

LA ANALOGÍA EN EL DERECHO

FAUSTO E. RODRÍGUEZ-GARCÍA,
profesor en la Facultad de Derecho
y Miembro del Instituto de Investiga-
ciones Jurídicas de la UNAM, México.

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.

I. PREMISA

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 boga¹ ofrece una estructura más o menos

¹ Bibliografía básica sobre el tema de la analogía en el derecho: François Gény, *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 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. Caiari, *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, pp. 35 y ss.; Tullio Segrè, *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. Brugi, *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 Silvio Guliano*, en "Studi Parmensi", 1952, pp. 103-61 y 1953, pp. 465-503;

uniforme en cuanto a los puntos doctrinales que tienen el mayor interés para la formulación de una concepción general sobre el tema en cuestión.²

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 referencias históricas y terminológicas relativas a la analogía,³ 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,⁴ en los que podemos advertir cómo campeaba ya en los sabios clásicos la preocupación por las implicaciones lógicas y valorativas del razonamiento analógico 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*.⁵ 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 elabora-

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.; Graven, *Les principes de la légalité, de l'analogie et de l'interprétation et leur application en droit penal suisse*, en "Rev. Pen. Suisse", 1951, pp. 398 y ss.

² 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*".

³ 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.*

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

⁵ *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.

ción 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, correspondiendo a la Escuela Histórica (Savigny) ⁶ 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, ⁷ para dar respuesta a todas las hipótesis imaginables a través del procedimiento analógico. ⁸ 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 imprevisto, 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, ⁹ 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 con-

⁶ F. C. v. Savigny, *op. cit.*, pp. 196 y ss.

⁷ *Ibidem*, pp. 197-198.

⁸ Romeo Lagunas, *La analogía...*, pp. 260 y ss.

⁹ *Cfr.* bibliografía básica consignada en nota 1 y enumeración temática hecha en nota 2.

ceptualmente, con espíritu metódico y orientado por un afán de búsqueda de la verdad, el particular trozo de la realidad que le interesa explicar.

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*),¹⁰ 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 gnoseológica del jurista.¹¹

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 a éste 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, por convicción, en este respecto.¹² 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 obviam-

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² Cossio, *La teoría egológica...*, cit., pp. 284 y ss.

mente la función interpretativa del jurista había de recaer sobre esas normas positivas, a fin de desentrañar su sentido gramatical o lógico, o la voluntad expresa o implícita de su autor,¹³ 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,¹⁴ y, más concretamente, el hecho de la conducta humana en su interferencia intersubjetiva.¹⁵ 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);¹⁶ es decir, que la tarea interpretativa que realiza el juez —o quienquiera que se coloque en su perspectiva gnoseológica—,¹⁷ 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 intersubjetivamente interferidas, resulta normativamente conceptualizado por el juez en su sentencia (norma individual),¹⁸ 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 dictados 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, conocer realidades de conducta, para interpretar, “mediante” esos preceptos,

¹³ 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.

¹⁴ 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, Buenos Aires, 1954, pp. 87 y ss.

¹⁵ *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.

¹⁶ 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.

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

¹⁸ 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, Buenos Aires, 1941, pp. 114 y ss.

su sentido jurídico concreto; ¹⁹ 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). ²⁰

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 aclara y despeja 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. ²¹

La incidencia de este error de enfoque ontológico se advierte, a propósito del tema de la analogía, en el reiterado planteamiento de 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. ²²

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 razona-

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

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

²¹ Una muestra de esta situación la constituyen, entre otras, las antinomias de la ciencia dogmática del derecho que Cossio analiza en *La teoría egológica...*, cit., pp. 481 y ss.

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

miento analógico;²³ 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 jurídica* alcanzada, a través de la inferencia analógica, en cada caso concreto resuelto por el intérprete del derecho, en cuanto a la fuerza de convicción de su sentencia;²⁴ 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 jurídica²⁵

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.²⁶

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),²⁷ 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,²⁸

²³ Romero y Pucciarelli, *op. cit.*, § 8, p. 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.

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

²⁵ 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.

²⁶ 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.

²⁷ Ver *supra*, nota 23 de este trabajo.

²⁸ 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 la autonomía de aquélla respecto de éstas no es muy clara.

en la que el sujeto realiza un tránsito de lo singular o particular a lo singular o particular,²⁹ con apoyo en la comprobación de la existencia de ciertas notas o elementos semejantes en dos casos —entre los cuales existen, por otra parte, también diferencias—, para concluir con la afirmación de la presencia probable³⁰ en uno de 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*.³¹

²⁹ 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.

³⁰ 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 de *opinión*, *fe* o *ciencia*: M. Kant, *Lógica*, cit., pp. 70 y ss.; P. Parra, *op. cit.*, pp. 102 y ss.

³¹ 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.

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, 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.³² 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, estos rasgos pueden ser más esenciales para descartar el razonamiento por analogía que la semejanza parcial inferida para apoyarlo,³³ y determinar consecuentemente, en cambio, la aplicación del argumento *a contrario*.³⁴

³² P. Parra, *op. cit.*, pp. 77 y 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.”

Ibidem, 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.”

³³ *Ibidem*, 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.”

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

³⁴ 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.,

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 estas ciencias nunca se obtiene por mera intuición, aunque a menudo ésta sea el punto de partida de aquél,³⁵ 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.³⁶

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 generalización, mediante la formulación de proposiciones normativas abstractas —Constitución, leyes ordinarias y reglamentos—,³⁷ 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,³⁸ con la conceptualización del sentido jurídico del caso concreto que el juez efectúa en su sentencia.³⁹

194 y ss.; Bobbio, *Analogía* (voz), cit., p. 604, 1ª col.; García Máynez, *Lógica...*, cit., pp. 155 y ss.

³⁵ 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 experimental 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.)

³⁶ No es por eso de extrañar que algunos autores consideren a la analogía como un razonamiento que se aproxima a la inducción, otros le encuentren 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., New York, 1953, pp. 311 y ss.; Klug, *op. cit.*, pp. 155 y ss.; Romero y Pucciarelli, *op. cit.*, p. 84.

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

³⁸ Cossio: *La teoría egológica...*, cit., pp. 545 y ss.

³⁹ Ver *supra*, nota 17.

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 conceptuar 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”),⁴⁰ 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.⁴¹ 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 o lo particular”, 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—,⁴² 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

⁴⁰ Ver *infra*, nota 66 y *supra*, nota 10.

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

⁴² 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.

separa lo conocido de lo desconocido,⁴³ 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— en el proceso de su realización, según apuntábamos en algún párrafo anterior.⁴⁴ 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”.⁴⁵

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

⁴³ 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...”

⁴⁴ Ver *supra*, nota 32.

⁴⁵ Kant, *Lógica*, cit., p. 136.

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, sometiéndolos a una comparación cualitativa que conduce, finalmente, a la conclusión analógica—, ^{45 bis} 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. ⁴⁶ 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 importantes, 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 —miembros 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. ⁴⁷

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*, ⁴⁸ 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. ⁴⁹

^{45 bis} Ver *infra*, aclaración y remisión al texto principal hechas en nota 56.

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

⁴⁷ Ver *supra*, nota 32.

⁴⁸ Ver *supra*, nota 36.

⁴⁹ Ver *supra*, nota 42.

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 repetirmos innecesariamente, nociones ya explicadas, en el apartado I) 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 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*) pertene-

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.

ciente 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) está dirigido no 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 (causalidad),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

⁵⁴ Para la distinción entre sociología jurídica y ciencia jurídica dogmática: Cossio, *La teoría egológica...*, cit., pp. 261 y ss.; “Ciencia del derecho y sociología jurídica”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 19, B. Aires, 1950, y en el volumen de homenaje al profesor 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.

⁵⁷ P. Parra, *op. cit.*, pp. 77 y ss. y 377 y ss.; Romero y Pucciarelli, *op. cit.*, pp. 82 y 166 y ss.; ver *supra*, nota 32.

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

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 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, éste completa el ciclo del proceso cognoscitivo de la ciencia jurídica, volviendo a tomar contacto con la misma realidad social

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*.

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

de la que analíticamente partió el legislador, para regular normativamente, pero ahora por la vía sintética de una conceptualización mediante su sentencia —norma individual—,⁶¹ el 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 formulación de proposiciones jurídicas generales, conceptualizadoras 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 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

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 las 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 en 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.)

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

⁶⁴ Mortari y Caiani, *op. cit.*, p. 349, 1^a col.; Cossio: *Teoría de la verdad jurídica*, cit., pp. 188 y ss.; *La teoría egológica...*, cit., pp. 147 y ss., y *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

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 acatamiento 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 es de 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 principio del acatamiento al precedente (*case-law*)—, sino

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. 167 y ss.

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.

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 las llamadas “interpretación extensiva” e “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, debido a 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, la que llamamos “interpretación analógica” sólo es *analógica* en cuanto a la hipótesis, pero *extensiva* en cuanto a la consecuencia establecida por la disposición legal.

Ésta 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

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* . . . , cit., pp. 162 y ss.; Klug, *op. cit.*, p. 149.

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 que conlleva para el intérprete 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 intereses 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

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 analógico 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.

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 analógica de la norma—; 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 configuraba la semejanza esencial entre los casos invocada por el juzgador), sino, también, sobre hasta qué punto el juez 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 analógica de la norma.

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 formuladas 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 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 conducir 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

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: Romeo Lagunas, *Las lagunas de la ley...*, cit., pp. 240 y ss.

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

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

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 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

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

⁷⁹ Para 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.

disposición legal específica para resolver el conflicto en cuestión. Naturalmente que la solución objetiva al conflicto de programas o proyectos individuales, que ha de conceptuar 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 puede disponer 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; que para ese efecto aquél podrá apelar a otra norma perteneciente al propio ordenamiento,⁸⁰ con cuya hipótesis coincida parcialmente, pero en una circunstancia esencial (*ratio legis*), la hipótesis 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 concreto— 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

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.

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

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 puede el razonamiento analógico 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 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

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: “Analogía nel diritto penale”, escrito para el *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino, 1964, t. I, pp. 607 y ss., y a la bibliografía que en el mismo se menciona.

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 ofrecería interesantes aspectos que aclarar.

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