términos generales, en materia de analogía jurídica, los actuales códigos civiles —que son los ordenamientos que suelen contener tales principios hermenéuticos generales, a veces duplicando el texto de las correspondientes bases constitucionales— pueden clasificarse en tres grandes grupos: a) códigos que guardan un silencio absoluto, no estableciendo disposición alguna relativa a fuentes subsidiarias de la ley ni a técnicas de interpretación; ⁸⁵ b) códigos

⁸⁴ En realidad, nuestro estudio ha venido estructurándose sobre la base de la consideración de un sistema de derecho de formación legislativa y filiación romanista, eludiendo deliberadamente complicar el asunto con referencias a normas del derecho consuetudinario, como posible punto de partida para un razonamiento analógico.

⁸⁵ Código civil francés (1804) y Código civil alemán (1900).

que sí contienen tales disposiciones, aludiendo expresamente a la analogía como método hermenéutico,⁸⁶ y c) códigos que regulan la actividad interpretativa y señalan fuentes subsidiarias de la ley, pero que no mencionan a la analogía como método autorizado para la primera.⁸⁷

El sistema dogmático que sobre hermenéutica jurídica ha adoptado el ordenamiento positivo mexicano, según se desprende de los distintos cuerpos legislativos que contienen uno o más preceptos sobre este asunto, nos permiten clasificarlo dentro del último grupo de las codificaciones de referencia. Las reflexiones que enseguida desarrollaremos —a la luz de las ideas expuestas en la parte teórica de esta comunicación—, relativas a las diversas cuestiones que plantea el análisis de las disposiciones legales pertinentes, se basarán exclusivamente sobre las contenidas en la Constitución General y en algunos de los más importantes códigos federales mexicanos.⁸⁸

El precepto constitucional que establece los principios básicos al respecto es el artículo 14, en sus dos últimos párrafos, que rezan como sigue:

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple *analogía* y aun por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho.⁸⁹

⁸⁶ Código civil austríaco; Código civil portugués; Código civil italiano; Código civil argentino; Código civil peruano; Código civil uruguayo.

⁸⁷ Código civil mexicano; Código civil brasileño; Código civil hondureño; Código civil danés; Código civil español; Código civil ruso; Código civil chino.

⁸⁸ Dentro del marco jurídico que estructura la organización política de los Estados Unidos Mexicanos, de tipo federal, existen dos clases de normas: por una parte, la Constitución General y las leyes federales, que tienen vigencia en toda la república, y, por otra, las Constituciones Políticas de los Estados y las leyes ordinarias de éstos y del Distrito Federal, cuya vigencia se halla constreñida a los límites territoriales de las correspondientes entidades federativas. Las referencias que hagamos, en esta parte del trabajo, a los ordenamientos jurídicos estatales, se limitarán a la cita, en lo posible, de los preceptos legales que se correspondan con los de la legislación federal que sean materia de nuestra reflexión, en cada caso.

⁸⁹ El artículo 14 constitucional, cuyos dos últimos párrafos hemos transcrito, en el texto principal de este estudio, para su análisis, aparece incluido en el Capítulo I, del Título Primero, de la Constitución Federal: "De las garantías individuales". Las Constituciones Políticas de los Estados de la Federación no contienen una disposición equivalente.

La primera reflexión que nos sugiere el texto recién transcrito coincide con lo arriba apuntado, en el sentido de que en materia de interpretación de la ley, y concretamente por lo que hace a la argumentación analógica, ha de entenderse que el juzgador debe gozar de plena libertad de razonamiento, tanto desde el punto de vista lógico como axiológico, para recurrir a los métodos y técnicas hermenéuticas que considere idóneas —libertad ésta que la naturaleza misma de su función exige—, por lo que la actuación del legislador en este respecto debe quedar reducida a señalar las fuentes normativas sobre las que aquél ha de operar en la investigación del sentido jurídico del caso, y, eventualmente, a fijar ciertos límites al empleo, en determinadas materias, de los mencionados métodos y técnicas de interpretación. Respondiendo con buena técnica legislativa a esta idea teórica, consideramos que el penúltimo párrafo del artículo 14 constitucional consagra el principio clásico en materia penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) que prohíbe al juez recurrir al argumento por analogía —o por mayoría de razón—⁹⁰ para imponer al procesado una sanción que no caiga dentro de los límites de la penalidad legalmente establecida para el delito objeto del proceso respectivo.⁹¹

Cabe observar, en relación con el párrafo del precepto constitucional que comentamos, que aun cuando la prohibición en él contenida sólo hace referencia expresa al aspecto de la penalidad, pero no al de la eventual creación, por vía analógica, de nuevas figuras delictivas, consideramos no obstante que este último aspecto —reconocido por la doctrina y la generalidad de las legislaciones penales como integrante, también, del mencionado principio clásico— queda implícitamente comprendido en los términos mismos de la disposición jurídica fundamental de referencia. Esta consideración se ve reforzada si el párrafo en cuestión es interpretado en conexión con lo establecido por el párrafo que le precede, dentro del propio precepto constitucional, el cual

⁹⁰ Para la validez del análisis aquí desarrollado, sobre el sentido que para nuestro tema tiene el artículo 14 constitucional, la expresión “por mayoría de razón” se refiere a un tipo de argumentación lógica equivalente a la “analogía”, sin que por ahora nos ocupemos de los matices diferenciales existentes entre ambas clases de razonamiento interpretativo, según lo apuntamos en el texto principal de este estudio.

⁹¹ Tampoco enfocaremos aquí los diversos temperamentos introducidos por la doctrina al principio clásico en cuestión, en cuanto a la posibilidad de admitir el razonamiento analógico, *in bonam partem*, en el campo del derecho penal. En este respecto nos limitamos a remitir al lector al artículo de G. Vassalli, sobre la voz: *Analogia nel diritto penale*, citado en nota 82.

en lo conducente dice: “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad... sino mediante juicio... conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.” Por otra parte, debemos entender que la expresión: “En los juicios del orden criminal...”, que inicia el párrafo constitucional bajo consideración, incluye no solamente los procesos sustanciados por delitos tipificados en los códigos penales, sino también aquellos otros relativos a figuras delictivas previstas en *leyes especiales*, como en efecto lo confirma el artículo 6o. —en relación con el artículo 3o. transitorio— del Código Penal para el Distrito Federal,⁹² por lo que respecto de tales normas especiales opera igualmente la prohibición de extender su alcance por el método de la argumentación analógica.

En el último párrafo del artículo 14 constitucional, arriba transcrito, el constituyente eleva a la categoría de postulado jurídico fundamental uno de los principios sustentadores de la actuación del juez en materia civil: el de *legalidad*, al establecer expresamente el orden de las fuentes del derecho a las que ha de acudir el juzgador para extraer, por interpretación, la solución jurídica para el caso concreto objeto de su sentencia, a cuyo efecto señala dos fuentes principales: la *ley* en primer término, y, en su defecto, los *principios generales del derecho*. En cuanto a la primera, dispone que el texto legal ha de tratar de entenderlo el juez “conforme a la letra”, y, en el supuesto de que las palabras de la ley no fuesen lo suficientemente claras para comprender su sentido liso y llano en relación con el caso a decidir, aquél deberá apelar a la *interpretación jurídica de la propia ley*. Consideramos que en esta expresión subrayada quedan comprendidos todos los métodos y técnicas de investigación conocidos que sean idóneos para desentrañar el sentido de la ley como sentido jurídico del caso, incluida la *analogía*,⁹³ en tanto que método lógico-axiológico cuyas carac-

⁹² El Código Penal para el Distrito Federal (1931) —aplicable en toda la República para los delitos de la competencia de los tribunales federales, en términos de su artículo 1o.—, establece en los preceptos aludidos en este trabajo: “Artículo 6o. Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una *ley especial*, se aplicará ésta, observando las disposiciones conducentes de este Código”. “Artículo 3o. Transitorio. Quedan vigentes las disposiciones de carácter penal contenidas en *leyes especiales* en todo lo que no esté previsto en este Código.”

⁹³ En realidad, consideramos que el propio método gramatical y semántico, implicado en la expresión “conforme a la letra (de la ley)” utilizada en el párrafo final del artículo 14 constitucional, quedaría también comprendido en la diversa fórmula complementaria “o a la interpretación jurídica (de la ley)” empleada en la misma disposición fundamental. El constituyente, tratando, al parecer, de asegu-

terísticas de conjunto analizamos en la parte metodológica de este trabajo.

No entraremos aquí en la ardua discusión doctrinaria existente sobre si la argumentación por analogía constituye un método de interpretación o de integración (creación) del derecho —disputa que sólo tiene sentido plantear desde la perspectiva de una concepción racionalista sobre el derecho, que entienda por éste “una norma o conjunto de normas”,⁹⁴ ya que, según lo aclaramos en otro lugar de esta comunicación,⁹⁵ para cumplir con su tarea de “aplicación del derecho” al caso concreto el juzgador tiene que realizar siempre una operación lógico-estimativa de conocimiento (interpretación), la cual recae directamente sobre las circunstancias que configuran o perfilan el caso, valiéndose, para comprender y conceptualizar su sentido jurídico —que ha de plasmar en la sentencia—, de los juicios normativos contenidos en los preceptos legales.

Dicho con otras palabras: el juez —como también el legislador—⁹⁶ *interpreta* siempre derecho, porque “interpretar” es el modo específico de conocer que le impone la naturaleza del dato cultural (conducta humana) cuyo sentido normativo le interesa descubrir; lo que varía es la fuente (ley, costumbre, principios generales del derecho, naturaleza de las cosas) de la que aquél ha de extraer los juicios normativos con los que ha de conceptualizar dicho sentido en su sentencia. Pero, al mismo tiempo, el juez *crea* (integra) siempre derecho, porque con su sentencia no sólo aporta una nueva norma —individual, en sentido kelseniano— al conjunto orgánico del ordenamiento jurídico positivo al que pertenece, sino que también contribuye con ella un nuevo conocimiento normativo, pertinente al sentido del caso concreto, que recién se constituye con y a partir de su sentencia.

Hasta aquí, la obra interpretativa del juez en materia civil se encuentra atada, por el texto constitucional, a los criterios legales objetivos establecidos por el legislador ordinario; pero, si agotadas las posibilidades normativas de esta fuente, resultara aún inédito el sentido jurídico del caso, el constituyente deja prácticamente al intérprete en

rar la atención preferente del juzgador al método hermenéutico de referencia, optó por desglosarlo normativamente del conjunto de los métodos interpretativos abarcados por dicha fórmula complementaria.

⁹⁴ Ver *supra*, nota 66.

⁹⁵ Ver *supra*, nota 59.

⁹⁶ *Idem*.

plena libertad para investigar ese sentido —casi, según expresiones legislativas clásicas empleadas por ciertos códigos, como “ministro de equidad” o como “legislador para el caso”—,⁹⁷ poniendo a su disposición el amplio receptáculo de los “principios generales del derecho” que sustentan el edificio del ordenamiento legal en aplicación.⁹⁸ Quizás, a manera de aclaración final, valga la pena subrayar que, aunque expresamente referida a la legalidad de la sentencia definitiva, la disposición hermenéutica establecida por el último párrafo del artículo 14 constitucional debe entenderse igualmente válida para todo tipo de resoluciones judiciales dictadas dentro de un procedimiento civil.

El Código Civil para el Distrito Federal, cuyas disposiciones rigen también en toda la República para asuntos del orden federal,⁹⁹ contiene una serie de preceptos introductorios, agrupados bajo el título de “Disposiciones preliminares”, que guardan una relación directa o indirecta con el problema que nos ocupa, ya que dan forma normativa a diversas ideas teóricas expuestas en el cuerpo de esta comunicación:

“Artículo 10. Contra la observancia de la ley no puede alegrarse desuso, costumbre o práctica en contrario.”

“Artículo 11. Las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.”

“Artículo 18. El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.”

“Artículo 19. Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho.”¹⁰⁰

⁹⁷ Código Civil suizo (art. 1o.).

⁹⁸ Para el tema de los “principios generales del derecho”, que excede los límites del nuestro, aunque seguramente guarda con él una estrecha relación por la vía del concepto de la *analogia iuris*, cfr. el clásico estudio de G. del Vecchio, *Los principios generales del derecho*, Barcelona, 1933.

⁹⁹ Código Civil para el Distrito Federal (1928), Artículo 1o.

¹⁰⁰ Estos preceptos del Código Civil para el Distrito Federal tienen sus correlativos en los Códigos Civiles de los Estados de la Federación:

Agascalientes: Arts. 7o., 8o., 15 y 16 (Decreto s/n, abril 19/47)

De los preceptos transcritos del Código Civil, únicamente dos tienen una conexión directa con el problema de la analogía jurídica: el *artículo 19*, el cual no hace más que reiterar, casi literalmente, el contenido del párrafo final del artículo 14 constitucional, por lo que respecto del mismo nos remitimos al comentario que acabamos de exponer en relación con dicho texto jurídico fundamental; y el *artículo 11*, que, de manera implícita, establece otra prohibición, ahora en materia civil, al empleo de la analogía, al declarar inaplicables las leyes que constituyen una excepción a reglas generales a casos distintos de los específicamente definidos en ellas, por lo que ha de entenderse que tales disposiciones excepcionales son de estricta aplicación a las hipó-

- Baja California*: Arts. 10, 11, 18 y 19 (Decto. s/n, junio 20/73)
Campeche: Arts. 10, 11, 21 y 22 (Decto. 24, octubre 13/42)
Coahuila: Arts. 10, 11, 18 y 19 (Decto. 318, sept. 6/41)
Colima: Arts. 10, 11, 18 y 19 (Decto. 96, sept./53)
Chiapas: Arts. 9o. 10, 16 y 17 (Decto. 2, enero 26/38)
Chihuahua: Arts. 10, 11, 18 y 19 (Decto. 402, dic. 3/73)
Durango: Arts. 10, 11, 18 y 19 (Decto. s/n dic. 13/47)
Guerrero: Arts. 10, 11, 18 y 19 (Decto. 27, julio 13/37)
Guanajuato: Arts. 9o., 10, 16 y 17 (Decto. 94, febrero 6/67)
Jalisco: Arts. 8o. y 9o. (Decto. 3830, junio 6/33). No contiene disposiciones equivalentes a los arts. 18 y 19 del C. C. para el D. F.
México: Arts. 10, 11, 18 y 19 (Decto. 128, dic. 29/56)
Michoacán: Arts. 9o., 10 y 11 (Decto. 147, julio 30/36). El art. 11 equivale a las disposiciones de los arts. 18 y 19 del C. C. para el D. F.
Morelos: Arts. 10, 11, 18 y 19 (Decto. s/n, sept. 27/45)
Nuevo León: Arts. 10, 11, 18 y 19 (Decto. 112, junio 10/35)
Oaxaca: Arts. 9o., 10, 17 y 18 (Decto. s/n, dic. 11/43)
Puebla: Arts. 7o., 11 y 18 (Decto. s/n, junio 10/1901). No contiene disposición equivalente al art. 18 del C. C. para el D. F.
Querétaro: Arts. 10, 11, 18 y 19 (Ley 87, enero 5/51)
San Luis Potosí: Arts. 6o., 7o. y 13 (Decto. 8, marzo 27/46). El art. 13 equivale a las disposiciones de los arts. 18 y 19 del C. C. para el D. F.
Sinaloa: Arts. 10, 11, 18 y 19 (Decto. 814, junio 28/40)
Sonora: Arts. 11, 12, 19 y 20 (Ley 132, julio 8/49)
Tabasco: Arts. 10, 11, 18 y 19 (Decto. 215, agosto 14/50)
Tamaulipas: Arts. 4o., 9o., 15 y 16 (Decto. 380, febrero 2/61)
Tlaxcala: Arts. 8o., 9o. y 16 (Decto. s/n, dic. 15/28). No contiene disposición equivalente al art. 18 del C. C. para el D. F.
Veracruz: Arts. 10, 11, 13 y 14 (Decto. 214, sept. 1o./32)
Yucatán: Arts. 4o. y 10 (Decto. s/n, dic. 18/41). No contiene disposiciones equivalentes a los arts. 18 y 19 del C. C. para el D. F.
Zacatecas: Arts. 11, 12, 19 y 20 (Decto. 481, febrero 15/65).

tesis que contemplan.¹⁰¹ Una prescripción similar aparece contenida en el artículo 11 del Código Fiscal de la Federación.¹⁰²

El texto del *artículo 10* del Código Civil viene a completar, en cierto modo, la formulación del principio de legalidad consagrado por el multicitado y comentado párrafo final del artículo 14 constitucional, cuando agrega que la observancia de lo dispuesto por la ley no podrá ser eludida so pretexto de desuso, costumbre o práctica en contrario; prohibición ésta que, por los términos empleados en su redacción, parece estar dirigida no sólo a los jueces, sino también a cualquier particular que pretendiera justificar un comportamiento ilícito o sustraerse a la aplicación de la ley con base en tales conceptos derogatorios. Por otra parte, dicho precepto civilista puede considerarse relacionado con la problemática de la costumbre como fuente de derecho, ya que niega validez, implícitamente, a las sentencias y actos basados en la costumbre *contra legem*, en su doble manifestación de costumbre abrogatoria y *desuetudo*.¹⁰³

El *artículo 18*, finalmente, recoge en forma legislativa el otro principio básico que, junto con el de legalidad, dan estructura y fundamento a la función jurisdiccional, a saber: el postulado de que “el juez debe juzgar siempre”, pues no hacerlo constituiría una negación de sí mismo, al no cumplir con la actividad que lo define como tal. Dicho principio básico es el que, en última instancia, da fundamento a la concepción teórica que hemos formulado en este escrito sobre la naturaleza y función de la analogía en el derecho. Lo cierto es que este principio es tan esencial e immanente a la actuación del juez, que puede decirse que constituye uno postulado de la razón jurídica práctica, de tal manera que resulta imposible pensar que, al dictar sentencia, el juzgador deje de juzgar, puesto que al hacerlo algo dirá siempre sobre la pretensión hecha valer en el juicio respectivo, del mismo modo que imposible resulta imaginar que el hombre, como ente metafísico, deje en alguno de sus actos de ejercitar su libertad, puesto que con su comportamiento siempre algo estará haciendo y, con ello, eligiendo, en uso de su libertad, *una* entre las diversas posibilidades que

¹⁰¹ Para la problemática de la analogía en relación con las normas excepcionales y el *ius singulare*: cfr. *supra*, nota 82, *in fine*.

¹⁰² Código Fiscal de la Federación (1966):

“*Artículo 11.* Las normas de derecho tributario que establezcan cargas a los particulares y las que señalen excepciones a las mismas, serán de aplicación estricta”.

¹⁰³ García Máynez, *Introducción...*, cit., pp. 173 y ss.

constituyen, en cada momento, su horizonte vital. La sola posibilidad que se acerca a la hipótesis de una virtual denegación de justicia, por parte del juez, es la del aplazamiento indefinido de su resolución.¹⁰⁴

La nueva Ley Federal del Trabajo es la única codificación que contempla claramente a la analogía como método de interpretación, al establecer que, “a falta de disposición expresa” en la leyes que rigen la materia laboral, “se tomarán en consideración sus disposiciones que regulen *casos semejantes*”.¹⁰⁵

Y ahora, un apunte postrero sobre el papel de la analogía en el derecho positivo mexicano: Existen, en algunos ordenamientos jurídicos federales, disposiciones que, en defecto de un precepto exactamente aplicable a las situaciones concretas que regulan, declaran “supletoriamente aplicables” a su materia las normas contenidas en otro ordenamiento, con cuyas disposiciones remisoras puede afirmarse que el

¹⁰⁴ Recaséns Siches, *op. cit.*, pp. 73 y ss.: para la noción de libertad metafísica, como algo que es inseparable de la esencia del hombre y no como algo que éste tenga o pueda dejar de tener (el hombre *es* libertad, no *tiene* libertad).

En cuanto al principio de que “el juez debe juzgar siempre”, con mejor técnica, el artículo 83 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal parece darle forma normativa en el sentido de la aclaración nuestra, al establecer que: “Los jueces y tribunales no podrán, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito”.

¹⁰⁵ Ley Federal del Trabajo (1969):

“Artículo 17. A falta de disposición expresa en la Constitución, en esta Ley o en sus Reglamentos, o en los tratados a que se refiere el artículo 6o., se tomarán en consideración sus disposiciones que regulen casos semejantes, los principios generales que deriven de dichos ordenamientos, los principios generales del derecho, los principios generales de justicia social que derivan del artículo 123 de la Constitución, la jurisprudencia, la costumbre y la equidad”.

legislador sienta, prácticamente, las bases de una especie muy peculiar de interpretación analógica que, en su oportunidad, el juzgador se encargará de instrumentar, al adecuar las disposiciones consideradas “supletorias” al caso concreto. Tal ocurre, p.e., con lo dispuesto por los artículos 2o. y 1051 del Código de Comercio, el artículo 169 del Código Fiscal de la Federación y el artículo 2o. de la Ley de Amparo.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Ver *supra*, nota 62.

Código de Comercio (1889):

“*Artículo 2o.* A falta de disposiciones de este Código, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común”.

“*Artículo 1051.* El procedimiento mercantil preferente a todos es el convencional. A falta de convenio expreso de las partes interesadas se observarán las disposiciones de este libro y en defecto de éstas o de convenio, se aplicará la ley de procedimientos local respectiva”.

Código Fiscal de la Federación (1966):

“*Artículo 169.* Los juicios que se promuevan ante el Tribunal Fiscal de la Federación se substanciarán y resolverán con arreglo al procedimiento que determina este Código. A falta de disposición expresa se aplicarán las prevenciones del Código Federal de Procedimientos Civiles”.

Ley de Amparo (1935):

“El juicio de amparo se substanciará y decidirá con arreglo a las formas y procedimientos que se determinan en el presente Libro Primero de esta ley, y tratándose del juicio de amparo en materia agraria, además, con arreglo a las excepciones establecidas en el Libro Segundo. A falta de disposición expresa, se estará a las prevenciones del Código Federal de Procedimientos Civiles”.