

La analogía en el Derecho (*)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

1. PERSPECTIVA GENERAL DE LA ANALOGIA

La palabra *analogía* —como tantas otras empleadas jurídicamente— no ha sido acuñada en el ámbito del derecho. Como es bien sabido, tiene un marco de aplicación mucho más amplio. Tanto que alcanza el ser de los entes.

FERRATER MORA (1) recoge, en términos muy generales, dos perspectivas de lo que es la analogía:

— Una la entiende como correlación entre los términos de dos o varios sistemas u órdenes, indicativa de que existe una relación entre cada uno de los términos de uno y otro sistema. De ese modo, expresa la proporción existente entre esos términos, que puede ser entendida cuantitativa o tipológicamente.

— Otra la observa como semejanza de una cosa con otra, por la similitud que ofrecen unos caracteres o funciones con otros, comportando la atribución de los mismos predicados a diversos objetos -no como una determinación unívoca de esos objetos sino como expresión de una correspondencia, semejanza o correlación establecida entre ellos. Pero —como advierte el propio FERRATER—, aún aplicada a las cosas y no a relaciones, la analogía «parece referirse a las proporciones y jamás a las semejanzas en sentido estricto».

(*) Este estudio es un extracto de los apartados 178 a 182 de la obra del autor de este artículo, *Metodología de la determinación del derecho*, II, Parte sistemática, pendiente de publicación.

(1) JOSÉ FERRATER MORA, *Diccionario de filosofía*, vol I, voz «Analogía», Cfr. ed. Barcelona, Círculo de Lectores, 1991, pp. 147 y ss.

La primera de estas concepciones fue aplicada por los matemáticos griegos a cantidades, magnitudes y relaciones entre puntos del espacio.

PLATÓN la aplicó a ciertas realidades, haciendo comparaciones entre ellas: Como la hizo, v. gr., entre el bien con el Sol. DIONISIO AREOPAGITA utilizó la noción de analogía en el problema del acceso inteligible a Dios o a la bondad perfecta.

ARISTÓTELES planteó la «analogía del ente», aplicándole la doctrina de «la igualdad de razón» en orden a los problemas ontológicos.

En la época moderna —según dice FERRATER MORA (2)— la analogía se ha entendido de modos relativamente vagos, en la similitud de relaciones entre términos abstractos o en la semejanza entre cosas; y no siempre se ha distinguido bien entre una comprensión analógica y una metáfora. Pero, generalmente, se ha entendido que designa un modo de razonamiento fundado en algún tipo de semejanza.

MARÍA JOSÉ FALCÓN, en su excelente monografía acerca de la argumentación analógica en el derecho (3), enumera, en líneas generales, los siguientes aspectos en que se emplea la palabra analogía: *vulgar* o *vago*, como parecido más o menos lejano; *matemático*, de *proporción*; *filosófico*, en sus diversos sentidos; *lógico*; *metafísico*, referente a sus fundamentos ontológicos y a su realización en las cosas; *psicológico*; *criteriológico*, que trata de alcanzar lo supraexperimental; y *jurídico*.

Sin embargo, ya en Grecia fue utilizada para razonar en un «procedimiento por semejanza», que corresponde a lo que hoy se denomina procedimiento analógico. En este aspecto, se han confrontado las posiciones adoptadas por SÓCRATES, por PLATÓN y por ARISTÓTELES.

En un interesante estudio de la analogía en la evolución de la lógica griega, ERHARD-WOLFRAM PLATZECK (4) efectuó una tripartición, que convirtió en cuatripartición, de la analogía según fue concebida por los griegos desde los presocráticos hasta ARISTÓTELES.

- a) La presocrática, que es meramente intuitiva y comparativa.
- b) La de SÓCRATES, que parte de la semejanza entre dos o más *topoi*, o relaciones analogadas, de las cuales por inducción se llega al *logos* analogante (5). Así se produce una relación triangular, cuyo vértice superior es esa razón analogante del *tertium comparationis*. Sin embargo, cabe así que la semejanza se tome en un sentido tan amplio, que, por ella, partiendo de una semejanza solamente formal o bien muy

(2) J. FERRATER MORA, *loc. ult. cit.*, pp. 149 y ss.

(3) MARÍA JOSÉ FALCÓN TELLA, *El argumento analógico en el derecho*, I, II, 2, Madrid, Civitas, 1991, pp. 44 y ss.

(4) ERHARD WOLFRAM PLATZECK, *La evolución de la lógica griega en el aspecto especial de la analogía (desde la época de los presocráticos hasta Aristóteles)*, Barcelona, C.S.I.C., 1954.

(5) *Ibid.*, II, 2, pp. 36 y ss.

lejana, se hallen relaciones de analogía que sólo son accidentalmente externas, entre dos o más cosas individuales. (6)

c) La de PLATÓN, quien partiendo de que el analogante se halla en las ideas de nuestra mente (7), combinaría el aspecto *cualitativo*, observado por SÓCRATES, con el *cuantitativo*, que tomó de los pitagóricos. Si el *quale*, es decir el sí o no del juicio, asciende a la semejanza o a la disemejanza de las razones, el *quantum* se proyecta deductivamente en el carácter subalterno de las razones inductivo-particulares respecto del analogante. En esta perspectiva de PLATÓN, el conjunto de todos los analogantes forma «una sola pirámide espiritual» de «comunicación de ideas», con funciones de conjunción, disyunción y negación. De ese modo, «las relaciones particulares en una analogía, se *conjuntan*», y esa conjunción es proyectada desde un mismo analogante superior, mientras que éste descendientemente se divide y se va diferenciando separadamente en cada relación particular (8).

A primera vista, mientras que la analogía socrática constituye un triángulo, en cuyo vértice se halla el logos analogante, en cambio la platónica forma, aparentemente, un rombo cuyos lados son: dos relaciones inductivo-intuitivas de los analogados con los analogantes, y dos de semejanza de éstos entre sí. Pero, si se profundiza la observación de la concepción platónica se percibe que los dos analogantes ascienden también, hacia ideas generalísimas, hasta llegar al logos trascendental. A la par, desde éste, sucesivamente se desciende a las ideas generalísimas y de éstas a las generales, hasta finalmente retornar a las inducidas, que así resultan específicamente definidas. Es el método de la *diáresis* o «división de la idea superior en sus ideas subalternas hasta llegar a las ideas especialísimas».

Su ideal consistía en llegar, de esa manera, hasta la división exhaustiva (9). De tal modo, en la analogía geométrico-platónica, el *tertium comparationis* de la analogía es un justo medio, en doble sentido cualitativo y cuantitativo, entre los dos analogantes: el analogante menor general y el más general. Así: «El término mayor ya no se toma como por *tertium comparationis*, como en el caso de la analogía socrática, sino que —siendo este término mayor, o sea el relativamente máximo, opuesto al mínimo y particular— se pregunta por un nuevo vínculo que pueda relacionar los dos contrarios, el mayor y el menor mínimo. El punto fijo de comparación se traslada desde el logos analogante» —que, en la analogía socrática, es la relación mayor— «al centro de la nueva analogía esto es, al término medio» —entre los dos analogantes—. «Cuando empero este término medio, como nuevo *ter-*

(6) *Ibid.*, pp. 30 y ss., y IV, II, pp. 68 y ss.

(7) *Ibid.*, III, 2, pp. 51 y ss.

(8) *Ibid.*, 8, 3, pp. 54 y ss.

(9) *Ibid.*, 4, pp. 58 y ss.

tium comparationis, no es mayor que el término particular, o cuando no es menor que el término mayor, la función transitiva se desvanece» (10).

Ocurre, de esa manera, que, en la concepción platónica, «el lugar ontológico mental de una idea no es sabido por su relación con el género próximo, sino por la distancia respecto del género supremo a través de un cierto número de subalternaciones» (11).

d) Con ARISTÓTELES la analogía es además «una analogía formalmente analizada» (12). Pero no es analizada con referencia a las ideas más generales, como la platónica, sino que el análisis se efectúa en relación con las cosas analogadas y mediante el arte silogístico, del cual el propio ESTAGIRITA estableció sus reglas. Entre ellas, principalmente, que de dos premisas negativas no se concluye nada, ni tampoco de dos premisas particulares. Es decir, para ARISTÓTELES, el *tertium comparationis* no es el de máxima universalidad entre dos relaciones dadas, ni entre tres términos comparables, sino que puede ser de extensión relativamente mínima, pero bajo el aspecto cualitativo de comprensión debe estar en el justo medio entre un término mayor y otro menor. Empero, es necesario que estos dos términos, el mayor y el menor, se unan en la conclusión para formar el juicio consiguiente (13).

PLATZECK (14) lo explica: «Dice el ESTAGIRITA que “la división jerárquica a través de los géneros (*Anal. Prior.*, ep. XXXI, 46, a 31-34; 39-46 b) no es sino una pequeña parte de nuestro método. La diáresis (o sea la división) aparece como un débil silogismo porque postula lo que se debe demostrar y establece siempre algo más general [que lo que está en litigio]... Cuando uno quiere constituir un silogismo demostrativo, es preciso que el término medio sea más particular y no más universal que el mayor. Este sólo ha de unirse con el menor en la conclusión. La diáresis, empero exige lo contrario, pues en ella se toma como término medio un universal”».

El silogismo aristotélico «se restringe a un campo medio por la exclusión de las cosas individuales y de los aspectos trascendentales», pues, ante éstos, el ESTAGIRITA retrocedió. La inducción tiene prioridad absoluta en la ciencia humana, y no la deducción. Por eso entiende que la exigencia de una ciencia meramente deductiva es utópica, porque la deducción es posterior a la inducción; por ello la función de aquélla es más modesta de lo que piensa generalmente la filosofía (15).

(10) *Ibid.*, IV, 2, pp. 73 *in fine* y ss.

(11) *Ibid.*, 3, p. 78.

(12) *Ibid.*, II, 2, pp. 38 y s.

(13) *Ibid.*, IV, 3, pp. 72 y ss.

(14) *Ibid.*, 3, pp. 77 y ss.

(15) *Ibid.*, V, 2, pp. 98 y ss.

Como los presocráticos, cree ARISTÓTELES que las cosas no se dejan captar del todo por el rayo de la razón humana sino que en ellas se esconden muchas realidades (16). De ahí que, en su filosofía realista, el límite que impone la inducción pone ciertos límites a la diáresis comparativa desde las ideas, base de la analogía geométrica de PLATÓN.

La analogía también ha sido referida a nombres o términos para observar si, cuando alguno de éstos se refiere a diversas cosas, lo hace de un modo unívoco, equívoco o análogo. Esta concepción fue utilizada, en el Bajomedievo, siguiendo a ARISTÓTELES, por la escolástica realista. Fray SANTIAGO RAMÍREZ, en su magna obra *De analogía* (17), ha efectuado una prodigiosa suma de toda esa labor desarrollada por la escolástica acerca de la analogía.

Esta, aunque partía del nombre, no era una analogía nominalista sino realista; pues, a través del nombre, se refería a la propia cosa designada. El mismo P. RAMÍREZ (18) lo explica, con abundantes citas (en las cuales, para aclararlas, además de poner en cursiva las expresiones más significativas, añade entre corchetes explicaciones que transcribe de otras frases del mismo autor citado, como las siguientes de S. ALBERTO MAGNO (*Inc. I Ethic Nicom.*, trac. 5, cap. 2) —«nomen nihil est aliud nisi *implicita definitio*, et definitio [realis] est nominis [seu rei nominatae] per singula explicatio»— y de SANTO TOMÁS (*In IV Metha.*, lect. 19, n.º 1048) —«*incipit, enim conitio rel ab aliquibus signis exterioribus [inter quae est nomen] quibus pervenitur ac cognoscendum rei definitionem: quo cum perventum fuerit, habetur perfecta cognitio de rei*»—.

Esta perspectiva la centra indicando (19) que el nombre *análogo* es intermedio entre *unívoco* y *equívoco*.

Las palabras, *unívocas* expresan universales de todos aquellos singulares de los cuales pueden de un modo idéntico o totalmente semejante predicarse todos y cada uno de unos mismos atributos.

— *Equívoco* es aquel término general que no significa ningún universal —«*Non sunt universalia vere dicte, sed apparenter tantum*»— porque se aplica a todos y cada uno de los términos subordinados con un sentido completamente distinto. Así ocurre con las palabras *Taurus* y *Cancer*, que tienen un significado diferente según se atribuyan respectivamente a una constelación, o a un toro o bien a determinada enfermedad.

(16) *Ibid.*, 3, p. 105.

(17) IACOBUS RAMÍREZ, O.P., *De analogía*, en «Opere omnia», vol. II, Madrid, C.S.I.C., Instituto Luis Vives, 1970-1972 (edición preparada por VICTORINO RODRÍGUEZ, O.P.).

(18) *Ibid.*, *París prior*, sec. I, 25; vol. I, pp. 49 y ss.

(19) *Ibid.*, 135, pp. 253 y ss.; *cf.* especialmente el cuadro que expone en la p. 273.

— *Unívoco* es el término que se aplica, a todos y cada uno de los subordinados a él, en un sentido totalmente semejante o perfectamente idéntico. Así se dice «sano» tanto de un alimento, como de un rostro.

— *Análogo* es el que expresa universales que se aplican a términos que no son entera y perfectamente idénticos; o, más propiamente dicho, se aplican en sentido distinto pero semejante desde un determinado punto de visto o en una determinada y cierta proporción. Como ejemplo, indica el calificativo «despierto» que es adecuadamente aplicado a quien no duerme, pero también a quien tiene una inteligencia viva y no adormilada o mortecina. Según definió SAN ALBERTO MAGNO (*in I Postanalyticorum*, tract II, cap. 13); *analogum «nomen non est simpliciter unum, sed simpliciter est multa et secundum quid unum»*. Referida la analogía a razones, éstas son análogas cuando resultan proporcionales; según dijo CAYETANO (*De nominum analogiae*, cap. 4, 36): «*diversarum rationem sunt simpliciter et eiusdem secundum quod, idest secundum proportionem*» (20).

En este sentido he recordado varias veces que el genuino sentido de la palabra «derecho» equivale a «lo que es justo» en concreto, y que por analogía se ha extendido a la «sentencia», sea o no justa, a la ley o norma de derecho, y a la facultad amparada jurídicamente, que denominamos derecho subjetivo.

Según resume el P. RAMÍREZ (21), en la concepción de SAN ALBERTO MAGNO, SANTO TOMÁS DE AQUINO y sus seguidores, «análogo» puede expresar «*quod nomen est unum, ratio vero significata per nomen est simpliciter diversa et secundum quid eadem*». Es decir les une, el *porqué*, el *secundum quid*, o sea la razón por la cual son iguales aunque singularmente sean diversos.

La escolástica distinguió tres modos de analogía:

a) Analogía *puramente real*, que atiende solo al ser, o analogía *simple de desigualdad*, «en la cual el nombre es común, y la razón, según el mismo nombre, le sigue del todo, sea lógicamente o bien según la intención; pero es desigualmente participado según la esencia del ser, o bien según el ser sea físico o metafísico» (22).

b) Analogía de *simple proporcionalidad* o de *análoga proporción*, que se atribuye a un o varios participantes en comparación a un primero y principal analogante de quien dimana la cualidad. De ella SANTO TOMÁS, como ejemplo, pone la cualidad de sano que se halla no sólo en el animal denominado sano, sino que, también, se habla de medicina sana, en cuanto tiene efecto de sanar; de vida sana, en cuanto es conservativa de la salud, y de orina sana, en cuanto es significativa de salud (23).

(20) *Ibid.*, 178 y 179, p. 331.

(21) *Ibid.*, 180, p. 333.

(22) *Ibid.*, 706, p. 1150.

(23) *Ibid.*, 730 y s., pp. 1661 y ss.

c) *Analogía de proporcionalidad compuesta o comparada o analogía de atribución*, que comparara dos entre dos, o varios entre varios; y es la analogía que en la justicia distributiva tiene aplicación para el reparto de las cargas y beneficios comunes (24).

2. LA ANALOGÍA EN LA INTERPRETACION JURIDICA DESDE LOS JURISCONSULTOS ROMANOS Y LOS AUTORES DEL SIGLO XVI

La analogía así como su antípoda, el *argumentum a contrario* —como dice KASER (25)—, fueron empleados corrientemente por los jurisperitos, ya sea para la indagación casuística del derecho, que ellos resolvían en sus *responsae*, y así, frecuentemente, la solución de un dictamen, antes emitido por ellos, la extendían para la resolución de un hecho análogo en el cual cupiera aducir idénticas razones. Como explica ALVARO D'ORS (26), cada *liber responsorum* sirve de precedente doctrinal ejemplar (*exemplum*), que tiene más o menos influencia según cual sea la autoridad personal del autor, procediéndose por vía casuística y progresiva a la extensión analógica.

Esa utilización de la analogía por los jurisperitos, la siguieron después los pretores, que se sirvieron de ella para completar las acciones civiles u honorarias, creando por el edicto otros medios jurídicos análogos. En cambio, los jueces solamente comenzaron a utilizar la analogía hacia el final del período clásico. Esto explica, según KASER, el retardo de su aplicación a leyes, edictos, etc.

(24) *Ibid.*, 732, pp. 1665 y ss.

(25) MAX KASER. *Derecho romano privado*. 3. IV. 2, p. 32.

(26) A. D'ORS, *Derecho privado romano*, 31, p. 59.

MANUEL JESÚS GARCÍA GARRIDO (*Derecho privado romano. Acciones, casos, instituciones*. 25. 6.^a ed., Madrid. Dykinson 1995, 2.^o, p. 126) ha indicado que el ámbito de aplicación de la analogía «es muy amplio y actúa mediante numerosas extensiones y equiparaciones de los siguientes medios de elaboración jurisprudencial:

— Decisiones sobre casos que se aplican a otros semejantes, sobre todo las que se refieren a casos guía o tipos.

— Reglas jurídicas y definiciones.

— Instituciones jurídicas que se construyen partiendo de las primitivas instituciones del antiguo derecho civil.

— Acciones que se sugieren al pretor y que éste incluye en su edicto como acciones útiles o *in factum*.

«Con el continuo recurso a la analogía que parte del caso concreto se crean reglas, instituciones y acciones, a medida que surgen nuevos problemas y es necesario arbitrar nuevas soluciones jurídicas».

«La analogía —ha escrito JUAN IGLESIAS (26 bis)— es el instrumento de que se vale el jurista para hacer que, sin fractura alguna del *ordo iuris*, logren ser atendidas las nuevas demandas sociales. La analogía, pero sin desmadrarse, sin salirse del centro, sin pecar de excentricidad».

En el *Digesto* se hallan varios textos en los cuales su autor interpreta por analogía de lo dispuesto en leyes o senado-consultos, expresando que el caso debía resolverse *ad similia* (27) o *ex similitudine* (28); pues, ambos *tendunt ad eandem utilitate* (29) o *quae quandoque similibis erunt* (30).

Dado el realismo de los juristas romanos, la analogía que ellos empleaban se fundamentaba en una *ratio* de similitud de justicia o de utilidad entre el caso ya regulado y el caso objeto de examen.

Los comentaristas, que utilizaron el *mos italicus*, además del influjo romano, recibieron el aristotélico. De ese modo no es de extrañar que la analogía tuviera, en ellos, estrecha relación con la naturaleza de la cosa y con la equidad, aunque esta relación se observa ya en los últimos glosadores. Resumiendo ese pensamiento realista, TOMÁS MIERES (31) escribiría: «*Aequitas est convenientia rerum quae cuncta coequiparat, et in paribus causis paria iura vel iudicia coequiparat*».

Ya en el siglo XVI, STEPHANUS DE FEDERICIS en la última parte de su *Tractatum de interpretatione legum* se ocupa de cuando es posible recurrir a la analogía —«*quando in controversia vertitur casus, qui lege comprehensus esse non dicitur, tamen per similitudinem alterius legis deffinire posse videtur*» (32)—; y advierte que la palabra «*similitudo*» se entiende de tres modos: uno, que él estima impropio, lo hace equivalente a *identidad*; otro, lo identifica con *paridad*; y el tercero, que considera propio, en el sentido de correspondencia de los accidentes en las diversas especies (33).

(26 bis) JUAN IGLESIAS, *Esencia y consistencia del derecho romano*, 3, Labea, 41 (1995), p. 86.

(27) JULIANO, *Dig.* 1, 3, 12.

(28) MARCIANO, *Dig.* 36, 1, 64, 3.

(29) ULPIANO, *Ibid.*, 13.

(30) TERTULIANO, *Id.*, 27.

(31) T. MIERES, *App.* II, VIII, II, 39 p. 162.

(32) STEPHANUS DE FEDERICIS, *De interpretatione legum in quibus in ipse topica in suis lici tractatus*, Frankfurt 1935 y Colonia 1577, recogida con el solo título *De interpretatione legum* en el *Tractatus universale iuris*, ed. Colonia 1622, ff. 208, vto. 225 vto., de cuyas páginas LUIS FIGA me ha facilitado fotocopia.

(33) *Ibid.*, última parte., 9, fol. 222 vto.

El BRIXIENSE advierte que la similitud (analogía) puede resultar falaz en varios casos, que enumera (34); y concluye que la extensión de la ley por analogía puede emplearse cuando responda a la equidad, apoyando ese criterio con el siguiente argumento: «*quod naturalis ratio et aequitas auctoritatem legis habet, ergo multo magis poterit legem extendere ad casum parem subsistente eadem ratione*» (35).

Así en DE FEDERIUS vemos atenuado el voluntarismo. Pero, en cambio éste lo acentuaría FRANCISCO SUÁREZ.

El DOCTOR EXIMIO, identifica la *mens legis* con la *voluntas legislatoris*; así como la *ratio legis* con la *ratio legislatoris*; considera que la voluntad puede ser más universal que la razón y que ésta puede cesar sin que cese aquélla, ni por tanto la ley. Así somete la *ratio* a la *voluntas legislatoris*.

Este cambio de postura no pudo menos que afectar a la analogía jurídica y más aún al ir unido a la consideración que tuvo de la equidad, considerándola no aplicable cuando la ley falla «sólo negativamente», y requiriendo, para recurrir a ella, que falle «de una manera contraria» o que la ley resulte inhumana.

En efecto, si la *ratio legis* sólo se subordina a la *ratio iuris*, como condición *sine qua non*, en caso de resultarle completamente contraria, pero no es afectada por ésta como condición *per quas*, no podrá influir en la interpretación fuera de los casos en que la ley sea irracional. Con esa pauta de juicio, según el DOCTOR EXIMIO (36): «la ley depende de la voluntad, y la ley puede libremente querer una cosa y no la otra, aunque en ambas se de una misma razón para quererlas; cuando no se da la dicha conexión, podrá hacerse eso sin injusticia o incluso sin imprudencia, pues tal vez no conviene o no es preciso querer todas las cosas o dar una misma disposición para todos los casos que son semejantes; y cuando no hay desigualdad entre ellos, la elección es libre también desde el punto de vista de la prudencia, o ciertamente —aunque en la razón misma de la ley haya igualdad— esa razón puede por otras circunstancias mover más en una materia que en otra».

Estas razones me parecen muy correctas si concretamente son referidas a la determinación consensual o negocial del derecho, y asimismo cuando se trata de determinaciones efectuadas por el legislador. En cambio, si las leyes que contemplamos son conclusiones y, si, entre partes en discordia, se trata de tomar una decisión conflictual, pienso que el árbitro, juez o tribunal, que haya de adoptarlas debe apurar todas las razones normativas a fin de sopesar cuál es aquélla que ha sido ponderada en la conclusión de la ley, atendiendo, sin duda para eso y con esta perspectiva, a todas las circunstancias del caso.

(34) *Ibid.*, 14.

(35) *Ibid.*, 17 y 18.

(36) FRANCISCO SUÁREZ, *De legibus y de Deo legislatoris*, 6, 3, 20, final.

F. SUÁREZ preguntó si el alcance de la ley puede ampliarse «a un caso no comprendido en alguno de los significados de las palabras, sólo por darse en él una razón semejante o la misma». Su respuesta, que va matizando sucesivamente, parte de que el hecho de que «las palabras [de la ley] señalen expresamente un caso y nada digan sobre el otro, indica más bien que el legislador quiso mandar o prohibir el uno y no el otro, y esto por la conjetura jurídica de que *si lo hubiera querido, lo hubiese dicho expresamente*». Y, además, que «el alcance de la ley no se debe ampliar pasando por encima de todos sus significados si no es por necesidad o por una razón que fuerce a ello». Rechaza que esto se de tan solo por «la conjetura basada en la semejanza de razón, que es inconsistente porque nunca puede probarse suficientemente que la semejanza sea completa, por no estar obligado el legislador a manifestar todas las razones que le movieron» (37).

A continuación, expone SUÁREZ la opinión de quienes afirman que la fuerza de la razón de la ley es tan grande que por ella se juzga que la ley alcanza casos en ella omitidos, si en ellos se da una razón igual aunque no se comprendan en las palabras de la ley (38). En su respuesta distingue: de una parte, *aequalitatem* —que otros dice denominan *similitudinem* (semejanza o analogía)— de las razones, que existe cuando las razones son comparables entre sí, aunque sean distintas; y, de otra, *identitatem*, que la hay cuando en materias distintas se da una misma razón (39). Partiendo de esta distinción, responde «que la sola semejanza de la razón por equiparación o equivalencia, pero sin identidad, no basta para extender la norma de una ley de un caso a otro semejante», porque —dice— «el vínculo que una ley expresa es más fuerte que sólo la razón de semejanza de otra ley» (40).

Sin embargo, distingue la interpretación *comprehensiva* y la *extensiva*, que él denomina «puramente extensiva», y las diferencia del siguiente modo (41):

— «La interpretación o ampliación es comprensiva cuando por ella se declara que tal caso o persona entró en la mente de legislador aunque éste no lo dijera expresamente».

— «Se llama mente o interpretación puramente extensiva aquella por la cual el alcance de la disposición de la ley se amplía a un caso que no entró en la mente del legislador, y/o por darse semejanza o igualdad de razón».

Esta distinción entre interpretación o extensión *comprehensiva* e interpretación *puramente extensiva*, le hizo pensar a CASTÁN

(37) *Ibid.*, 1.

(38) *Ibid.*, 2.

(39) *Ibid.*, 3.

(40) *Ibid.*, 4.

(41) *Ibid.*, 9.

TOBEÑAS (42) que a SUÁREZ no le fue absolutamente desconocida la distinción entre analogía e interpretación extensiva. Yo pienso que esa distinción hecha por SUÁREZ no respondía sino a su concepción voluntarista que identificaba mente y voluntad. De modo tal, distinguía la razón que estuviera en la mente del legislador pero no se expresara, y aquélla que se extiende más allá de su mente. Y creo que no está ahí —como veremos después— la distinción entre interpretación extensiva y analogía.

a) En el supuesto de la que denomina interpretación *puramente extensiva*, SUÁREZ examina específicamente (43) la opinión de aquellos juristas que entendían que a falta de ley se ha de proceder a *similibus ad similia*, es decir, por analogía; y observa que esto se puede observar de dos maneras. Una, basándose en la analogía, como entienden la *Glosa*, las *Decretales*, SANTO TOMÁS DE AQUINO, BALDO y otros autores. Y otra, apoyándose, además, en que alguna otra ley apruebe esta manera de hacerlo o, al menos, se puede presumir esa conformidad del legislador si no consta que su mente fuese contraria [Curioso rodeo para ajustar la realidad a su opinión].

Examinando la primera de estas dos maneras, requiere para su aceptación que, cuando el caso no esté comprendido en las palabras de la ley, conste «que esa razón es completa y que fue la única que movió al legislador», cosa que —dice— ha de verse «por la materia y circunstancias y por las palabras de la ley». E indica que, en general, tratándose de extender una ley por su razón, «no se deduce que la mente del legislador fue abarcar algún caso no suficientemente expresado en las palabras si no es ampliando el sentido de las palabras en algún significado, al menos lato e impropio, o porque fuerce a ello alguna necesidad, por ejemplo, que en otro caso la ley sería injusta o absurda».

b) A fin de que la ampliación sea *comprehensiva* a un caso no comprendido en las palabras de la ley, SUÁREZ estima necesario que la razón de la ley sea adecuada y, para ello, requiere varias cosas (44).

— Una, que esa razón «sea la única que por sí misma mueva suficiente y eficazmente a dar la ley»; porque generalmente la razón no mueve por sí sola, sino unida a otras, por lo cual para aplicarla a otros casos en que se de, el legislador pudo no moverse por ella por faltar las otras razones o circunstancias. [Pienso que eso debe sopesarse, pero no basta sin más para excluir la extensión o analogía].

(42) CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, Madrid, Instituto Ed. Reus, 1947, III-III, p. 320, nota 4.

(43) SUÁREZ, cap. *ult. cit.*, 10-15.

(44) *Ibid.*, 16-20.

— Otra, «que sea como el fin único y total pretendido por la ley»; porque «si la razón no se pretende de una manera completa y total, no es preciso que la ley abarque todos los casos en que pueda darse esa razón».

— En fin, que «la razón de la ley sea tan intrínseca y tan universal en todos los casos que, en virtud de ella, se pueda decir que entran en la ley, que en ella tengan conexión necesaria con relación a la justicia y a la prudencia de la ley; es decir, que resulte contrario a la recta razón o a la prudencia que se de una disposición para ciertos casos y no para todos aquellos en los cuales hay igualmente la misma razón». Aquí SUÁREZ vuelve a dar prevalencia a la razón como condición *sine qua non* cuando en caso contrario habría injusticia o imprudencia; pero no se la concede como razón *per quas* para su interpretación. No se la da a causa de la primacía que, en este caso, asigna a la voluntad del legislador, puesto que insiste en que «la ley depende de la voluntad, y la voluntad puede libremente querer una cosa y no la otra aunque en ambas se de la misma razón para quererlas», mientras resulte así «sin injusticia e incluso sin imprudencia».

Insiste SUÁREZ (45): «En virtud de la razón no puede hacerse la ampliación comprensiva si esa razón no indica suficientemente la voluntad del legislador [resulta claro —adviértase— que sustituye la *ratio legis*, interdependiente de la *ratio iuris*, por la *ratio legislatoris*, supeditada a la *voluntas legislatoris*, de la manera por él mismo indicada], pues una voluntad guardada en la mente y no manifestada, no obliga». De ahí deduce que solo cabe tal ampliación comprensiva si «las palabras la manifiestan porque la razón fuerza a interpretarlas así, o -si faltan en absoluto palabras- porque la misma razón fuerza a suplirlas o ajustarlas de otra manera a tal sentido; pero —advierte— esto únicamente es lícito efectuarlo cuando es necesario para evitar algún absurdo en la ley» [Estamos siempre en lo mismo, vale sólo «para evitar algún absurdo», no para hallar la mejor solución que sea posible; es decir, la razón condiciona a la ley otra vez *sine qua non*, pero no *per quas*].

Frente a la opinión de CINO, BARTOLO, BALDO, el ABAD PANORMITANO, ANTONIO GÓMEZ y otros, quienes entendían que la razón vale en sí misma y no por estar escrita, estimó rotundamente el DOCTOR EXIMIO (46) que «apenas tiene lugar obligatoriamente si no está escrita».

Los expresados principios entiende que sólo rigen en los casos especiales de ampliación admitidos por los autores. Entre esos casos menciona los siguientes supuestos de ampliación de la ley.

(45) *Ibid.*, 22, final.

(46) *Ibid.*, 4, 6, final.

a) *En los casos correlativos*, en cuanto tales, cuando «se de la misma razón, de tal manera que no puede valer para el uno si no vale también para el otro, o si ciertamente la razón de la justicia pide que lo dispuesto para el uno sea aplicable al otro» (47).

b) *Cuando varios casos radican en un mismo principio o raíz*». Supuesto para el cual dice que la cosa será más evidente si la raíz «es la materia de la ley»; y, además, requiere «que la relación entre los casos sea tan estrecha que no pueda prohibirse el uno con prudencia y justicia si no se prohíbe el otro, lo mismo que se ha dicho en los casos correlativos» (48).

c) *Por equiparación de casos anteriormente efectuada por otra ley*; pero, «entonces propiamente no se hace la ampliación de una misma ley sino que una ley amplía el efecto de otra» (49).

d) *Cuando la ley habla de un determinado caso tomándolo como ejemplo*, supuesto que acepta como posible sólo si así resulta «por la razón de la ley, por otra ley, por la razón natural» o por otra circunstancia. basándose «en la identidad de la razón que debe considerarse con atención y según todas las circunstancias que se han puesto» (50).

El límite que significó para SUÁREZ su exigencia de que la *ratio legislatoris* no resultara totalmente injusta o incluso imprudente -constituyendo, aún, un limitado influjo de la *ratio iuris* en la *ratio legis*- desaparecerá cuando el derecho positivo —que ya en el DOCTOR EXIMIO estaba desconectado de la naturaleza de las cosas— se desliga totalmente, en su aplicación, de la ley natural —como ocurrió en la concepción protestante—, para constituir así ambas leyes mundos aparte, sin óbice de que se entendiera que el derecho natural racionalista debía servir de modelo al legislador (51).

Con este cambio, la analogía quedaba completamente independizada de la naturaleza de las cosas, así como del *sensum naturale* y la *naturalis ratio*, mediante los cuales el hombre capta esa naturaleza.

Después, el racionalismo —explica A. KAUFMANN (52)—, «desconoce prácticamente la analogía»; «el ser es conocido matemáticamente

(47) *Ibid.*, 7.

(48) *Ibid.*, 8.

(49) *Ibid.*, 9.

(50) *Ibid.*, 210.

(51) *Cfr. Metodología de la determinación del derecho. Perspectiva histórica*, Madrid, Ed. Fund. Arecos 1994, 1-9, p. 539 *in fine*, 183, textos correspondientes a las notas 15 y 16, pp. 598, y s., y 191, párrafo que lleva la nota 151, p. 629, y *La encrucijada metodológica de la Recepción, la Reforma y la Contrarreforma*, Discurso de apertura del Curso 1991-1992 de la Real Academia de Jurisprudencia, 15, pp. 55 *in fine*.

(52) ARTHUR KAUFFMANN, *Analogía y naturaleza de las cosas*, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile 1976, IV, p. 62.

“more geometrico” “clare et distincte” (DESCARTES)». Todo el conocimiento es «unívoco» y «coherente»; el racionalismo afirma que sólo hay conceptos unívocos (matemáticos) susceptibles de subsunción lógica»; no conoce la existencia de conceptos análogos, funcionales, de sentido, de orden o de tipo».

Aunque KANT destruyó la metafísica y la ontología clásicas, sólo en el período postkantiano —como también advierte KAUFMANN (53) sería precisamente cuando «la analogía del ser fue dejada por completo en el olvido. En el *nominalismo*, entonces surgente, —mejor dicho: nuevamente surgente— se reconoce un carácter real sólo a las cosas individuales; es negada la realidad de lo general, de lo esencial, de la cosa en sí, que todavía en KANT se halla presupuesta. Consecuentemente, tampoco puede haber conocimiento de esencias —ni unívoco ni analógico— porque tal conocimiento presupondría que existe una correspondencia entre las cosas, en tanto ellas convergen en un “general”. Según el nominalismo, para el que sólo existe lo individual, las cosas no están vinculadas entre sí y se ubican en la más completa separación y diferenciación respecto de las otras».

Completado así ese giro, la analogía jurídica, en adelante y en un principio, se apoyará completamente en la voluntad del legislador, y, por ello, a falta de voluntad expresa a la que remitir aquélla, únicamente cabrá fundamentarla en la voluntad tácita o, al menos, presunta del propio legislador.

Una vez llegado a este punto de máxima dependencia de esa voluntad, comenzaría de un nuevo proceso de objetivización de la analogía, como vamos a ver a continuación.

3. LA ANALOGIA EN LA INTERPRETACION SEGUN LA ESCUELA DE LA EXEGESIS. LA PANDECTISTICA DE SAVIGNY Y EL POSITIVISMO LEGALISTA DEL SIGLO XIX

A) La ilusión iluminista de establecer códigos perfectos y completos, que nada dejaran al intérprete, y la exigencia de que el juez no deje jamás de fallar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, obligaban a extraer de ésta soluciones para todos los casos que se planteen ante los tribunales de justicia. Por ello, muchas veces resultó preciso recurrir a la analogía. Los autores del Proyecto de *Code civil*, en su libro preliminar, —que la Asamblea legislativa suprimió—, habían dicho en el art. 8: «*No se puede razonar de un caso a otro, sino cuando existe el mismo motivo para decidir*». Notemos que no se hablaba de «razón» sino de «motivo», dado que éste, por su carácter subjetivo, es referible a la voluntad del legislador.

(53) *Ibid.*, p. 64.

LAURENT razonó (54): «El principio de la interpretación analógica nunca ha sido discutido, pero puede abusarse de él, aplicándolo donde realmente no hay analogía». Para ello, a fin de aplicarlo bien, el primer cuidado del intérprete ha de ser el de «examinar si realmente existe identidad de motivos; solamente cuando se ha comprobado bien que los motivos para decidir son los mismos, cabe razonar de un caso para otro».

Pero, enseguida, observa ciertos reparos (55): «Cuando la ley establece un principio general la aplicación analógica no ofrece duda alguna. Pero, ¿ocurre igual cuando la ley establece una excepción?», LAURENT recuerda el viejo brocardo expresivo de que los preceptos de derecho estricto son de rigurosa interpretación; y que, por consiguiente, no pueden extenderse de un caso a otro. Pero, no ignoraba que los jurisconsultos entendían ese brocardo en el sentido de que las disposiciones excepcionales eran aquéllas que contenían un «*derecho exorbitante*»; es decir «las leyes establecidas contra la *razón de derecho*. Se concibe que las leyes de esta naturaleza no pueden extenderse; pues son un mal, un mal que puede ser necesario, pero el mal siempre debe restringirse dentro de los límites más estrechos. Pero, otra cosa son las simples excepciones a una regla general que se hallen tan basadas en la razón como la regla general; ¿por qué, pues, no podrán aplicarse por analogía?».

Sin embargo, LAURENT lo rechazaba, razonándolo así: «cuando el legislador establece un principio, su voluntad es que ese principio sea aplicado en todos los casos que puedan presentarse; esto es; una obligación que impone al intérprete», salvo que el propio legislador establezca la excepción, pues —dice—: «¿Qué pasaría si el intérprete extendiera las excepciones por analogía? Creando excepciones nuevas, derogaría una regla obligatoria, haría la ley, cuando su misión se limita a explicarla y aplicarla».

Cierto es que, por su parte, matiza: «A veces la excepción, aunque derogue una regla, es aplicación de otra regla de derecho. En esos casos la voluntad del legislador no es la de limitar la disposición excepcional al caso por él previsto; se trata más bien de un ejemplo que él expone; y por consiguiente, el intérprete puede y debe admitir que la misma decisión se da en los casos no previstos en los que haya el mismo motivo para decidir. Haciéndolo obedece la voluntad del legislador».

B) Pasando a la posición de la pandectística alemana, podemos tomar como prototipo a SAVIGNY con su *Sistema*. Este (56) plantea la

(54) F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, Bruxeles, Bruylent, Christophe et Cia. 1887, 276, p. 351.

(55) *Ibid.*, 277, pp. 251 y ss.

(56) F.C. VÓN SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, 2.^a ed. en castellano, Madrid, C.E.D. Góngora, s.f., vol. I, XLVI, *cfr.* pp. 231 y ss.

cuestión de la analogía del siguiente modo: «Cuando las fuentes son insuficientes para resolver una cuestión de derecho, debemos llenar esta laguna, porque la universalidad del derecho es tan esencial como la unidad». El modo de efectuarlo que él siguió era conforme al positivismo jurídico. Partía de que «el derecho positivo se completa a sí mismo en virtud de su fuerza orgánica»; y entendía que, por la virtud de la analogía, «se restablece la unidad del derecho» y «se llenan las lagunas en el derecho».

«La base de toda analogía —advertía— es la consecuencia interior del derecho, que no es solamente un encadenamiento de deducciones puramente lógicas, sino también una armonía orgánica, de la cual tenemos conciencia cuando abrazamos el conjunto vivo de las relaciones de derecho y de las instituciones que las dominan».

El fundador de la Escuela histórica del derecho distinguió las formas de la analogía que tradicionalmente se han denominado *analogia legis* y *analogia iuris*. Para emplear en general la analogía —dice— debemos partir siempre «de un conjunto dado con el fin de encontrar en su desenvolvimiento la solución de la dificultad. Algunas veces la materia dada es una ley particular, y entonces se dice que la decisión se saca *ex argumento legis*; pero ordinariamente debemos buscarla en la teoría de derecho formada por vía de abstracción».

Ambas clases de analogía las diferenciaba, a su vez, de la interpretación extensiva, con las cuales —advirtió— «se la confunde a menudo sin razón, pues la interpretación extensiva no tiene por objeto llenar una laguna en el derecho, sino rectificar una expresión impropia por medio del verdadero pensamiento de la ley, mientras que, por el contrario, en el método opuesto [es decir, con la analogía] suponemos la ausencia de toda disposición legislativa, que es precisamente lo que nos proponemos suplir en virtud de la unidad orgánica del derecho».

A efectos del recurso a la analogía no distinguía normas generales y particulares sino derecho normal y derecho anormal, cuya categoría asimila el *ius singulare*; y precisa que la analogía debe buscarse «no en el *ius singulare*, sino en los principios del derecho normal, en vista de que la interpretación por vía de analogía descansa sobre el ordenamiento interior y necesario del derecho, cosa que falla en las reglas anormales transplantadas al dominio del derecho».

Advirtamos que la analogía para los jurisconsultos clásicos era, sin duda, un recurso de la *interpretatio*. Pero, es de notar que SAVIGNY partía del concepto restrictivo de la interpretación que, en su tiempo, estaba reducida a la intelección y a la aplicación de la ley. Por eso, dice que los romanos «no distinguen claramente la formación del derecho de la interpretación pura».

El entendía (57) que esa interpretación «pura» o «verdadera» corresponde al juez, mientras que la interpretación trascendental

(57) *Ibid.*, LI, p. 255.

—extensiva y restrictiva— debería corresponder a un tribunal superior organizado de manera semejante al tribunal de casación de Francia; y que así este podría ejercer una influencia saludable, semejante a la ejercida en Roma por el pretor y los jurisconsultos.

C) Entrando en la concepción de la analogía que ha tenido el positivismo legalista en este siglo, tomamos como figura representativa a NORBERTO BOBBIO (58) porque se ha ocupado muy especialmente de la analogía.

BOBBIO, con su habitual claridad, centró así la actividad interpretativa según el positivismo jurídico (59) «La interpretación es generalmente *textual*; en ciertas circunstancias (cuando es preciso integrar la ley) es *extratextual*; pero nunca puede ser *antitextual*, esto es ir contra la voluntad que el legislador ha expresado en la ley». El positivismo jurídico —reitera— admite la existencia de lagunas entendidas, en cierto sentido, «como incompleta formulación de la voluntad del legislador»; por lo cual, «admite, además de la interpretación en sentido estricto, también la integración del derecho por la jurisprudencia, pero poniendo en relieve que tal integración no es una actividad *cuantitativamente* diversa de la interpretación (o sea, no es una actividad creadora), sino, al contrario, es una especie particular del *genus* interpretación. En este sentido se habla de *interpretación integrativa*, para indicar que la integración se produce en el interior del ordenamiento, con los medios por el mismo predispuestos (*autointegración*)».

Explica que esto es así porque puede sobreentenderse que todo ordenamiento incluye «dos normas generales de clausura; la *norma general exclusiva*, que califica de ilícitos los comportamientos no expresamente regulados; y aquella que podemos llamar *norma general inclusiva*, que somete los casos no expresamente regulados, pero similares a los regulados, a la disciplina de éstos; cuando el intérprete basa su argumento en el *argumento a contrario*, acude a la norma general exclusiva, en cambio, cuando se apoya en la argumentación analógica, acude en la norma general inclusiva».

(58) NORBERTO BOBBIO se ha ocupado especialmente de la analogía en diversas ocasiones: *L'analogia nella logica del diritto*. Memoria dell'Istituto Giuridico XXXVI, Turín 1938; *In torno al fondamento del procedimento per analogia*, Giurisprudenza italiana 1968, pp. 3-9; «Novissimo Digesto italiano», y vol. I. Turín, UTET 1957, voz *Apología*, pp. 601 y ss.; vol. XIII, 1966, voz *Principii generali de diritto*, pp. 887 y ss; *Ancora in torno della distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*. Giurisprudenza Italiana, 1968, pp. 695-702. La última síntesis de su pensamiento, a este respecto, puede considerarse contenida en *Il positivismo giuridico*, 56, lecciones recogidas por NELLO MORRA, Turín, Cooperativa Libreria Universitaria Torinese, Ed., s. f., pp. 28-288, a la cual, por esta razón, daremos preferencia en nuestras citas.

(59) NORBERTO BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Turín, Cooperativa Libreria Universitaria Torinese, Editrice, s.f., 56, pp. 280 y ss.

El reconocimiento de esa norma por el ordenamiento jurídico puede ser explícito o implícito, con la particularidad —según entiende BOBBIO— de que para excluirla es necesario que esa argumentación sea expresamente prohibida, como ocurre en el derecho penal por el principio *nullum crimen, nula poena, sine lege*.

La integración, según el positivismo jurídico, «es una actividad puramente interpretativa porque el razonamiento por analogía es un razonamiento lógico, es decir, de tipo silogístico (hoy, diríamos que es un juicio analítico, o una tautología) que se limita a poner en claro ciertas consecuencias que se hallan ya implícitamente contenidas en la premisa dada».

El argumento por analogía —explica (60)— «tiene una estructura similar al silogismo, con la diferencia de que su premisa menor, en lugar de hallarse constituida por una aseveración de identidad, lo está por una aseveración de semejanza. Para mostrarlo pone un ejemplo de cada uno.

— Razonamiento silogístico: Todos los hombres son mortales, Sócrates es un hombre, luego Sócrates es mortal.

— Razonamiento por analogía: Los hombres son mortales, los caballos son similares a los hombres, luego los caballos son mortales.

La diferencia de ésta con el silogismo consiste en que el razonamiento por analogía no tiene tres términos sino cuatro, *quatermo terminorum*, porque se introduce un cierto término que expresa el por qué de la similitud. El ejemplo que él pone, es éste: los hombres son seres vivos, los seres vivos son mortales, los caballos son seres vivos como los hombres; luego, los caballos son mortales.

Como observa, «mientras en el silogismo la conclusión siempre es necesaria (verdadera), en el razonamiento por analogía no siempre ocurre esto así: de hecho, la *semejanza* existente entre el sujeto (en nuestro ejemplo, los hombres) y el término medio (los caballos) puede ser *relevante* o *irrelevante*; y sólo cuando la semejanza es relevante la conclusión es exacta». Como ejemplo de irrelevancia pone el de que la semejanza en color del automóvil, es irrelevante para que su velocidad sea igual o no lo sea.

Por ello pregunta cómo se determina si una semejanza es relevante o no lo es; y responde que lo es si una entidad tiene en común con otra aquellos elementos que son la *condición* o *razón suficiente* para que se le atribuya cierto predicado. Según la doctrina —dice— existe razón suficiente para aplicar la analogía cuando los dos casos muestran «la misma *ratio legis*»; es decir, cuando el elemento que ha inducido al legislador para regular jurídicamente de cierta manera el primer caso se encuentra también en el segundo caso. «La comunidad de la *ratio legis*

(60) *Ibid.*, pp. 283 y ss.

entre dos casos constituye, por lo tanto, en el campo jurídico aquella comunidad de razón suficiente que legitima el razonamiento por analogía». Como dice el viejo brocardo, «*ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*».

«La capacidad de *expansión lógica* del ordenamiento jurídico, de la que habla la doctrina, halla su fuerza impulsora precisamente en la *ratio legis*; es la razón de una norma, la que hace que ésta sea capaz de disciplinar otros casos además del expresamente previsto en ella».

El positivismo jurídico sólo añade aquí —dice— «cierta justificación de la legitimidad del razonamiento analógico; y ésta se pone en el concepto de *voluntad presunta* del legislador.

Aquí BOBBIO diferencia: *interpretación extensiva, analogia legis* y *analogia iuris* (61). Señala que la *analogía legis* es más afín a la interpretación extensiva, a pesar de su diferente nombre, que a la *analogía iuris*, porque su procedimiento interpretativo es diverso.

Entre las dos primeras ocurre que, «mientras en la *analogía legis* se formula una nueva norma, similar a otra existente, para disciplinar un caso no previsto en ésta pero similar al en ella regulado», en cambio, «en la interpretación extensiva se amplía el supuesto de hecho establecido en una norma, es decir se aplica esta misma norma a un caso no previsto en ella, pero parecido al expresamente regulado». Pero —observa—, «en realidad la interpretación extensiva es una forma atenuada de interpretación analógica, con la función de admitir en medida reducida el recurso a la analogía en aquellos sectores del derecho (como el penal) en el cual ésta se halla prohibido».

En cambio, la *analogía iuris* —dice— es «el recurso a los principios generales del derecho»; por lo cual, constituye una forma de interpretación diversa de la *analogía legis*, porque «no se basa en el razonamiento por analogía, sino en un doble procedimiento de abstracción o de subsunción de una especie de *genus*». En el proceso de *abstracción* se induce como principio «una norma general no formulada por el legislador, pero de la cual son aplicaciones singulares las normas singulares expresamente establecidas». El proceso de *subsunción*, consiste en «aplicar esa regla general a aquellos casos que, no estando regulados en normas singulares expresas», se hallen comprendidos «en el ámbito de los casos previstos por la misma norma general».

Parece que la perspectiva de la analogía mostrada por el positivismo jurídico se apoya en la lógica; y, sin duda, por eso, los lógicos se han esforzado en hallar la formulación del razonamiento por analogía. Vamos a examinar brevísimamente los principales intentos.

(61) *Ibid.*, pp. 287 y ss.

a) ULRICH KLUG ha examinado hasta qué punto con los medios lógicos es posible resolver el problema de la analogía. Ese intento se ha efectuado tanto con la lógica clásica, como en la moderna (62). En aquélla distingue:

— Las tesis que admiten una analogía incompleta y otra completa (exacta). Posición defendida por DROBISCH, quien entiende que esta última no tiene por qué restringirse al orden matemático, y que la analogía incompleta como la inducción incompleta se acerca progresivamente a la completa. También es aceptada esta tesis por WUNDT, quien atribuye a la analogía completa una forma cuantitativa y a la incompleta una forma cualitativa; la primera corresponde a la que ARISTOTELES denominaba analogía y que hoy denominamos proporción; y la segunda corresponde a la que el ESTAGIRITA denominaba paradigma, consistente en un caso mixto de conclusión inductiva y de subunción.

Las posiciones que no admiten ninguno de estos dos tipos, niegan de modo absoluto que la analogía sea un tipo independiente de la deducción; pero la admiten como método eurístico dirigido a descubrir nuevos caminos. A igual resultado llegan también quienes, como PFAENDER, consideran que la conclusión por analogía no tiene independencia formal sino que su valor se halla condicionado por el contenido y las relaciones concretas; por lo cual, no cabe tratar de ella en la lógica pura o formal.

— Y aquellas tesis que adoptan un punto de vista intermedio, admiten como paradigma la analogía imperfecta pero no la perfecta. Así la han entendido ARISTOTELES y J. VON KRIES. Ambos distinguen una conclusión inductiva y el juicio de semejanza al cual se llega a partir de aquélla; por lo cual —no con seguridad pero sí con probabilidad de validez— se concluye así el juicio «B es semejante con A en cuanto al contenido». También cataloga en este grupo a ZIEHEN, quien opina que la conclusión por analogía «es una conclusión que progresa por intermedios, mas sin concepto medio», y se hace por una «semejanza aditiva».

En sus observaciones críticas, KLUG (63), indica como objeciones más inmediatas al carácter lógico de la analogía:

— Que en la lógica clásica el problema de la analogía, en todo caso, hay que reducirlo a un tipo mixto de consecuencias integrado por inducción incompleta y silogismo o bien tomarla como un tipo especial de conclusión. En el primer caso, según la lógica clásica, inducción y silogismo se presentan como leyes no deducibles; y en el segundo resultará irreductible como ley lógica. Puede darse, sin dificultad, que

(62) ULRICH KLUG, *Lógica jurídica*, Caracas, Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1961. 9, 2, pp. 155 y ss.

(63) *Ibid.*, 3, pp. 175 y ss.

existe un gran número de leyes no derivadas o derivables sin que sea posible formar con ellas un sistema axiomático genuino.

— Falta una definición exacta de « semejanza ».

— La denominada analogía exacta no es posible en las cuestiones de analogía con contenido peculiar; y, por tanto, también se hallan fuera de la lógica jurídica, pues sólo puede darse en los dominios cuantitativos.

— La pretensión de calcular el grado de semejanza por la proporción de notas concordantes y no concordantes, que haya entre los términos analogables, flaquea porque no es posible indicar con rigor el número exacto de las notas de un concepto.

— No permite ninguna decisión unívoca acerca de la relación entre homología —o equivalencia, en sentido morfológico o estructural— y analogía en sentido estricto —es decir, en perspectiva funcional—, por lo cual la teoría resulta vaga porque, en definitiva, se trata sólo de un ensayo de distinción entre casos especiales en la conclusión analógica general.

— También se confunde entre el punto de vista genérico y el punto de vista semántico, si —como MACH— se reduce el problema de la analogía a un complejo de cuestiones de psicología, observando si, en la conclusión analógica, la diversidad y concordancia de dos conceptos «ascienden a conciencia»; con lo cual no se alcanza solución alguna en la cuestión que versa acerca de cuándo será lógicamente correcta y legítima la conclusión analógica; pues, para resolverla, carece de importancia sobre, cómo y cuándo llega a la conciencia.

— En la teoría de ZIEHEN, tanto la exigencia de cosimilitud según las semejanzas —que denomina frustral, propinqua y cognata—, como el examen detenido de la definición de éstas, poco ayudan para distinciones exactas.

Por lo que se refiere a la lógica moderna, expone KLUG (64) que, al traducir el esquema más simple del razonamiento analógico: M es P , S es semejante a M , luego S es P , resulta:

1) En el lenguaje del *cálculo de predicados* de HILBERT ACKERMANN, la proposición S es semejante a M , no halla fórmula adecuada para ser transformada es premisa menor; porque, es ese cálculo, la relación «es semejante con» no está definida.

2) En el *cálculo de las clases* o, *conjuntos* tampoco se halla fórmula universalmente válida, para designar la equivalencia con la propiedad de «ser semejantes con M ».

3) En el *cálculo relacional*, partiendo del *círculo de semejanza*, la premisa menor: es semejante a M —decisiva en la estructura del argumento por analogía—, tiene evidentemente que expresar que «todos

(64) *Ibid.*, 4, pp. 178 y ss.

aquéllos [casos] que tienen la propiedad S, pertenecen al mismo círculo de semejanza determinados por la M». Pero esa expresión no se alcanza, por lo cual, estima KLUNG que queda «en claro que un análisis más detallado de la analogía da razón a aquellos representantes de la lógica clásica que opinan que a la conclusión por analogía le falta estructura propiamente lógica».

Con esta perspectiva se enfrenta con el tema de qué se precisa para que haya analogía jurídica. Observa que el hecho de determinar que un dato pertenece al círculo de semejanza de tales presupuestos, no basta para decidir que tengan vigencia para él las secuelas jurídicas respectivas; pues, esto requiere, además, que se reúnan las condiciones suficientes para que entren en vigencia las secuelas jurídicas acerca de cuándo una determinada conclusión analógica es o no admisible.

Según el círculo de semejanza, correspondiente al caso, según «se trace de manera más o menos estrecha, podrán sacarse más o menos conclusiones analógicas. Pero sin una definición precisa de sus límites no puede concluirse nada». Tanto es así —dice— que, «para los objetos más diversos es factible definir un círculo de semejanza, con que sólo haya entre ellos cualquier igualdad parcial. En el caso extremo estaría, por ejemplo, la semejanza de dos cosas respecto de su propiedad de ser *objetos*.

»Así —concluye (65)— será decisivo el punto de vista que se adopte. No se da, pues, más restricción que la impuesta por la finalidad.

»Por tanto, los criterios sobre la admisibilidad lógica de una conclusión analógica no son lógicos, sino teleológicos, mientras no se haya definido delimitadamente el círculo de semejanza. Sólo si se ha llegado a definir delimitadamente el círculo de semejanza, la analogía tomará forma exacta y precisa, y entonces podrá decidirse de manera unívoca la cuestión de si una determinada conclusión analógica está o no lógicamente permitida.

Ahí está la cuestión previa —que no es lógico formal— de determinar *en cada caso*, el círculo de semejanza que es requerido en concreto para formular de modo lógico la conclusión analógica.

b) GEORGES KALINOWSKI (66) tiene una concepción contraria de la tradicional en cuanto las perspectivas del razonamiento analógico. Parte de que el razonamiento por analogía «no sigue a la inducción sino que la precede y prepara. Sirve para anticipar y, para avanzar aquellas hipótesis que, una vez estén suficientemente verificadas, permitirán la generalización inductiva; pero que antes continúan siendo

(65) *Ibid.*, p. 186.

(66) GEORGES KALINOWSKI, *Introduction a la logique juridique*. París, Lbr Gral. de Dr. et Jur. 1965, cit., IV, 2, d, pp. 148 y ss.

hipótesis, directamente concernientes a una especie —y no a un individuo— o a una clase de casos —y no a un caso concreto.

Esta inducción —explica (67)— es una inducción incompleta, denominada también *inducción amplificante*, que elabora «una proposición universal, pero en principio únicamente probable». En ella, «el paso intelectual de las premisas a la conclusión se funda en el carácter supuestamente esencial, para la especie dada, de la propiedad (o de la ausencia de propiedad) constatada en las premisas».

Concluye KALINOWSKI: «La inducción amplificante, en principio, no conlleva sino una conclusión probable. Ya que ésta es una proposición universal que se pronuncia respecto de todos los individuos de una especie, cuando cierto número de ellos solamente —aquéllos de los que propiamente hablan las premisas— fueron efectivamente examinados; no obstante, en algunos casos basta analizar algunos individuos de una especie, o incluso sólo uno en cierto supuesto límite, para adquirir no sólo una opinión más o menos probable, sino la certeza acerca de tal o cual propiedad esencial de la especie dada. Es suficiente conocer el organismo de un solo ser material vivo para poder pronunciar con certeza que todo animal es mortal. Del mismo modo que la reducción, la inducción incompleta aporta excepcionalmente una conclusión cierta».

Pero esto queda fuera de toda lógica formal, como ha concluido MANUEL ATIENZA (68) diciendo que en la analogía «entra siempre un componente axiológico [yo diría óntico, en toda su amplitud física y metafísica] que es imposible reducir a un sistema de lógica, bien se trate de la lógica formal general, de la lógica deóntica, de la lógica inductiva, de la lógica de probabilidad, o de la lógica de lo borroso». Por eso mismo, ha dicho con razón LUIS FIGA (69) que el razonamiento por analogía «es, muy lógicamente, silenciado por la lógica moderna».

4. LA ANALOGIA EN LA SUPERACION DEL POSITIVISMO LEGALISTA

En la parte histórica de esta obra (70) hemos visto cómo la doctrina jurídica ha abandonado los estrechos moldes del positivismo normativista y ha recurrido a otras direcciones que oscilan desde el movimien-

(67) *Ibid.*, e, pp. 149 y ss.

(68) MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ, *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Madrid, Civitas. 1986, VII Conclusiones, 4, pp. 180 y s.

(69) L. FIGA FAURA, *La analogía*. «Curso de conferencias sobre el nuevo título preliminar del Código Civil». Colegios de Abogados y Notarial de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona 1975, p. 51.

(70) *Metodología de la determinación del derecho. Perspectiva histórica*, 274-331, pp. 989-1269.

to del derecho libre, el sociologismo jurídico, la fenomenología, el neokantismo y el neohegelianismo, el existencialismo moderado, la *Wertungsjurisprudenz*, el retorno al derecho natural clásico, o bien a otras corrientes que han combinado estas direcciones o introducido variantes en ellas. Naturalmente, todas repercuten en la concepción de la analogía. Especialmente las posiciones adoptadas respecto de ésta se hallan interrelacionadas, y en cierta relación de dependencia, con las matenidas respecto de los principios generales del derecho.

A grandes rasgos, podemos diferenciar, en términos generales, varias posiciones mantenidas acerca del razonamiento analógico, según se le haga dependiente:

- Del sentimiento jurídico o de la intuición subjetiva del juez.
- De la concepción valorativa dominante, de la que dimanen los principios generales del derecho en función iluminadora de todo el ordenamiento jurídico.
- De los principios de justicia, con sus diversas concreciones, en su función vivificadora de las normas jurídicas vigentes.
- De la naturaleza de las cosas y de cada cosa.

En este epígrafe tomaré varios autores como modelos ilustrativos, a fin de mostrar plásticamente, aunque en líneas generales, las referidas posiciones, advirtiendo que éstas aparecen combinadas en varios de ellos.

A) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, con una diferencia de tiempo de dieciocho años, se ocupó dos veces de modo específico de la analogía. La primera vez en 1914 (71) y la segunda, como Presidente del Tribunal Supremo, en su discurso de apertura de los Tribunales de 1942 (72).

En 1914, para alcanzar el meollo de la analogía, observó cuál es el elemento jurídico común entre unos contratos tan diferentes como la permuta y el de arrendamiento, que es su carácter sinalagmático. Determinado éste, la justicia pide que a uno y otro contrato sean comunes tanto la resolución tácita por incumplimiento (arts. 1124, 1156, etc., C.c.) como la obligación de sanear por evicción. Así le resultaba de conformidad a las acepciones históricas de la *ratio iuris*. Por eso, expuso: «al decir igualdad de razón no nos referimos a la ocasión de la ley ni al fin que el legislador se propuso», «sino al principio que sirvió de fundamento inmediato a la disposición legislativa. Entrevisto el principio, desde él se descubren más amplios horizontes, y dentro de aquél se disciplinan y contemplan los casos previstos y los no previstos por el legislador. La concepción del principio de ley y el conocimiento

(71) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO. *La analogía en el Código civil español*, R.D.P. I., 1914, pp. 369-176.

(72) *Ibid.*, *Discurso en la solemne apertura de los Tribunales celebrada el 15 de septiembre de 1942*, Madrid, Instituto Editorial Reus 1942.

de la naturaleza real del caso no previsto por el legislador, son los polos y términos entre los que se mueve el procedimiento analógico». de ahí resulte que «la virtud de la analogía no es infinita y hace pensar en otros medios de impulsión y progreso del derecho positivo».

En 1942 su perspectiva de la analogía fue más amplia y más elevada. Partió de que el «guión jerárquico tan sólida y elegantemente expresado por la *philosophia perennis*, en la trilogía de la ley eterna, ley natural, ley positiva, social y humana, debe ser nuestro punto de partida y apoyo; lo que quepa dentro de sus mallas y sea conforme a sus dictados puede y debe ser aceptado como ley de vida, y lo que no, rechazado» (73). De tal modo el orden jurídico «no es una masa inerte de principios y preceptos mere coexistentes, sino un cuerpo orgánico de normas íntimamente conexas, enlazadas; y los principios que están en la base llevan al germen de incalculables desarrollos». La fuente inspiradora de ellos, se halla soberanamente en la ley moral (derecho natural) (74).

Por eso, advierte que la ley no absorbe todo el derecho, sino que de él es manifestación imperfecta; que la interpretación puede ser de la ley o del derecho, y que ella «extenderá su mirada a todas las manifestaciones del derecho insitas en los hechos e instituciones sociales, buscando el sentido genuino no de una ley sino de la legislación general, jurisprudencia y principios generales de derecho, de los hechos sociales y sus transformaciones (espíritu del pueblo) y exigencias y necesidades sociales» (75).

Esta distinción entre *interpretatio legis* e *interpretatio iuris* la proyecta en el examen de la analogía, que —dice— «gira y trabaja sobre el derecho positivo y alcanza sus resultados por apreciación de normas jurídicas positivas». Todo «gira en torno a la distinción entre ley y derecho», que «en cierto modo se implican». La analogía, «que emplea el intérprete, juzgador o ciudadano, al redondear una institución o reglamentarla de nuevo», no surge en todo caso «*ex capite* meramente, ni sin otro fundamento que el capricho del intérprete, sino que se extrae del fondo social, del ambiente general jurídico ya incrustado en la conciencia común y fecundado por los principios sustanciales de justicia». Además, principios y hechos, necesidades y forma jurídica de satisfacerlas, están ya dotados y establecidos, fuera del legislador y del intérprete (76).

El intérprete —concluye (77)— «maneja la analogía y demás procedimientos de investigación, que no son fuentes formales, con una superior libertad de apreciación no limitada más que por las exigencias objetivas de la justicia y la utilidad».

(73) *Ibid.*, p. 8.

(74) *Ibid.*, p. 48.

(75) *Ibid.*, pp. 31 y ss.

(76) *Ibid.*, pp. 61 y ss.

(77) *Ibid.*, p. 66.

B) JOSE CASTAN TOBEÑAS, antes de formular sus propias conclusiones en relación con el derecho español, recogió, comparó y analizó cuidadosamente todas las concepciones que en torno de la analogía han sido expuestas (78).

También distinguió la *analogía legis* y la *analogía iuris*.

a) De la *analogía de ley* dice (79) que es «un instrumento de expansión lógica del derecho positivo, a base de la generalización del contenido de las normas», que tiene meramente una función *limitada*, pero útil y necesaria dentro de los contornos que le son propios». En ella observa dos elementos:

— Un elemento de identidad, no en todas las circunstancias del caso o relación (que siempre y en buena parte han de ser diferentes), pero sí en aquellos elementos esenciales o relevantes, de importancia jurídica decisiva para la resolución de aquél.

— Y, «un elemento de *generalización*, más o menos desenvuelta».

Concuerda con BLAS PEREZ GONZALEZ y J. ALGUER en entender que «las categorías de lo particular y lo general, en el ordenamiento jurídico, suponen no un dualismo tajante, sino una graduación de infinitos matices» (80).

b) Respecto de la *analogía de derecho* observa (81) que «no hay dificultad seria» en admitir que en los principios generales del derecho «va envuelto el procedimiento analógico, según reconoce la generalidad de nuestros tratadistas. El matiz diferencial, entre la analogía y los principios generales del derecho, a través de la zona fronteriza o mixta que la *analogía iuris* representa, es muy tenue y puramente relativo». Coincide con DE CASTRO en que es preciso cuidar de que «el principio de mayor amplitud que, con relación a la norma entendida, presupone la analogía, no puede nunca chocar con los principios más generales, básicos y orientadores del sistema».

Como consideración final, indica (82) que, para la utilización de la analogía en el derecho español, es necesaria la concurrencia de los tres siguientes requisitos:

«1.º Existencia de una laguna legal con respecto al caso contemplado, de tal modo que éste no puede decidirse ni según la letra, ni según el sentido lógico de las normas legales aclarado por la interpretación, ni tampoco por la costumbre del lugar.

(78) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho* III, II, 4, pp. 301-324.

(79) *Ibid.*, 4, F, pp. 324 y ss.

(80) *Ibid.*, pp. 325 y s.

(81) *Ibid.*, p. 326

(82) *Ibid.*, pp. 327 y ss.

»2.^o Concurrencia de *eandem ratio decidendi*», o sea «de igualdad jurídica esencial entre el supuesto no regulado y el supuesto o supuestos no previstos por el legislador». Para comprobar si existe esa identidad de razón decisoria, «se han de tener en cuenta no los elementos accidentales y accesorios sino los elementos esenciales, jurídicamente relevantes, los que constituyen el fundamento o *ratio iuris* de la norma. En esta selección jurídica radica la sagacidad y sentido jurídico del intérprete». Lo cual, dice citando a JAIME GUASP, «no puede hacerse sino a base de una investigación delicada del fin de la norma (jurisprudencia teleológica), de la ponderación de intereses (jurisprudencia de intereses), o incluso de la exploración de la convicción jurídica de la comunidad (*Rechtsfindung*) en sentido estricto».

3.^o Inexistencia de una voluntad del legislador contraria a la aplicación de la analogía...».

c) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (83) considera que la esencia de la analogía consiste en que, por ella, se asciende a un principio que resulta común al caso regulado y al que se trata de resolver. Es decir, DE CASTRO prescinde del *quaterno modo* indagatorio y se centra en la relación triangular, en la cual el principio constituye el vértice superior del triángulo. Así dice: «La analogía no se funda en la mera semejanza, sino en la *ratio* de semejanza». «no supone un simple pasar de lo particular a lo particular, sino que requiere subir al principio general de otro particular (con el que tiene la nota común), para saber si puede también comprender el caso considerado». En derecho, significa «buscar la solución para un caso no regulado por la ley, ensayando la aplicación del principio que informa una disposición legal reguladora de un caso distinto pero semejante (que tiene con aquél algún carácter común). No es la disposición legal tenida en cuenta la que regula el nuevo caso, sino —cuando ello sea permitido— el principio que se revela o puede ser reconocido a través de la ley. Se trata, pues, de una manifestación del poder regulador de los principios generales, cuya especificidad está en que su aplicación se apoya —y así se facilita— en uno o varios textos legales que revelan su existencia».

En nota, destaca F. DE CASTRO que «es preciso salir de la ley para que el principio abarque un caso más de los regulados legalmente». A su juicio: «Esa independencia de la analogía respecto del derecho positivo explica el hecho de que los resultados de la analogía puedan ser distintos, en base a las mismas leyes, según los tiempos, p. ej.: se señala que un romano del siglo V de Roma nunca hubiera aceptado, como lo hará en el siglo II d. J.C., la analogía entre la lesión corporal de un hombre libre con la sufrida por un esclavo o un animal». A este respecto cita un texto de REGELSBERGER. Entiende que esos

(83) F. DE CASTRO Y BRAVO. *Parte general*, IV. VI. 2. pp. 535 y s.

principios no son abstraídos de las mismas normas —que pueden mostrar aplicaciones suyas— sino que tienen sustantividad propia.

«La analogía o la semejanza (como el parecido o la metáfora) no crean la regla decisoria, no originan nueva verdad o evidencia, sirven para indicar una posible solución». Por ello, «no es un verdadero principio jurídico; resulta permitida por una concepción jurídica (la del *ius aequum*) y conduce a la aplicación de algún principio jurídico expresado o implícito en un texto legal».

La aplicación de ese principio «no resulta de modo inmediato o directo, sino a través o mediante un texto legal (o consuetudinario) regulador de un caso parecido (diferente). La semejanza tiene una doble función preparatoria: señala la posibilidad del procedimiento (síntoma) y es indicio de existencia de un principio aplicable (presunción). Queda todavía la operación final, comprobar la naturaleza y extensión de este principio y, conforme ellas, llegar a una conclusión positiva o negativa sobre el encaje o adecuación del caso respecto al principio».

Tratando del alcance de la analogía, comienza CASTRO Y BRAVO (84) por diferenciarla de la interpretación extensiva o comprensiva. Esta la refiere a la misma institución a la que corresponde el caso. En cambio, el procedimiento analógico «presupone la falta de regulación para el caso (incluso interpretándolo extensivamente) en la institución propia y que, por esto, se buscan semejanzas en las reglas de otras instituciones para ir ensayando otros principios. Se hablará de *analogia legis* cuando es suficiente acudir a las reglas sólo de otra institución y de *analogia iuris* en el caso de ser necesario utilizar reglas de varias instituciones».

Para concretar el alcance de la aplicación analógica propone, atendiendo al carácter de la regla jurídica por la cual determina su alcance, la siguiente clasificación: «1.^o Refleja un principio de carácter general extrapositivo de la regla —por medio de esa analogía—, no tendrá más límites que el opuesto por otra regla legal, 2.^o Esta informada por un principio de carácter general, pero de origen positivo; con poder expansivo según su *ratio*. 3.^o Se trata de regla de carácter especial; limitada por su especialidad, no puede exceder de ella mediante el artificio de la analogía (aunque dentro de este espacio, sí puede jugar)». En fin, «4.^o Las reglas que antes se designaban con el carácter de “odiosas”, como las sancionadoras y fiscales, las de carácter excepcional, ocasional, creadoras de privilegios en sentido estricto, carecen de principios de carácter general y, por eso, no son aptas para su extensión por analogía».

D) EMILIO BETTI también examina la utilización de la analogía a la luz de los principios generales de derecho en el caso de que el intérprete atienda a la «similitud o afinidad del caso con los disciplina-

dos por disposiciones precisas; a la analogía de la materia con otra que es objeto de regulación jurídica; en suma, a la contigüidad del caso con aquellos casos y materias con indudable relevancia jurídica» (85).

El propio BETTI en el recurso a la analogía distingue dos grados superpuestos:

a) El de la *analogia legis*, en el caso de similaridad del caso o de la materia de que se trate con otro caso u otra materia disciplinadas; «se tratará, en ese caso, de indagar si se da una congruencia de *ratio*, o sea una correspondencia de valoración normativa», que pueda «justificar la extensión del mismo tratamiento al caso no contemplado según el canon hermenéutico de la *convenientia rationis* “*ubi eadem (congruens) ratio, ibi eadem dispositio*”».

b) El de la *analogia iuris*, utilizable cuando el caso no pueda resolverse por *analogia legis* y quede dudoso por no ser aplicable tampoco el *argumentum a contrario*, que llevaría a una solución negativa.

Indica que a la *analogia iuris* puede recurrirse en dos diferentes direcciones alternativamente:

— «sea, dirigida a una autointegración que opera, reconocible según un diseño de racional coherencia en el orden jurídico, en virtud del canon hermenéutico de la totalidad y el de la adecuación del entendimiento»;

— o bien, «sea dirigida a una heterointegración, que supla la deficiencia de la disciplina legislada, alcanzando una fuente situada al margen del *ius conditum* y, en este sentido, ajena a las fuentes de derecho reconocidas.

En esta *analogia iuris* por heterointegración, «el intérprete debe tener en cuenta, ante todo, las exigencias de la solución justa del caso en duda, después ha de adoptar el tratamiento jurídico adecuado a tales exigencias en correlación y en armonía con la coherencia interna del orden jurídico en el que debe insertarse. Ahora bien —advierte—, el recurso a la heterointegración sólo es consentido al juez de modo excepcional; eso es, cuando la decisión es remitida a una aproximación a la equidad».

E) KARL LARENZ examina la analogía cuando trata de la integración de las lagunas manifiestas (86).

En cambio, cuando se ocupa de la integración de las lagunas ocultas —es decir, aquéllas que, «en contra de su sentido literal pero de acuerdo con la teleología inmanente de la ley, precisan una restricción que no está contenida en el texto legal»—, al lado de la analogía, sitúa la extensión teleológica, que —dice— «se aproxima mucho, ciertamente, en sus efectos, a una analogía. En ambos casos, una regulación

(85) E. BETTI, *Teoria generale*, 62, pp. 842 y s.

(86) K. LARENZ, *Metodología*, II, V, 2, b, pp. 374-384.

se extiende a un hecho que no es abarcado según su posible sentido literal. En los dos se trata de la plena realización del fin de la regla legal y de evitar una contradicción de valoración que no está justificada. Por tanto, cuando existe una prohibición de la analogía, esta prohibición, tiene que valer también respecto de la extensión teleológica» (87).

La analogía la explica valorativamente (88), de conformidad a su posición dentro de la *Wertungsjurisprudenz*. A su juicio requiere dos hechos *similares*, es decir, «que concuerdan en algunos aspectos, pero no en otros»; por lo cual, «no deben ser absolutamente iguales ni desiguales entre sí; pero tienen que concordar precisamente en la *valoración jurídica*. Si éste es o no el caso puede determinarse, no sólo con ayuda de las categorías lógicas de *identidad* o no *identidad*, sino que requiere, ante todo, poner en claro los aspectos decisivos de la valoración expresada en la regulación legal». Se trata siempre —resume— «de un proceso de pensamiento jurídico valorativo y no únicamente de una operación mental lógico formal». Para efectuar aquel proceso valorativo, estima que es preciso «retornar a los fines e ideas fundamentales de la regulación legal, a la *ratio legis*».

Página y media después (89) trata de la distinción de esta *analogía legis* o *analogía legal*. —que cree más apropiado denominar *analogía particular*— respecto de la *analogía iuris* —que entiende es más exacto llamarla *analogía general*—. Acerca de esta segunda, indica que de varias disposiciones legales, que enlazan igual consecuencia jurídica a supuestos de hecho diferentes, se infiere «un principio jurídico general, que se refiere tanto a los supuestos de hecho no regulados en la ley como a los supuestos de hecho regulados».

«Contra la calificación de analogía al procedimiento descrito —dice y comenta—, objeta CANARIS que aquí no se trata de una inferencia de lo especial a lo especial sino de lo especial a lo general; por lo cual, no se trata de analogía sino de *inducción*. No obstante, tampoco en el caso de la *analogía particular* se infiere inmediatamente de un especial otro especial, sino por mediación de lo común a ambos supuestos de hecho que se reconoce decisivo para la valoración». La diferencia la observa en que, en la *analogía particular* «no se trata de un principio general, que pretende tener validez para un número indeterminado de posibles configuraciones de casos, sino sólo, una vez más, del establecimiento de una regla para un supuesto de hecho delimitado». En cambio, en la *analogía general*, la obtención de un principio general «se basa en el conocimiento de que la *ratio legis* —común a todas las disposiciones individuales referidas— no sólo concierne a los casos particulares regulados, sino que se da siempre que existan determinados presupuestos indicados de modo general».

(87) *Ibid.*, d, p. 393.

(88) *Ibid.*, b, pp. 374 y ss.

(89) *Ibid.*, pp. 376.

«El retorno de todas las disposiciones particulares a la *ratio legis* posibilita la formulación de un principio jurídico general, que *parece evidente* por el contenido de justicia material a él inherente y se comprueba jurídico-positivamente por los casos regulados en la ley en concordancia con él. Siempre se ha de examinar al respecto, como el mismo CANARIS indica, si otras disposiciones legales no se oponen a la aceptación de un principio jurídico general; y, cuando ya pueda afirmarse un *principio jurídico general*, si su ámbito de aplicación no está limitado por un principio jurídico opuesto».

Por lo tanto —dice—, en el procedimiento de la analogía general es «decisivo retornar a la *ratio legis* común a todos los preceptos particulares, así como a su generalización».

E) La consideración de la *naturaleza de las cosas* como punto de referencia para la aplicación de la analogía, con raigambre en la *interpretatio* romana clásica y en el *ius commune*, y —tal como hemos visto recogido por MIERES (90)— entreligada con la equidad, ha vuelto a ser adoptado desde hace algo más de un siglo.

En 1872, F. ADICKES señaló que, más allá de la analogía de ley, existía el recurso por la analogía jurídica, observable teniendo en cuenta los elementos de hecho conforme la «razón universal», es decir, no a una razón subjetiva sino que se halle conforme la «naturaleza de las cosas» (91).

Hacia finales del siglo pasado F. GÉNY basó la que él denominaba *libre recherche scientifique*, en la naturaleza de las cosas, entendida ésta en su acepción omnicompreensiva. El propio GÉNY escribió (92) que la analogía «debe figurar, a lo menos, en primer lugar entre los procedimientos de la libre investigación científica, entre los cuales debe distinguirse, tanto por su modo de obrar, cuanto por la seguridad de los resultados que puede ofrecer».

Según este autor (93), «la analogía es un principio activo»; «es directamente sacado de las realidades objetivas, quiero decir de las consideraciones morales, políticas, sociales, económicas, que son la sustancia fecunda de la vida del derecho»; y «está sobre las mismas realidades, porque constituye su síntesis y representa, por generalización, la balanza y el resultado de su equilibrio. Así comprendido es también el principio que nos aparece como la razón permanente y profunda de la ley (*ratio iuris*); es el único que puede y debe decidir respecto de la analogía». Su procedimiento «no hace más que traducir la armonía ín-

(90) Cfr. *supra*, párrafo que lleva la nota 31.

(91) Cfr. B. WINDSCHEID, *Pandectas*, 23, ed. cit., vol. I, p. 73, nota 1, en la que cita la obra de F. ADIKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, y, por su cuenta, añade que esa expresión se halla «bastante desacreditada», «no sin razón desacreditada».

(92) GÉNY, *Interpretación y fuentes*, 166, p. 534.

(93) *Ibid.*, 165, pp. 524 y s.

tima, uniendo entre sí las relaciones de derecho, y en definitiva pone en acción una idea mucho más alta: la idea de *igualdad jurídica*, única que justifica fundamentalmente la analogía».

Destacó (94) asimismo que las aplicaciones de la analogía se jerarquizan en una infinidad de grados, desde la extensión analógica de una decisión legal aislada e ínfima, hasta la generalización de los principios que dominan toda nuestra organización jurídica moderna» ... «puede elevarse hasta constituir una reunión de disposiciones dispersas y fragmentarias, mejor aún una condensación general del espíritu que las domina». Estas indicaciones, a su juicio. «bastan para entrever la amplitud; flexibilidad del procedimiento de analogía», que, «sin sujetarse a la voluntad misma del legislador», «busca y pone en obra los principios que por sí mismos se le imponen; y, sin embargo, procura al intérprete una dirección verdaderamente *objetiva*, descansando en el mismo sólido fundamento que es la base de la ley».

En fin, dice que «ofrece la ventaja de plegarse mejor que ésta a las influencias del tiempo y del medio, susceptibles de precisar el principio que ella hace valer y, quizás, de modificar sus contornos». La analogía —precisa— «se apoya en los elementos objetivos que ella descubre con ayuda de la ley». En suma, «constituye como un término medio y ofrece una transición valiosa entre los resultados de la ley, considerada como fuente formal, y los de una investigación científica, elaborándose fuera pero al lado de los textos».

En 1965, ARTHUR KAUFMANN consideró la analogía y la naturaleza de la cosa como un mismo modo de pensamiento, pues entendió que todo comprender es «pensamiento analógico», dado que se piensa con «tipos» y «con relaciones de función», en una unidad de lo diferente. Para él, la analogía concibe el derecho como «correspondencia entre el ser y el deber ser» (95). En esto se inspira en el ESTAGIRITA y el AQUINATENSE, y destaca que «la doctrina filosófica de la analogía y la naturaleza de la cosa se remontan a ARISTOTELES y SANTO TOMAS DE AQUINO (96).

A. KAUFMANN observa que, en la realidad, no existe la igualdad material ni la diferencia total. En efecto, dice (97):

— «En casi toda la filosofía contemporánea, desde el racionalismo y también en KANT, la igualdad ha sido entendida como igualdad formal, como igualdad matemática, esto es, como identidad. Pero tal

(94) *Ibid.*, 166, pp. 525 y ss.

(95) A. KAUFMANN, *Panorámica histórica del pensamiento contemporáneo*, 2, 4, 2, cuadro sinóptico; *cf.* en «El pensamiento jurídico contemporáneo», ed. en castellano, Madrid, Ed. Debate, 1992, p. 100 y *Analogía y naturaleza de las cosas*, VI y VII, pp. 87 y ss.

(96) *Ibid.*, *Panorámica histórica*, 2, 1, 4, pp. 56 y ss. y nota 22, p. 57, y *Analogía y...* IV, pp. 57 y ss.

(97) *Ibid.*, *Analogía y...* V, pp. 71 y ss.

igualdad no existe en la realidad. RADBRUCH dice que la “igualdad no es algo dado; las cosas y los hombres son tan diferentes como un huevo de otro; la igualdad siempre es sólo una abstracción, desde un cierto punto de vista, de la desigualdad dada”. “La igualdad formal, como abstracción del pensamiento, es expresable, por eso, sólo matemáticamente: $[a = a]$. Así anotó ya SANTO TOMAS DE AQUINO (*De Veritate* I, 11) que sólo los números son completamente idénticos unos de otros. De ahí que sean precisamente los conceptos numéricos, los únicos completamente determinados, unívocos en sentido estricto”.

— «En la realidad no existen dos “seres concretos” (*Scienden*) completamente diferentes, porque todos ellos son iguales al menos —aunque de ninguna manera por ello— porque “son”.

— «Igualdad y diferencia en sentido formal son los polos abstractos y, como tales, nunca reales, en cuyo interior se desarrolla la realidad. Nuestro interés se dirige ya a la mayor similitud, ya a la mayor disimilitud de los “seres concretos” y, de este modo, los designa como iguales o desiguales. No es la igualdad o la diferencia lo que nos es inmediatamente dado, sino lo análogo del ser; porque, aún antes de que nos sea conocido un principio de igualación o de diferenciación, las cosas son comprendidas en su similitud o disimilitud.

»ARISTOTELES, en su *Ética a Nicomaco* (V, 1130 y ss) ya subrayó claramente que el problema de la igualdad desemboca en el de la analogía». Lo justo —dijo— «no es una igualdad formal, sino una igualdad de las relaciones, es una proporción, una correspondencia, un punto medio. Pero el medio es una analogía. Ese punto medio, esta *analogicidad del ser*, constituye un presupuesto para que podamos alcanzar un orden en nuestro saber y en nuestras relaciones» ... «Orden —también orden jurídico— sólo existe con fundamento en la analogía del ser, que es el punto medio entre identidad y contradicción, entre igualdad y diferencia».

Según el propio KAUFMANN (98) la analogía se basa siempre en la *analogia entis* y la conclusión analógica es una “conclusión de nivel” (*Wiveanschluss*), mixta de inducción y deducción, que supera la aparente dificultad de «inferir que existe concordancia en cierta característica a partir de observar la concordancia de otras características», que se efectúa lógicamente por medio de «una *premisa latente*, tácitamente presupuesta; que constituye el presupuesto de la legalidad de los sucesos naturales». Por eso, la analogía «sólo conduce a juicios problemáticos, ya que la conclusión puramente inductiva no es coactiva. Sin embargo, no se sigue de ello que la analogía carezca de valor científico», pues «la analogía tiene el valor cognoscitivo, creador, que implica el hallazgo de algo “desconocido”, hasta entonces, por medio de una premisa latente».

(98) *Ibid.*, pp. 76 y ss.

También la analogía jurídica, «por lo general, pasa por una premisa latente: la identidad de *ratio legis* o de *ratio iuris*». Para el, «la racionalidad de la norma debe responder a la racionalidad de la cosa; debe existir una *identidad en la relación de sentido*».

Pero, añade: «Sólo bajo el presupuesto de una premisa latente, de un general, es posible la conclusión *a similibus ad similibus*», que «entra en juego cuando los objetos han sido hechos comparables, esto es, cuando han sido puestos en una relación de semejanza (esta *extensio* constituye el corazón de la analogía)», ya que «necesita un *tertium comparationis*. Lo verdaderamente problemático en la analogía es este *tertium*. Aunque siempre se ubica en el ámbito de lo provisto de valor y de sentido, la premisa latente es variable, porque el punto de vista de la comparación no es fijo, sino cambiante, aunque en ningún caso puede serlo cualquiera» ... «Lo decisivo es la elección del *tertium comparationis*, bajo el cual es observado lo que se ha de comparar». A. KAUFMANN (99) dice que el «*sentido*», la «*naturaleza de la cosa*», «es el lugar metódico en que se produce la conexión (correspondencia) de realidad y valor».

SCHAWARS-LIEBERMANN VON WAHLENDORF (100) ha afirmado que «los actos de “interpretación” y de “analogía” se hallan ligados a la noción de “naturaleza de las cosas”. Ya que los contornos de los conceptos y la orientación en los encadenamientos de los factores aceptados como parámetro, como elementos de orientación, dependerán de lo que la experiencia haya inscrito en el pensamiento y en la relaciones humanas».

Por otro lado, y aunque ciertamente LUIS FIGA no acude a la naturaleza de las cosas —y no acude por la razón dimanante del argumento del cual parten quienes afirman que existe una separación absoluta y radical entre el mundo del *ser* y el mundo del *deber ser* o sea que ambos forman compartimentos estancos y autosuficientes; por lo cual entienden que un hecho nunca puede ser razón suficiente de una norma (101)—, hemos de hacer notar que, no obstante, poco después de manifestarse en ese sentido, él mismo destaca que, el razonamiento por analogía, por esa razón, es «silenciado por la lógica moderna», pero que, en cambio, «no es silenciado por la ciencia» puesto que ésta recurre la teoría de los «modelos» (102).

La creación científica —dice (103)— consiste en «el establecimiento de analogías fecundas». «El científico organiza datos en estado

(99) *Ibid.*, VII, pp. 90 y s.

(100) H.A. SCHAWARS-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Reflexions sur la nature des choses et la logique du droit*, París, La Haya, Mouton, 1973, *L'analogia* 12, p. 152.

(101) L. FIGA FAURA, *La analogía*, *loc. cit.*, p. 48.

(102) *Ibid.*, p. 51.

(103) *Ibid.*, pp. 53 y s.

bruto y con ellos procede —y éste es el título de una obra de CARNAP— a la *construcción lógica del mundo*. El mundo, físico o jurídico, *no es un dato* y el jurista tiene que acostumbrarse a ver —como el científico— y éste es otro título de una obra de TIERNO GALVAN *la realidad como resultado*».

Permítame mi amigo FIGA que matice esta afirmación suya que no está muy lejos de la genuína noción clásica de la naturaleza de las cosas. Los *datos* que el jurista observa en su mundo, cuando lo vive prácticamente, le sirven para construir la imagen de éste, en la cual: destaca los universales y da nombre a éstos y a los valores que abstrae; ordena instituciones y tipos, y se eleva hasta formular principios. Esta perspectiva es, ni más ni menos, la de la denominada por otros «naturaleza de las cosas»; es una primera imagen, que —advierto yo— debe ser continuamente contrastada con la realidad viva, observando comparativamente ésta y aquélla con *seny natural y bono rahó*.

FIGA sigue haciendo las siguientes consideraciones, con las cuales estoy completamente de acuerdo desde la perspectiva que tengo de la naturaleza de las cosas: «La aplicación del derecho no es una *técnica* repetible con la ayuda de fórmulas, como suponía la hermenéutica tradicional [sólo desde el siglo pasado], sino una *ciencia*; y del mismo modo como las obras de filosofía no enseñan una cosa llamada “filosofía” sino a filosofar, las afirmaciones de los juristas y las decisiones de los tribunales no son recetas que aplicar, sino ejemplos en los que aprender a razonar jurídicamente».

Y concluye: «La analogía no es un delicado toque de la fantasía que el legislador se permite introducir en nuestro ordenamiento legal, ni una concesión a la natural tendencia de los juristas hacia las formulaciones evanescentes y poéticas. Es, por el contrario, un elemento indispensable al derecho para que éste pueda estructurarse como esencia».

Aún, parafraseando un texto de CAMPBELL, recalca:

«La analogía no es una simple ayuda al establecimiento de la ciencia del derecho, es una parte esencial de ésta, sin la cual sería completamente inservible e indigna de este nombre».

5. PRECISIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE LA ANALOGIA

Después de observar las diversas perspectivas de la analogía que acabamos de hacer desfilar ante nosotros, creo que nos resultará más fácil concretar su perfil y resolver las antinomias que, respecto de ella, se observan entre unas y otras concepciones. Trataré de ordenar esas observaciones.

A) ANALOGÍA E INTERPRETACIÓN

No ofrece duda que con el concepto amplio y genuino de la interpretación —el de la *interpretatio* romana clásica— la analogía forma parte importantísima de la interpretación. Pero, si la interpretación se reduce a la intelección y aplicación de las normas, entonces la analogía —como ya observó GENY (104)— queda fuera de ella, salvo si la desfiguramos completamente presuponiendo o fingiendo que el legislador ha percibido lo analógico que escapa a sus palabras.

FELIPE CLEMENTE DE DIEGO (105) contempló con lucidez esa cuestión, al seguir el curso de las dudas que, desde SAVIGNY, ha padecido la ciencia del derecho. En dicho curso observó y mostró varios mojonos. En el primero, situó al fundador de la Escuela histórica del derecho, quién atisbó que la analogía traspasa los límites de lo que el mismo entendía por interpretación de la ley. En esto insistiría también THOL. Luego, le asignaron un carácter mixto: WACHTER, UNGER y WINDSCHEID. Tanto GÉNY —según hemos visto— como JHERING y especialmente DERNBURG y REGELSBERGER, separaron totalmente la analogía de la interpretación, en la concepción contemporánea de ésta, haciendo de aquélla un instrumento independiente de la elaboración jurídica. A juicio de DE DIEGO (106), no hay tal separación tajante y absoluta, sino que «la una, la interpretación, da el punto de partida y cede el paso a la otra, la analogía, exigiendo ésta un perfecto conocimiento de la ley y de los vacíos y lagunas, que ella pretende llenar, por lo que la interpretación la acompaña constantemente sin perjuicio de sus propios medios y criterios».

Para mí, la cuestión queda resuelta, sencillamente, con el retorno a la genuina concepción de la interpretación, que no es otra sino la que hoy se denomina *interpretatio iuris*, de la cual son elementos tanto la *intellectio legis* —impropiamente denominada interpretación—, como la analogía.

B) ANALOGÍA Y LAGUNAS DE LEY

Una tesis bastante general en el derecho continental ha sido que la analogía sólo puede tener lugar en caso de laguna de ley (107). Esta cuestión, sin duda, no se plantea en el *commom law* tratándose del

(104) GÉNY, *op. ult. cit.*, 165, pp. 530 y s.

(105) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, *Discurso de apertura de los Tribunales, del 15 de septiembre 1942, loc. cit.*, pp. 55 y ss.

(106) *Ibid.*, pp. 59 y ss.

(107) Cfr. MARÍA JOSÉ FALCÓN, *op. cit.*, II, 5, 1 D, pp. 79 y ss. que matiza lo que aquí he expuesto sólo en líneas generales.

statute law y del *case law*. Cuando un juez del *common law* —explica ATIENZA (108)— entiende, por ejemplo, que la situación en que se encuentra una compañía de barcos (en relación con las reglas de la responsabilidad que le son aplicables) es semejante a la de un hotelero y no a la de un transportista, como un juez había decidido con anterioridad, no parece que esté llenando ninguna laguna, salvo la que él mismo ha creado al negar la analogía primitiva».

En el derecho continental, la expresada tesis general sólo es aceptable si la existencia de laguna legal no la circunscribimos a las que LARENZ denomina *laguna aparentes*, y que otros autores llaman *lagunas normativas*, y la extendemos a las *lagunas ocultas* —según la terminología de aquel autor— o lagunas axiológicas. Para esto el Código civil español no ofrece dificultad alguna; no la ofrecía en su originaria redacción ni la ofrece hoy en la vigente. En aquella —como hizo notar DE DIEGO (109)— «el adverbio exactamente, que emplea el art. 6.º del Código civil, contribuye a delinear mejor el campo acotado en la ley para dar solución a los casos prácticos». Y, en la nueva redacción, dada en 1974, el carácter informador del ordenamiento jurídico, que el art. 1.º, 4, asigna a los principios generales, implica la posibilidad, además de las normativas, de lagunas *axiológicas* o *teleológicas*. Por otra parte, tratándose de lagunas ocultas, como ha hecho notar certeramente LARENZ (110): «La constatación de la laguna y su integración se basan en las mismas consideraciones, cuando echamos de menos una regla en la ley para un determinado grupo de casos, que se corresponde con una regla dada en la ley para un grupo de casos que han de estimarse valorativamente igual, o cuando una regla legal permite echar de menos una restricción, exigida por su sentido y fin, por una norma de rango superior o por un principio inmanente a la ley. La regla, echada de menos en la ley es entonces, a la vez, la que se ha de añadir para colmar la laguna». «La analogía y la reducción teleológica son, por tanto, operaciones del pensamiento que no sólo sirven para la integración de lagunas, sino además para la constatación de lagunas».

En mi no dilatada práctica como abogado me he encontrado con un caso que reunía estas circunstancias de ayudar a descubrir una laguna y, a la vez, enseñar cómo cubrirla por analogía. Se trataba de un retracto ejercitado por un comunero contra otros dos condueños que habían comprado la cuota a un tercer comunero con dinero presuntamente ganancial. La demanda se apoyaba en que, según el art. 1347, 3.º, C.c., se consideran gananciales los bienes adquiridos durante el matrimonio con dinero ganancial. En cambio, conforme el art. 1346, 4.º, en caso de

(108) M. ATIENZA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, VII, conclusión 14, p. 182, que cita a A. ROSS.

(109) DE DIEGO, *loc. ult. cit.*, p. 48.

(110) K. LARENZ, *loc. ult. cit.*, e, p. 396.

compra directa por un comunero de otra parte indivisa de la misma cosa común, ésta será privativa suya, aunque se pague su precio en dinero ganancial, el cual deberá compensarse a la sociedad al liquidarse ésta. En el recurso de casación, sostuve la aplicación analógica a ese caso, de la norma del 1346, 4.º, para llenar lo que, a la par, significaba una laguna oculta, teleológica y axiológica por reducción teleológica, del art. 1347, 3.º. Razón por la cual, el retracto no resultaba procedente. Pero, como he explicado en otro lugar (111), la cuestión no fue resuelta por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo.

C) DISTINCIÓN DE LA ANALOGÍA RESPECTO DE LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA Y DE LA EXTENSIÓN TELEOLÓGICA

Son muchos los autores que han tratado de distinguir la analogía y la interpretación extensiva. MARIA JOSE FALCON TELLA (112) ha estudiado cuidadosamente diversas opiniones emitidas al respecto, clasificándolas en: a favor y contrarias a la distinción y ha examinado los diversos argumentos aducidos en pro de diferenciarlas y los esgrimidos en contra de la distinción. CASTAN TOBEÑAS (113) explicó que la distinción «es teóricamente clara», pero que «prácticamente» el tránsito «es gradual y casi inadvertido» (114).

A mi juicio, la diferencia entre ambos procedimientos, e igualmente la que media entre la analogía y la reducción teleológica, no radica en el *fundamento* de aquélla, que se halla en la identidad o similitud de *ratio legis*, sino en el curso del *procedimiento*, es decir por el trayecto seguido para determinar el punto de referencia de la similitud. Es algo que —creo— fue observado claramente por FEDERICO DE CASTRO (115) cuando explicó que el procedimiento analógico «presupone la falta de regulación para el caso (inclusive interpretándolo extensivamente) en la institución propia y que, por eso, se buscan semejanzas en las reglas de otras instituciones, para ir ensayando sus principios» (116).

(111) *Retracto y sociedad de gananciales. (lo que la Sala Primera del Tribunal Supremo no resolvió en la S. de 14 de marzo de 1992). R. J. del N.*, 4, octubre-diciembre de 1992, pp. 274 y ss.

(112) MARÍA JOSÉ FALCÓN, *op. cit.*, III, 1, 1-2, pp. 123-132.

(113) J. CASTÁN TOBEÑAS, *loc. ult. cit.*, D, p. 321.

(114) NORBERTO BOBBIO, *Ancora in torno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, *Giurisprudenza Italiana XIII*, col. 98 y ss. Aparece ahí que acepta el criterio de que la interpretación extensiva opera dentro de la misma *species* y la analogía alcanza un *genus* que puede comprender otras *species*. Advierte que con esto no, se obvia el problema del alcance de la prohibición de la analogía.

(115) F. DE CASTRO Y BRAVO, *loc. ult. cit.*, p. 539.

(116) Tanto de la Sala 1.ª (Ss. 22 de septiembre de 1884) como la 3.ª (Ss. 11 de marzo de 1888, 27 de febrero de 1909, 8 de mayo de 1985) del Tribunal Supremo, han recogido esta doctrina.

Me permito añadir, por mi parte, que la analogía no sólo tiene lugar de institución a institución sino, también, dentro de una misma institución, de una norma particular a otra norma también particular que regula otro aspecto de su regulación. El caso que he expuesto en el punto anterior se halla comprendido en la regulación de la sociedad de gananciales: pues, el precepto que contiene la laguna teleológica se refiere a la determinación de que bienes son gananciales y el que aduje por analogía trata de la determinación de cuáles bienes son privativos. En el mismo supuesto, tanto puede decirse que una norma se refiere a la institución de los bienes privativos y la otra a la de la sociedad de gananciales, o bien una al retracto y otra a la compra directa, como sostener que, aún cuando ambas se refieran a la sociedad conyugal, contienen unas normativas distintas entre las cuales cabe la aplicación de la analogía, produciéndose por ella una restricción teleológica en el art. 1347, 4.º y una extensión teleológica de la norma del art. 1346, 4.º, por la analogía del caso planteado con el supuesto de ésta.

D) PARTICULARIDAD DE LA APLICACIÓN DE LA «ANALOGIA IURIS» EN LA PROYECCIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES

Se han llegado a identificar la *analogia iuris* y el recurso a los principios generales del derecho; y así se ha hecho tanto desde la óptica del positivismo jurídico como desde otras perspectivas que lo desbordan y alcanzan los principios ético-jurídicos extrapositivos.

Esta identificación había sido mantenida por BOBBIO en 1957 (117). Antes, escribió CARNELUTTI (118) que las dos hipótesis «son distintas», pero «en realidad se trata de dos grados de un procedimiento idéntico. La analogía requiere siempre la reducción de la disposición expresa a principio, y la diferencia sólo se refiere a la mayor o menor amplitud o generalidad».

Después, en 1962, BARATTA (119) los conjugó, observando el siguiente matiz diferencial entre la aplicación de los principios generales por *analogia iuris*, y en la aplicación de una norma concreta:

«Aplicar una norma significa en efecto hallar la máxima de decisión subsumiendo el caso bajo el supuesto de hecho previsto en aquélla y, por lo tanto, aplicar un mandato. Por el contrario, la máxima de decisión hallada a través de un principio no está fundada en un mandato (que presupone un supuesto de hecho) sino sobre la *ratio* de otro mandato, esto es sobre el «principio normativo» de la regla que-disciplina casos similares (*analogia legis*) o materias análogas (*analogia iuris imperfecta*), o que, por su mayor generalidad, se considera sometido al entero ordenamiento jurídico (*analogia iuris* propiamente dicha).

(117) BOBBIO, voz. *Analogía* en «Novissimo Digesto Italiano», I, 1957, p. 605.

(118) CARNELUTTI, *Teoría general*, 2.ª ed., 39, versión española, p. 117.

(119) A. BARATTA, *Note in tema d'analogia giuridica 2*, «Studi un'ora de Emilio Betti», vol. I, Milán, Guiffrè 1962, pp. 574 y s.

BOBBIO en 1966 (120) aceptó esta matización de BARATTA, y concluyó que, «para hacer posible esa analogía se requiere la condición de la asunción de un principio general y, a su vez, que la norma o normas particulares tomadas en consideración sean consideradas como aplicación específica de aquella norma general inexpresada, viniendo a ser, en definitiva, como una mirilla o un indicio del principio general recabado». También advirtió que la función de los principios generales abarca bastantes más funciones.

La posición radicalmente contraria a la asimilación de la *analogia iuris* al recurso a los principios generales del derecho había sido sostenida, en 1954, por BOSCARRELLI (121). A su juicio, el recurso a los principios generales no puede ser reconducido «a un concepto de especie de la analogía», indicando que, así, se comprueba por «el hecho de que ninguno de los elementos característicos de la analogía es común a los principios generales». Además, si «la palabra “analogía” es apropiada para designar el procedimiento que se funda en la semejanza de los casos, no lo será para aquéllos que se fundan en la relación existente entre norma expresa y norma no expresada». BOSCARRELLI no desconocía la explicación que ASCARELLI había dado de la *analogia iuris*, «como la aplicación de una norma expresa a un caso no contemplado en su fórmula, pero “comprendido en el ámbito de los principios generales inexpresados que la norma presupone en su expresión formal”, descendiendo paso a paso de un principio a otro subordinado, hasta individualizar uno que comprenda el caso que ha de resolverse». Pero, a esto, opuso que «una norma puede ser aplicada a un caso no contemplado en ella sólo en cuanto, con respecto a ese caso, resulte válida la *ratio legis*, entendida como razón suficiente de la norma».

Esa distinción, sin embargo, no resulta decisiva si consideramos que toda *ratio —iuris o legis—* puede formularse en forma de principio o regla más o menos general. La aplicación de los principios puede efectuarse directamente —interpretando una norma u operando de modo supletorio— o bien indirectamente por razón de su semejanza con otra u otras normas en las cuales resplandece ese principio; y, en ese caso, la aplicación analógica consiste en este procedimiento indirecto. Así lo advierte F. DE CASTRO (122), quien señala que se da un escalonamiento en el recurso analógico, según refleje la norma a la que se recurre ya sea un principio de carácter general extrapositivo o positivo o una regla de carácter especial.

(120) BOBBIO, voz *Principi generali de diritto*, en «Novissum Digesto Italiano, XIII, 1966, pp. 895 y s.

(121) MARCO BOSCARRELLI, *La analogia giuridica*, 3 B, *Rev. Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, 8, 1954, pp. 649 y ss., especialmente 654 y 655.

(122) F. DE CASTRO, *loc. cit.*, p. 539 y su nota 5 párrafo 2.^o.

En todos estos casos, como matiza muy bien ATIENZA (123) «la analogía sería el procedimiento discursivo y los principios un material necesario para el mismo» (124).

E) «ANALOGÍA LEGIS» Y «ANALOGÍA IURIS».

Hemos visto, antes (125) que BOBBIO diferencia funcionalmente la *analogia legis* y la *analogia iuris*. Según él las entiende:

— La estructura de aquélla forma un *quaterno terminorum*, estableciéndose la similitud, a través del cuarto término, en la línea superior del rectángulo. Por ello puede diseñarse el proceso de la analogía de ley, tal como muestra en el ejemplo que allí le hemos transcrito.

— En cambio, considera que la *analogia iuris* es integrada por un proceso ascendente de abstracción y otro descendente de subsunción, formando un triángulo en cuyo vértice superior se haya el principio general común.

Esa dualidad, ya antes, había sido negada. Así BLAS PEREZ y JOSÉ ALGUER (126) estimaron que la analogía «crea un principio más amplio que el contenido en la norma extendida, y, por tanto más general que ella; y que representa la indagación de un principio superior que, subordinando a él los dos datos particulares, puede coordinarlos». En consecuencia, concluían: «La distinción entre *analogia legis* y *analogia iuris* sólo tiene, a nuestro juicio, el valor relativo y de puro matiz que hemos asignado a la distinción entre normas particulares y generales».

Después, BOSCARRELLI (127) ha rechazado radicalmente esa distinción por el mismo motivo por el cual niega la identificación entre *analogia iuris* y principios generales, sentando esta afirmación: «Es del todo ilusoria —ha escrito— la pretensión de distinguir entre *analogia legis* y *iuris*, asumiendo que mientras con la primera se determina el contenido de una norma existente, comprobando que ésta disciplina también el caso similar no contemplado, mientras que con la segunda se pone la norma que reglamenta el caso similar».

Notemos que, en todo caso, la diferencia estructural entre *analogia legis* y *analogia iuris*, afirmada por BOBBIO, queda difuminada para aquellos autores —como F. DE CASTRO y E. BETTI— que conside-

(123) M. ATIENZA RODRÍGUEZ. *op. cit.*, 7, Conclusión 18, p. 185.

(124) En este sentido MARÍA JOSÉ FALCÓN. *op. cit.*, III, 1, 2, 6, pp. 1431 y s.

(125) *Supra* 3, C. párrafos que siguen a la nota 61.

(126) BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER MICÓ. *Notas al vol. I del Tratado del Derecho civil*, de LENMECCERUS-H.K. NIPPERDEY. Barcelona, 2.^a tirada 1943, p. 223.

(127) M. BOSCARRELLI. *loc. ult. cit.*, p. 654 y su nota 116.

ran la analogía siempre basada en un principio superior, sea de mayor o de menor grado, que determina una paridad de *ratio decidendi*.

FEDERICO DE CASTRO (128) explicó así la diferencia entre una y otra forma: «Se hablará de *analogia legis* cuando es suficiente acudir a las reglas de sólo otra institución, y de *analogia iuris* en el caso de que sea necesario utilizar reglas de varias instituciones».

ATIENZA (129) subdistingue y matiza que podría hablarse «de un uso más o menos amplio de los principios, o mejor, de principios normativos extraídos de una norma (*analogia legis*), de un grupo de normas, por ejemplo, las que se refieren a una determinada institución (*analogia iuris imperfecta*), o de las normas del ordenamiento jurídico en su conjunto (*analogia iuris*)».

En suma, como había concretado BARATTA (130), «la diferencia no es de naturaleza; sino que sólo dimana de «la mayor o menor generalidad del principio adoptado para obtener la máxima de decisión», en el medio eurístico al que se recurre, a fin de hallar aquel principio mediador, que puede resultar de la semejanza del caso no regulado con un caso regulado, del examen de un grupo de normas que disciplinan la materia a la que atañe el caso por regular, o, en fin, de examinar el complejo entero de las normas jurídicas».

A. KAUFMANN que —como hemos visto— apoya la analogía en una «premisa latente» que exige la «identidad de la *ratio legis*, o bien de la *ratio iuris*», advierte en la nota (131): «La distinción usual entre “analogía legal” y “analogía del derecho” ningún papel desempeña en este asunto. En todo caso, es discutible».

Creo yo que es obvia la explicación de este rechazo por A. KAUFMANN de todo criterio funcional a esta distinción, puesto que él apoya la analogía en la mediación de la naturaleza de la cosa, como *tertium* en el que halla la premisa latente; y, considera que en la naturaleza de la cosa se halla (132) el sentido tanto de la relación principio general-situación vital, en unos casos, como de la relación norma-situación vital, en otros.

F) LA ANALOGÍA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Antes de la reforma del título preliminar de 1975, la jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ya venía aceptando la determinación del derecho por analogía (Ss. 3 de febrero de 1911, 13 de diciem-

(128) F. DE CASTRO, *loc. ult. cit.*, p. 539 y su nota 5 párrafo 1.º.

(129) M. ATIENZA, *loc. ult. cit.*, párrafo que lleva la nota 9.

(130) BARATTA, *loc. ult. cit.*, 3, p. 576 y s.

(131) A. KAUFMANN, *op. ult. cit.*, V, nota 93, p. 80.

(132) *Ibid.*, VII, pp. 90.

bre de 1913, 13 de marzo de 1916, 24 de junio de 1924, 5 de diciembre de 1925, 28 de marzo de 1944, entre otras). CASTAN TOBEÑAS (133), siendo Presidente de este más Alto Tribunal, escribió con toda claridad: «El Tribunal Supremo acepta sin escrúpulo el procedimiento analógico, aplicándolo como principio del derecho a través del axioma de que “donde existe la misma razón debe ser idéntica la regla aplicable”».

En la reforma del Código civil de 1974, el innovado art. 4, 1 y 2, ha recogido este recurso:

«Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.»

«Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos en ellas» (134).

Según DIEZ-PICAZO y GULLON BALLESTEROS (135) la *analogia iuris* «hay que entenderla implícita en los principios generales de derecho, en este caso del derecho positivo, cuando han de aplicarse como fuentes del derecho».

El examen de aquellas normas de las cuales no cabe hacer extensión analógica, además de las indicadas en el art. 4, 2, C.c., ha sido cuidadosamente efectuado por MARIA JOSE FALCON TELLA (136), que extiende ese estudio a los derechos penal, civil, mercantil, internacional, tributario, constitucional, administrativo, canónico, procesal y del trabajo.

La *Compilación foral de Navarra*, en su ley 5, dice así:

«ANALOGIA. Antes de aplicarse el derecho supletorio, deberá integrarse el derecho privativo mediante la racional extensión analógica de sus disposiciones.»

(133) J. CASTÁN TOBEÑAS. *op. ult. int.*, Sec. 3.^a, V, 4, F. p. 326.

(134) ARTHUR KAUFMANN, *op. ult. cit.*, VII, pp. 101 y s. explica que la analogía no está prohibida en el derecho penal, sino en el ámbito del principio «nullum crimen sine lege», que significa que el tipo de la acción punible debe ser establecido por la ley. Pero este principio no implica una prohibición estricta de la analogía, para lo cual sería preciso que el delito pudiera ser establecido «mediante conceptos unívocos, excluyentemente definidos»; por lo cual, entiende que «la analogía está permitida en el derecho penal hasta el límite del tipo de ilicitud». Se dirá, —advierte— que en ese caso, «se puede hablar, en vez de analogía de “interpretación teleológica”, pero con esto el asunto no cambia nada».

(135) LUIS DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS. *Sistema*, 12, III, p. 214.

(136) MARÍA JOSÉ FALCÓN, *op. cit.*, IV, pp. 189-284.

6. NATURALEZA, FUNDAMENTO Y ESTRUCTURA FUNCIONAL DE LA ANALOGÍA

Los autores que han defendido concepciones diferentes y hasta contradictorias de la analogía, hacen depender su naturaleza y la finalidad motriz del fundamento —diverso en unos y otros— que le atribuyen. Depende de que, como fundamento de la analogía entiendan: sea una razón de derecho positivo, una razón constitutiva de un principio ideal —sea éste ideal o valorativo— o bien una razón mixta de principio y de naturaleza de la cosa o, en fin, que lo hallen por entero en la naturaleza de las cosas, en el sentido omnicompreensivo de esta expresión. Según cuál de estos fundamentos se tome como punto de partida, evidentemente, se entenderá la analogía constituida con una naturaleza distinta y de una estructura diferente.

No voy a insistir en lo que entiendo por naturaleza de las cosas, pero sí creo preciso recordar que, conforme su concepción clásica, dimanen de ella y se integran en ella: unos «universales» abstraídos íntegramente que, en derecho, constituyen las instituciones vividas y los tipos de cada «cosa» jurídica; unos valores abstraídos por división o composición, con sus pautas, y una escala de principios, desde los primeros obtenidos por *syndéresis* hasta las series que forman los de ulterior grado, que van siendo concreciones de aquéllos, cada vez más precisadas, realizadas en contacto con la realidad. También, emanan de ella determinaciones, *ex ipsa natura rei*, efectuadas con el *sensum naturale* y la *naturalis ratio* atendiendo a la cosa tanto en sí misma y en sus relaciones con las demás, como a las consecuencias de ellas dimanantes.

Si las ciencias físicas parten de hipótesis inducidas, pero sometidas a una constante comprobación experimental, similarmente en la vida práctica del derecho las concreciones de los principios, valores y las determinaciones consecuentes deben estar sometidos a un continuo contraste que debe efectuarse en cada nuevo supuesto que se presente; pues: «*minima mantatio facti, mutat totum ius*» —como dijo al olotense FONTANELLA— (137).

Es coherente en un sistema así, constitutivo de una verdadera ciencia práctica, que la analogía sea una pieza tan importante que se haya llegado a decir —como ha dicho ARTHUR KAUFMANN (138)— que el pensamiento a través de la naturaleza de la cosa es, precisamente, por analogía (139).

(137) J.P. FONTANELLA, *Decisiones Sacri Senetus Cathaloniae*, desc. XCVI, 5; cfr. ed. Lugduni 1668, p. 193.

(138) ARTHUR KAUFMANN, *op. ult. cit.* VIII, p. 104.

(139) Mi querido amigo LUIS FIGA debería contrastar lo que dijo en su estudio *La analogía*, p. 48 a 50, de neto sentido positivista, con lo que luego concluyó, desde el final de la página 53 hasta la terminación de su texto, donde dice que la «analogía no es un delicado toque de la fantasía que el legislador se permite introducir en nuestro ordenamiento legal», y que, en la ciencia del derecho las afirmaciones de los juristas y las decisiones de los tribunales son «ejemplos en los que aprender a razonar jurídicamente». Tienen, por lo tanto, un fundamento objetivo más allá de lo legislado.

No es contradictorio con ese modo de elaboración jurídica que las leyes positivas —ya sean éstas determinaciones o bien conclusiones de esa naturaleza de las cosas—, dentro del ámbito que respectivamente les corresponde, deban ser tenidas muy en cuenta, al efectuarse esa labor jurídica.

Visto esto, creo que podemos ya centrarnos en determinar cuál es la estructura formal de la analogía fundamentada en la naturaleza de las cosas.

En el derecho romano clásico la analogía se basaba en la semejanza del caso cuestionado con otro resuelto de determinado modo, sea en una ley, en una disposición pretoria o bien en interpretaciones, efectuadas en anteriores *responsae*, por él mismo o por otros jurisconsultos. Hoy la analogía debe basarse en una norma, ya sea legal, consuetudinaria o bien jurisprudencial que constituya doctrina legal.

Estas normas —o mejor la solución por ellas de su caso respectivo— pueden constituir un *punto de referencia* para tratar de resolver un caso —que es el *referente*— no resuelto satisfactoriamente en otras normas (sea a causa de padecerse una laguna normativa o bien teleológica). Entonces, la similitud entre ambos casos es el *síntoma* de que puede existir analogía. Pero, para que la haya es esencial que esta *similitud* responda a una *ratio* que sea *común* a ambos supuestos normativos.

Esta *ratio*, sin duda, debe ser jurídica —es decir, debe ser una *razón de justicia*—. Lo cual no significa que tenga su fundamento en una concepción idealista, meramente ideológica. Ni, por el contrario, tampoco tiene una base positivista; pues los principios generales del derecho no siempre se inducen del ordenamiento legislado, y, por otra parte, los más altos, son supralegales.

Lo fundamental es que toda *ratio* responda, en líneas generales, a un principio ya sea el principio específico de una institución, el de un conjunto de instituciones de derecho (v.gr. los que fundamentan el derecho de obligaciones o de sucesiones), el de una disciplina jurídica (derecho civil, penal, mercantil, laboral, etc. etc.), los del derecho en general (principios generales *del* derecho) o bien ético-jurídicos, y que los ponga en relación con una situación real viva.

Esa *ratio*, como hemos visto al tratar de la analogía en general, puede consistir en la *atribución* de una *cualidad* a un sujeto (buena fe o mala fe), o de una calificación (culpa, dolo, morosidad, diligencia sea la de un buen padre de familia o la de un buen comerciante), o bien en la determinación de cierta *proporcionalidad* (tratándose de la justicia distributiva), o, en fin, de una *similitud* o *identidad* de razón entre dos casos. Naturalmente, el *quid* radica en que se trate de una *razón suficiente*.

La denominada *falacia naturalista*, no es tal, por la razón de que el hecho jurídico —al que se refirió el *ex facto ius oritur* de BALDO— es un hecho observado teleológica y axiológicamente en relación a alguna acción humana; no a un mero hecho bruto.

Ahora bien, por otra parte, podría objetarse a la perspectiva que ofrece la analogía, al observarla desde la concepción de los principios de derecho, lo mismo que PAULO (140) dijo de las reglas de derecho: «*Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*». Para evitarlo en la *Wertungsjurisprudenz* se trata, en general, de ajustar el principio mediante sus concreciones tipológicas efectuadas conforme a la naturaleza de la cosa, o bien desde otras perspectivas mediante atender a los elementos de hecho que resulten decisivos. Pero, de todos modos, en esa corriente alemana, al efectuar esa concreción, se produce, en definitiva, una prevalencia de la perspectiva generalizadora respecto de la individualizadora.

Como ha escrito SCHWARS-LIEBERMANN (141): «es verdad que “el sentido de un hecho..., no puede ser puesto en relieve sino en el contexto de una idea”. Pero esta “idea”, que permite calificar, halla sus raíces en una reflexión que es provocada por los hechos, a la luz (a veces inconsciente) de un “juicio de valor” impuesto por los hechos en función de este último “encuentro” de hecho y de valor. De la misma manera la noción de “facticidad” abstracta es una noción que podría calificarse de “ideología”».

En cambio, en la perspectiva de la naturaleza de las cosas que tuvieron los jurisconsultos romanos clásicos, los comentaristas y conciliadores, cultivadores del *mos italicus* —no así en los glosadores—, para determinar una *ratio* que justifique suficiente la analogía, debe atenderse a la cosa en sí misma y a las consecuencias de la misma dimanante, para poder así precisar y concretar, en cada caso, si existe una identidad o una similitud de razón suficiente para que pueda invocarse la analogía. Cualquier variación en el supuesto de hecho puede dar lugar a que deje de haber identidad de *ratio* suficiente para que por analogía se aplique aquel principio —más o menos general o concreto— que rija el supuesto de referencia, porque, por esa variación, puede ocurrir que aquél no resulte adecuado en el supuesto que se trate de resolver. Esta disparidad puede dimanar de alguna diferencia, en cada supuesto de hecho, que sea jurídicamente relevante, o bien de la incidencia, en el mismo, de algún elemento valorativo, que no se hallaba en el supuesto de la norma tomada como punto de referencia (así puede interferirse algún género de culpa, abuso del derecho, actos propios, enriquecimiento injusto, etc. etc., o bien de buena fe, error sustancial o cuantitativo, etc.).

El pensamiento tipológico, inherente a toda reflexión basada en la naturaleza de las cosas, brindará una serie de tipos que facilitan el juicio analógico.

(140) PAULO, *Dig.*, 50, 17, 1.

(141) Cfr: SCHWARS-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *loc. ult. cit.*, 10, p. 118. También en ese sentido LARENZ, *loc. ult. cit.*, 2, b, nota 30, p. 374.

Podemos encontrarnos además, con que, en la conjunción de diversos principios —en lo que hemos denominado «parlamento de los principios»—, unos de ellos neutralizan o bien modalizan a los otros, dándose lugar a que la posible analogía tenga un alcance, mayor o menor, o, incluso, que no pueda recurrirse a ella.

Para acabar de precisar el encaje de la analogía en la naturaleza de las cosas, conviene recordar que PLACENTINO DE MONTPELLIER (142) había advertido: «*Aequitas est rerum convenientia, quae paribus in causa paria iura desiderat*». La equidad brotada de la naturaleza de las cosas —de la *rerum convenientia*—, reclamaba la analogía; pero, no consideraba que debiera atenderse a una equidad puramente natural, sino mixta con la tradición del derecho positivo; es decir, injertada en ella —«*Aequitas debet attendi non pura naturalis sed mixta et ex traditionibus iuris positivis*», dijo MIERES (143)—, así mismo tampoco la analogía ha de ser puramente natural sino mixta, según la tradición del derecho positivo.

Ese encaje de la naturaleza de las cosas con el derecho positivo en el juego de la analogía, consiste fundamentalmente en que la norma a la que se acude, como punto de referencia, es una norma de derecho positivo, mientras que la razón está fundada en la naturaleza de las cosas, que está reflejada en la constitución específica o genérica de los primeros fundamentos ético-jurídicos según la propia tradición. Es decir, en su reflejo observado en los datos objetivos determinantes de la *ratio iuris* y la *ratio legis* de la norma tomada como punto de referencia y estimada extensiva, por analogía, al supuesto de hecho que dada su analogía pretende resolverse.

Sin duda, esa *ratio* responde a un fin jurídico, pero implica algo más que un fin. Como dijo MIERES (144), invocando a PAPIAS a través del canonista boloñés GUIDO DE BAYSIO, «*ratio est mentis motus in iis que dicuntur discernere vel convincere valens*». Es la razón justificante del *cómo* y del *por qué* para la consecución de ese fin por el cual se sigue esa norma, esta pauta o aquel principio. Es una razón suficiente que, para serlo, deberá resultar prudencialmente convincente, porque en las ciencias prácticas no hay saberes ciertos ni lógica exacta, sino determinaciones prudenciales. Solamente así la analogía es justificable.

Llegados a este punto, vemos, a la par, que si bien la analogía está basada en la estructura de las cosas, la propia analogía nos ayuda a descubrirla; pues, ésta se utiliza a la vez que aquélla se descubre y viceversa.

(142) PLACENTINO DE MONTPELLIER. *Summa Institutionum*, I, 1, 1.

(143) T. MIERES, App. II, VIII, II, 30, p. 162.

(144) *Ibid.*, I, II, I, 35, p. 14.

No digo con esto nada novedoso ni extraño. Un estudioso de la lógica jurídica como CHAIM PERELMAN viene a explicarlo.

De entrada, debemos advertir que PERELMAN rechaza (145) la teoría positivista dimanante de los análisis de HUME, que no admite que «un juicio de valor o una norma puedan derivar de un juicio de hecho» —tesis que él ya había criticado anteriormente (146)— y, en cambio, sigue el criterio de «la tradición aristotélica, que admitía una razón práctica aplicable a todos los campos de la acción, desde la ética hasta la política, y que justificaba la filosofía como búsqueda de la prudencia». Su planteamiento lo enfoca con esta pregunta (147): «¿No podría hacerse un análisis analógico partiendo de los razonamientos en los cuales están implicados los valores y consiguiendo destilar, de este modo, lo que se podría llamar una lógica de los juicios de valor?». Su respuesta es que la dialéctica o arte de la discursión «se presenta como el método apropiado para la solución de problemas jurídicos, como son los que conciernen a los fines de la acción, en que están comprendidos».

En apoyo de mi anterior aserto me cabe aducir aquí, que entre los razonamientos dialécticos o retóricos —según dice el mismo PERELMAN (148)— hay que dejar un sitio importante a los argumentos que se fundan en la estructura de lo real, como son el razonamiento por medio de ejemplos o el modelo o la analogía, merced a los cuales «se extraen regularidades, leyes o estructuras, que sirven de base a los argumentos fundados sobre la estructura de lo real».

«El razonamiento por analogía —prosigue (149)—, cuyo valor es muy discutido en la metodología científica, ha sido limitado en esta última. Se ha admitido su función heurística, como instrumento de invención de hipótesis, pero se le ha negado todo el valor probante. Es normal, por otra parte, otorgar a la analogía un estatuto subordinado si se dispone de un criterio experimental que permita comprobar el valor de las hipótesis. Sin embargo, en muchos campos, especialmente en la filosofía, la analogía, tal como yo la concibo, constituye un modo de razonar esencial e ineliminable.

»La analogía plantea una proposición: *a* es a *b*, como *c* es a *d*. Se trata de esclarecer por medio de una relación conocida (*c* es a *d*), a la que nosotros llamamos el foro, una relación menos conocida, (*a* es a *b*) que es el tema del discurso. La relación asimétrica entre el tema y el foro distingue la analogía de la proposición matemática en que la igualdad de las relaciones es simétrica. En la proporción matemática se

(145) CH. PERELMAN. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, 49, pp. 133 y ss.

(146) *Ibid.*, *Droit. morale et philosophie*, París, L.G.D. y J. 1968, pp. 65 a 68.

(147) *Ibid.*, *La lógica jurídica y...* 50, pp. 135 y ss.

(148) *Ibid.*, 67, pp. 169 y ss.

(149) *Ibid.*, 68, pp. 171 y ss.

establecen relaciones puramente formales entre elementos homogéneos. Esta homogeneidad es inconcebible en la analogía, cuya función epistemológica es hacer conocer mejor y estructurar o evaluar mejor el tema gracias al foro y presupone la heterogeneidad de los elementos».

El uso de la analogía, «en lugar de constituir una hipótesis de trabajo, sometida a control de la experiencia, como ocurre en el caso de la ciencia, conduce a una concepción filosófica o teleológica de lo real, estructurado por la analogía.

»Una vez admitida, la analogía puede, integrándose en la lengua, suministrar, gracias a la *catácrisis*, un modo de expresión tan usual e indiscutible que el aspecto metafórico de la fórmula pasa inadvertido, a menos que de una u otra manera se despierte la metáfora dormida».

Al razonamiento deductivo, por «encadenamiento de ideas», utilizado por DESCARTES, que «no es más sólido que el más débil de sus eslabones», si se le contrapone una argumentación que «no contempla como una cadena, sino como un tejido, no es difícil admitir que la trama de éste puede ser más sólida que cada uno de los hilos que entran a formarla».

Al decir esto, se refiere a la analogía. De ella dice que aceptarla «es aceptar las consecuencias que de ella se desprenden, sea para estructurar o para evaluar los elementos de lo real. Resulta de ello que toda filosofa original, que introduce una nueva visión del mundo, va acompañada de una nueva analogía fundamental que trata de justificar gracias a su sistema argumentativo».

Como ha dicho SCHWARS-LIEBERMAN (150): «El razonamiento observador es un razonamiento comparativo. Surgido de la comparación fija los encadenamientos sucesivos que son comparativos. Se trata efectivamente de una jerarquía de sistemas de reenvío; pero, a diferencia de lo que dice la teoría pura del derecho, no es en función de un sistema formal de criterios positivistas de normas, desde la ley hasta la “norma fundamental”, sino en función de agrupaciones de puntos de enlace que establece el razonamiento, la conciencia de los hombres, la sociedad...».

Ese es el modo —según después (151) explica— como «captamos la “lógica de la cosa” (ya que esto es precisamente la “naturaleza de la cosa”».

«La naturaleza de las cosas, en su “relevancia” para el derecho, resulta —dice (152)— de una tipicidad de efectos relacionales y de

(150) SCHWARS-LIEBERMANN VON WAHLENDORF *loc. cit.*, 11, p. 180.

(151) *Ibid.*, cap. *Logique et rethorique*, 1, p. 113.

(152) SCHWARS-LIEBERMANN, *op. cit.*, *L'analogie*, 10, pp. 177 *in fine* y s.

juicio acerca de ellos... Esta tipicidad, después de haber superpuesto un suficiente número de casos reconocidos como similares, establece (como todas las demás) la abstracción de los datos regulares (típicos, “definitivos”). De ahí se obtiene la estructura lógica que es la base ontológica que nos facilita el juicio acerca de la identidad, similitud o proporcionalidad de razón que fundamenta el tratamiento por analogía».

Como vemos, con esos razonamientos comparativos, en una perspectiva tipológica de lo real, se observan y comprueban, las lagunas teleológicas, o axiológicas; y, a la vez, la analogía que sirve para cubrirlas.