

2. — Si hay una filosofía del derecho, cuál es su objeto, sus temas fundamentales y su método?

2) La filosofía del derecho tiene un objeto complejo: las estructuras ontológicas en las cuales el derecho es dado, los conceptos lógicos formales del derecho y las relaciones de las estructuras y de los conceptos con lo justo, es decir, el derecho puro. Para medir el alcance de estas relaciones y ver el sentido de estas estructuras, de estos conceptos formales y de sus relaciones mutuas, hace falta en consecuencia una teoría general de lo justo. Lo justo es consecuentemente el objeto fundamental de la filosofía del derecho.

El método propio de la filosofía del derecho, en una aproximación a Heidegger, consiste en captar el concepto preontológico del derecho, que todo el mundo tiene, y mediante el análisis de este concepto, llegar al objeto en él mentado, delimitarlo y buscar su propia esencia.

3. — Cómo define Ud. las relaciones de esta disciplina con las demás ramas de la filosofía y con las ciencias jurídicas?

3) La filosofía del derecho es una rama legítima de la filosofía general, porque ella tiene por objeto el hombre y los hombres que conviven en una comunidad, una vez reconocido que cada uno de ellos y todos en conjunto tienen un deber moral que cumplir.

El derecho positivo se construye de acuerdo con la filosofía del derecho que se profesa, en consecuencia, la filosofía del derecho dará la última luz a las ciencias particulares del derecho.

4. — Qué papel desempeñan en ella la experiencia del derecho, el conocimiento de las filosofías y la historia de las doctrinas?

4) Si la filosofía del derecho no es una teoría empírica general del derecho, es no obstante —y de manera necesaria—, un conocimiento del derecho por sus fundamentos. De modo que el **objeto derecho** no puede ser olvidado por la filosofía del derecho. Esto es, el objeto en toda su generalidad. Pero este objeto derecho puede ser más visible en algunos objetos jurídicos particulares que en otros. En consecuencia, el filósofo del derecho debe tener acceso a numerosos objetos jurídicos para hallarse en posibilidad de escoger el objeto o los objetos que revelan más claramente el **objeto derecho**.

5. — Es oportuno su aparente desarrollo actual?

5) El interés actual por la filosofía del derecho es un signo de que esta disciplina se refiere a la esencia de la persona humana. Pero toda la humanidad está hoy en día en crisis, y el interés por la filosofía del derecho es una consecuencia de esta crisis.

Bogotá, 22 de septiembre de 1961.

LA ANALOGIA COMO PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACION DEL DERECHO

Dr. Manuel José de Romeo y Lagunas

CAPITULO I.—Supuestos previos. La investigación integradora del Derecho.

a) Su necesidad derivada de la existencia de lagunas en el ordenamiento legislativo.

b) Cauces por los que puede discurrir la actividad judicial ordenada o llenar las lagunas del derecho positivo.

CAPITULO II.—Concepto, clases y mecánica operatoria de la analogía.

CAPITULO III.—Naturaleza de la analogía y sus relaciones con la interpretación extensiva.

CAPITULO IV.—Fundamentos de la analogía.

CAPITULO V.—Casos en que no es aplicable la analogía. Requisitos de su aplicación.

CAPITULO VI.—Conclusiones críticas.

a) El valor de la analogía. Posiciones doctrinales en torno a este punto.

b) Lugar que ocupa la analogía en las legislaciones actuales.

CAPITULO I

Supuestos previos. La investigación integradora del Derecho

a) Su necesidad derivada de la existencia de lagunas en el ordenamiento legislativo.

La existencia de deficiencias y lagunas en la ley ha sido admitida de antiguo por la ciencia y por las legislaciones. El legislador no obstante el cuidado que pone en la elaboración y formulación del

precepto legal no puede prever todos los posibles casos y resolverlos con una norma explícita. A tal punto Aristóteles estableció ya una antigua fórmula resucitada por algunas escuelas y legislaciones modernas; la de que cuando la ley falte, el Juez debe decidir según la norma que el legislador establecería si estuviese presente. El derecho romano reconoció la existencia de lagunas en la ley y confió a la autoridad de sus magistrados y jurisconsultos la misión de llenarlas acudiendo a la "naturalis ratio" y a la equidad. Durante la Edad Media la concepción católica vio en el Derecho Natural la fuente suprema e inagotable del Derecho positivo, cuyas lagunas por otra parte se colmaban en buen número de ordenamientos jurídicos con el llamado Derecho común integrado por normas del Derecho romano y, en ciertos casos, del Derecho canónico. Fue en el siglo XIX cuando a influjos del positivismo jurídico se planteó, como tema objeto de acerasas discusiones, el problema de la suficiencia o insuficiencia de la ley como fuente de soluciones jurídicas, sostenida por aquellos, en su aspecto positivo.

No carece esta posición de precedentes históricos. El legislador es muy dado a pensar que su obra es perfecta, sobre todo cuando aleccionado y estimulado por la imperfección de las leyes anteriores, lleva a cabo una obra de codificación. Se prohíbe entonces todo comentario privado y se excluye toda interpretación judicial. Sin embargo la experiencia demuestra en todo caso lo equivocado de esta posición y debido a ello las imperfecciones de las leyes y sus posibles lagunas han sido la eterna preocupación de los legisladores.

Los juristas franceses, iniciadores de este movimiento extremadamente legalista, sufrieron ya un desengaño al comprobar la imposibilidad de contener en un código la regulación total de la vida jurídica pero encerrados en su posición pretenden, como una sustitución de ese afán imposible, colmar el ordenamiento jurídico con la interpretación de la ley conforme al pensamiento del legislador. La imposibilidad de determinar en muchos casos cual es la voluntad o intención del legislador, y las evidentes dificultades de este sistema por la falta de adaptación de los preceptos a las nuevas circunstancias, hizo a algunos autores inclinarse por otro procedimiento de interpretación fundado en la sujeción a la fórmula legal acomodada a las necesidades de cada momento, sistema que todavía presentaba mayores inconvenientes, lo que obligó a volver al criterio tradicional.

Todos los esfuerzos de estos autores se centran en torno al principio de la suficiencia de la ley para resolver todas las situaciones

jurídicas. Precisamente por ello Oni protestaba contra la posición de ciertos sectores de autores que para él habían sobrepasado los límites de la recta doctrina y de ahí también la crítica de que fueron objeto ciertos artículos del Código Civil, que remitían al juez a la equidad, lo que no era sino una prueba de la insuficiencia de la ley reconocida por el propio legislador. La posición de estos autores la sostienen desde el punto de vista lógico Kelsen y Donati, que tampoco logran aportar las pruebas suficientes para consagrar la doctrina de la plenitud del ordenamiento jurídico. Todas sus afirmaciones son el resultado de una visión excesivamente lógica. Un examen histórico y sociológico del derecho nos muestra la evidente realidad. La lógica es impotente para llenar todos los vacíos resultantes de la insuficiencia de los textos, y la pretendida norma negativa a que hace referencia el primero de los citados autores, resuelve muy poco en la esfera de aplicación del derecho, porque el principio general de la libertad solo podría suplir la ley, según el juicio de Castán Tobeñas, en las materias que dependen de la autonomía de la voluntad.

La existencia de lagunas en la ley es un hecho. Puede parecer imposible que a pesar de la gran actividad legislativa desarrollada en los últimos tiempos el producto normativo sea insuficiente. Pero hemos de tener en cuenta que la evolución de la vida es constante y pronto ese conjunto normativo es inadecuado para reosolver unas situaciones jurídicas totalmente distintas de las que determinaron el nacimiento de la norma.

De otro lado, con ser esta la más importante, no es la única causa de la insuficiencia de la ley. Son muchos los casos en que el legislador se limita a dar una orientación general, a dictar disposiciones que lejos de abrazar enteramente cada institución se limitan a considerar uno solamente, o alguno, de sus aspectos, a modo de rasgo o de boceto, fenómeno característico de los Códigos latinos y especialmente del francés. En otras ocasiones el legislador se ve obligado a dejar intencionadamente sin regular determinadas relaciones por no ser estas suficientemente conocidas en todos y cada uno de sus aspectos, requisito previo de una justa ordenación, lo que le hace pensar que no debe anticiparse a las orientaciones que respecto a ellas sigan la doctrina y la jurisprudencia. Hay casos en que las lagunas se producen ante el fenómeno de hacerse recíprocamente ineficaces dos leyes contrapuestas y, no faltan casos en que el juez es quien origina la laguna al dejar sin solución un caso que, si bien se

halla regulado en la ley, es de suponer habría sido excluido de un ámbito por el legislador de haberlo conocido.

Son muchas más las causas que determinan la existencia de lagunas en la ley. Pero ¿Quiere esto decir que deban quedar sin solución ciertas situaciones jurídicas por el hecho de que debido a una serie de circunstancias no exista una norma explícitamente destinada a proporcionarla?

En ningún caso. El derecho por su naturaleza moral y por la función que le corresponde debe extender su poder ordenador y su protección a toda clase de relaciones siempre que estas sean dignas y estén necesitadas de dicha protección, lo que le sería de todo punto imposible si se limitase a un conjunto de preceptos legislativos aislados.

El Estado consciente de la misión que le corresponde de asegurar la convivencia pacífica de sus miembros, manteniendo la vigencia de un orden jurídico en cuyo marco se desarrolle aquella, hace recaer sobre sus funcionarios la obligación de resolver cualquier conflicto que la pueda violar. La posición del juez cuando se halla ante una laguna de la ley queda realizada a tal punto que de órgano de aplicación del derecho se transforma en órgano de producción del mismo, pues si es inexcusable para él dar una solución justa a los casos controvertidos y no todos los que se le presentan y someten tienen regla o norma adecuada en la legislación, él tendrá que elaborarla.

b) Cauces por los que puede discurrir la actividad judicial ordenada a llenar las lagunas del Derecho positivo.

Al quedar convertido el juez en un órgano de producción del derecho se le presenta el problema: de terminar qué se debe colocar en el lugar vacío de la regla legislativa si es absolutamente inexcusable resolver jurídicamente los casos no previstos por ella; es decir, por qué criterios deberá guiarse el Juez, de qué procedimientos habrá de servirse y qué instrumentos habrá de manejar para dar una justa solución. En su función creadora puede llegarse al punto de que el Juez resuelva según su arbitrio por apreciación personal negando todo proceso lógico en la aplicación del derecho y apoyándose más en una decisión de la voluntad que en una operación del entendimiento.

Más adelante ya veremos las diversas orientaciones que dentro de cada legislación han seguido los jueces en el cumplimiento del

deber que les ha sido impuesto, al tiempo que examinamos el lugar que dentro de aquellas corresponde al procedimiento análogo. No obstante, para llegar a ese pretendido examen es preciso antes elaborar un concepto exacto de la analogía y resolver los problemas que en torno suyo se han planteado, ya que solamente entonces podremos determinar su justo valor respecto de los restantes procedimientos de integración del derecho, y el lugar que entre ellos le debe corresponder.

CAPITULO II

Concepto, clases y mecánica operatoria de la analogía.

El ordenamiento jurídico no es una masa inerte de principios y de preceptos coexistentes, sino un cuerpo de normas íntimamente conexas, y los principios que les sirven de base llevan el germen de indeterminados desarrollos, es por tanto un organismo dotado de una fuerza latente elástica, de expansión y adaptamiento, por la que provee a su propio desarrollo y progreso, y aun a sus deficiencias, extendiéndose a regular casos no previstos especial y directamente por el legislador. El medio principal de aprovechamiento de esa fuerza orgánica y latente del derecho es la analogía.

En sentido etimológico, analogía significa igualdad, proporción, parangón entre cosas diferentes.

Desde el punto de vista filosófico, la analogía se presenta como un argumento probable que supone una conclusión de tipo probable. En este sentido la define Kohler como el procedimiento mediante el cual de una semejanza entre dos sujetos en un punto determinado se deduce una semejanza probable entre dos puntos distintos de los mismos sujetos.

En sentido jurídico la analogía supone según Enneccerus la extensión de los principios de la ley a casos cuya divergencia respecto de los contenidos en ella no es esencial. Por lo tanto el procedimiento analógico tiene la naturaleza de un procedimiento de indagación y aplicación del derecho en virtud del cual se aplica la norma establecida para un caso a otro no previsto, en razón de la igualdad esencial que existe entre ambos. La analogía por tanto se basa en la igualdad esencial entre el caso decidido y previsto en la legislación y el no previsto.

Como ha dicho Geny sentimos en nuestro fondo íntimo un de-

seo de igualdad jurídica en virtud de la cual las mismas situaciones de hecho deben reclamar iguales situaciones o sanciones jurídicas.

Un elemento de identidad debe existir entre ellas y no debe referirse esta identidad a cualquier elemento de hecho sino precisamente a aquel que el legislador tomó en consideración para establecer una regla determinada. Si el elemento común a los dos hechos es el que dé la clave para su disciplina jurídica lógicamente también han de estar sometidos a la misma regla.

Es indudable que dos hechos absolutamente iguales no hay, pero esa igualdad puede afectar a alguna de sus circunstancias y elementos y cuando estos son esenciales, los que forman la "ratio iuris" de la norma, esa igualdad de razón también reclama igualdad de regla.

Por tanto al hablar de igualdad de razón no nos referimos a la "ocasio legis", es decir a la serie de circunstancias históricas que determinaron el nacimiento de la norma sino al principio que sirvió de fundamento inmediato a la disposición legislativa.

El procedimiento de la analogía es una abstracción lógica mediante la cual, de la norma expresa y particular se saca el principio que la gobierna, para encontrar en este una regla más amplia que abarque el caso o como una relación de identidad (identidad de razón) que enlaza indirectamente el caso regulado y el no regulado a través de una idea o principio superior, común a ambos.

Como Castán Tobeñas pone de relieve, Francisco Suárez ya se hizo cargo de ambos posibles puntos de vista deslindando perfectamente los conceptos de paridad o semejanza e identidad de razón.

La importancia excesiva que se ha atribuido a esta distinción y la falsa interpretación que en algunos casos se ha dado a los términos de la misma, ha sido la causa principal del planteamiento de muchos problemas en torno a la analogía, pues mientras unos ven en ella una mera semejanza de casos y reducen al mínimo su valor, otros la enlazan con la idea de la armonía orgánica del derecho positivo exagerándolo de un modo extraordinario.

No obstante, la mayor parte de los autores atribuyen poco valor a esta distinción que, sobre ser confusa, tiene escasa utilidad práctica, puesto que es indudable que la esencia del procedimiento analógico es la misma en sus dos formas y en realidad no hay que darle mayor importancia que la de representar los distintos grados del proceso de abstracción en que consiste la analogía.

Naturaleza de la analogía y sus relaciones con la interpretación extensiva.

La doctrina antigua incluía por lo general la analogía en el ámbito de la interpretación de la ley, confundiéndola con la interpretación extensiva. No fue sin embargo absolutamente desconocida la distinción entre ambas; Suárez recogiendo la idea de otros autores separó la interpretación comprensiva, que tiene por objeto extender la ley a casos comprendidos en la mente del legislador, aunque este no la hubiera declarado suficientemente con palabras, de la interpretación extensiva, por la cual se extendían las disposiciones de la ley a un caso no comprendido bajo la mente del legislador, por semejanza o paridad de razón.

No obstante no fue una regla general y así, todavía en el siglo pasado, los autores franceses apenas distinguían con exactitud la analogía propiamente dicha, de la interpretación extensiva de la ley. Esta confusión venía determinada por la creencia en la plenitud de la legislación escrita, lo que llevaba consigo que la analogía no pudiera legitimarse sin practicarse más que como un modo de interpretación de la ley, cuyo fundamento se hallaba en el supuesto de que el legislador al establecer una norma legal fundada en cierta razón jurídica hubiera por esto mismo aprobado todas las consecuencias de esa razón que se hallan en casos distintos.

Los autores alemanes aunque trataron el problema con un criterio más científico no llegaron a darle una solución satisfactoria. Así, por ejemplo, Puchta no resolvió con claridad si la analogía debía pertenecer a la actividad simplemente interpretativa o a la productiva de los juristas, al hacerla depender del derecho científico, al que se oponen la costumbre y la ley escrita.

El mismo equivoco existe en Savigny, si bien este autor da a entender que aun cuando la analogía tenga su base fundamental en el derecho positivo, traspasa los límites de la interpretación de la ley y suple verdaderas lagunas de la legislación.

Esta idea la desarrolló más tarde Thol, el cual analiza el procedimiento científico de la analogía e insiste sobre la distinción de ella y la interpretación extensiva.

En las Pandectas de Windscheid se manifiesta una teoría que considera la analogía como un procedimiento intermedio entre la interpretación propiamente dicha y la creación del derecho. Por una

parte la analogía se apoya en la ley escrita, en la que halla su base, dirigiéndose a llenar las deficiencias del pensamiento legislativo y a llenar los vacíos de la fórmula legal. Por otra induce del conjunto del sistema jurídico sus principios, para aplicarlos a casos no resueltos por una norma explícita. En realidad lo que hace dicho autor es identificar, la que él denomina analogía legal, con la interpretación extensiva, y considerar la analogía jurídica como un proceso de abstracción que debe incluirse en el ámbito de la investigación integradora del derecho.

Esta teoría iniciada ya por Wachter y Unger se sigue por prestigiosos civilistas (De Diego, Ruggiero, etc.) quienes sin embargo atenúan un tanto el rigor de la misma y más bien que adherirse a ella, insistiendo en la necesidad de no confundir los términos a que nos venimos refiriendo, se limitan a citar en sus tratados esta orientación.

La teoría de que se trata ha sido superada al aparecer una nueva opinión que se halla iniciada por Ihering y que se expresa claramente en los Manuales Clásicos y en las Pandectas de Dernburg y de Regelsberger, que tiene como característica una separación más clara entre la analogía y la interpretación. Para ello se ha tenido que abandonar la ficción de que el derecho positivo constituye por sí solo un sistema completo bastante para resolver todas las situaciones jurídicas mediante su desenvolvimiento orgánico. No es que se niegue ese desenvolvimiento o que se impugne su eficacia, eso equivaldría a excluir la analogía, pero sí que lo considera únicamente como la parte principal de un todo más general, la naturaleza de las cosas, que es suficiente para contener todas las soluciones jurídicas. El procedimiento analógico se presenta como un elemento que contribuye a dar solución a los vacíos de la ley, sin pretender bastar para ello.

A esta posición se adhiere Geny, para quien aparece claro que la analogía no es una obra de pura interpretación de los textos, no toma las disposiciones legales sino como punto de apoyo objetivo para construir mediante la libre interpretación en los lugares abandonados por las fuentes formales. Se trata como dice Enneccerus de una investigación del derecho, a base de la ley.

La analogía, señala Coviello, difiere de la interpretación por los presupuestos, por el fin y por el resultado. Aquella presupone la falta de una norma expresa, mientras que la interpretación presupone su existencia. El fin de la primera es la indagación del principio jurídico que ha de aplicarse al caso no contemplado, el fin de la otra

es la determinación del sentido de la ley. La una establece nuevas normas, la otra no.

La interretación extensiva se desenvuelve en torno a una disposición de la ley para comprender en ella casos no expresados en su letra pero virtualmente comprendidos en su espíritu. La analogía por el contrario opera sobre casos que no pueden resolverse con una precisa disposición de la ley.

Es esta por tanto una cuestión claramente resuelta por la doctrina científica. En ningún caso se ha puesto en duda la inclusión del procedimiento analógico, en su grado de mayor generalización; es decir, en lo que se denomina analogía jurídica, en el ámbito de la investigación integradora del derecho, pero sí que se ha planteado esa duda respecto de la "analogía legis", sin que halla existido razón para ello. Incluimos en la investigación correctora del derecho, y no en la interpretación restrictiva, la limitación de la ley cuando queriendo esta abarcar un círculo total de casos, surge uno que si bien cae dentro de la regla, tiene características tales que hacen que esta resulte completamente inadecuada y, acaso, irrazonable para él de modo que si el legislador hubiera conocido este caso, y pensado en las consecuencias, seguramente no lo habría incluido en el ámbito de la norma; por la misma razón, aplicar una norma a un caso por presentar una semejanza o igualdad esencial con respecto al resuelto por ella, habría sido indudablemente resuelto por el legislador aplicando aquella de haberlo conocido. No debe incluirse en el ámbito de la interpretación sino en el de la investigación.

No se trata de extender la ley a un caso comprendido en su espíritu y no en su letra, sino extender una norma dictada para un supuesto, a otro no previsto por el legislador, fundándonos en la igualdad esencial de ellos, lo que en realidad es llenar una laguna de la ley. El planteamiento del problema a que nos estamos refiriendo ha respondido unas veces a la exageración del valor de la fuerza orgánica del derecho positivo, otras a una acepción amplia de la interpretación (la que se denomina "interpretatio iuris") dentro de la cual, aquella va más allá de las reglas preestablecidas, que comprende la investigación del derecho con relación a una determinada situación o relación de la vida, mediante el juego de las normas estatuidas, e incluso a través de normas no prefijadas, aunque en realidad si incluimos la analogía legis en el ámbito de la interpretación en su fase lógica, también tendríamos que incluir en ella en su fase sistemática la abstracción de los principios generales del derecho positivo, lo que sería en realidad exagerar la función de aquella.

No obstante, si en teoría aparece clara la distinción entre la analogía y la interpretación, en la práctica el tránsito de la interpretación extensiva a la analogía es gradual y casi inadvertido. Ello explica que los autores y sobre todo los prácticos no las distinguan en muchas ocasiones con claridad.

CAPITULO IV Fundamentación de la analogía

Algunos autores, a cuya cabeza se encuentra Donati, exigían que el procedimiento analógico fuese aplicado por el juez, únicamente cuando el legislador lo autorizase expresamente, considerando ilícito este procedimiento en el caso contrario partiendo del supuesto de que existe en toda legislación positiva una norma general de exclusión para los casos no previstos por ella, norma que implícitamente deriva de la existencia de reglas concretas para los casos previstos.

Esta afirmación no tiene ningún fundamento. El hecho de que el legislador mencione un caso y no otro, no quiere decir que haya querido excluir de toda regulación a aquél, siendo por el contrario su intención la de establecer una regulación que abarque el mayor número posible de casos, por lo que reconociendo en todo caso la imperfección del ordenamiento positivo, pone en manos del juez los instrumentos precisos para hallar en cada caso la norma aplicable. Y no es preciso que el legislador reconozca expresamente los procedimientos de integración del derecho, pues si impone al juez la obligación de dar una solución y esta no se halla en el derecho positivo, no puede por menos de estar implícitamente autorizado para utilizar los procedimientos precisos para llegar a ella, de donde se deriva que siendo la analogía uno de estos procedimientos, no sea necesaria su autorización expresa. Ahora bien, siempre se presenta el problema de determinar cual es el fundamento del valor de la analogía como método de integración de las lagunas del derecho.

No es posible fundamentar la analogía en la presunta voluntad del legislador, que de haber tenido presente el caso no previsto le hubiera dado la solución a la que lleva la aplicación del procedimiento analógico. Como ha puesto de relieve Enneccerus, la voluntad que el legislador presuntamente hubiera tenido si hubiera pensado en el caso no previsto, no es voluntad alguna y por tanto tampoco puede producir ningún efecto.

No es posible tampoco fundamentar la analogía en la costumbre. Dejando de lado las dificultades que habría en descubrir en fa-

vor de la utilización de este procedimiento las condiciones de una costumbre obligatoria, esta será capaz de engendrar reglas de derecho positivo, pero no puede servir de fundamento a un instrumento metodológico orientado a llenar las lagunas de la ley y, por tanto a producir verdaderas normas jurídicas y, que por tanto, debe tener un origen del mismo rango que aquella.

En realidad es necesario buscar la fundamentación racional de la analogía, al igual que el de la ley y la costumbre, en la esencia misma y en las exigencias íntimas del derecho positivo que ella ayuda a descubrir.

Desde este punto de vista, se ha presentado por los autores de la escuela histórica una teoría, puesta de relieve por Savigny en su obra "Sistema de Derecho Romano", que suprime la concepción de un derecho universal y moral, complemento subsidiario de todo derecho positivo, el derecho natural, al considerar que el derecho positivo tal como resulta de la ley y de la costumbre, constituye un organismo completo que se basta a sí mismo gracias al concurso de la analogía. Precisamente esa fuerza orgánica del derecho positivo sirve para él, de fundamento a aquella.

No es del todo infundada esta afirmación de Savigny. Es indudable que la fuerza orgánica del derecho es un presupuesto exigido por la analogía, en especial cuando esta se desenvuelve sobre una pluralidad de disposiciones singulares. No obstante si esa fuerza orgánica del derecho constituye en ciertos casos un presupuesto, no puede ser elevada bajo ningún concepto a la categoría de fundamento del procedimiento analógico.

En realidad es preciso buscar para la analogía un punto de apoyo más seguro y más preciso. El poder de la analogía, como ha señalado Geny, parece descansar en un instinto profundo de nuestra naturaleza constitutivo en esta aplicación de un verdadero elemento sociológico y que completa con su acción la naturaleza lógica de las reglas del derecho formal.

Nosotros sentimos en efecto en nuestro fondo íntimo un deseo de igualdad jurídica en virtud de la cual las mismas situaciones de hecho deben recibir iguales sanciones jurídicas. Este sentimiento no tiende solamente a hacer aplicar a uno las reglas aplicables en las mismas condiciones a otros, sino que requiere que una proposición dictada para un caso determinado deba, salvo motivos particulares, ser aplicada a los casos análogos, es decir que presentan con el mismo una igualdad esencial.

Es indudable que, como dice De Diego, si el punto de coincidencia de dos casos ha sido justamente la causa de la disposición legislativa, si el elemento común a dos hechos, el previsto y el no previsto, es el que da la clave para su disciplina jurídica, deben estar sometidos a la misma regla.

El procedimiento analógico se halla fundado, por tanto, en ese afán de igualdad jurídica, manifestada en el principio "donde la razón es la misma, idéntica debe ser la regla de derecho" y en la igualdad esencial entre el caso previsto por el legislador y aquel que se debe resolver.

CAPITULO V

Casos en que no es aplicable la analogía. Requisitos para su aplicación.

La aplicación de la analogía supone no solamente la existencia de una igualdad esencial entre el caso regulado y el no regulado, sino también que la norma que abraza ambos supuestos tenga suficiente poder expansivo determinado unas veces por el legislador y otras por la propia naturaleza de la norma.

En el anterior capítulo veíamos la inexactitud de la doctrina según la cual el juez no podía aplicar la analogía sino cuando el legislador lo autorizase expresamente. Ello no obstante el legislador puede prohibir expresamente la utilización del procedimiento analógico respecto de ciertas normas. Tal ocurre con las leyes penales. El dogma del legalismo al perseguir el fin de proteger al ciudadano frente al peligro de la arbitrariedad judicial, ha consagrado la ilicitud de la analogía en el derecho penal. Algo semejante ocurre con las leyes que limitan el libre ejercicio de los derechos, que deben interpretarse restrictivamente y que por tanto en ningún caso son aptas para su aplicación analógica.

Más discutida respecto al punto de que se trata ha sido la posibilidad de la aplicación de la analogía a las normas de derecho excepcional.

La doctrina tradicional consideraba que las normas de derecho singular no eran susceptibles de aplicación analógica ya que estando dictadas para casos determinados no se podían extender a casos diversos para los cuales habría de regir la ley general o derecho común.

No obstante, hoy día son muchos los autores que rechazan este

criterio. Tal es el caso de Regelsberger, Jera, Schmidt y Enneccerus, quienes consideran que la formación de un precepto de derecho singular puede preparar el camino de la modificación o supresión del anterior principio. Para el último de estos autores la sentencia de Paulo sobre la que se funda la posición a que antes nos referíamos "Quod vero contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias", es exacta solamente en el sentido de que la proposición singular no puede ser elevada a regla general.

Siguiendo esta orientación Ruggiero admite en algún caso la analogía, aduciendo que cuando el derecho singular constituya un sistema orgánico de normas, que regulen toda una materia, puede aquella ser aplicada a los casos no considerados por las normas particulares pero que entran en la materia regulada por aquel sistema.

La misma posición adopta Castán Tobeñas que considera que con frecuencia en derecho privado, la excepción de la regla constituye a su vez una regla general respecto a la materia para la que ha sido introducida. En este caso la norma relativamente excepcional admite la aplicación de la analogía dentro del ámbito de su principio estricto, siempre que la ratio del caso excepcional corresponda al no regulado.

Así mismo Geny admite la extensión analógica en las normas de derecho singular pues este puede estar basado sobre un principio de aplicación general. Pero señala que este procedimiento carece de fundamentación legítima cuando se trata de disposiciones legales inspiradas por consideraciones, de tal modo particulares que la ley que las contiene agota toda su comprensión legítima, son las denominadas leyes de especie. No obstante casi siempre, cuando menos en cuanto a alguno de sus términos, la ley contiene un elemento general susceptible de extensión analógica.

Siguiendo la orientación marcada por todos estos autores, los mercantilistas suelen admitir la posibilidad de la aplicación analógica en materia comercial. Rocco aduce en apoyo de esta tesis que si bien el derecho mercantil es ante el derecho civil un derecho excepcional o singular, debido a la existencia en sus relaciones internas de unas normas generales y otras particulares, es posible que pueda ser aplicado por analogía un precepto del derecho comercial que regule determinadas relaciones mercantiles, a alguna otra no regulada. Para él las exigencias prácticas de la aplicación del derecho precisan en el campo de la legislación mercantil, más que en otro alguno, de la generalización de sus normas a través de la aplicación de la analogía.

Del mismo modo se manifiestan partidarios de la utilización del procedimiento analógico, aquellos que modificando los términos consideran el derecho mercantil, no como un derecho excepcional sino como un derecho meramente especial.

De lo que no cabe duda es de que no son aptas para la extensión analógica, las normas individuales o privilegios, por tratarse de disposiciones dictadas no para regular una relación de tipo abstracto sino para una relación concreta y determinada, no siendo por tanto valederas más que para ella.

En definitiva la posibilidad de aplicación de una norma, depende de los principios que la informan; aquellas que están inspiradas en principios generales gozan de una gran fuerza expansiva las que se inspiran en principios de menor generalidad, tienen menos posibilidad de aplicación.

En todo caso para ver si una norma es apta para la expansión analógica será preciso tener en cuenta la voluntad del legislador, los principios inspiradores de la misma y su adaptación a las nuevas necesidades de la vida. Por tanto para que la analogía sea aplicable se precisará:

- a) La existencia de una laguna legal con respecto al caso no contemplado, de tal modo que este no pueda decidirse ni según su letra, ni según el sentido lógico de las normas legales, ni tampoco por las costumbres en que esta sea reconocida.
- b) La existencia de una igualdad esencial entre el caso previsto, y el no previsto, es decir una igualdad que no debe afectar a todas las circunstancias del caso sino a los elementos de mayor relevancia jurídica.
- c) Que la norma tenga el suficiente poder expansivo que falta en ocasiones en virtud de una prohibición expresa del legislador, y en otras debido a la propia naturaleza de la norma.

CAPITULO VI

Conclusiones críticas

- a) El valor de la analogía. Posiciones doctrinales en torno a este punto.

En su deseo de destruir hasta los últimos vestigios de la teoría del derecho natural, Savigny y Puchta, consideraron el sistema ju-

rídico positivo, resultante de la costumbre y de la ley, como un organismo completo en el que la analogía, esencialmente basada en la unidad y armonía del conjunto, adquiriría pleno valor, de manera que podía satisfacer todas las necesidades de la vida jurídica.

Desenvuelta esta idea por los juriconsultos posteriores ha sido recogida finalmente por los redactores del primer proyecto de Código civil alemán. Este consagró la analogía presentándola como el proceso destinado a llenar todas las lagunas del nuevo Código.

La exposición de motivos del Código, lo presenta como un todo orgánico que debe ser completado por sí mismo mediante el sistema de derecho, que él mismo consagra. Excluye el derecho natural por efecto de su carácter subjetivo, excluye la idea de un derecho común subsidiaria y limita el campo de la investigación a la penetración en los fenómenos sociales para descubrir las leyes de su armonía y los principios de orden que ellos requieren, teniendo esta labor su base en lo que se denomina la naturaleza de las cosas positivas, representada por el conjunto de condiciones que forman la atmósfera de la vida jurídica exterior.

Contra esta disposición del Código se formularon críticas en diversos sentidos. La mayor parte de los autores pusieron en duda que por este medio el legislador pudiera alcanzar el fin que se proponía: eliminar toda apreciación objetiva en la aplicación del derecho.

Dejando aparte la posición de Gierke, que ve el punto débil de esta disposición en la recusación del derecho consuetudinario, sin cuya omisión hubiera admitido la concepción que llevó a la formulación de este concepto Menger calificando de ficción absurda el pensamiento esencial del proyecto, hubiera querido desterrar totalmente la analogía para dejar a la interpretación un ámbito que permitiese la transformación del derecho.

El segundo proyecto de Código siguió, sin embargo, admitiendo la plenitud del sistema jurídico formal y asignando el mismo puesto a la analogía. Sin embargo esta idea, según la cual los procedimientos analógicos serían suficientes para todas las necesidades de una interpretación apoyada en la ley y la costumbre, perdió mucho terreno. Era suficiente desprenderse de los prejuicios de la escuela histórica para sentir la insuficiencia del sistema jurídico positivo y la incapacidad de la analogía para resolver todas las situaciones jurídicas.

Esto no quiere decir que se niegue a la analogía todo su valor. Por el contrario es muy condenable la posición que ante la analogía guardan los adversarios del dogmatismo jurídico, que les llevó a

lanzar contra este procedimiento las más duras críticas desde los más diversos puntos de vista.

Algunos autores impugnan dicho procedimiento desde el punto de vista filosófico y del derecho natural, tal es el caso de Del Vecchio, quien considera un grave error el fundir la función de la analogía con la de la inducción y los principios generales del derecho, puesto que aquella no va de lo particular a lo general sino que únicamente coordina lo particular con lo particular.

Una posición semejante adopta Legaz, que considera que la analogía no puede llegar a fundar ninguna verdad general, pues por medio de ella se pasa de lo particular a lo particular semejante y no a lo general.

No obstante es preciso tener en cuenta que si la analogía no obtiene una verdad general, si crea un principio más amplio que el condensado en la norma extendida y por tanto, más general que ella y que representa la indagación de un principio superior que subordina a él los datos particulares para coordinarlos.

Otros autores combaten la analogía desde el punto de vista de la teoría de la libre investigación del derecho, denominada usualmente teoría del Derecho libre, esta es la posición de Dualde, que estima que la verdadera analogía es la llamada empírica, que se desenvuelve en la esfera de la semejanza siendo como tal un procedimiento insuficiente y condenable, y si se eleva a los principios generales pierde ya su carácter de analogía.

Dejando aparte otras posiciones menos radicales pero caracterizadas por esta misma desconfianza hacia el procedimiento analógico, señalaremos que tanto aquellas como estas proceden de una errónea concepción del mismo, reduciéndolo a los términos de una mera semejanza y de una operación que excluye toda generalización. Pero no hay razón para restringir así su concepto. Hay en la analogía un elemento de identidad no de todas las circunstancias del caso, pero sí en aquellos elementos esenciales o de relevante importancia jurídica para la resolución de aquel; hay asimismo un elemento de generalización más o menos desenvuelta que convierte a la analogía en un proceso de abstracción lógica merced a la cual de una norma expresa y particular se saca el principio que la gobierna para encontrar una regla más amplia que abarca el caso previsto y el no previsto. Ese proceso de generalización no se detiene en la norma explícita sino que se extiende al total sistema, lo que le permite la obtención de normas de gran generalización y la convierte en el instrumento principal de abstracción de los principios generales del de-

recho, dentro de los cuales ocupan el primer lugar, aunque no exclusivo, estos principios que sirven de fundamento al derecho positivo de cada país que la analogía obtiene y, decimos no exclusivo porque cuando se haya agotado la potencialidad del derecho positivo habrá de aplicar el juez la norma que estime más racional conforme a los principios del derecho, justamente los que por otra parte servirán de instrumento auxiliar para indagar y para esclarecer aquellos, controlándolos para lograr que se muevan siempre dentro de los postulados de la justicia.

El mismo Legaz reconoce que este procedimiento se ha introducido entre las fuentes formales del derecho en virtud de esta interpretación, para él errónea aunque ya hemos visto no lo es tal, de los principios generales del derecho, lo que acaba de demostrar que la analogía es una operación lógica con fuerza innegable de derecho. Dualde admite en algunas ocasiones dicho método en algunas de sus formas, especialmente la analogía iuris; para él, la analogía iuris, al referirse al total organismo del derecho coloca al intérprete en la posición del legislador, en la práctica de la teoría de la libre investigación del derecho, y en este sentido no tiene inconveniente en admitirlo.

Es indudable que los autores de la escuela de la dogmática, partiendo de la concepción del derecho positivo como un organismo completo, han exagerado el valor de la analogía, pero no cabe duda de que el procedimiento analógico ocupa un lugar preeminente en la investigación integradora del derecho puesto que se apoya en su labor productora, en la ley, lo que lleva consigo la indudable seguridad de sus resultados impidiendo en todo caso que se llegue a los extremos a que lleva el abuso de otros procedimientos.

Pero hay que advertir que si es cierto que el procedimiento analógico no se encierra en los estrechos límites de la ley, sino que se extiende a la totalidad del sistema, lo que le permite ampliar en alto grado el área de aplicación del derecho positivo a través de sus principios, también es preciso tener presente que el derecho es mudable, depende de la vida, y que su avance y progreso se harían imposibles mientras hubiera que buscar en el espíritu del derecho nacional o en una ley, soluciones para todos los casos que se presenten en la vida real.

Como ha puesto de relieve De Diego, el derecho positivo aunque sea tomado en su conjunto y, por los principios que lo dominan, implica una limitación, es un marco demasiado estrecho para que en él vayan incorporándose las nuevas concepciones, hasta el punto de

que se condenaría a la inmovilidad al derecho que no se le permitiese para su desarrollo otros elementos que sus propios principios y categorías.

Por ello para subsanar estos inconvenientes será preciso echar mano de unos elementos totalmente abstraídos del derecho positivo, acudiendo a los principios superiores y universales del derecho natural y, en definitiva, dotando al juez de la suficiente libertad para que incorpore al derecho las nuevas directrices de la vida.

b) Lugar que ocupa la analogía en las legislaciones actuales.

Terminaba el primer capítulo de este trabajo haciendo una breve exposición de los instrumentos que podía utilizar el juez para dar una solución justa llenando el vacío de la regla legislativa, instrumentos entre los que se hallaba la analogía. Una vez que tenemos un concepto de la misma; que se han visto algunas de las más importantes cuestiones que en torno a ella se han suscitado, vamos a ver por último cual es el punto o puesto que se le ha asignado en las legislaciones de diversos países.

En la generalidad de las ocasiones el legislador, consciente de la insuficiencia del derecho escrito, ha impuesto al juez la solución del problema a que en este trabajo nos referimos enunciando las fuentes formales de carácter subsidiario que había de aplicar en defecto de la ley. Era preciso huír del peligro de la arbitrariedad, de los juicios meramente subjetivos, de la inseguridad e insertidumbre del derecho, mantener la unidad del ordenamiento jurídico escrito y apartarse de él lo menos posible.

Ya que no era posible resolverlo aplicando la ley, al menos había que usar el método que más se acercase a ella. Por ello el procedimiento analógico se presentó como el más adecuado para llenar las lagunas del derecho sin perjuicio para la unidad y armonía del sistema. La ley en si misma no proporciona una solución, pero es muy probable que la hallemos aplicándola sobre la base de su razón a casos que presenten una igualdad jurídica esencial con respecto a los resueltos por ella, y con mucha mayor razón, abstrayendo de todo el sistema sus principios para aplicarlos a nuevas situaciones jurídicas.

De esta manera la analogía se convierte en el procedimiento primario de integración del derecho ya que en cuanto sea posible es preciso hallar la solución en el derecho escrito.

Así lo entendieron la mayor parte de los Códigos que con diver-

sas formulas consagraron la analogía con esos caracteres. Tal es el caso de los códigos, austriaco, portugués, italiano y argentino, que llenan sus lagunas con la analogía y los principios generales del derecho así como el código del Perú que remite al juez al espíritu general de la legislación, a la analogía y a los principios generales del derecho.

En otros la analogía se halla consagrada de un modo implícito a través de los principios generales del derecho (como ocurre con los códigos mejicano, ruso, chino, brasileño y español), e incluso como entiende Enneccerus a través de la equidad (código de Honduras) y la naturaleza de las cosas (código Danés). El código civil suizo adoptando una nueva fórmula no menciona la analogía, pero ello no quiere decir que no pueda utilizarse este recurso, ni la relación que le acompaña.

En realidad el procedimiento analógico de un modo u otro se halla consagrado en todas las legislaciones con su verdadero valor, ya que si en algún caso las exageraciones doctrinales llegaron a tener alguna repercusión en ellas, bien pronto húbose de volver al recto criterio una vez que se puso de relieve la falsedad de aquellas.

Son los códigos francés y alemán junto con el belga, los únicos que no han seguido la orientación general y guardan absoluto silencio sobre las fuentes subsidiarias de aplicación para los casos en que no haya norma explícita.

No es que no se haya planteado el problema sino que este silencio obedece a haber sido especialmente en Francia y Alemania donde se centró más decididamente la disputa en torno al valor de cada una de esas fuentes e incluso, de la necesidad de ellas.

En el Código civil francés se modificó el Libro preliminar que contenía una verdadera introducción general de carácter filosófico, síntesis de los principios básicos y cardinales de una legislación según la concepción de la época. De ello solo se conservan en el código unas pocas e incompletas reglas sobre publicación, efectos y aplicación de la ley.

En este Libro preliminar se hallaba incluido un artículo que decía: "En las materias civiles el juez, en defecto de la ley precisa, es un ministro de la equidad". Contra esta disposición que sancionaba el arbitrio judicial para completar y suplir la propia legislación, consagrando la jurisprudencia como fuente directa aunque subsidiaria del derecho, se levantó la opinión de muchos autores. Esa libertad concedida al juez bien pronto provocaría interpretación, comentarios

y jurisprudencia locales que de un modo insensible acabarían minando el Código.

Al tiempo de la promulgación del cuarto proyecto las ideas ya habían reaccionado un tanto en contra de esta concepción. Se oscilaba entre dos extremos: la práctica por la que los jueces remitían a la solución del poder legislativo los litigios para los que no existía regla o, esta era oscura, convirtiendo al legislador en juez, y de otro lado la institución del juez ministro de la equidad en defecto de ley que transformaba a aquel en legislador.

Entre estos dos extremos Portalis dice que el legislador debía escoger el menos inadecuado, que en su concepto era el segundo, no obstante el Libro preliminar del proyecto no se ha aceptado, en su lugar quedó el título preliminar que en el punto concreto que nos ocupa solo establece la prohibición absoluta de revisar el fallo so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley. Con ello deja al juez en libertad de formar su propio criterio de interpretación para llenar la laguna de la ley.

Algo semejante ocurrió con el código alemán, aunque en sentido opuesto, pues en él se presentó la analogía como un proceso destinado a allanar todas las lagunas del mismo. La protesta de ciertos sectores doctrinales, obligó a la siguiente comisión a suprimir toda disposición en este sentido.

Sin embargo aún en estos países en que los códigos no han establecido ninguna disposición señalando los caminos de la investigación del derecho, la analogía sigue teniendo el rango de un procedimiento de investigación de primer orden y al que de una manera indefectible se ha de acudir en primer término, puesto que no por ello la jurisprudencia se desligó de los textos legales, antes al contrario, vivió apegada a ellas y todo su esfuerzo consistió en reducir al marco de las categorías de la ley, las nuevas creaciones que la vida del derecho ofrecía y las exageraciones a que llevó la excesiva separación de este criterio, llegando incluso al extremo de negar todo proceso racional en la aplicación del derecho, no hicieron más que poner de relieve la eficacia de los procedimientos analógicos entendidos en su recto valor.

Zaragoza VII-5-63.