

XVI. EL ARGUMENTO POR ANALOGÍA

Este argumento justifica trasladar la solución legalmente prevista para un caso, a otro caso distinto, no regulado por el ordenamiento jurídico, pero que es semejante al primero. En el Derecho mexicano, de forma similar a lo que sucede en los sistemas jurídicos de tradición romano-napoleónica, el artículo 14 de la Constitución, interpretado a *contrario sensu*, expresa esa misma concepción, al indicar: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

A partir de aquí pueden identificarse los cuatro elementos presentes en la argumentación por analogía:

- a) Una norma N que regula un supuesto S_1 al que aplica la consecuencia jurídica C ;
- b) Otro supuesto S_2 no regulado por ninguna norma;
- c) La semejanza entre los supuestos S_1 y S_2 , y
- d) La identidad de razón entre los supuestos S_1 y S_2 .

En virtud de todo ello, y por medio del argumento analógico, se justifica la aplicación de la consecuencia C también al supuesto S_2 .

Los problemas de aplicación del argumento son, fundamentalmente, los derivados de la determinación de la existencia de la laguna y de apreciar la semejanza e identidad de razón de los supuestos.

Tradicionalmente se ha entendido, y de esa concepción es exponente la definición de analogía del artículo 14 constitucional, que este argumento es un instrumento de integración del ordenamiento, es decir el método por excelencia para solucionar las lagunas del ordenamiento y cumplir así el deber para los jueces de resolver todas las controversias incluso en caso de “silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley” (artículo 18 del Código Civil). Partiendo de esta concepción, la analogía parece que tiene que intervenir cuando se detecta una laguna en el ordenamiento y sólo en esos casos. Para esta noción tradicional de laguna, sus notas más relevantes serían:

a) Sólo es posible comprender la noción de laguna partiendo de la idea de un ordenamiento completo.

b) En un sistema tendencialmente completo, con vocación de regular todos los casos posibles, la aparición de una laguna es considerada un fallo, una deficiencia del sistema en la medida en que su plenitud no ha sido perfectamente explicitada;

c) Las lagunas que se detecten en el ordenamiento serán siempre lagunas *aparentes* o provisionales que el juez puede (y debe) solucionar por medio de los instrumentos que se ponen a su alcance (entre ellos, la analogía).

Pues bien, esta concepción que he denominado *tradicional* de la analogía, ligada necesariamente a la solución de las carencias del ordenamiento, creo que no da cuenta de otros usos de la misma.

En primer lugar, quien determina la existencia de la laguna —requisito previo para que entre en juego la analogía— es el juez, sin que el Derecho le proporcione ningún tipo de regla para apreciarlo, remitiéndole a la simple observación. Ello ocasiona que, en determinadas circunstancias, la laguna es creada por el propio juez, hablándose entonces de lagunas *axiológicas*. Estas serían las derivadas de la confrontación del sistema real con un sistema ideal, de tal modo que no se trata de que el juez carezca de solución para el caso, sino que se carece de una solución satisfactoria para el operador judicial: entonces el juez proclama la laguna y la soluciona, saltando así por encima de la previsión legal.

En segundo lugar, además de este carácter integrador del ordenamiento, la analogía puede ser un procedimiento interpretativo, que consistiría en que el juez explica una disposición de significado incierto, pero presente en el ordenamiento, a la luz de otra disposición no equívoca o menos equívoca, invocando no obstante *la analogía* de las dos previsiones.

Tampoco el Derecho proporciona al juez ninguna pauta para determinar cuándo dos casos son semejantes o gozan de igual razón, de tal modo que se le permite apreciarlo de forma completamente libre. Ello trae consigo que sea aquí donde se concentre el nudo fundamental de los problemas derivados del argumento analógico, ya que el nexo que justifica la extensión de la regulación de un supuesto a otro distinto, precisamente la similitud entre ellos, queda sin justificarse o, en el mejor de los casos, se justifica exclusivamente a partir de los valores propios del juez.

Cuando más adelante se estudie el argumento *a fortiori* se abordarán las diferencias que lo separan del analógico y sus rasgos en común. Por el momento, prescindiré del argumento *a fortiori* y me centraré en una polémica que aparece inmediatamente a la hora de tratar la analogía: sus relaciones tanto con los principios generales del derecho como con la interpretación extensiva.

A pesar de que no es fácil confundir la analogía con el recurso a los principios generales, es frecuente que el que se acerca al tema de la analogía se vea en la obligación de diferenciar ambos procedimientos interpretativos. Las causas de esta inquietud pueden ser varias. En primer lugar, ambos son métodos de autointegración del ordenamiento; en segundo lugar, la búsqueda de la *ratio legis*, elemento necesario en la analogía puede recordar o incluso confundirse en ocasiones con un principio general; por último, es posible que el recurso a los principios generales enmascare una interpretación analógica. Me detendré un momento en este tercer punto. La “analogía enmascarada” (Lazzaro) consistiría en ir de la norma expresa y particular al principio que la inspira para llegar luego a la conclusión de que el caso no previsto entra también en ese principio, con la finalidad de no aparecer los jueces como creadores de Derecho, algo inevitable cuando se utiliza la analogía al proceder a la identificación de la igualdad de razón. En cambio cuando se apela a un principio general se está acudiendo a algo que objetivamente pertenece al ordenamiento.

Todas esas circunstancias hacen que a propósito de la relación entre principios generales y analogía quepan dos posturas diferentes. Una, que ve claramente la diferencia entre ambos procedimientos; y otra, que los sitúa bastante próximos. Para los primeros la relación entre el caso no regulado y el principio general es una relación de subsunción entre la especie y el género, mientras que la relación entre el caso no regulado y el regulado cuya consecuencia jurídica se aplica analógicamente al primero sería de caso a caso, de materia a materia, de lo particular a lo particular. Para los segundos el problema de la analogía y el de los principios generales sería sustancialmente idéntico; la única diferencia estribaría en que los principios son referidos al caso concreto “en vía directa”, mientras que con la analogía es precisa la intervención de una norma subordinada, es decir, en el primer caso el principio se aplica de forma “inmediata” y en el segundo de forma “mediata” (Atienza).

Respecto al problema de las relaciones entre la analogía y la interpretación extensiva las posturas están todavía más radicalizadas: desde los que piensan que se distinguen netamente, hasta los que no aprecian la más mínima diferencia. Los autores que mantienen la primera de las opiniones acuden todos ellos a una argumentación bastante parecida. Para ellos, con la interpretación extensiva no se sale del texto de la disposición normativa, ni se crea una norma nueva, sino que se considera que la voluntad del legislador ha sido expresada de forma defectuosa en el texto dando lugar a una regulación demasiado restrictiva. Por medio de la interpretación extensiva se remedia esa situación y se da su verdadero alcance a la voluntad del legislador, que a pesar de no haberlo manifestado expresamente pretendía —se supone— aplicar la misma consecuencia jurídica al caso no mencionado. Para este grupo de autores la analogía, por el contrario, exige la falta completa de *regula iuris*, va más allá de los supuestos para los que estaba previsto el texto y la extensión que provoca deriva de un principio de fuera de la norma.

Los autores que mantienen la segunda postura, es decir los que niegan la distinción entre interpretación extensiva y analogía, no lo hacen de forma rotunda afirmando claramente que son una misma cosa, sino que ven el problema de la distinción en el lenguaje. La postura de Bobbio es quizás la más difícil de encuadrar ya que, por un lado, considera como un criterio de diferenciación los efectos diversos de la analogía y de la interpretación extensiva (creación de una nueva norma jurídica en el primer caso; y extensión de una norma a casos no previstos por ella en el segundo) y, por otro, opina que el procedimiento lógico llevado a cabo en ambas operaciones es idéntico y que no hay lugar a mantener la distinción, lo que parece ser su postura definitiva.

Un caso de utilización de la analogía en la jurisprudencia del Tribunal Electoral podría ser el siguiente:

“Cuando en un medio impugnativo jurisdiccional queda demostrada la inelegibilidad de un candidato con posterioridad a su registro, y el plazo para que el partido lleve a cabo sustituciones libremente ya concluyó, lo procedente es ordenar que la autoridad administrativa electoral conceda al partido o coalición postulante un plazo razonable y específico, para que sustituya al candidato que resultó inelegible, siempre y cuando sea antes de la jornada electoral. Lo anterior deriva de la interpretación analógica del artículo 181, apartado 2, del Cód-

go Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, que permite la sustitución en caso de fallecimiento o incapacidad total permanente, pues estas circunstancias impiden que el candidato pueda contender en el proceso electoral, sin que tal hecho sea imputable al ente político que lo postula, situación que también se presenta cuando después de registrado surge o se constata su inelegibilidad, con lo cual se actualiza el principio justificativo de la analogía, que consiste en que, cuando se presentan dos situaciones jurídicas que obedecen a la misma razón, de las cuales una se encuentra regulada por la ley y la otra no, para la solución de la segunda debe aplicarse el mismo criterio que a la primera, lo cual se enuncia como: *Cuando hay la misma razón, debe haber la misma disposición.*”

[S3ELJ 085/2002]