ALGUNAS TESIS SOBRE LA ANALOGIA EN EL DERECHO *

1

No existe un único concepto de analogía, sino varios conceptos que tienen en común la idea de semejanza o similitud. Las dos nociones más significativas son: 1) La analogía como proporción, como semejanza entre relaciones; 2) la analogía como argumento que permite pasar de lo particular a lo particular, de lo semejante a lo semejante. Existe además otra noción de analogía, 3) como atributo que se predica de ciertos conceptos que no son ni unívocos ni equívocos (la analogía de atribución de los escolásticos); para referirse a esta tercera noción (la analogía como relación de semejanza no como semejanza de relaciones) hoy se suelen emplear otras expresiones, como «conceptos imprecisos», conceptos borrosos, tipos o «conceptos vagos».

2

Cuando los juristas hablan de «analogía» en relación con el proceso de interpretación y aplicación del Derecho se refieren a la segunda de las nociones antes distinguidas. Pero el razonamiento por analogía presupone la existencia de una analogía en alguno de los otros dos sentidos mencionados. Si no se especifica otra cosa, cuando se habla de «analogía jurídica» sin más debe entenderse por tal el segundo de los conceptos.

3

La analogía como proporción, como semejanza entre relaciones, es relevante en los procesos de descripción y explicación del Derecho, es decir, en el plano del conocimiento jurídico.

4

Para indicar el argumento por analogía, los juristas han utilizado en el pasado -y siguen utilizando todavía- otras expresiones como *argumentum a simili* o *a pari*. Por otro lado, la expresión «analogía», «interpretación analógica», etc. (y sus equivalentes en otras lenguas) no siempre se han utilizado con el significado actual. No hay pues, una corresponden-

* Las tesis que siguen vienen a ser un resumen de (y, al mismo tiempo, las conclusiones provisionales a que se llega en) un trabajo relativamente extenso que publicará proximamente la editorial Civitas y que llevará como título, *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Espero, que, a pesar de su carácter fuertemente sintético, el texto resulte comprensible.

cia biunívoca entre el término y el concepto de analogía [1].

5

La analogía permite resolver uno de los problemas básicos de cualquier ordenamiento jurídico: la innovación del sistema conservando su estructura; o, dicho de otra manera, la reducción de la complejidad del medio social al permitir la adecuación de un sistema constituido por un conjunto de normas fijas, a un medio en constante transformación.

6

El razonamiento por analogía no tiene una naturaleza estrictamente lógica, si se entiende por lógica la lógica formal. En la analogía entra siempre un componente axiológico que es imposible reducir a un sistema de lógica, bien se trate de la lógica formal general, [2] de la lógica deóntica, [3] de la lógica inductiva, [4] de la lógica de probabilidad [5] o de la lógica de lo borroso [6].

7

Si se entiende por inducción un argumento que va de lo particular a lo general, entonces la analogía no es una inducción, pero contiene un tramo inductivo, esto es, una generalización a partir de una o varias normas del sistema.

---

[1] Sobre la historia del concepto de analogía y del término «analogía», veáse N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Memorie dell'Istituto Giuridico, XXXVI, Turín, 1938, primera parte.

[2] Véase U. Klug, *Juristischer Logik*, Springer-Verlag, Berlin, 1951, 4ª ed. 1982; hay traducción castellana, de J. D. García Bacca, de la primera edición (*Lógica jurídica*, Sucre, Caracas, 1961) y de la cuarta edición, a cargo de J. C. Gardella (aún inédita).

[3] Véase, por ejemplo, G. Kalinowskin, *Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica* (trad. de J. A. Casaubón, supervisada por J. L. Vermal, de la ed. francesa de 1965), Eudeba, Buenos Aires, 1973, cap. IV; E. García Maynez, *Lógica del raciocinio jurídico, FCE, México, Buenos Aires, 1964, cap. IV; C. Alchourrón, Juristische Schlüsse a fortiori und a pari*, en «ARSP», 1965, Beiheft 41, Neue Folge 4.

[4] Véase J. Horovitz, *La logique et le droit*, en *Etudes de logique juridique*, vol. II: *Droit et logique. Les lacunes en droit*, E. Bruylant, Bruselas, 1967.

[5] Véase Th. Heller, *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*, Walter de Gruyter, Berlin, 1961 (apdo. 11).

[6] Véase L. Reisinger, *Legal reasoning by analogy. A model applying fuzzy set theory*, en *Artificial intelligence and Legal Information Systems*, vol. I ed. por C. Ciampi, North-Holland Publishing Company, 1982, pp. 151-163.

8

La teoría de la argumentación, al estilo de la nueva retórica de Perelman, no proporciona ningún criterio adecuado que permita controlar cuando se hace un uso racional (o razonable) de éste y otros argumentos jurídicos [7].

9

La relación de semejanza, que es el nervio del razonamiento *jurídico* por analogía, es una relación reflexiva y simétrica, pero no necesariamente transitiva. Por lo tanto, no se puede reducir a una relación de equivalencia [8].

10

La principal contribución que desde una lógica de lo borroso podría efectuarse en el campo de la analogía jurídica, debería venir del análisis del concepto de relación borrosa de semejanza [9].

11

Los argumentos *a fortiori* tienen en común con el argumento *a pari* (por analogía) el que ambos permiten concluir la igualdad de tratamiento de dos casos. En ambos razonamientos entran en juego conceptos comparativos, pero en el argumento *a pari* se trata de conceptos que expresan que dos individuos u objetos poseen una cualidad en el mismo (o parecido) grado, mientras que en el supuesto de los argumentos *a fortiori* uno de ellos lo posee en mayor grado que el otro [10].

---

[7] Véase Ch. Perelman (en colaboración con L. Olbrecht Tyteca), *La nouvelle rhétorique. Traitè de l'argumentation*, Universitè libre de Bruxelles, Bruselas, 1970 (4.ª ed. 1983), y Ch. Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. de L. Diez Picazo de la ed. francesa de 1974), Ed. Civitas, Madrid, 1979. En la teoría de Perelman, quien marca el límite de lo razonable en una argumentación es el auditorio y, en el caso de la argumentación jurídica, el juez. Pero entonces, está claro que dicho criterio no es operativo en relación con las decisiones de los jueces o, al menos, con respecto a las decisiones últimas.

[8] Es decir: *X* es semejante a *X (reflexibilidad); si X* es semejante a *Y*, entonces *Y* es semejante a *X (simetría)*; pero es posible que *X* sea semejante a *Y* e *Y* semejante a *Z*, y sin embargo *X* no sea semejante a *Z* (no *transitividad*). Una relación de equivalencia (por ejemplo, «igual a») es una relación reflexiva, simétrica y transitiva.

[9] Véase de nuevo L. Reisinger, *o. cit.*

[10] Véase C. Alchourrón, *o. cit.* Sin embargo, Alchourrón trata la relación que interviene en los argumentos *a pari* como una relación de equivalencia.

12

El recursro a la analogía y a las ficciones cumple en la argumentación jurídica una misma función: tratar casos diferentes como si fueran iguales. La diferencia estriba en que, en el supuesto de analogía, los casos son diferentes pero semejantes. No obstante, es evidente que los límites entre la analogía y la ficción son borrosos, en el sentido de que existen zonas de penumbra (y, por supuesto, también zonas de claridad).

13

El punto de vista tradicional es adecuado al contemplar la aplicación del argumento por analogía *(a simili)* y *a contrario* en forma excluyente: siempre que se razona por analogía aparece la posibilidad de hacerlo *a contrario,* y viceversa; pero no cabe emplear ambos argumentos con respecto a un *mismo* supuesto jurídico [11].

14

El recurso a la analogía (en contra de lo que sugieren las definiciones que de la misma suelen dar los juristas de Derecho continental) no supone necesariamente la existencia de una laguna (normativa). Cuando un juez del *common law* entiende, por ejemplo, que la situación en que se encuentra una compañía de barcos (en relación con las reglas de responsabilidad que le son aplicables) es semejante a la de un hotelero, y no a la de un transportista, como otro juez había decidido con anterioridad [12], no parece que esté llenando ninguna laguna, salvo la que él mismo ha creado al negar la analogía o semejanza primitiva. Por otro lado, nada impide que en la práctica (y se trataría de una práctica no necesariamente injustificada) una norma se extienda por analogía a un caso no previsto en la misma, pero regulado en otra norma del sistema [13].

15

El uso de la analogía implica necesariamente creación o innovación del Derecho (por eso no es un procedimiento estrictamente lógico), pero

---

[11] Véase a este propósito la crítica de Horovitz *(Ulrich Klug's Legal Logic. A critical account,* en *Etudes de Logique juridique,* vol. 1, E. Bruylant, Bruselas, 1966) a la postura de Klug, que es la contraria a la defendida en esta tesis 13.

[12] Véase M. P. Golding, *The logical force of arguments by analogy in common law reasoning,* ponencia presentada al congreso *Reason in Law —La ragione nel diritto,* Bolonia, diciembre, 1984. El caso analizado en este artículo —a que alude la tesis 14— es uno del Derecho estadounidense decidido en 1896 en un sentido que modificaba el criterio establecido anteriormente por otro juez en 1875.

[13] Véase A. Ross, *Sobre el Derecho y la justicia* (trad. de G.R. Carrió), Eudeba, Buenos Aires, 1963, cap. XXIX (en particular, la pag. 144).

la analogía no es una fuente de Derecho, según el concepto habitual de fuente; lo que aquí puede considerarse *fuente* (esto es, el antecedente de una determinada norma) no es la analogía misma, sino la norma o principio que se crea a través del procedimiento analógico. La referencia, pues, a la analogía en nuestro Código Civil, fuera del artículo que regula las fuentes, parece —al menos en este sentido— acertada [14].

16

La distinción entre analogía e interpretación extensiva cumple la función de limitar, de alguna forma, la capacidad del intérprete y del aplicador del Derecho para innovar el ordenamiento jurídico, y la de preservar, en consecuencia, la llamada seguridad jurídica. Se trata de una función necesaria si se desea que el Derecho moderno siga teniendo un carácter racional-formal en el sentido de Weber (es decir que las decisiones jurídicas sean, por lo menos hasta un cierto punto, previsibles). Prueba de ello es que quienes niegan la distinción (por ejemplo, el primer Bobbio [15]) introducen otra funcionalmente equivalente. Sin embargo, la distinción en cuestión no se puede establecer de una manera precisa. Lo que existe más bien es una graduación, un contínuo que se prolonga, hacia arriba, hasta la creación arbitraria de Derecho y, hacia abajo, hasta la interpretación denominada declarativa.

17

Lo anterior vale también para la esfera del Derecho penal, pero aquí se entiende que opera una regla interpretativa (el llamado principio de legalidad) que limita —con mayor vigor que en otras esferas— la actividad creadora del intérprete. Sin embargo, parece insostenible pensar que la analogía no juega ningún papel en el derecho penal, además de para extender los efectos favorables de sus normas, incluso en países cuyo ordenamiento jurídico descansa en los principios del liberalismo democrático.

---

[14] «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón» (art. 4, apdo. 1 del Código Civil español, tras la reforma de 1974).

[15] La referencia es a la obra de N. Bobbio, de 1938, citada en la nota 1. En trabajos posteriores, Bobbio modificó su punto de vista y admitió la distinción (véase N. Bobbio, voz «analogia», en *Novissimo Digesto Italiano,* UTET, Turin, 1957). Sobre la analogía en Bobbio, existe un excelente trabajo (creo que aún por publicar) de P. Borsellino, *L'analogia nella logica del diritto: Un contributo di Norberto Bobbio alla metodologia giuridica* (Facoltà di Giurisprudenza de Milán)

[16] Véase, por ejemplo, N. NcCormick, *Legal reasoning and Legal theory*, Oxford University Press, 1978, pp. 153 y 186.

18

No es posible tampoco establecer una distinción neta entre el recurso a la analogía y a los principios generales del Derecho [16], pues el uso de la analogía implica siempre la *generalización* a partir de una o varias normas del ordenamiento jurídico, es decir, presupone la creación (o, si se quiere, el reconocimiento) de un principio general. Sí podría hablarse, sin embargo, de un uso más o menos amplio de los principios o, mejor, de principios normativos extraidos de una norma *(analogia legis),* de un grupo de normas, por ejemplo, las que se refieren a una determinada insititución *(analogia iuris imperfecta),* o de las normas del ordenamiento jurídico en su conjunto *(analogia iuris)* [17]. En todo caso, en los supuestos anteriores, la analogía sería el procedimiento discursivo y los principios un material necesario para el mismo.

19

En el contexto del *common law* se suele efectuar una distinción entre el uso de la analogía en el *case law* (en el Derecho jurisprudencial) y en la interpretación de los *statutes* (de las normas legisladas) [18]. Lo que los juristas de Derecho continental suelen entender por analogía —o argumento *a simili*— viene a coincidir con este segundo uso de la analogía. Ahora bien, entre el argumento *a simili* y el uso del precedente (que es la técnica que permite elaborar el *case law*) no existe una distinción de tipo lógico, sino de carácter argumentativo: en el primero, el nuevo caso tiende a configurarse como una *ilustración* de una norma ya existente, con lo que se amortigua (y enmascara) la actividad creadora del juez; en el segundo, el nuevo caso aparece como un *ejemplo* que contribuye a configurar la norma, es decir, a reformular el precedente, con lo que resulta patente la función innovadora del juez [19].

20

En los dos supuestos anteriores, el recurso a la analogía se basa en el principio de igualdad (o regla formal de justicia) que prescribe que se deben tratar igual los casos semejantes (es decir, los casos que son iguales en los aspectos que se estiman relevantes. En consecuencia, la analogía aparece como un instrumento de la justicia formal.

---

[16] Véase, por ejemplo, N. McCormick, *Legal reasoning and legal theory,* Oxford University Press, 1978, pp. 153 y 186.

[17] Véase A. Baratta, *Note in tema di analogia giuridica,* en *Studi in onore di Emilio Betti,* vol. 1, Milán, 1962 (apdo. 3).

[18] Véase E. H. Levi, *Introducción al razonamiento jurídico* (trad. castellana de G.R. Carrió de la 7ª reimpresión —1961— de la edición original de 1949), Eudeba, Buenos Aires, 1964; 2ª ed., 1971.

[19] Utilizo «ilustración» y «ejemplo» en el sentido de Perelman (veáse nota 7), Según este autor, el ejemplo es una técnica argumentativa que permite una generalización, es decir, lleva a la formulación de una ley científica (o de una norma jurídica general), mientras que la ilustración permite afianzar una regularidad (una norma jurídica) ya establecida.

21

El argumento por analogía es —para emplear la terminología fenomenológica— un «objeto ejemplar» que permite contemplar el razonamiento jurídico en general desde un lugar privilegiado. Desde el mismo puede percibirse con especial claridad las posibilidades y límites de la lógica —de las diversas lógicas— en el Derecho.

22

Una futura investigación sobre la analogía en el Derecho debería tratar de articular, en un sistema unitario, las técnicas de inteligencia artificial aplicables al Derecho[20], la teoría de los subconjuntos borrosos y las lógicas de la vaguedad que se están construyendo sobre esta base, el instrumental lógico —análisis de las normas, de las oposiciones deónticas, etc.— proporcionado por la lógica deóntica, y los criterios de racionalidad práctica que se tratan de elaborar a partir de una teoría de la argumentación jurídica. No parece, pues, exagerado pensar que la analogía constituye uno de los nudos por donde pasan algunos de los hilos más resistentes de la teoría del Derecho actual.

[20] Véase E. Fameli, *Intelligenza artificiale e sistemi esperti nel diritto. Note in tema di apprendimiento e di ragionamento per analogia*, en «Informatica e Diritto», X, 1984, 3, pp. 165-179.