

dicciones. En efecto: argumenta que la interpretación de la Ley según la doctrina, comprende la analogía; que la analogía es la elaboración de normas nuevas y regula casos no previstos deducidos de casos afines regulados por la ley. La interpretación de la ley según veremos en el Capítulo Segundo, no es según la doctrina dominante, madre amorosa que cobije a la hija adoptiva de la analogía; sólo un reducido núcleo de juristas italianos arguye que la analogía no precisa reclamo especial en la ley para que funcione subsidiariamente, pero la *communis opinio* asevera de tiempo atrás que la analogía no es interpretación sino INTEGRACION de la ley, y admitiendo que la analogía es interpretación de la ley no se puede sostener que la analogía “sólo es la elaboración de normas nuevas para casos no previstos”, ya que precisamente la integración (no analogía) se funda en la ausencia de voluntad expresa o implícita de la norma, puesto que cuando la ley es de meridiano alcance o su ámbito de eficacia se deduce por los métodos interpretativos (ampliando, restringiendo o *progresando*), ahí no es necesaria la analogía y hasta se puede decir que resulta inaceptable: primero, porque en doctrina y en Derecho Constitucional nuestro se acude a la interpretación de la ley y luego a la analogía, que se caracteriza cumplidamente por la elaboración de normas nuevas para casos no previstos, en razón de que si existe la norma lo que se hace es interpretación y en cambio si se formula la norma nueva se hace analogía; de esto deriva lo inaceptable de la tesis de la Corte de que la analogía es contemporáneamente interpretación y creación de normas nuevas; y finalmente, si las normas nuevas se dan “deducidas de casos afines regulados por la ley” no requiere esfuerzo mental el arribar a la conclusión de que el caso afín, semejante, contemplado por la ley y punto de partida de la analogía —de la justicia de la igualdad— revela que el caso específico no tuvo asidero legal y entonces viene la posición inevitable de recurrir al caso afín regulado por la ley; es decir: si el caso está previsto por la ley nos hallamos en la interpretación, si el caso no está encerrado en la ley y lo resolvemos auxiliados por los casos afines enmarcados por la ley,

estamos en los cotos de la analogía.

La hipótesis puede ofrecer dos o más soluciones, pero es *lógica* la solución afín, semejante, análoga.

## CAPITULO II

La doctrina:

Es ya sintomático que la doctrina imperante, de los civilistas a los procesalistas y los penalistas, concuerden esencialmente en que son operaciones lógica, jurídica y prácticamente distintas las de la interpretación y la aplicación analógica de la ley.

Los civilistas De Ruggiero 1), Coviello 2) y Azzaritti, 3) afirman sin titubeos que la analogía es algo más profundo y complicado en su funcionamiento y en su razón lógico-jurídica que la simple interpretación de la ley; que en pureza la analogía “constituye verdadera y propia integración de la norma”; por su parte los penalistas Manzini 4), Massari 5) y Florián, revelan que la analogía tiene vigencia cuando la ley no ha reglamentado ni explícita ni implícitamente el caso sujeto a debate y se acude a un conjunto de normas o a un precepto que contiene el principio semejante al que debería hallarse en la ley, y con él se resuelve el caso concreto; y el insigne Carnelutti, 6) sintetiza diciendo que la ley puede contener un principio completo, terminado, o la formulación incompleta, inadecuada al principio, por lo que, si se colma la *laguna* de la ley con la identificación del principio para el caso no regulado —segunda forma— estamos en la órbita de la analogía; si lo primero, en el campo del argumento a contrario; por ello, concluye el insigne autor, la analogía no es “aplicación de la norma, sino la formación del derecho fuera de sus límites formales”.

En el bando opuesto, enarbolando la analogía como

simple modo o efecto de la interpretación y en particular de la interpretación extensiva, se pueden nombrar escritores tan ilustres como Alfredo Rocco, 7), F. Ferrara, Bobbio y Pierandrei 8), pues partiendo del carácter volitivo, de la naturaleza del acto de voluntad de la interpretación que no es simple razonamiento lógico formal propugnado por la vieja escuela, los sostenedores de esta teoría apoyándose en Scialoja (*Sulla funzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, Giust. amm.* 1901, IV, pp. 61 y ss), argumentan que siempre el juzgador tiene momentos decisivos en que ha de ESCOGER, elegir, responsabilizarse, existan o no lagunas, obscuridades o incertezas, puesto que en todo momento de la interpretación se debe hacer mérito a esto que es como "inquietud, como incerteza, como angustia, es la medida y la conciencia de la propia libertad, y allí de la responsabilidad del que actúa" (Cappelletti, *L'attività...* pp. 52 y ss.); entonces, no se trataría propiamente de una mera operación intelectual, reconocitiva (Betti), sino que, la ley se avala con un acto del querer al darle eficacia entera, plenitud e insubstituible actualización al VALOR que el mandato jurídico ha indicado, ha señalado; pensemos en que hay siempre una vasta zona incompleta, interminada y aun en la interpretación llamada vinculada (presupuesto, forma y contenido), se advierte cómo el legislador ha dejado al intérprete la misión de llenar esas simples menciones con conceptos —valor que no son inmóviles y arterioscleróticos, sino que se escogen; *buena fe, buen padre de familia, normal diligencia*, evitar perjuicios, *igualdad de los interesados*, castidad, honestidad, son otras tantas fórmulas que el juez llena, da contenido ACTUAL por una valoración moral y social, más que jurídica; de ahí que la analogía, como evaluación del principio semejante no sea sino una consecuencia inevitable de la armonía del orden jurídico considerado como algo unitario, totalizador, en que si la hipótesis no halló asilo expreso o implícito en un precepto, sí seguramente puede ser resuelta en orden a los principios de un instituto o de un interés individualizado protegido por otra ley; negar la analogía como recurso necesario, como medio de INTEGRACION, es tener la con-

ceptuación del DERECHO (ya no de un mandato aislado) como algo contradictorio y parcial, trunco, mutilado y desalentadoramente incompleto en su porción más sensible y más humana, en la de los principios tenidos por firmes cual valoraciones constantes recogidas en un sistema de Derecho. Hay pues que ir en pos de esa evaluación y conservar la unidad conceptual del orden jurídico salvando el caso omiso con la aplicación del valor afin.

Ferrara ha dicho: "se puede acudir a ella, independientemente de una autorización expresa del legislador".

No es extraño que Bobbio refunda la analogía en la interpretación extensiva, pues si en ésta el legislador ha quedado corto al enunciar el principio y en lugar de regir *singularizado*, según quedó redactado en la norma, debe por el contrario valer para toda una categoría, así sea de normas EXCEPCIONALES: por este medio el intérprete reintegra el pensamiento legislativo y le asigna su verdadero significado y alcance; en la forma interpretativa se cubre bajo la engañosa expresión legislativa toda la auténtica voluntad yacente, que la imprecisión, la incoherencia, la impropiedad o ambigüedad del lenguaje no dejan traslucir al que sólo se guía por la letra de la ley; hay pues que ir en pos del valor, de la idea, del principio defectuosamente formulado en una norma hueca o redundante, cercenada o farragosa, pero siempre INCOMPLETA. Así sucede, decíamos, en la muciana del derecho comercial y en aquellas modalidades atenuadas, tan delirantemente previstas por el Artículo 311 del Código Penal Federal, que entendidas a la letra únicamente serían privilegiados, en la penalidad disminuida, los homicidios o lesiones consumados por el padre que sorprende al *varón* corruptor de la *hija*; y fuera quedarían de la atenuación el padre que mata o hiere *in fraganti* al corruptor del *hijo*, y la madre que mata o hiere en sorprendiendo al corruptor del hijo o al corruptor de la hija. ¡Qué pobreza de imaginación (jurídica) de nuestros juristas del 31! (Vid. nuestro citado ensayo en *Criminalia*, Oct. 1951, pp. 542, 543).

En la analogía también el principio, la idea directriz va más allá de la letra del texto, pero mientras en la interpretación extensiva la voluntad está implícita, en la analogía la voluntad está... *en otra norma*.

Ciertamente en el suplemento analógico el principio se EXTIENDE para enmarcar hipótesis que la gramática legal no incluyó; empero ello es literalmente entendido, ya que a decir verdad el principio se toma de *otra norma*, pues la que debía contenerlo NO existe. Si refundimos la analogía en la interpretación extensiva a la manera preconizada por tan ilustres escritores, sí estaría implicada aunque no expresamente autorizada por nuestro Artículo 14 Constitucional, y sería perfectamente válida la segunda afirmación de la Honorable Suprema Corte y evidentemente falsa la primera, puesto que teniendo como fuente del derecho la interpretación jurídica, ahí se insertaría la interpretación extensiva y su apéndice, la analogía. A tal desenvolvimiento lógico auxiliaría el hecho de que para vedar la analogía en lo penal, el mismo constituyente de 917 tuvo que dar una norma expresa, porque de lo contrario el juez de este ramo habría creado tipo y pena por analogía, interpretando *extensivamente* la ley penal.

Zitelman en su estudio incisivo y documentado, afirma que las lagunas son aparentes si la hipótesis recibe una previsión legislativa por exclusión, la que no aparece justa a la conciencia jurídico-social del momento; como una ilicitud civil sin sanción, o diríamos, como un hecho altamente opuesto a la conciencia ética del momento pero atípico (el incesto en el Estado de Puebla que no es delito); y el vacío o laguna es real, cuando "la ley permanece en general deudora de una respuesta, pues no *posibilita* una decisión siendo ella necesaria"; así acontece, al criterio del autor, en el caso de que la ley consienta varias formas de condena de intereses, empero, no da una base firme para que en una hipótesis se pueda imponer una tasa específica. En las lagunas aparentes el juez no crea derecho, simplemente lo averigua, en las reales sí hay que suplirlo.

No escaso mérito de Kelsen haber advertido que las lagunas no existen, llámense aparentes o reales, porque a decir verdad la ley se complementa en los regímenes liberales con la disposición negativa, que puede expresarse diciendo: lo no prohibido está permitido; y Cossío, en su estudio admirable sobre *la plenitud hermética del orden jurídico*, subraya que todos los actos o son lícitos o ilícitos y no caben espacios vacíos. "No podérseles impedir lo que las leyes no le prohíben" según dictó la clarividencia de Rejón en el Artículo 60. del Proyecto de la mayoría de 1846.

Es un despropósito pensar en conductas ajurídicas, indiferentes al orden del derecho, pues que toda actitud del hombre está contemplada ya con el calificativo de juridicidad o con el reproche de antijuridicidad, sea éste de derecho privado o de derecho público; entonces, el sistema democrático de derecho penal *cierra* el orden a *numerus clausus* con la máxima: todo lo no prohibido típicamente por la ley es permitido; todo lo no penado legalmente, permanece impune; podrá eventualmente el acto ser contrario a normas de otro género o rama (civil, mercantil...) y su ilicitud venir de la ley relativa, pero en derecho penal la ATIPICIDAD es un límite al poder del Estado; además, la falta de penalidad exacta es otro lindero insalvable al poder coercitivo del Estado. De esto deriva que la analogía no pueda entrar en el cuadro cerrado del derecho penal en lo que atañe a delitos y penas, mas en cambio, el sistema de derecho penal autoritario permite la analogía, que no es límite, pues falta el principio LO NO PROHIBIDO ESTA PERMITIDO, sino que, cuando menos teóricamente al decir de Anosow, el delito viene de la previsión legislativa y también de la imprevisión legislativa, CREANDO por analogía el juez. Igual acontece con la pena. Aquí yace la novedad máxima de la tesis: la analogía suprime el tipo, la analogía borra la pena. Serviría con la misma eficacia cual no sucede en ningún otro régimen jurídico: el perdón judicial suprime la pena; —el perdón del oïdido remite la querrela y por esto al proceso y a la pena; la amnistía es el perdón oficial, pero nada quita al

hecho lo delictuoso—; eliminando tipo y pena la conducta pierde crimosidad por su semejanza con otros casos legislados o con institutos vigentes: la *ratio societas* yace en la ausencia de peligrosidad del sujeto. Todo el vigor jurídico, toda la validez de hecho antisocial se extinguieron para convertirse, POR ANALOGIA, en hecho social, por esto no punible. En una palabra: el hecho es típico y punible por aplicación analógica; pero también el hecho puede haber perdido su peligrosidad ACTUAL, y por analogía JUDICIAL con otra hipótesis de no peligrosidad declarada por los tribunales el hecho se ha convertido en atípico, a pesar de la previsión legislativa. (Anosow, "L'Analogía nel diritto penale", *La Giust. pen.* 1934, pp. 171, 174 y ss.).

¿El Juez CREA DERECHO?

¿El Juez en estos supuestos solamente aplica derecho?

¿La analogía o suplemento analógico es interpretación del derecho?

O la analogía es ¿INTEGRACION, CREACION, FORMACION CUASILEGISLATIVA DEL DERECHO?

El juzgador ¿cuando se acoge, para solucionar el caso cuestionado a la semejanza, a la similitud de otro principio contenido en una ley o en un instituto o en un cuerpo legal, simplemente interpreta?; porque *interpretatio est legis explicatio*; es decir, pone en claro, averigua, indaga la voluntad de la norma existente, o por el contrario ¿la analogía no interpreta porque falta la materia de ella: la ley, y sólo crea la ley especial para la hipótesis presente?; ¿presupone como algo *sine qua non*, como requisito, insalvable, el que la hipótesis no halle solución en precepto legal alguno, sea que se acuda a todos los elementos de la interpretación señalados por Savigny, y ya los resultados alcanzados en esta búsqueda tengan el carácter de declarativos, restrictivos, progresivos y extensivos? (añá-

diríamos para un completo cuadro de la interpretación, pero que exige análisis separado, la *interpretatio abrogans* y la *interpretación analógica*, distinta de la analogía), porque si estuviésemos frente a la aplicación del precepto faltaría toda razón para siquiera pensar en la analogía: miraríamos cara a cara la llana interpretación de la ley. Precisamente porque falta en el problema debatido toda referencia a un principio contenido en un mandato jurídico, es por lo que recurrimos a un precepto semejante (*ratio legis*) que debe normar el caso cuestionado; si el hecho estuviese contemplado por la norma habría escueta aplicación de ésta, mas porque la ley ha permanecido en silencio y el Derecho como conjunto de ideas encerradas en mandatos legales no dio un principio que rigiese conductas como la sujeta a debate, es por lo que se pretende encontrar y aplicar un PRINCIPIO ANALOGO, el más semejante, casi igual, que termine con la incerteza jurídica.

El juez no puede rehusar resolver, aduciendo obscuridad o SILENCIO de la ley; el caso OMITIDO también debe recibir un fallo judicial, y cabalmente porque la ley sigue muda ante la realidad, es por lo que el juez acude a la norma o al instituto o al cuerpo legal que tiene más acusados perfiles de paralelismo FINALISTA con el caso debatido. La analogía, insistamos, implica en calidad de presupuesto la LAGUNA DE LA LEY.

¿Qué haría el juez si tuviese validez en nuestro derecho el principio de la tipicidad y penalidad analógicas, ante el incesto, el aborto, el adulterio no incriminados en la ley penal del Estado de Puebla?

Ahora llevemos al ámbito del derecho privado la misma reflexión, y es más: citemos el Artículo 160 F. XVIII de la Ley de Amparo, que expresamente crea la interpretación analógica hermana bastarda de la analogía: los "demás casos análogos a los de las fracciones anteriores, a juicio de los Tribunales Colegiados de Circuito", porque aquí el reenvío es inocultable y el legislador dando prue-

bas de un justificado temor hacia los olvidos de violaciones durante la secuela del procedimiento que trasciendan a la sentencia con indefensión, —errores in procedendo—, acudió a esa fuente subsidiaria para no consentir las nulidades del procedimiento que antes originaban la *querrela nullitatis* y hoy encuentran salvaguarda en el medio ordinario, o en la reparación constitucional y la protesta para llegar al agravio congruo en segundo grado y al concepto violatorio en el amparo directo contra la sentencia definitiva.

#### LA CONSTITUCION DE 1917

Ya Martínez de Castro dejaba constancia de que los nobles motivos que impulsaron al constituyente de 1857 al redactar el Artículo 14, segundo apartado, era entre otros, los de evitar que las leyes penales fueran aplicadas retroactivamente, y a ello aludió la defensa de don León Guzmán respecto del Artículo 4o. del Proyecto, al decir que las leyes ex-post-facto se contraían a las causas criminales y las retroactivas a la civiles, de modo que ambas expresiones en un mismo párrafo no encerraban redundancia alguna; y continúa Martínez de Castro, que fue constituyente, “que hechos no previstos por el legislador, y que por esta sola circunstancia no eran delitos, fueran castigados como tales a pretexto de una simple analogía o de igualdad o mayoría de razón” —Voto 1879, asunto Larrache y Compañía “*Recurso* cit. p. 179”—; y antes, en la *Exposición de Motivos al Código Penal* de 1871, había argumentado magistralmente fundamentando el Artículo 182, que todas las leyes, incluyendo las penales, las que definen delitos y señalan penas, *todas* se interpretan; que la prohibición del Artículo combatía la extensión por simple analogía o la restricción inmotivada.

En 1917, el Primer Jefe, el ilustre don Venustiano Carranza, envió al constituyente de Querétaro el Proyecto de Constitución, con el Artículo 14, tal como lo conocemos:

En el acta de 21 de diciembre de 1916, se ve que no medió discusión, ni aclaración respecto del precepto en comento, y que después de su lectura “se procedió a la votación de estos Artículos, que fueron aprobados por unanimidad”.

En la obra del señor licenciado Palavicini falta cualquier indicación a este propósito.

Don Venustiano Carranza, en la parte Expositiva ya acotado, excecró a la justicia común y a los Gobernadores de los Estados que la minimizaban y prostituían, y justificó de tan salobre manera la conservación del amparo a la manera auspiciada por la Honorable Suprema Corte posterior a Vallarta, dándole cabida abiertamente en el texto del Proyecto (Artículo 103 F. I) por violación de garantías individuales; y si quedaba algún reparo sobre el amparo en materia civil se borró con la F. II que lo creó contra las violaciones *in procedendo* en la secuela con indefensión en la sentencia (Fs. II primer apartado y III); contra la sentencia definitiva civil opuesta a *la letra de la ley* —ahora se empeoró la posición doctrinaria de la cuestión, salvada dignamente por Vallarta y Martínez de Castro, Lancaster Jones y Sánchez Gavito, entre otros— y a la interpretación jurídica (olvidó la sentencia contraria a los principios generales de derecho, fuente subsidiaria según el último apartado del Artículo 14, y como tal, garantía individual; de modo que ese fallo no era reclamable en amparo directo e idéntica ausencia se nota en el 115 de la Ley de Amparo vigente, mas fue remediada, en el amparo directo ante los Colegiados, en Artículo 158 bis). Empero, es evidente la serie de contradicciones, al conceder la procedencia del amparo cuando la sentencia versa sobre “personas, acciones, excepciones o cosas que no han sido objeto del juicio, o cuando no las comprenda todas por omisión o negativa expresa”, puesto que la incongruencia positiva y negativa es indebido introducirla entre los motivos del amparo directo aunque incida en el mismo grave error: la F. II del Artículo 158 bis —adicionado— de la reformada