

La integración jurídica y la analogía

José Gerardo Liévano Chorro

Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Abogado y Notario. Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Docente Universitario. Autor de "La Moral y el Derecho". Actualmente Secretario General del Centro Nacional de Registros.

AGRADECIMIENTO Y ACLARACIÓN NECESARIA.

Deseo, ante todo, presentar mis agradecimientos a la Universidad Tecnológica de El Salvador por permitirme publicar este artículo; en particular a su Facultad de Derecho, a sus distinguidas autoridades académicas y a los encargados de esta prestigiosa Revista "Ley. Derecho. Jurisprudencia", especialmente a su Director, mi dilecto amigo Doctor Mauricio Ernesto Velasco Zelaya.

Congratularnos también, por las valiosas publicaciones que en ella aparecen y que, cada vez más, están contribuyendo a la difusión del pensamiento jurídico nacional y extranjero.

Es preciso aclarar a los lectores, que el presente artículo tiene su base en los apuntes de las clases de Filosofía del Derecho, que tuve el agrado de impartir hace más de dos décadas, en facultades de derecho de varias universidades nacionales. Por ello, el artículo está dirigido principalmente a los alumnos que cursan jurisprudencia o ciencia del derecho, en esa materia.

1. UBICACIÓN DEL TEMA.

En esas clases, y luego de hablar de los dos principales campos de acción de la filosofía general que también, según Zubiri, la conceptualizan: una forma del conocimiento humano y una forma de vida, indagábamos en la usanza tradicional de aquella, sobre los temas capitales de la filosofía del derecho, esto es, a semejanza de los que confronta la filosofía general, sobre los problemas del ser, del conocer y del obrar: la ontología, gnoseología y axiología jurídicas. Y decíamos que, en principio, debíamos estar conscientes del cambio que se había experimentado en la filosofía general con lo que García Morente llama "revolución copernicana", la cual se hizo presente a partir de Descartes y fue rematada por Kant: que la filosofía general enfrentaba en primer lugar el problema metafísico o el cuestionamiento sobre el ser, pero que después de los sistemas cartesiano y kantiano el tema primero es el gnoseológico, todo lo relativo al conocimiento mismo y a su problemática: ¿Qué es el conocimiento? ¿Es posible conocer? ¿Qué es lo que se conoce? ¿El conocimiento es puramente racional o es empírico?

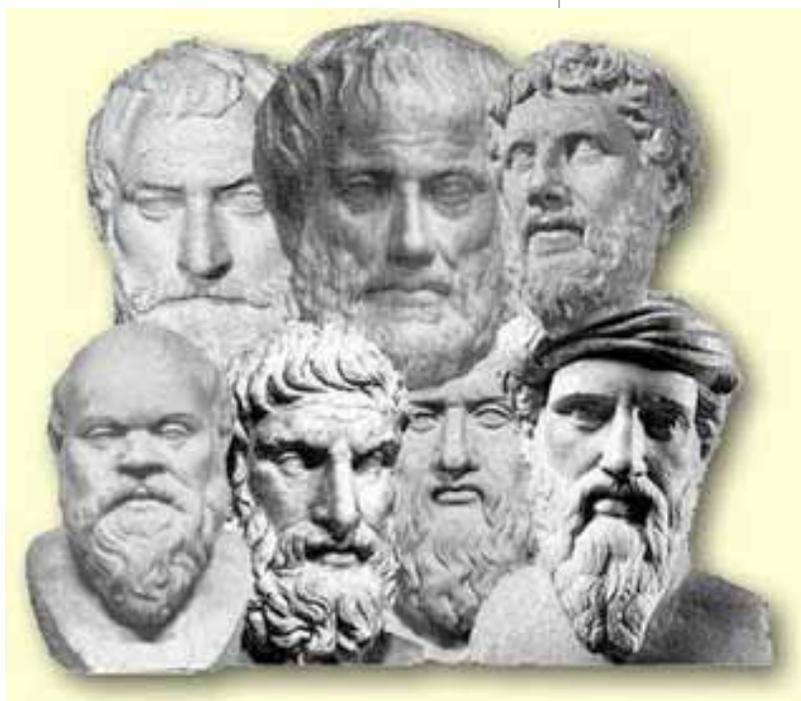
La pregunta sobre lo que se conoce o al menos sobre lo que se pretende conocer, como es sabido, conduce en la formulación moderna no a la pretensión de conocer al Ser con mayúscula y a los seres, sino al objeto, es decir, no únicamente al ser, sino a todo aquello que se presenta al sujeto cognoscente; todo aquello que lo enfrenta.

Decíamos también en el inicio de esas clases, que la filosofía del derecho al igual que la filosofía general, era una forma especial del conocimiento: el conocimiento filosófico sobre ese objeto que se llama derecho.

La consecuencia de lo dicho, es que el primer tema a abordar en la materia, debió ser el gnoseológico. Sin embargo, tomando en cuenta que en la filosofía jurídica contemporánea, el problema ontológico es el capital, es decir, la realidad del derecho o lo que el derecho es en realidad, al cual se puede llegar desde

un plano normativo o desde un plano axiológico; y también por la brevedad del año lectivo, casi sólo hacíamos referencia a la ontología jurídica exponiendo, en apretada síntesis, lo concerniente a ese objeto cultural y a la pretensión de su definición in genere o al concepto universal del derecho inquirendo sobre la pregunta **¿Quid jus?**

Así, hacíamos referencia a los principales conceptos del derecho, sobre todo, a los que presentan mayores dificultades de comprensión; por ejemplo, al de Stammler: Derecho es el querer vinculatorio, autárquico e inviolable; principalmente a esta última parte del concepto. O a la de Cossio: Derecho es conducta en interferencia intersubjetiva. O a la definición tridimensional de Reale que complementa Recaséns Siches, por la cual, Derecho es vida humana social, de forma normativa, encaminada o que se orienta a la realización de determinados valores.



En atención a lo hasta aquí expresado, hemos elegido para este artículo el tema de la integración del derecho, el cual se inserta en el vasto campo de la ontología jurídica y, concretamente, como parte del estudio sobre la eficacia del sistema normativo.

Por otra parte, el lector debe comprender que el tema que abordaremos, supo-

ne ya tratado –y superado– el problema de la existencia misma de la filosofía del derecho, e inclusive, el de la existencia de la ciencia del derecho o jurisprudencia, también negada por varios autores, entre los que destaca Kirchmann para quien lo que realmente existe, es el mandato del derecho positivo y no ninguna ciencia jurídica.

Con tales aclaraciones, haremos una breve excursión sobre el sistema normativo, distinguiéndolo de otro concepto: el orden jurídico, y en aquel, al tema de las lagunas o vacíos de la ley, y a uno solo de los medios de integración, el principio de la analogía.

2. ORDEN JURÍDICO Y SISTEMA NORMATIVO.

Contemporáneamente, en la especulación filosófica y en el tratamiento científico del derecho, han sido distinguidos los conceptos de orden jurídico y de sistema normativo jurídico, muchas veces confundidos en la creencia de ser expresiones sinónimas.

De acuerdo a Eduardo García Máynez en su obra *Filosofía del Derecho*, por orden jurídico se entiende, el orden concreto



y real que resulta de la sujeción a esa categoría o clase de normas, por parte de aquellos a quienes ellas se dirigen, esto es, de parte de quienes deben obedecerlas y de parte de quienes deben aplicarlas.

En cambio, el sistema normativo jurídico –que es una parte del orden jurídico– se le conceptúa como el conjunto de los preceptos integrantes de la regulación bilateral, externa y coercible de la conducta humana. O de otro modo dicho, es el conjunto de normas que el Estado crea o reconoce para la regulación del comportamiento humano.

El sistema normativo así entendido, es el criterio ordenador del material ordenable, en este caso, de la conducta humana social y que da como resultado un orden normativo.

A la distinción expresada, han conducido los asertos tomados del pensamiento de varios autores, en el sentido de que el derecho no es una norma, ni un conjunto de normas, sino conducta humana social regulada por normas; es decir, por juicios que tienen la forma y la estructura lógica de normas. Vale decir, no regulación por medio de juicios enunciativos sino de juicios preceptivos. No A es B sino A debe ser B.

Dicho en otro giro: Derecho es conducta o comportamiento humano social o intersubjetivo, regulado por juicios que tienen la estructura lógica de normas y que persigue realizar finalidades valiosas.

Por tanto, lo decisivo en el concepto de orden jurídico normativo y en último término en el concepto del derecho, no es tanto la estructura formal o lógica

-la norma- criterio ordenador, sino lo resultante o el producto de ese sistema: las conductas ordenadas.

Atento a lo dicho, en el tema que abordaremos relativo a la integración jurídica, cabe válidamente decir, que los vacíos, lagunas o fisuras que pueden haber, en realidad se presentan o pueden tener lugar en el sistema normativo jurídico, pero no en el orden jurídico, del cual se predica su plenitud hermética o integridad o "completezza" como se dice por los juristas italianos. Por ello, el sistema jurídico puede ser incompleto; pero el orden jurídico no admite la existencia de vacíos o lagunas.

Lo antes dicho, en formulaciones anteriores en la ciencia y en la filosofía del derecho se expresaba diciendo, que la ley tiene lagunas, pero que el derecho no puede tenerlas.

Al respecto el iusfilósofo español Luis Legaz Lacambra en su obra Filosofía del Derecho, dice que el derecho legislado y el derecho consuetudinario tienen lagunas, pero que el orden jurídico -nosotros hemos dicho para mayor claridad, el sistema normativo- no puede tenerlas.

A dónde no llegan las fuentes legislativa y consuetudinaria tiene que llegar, dice, la actividad jurisdiccional como fuente de derecho.

3. LAS FUENTES DEL SISTEMA NORMATIVO.

Con rigurosidad, en lo que aquí interesa y con prescindencia de otros sentidos que tiene el concepto de fuentes del

derecho, por ejemplo, fuente del conocimiento jurídico; fuente creadora del derecho como hecho de la vida social; autoridad creadora del derecho; fundamento de la validez de las normas jurídicas, entendemos por fuente del derecho o fuente formal del derecho, los procesos formalmente regulados para la producción de las normas jurídicas.

Dicho de otro modo, las fuentes del Derecho son las supuestas de cuya realización se hace depender el nacimiento de normas jurídicas. Y como tales supuestos son establecidas por otras normas del sistema, es necesario en palabras de García Máynez, que la regulación de dichas fuentes presuponga la exigencia de normas que las gobiernen y, por consecuencia, la existencia de una fuente originaria o fuente de las fuentes, de la que las otras derivan y en la que tienen el fundamento de su legitimidad; esto es, presuponen la existencia de una norma básica, Constitución en sentido lógico jurídico o Constitución en sentido jurídico positivo.

Así, el derecho regula su propia creación y su propia reforma.

Entendida de esa manera la expresión fuentes del derecho, o mejor dicho, fuentes formales de éste, a menudo se enseña que tales fuentes son en gradación jerárquica en nuestro derecho positivo, la Constitución, el tratado Internacional, la ley, el reglamento, la costumbre delegada, el instructivo.

Pero si bien se mira, ellas no son fuentes formales del derecho, sino productos de esas clases de fuentes o modos de expresión del derecho.

Las fuentes formales como se ha dicho, son los procesos de creación de las normas jurídicas generales e individualizadas: la legislación, la actividad consuetudinaria, las actividades jurisdiccional y administrativa.

Escapa a los límites del presente artículo, tratar aunque sea someramente cada una de estas fuentes formales de derecho y sus productos, cuestiones que esperamos tratar en otra ocasión.

4. LAS LAGUNAS DEL SISTEMA NORMATIVO.

Dice Legaz, que cuando en la vida jurídica se presenta un caso por resolver, debe encontrarse una norma aplicable. Y el problema se plantea en los términos siguientes: ¿Las fuentes formales del derecho o con mayor precisión, los productos de tales fuentes establecidos en un sistema normativo jurídico particular, ¿contienen todas las normas necesarias para que cualquier caso que se presente en la vida jurídica, tenga una solución con arreglo a derecho?

A tal cuestión, la doctrina tradicional ha respondido que en muchos casos no se encuentra dentro del sistema normativo, una solución para todo.

Hay, por tanto, ausencia de regulaciones a la que se le da el nombre de laguna.

Las lagunas son, por ello, deficiencias de un sistema normativo.

El tema siempre es de actualidad y así, contemporáneamente autores como Bobbio y Fories lo han estudiado con bastante profundidad. Pero ellos utilizan siempre la expresión equívoca “lagunas

del derecho” o “lagunas en el derecho” o “lagunas en el orden jurídico,” cuando rigurosamente y como hemos dicho antes, debe hablarse de lagunas en el sistema legal o en el sistema normativo, y no de lagunas en el orden jurídico, del cual tiene siempre que afirmarse por necesidad ontológica y valorativa, su plenitud hermética.

Citando de nuevo al autor mexicano García Máynez, podemos decir que el punto de partida de casi todos los estudios sobre el problema citado, es el discurso leído por Ernest Zitelmann en 1903, al tomar posesión como rector de la Universidad de Bonn, en el que planteó dos interrogantes: ¿Qué son las lagunas? y si realmente existen, ¿Cómo deben ser llenadas?

Sobre la primera cuestión, expresa que el derecho siempre tiene vacíos, pero que el juez debe siempre colmarlos. La laguna, dice ese autor, es el resultado de la pobreza de la teoría frente a la riqueza de la realidad. En la vida diaria surgen casos nuevos, que ningún legislador humanamente puede prever.

Es muy conocido uno de los casos citados por ese jurista en el Código de Comercio vigente en esa época en Alemania, en materia de contratos y en cuanto a la oferta o policitud. En se tema, se admitían dos supuestos: la de oferta entre presentes y la propuesta entre ausentes. En la primera hipótesis, la oferta se consideraría rechazada si no había aceptación inmediata.

En el segundo caso, oferta entre ausentes, el código concedía un plazo para decidir. Al inventarse el teléfono, resultó posible que un ausente aceptase de inmediato

la oferta. Como el Código de Comercio no había podido prever tal posibilidad, los jueces alemanes declararon que había una laguna en ese código, y la llenaron aplicando por analogía, la norma sobre aceptación de una propuesta entre presentes.

Sin embargo, dice Zitelmann ¿puede realmente afirmarse en el caso la existencia de un vacío en la legislación? Y responde que en tal situación, los tribunales alemanes encontraban la norma existente, porque no cabe duda que en la oferta hecha por teléfono, se trata de una oferta entre ausentes; pero consideraron esa norma inadecuada para resolver el caso, y decidieron la dificultad aplicando la regla de la oferta entre presentes.

Con lo anterior, agrega Zitelmann, resulta claro que los jueces quisieron introducir un cambio en la ley, no suplir una deficiencia de ella.

El análisis de ese ejemplo y de otros, lleva a ese autor a la conclusión de que la afirmación “la ley tiene vacíos”, simplemente encubre el deseo de sustituir la norma existente y aplicable al caso, por otra que parece ser más justa. Se trata, por tanto, de una falsa laguna.



Lo que el juez hace, es establecer la excepción a la regla general, formulando una norma distinta.

La pregunta siguiente es si el juez al formular sobre el caso una nueva norma, ¿realmente crea derecho?

Tal vez se diga, continúa Zitelmann, que el juez ni quiere ni puede crearlo; pero si no es derecho nuevo lo que crea, estaría aplicando un derecho que realmente no lo es.

Para sortear ese escollo, Zitelmann sostiene que debe haber una regla jurídica universal, que declare que los preceptos obtenidos para colmar esas lagunas, eran derecho ya antes de que el juez los formulara.

El autor citado agrega, que además de Las falsas lagunas existen “lagunas verdaderas” que también son denominadas “lagunas técnicas” o “lagunas sufridas”, por oposición a las falsas que también son llamadas por recientes doctrinarios “lagunas creadas”.

Las verdaderas lagunas se presentan, según Zitelmann, cuando el legislador establece una regla para la solución de un determinado acto jurídico; pero no dispone nada sobre los medios que deben ser empleados para dar cumplimiento a esa regla. Por ejemplo, se ordena que en una situación excepcional, en una sociedad mercantil debe elegirse a un representante de ella, pero no se indica el procedimiento para tal elección.

La conclusión de los análisis de Zitelmann es que las lagunas son de dos clases; y que mientras en el caso de las falsas lagunas

el problema es corregir la ley, el segundo caso, es decir, en las verdaderas lagunas se trata de completarla. Pero la actividad del que corrige o completa no es jamás -dice- puramente lógica. Las operaciones mentales por las que se llega al resultado, no son juicios lógicos sino axiológicos.

García Máynez ha efectuado una crítica extensa a la tesis de Zitelmann (además de la que efectúa a Kelsen quien, como sabemos, niega la existencia de vacíos o lagunas en el derecho positivo).

Tratándose de las lagunas falsas o aparentes, el iusfilósofo mexicano afirma que lo que existe es realmente una apariencia, debido a que sólo se hace una interpretación literal o textual de la norma, no contextual o sistemática de ella.

En el caso de la oferta por teléfono, lo jurídicamente esencial -expresa- no es el hecho de la ausencia o de la presencia de los sujetos, sino la posibilidad o imposibilidad de aceptación inmediata de la oferta, lo cual es un reflejo de una norma implícita, la de igualdad positiva.

Siguiendo a Canaris, el autor últimamente citado expresa que la norma o principio de la igualdad positiva, exige que la ley sea completada, no corregida, igualando el caso no regulado expresamente al expresamente regulado; y que el camino que conduce a tal comprobación es precisamente la analogía; esto es, el procedimiento por el cual demostramos la semejanza de los hechos o más rigurosamente, la igualdad de sus elementos esenciales.

Es claro que el juicio sobre lo que es esencial y aquello que no lo es -dice-, sólo

puede formularse válidamente cuando se funda en los principios generales implícitos en el sistema que el juez debe aplicar.

En efecto, en el sistema judicial de cada país, no solamente existen normas expresas, sino también normas y principios implícitos, a cuyo conocimiento puede llegarse por la vía de la interpretación sistemática.

En cuanto a la segunda clase de lagunas, las lagunas técnicas o sufridas, ellas deben ser colmadas por los procedimientos de integración.

Precisando lo relativo a la existencia de lagunas de la ley el jurista Ennecerus citado por Legaz, dice que ellas existen en los casos siguientes: 1) cuando la ley sólo da al juez una orientación general, señalándole expresa o tácitamente, hechos, conceptos o criterios no determinados en sus notas particulares (y entonces la ley remite al juez a la buena fe o a los usos del tráfico; o deja a su apreciación si existe un mal uso del derecho; o le deja resolver con arreglo a la equidad, o bien le plantea la cuestión de lo que en ciertas relaciones sea factible o no, justo, importante, etcétera); 2) cuando la ley calla en absoluto (ya intencionadamente, ya porque no previó el caso, ya porque de ningún modo podía resolverse, por haberse suscitado la cuestión después de dictada la ley en virtud de haberse alterado las circunstancias de hecho); 3) cuando hay dos leyes que, sin preferencia alguna entre sí, se contradicen, haciéndose recíprocamente ineficaces; y 4) cuando una norma es inaplicable, por abarcar casos o acarrear consecuencias que el legislador no habría ordenado de haber conocido aquella o sospechado éstas.

No puedo menos de mencionar, para concluir este esbozo del tema sobre las lagunas de la ley y de las impropiedades llamadas lagunas del orden jurídico, la tesis de Kelsen para quien, como lo admite la doctrina en forma casi unánime, el orden jurídico constituye un todo herméticamente pleno y exento de lagunas.

Para ese gran jurista, lo que desde Zitelmann se llaman “lagunas auténticas del derecho” no significa que sea lógicamente imposible una solución por falta de una norma, sino tan sólo que la solución -lógicamente posible, afirmativa o negativa-, es considerada inconveniente por el juez que debe resolver. Y en cuanto a las “lagunas técnicas” o “verdaderas lagunas de la ley”, o constituyen una laguna en el sentido anterior de la palabra, esto es, una discrepancia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o sólo representan una indeterminación propia del carácter genérico de la ley.

En varias partes de este artículo hemos dicho, que no puede hablarse de lagunas en el orden jurídico; pero que sí las hay en el sistema normativo, entre otras causas, por la señalada por el eximio profesor de la universidad de Berkeley; es decir por el carácter general de la ley. Pero existen en la realidad jurídica otras hipótesis de vacíos de la ley, como las señaladas por Ennecerus; y para colmarlas, tanto la filosofía jurídica como la ciencia del derecho, acuden a los procedimientos de integración.

5. LA ANALOGÍA COMO PROCEDIMIENTO DE INTEGRACIÓN JURÍDICA.

Aconsejaba el gran pensador Ortega y

Gasset, abordar los temas de la filosofía, no con un pensamiento o discurso lineal o directo, sino mediante aproximaciones cada vez más cercanas a lo que se quiere conocer y, de ser posible, desde distintos ángulos o perspectivas; dándole vueltas al problema, como sucedió con las murallas de Jericó.

Por ello, sobre lo últimamente expresado estimamos conveniente acudir a las enseñanzas de García Máynez para quien, en definitiva, cuando se habla de lagunas lo que en realidad quiere señalarse es una deficiencia de los preceptos expresos del sistema normativo que el juez debe aplicar, en relación con otros implícitos en el mismo sistema, a cuyo conocimiento se puede llegar con adecuados procedimientos no solamente lógicos sino valorativos.

Tales deficiencias se subsanan, aplicando al caso no expresamente previsto, las normas implícitas que la interpretación descubre.

Por ello, se reitera, de lagunas sólo debe hablarse en relación con las normas que proceden de las fuentes formales del derecho, y no con relación al derecho mismo, entendido como orden u ordenamiento jurídico.

Generalmente se admite en la filosofía jurídica, que esos procedimientos de integración de las normas que provienen de las fuentes de creación jurídica, son: a) la analogía; b) los principios generales del derecho; c) la naturaleza de las cosas; y d) la equidad.

Haciendo mención a nuestro derecho positivo, se refiere a los procedimientos o medios de integración, el artículo 421

del Código de Procedimientos Civiles derogado por el actual “Código Procesal Civil y Mercantil” –CPCM–; sin embargo, las prescripciones de aquel código se siguen aplicando -por ordenarlo así el segundo de ellos en virtud del principio de ultra actividad de la ley-, a los procesos, procedimientos y diligencias que estuvieren en trámite al momento de entrar en vigencia el CPCM, es decir, al primero de julio de 2010.

El mencionado artículo 421 del derogado Código de Procedimientos Civiles decía: “Las sentencias serán fundadas en las leyes vigentes; en su defecto, en doctrinas de los expositores del Derecho; y en falta de unas y otras, en consideraciones de buen sentido y razón natural.” Se advierte que ese precepto no hacía mención expresa a la analogía.

El “Código Procesal Civil y Mercantil” en el artículo 19, que tiene el epígrafe “Integración de las normas procesales” dispone: “En caso de vacío legal se deberá acudir a la regulación y fundamento de las normas que rigen situaciones análogas, a la normativa constitucional y a los principios que derivan de este código, a la doctrina legal, a la doctrina de los expositores del derecho; y a falta de todo ello, a consideraciones de buen sentido y razón natural, atendidas las circunstancias del caso”.

La anterior norma está inspirada en el artículo 15 del “Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica” que, como es sabido, con la “Ley de Enjuiciamiento Civil española”, son las dos principales fuentes de nuestro código procesal.

El referido artículo 15 dice: “Integración de las normas procesales”. En caso

de vacío legal se deberá recurrir a los fundamentos de las leyes que rigen situaciones análogas y a los principios constitucionales y generales de derecho y, especiales del proceso y a las doctrinas más recibidas, atendidas las circunstancias del caso.”

De los mismos epígrafes de las dos disposiciones transcritas, se advierte que hay una recepción expresa de la analogía, tanto en cuanto a las normas procesales como a las normas materiales o de fondo, no obstante lo dicho en el epígrafe.

Cabe destacar, que el citado artículo del CPCM menciona la doctrina legal como uno de los medios de integración. Con ello se está refiriendo a la jurisprudencia establecida por los tribunales de casación, Art. 522 inciso 3º, surgida de la aplicación e interpretación de las leyes y que esté contenida en tres o más sentencias constantes, uniformes y no interrumpidas por otra doctrina legal. Y la violación de la doctrina legal, constituye un motivo de casación en cuanto al fondo. Por esta razón decimos que el epígrafe del Art. 19 CPCM está equivocado.

Por otra parte, se ha discutido bastante en cuanto a si la jurisprudencia constituye una fuente de derecho, y la respuesta por lo general es negativa.

La jurisprudencia, entendida como actividad jurisdiccional o judicial y no como ciencia del derecho, no produce normas jurídicas generales, sino normas jurídicas individualizadas. La sentencia obliga a las partes que han intervenido en el proceso, y no puede ser elevada a una categoría general.

Conviene también reiterar que por jurisprudencia, en el sentido indicado antes, se entiende la forma de manifestación del derecho que se realiza a través del ejercicio de la jurisdicción, en virtud de una sucesión armónica de decisiones de los tribunales superiores. El llamado derecho jurisprudencial, dice el iusfilósofo brasileño Miguel Reale, no se forma a través de alguna sentencia, sino que exige una serie de decisiones judiciales, que guarden entre sí una línea esencial de continuidad y coherencia.

Por ello, para que pueda hablarse de jurisprudencia, es necesario que se dé un cierto número de decisiones sustancialmente coincidentes, respecto de las cuestiones objeto de su pronunciamiento.

De acuerdo al CPCM, en nuestro derecho, la jurisprudencia es un medio de integración en el caso de la doctrina legal.

La referida disposición de ese código, tiene estrecha relación con el artículo 15 que prohíbe el **non liquet** al expresar: “El juez no podrá, bajo ningún pretexto, dejar de resolver, ni aplazar, dilatar o negar la decisión de las cuestiones debatidas en el proceso.”

Tengamos presente, que la analogía no se aplica en todos los campos del derecho. Ella no puede ser admitida en materia penal, por ejemplo, ni cuando su utilización implique limitaciones o restricciones a derechos fundamentales de la persona humana.

Antes de referirnos a la analogía como procedimiento de integración o analogía jurídica, consideramos conveniente decir

unas breves palabras sobre ese método del razonamiento.

La analogía (del griego, proporción o correspondencia) significa semejanza parcial o similitud entre diferentes objetos.

A partir de Aristóteles, la analogía adquirió relevancia en la escolástica como un modo de predicación: el término que se predica se puede aplicar a varios sujetos; y como el ser se dice de muchas maneras, la analogía constituía una característica de él.

En la ciencia moderna, la analogía es de gran valor en la investigación, pero exige el cumplimiento de determinados requisitos.

En la lógica, la analogía permite concluir, vista la similitud de ciertos caracteres de dos objetos, la semejanza de otros. Analogía es, pues, semejanza de ciertas cualidades, facetas y relaciones entre objetos no idénticos; y son razonamientos por analogía, las deducciones que se hacen sobre la base de dicha semejanza.

En otra forma dicho, la analogía es un término que indica una relación de semejanza o proporción entre objetos distintos. O es un razonamiento basado en el hallazgo de atributos semejantes en casos diferentes.

En cuanto a la analogía jurídica, se ha dicho en una primera aproximación al concepto, que el juez para resolver un litigio y en caso de ausencia de disposición legal expresa, debe inspirarse en el espíritu de la propia ley, en los principios y aspiraciones generales, específicamente en las valoraciones de los intereses tutelados por la ley, que se hacen patentes en las disposiciones de la misma.

En otro giro, la analogía es la extensión o la aplicación extensiva de los principios extraídos de la ley, a casos cuya divergencia respecto a los decididos por la ley no es esencial.

Según Legaz Lacambra, la analogía no puede sobrepasar su propio fundamento ni llegar allí donde su aplicación implica la creación de una norma general sustancialmente nueva y distinta. No puede llegar a formular ningún principio general, pues los principios generales deben ser hallados por la vía deductiva y no por medio de la generalización.

Lo anterior tiene que ver con una clasificación de las normas jurídicas, en cuanto a la extensión del precepto. Con base en este criterio, las normas jurídicas se clasifican en normas generales y en normas particulares, individuales o individualizadas.

Aun cuando las normas del derecho tienen como una de sus características la generalidad, y por la estructura de la norma jurídica no es posible un esquema para cada caso, por lo cual hay que reducir los grupos de casos afines a "tipos", a cada uno de los cuales corresponde una norma específica; con todo ello, se admite la posibilidad de normas jurídicas particulares o individuales.

El caso típico es la sentencia, que tiene carácter individual, porque su objeto es la regulación de conductas individualizadas, estableciendo para un caso concreto, aquello que se considera justo y legal establecer para la generalidad de los casos afines. En otras palabras, la norma individual representa

la individualización o concreción de una norma general preexistente, aplicada a un caso singular.

Tengamos presente lo anterior, en el procedimiento por analogía o como también se dice, en la integración por la vía analógica.

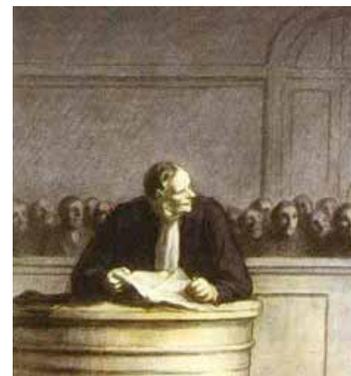
Advirtamos igualmente desde ya, que la analogía jurídica no es igual a la analogía de la lógica formal. Esta afirmación es un reflejo de lo dicho certeramente por Recaséns Siches, refiriéndose a todo el derecho: ese objeto cultural en una de sus dimensiones (forma normativa), no es lógica formal o lógica de lo racional, que pudiera conducir inclusive a conclusiones absurdas; sino logos de lo razonable. La razonabilidad, es elemento esencial del precepto jurídico.

Acudiendo una vez más a García Máynez, dice que el problema de la vía analógica se plantea cuando el aplicador se halla ante dos situaciones jurídicas semejantes, una prevista y otra no prevista por las normas vigentes, y la que debe decidir es la segunda.

Una vez que se ha descubierto una norma del sistema que enlaza consecuencias de derecho a un hecho jurídico análogo al imprevisto que el juez debe resolver, y estableciendo éste una razón jurídica que autorice la igualdad de soluciones, el argumento de la analogía se esquematiza así:

Si un hecho "A" cumple los supuestos a, b, c y d, su realización produce la consecuencia jurídica "C".

Si en el hecho imprevisto "A" se dan las notas o supuestas a, b, c análogos a



las del hecho previsto "A" y además el supuesto e; y al existir la misma razón jurídica para resolverlos del mismo modo, se enlaza al hecho "A" la misma consecuencia jurídica "C".

Con ese esquema se advierte lo incorrecto de afirmar que la norma relativa al caso previsto, se aplica analógicamente al otro. Lo que se aplica al caso imprevisto no es la norma que resuelve el caso análogo, sino una norma nueva, que tiene la misma disposición o consecuencia pero un supuesto jurídico diferente.

La parte dispositiva de la norma analógicamente formulada, es idéntica a la del precepto que prevé el caso semejante, pero los supuestos difieren entre sí.

Haciendo una síntesis de lo que al respecto enseñan los autores García Máynez y Reale, podemos decir que el procedimiento de integración por analogía, consiste en atribuir a situaciones parcialmente iguales, las consecuencias de derecho que la ley enlaza a una de ellas. Lo anterior equivale a formular una norma individualizada, cuyo supuesto expresa en abstracto las características jurídicamente relevantes de ambos casos, en los que sólo existe identidad parcial o similitud.

Propiamente no puede hablarse de aplicación analógica de un precepto a un caso similar no previsto, sino de creación y formulación analógica de una norma nueva, cuya parte dispositiva es idéntica a la de aquel precepto, pero cuyos supuestos son sólo semejantes.

Ahora bien, lo que justifica la aplicación en el caso no previsto, de la parte dispositiva del precepto legal, no es la

simple analogía o similitud de las dos situaciones, sino la existencia de una razón que justifique la solución igual: **ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio.**

No basta pues, la existencia de notas comunes en ambos casos, sino la existencia de la misma razón jurídica para resolverlos.

Podemos decir, en conclusión: lo que en realidad hace el juez al verificar o constatar la existencia de lagunas, es descubrir y formular la norma individualizada implícita en la existente en el sistema normativo, para aplicar su parte dispositiva al hecho no previsto.

No se trata del argumento por analogía, como la entiende y desarrolla la lógica, sino de la búsqueda y formulación de un principio implícito más amplio de la institución correspondiente, y aplicable por igual al caso previsto y al no previsto.

El descubrimiento de esa razón jurídica (no metajurídica), no es un problema lógico sino axiológico, porque supone un juicio de valor sobre los dos supuestos.

En el mismo sentido, Carlos Cossio afirma el carácter esencialmente distinto de la analogía jurídica. Lejos de identificarse ésta con la analogía lógica, es un juicio estimativo sobre la analogía lógica, que consiste en calificar como justo el proceder lógico, que nos lleva a lo lógicamente consecuente.

En definitiva, pues afirmamos que la analogía jurídica no se reduce a un procedimiento lógico formal, sino que se inserta en el proceso axiológico y finalista del sistema normativo.

