

LA DESCALIFICACIÓN DE LA ANALOGÍA EN EL MODELO SISTEMÁTICO

Carlos Soriano Cienfuegos

Paribus causis in quibus paria iura desiderat.

I. PLANTEAMIENTO

El presente estudio constituye un punto de partida para la reflexión a propósito del razonamiento por analogía. En concreto, la cuestión planteada guarda relación con las posibilidades de emplear válidamente este tipo de discurso en el ámbito de las decisiones judiciales.

De esta forma, el tema se vincula, fundamentalmente, con el concepto mismo que se tenga sobre el derecho, puesto que desde una perspectiva sistemática (que identifica el método jurídico con las reglas de la lógica), el razonamiento por analogía no parece justificable, en tanto que los resultados a los que conduce este discurso no son conclusivos, sino meramente aproximativos.

En efecto, la analogía se inserta propiamente en el ámbito de la argumentación y se contrapone, por lo tanto, al modelo axiomático. A este respecto, se recuerdan las siguientes palabras de Perelman: «La misma naturaleza de la deliberación y de la argumentación se opone a la necesidad y a la evidencia, porque no se delibera en los casos en los cuales la solución es necesaria y no se argumenta contra la evidencia»¹.

En otras palabras, el campo de la argumentación es aquél en el que la solución no es una única, sino la más conveniente entre varias; se trata de los casos en los que el juez realiza una opción valorativa, ya que encuentra buenas razones para decidir de una forma, y también buenas razones para optar por el juicio contrario. Entre estos pros y contras, el juez no concluye que su decisión sea la única posible, pero

¹ PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA: *La nueva retórica*, Seminario de problemas científicos y filosóficos, UNAM, México, 1959, p.411 (cursivas en el original).

sí la más «justa», en el sentido de que es la más apropiada, la más proporcionada, o sea, la que más se ajusta al caso. Esta valoración discrecional hecha por el juez no corresponde, evidentemente, al ámbito de la lógica, y es por ello que no puede justificarse en dichos términos.

Así, uno de los máximos exponentes de la sistemática del derecho, Hans Kelsen, emite la siguiente opinión sobre el empleo de la analogía:

«El argumento analógico, el *argumentum a simili*, se presenta ante todo en las decisiones judiciales cuando es válido aplicar una norma jurídica general a un caso concreto. Su esencia consiste en que el juez aplica una norma válida general de derecho a un hecho que no es igual que el determinado *in abstracto* en la norma jurídica general, pero que el juez considera similar o que concuerda en lo esencial —como a veces se dice— con el hecho determinado en la norma jurídica aplicada. Que exista tal "similaridad" o "concordancia esencial" es un juicio altamente subjetivo y lo que para un juez parece "similar" o "concordar esencialmente", puede no parecer de esa manera a otro juez»².

Lo que Kelsen desea resaltar con argumentos como los transcritos es que, casos como el del razonamiento por analogía, no son específicamente jurídicos, es decir, no deben tener cabida en la construcción de una «teoría pura del derecho», en tanto que presuponen elementos de contenido valorativo: «(...) no hay ninguna inferencia lógica de la validez de una norma general a la validez de otra, sino, con base en una consideración teleológica, se supone de antemano la validez de una norma no establecida positivamente. Esto podría ser justificado desde un punto de vista teleológico, pero no representa una inferencia lógica»³.

En síntesis, puede decirse que el razonamiento por analogía carece de justificación de acuerdo con el método deductivo del derecho, en tanto que se trata de una cuestión discrecional, de un espejismo de racionalidad, o bien, de «(...) una ficción que sirve para sostener que, incluso en los casos de la llamada decisión analógica, el juez solamente está aplicando el derecho existente, cuando en realidad está creando nuevo derecho para el caso concreto»⁴; en otras palabras, el modelo axiomático-deductivo y la analogía son incompatibles entre sí.

² KELSEN, Hans: *Derecho y lógica*, Cuadernos de Crítica, núm. 6, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM, México, 1978, p.34.

³ *Ibid*, pp.37-38.

⁴ *Ibid*, p.35.

Tras haber indicado el contexto en el que se presenta la relación modelo sistemático y discurso analógico, pueden perfilarse con mayor claridad los límites del presente estudio: se ofrecerá un análisis de los fundamentos filosóficos del método deductivo en el derecho, resaltando una cualidad sistemática, que es la de la plenitud, en la que se basan autores como Kelsen para descalificar la utilización de la analogía en las decisiones judiciales.

II. LA DEDUCCIÓN COMO MÉTODO PROPIO DEL DERECHO

A) ***El modelo racionalista.***

La tradición cartesiana busca, por encima de todo, la evidencia. A esto se refiere la famosa sentencia *cogito, ergo sum*⁵: se trata de encontrar un punto de partida indubitable, cierto, seguro, para construir un sistema de verdades *claras y distintas*.

De esta forma, el conocimiento científico queda circunscrito a lo que tenga el carácter de lo exacto, es decir, a lo que sea racional, no razonable. El modelo de la ciencia que está detrás de esta crítica, es decir, de esta filosofía del conocimiento, es el razonamiento deductivo, axiomático, matematizante. Puede afirmarse que sólo goza de carácter científico, el conocimiento demostrativo⁶.

El nuevo método⁷, propuesto por Descartes, no deja lugar para el desacuerdo, ni para la ponderación de opiniones, en tanto que es

⁵ «(...) considerando que los mismos pensamientos que tenemos estando despiertos pueden venirnos también cuando dormimos, sin que en tal estado haya alguno que sea verdadero, decidí fingir que todas las cosas que hasta entonces habían entrado en mi espíritu no eran más verdaderas que las ilusiones de mis sueños. Pero, inmediatamente después, advertí que, mientras quería pensar de este modo que todo es falso, era absolutamente necesario que yo, que lo pensaba, fuera alguna cosa. Y observando que esta verdad: *pienso, luego soy*, era tan firme y tan segura que todas las más extravagantes suposiciones de los escépticos no eran capaces de socavarla, juzgué que podía admitirla como el primer principio de la filosofía que buscaba»; DESCARTES, René: *Discurso del método*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, pp.45-46 (cursivas en el original).

⁶ «Las largas cadenas de razones muy simples y fáciles, que los geómetras acostumbran a emplear para llegar a sus demostraciones más difíciles, me habían proporcionado la ocasión de imaginar que todas las cosas que pueden ser objeto de conocimiento humano se encadenan de la misma manera». *Ibid*, pp.26-27.

⁷ «Nuevo» en relación con el aprendido por Descartes, en el colegio de *La Flèche*, que era básicamente el de la escolástica tardía, distante del genuinamente escolástico, a juicio de autores como CARPINTERO, Francisco: «Historia y derecho natural», en *Ars Iuris*, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, No. 23, México, 2000, pp.11-82.

conclusivo, no argumentativo. De hecho, el que ha sido calificado como el padre de la Modernidad, considera que siempre que dos personas tienen un juicio contrario sobre una misma realidad, se puede estar cierto no sólo de que uno de los dos se equivoca, sino que, incluso, ninguno posee la verdad, ya que si uno de ellos contara con una idea clara y distinta, podría exponerla a su adversario de tal modo que acabara por forzar su convicción; es decir, podría demostrarla racionalmente, en términos lógicos.

Es la verdad que se impone a sí misma, y si guarda contradicción con algo, esto es forzosamente erróneo. No hay términos medios entre la verdad y la falsedad; todo es correcto o incorrecto; racional o irracional; necesario o arbitrario.

B) ***Derecho natural racionalista.***

Los fundamentos del método racionalista se encuentran en la lógica, en la geometría y en la aritmética, pero, al ofrecerse como modelo del conocimiento científico, pronto fue importado a todas las disciplinas del saber, sin que áreas tan distantes como la filosofía moral, la ética y el derecho permanecieran ajenas a esta influencia.

Así, por ejemplo, autores como Hobbes, exponen las siguientes ideas: «Cuando un hombre *razona*, no hace otra cosa sino concebir una suma total, por *adición* de partes; o concebir un residuo, por *sustracción* de una suma respecto a otra: lo cual (cuando se hace por medio de palabras) consiste en concebir a base de la conjunción de los nombres de todas las cosas, el nombre del conjunto: o de los nombres del conjunto, de una parte, el nombre de la otra parte (...) Los escritores de política suman pactos, uno con otro, para establecer *deberes* humanos; y los juristas *leyes y hechos*, para determinar lo que es *justo e injusto* en las acciones de los individuos. En cualquiera materia que exista lugar para la *adición* y la *sustracción* existe también lugar para la *razón*; y dondequiera que aquélla no tenga lugar, la *razón* no tiene nada qué hacer»⁸.

⁸ *Leviatán*, FCE, México, 1995, capítulo V: «De la Razón y de la Ciencia»; p.32 (cursivas en el original).

A pesar de que testimonios como el anterior resultan muy elocuentes, debe mencionarse que correspondió a Kant conjuntar los saberes que culminan en una acción práctica con los postulados del racionalismo. Podría decirse que este filósofo propuso como objetivo la racionalización del conocimiento ético, el conocimiento de la conducta humana, dentro del cual, sin duda, se encuentra el derecho, pero debe precisarse que se trata, fundamentalmente, de una filosofía del derecho natural (*Naturrecht*).

Fundar racionalmente la ética significa que sus soluciones deben gozar de los caracteres de necesidad y universalidad, caracteres comunes a toda especie de conocimiento realmente científico. En otras palabras, la fundamentación racional de la acción práctica se alcanza en la medida en que toda conducta humana puede justificarse (es decir, puede demostrarse si es justa), por medio de su vinculación con ciertos principios o leyes necesarios y universales, cuya validez proviene exclusivamente de la estructura de la razón⁹.

La filosofía práctica kantiana se encuentra guiada, en este sentido, por el anhelo racionalista de descubrir las leyes que rigen la conducta humana, de la misma forma que los científicos naturales descubrieron las leyes (es decir, la racionalidad) a la que se sujeta la materia, esto es, el mundo físico¹⁰; y así como a partir de determinados axiomas (presupuestos apriorísticos) es posible explicar la realidad natural, también lo es explicar la realidad moral, una vez descubierto el principio de la acción práctica.

En otras palabras, toda conducta humana que pueda considerarse moral (justa), y por tanto, racional, debe adecuarse a una regla o ley, de tal forma que dicha conducta, actualice el contenido de la prescripción, y siempre y cuando (en términos lógicos, *si y sólo si*) dicha ley

⁹ «Las leyes morales sólo en tanto que están fundadas *a priori* y pueden ser consideradas como necesarias, tienen validez de leyes (...)»; KANT, Emmanuel: *Introducción a la metafísica de las costumbres*, II, «Sobre la idea y la necesidad de una metafísica de las costumbres». Se sigue el texto presentado por GONZÁLEZ VICÉN, Felipe: *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p.31 (cursivas en el original).

¹⁰ «Es decir, que la filosofía no puede ver en su parte práctica una doctrina técnica, sino sólo práctico-moral, y si la maestría del arbitrio según leyes de libertad —en contraposición a la naturaleza— debiera ser llamada aquí también arte, habría que entender con esta denominación un arte que hiciese posible un sistema de la libertad igual a un sistema de la naturaleza». *Ibid*, p.33.

sea necesaria, universal, y pueda referir su validez al principio apriorístico de la razón práctica, o imperativo categórico.

«El principio supremo de la moral es, pues: obra de acuerdo con una máxima que, a la vez, pueda valer como ley general. Toda máxima que no se adecua a ello es contraria a la moral»¹¹.

Supuesta la vinculación entre la norma próxima de la conducta y el imperativo categórico, una acción será moral cuando cumpla el contenido de tal norma, y esto ocurre cuando se hace lo que la ley manda, y cuando se omite la acción prohibida por la ley. En realidad, se trata de un solo caso, que es el de las leyes prohibitivas, sólo que referido a dos ámbitos, pues o está prohibida la acción, o está prohibida la omisión: «Prohibido hacer X», «Prohibido no hacer X», respectivamente.

Pero, ¿cuál será la calificación moral de las conductas cuya descripción no se encuentra contenida en una norma prohibitiva, sea como acción, sea como omisión? *Prima facie*, podría pensarse que no es dable obtener la calificación moral de tales conductas, a menos que existiera una ley cuyo contenido estableciera tanto la permisión de la acción, como la permisión de la omisión de tal conducta.

Sin embargo, de acuerdo con la postura kantiana, tal norma permisiva no es necesaria, o mejor aún, está ya supuesta en el sistema, dado que, si una acción no está prohibida ni ordenada, necesariamente debe estar permitida. Esto obedece, por una parte, a lo que se ha mencionado líneas arriba, a saber: en realidad, el objeto natural de una norma es prohibir (prohibir acciones, en el caso de leyes prohibitivas; prohibir omisiones, si la norma es imperativa); y, por otra parte, a la aplicación del principio lógico *tertium non datur*, es decir, que en lógica no es dable pensar en una tercera posibilidad entre la verdad y la falsedad, de modo que si una determinada acción no está prohibida, debe afirmarse lógicamente que está permitida.

Las siguientes palabras de Kant resultan elocuentes al respecto: «Una acción no mandada ni prohibida es simplemente permitida por no haber respecto de ella ninguna ley restrictiva de la libertad –facultad– ni, por tanto, tampoco, ninguna obligación. Una acción de esta clase se denomina moralmente indiferente. Uno puede

¹¹ *Ibid*, p.41.

preguntarse si existen acciones semejantes, y, en caso de que las haya, si para que alguien pueda a su discreción hacer o no hacer algo, además de la ley preceptiva y de la ley prohibitiva, no será necesaria también una ley permisiva. Si esto fuese así, la autorización no afectaría siquiera a la acción indiferente, ya que, desde el punto de vista de las leyes morales, para esta última no es necesaria ley alguna»¹².

Por idéntica razón, esto es, por virtud del método mismo, no es posible encontrar contradicciones entre las normas del sistema ya que, por definición, un elemento no puede contar simultáneamente con una doble calificación, o sea, no puede ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto, falso y verdadero (principio de no contradicción). Si fuera incongruente, *eo ipso* no formaría parte del sistema.

Así, este filósofo sostiene: «Una *colisión de obligaciones* sería aquella situación en la que una obligación anulara a otra en todo o en parte. Ahora bien: como obligación y vinculatoriedad son conceptos que expresan la necesidad objetiva práctica de ciertas acciones, y dos reglas contrarias no pueden ser, a la vez, necesarias, sino que si es obligación obrar de acuerdo con una, el obrar de acuerdo con la contraria no sólo no es obligación, sino que es contrario a ella: de ello se deduce que no es pensable una colisión de obligaciones y vinculatoriedades»¹³.

En conclusión, el conocimiento de la moralidad, es decir, de la razón práctica puede gozar de tanta exactitud como el de la naturaleza, o razón pura, puesto que los juicios que pueden formarse tanto en uno como en otro, integran un sistema de verdades pleno y coherente, o mejor dicho, en todo caso, es posible determinar la pertenencia o no de cualquier juicio al sistema, en tanto que éste ofrece todos los elementos para obtener siempre tal calificación (plenitud), y solamente una calificación (consistencia).

Estas características de la plenitud y la consistencia son esenciales al sistema, y esto se explica gracias a que existe, como fundamento de la totalidad de los conocimientos, un principio único que soporta todos los juicios, como elementos del sistema, de forma que ninguno de ellos posee un valor aislado, respecto de los restantes, sino que

¹² *Ibid*, p.38.

¹³ *Ibid*, p.39 (cursivas en el original).

—antes bien— todos son interdependientes entre sí: «*Das erste Gesetz der Wissenschaft ist: Verbindung gemeinschaftlicher Grundätze und Gattungsbegriffe zu einem Ganzen*»¹⁴; en nuestra traducción: «La primera ley de la ciencia es la siguiente: la unión de los axiomas comunes y los conceptos genéricos en un todo».

C) **La teoría pura del derecho.**

En perfecta relación con las tesis kantianas, corresponde principalmente a Kelsen el desarrollo de la noción más elaborada y completa del sistema jurídico positivo. De acuerdo con su tesis, el derecho es un orden, y constituye un sistema en tanto que la validez de una norma cualquiera puede referirse a una fuente única como fundamento último (axioma)¹⁵. Dicha fuente originaria establece la unidad de la pluralidad de las normas. En otras palabras, el derecho es sistemático no por la relación lógica entre las normas, sino por la delegación de su validez: para el caso de una sentencia, por ejemplo, no se encontraría una relación lógica entre la norma aplicable y la solución del caso controvertido (la sentencia no está contenida en la ley), sino entre la validez de la norma general y el acto del tribunal (la sentencia, como norma, está creada de acuerdo con la ley).

Las relaciones entre las normas no son, por lo tanto, externas, sino que vinculan la validez de unas con otras, pues el fundamento de una proposición jurídica es la norma o normas que regulan su creación. En este sentido, toda norma puede probar, o no, su validez en la medida en que se creó de acuerdo con determinadas directivas, establecidas por una primera autoridad. Ahora bien, es necesario sentar la hipótesis de un enunciado que declare válidos los actos de creación normativa de ese primer legislador: la norma que formula la hipótesis de validez de esos primeros actos es la norma fundante de un derecho positivo cualquiera.

¹⁴ THIBAUT, A. Friedrich J.: *Juristische Encyclopädie und Methodologie*, Altona, 1797, cit. por CARPINTERO, Francisco: *La cabeza de Jano*, Universidad de Cádiz, 1989, p.31.

¹⁵ En esta exposición, se ha seguido al propio Kelsen en su obra *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 1995; *La teoría pura del derecho. Método y conceptos fundamentales*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933 (en adelante, *Método y conceptos fundamentales...*), así como su *Derecho y lógica*, ya citado.

Se habla ahora de «autoridad» porque la relación de fundamentación de la validez de las normas, equivale a una delegación de la facultad de producirlas, a partir del poder constituyente y respecto de los poderes constituidos. O sea, si existe ordenación jerárquica entre normas, es porque se supone una organización social con distribución desigual del poder: por eso, la relación entre las normas no es puramente lógica, sino que expresa una relación estructural entre los órganos facultados para crearlas. De esta suerte, el sistema se remonta hasta el constituyente originario.

Pero, ¿de dónde deriva la validez de esos actos constituyentes? Descansa en una norma fundante de naturaleza gnoseológica: en efecto, se trata de una suposición teórica, de una determinación *a priori* del conocimiento científico, de un principio; la norma hipotética no es, pues, verdadera norma, sino un criterio para delimitar un orden jurídico positivo («tal derecho positivo está integrado por todas las normas y sólo por las normas cuya validez puede remontarse hasta determinada ley fundamental»), es la tesis básica de atribución de validez a los actos del primer legislador («se supone válido todo el sistema de normas cuya validez puede remontarse hasta tal ley fundamental»). Así, la norma hipotética de un derecho positivo es un enunciado de la ciencia del derecho, es decir, un supuesto teórico del conocimiento y no es –evidentemente– una norma histórica.

En síntesis, un sistema constituye una interdependencia de elementos, esto es, un conjunto ideal de factores en el que el valor de cada uno de ellos no se entiende aisladamente, sino en función de los demás¹⁶: «El Derecho como orden –el orden jurídico– es un sistema de normas jurídicas (...) Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema, un orden si su validez puede ser referida a una norma única como fundamento último de esta validez. Esa norma fundamental constituye, en calidad de última fuente, la unidad de la pluralidad de todas las normas que constituyen un orden. Y si una norma pertenece a un determinado orden, es por la razón de que su validez puede ser referida a la norma fundamental del mismo»¹⁷.

¹⁶ CARACCIOLO, Ricardo: *La noción de sistema en la teoría del derecho*, México, 1994.

¹⁷ KELSEN: *Método y conceptos fundamentales...*, cit., p.47.

III. ANALOGÍA Y PLENITUD DEL ORDENAMIENTO

Estamos ahora en condiciones de completar las ideas anotadas desde el planteamiento del presente trabajo. Como quedó mencionado, la opinión de autores como Kelsen respecto de la analogía es negativa, en tanto que los resultados de este tipo de razonamiento no gozan de la certeza matemática necesaria de todo conocimiento verdaderamente científico.

Sin embargo, no sólo es que se le adscriba un papel negativo, sino que francamente se le proscribe del derecho, por lo menos de aquel que desee mostrarse metodológicamente puro, y permanezca ajeno a cualquier consideración sociológica, política, moral o teleológica.

De la misma manera que Kant¹⁸ (y, en general, que todos los partidarios de la consideración del ordenamiento positivo como sistema), el autor de la «Teoría pura» rechaza categóricamente la existencia de lagunas en el derecho, por considerar que el sistema se encuentra clausurado por el principio de prohibición, de acuerdo con el cual no es necesaria la promulgación de normas permisivas, sino sólo de las prohibitivas. En este sentido, aunque no exista norma expresa que permita una determinada conducta, el juez puede aplicar el ordenamiento positivo en su conjunto, y considerar que tal conducta está permitida, por virtud de la vigencia del principio lógico *tertium non datur*, tal y como ha quedado ya expuesto.

En palabras del propio Kelsen: «Un papel peculiar se reserva a la interpretación al llenar las "lagunas de la ley". Sin embargo, urge advertir que no existen lagunas auténticas en el sentido de que no fuese posible decidir un litigio con arreglo a las normas vigentes, porque no se pudiese aplicar la ley por falta de un precepto que hiciese referencia al caso. Todo litigio consiste en el hecho de que una parte hace valer una pretensión jurídica contra la otra; y la decisión afirmativa o negativa depende del hecho de que la ley, es decir, la norma válida aplicable al caso, contenga o no el deber jurídico afirmado. Puesto que no hay una tercera posibilidad, siempre es posible una decisión "sobre la base" de la ley, es decir, al "aplicar la norma legal". También en el caso de declararse que no hay lugar a la pretensión planteada, se

¹⁸ *Vide supra*, p.10.

aplica el orden jurídico en vigor. Pues desde el momento que éste obliga a los hombres a una conducta determinada, les garantiza la libertad allí donde no les prescribe una obligación»¹⁹.

Por lo tanto, en el contexto del pensamiento kelseniano, el papel de la analogía, y de todas las especies de razonamiento argumentativo (es decir, no lógico-conclusivo), no corresponden a la metodología propia del derecho, y carecen, por lo tanto, de justificación: no hay razón para autorizar a los jueces a aplicar una norma general prevista para un supuesto determinado, a otro supuesto presuntamente no contemplado, porque —en realidad— no hay posibilidad de supuestos no contemplados.

Así, cuando un juez considera que un determinado supuesto de hecho no ha sido previsto por el legislador, no está actuando conforme a la metodología propia del sistema, sino que está comparando el derecho que existe, con el que, en su opinión, debería existir²⁰.

La justificación del razonamiento por analogía descansa, ciertamente, en la posibilidad dada al juez para integrar el ordenamiento jurídico, es decir, se supone la existencia de lagunas, pues consiste en aplicar una norma general a un caso no previsto expresamente por ella, pero con el que guarda similitud. De esto se sigue que, negándose la posibilidad de las lagunas, no hay necesidad de recurrir a ningún procedimiento de integración.

El razonamiento por analogía, consecuentemente, sólo es defendible si el sistema jurídico se encuentra abierto²¹. Pero, en opinión de Kelsen, esta doctrina se encontraría «(...) errada, puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido»²².

© Índice General

© Índice ARS 28

¹⁹ KELSEN: *Método y conceptos fundamentales...*, p.72.

²⁰ *Teoría pura del derecho*, cit., p.255.

²¹ Se utiliza la expresión «sistema abierto» en el sentido que le da Theodor Viehweg: «El sistema tópico está en permanente movimiento. Sus formulaciones respectivas indican meramente los estadios progresivos de la argumentación al tratar problemas particulares. El sistema puede razonablemente ser llamado un *sistema abierto* ya que su discusión, es decir, su enfoque de un problema particular, está abierta a nuevos puntos de vista»; «Algunas consideraciones acerca del razonamiento jurídico». En *Tópica y filosofía del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1991, p.127 (las cursivas son nuestras).

²² *Teoría pura del derecho*, cit., p.255.